

HEKİMİN SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE BU YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRI DAVRANMASININ CEZA HUKUKU AÇISINDAN DOĞURACAĞI SORUMLULUK

*Mehmet AKÇAKOCA**

1-GENEL OLARAK

Hekim, mesleğinin gereği olarak, kişilerin vücut tamlığına ve sağlığına yönelik olarak birtakım müdahalelerde bulunmaktadır. Bu müdahaleler sırasında amacı bu değerler açısından bir tehlike yaratmak, onlara zarar vermek değil, tam aksine bu menfaatleri korumak daha da iyileştirmektir¹. Yani hekim, tıbbi müdahaleler sırasında hastasına zarar vermemelidir.² Tıbbi faaliyetlerin temelini oluşturan bu amaç aslında hekim sorumsuzluğunu ortaya çıkarmaktadır. Ancak unutulmamalıdır ki bu sorumsuzluk sınırsız değildir. Yapılan kasti veya taksirli bir hareket sonucu ortaya çıkacak netice, hekim sorumluluğunun doğmasına neden olacaktır. Sorumluluk medeni hukuk açısından hekimin tazminata mahkûm olması şeklinde belirirken, ceza hukuku açısından fiilin karşılığı olan cezaya mahkûm edilme şeklinde kendini göstermektedir³.

Hekimin sorumluluğu yeni ortaya çıkmış bir kavram değildir. Tarihsel süreçte çok eski dönemlerde bile hekim sorumluluğuna ilişkin düzenlemele-
rin yer aldığına raslamaktayız⁴. Tıpta yasal sorumluluklarının belirlenmesiyle ilgili en eski tarihsel belge Hammurabi Yasalarıdır. (MÖ. 1800). Eski Mezopotamya'da Kral Hammurabi tarafından yürürlüğe sokulan bu yasa maddelerinin bazıları tıpla ilgilidir. Söz konusu bu yasalarda cerrahların yaptıkları müdahaleler karşısındaki yasal sorumlulukları ve alacağı cezalar yer alır. Bu yasalarda kusur dikkate alınmaz. Cezalandırma yöntemi "kısasa kısas" yöntemidir. Bu arada o dönemlerde cerrahi müdahaleleri hekim dışı

* Cumhuriyet Savcısı, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku ABD Yüksek Lisans Öğrencisi.

1 Çakmut, Özlem (Yenerer), Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Ankara, 2003, s.241.

2 Aydın, Erdem, Tıpta Yasal Konular, www. medinfo. hacettepe. edu.tr/ ders/ TR/D3/8/3080.doc, Erişim Tarihi: 22.03.2007.

3 Çakmut, s.241.

4 Çakmut, s.242.

kişilerin yaptıklarını hatırlatalım. Bu yasa maddelerinden bazıları şöyledir: “Şayet hekim birisine bronz neşter ile tehlikeli bir yara açarak onu öldürürse veya onun gözünü harabederse iki eli kesilir”, “Şayet hekim bir esire neşter ile tehlikeli bir yara açarak onu öldürürse onun yerine bir esir verecektir”⁵.

Hekimin sorumluluğuna ilişkin kuralların esasları ise Mısır ve Hindistan'da doğmuş ve zamanla batıya yayılarak gelişmiştir. Eski Yunanda hekimin sorumluluğu açısından, kusurluluğa ilişkin bazı düzenlemeler yapılmaya başlanılmıştı. Ancak bu konuda en önemli adım Roma hukuku zamanında atılmıştı. 12 Levha Kanununda hekimlerin ihmal ve acemiliklerinden dolayı sorumlu olacakları hüküm altına alınmıştı. Toplumsal gelişim ve değişime paralel olarak, düşünce alanında ortaya çıkan aydınlanma, hukuki düzenlemelere de yansımış ve bu durum kendini hekimin sorumluluğunun esaslarının belirlenmesinde göstermiştir. Böylece ortaya çıkan olumsuz neticelerden, ne zaman ve hangi hallerde sorumlu olunacağı daha ayrıntılı bir biçimde düzenlenmeye başlanmıştır⁶. Ülkemizde de önceleri usta-çırak ilişkisi içerisinde yürütülen hekimlik, 19. yy'dan sonra konuya ilişkin okulların açılması ve eğitilmiş insanların yetiştirilmesiyle bilimsel bir kimliğe bürünmüştür. Mesleki kuralları belirleyen hükümleri içeren kanunların yapılmasıyla konu artık hukuki zemine oturmuştur.

Biz bu çalışmamızda, hekimin genel ceza hukuku sorumluluğu ile değil, hekimin sır saklama yükümlülüğünün ihlaline bağlı olarak ortaya çıkan ceza hukuku sorumluluğuyla sınırlı olarak incelemeye yapacağız. Çalışmamızda öncelikle hekimin sır saklama yükümlülüğüne değindikten sonra, bu yükümlülüğün ceza hukuku açısından doğuracağı sonuçları inceleyeceğiz.

2- HEKİMİN SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Hekim, hastası ile arasındaki mevcut tedavi ilişkisi dolayısıyla hasta hakkında birtakım bilgilere vakıf olur. Bunlardan bir kısmı sır olarak nitelendirilebilecek türden bilgilerdir. Hekimin bu bilgileri saklama yükümlülüğünün bulunması da yeni bir olgu olmayıp, eskiden beri var olduğu bilinmektedir⁷. Günümüzde de hekimin sır saklama yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmekte, hatta bu kabulde yetinilmeyip bu yükümlülüğe aykırı davranılması cezai ve hukuki birtakım neticelere bağlanmaktadır.

Çalışmamızın bu kısmında öncelikle hekimin sır saklama yükümlülüğünün hukuksal dayanaklarına kısaca değinmekte fayda görüyoruz:

5 Aydın, www. medinfo. hacettepe. edu.tr/ ders/ TR/D3/8/3080.doc, Erişim Tarihi: 22.03.2007.

6 Çakmut, s.242.

7 Belgesay, Mustafa Reşit, Tıbbi Mesuliyet, İstanbul, 1953, s. 145.

Anayasamızda;

“MADDE 17. – Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz.

MADDE 20. – Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.⁸” şeklinde hükümler vardır.

Ayrıca Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’nde;

“Madde 4 - Tabip ve dış tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez.

Tıbbi toplantılarda takdim edilen veya yayınlarda bahis konusu olan vakalarda, hastanın hüviyeti açıklanamaz.⁹” denilmektedir.

Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’nın “Sır Saklama Yükümlülüğü” başlığını taşıyan 9. maddesinde:

“Madde:9- Hekim, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamaz. Hastanın ölmesi ya da o hekimle ilişkisinin sona ermesi, hekimin bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.

Hastanın onam vermesi ya da sırrın saklanması hasta ya da öteki insanların yaşamını tehlikeye sokması durumunda, hastanın kişilik haklarının zedelenmemesi koşuluyla, hekim bu sırrı saklamakla yükümlü değildir.

Yasal zorunluluk durumlarında hekimin rapor düzenlemesi de, meslek sırrının açıklanması anlamına gelmez.

Hekim, tanık ya da bilirkişi olarak mahkemeye çağrıldığında olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek bu görevlerinden çekilebilir¹⁰.” hükmü bulunmaktadır.

Hasta Hakları Yönetmeliğinde ise;

“İlkeler,

8 <http://www.tbmm.gov.tr/Anayasa.htm>, Erişim Tarihi: 22.03.2007.

9 AKİP Açıklamalı Kanun- İçtihat Programı, İstanbul, 2006, Versiyon 3.0

10 <http://www.hukuki.net/www.saglikhukuku.net/index.php?e=53>, Erişim Tarihi: 22.03.2007.

Madde 5- Sağlık hizmetlerinin sunulmasında aşağıdaki ilkelere uyulması şarttır:f) Kanun ile müsaade edilen haller ile tıbbi zorunluluklar dışında, hastanın özel hayatının ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.¹¹

Bilgi Verilmesini Yasaklama

Madde 20- İlgili mevzuat hükümlerine ve hastalığın mahiyetine göre yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; hasta, sağlık durumu hakkında kendisine veya ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini isteyebilir.

Bilgilerin Gizli Tutulması

Madde 23- Sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz.

Kişinin rızasına dayansa bile, kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlandırılması neticesini doğuran hallerde bilginin açıklanması, bunları açıklayanın hukuki sorumluluğunu kaldırmaz.

Hukuki ve ahlaki yönden geçerli ve haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya zarar verme ihtimali bulunan bilginin ifşa edilmesi, personelin ve diğer kimselerin hukuki ve cezai sorumluluğunu da gerektirir.

Araştırma ve eğitim amacı ile yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgileri, rızası olmaksızın açıklanamaz¹².” hükümleri bulunmaktadır.

Ayrıca ülkemiz **Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi**'ne taraf olmuş ve Aralık 2003 tarihinde bahse konu sözleşmeyi onaylayarak iç hukukumuzun bir parçası haline getirmiştir. Bu sözleşmenin 10. maddesi şöyledir:

“Madde 10- Özel yaşam ve bilgilendirilme hakkı

1. Herkes, kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından, özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.

2. Herkes, kendi sağlığı hakkında toplanmış herhangi bir bilgiyi öğrenme hakkına sahiptir. Bununla beraber, bireylerin, bilgilendirilmeme istekleri de gözetilecektir.

3. İstisnai durumlarda, 2. Fıkra da belirtilen hakların kullanılmasında, hastanın yararları bakımından kanun tarafından kısıtlamalar öngörülebilmektedir.¹³”

11 Resmi Gazete, 01.08.1998, sayı: 23420.

12 AB İçtihat ve Mevzuat Bankası, Meşe Yazılım Ve Bilgisayar Hizmetleri Ltd. Şti., Versiyon No:59.1.

13 http://www.avrupakonseysi.org.tr/antlasma/aas_164.htm, erişim tarihi: 22.03.2007.

Tüm bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere pozitif hukukumuzda, hekimin hastası hakkında vakıf olduğu sırları saklama yükümlülüğü açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır. Öyleyse hekim, tedavi faaliyeti sırasında öğrendiği hastaya ait sır niteliğindeki bilgileri gizli tutup üçüncü şahıslara açıklamamakla yükümlüdür. Buna "sır saklama yükümlülüğü" denilmektedir¹⁴.

Hekimin sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranması, kendisinin cezai ve hukuki sorumluluğuna neden olmaktadır. Bahse konu cezai sorumluluğun ayrıntısına biraz sonra gireceğiz. Hukuki sorumluluk ise kendini, hastanın uğradığı maddi ve manevi zararın tazmininde göstermektedir. Yani hekimin bu yükümlülüğünü ihlali nedeniyle ortaya çıkan maddi ve manevi zararı hekim tazmin etmek zorundadır. Örneğin, sağlığı hakkındaki bilgilerin açıklanması nedeniyle işinden atılan işçinin uğradığı maddi zararın, kişinin AIDS hastası olduğunun duyulması nedeniyle iş ve arkadaş çevresinden dışlanmasına bağlı olarak uğradığı manevi zararın, tazminat yoluyla giderilmesi gündeme gelebilecektir¹⁵.

Hekimin sır saklama sorumluluğu, hasta ile aralarında yapmış oldukları sözleşme gereği doğabileceği gibi, bu yükümlülük aynı zamanda kişilik haklarına saygılı davranmanın da doğal neticesidir. Hekimin sır saklama yükümlülüğü, hasta ile hekim arasındaki güvene dayalı tedavi ilişkisinin de bir sonucudur. Bu nedenle bu yükümlülük özel olarak korunmalıdır. Hekim güven ilişkisine dayanan bilgileri ne işverene, ne yakın akrabaya, ne de mahkemeye açıklayabilir¹⁶. Yani hasta ile hekim arasındaki ilişki özü itibarıyla bir güven ilişkisidir. Bu güven ilişkisinin temelinde hukuk düzenlerinde en üstün hukuksal değer olarak kabul edilen yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğünü konu edinmesi vardır. Hastanın bu en önemli kişilik değerlerini teslim ettiği hekime güvenmesi teşhis ve tedavinin gereği gibi yerine getirilebilmesi açısından gereklidir. Dolayısıyla bu güven ilişkisi hem tıbbi hem de hastanın kişilik haklarının korunması nedeniyle gerekli olan sır saklama yükümlülüğünün kabul sebebidir¹⁷. Zira tedaviden beklenen amaca ulaşılabilmesi için hekim ve hasta arasında bulunması zorunlu güven ilişkisi, hastaya ait sırların saklanmasını gerektirir. Hasta sırlarına saygı gösterildiğinden ve rızası dışında üçüncü şahıslara aktarılmayacağından emin olmalıdır. Aksi takdirde, özellikle hastalığın geçmişini belirlemeye yönelik soruları cevapsız bırakacak ve yanlış ya da yanıltıcı cevaplar verme yolunu seçecektir. Hatta bu gü-

14 Ayan, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Sorumluluk, İstanbul, 1991, s.97

15 Zeytin, Zafer, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Tıp Etiği- Hukuku -Tarihi Dergisi, <http://tipetigi.turkiyeklinikleri.com/search.php?id=33697>.

16 Büyükay, Yusuf, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt:VIII, sayı:1-2, 2004, s.384.

17 Zeytin, <http://tipetigi.turkiyeklinikleri.com/search.php?id=33697>.

vensizlik, hastanın hekime hiç başvurmamasına da neden olacaktır¹⁸. Hele de sağlıkla ilgili konularda halkımızda ne kadar çabuk ve kolaylıkla dedikodu ve yalan haber yayılmasının mümkün olduğu gözönünde bulundurulur ve bizim toplumumuz gibi toplumlarda, böyle bir anlayışın genel ve yerleşik bir kanı haline kolaylıkla gelebileceği düşünülürse, hekimlere karşı genel bir güvensizlik havasının toplumda oluşacağı rahatlıkla anlaşılabilecektir. O zaman halkın bir kısmı tedaviyi yanlış kaynaklarda arama yolunu tutabilecektir.

Kısaca sır kavramına da değinmekte fayda görüyoruz. Sır:

- Gizli tutulması, bilenin açıklamaması gereken şey, giz¹⁹,
- Açıklanmamasında hastanın menfaati bulunan her şey²⁰,
- Saklanması gereken bilgi²¹,
- Bilmek hakkı olan kişiler dışında kalanların ulaşamayacağı bilgi²²,
- Genel olarak, herkes tarafından bilinmeyen ve açıklanması sahibinin şeref ve menfaatine zarar verme tehlikesi gösteren hususlar²³,
- Sahibi bakımından bilgiyi saklama yükümlülüğüne, talep edeni bakımından ise, bu bilgiyi edinebilme önünde engel bulunduğu işaret edilen bilgi²⁴,
- Hastanın maddi veya manevi menfaatini zedeleyebilecek her husus²⁵, olmak üzere değişik şekillerde tanımlanmış ise de, biz bu çalışmamızda sırrı;

— Hastalanma ile başlayıp, teşhis ve tedavi ile devam eden hastalık sürecinde, hekim tarafından öğrenilen ve değişik mülahazalarla gizli kalması gereken, hastaya ve hastalığa ilişkin bilgiler şeklinde tanımlayacağız. Tanımdan da anlaşılacağı üzere hekimin hasta hakkında öğrendiği her şey sır olarak değerlendirilemez. Örneğin hastanın herkesçe bilinen ve basit olarak algılanabilecek bir enfeksiyon hastalığı nedeniyle hekime müracaat etmesi durumunda, hasta ile hekim arasında sır olarak kalmak suretiyle korunması amaçlanan bir hukuki menfaatin bulunmadığı ortadadır. Ancak hasta yine de

18 Ayan, s.98.

19 Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, s.10450.

20 Ayan, s.98.

21 Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara, 1992, s.802.

22 Özek, Çetin, Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına, İstanbul, 1999, s.61-71.

23 Donay, Süheyl, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul, 1978, s. 4.

24 http://www.antenna-tr.org/book/htmlcode/bolum_2_04_a_01_tanim_kapsam.htm. Erişim: 16.06.2007.

25 Zeytin, <http://tipetigi.turkiyeklinikleri.com/search.php?id=33697>.

bu durumun sır olarak kalmasını hekimden özellikle istemiş ise bu durumu sır olarak kabul etmek gerekecektir²⁶.

Hekimin sır saklama yükümlülüğü anlamında nelerin sır olarak nitelendirilebileceği tartışmalıdır²⁷. Bunlara örnek olarak, özel hayata ilişkin zararlı karakter özellikleri, anormallikler, bedensel normal olmayan özellikler²⁸, evli olmayan bir kadının hamile olması, bir kimsenin AIDS virüsü taşıması²⁹, hastanın rahatsızlığının cinsel işlev bozukluğuna ilişkin olması sayılabilir. Şüphesiz bu konuda somut olayın özellikleri ve dolayısıyla hastanın durumu gözönünde bulundurulmalıdır. Önemli olan hastanın menfaatidir. Bu menfaat maddi veya manevi zararın önlenmesi olarak kendini gösterir³⁰. Neyin sır, neyin sır olmadığı belirlenirken, ortalama bir hasta tipi değil, somut hasta dikkate alınmalıdır³¹. Çünkü bir insan için sıradan kabul edilebilen bir rahatsızlık, başka bir insan için tahammül edilemeyecek ve toplum içersine çıkmasına dahi engel olabilecek kadar önemli olabilir.

Sır saklama yükümlülüğü kapsamında kalmayan bazı haller bulunmaktadır. Bunlardan bazılarını kısaca değinelim;

a- Her yerde söylenebilecek türden bilgiler sır olarak sayılmaz³². Yukarıda da kısaca değindiğimiz gibi, eğer hasta bu gibi durumları (grip, kaza) hekimden sır olarak saklamasını isterse sır kapsamına girer.

b- Hastanın açık rızasına dayanan açıklamalar³³,

c- Halk sağlığını tehdit eden hastalıklar ve gıda zehirlenmeleri³⁴,

ç- Uzman doktorun stajyere hastayla ilgili bilgi vermesi³⁵ sır saklama yükümlülüğünün ihlali niteliğinde değildir. Ancak hastanın aksi yönde bir

26 Büyükay, s.386.

27 Büyükay, s.386.

28 Ayan, s. 98.

29 Büyükay, s. 387.

30 Ayan, s. 98-99.

31 Ayan, s. 99.

32 Kesik, Vural/Karataş, Mustafa, Hekimin Adli Sorumlulukları, www.gata.edu.tr/dahilibilimler /cocuk/Ders_Konulari/ SEMINER_PANELLER/ESKI_YILLAR/HEKIMIN_ADLI_SORUMLULUGU.ppt, Erişim Tarihi: 22.03.2007.

33 Kesik/Karataş, www.gata.edu.tr/dahilibilimler /cocuk/Ders_Konulari/ SEMINER_PANELLER/ESKI_YILLAR/HEKIMIN_ADLI_SORUMLULUGU.ppt, Erişim Tarihi: 22.03.2007.

34 Kesik/Karataş, www.gata.edu.tr/dahilibilimler /cocuk/Ders_Konulari/ SEMINER_PANELLER/ESKI_YILLAR/HEKIMIN_ADLI_SORUMLULUGU.ppt, Erişim Tarihi: 22.03.2007.

35 Kesik/Karataş, www.gata.edu.tr/dahilibilimler /cocuk/Ders_Konulari/ SEMINER_PANELLER/ESKI_YILLAR/HEKIMIN_ADLI_SORUMLULUGU.ppt, Erişim Tarihi: 22.03.2007.

açıklaması varsa, yani buna rızası yoksa ve buna rağmen hastaya ilişkin bilgiler stajyer hekime verilirse sır saklama yükümlülüğü ihlal edilmiş olacaktır.

d- Hastane protokol defterine yapılan kayıtlar³⁷ da bu kapsamdadır. Ancak bu bilgiler kişisel veri niteliğinde olabileceklerdir³⁸,

e- HUMK 254/4 ve CMK 46 maddeleri gereğince yasal bir zorunluluk yoksa hekim, mahkemede olayın meslek sırrı oluşturduğunu öne sürerek şahitlikten çekilme hakkına sahiptir. Ancak ilgilinin rızasının varlığı halinde, hekim tanıklıktan çekinemez ve böyle bir durumda yapacağı açıklamalar sır saklama yükümlülüğünün ihlali kapsamında kalmayacaktır. Fakat rıza bulunmamasına rağmen, tanıklıktan çekinme sebepleri bulunur da buna rağmen hekim tanıklık yapar ve hasta sırlarını açıklarsa sır saklama yükümlülüğünün ihlal etmiş olur³⁹.

f- Verilen raporun gerçeğe uygun olmadığı ileri sürülürse, bu durum hekimin ceza alması sonucunu doğurabileceğinden gerçeğin kanıtlanması için hekim meslek sırrını açıklayabilir⁴⁰,

g- TCK'nın 280. maddesi, mesleklerini icra ettikleri sırada tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişilerin öğrendikleri suçları ihbar yükümlülüklerini düzenlemektedir. Hekim tedavi için kendine müracaat eden kimselerin aleyhine suç işlendiği yâda bu kişilerin suç şüphelisi olduğu kanaatine ulaşırsa, bu durumu yetkili makamlara bildirmek zorundadır. Bu bildirim de sır saklama yükümlülüğünün ihlali sonucunu doğurmayacaktır.

h- Hekimin hastasını ilgilendiren bir olayda hekimin bilgisine bilirkişi olarak başvurulması ve hekimin de bilirkişi raporunu tanzim ederken hastasının sırlarını açıklamış olması, hekimin sır saklama yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmez⁴¹.

Hekimin sır saklama yükümlülüğü kapsamına girmeyen hallere de birkaç örnek verelim;

36 Hancı, Hamit, Malpraktis, Ankara, 2002, s.93.

37 Kesik/Karataş, www.gata.edu.tr/ dahilibilimler /cocuk/Ders_Konulari/ SEMINER_PANELLER/ESKI_YILLAR/ HEKIMIN_ADLI_SORUMLULUGU.ppt , Erişim Tarihi: 22.03.2007.

38 Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara, 2007, s.482.

39 Donay, s.161.

40 Kesik/Karataş, www.gata.edu.tr/ dahilibilimler /cocuk/Ders_Konulari/ SEMINER_PANELLER/ESKI_YILLAR/ HEKIMIN_ADLI_SORUMLULUGU.ppt , Erişim Tarihi: 22.03.2007.

41 Büyükcay, s. 388.

a- Bilimsel yayınlarda hastanın kimliğinin saklı tutulmasına özen gösterilmelidir, aksine davranış sır saklama yükümlülüğüne aykırıdır,

b- Hastanın resminin yayınlanması zorunluluğu varsa kimliğini ortaya çıkaracak özellikler gizlenmelidir⁴², gizlenmemesi kamuoyuna doğrudan ifşa etmek anlamına gelir ki, hakaret suçunu bile oluşturabilir.

3- HEKİMİN BU YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRI DAVRANMASININ CEZA HUKUKU AÇISINDAN DOĞURACAĞI SORUMLULUK

Ceza Kanunu'nun hekimin sır saklama yükümlülüğünün içeriğine ilişkin hüküm getirmesi düşünülemez. Ceza hukuku, hukukun diğer dallarında getirilen hükümlerin uygulanmasını sağlamak bakımından bir takım yaptırımlar öngören bir hukuk dalıdır. Bu itibarla hukuk düzenimizin başka yerlerinde tespit edilmiş bulunan hasta haklarının ya da hekimlik meslek etiğinin uygulanmasını, ceza kanununda garanti altına alınmasını temin etmek amacıyla yer verilen düzenlemelerin bulunup bulunmadığı ve varsa bunların neler olduğunu ele almak gerekir. Bu bakımdan incelendiğinde, ceza kanunumuzda üç hakka ilişkin hükümlerin bulunduğu anlaşılmaktadır: Yaşam hakkı, bedenine sahip olma hakkı ve özel hayata saygı hakkı⁴³. Yaşam ve bedenine sahip olma hakkı çalışmamızın kapsamında kalmamaktadır. Hekimin sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranmamasının güvence altına alınmasını sağlayan düzenlemeler özel hayata saygı hakkı kapsamında kalmaktadır. Aşağıda görüleceği üzere 01.06.2005 Tarihinde yürürlüğe giren 5237 sy Türk Ceza Kanunu'nda çalışmamızla ilgili bulunan " *kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme*" suçu "özel hayata karşı suçlar" yanbaşığında düzenlenmiştir.

Çalışmamızın bu kısmında, Yeni 5237 sy TCK göre bu eylemin yaptırımı olan "kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi ve yayılması" suçu ile 765 sy TCK göre hekimin sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranmasının yaptırımını oluşturan "sırrın ifşası suçunu", karşılaştırmalı olarak incelemeye çalışacağız.

I-GENEL OLARAK

Mülga 765 sy TCK'nın 198. maddesinde hekimin sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranmasının cezai yaptırımı düzenlenmiştir.

"Madde 198 - Bir kimse resmi mevki veya sıfatı veya meslek ve sanatı icabı olarak ifşasında zarar melhuz olan bir sırta vakıf olup ta meşru bir

42 Hancı, s.93.

43 Hakeri, Hakan, Hasta Hakları Bakımından Yeni Türk Ceza Kanunu, http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=27&Itemid=29, Erişim Tarihi: 26.03.2007.

sebebe müstenit olmaksızın o sırrı ifşa ederse üç aya kadar hapis ve elli liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkûm olur.

Eğer zarar vaki olmuş ise cezayı nakdi elli liradan az olamaz.”⁴⁴

765 sy TCK'nın 198. maddesinin tam karşılığı 5237 sy TCK'da düzenlenmemiştir. Dolayısıyla meslek faaliyeti çerçevesinde bir sırı vakıf olan bir hekimin, bu sırrı açıklaması durumunda cezai sorumluluğunun olmayacağı düşünülebilir gibi görünse de ⁴⁵ bu düşünce hatalı bir düşünce olacaktır. Yeni Türk Ceza Kanunu meslek sırrının açıklanması suçuna yer vermemiş ise de bunun yerine, “**kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme**” suçunu düzenlemiştir⁴⁶ (TCK 136). Bu düzenleme ile yepyeni ve daha önce hukuk sistemimizde bulunmayan bir suç tipi hukuk sistemimize getirilmiştir. Öncelikle Yeni TCK'daki maddelerimizi bir görelim:

"DOKUZUNCU BÖLÜM: ÖZEL HAYATA VE HAYATIN GİZLİ ALANINA KARŞI SUÇLAR

VERİLERİ HUKUKA AYKIRI OLARAK VERME VEYA ELE GEÇİRME

Madde 136 - (1) *Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

NİTELİKLİ HÂLLER

Madde 137 - (1) *Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların;*

a) Kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle,

b) Belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle,

İşlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır⁴⁷. "

Bu maddelerle kişisel verileri hukuka aykırı olarak başkasına verme, yayma veya ele geçirme eylemleri bağımsız bir suç olarak tanımlanarak yaptırma bağlanmıştır. Madde gerekçesinden de bu anlaşılmaktadır. Yukarıdaki açıklamalarımızda sır olarak bahsettiğimiz bilgilerin bu madde anlamında kişisel veri niteliğinde olduğuna birazdan değineceğiz.

II-SUÇLA KORUNAN HUKUKSAL DEĞER

765 sy TCK'nın 198 maddesi, ceza hukuku açısından sırrın açıklanması “kişi özgürlüğü” ile yakından ilişkiliydi. Bu düzenlemeyle sır, özel

44 Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, Ulusal Yargı Ağı Projesi Mevzuat Programı

45 Zeytin, <http://tipetigi.turkiyeklinikleri.com/search.php?id=33697>.

46 Hakeri, [http://portal.hakanhakeri.com / index.php?option=com_content&task=view&id=27&Itemid=29](http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=27&Itemid=29), Erişim Tarihi: 26.03.2007.

47 <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/5237.htm>, erişim tarihi: 22.03.2007.

yaşamın bir parçası olarak korunmaktaydı. Diğer taraftan da hekimlik mesleğine duyulan güvenin sarsılmaması da bu anlamda koruma altına alınmıştır. Bir hekime başvuran kimse zorunlu olarak sağlığı konusundaki tüm bilgileri ona vermek zorundadır. İşte burada sırrın açıklanmaması ile aynı zamanda hekimlik mesleği genel olarak korunmaktadır. Çünkü hasta sırrının açıklanmayacağına güvenerek doktora başvurmaktadır⁴⁸.

5237 sy TCK'nın 136 maddesi de kişi özgürlüğü ve özel hayatın gizliliği korunmaktadır. Suç konusunu oluşturan kişisel verilerin ve buarada yaşamın gizli alanında kalması gereken hasta sağlığı ile ilgili bilgilerin hekim tarafından bir başkasına verilmesi veya örneğin bir yayında kimlik belirtilmek suretiyle yayılması durumunda 136. maddedeki suç oluşmuş olur⁴⁹. Bu da Anayasamızın 20. maddesinde kurallaşan "Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı" na müdahale oluşturmaktadır. Yine korunan hem bireylerin hem de toplumun yararadır. İlk planda korunan kişinin sağlığıdır. Çünkü birey ancak teşhis ve tedaviden ötürü kendisi bakımından kişisel zararların zorlukların veya utançların ortaya çıkmaması halinde hekime gidecektir. İkinci planda korunan ise toplumun sağlığıdır⁵⁰.

III- SUÇUN KONUSU VE SIR KAVRAMIYLA İLİŞKİSİ

Maddede tanımlanan suçun maddi konusu kişisel verilerdir⁵¹. Burada yapılması gereken en önemli tespit, kişisel verilerin neler olduğudur. Veri, hukuk sözlüğünde, bir sonuca varabilmek için gerekli bilgi olarak tanımlanmıştır⁵². Kişisel kelimesi de kişiye özel olan, başkalarıyla paylaşılmak istenilmeyen anlamına geldiğine göre, kişisel veriyi, gerçek kişiyle ilgili, kişiye özel her türlü bilgi olarak tanımlayabiliriz. Bu noktada "Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı", belirli veya kimliği belirlenebilir gerçek ve tüzel kişilere ilişkin bütün bilgileri, kişisel veri olarak tanımlamaktadır (md. 3/1-a). TCK 135/2. fıkrada kişilerin *sağlık durumlarına* ilişkin bilgilerin kişisel veri olduğu açıklanmaktadır. Madde gerekçesinde de gerçek kişiyle ilgili her türlü bilginin kişisel veri olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bununla beraber, hekim açısından başkasına verilmesi veya yayılması suç oluşturan kişisel verinin, kişinin başkaları tarafından öğrenilmesini istemeyeceği, saklı kalmasını istediği ve sağlığına ilişkin olan veya sağlığı

48 Aşçıoğlu, Çetin, Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara 1982, s.144.

49 Hakeri, http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=27&Itemid=29, Erişim Tarihi: 26.03.2007.

50 Hakeri; Tıp Hukuku, s.474.

51 Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara, 2007, I.cilt, s.1040.

52 Yılmaz, s.966.

dolayısıyla öğrenilen bilgiler olduğu açıktır. Bu nedenle, örneğin bir cinsel hastalık nedeniyle eşcinsel olduğunu açıklayan kimsenin bu yönünün hekim tarafından başkasına bildirilmesi durumunda bu suç oluşmuş olacaktır⁵³.

Bir kimsenin utanılabilecek şekilde hastalanması, hastalığı nedeniyle tedavi görmesi gibi hususlar, genel kabule göre, o insanın özeli olduğundan, yukarıda sır kavramını açıklarken bahsetmiş olduğumuz bilgiler de kişisel veri kavramının içinde kalmaktadır. Hatta kişisel veri kavramı daha da geniştir denilebilir. Bazı yazarlar kişisel veri kavramını, gerçek kişiyle ilgili hertürlü veri, olarak tanımlama eğilimindedirler⁵⁴. Biz bu tanıma katılmaktayız. Bu tanım kişisel veri kavramını oldukça genişletmektedir. İnsanla ilgili tüm bilgileri kişisel veri olarak kabul edersek, kamu alanı diye bir alan kalmaz ve hiçbir bilginin, verinin kişisellik dışı olması ihtimali dahi sözkonusu olamaz. Tüm veriler kişisel değildir. Yasa koyucu, kişisel veri kavramını kullanırken insanla ilgili tüm verileri değil de kişiye özel, çok gizli olmasa dahi, kişinin kendisinde kalmasını istediği, açıklanması zarar doğurmasa dahi, bilginin sahibince açıklanması uygun görülmeyen verileri anlatmak istemiştir. Bu kavram sır kavramını içine almakla birlikte ondan daha geniştir.

IV- SUÇUN FAİLİ VE MAĞDURU

Bu suçun faili herkes olabilir⁵⁵. Çalışmamızın konusu açısından bakılacak olursa hekimin saklamakla yükümlü olduğu, hastasına ait bilgileri açıklaması durumunda bu suçun faili olabileceğinde şüphe bulunmamaktadır. Hekimlik mesleği gibi bir mesleğin sağladığı kolaylıktan yararlanarak bu suçun işlenmesi durumunda failin cezası artırılacaktır⁵⁶ (TCK 137). Bu açıdan bakıldığında hekimlerin dışındaki sağlık personelinin de bu suçun faili olması mümkündür. Örneğin, hemşire, ebe, eczacı vb bu suçun faili olabilir. Yine sağlık personeli olmayan hekim sekreteri gibi hasta bilgilerine ulaşması mümkün diğer kişiler de bu suçun faili olabilir. Kısaca kanunumuz fail kategorisini sınırlandırmamıştır⁵⁷.

Suçun mağduru da herkes olabilir⁵⁸. Çalışmamız açısından bakılırsa tedavi sözleşmesi kapsamında hekimle hukuksal bir ilişki içersine giren herkes

53 Hakeri, http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=27&Itemid=29, Erişim Tarihi: 26.03.2007.

54 Parlar/Hatipoğlu, s.1040.

55 Hakeri, Tıp Hukuku, s.479; Parlar/Hatipoğlu, s.1040.

56 Hakeri, http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=27&Itemid=29, Erişim Tarihi: 26.03.2007.

57 Hakeri, Tıp Hukuku, s.480.

58 Parlar/Hatipoğlu, s.1041.

suçun mağduru olabilir. Hatta verileri açıklayan hekimle birebir tedavi ilişkisi içersine girmese dahi, bahse konu hastanedeki bilgilere ulaşabilen başka bir hekimin hastanın kişisel verilerini açıklaması halinde dahi suç oluşur ve hastamız mağdur konumuna dönüşür. Hasta ile hekim arasında sözleşmenin bulunmadığı, örneğin trafik kazası sonucu ağır yaralı olarak ve şuuru kaybetmiş vaziyette acil servise getirilen hastanın durumunda olduğu gibi ya da ameliyatın genişletilmesi zorunluluğunun ortaya çıktığı zaruret hallerinde hekim ile hasta arasında tedavi sözleşmesi kurulmuş olmayacağından ve doktrindeki hâkim görüşe göre vekâletsiz iş görme hükümleri uygulanacağından, böyle bir hasta evleviyetle mağdur olmalıdır. Çünkü tedavi sözleşmesi yapan kişinin durumuna göre daha korumasız bir durumdadır ve ayrıca hekimi bu konuda sınırlandırma şansı hiç bulunmamaktadır. Böyle bir hastanın kişisel bilgilerine hekim çok daha çabuk ve daha kolay ulaşacaktır. Hatta bu durum temel cezanın belirlenmesinde hekim aleyhine olarak gönünde bulundurulabilecektir.

V- SUÇUN MADDİ USURU

Öncelikle eski 765 sy TCK'nın 198. maddesinde düzenlenmiş bulunan suçun oluşabilmesi için gerekli şartlar nelerdi, bir bakalım;

1- Ortada bir sır bulunmalıdır.

2- Hekim bu sırra mesleği gereği vakıf olmuş olmalıdır.

3- Sırrın ifşa edilmiş olması gereklidir⁵⁹. Sırrın meşru sebeplere dayanılmaksızın açıklanması ifşayı oluşturur. Sırrın açıklanmasının şekli önemli değildir. Serbest hareketli bir suçtur. Tabiki sırrı doğrudan başkasına söylemekle, başkasının öğrenmesine izin vermek arasında bir ayırım yapılmamalıdır. Sırrı açıklama ile alenileşmesi ve herkes tarafından öğrenilmesi şart değildir. Sır olarak kabul edilen bir hususun, bir kişiye dahi açıklanmış olması yeterli kabul edilebilir. Bu bilginin tümünün açıklanmasına da gerek yoktur. Kısmi açıklama üçüncü kişilerin bilgi edinmesini sağlamışsa yeterlidir. Örneğin; Fransız Temyiz Mahkemesi; bir ailenin çocuklarından birinin uzun süre önce menenjit tedavisine tabi tutulduğunun açıklamasında suç unsuru görmemiştir. Bu kararda ailenin çocuklarından hangisinin hastalandığının ismen açıklanmamış olması nedeniyle sırrın açıklanması suçu kabul edilmemiştir⁶⁰.

4- Sırrın açıklanmasında mağdur açısından bir zarar tehlikesi bulunmalıdır. Yani suçun oluşabilmesi için sırrın açıklanmasının, mağdurda maddi

59 Savaş, Vural/Mollamahmutoğlu, Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu, İstanbul, 1998, s.2300.

60 Aşçıoğlu, s.146-147.

veya manevi bir zarar doğurabilecek nitelikte olması gereklidir. Zararın fiilen doğmuş olması suçun oluşması açısından şart değildir. Bu anlamda suç şekli bir suçtur. Zararın fiilen gerçekleşmiş olması ise ikinci fıkradaki nitelikli hali oluşturur. Bu anlamda bakıldığında mağdurun sırrın açıklanması nedeniyle uğradığı gelir kaybı maddi zararı ifade eder. Mağdurun sırrının başkalarınca öğrenilmesi nedeniyle toplum içindeki itibar kaybı, üzüntüye kapılması ise manevi zarardır⁶¹. Madde metninde doğrudan hekimlerden bahsedilmemiş ve genel ifadelerle yetinilmiş ise de, kanun, mesleği icabı bir sır vakıf olma ölçütünü getirdiğinden, hekimlerin de bu madde kapsamında bulunduğu şüphe bulunmamaktadır.

5237 sy TCK'nın 136. maddesinde sayılan suçun maddi unsuru ise başkasına ait kişisel verilerin hukuka aykırı olarak bir başkasına *vermek, yaymak* veya *ele geçirmektir*. Bunlar seçimlik hareketler olup bunlardan bir tanesinin yapılması suçun oluşması açısından yeterlidir⁶². Kurum ve kuruluşların bilgisayar ortamlarında saklanan kişisel verilerin, örneğin bir hastanenin hastalarına ilişkin kişisel veri kapsamındaki kayıtların, hukuka aykırı olarak başkalarına verilmesi, yayılması veya kötü niyetli olarak ele geçirilmesi hallerinde eylem 136. md uyan suç oluşturacaktır. Suçun oluşması için 765 sy TCK'nın 198 maddesindeki gibi mutlaka bir zarar veya zarar tehlikesinin doğması şart değildir. Önceki kanunumuzdan farklı olarak yeni kanunumuz, “ifşasında zarar olabilecek bir sır”dan bahsetmemektedir. Ancak yine de bir verinin kişisel olmasıyla, bunun başkasına verilmesiyle bir zararın doğabileceği düşünülebilir. Bununla beraber, kanun bu şartı aradığından, bir zarar doğmasa da kişisel verilerin bildirilmesinin suç oluşturacağı anlaşılmaktadır⁶³.

Yeni TCK'da ki bu düzenleme ile getirilen suç da şekli bir suçtur. Suçun oluşması için verilerin (çalışmamız kapsamında hasta sırlarının) başkasına verilmiş olması yeterlidir. Kişisel verilerin bir tek kişiye verilmesi veya açıklanması suçun oluşması bakımından yeterlidir⁶⁴. Kamuoyuna bu verilerin açıklanması da verilerin yayılması olduğundan, suç oluşturacaktır. Eski kanunda, sırlara meslek dolayısıyla vakıf olunması şartı aranmaktaydı. Yeni kanun ise böyle bir ayırım yapmamaktadır.⁶⁵

61 Savaş/Mollamahmutoglu, s.2306.

62 Parlar/Hatipoğlu, s.1041.

63 Hakeri, http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=27&Itemid=29, Erişim Tarihi: 26.03.2007.

64 Hakeri Tıp Hukuku, s.480.

65 Hakeri, http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=27&Itemid=29, Erişim Tarihi: 26.03.2007.

Bu suçun ihmali hareketle işlenebilir olup olmadığı tartışmalıdır. Kanaatimce ünlü bir hastaya ilişkin bilgilerin basının kolayca ulaşabileceği yere bırakılması ve neticede basının bilgilere ulaşarak yayınlaması örneğinde olduğu gibi ihmali hareketle de işlenebilir.

VI- SUÇUN MANEVİ UNSURU

765 sy TCK'nın 198 maddesindeki suçun oluşabilmesi için kastla hareket edilmiş olması gerekiyordu. Özel kast aranmayıp, genel kast yeterli idi. Yani failde zarar verme kastının aranmasına gerek yoktu. Sırrın bilerek ve istenerek açıklanması yeterliydi. Taksirli bir hareket sonucunda sırrın başkaları tarafından öğrenilmesi suç teşkil etmez. Örneğin, doktorun notlarını masasında unutması üzerine, sırrın başkaları tarafında öğrenilmesinde kast bulunmamaktadır. Ancak böyle bir durum hekimin hukuki sorumluluğunu gerektirebilir.⁶⁶

5237 sy TCK'nı 136. maddesindeki suç açısından da manevi unsur bakımından kast aranacaktır. Genel kast yeterlidir. Failin hangi saikle hareket ettiğinin suçun oluşumu açısından önemi yoktur⁶⁷. Eylemin taksirle gerçekleştirilmesi durumunda suç oluşmayacak ve fail cezalandırılmayacaktır⁶⁸.

VII- HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ:

Kişisel verilerin verilmesi hukuka uygun olabilir. Örneğin, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu (md. 57, 104, 113) gereğince bildirilmesi zorunlu hastalıkların bildirilmesi durumunda bu suç oluşmaz. Keza TCK 279 ve 280 çerçevesinde kişisel verilerin verilmesi de hukuka uygundur⁶⁹.

Keza Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı'nın 5. maddesine göre, kişisel veriler kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Ayrıca, kanunun öngördüğü bir zorunluluğun mevcudiyeti durumunda; ilgili kişinin rızasını açıklayamayacak durumda olması halinde kendisinin veya başkasının hayatını veya beden bütünlüğünü korumak amacıyla kişisel verilerin işlenmesi durumunda verilerin işlenmesi hukuka uygun olacaktır⁷⁰.

Ayrıca, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi, bakım veya sağlık hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla kişisel verilerin, sağlık kurumları, sigorta şirketleri, sosyal güvenlik kurumları, işyeri sağlık birimi oluşturmakla yükümlü işverenler, okullar ve üniversiteler tarafından ilgili kanunlara uygun

66 Donay, s.163; Aşçıoğlu, s.145-146; Hancı, s.93.

67 Parlar/Hatipoğlu, s.1041.

68 Hakeri, http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=27&Itemid=29, Erişim Tarihi: 26.03.2007.

69 Hakeri, http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=27&Itemid=29, Erişim Tarihi: 26.03.2007.

70 Hakeri, http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=27&Itemid=29, Erişim Tarihi: 26.03.2007.

olarak, hukuken veya meslek kurallarına göre sır saklama yükümlülüğü altında bulunan sağlık personeli tarafından işlenmesi de hukuka uygundur (Tasarı md. 6/2-g)⁷¹.

Gerek görsel gerekse yazılı basının haber verme hakkı bir hukuka uygunluk nedenidir⁷². Ancak bu konuda sınırın çok dikkatli çizilmesi gerektiği kanaatindeyim.

VIII- NİTELİKLİ HAL

TCK'nın 137. maddesi uyarınca suçun kamu görevlisi tarafından ve görevin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi veya belli bir meslek veya sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi halinde verilecek ceza yarı oranında arttırılacaktır. Bu duruma verilebilecek en güzel örnek belki de hekimin görevi nedeniyle kolaylıkla öğrendiği hasta sırlarını açıklamasıdır. Yani hekimlik mesleği gibi bir mesleğin sağladığı kolaylıktan yararlanarak bu suçun işlenmesi durumunda failin cezası arttırılacaktır (TCK 137)⁷³. Çalışmamızda şu ana kadar yaptığımız tüm açıklamalar bu kapsamda değerlendirilmelidir.

IX- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

a) Teşebbüs

Bu suç teşebbüse müsaittir.⁷⁴ Bu duruma örnek olarak, meşhur bir sanatçı hakkında geçmişte geçirdiği utanç verici bir rahatsızlığın, ünlü sosyete doktoru A tarafından açıklanacağına dair yapılan uzun tanıtıcı reklamlardan sonra, ilgili doktor programda konuşmaya henüz başladığı, genel giriş yaptığı fakat ayrıntılara henüz girilmediği esnada mahkeme kararıyla yayının durdurulması durumunda, henüz bir kişisel veri açıklanmadığından suç teşebbüs aşamasında kalacaktır.

b) İştirak

İştirak kurallarının tüm hallerinin bu suç kapsamında gerçekleştirilmesi mümkündür.⁷⁵ Yukarda verdiğimiz örnekte yayın kuruluşu açıklamayı yapacak hekimin fiiline TCK 37 maddesi anlamında birlikte gerçekleştiren ya

71 Hakeri, http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=27&Itemid=29, Erişim Tarihi: 26.03.2007.

72 Hakeri, Tıp Hukuku, s.491.

73 Hakeri, http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=27&Itemid=29, Erişim Tarihi: 26.03.2007.

74 Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer, Asliye Ceza Davaları, Ankara, 2007, s.309; Doğan, Yusuf Hakkı, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/146.doc, s:7, Erişim Tarihi: 22.03.2007.

75 Parlar/Hatipoğlu, s.309; Doğan, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/146.doc, s:7, Erişim Tarihi: 22.03.2007, s.7.

da 39. maddesi anlamında açıklamanın yapılmasına yardım eden olarak iştirak etmiş olacaktır. Tabii iştirakin boyutu olaydan olaya değişeceğinden her somut olayı kendi içinde değerlendirmek gerekecektir.

c) İçtima

Bu konuda özel bir düzenleme getirilmediğinden içtima hususunda genel hükümler uygulanacaktır⁷⁶. Kişinin herhangi bir şekilde edindiği kişisel verileri hukuka aykırı olarak vermesi, yayması suçtur. Ayrıca hukuka aykırı ele geçirme de suçtur. Ancak hukuka aykırı olarak ele geçirilen verinin, ayrıca verilmesi durumunda iki ayrı suç değil, tek suç oluşur. Verme eylemi cezalandırılmayan sonraki eylemdir⁷⁷. Bu sonuç suçun seçimlik hareketli bir suç olmasının bir sonucudur. Aynı kanun maddesinde düzenlenmiş bulunan seçimlik birden fazla hareketten birkaç tanesinin aynı sanık tarafından gerçekleştirilmesi durumunda tek suç oluşacak ancak, bu durum temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır.

X- SORUŞTURMA, KOVUŞTURMA ve GÖREVLİ MAHKEME:

Suç Cumhuriyet Savcılığınca resen soruşturulması gereken suçlardan olup takibi şikâyete bağlı suçlardan değildir. Bu suçlardan açılan kamu davalarına, kanundaki yaptırımının üst sınırının dört yıl olması nedeniyle 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanunu'nun 10 ve 11. maddeleri gereğince asliye ceza mahkemelerinde bakılır.

765 sy TCK'nin 198. maddesindeki suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıydı⁷⁸. Suç üç aydan fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirmemesi nedeniyle önödeme kapsamında kalmaktaydı. Yaptırımı üç aya kadar hapis ve adli para cezasıydı.

76 Parlar/Hatipoğlu, s.309.

77 Hakeri, http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=27&Itemid=29, Erişim Tarihi: 26.03.2007.

78 Yaşar, Osman, Asliye Ceza Davaları, Ankara 1994, s.170.

XI- YAPTIRIM DÜZENİ⁷⁹

<p>765 sy TCK 198 md; Meslek sırrını ifşa:(Resmi görevi ve- ya sıfatı ya da meslek ve sanatı gereği ifşasında zarar görülen bir sırta vakıf olup ta meşru bir sebebe dayalı olmaksızın ifşa etmek)</p>	<p>3 aya kadar hapis</p>
<p>5237 sy TCK md 136-137; Kişisel verileri Hukuka aykırı olarak vermek(137) Genel ağırlatıcı sebepler (137): a. Memurun yetkisini kötüye kullan- ması ile b. Belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanarak</p>	<p>1 yıl -4 yıl hapis</p> <p>1 / 2 artırım</p>

XII- ZAMANAŞIMI SÜRELERİ

Suç, yukarda da açıklandığı üzere 5237 sy. TCK anlamında genel halinde 4 yıla kadar hapis cezasını gerektirmektedir. Ancak bu suçu bir hekim tarafından, hekimlik mesleğinin sağladığı kolaylıktan istifade edilerek ya da hekimin sahip olduğu yetkilerin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi halinde, ½ oranında arttırım yapılacağından 6 yıla kadar hapis cezasını gerektirecektir. TCK'nın 66/3 maddesine göre dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde, dosyadaki mevcut deliller itibariyle suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâlleri de göz önünde bulundurulacağından, bu suçun tabi olduğu dava zamanaşımı süresi belirlenirken, hekimin işlediği suçun yaptırımının üst sınırı olacak olan 6 yıllık sürenin esas alınması gerekmektedir. Öyleyse çalışmamızın konusunu oluşturan suçun tabi olduğu dava zamanaşımı süresi, TCK'nın 66/1-d maddesi gereğince 15 yıl olacaktır.

765 sy TCK' nın 198. maddesinde düzenlenen suç, yukarda da belirttiğimiz üzere 3 aya kadar hapis cezasını gerektirmekte olup, 765 sy TCK'nın 102/1-4 maddesi gereğince 5 yıllık dava zamanaşımı süresine tabi idi. 5237 sy TCK ile bu süre uzatılmış ve 15 yıla çıkartılmıştır.

79 Tablo, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale1-2.htm>, Hasta Hakları ve Yeni Türk Ceza Kanunu, Yrd. Doç. Dr. Yahya DERYAL, Erişim Tarihi: 22.03.2007, adresinden alınmıştır.

Ceza zamaşımı süreleri ise mahkûm olunan ceza miktarına göre belirlenecektir. 5237 sy TCK anlamında, hâkim yaptığı yargılama sonunda 5 yıl ve daha az bir cezaya hükmederse TCK'nın 68/1-e maddesi gereğince bu mahkûmiyet 10 yıllık bir ceza zamaşımına tabi olacaktır. Eğer hâkim şiddet sebeplerini dikkate alarak 5 yıldan fazla bir mahkumiyete hükmedecek olursa, (Ki bu 6 yıldan fazla olamayacaktır.) TCK'nın 68/1-d maddesi gereğince mahkûmiyet 20 yıllık bir ceza zamaşımına tabi olacaktır. Bu süreler 765 sy TCK anlamında, 112/4 maddesi gereğince 10 sene idi. Demekki yeni TCK bu süreyi de uzatarak 20 yıla çıkarmıştır.

Zamaşımı sürelerini kesen ve durduran nedenlere, çalışmamızın sınırlarını çok genişletmesi nedeniyle değinmeyi gerekli bulmadık.

SONUÇ

Tüm bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere pozitif hukukumuzda, hekimin hastası hakkında vakıf olduğu sırları saklama yükümlülüğü vardır. Öyleyse hekim, tedavi faaliyeti sırasında öğrendiği hastaya ait sır niteliğindeki bilgileri gizli tutup üçüncü şahıslara açıklamamakla yükümlüdür. Buna "sır saklama yükümlülüğü" denilmektedir⁸⁰.

Hekimin sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranması, kendisinin cezai ve hukuki sorumluluğuna neden olmaktadır. Cezai sorumluluk, 765 sy TCK'nın 198 maddesinde, 5237 sy TCK'da da 136 ve 137. maddelerde kendini göstermektedir.

Sonuç olarak 5237 sy TCK'da, bu sorumluluk kapsamı ile ilgili olarak getirilen değişiklik ve yenilikler şöylece özetlenebilir;

- 1- Suçun yaptırımı 3 aydan 6 yıla çıkartılarak oldukça ağırlaştırılmıştır,
- 2- Suçun hekim tarafından işlenmesi, suçun basit hali olmaktan çıkartılmış ve ayrıca yarı oranında bir artırım nedeni haline getirilmiştir,
- 3- Suçun kapsamını oluşturan bilgilerin, kişisel veriler olarak tanımlanması ile sır kavramından vazgeçilmiş ve böylece suçun kapsamına giren bilgiler genişletilmiştir,
- 4- Suçun oluşması için bir zarar veya zarar tehlikesinin doğması şartı kaldırılarak, zarar meydana gelmese bile suçun oluşacağı kabul edilmiş ve böylece suçun oluşması kolaylaştırılmıştır,
- 5- Sırlara hekimin mesleği dolayısıyla vakıf olması şartı kaldırılarak, hekimin herhangi bir şekilde edindiği kişisel verileri hukuka aykırı olarak açıklamasının suçun oluşması açısından yeterli olması kabul edilmiştir,

80 Ayan, s.97.

6- Dava ve ceza zamanasını süreleri oldukça uzatılarak, soruşturma ve kovuşturma aşamalarındaki gecikmeler nedeniyle olumlu yâda olumsuz bir sonuca ulaşılamaması ihtimali azaltılmıştır,

7- Suç önödeme kapsamında olmaktan çıkartılmış ve böylece belirli bir miktar parayı ödeyerek kurtulma şansı kaldırılmıştır.

Tüm bu değişikliklerin toplumsal hayatta etkilerinin hissedilmeye başlanması ile hekimlerin hasta sırları ile ilgili olarak daha korumacı bir yaklaşım içersine girecekleri ve yeni TCK'nın bu anlamda da olumlu sonuçlar doğuracağı tarafımızca değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

AB.İçtihat ve Mevzuat Bankası, Versiyon No:59.1.

AKIP Açıklamalı Kanun- İctihat Programı, Eylül 2006, Versiyon 3.0.

Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu, ASLİYE CEZA DAVALARI, Ankara, 2007.

Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu, 5237 sayılı TÜRK CEZA KANUNU YORUMU, 1.cilt, Ankara, 2007.

Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi.

Çetin Aşçıoğlu, DOKTORLARIN HUKUKİ VE CEZAİ SORUMLULUĞU, Ankara 1982.

Çetin Özek, BASIN ÖZGÜRLÜĞÜNDEN BİLGİLENME HAKKINA, İstanbul, 1999.

Ejder Yılmaz, HUKUK SÖZLÜĞÜ, Ankara, 1992.

Zafer Zeytin, HEKİMİN SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ, <http://tipetigi.turkiyeklinikleri.com/search.php?id=33697>, Adresinden; Tıp Etiği- Huku- ku -Tarihi.

Hakan Hakeri, TIP HUKUKU, Ankara, 2007.

Hakan Hakeri, HASTA HAKLARI BAKIMINDAN YENİ TÜRK CEZA KANUNU, http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=27&Itemid=29, Erişim Tarihi: 26,03,2007.

Hamit Hancı, MALPRAKTİS, Ankara, 2002.

<http://www.hukuki.net/www.saglikhukuku.net/index.php?e=53>, Erişim Tarihi: 22.03.2007.

http://www.avrupakonseji.org.tr/antlasma/aas_164.htm, Erişim Tarihi: 22.03.2007,

<http://www.tbmm.gov.tr/Anayasa.htm>, Erişim Tarihi: 22.03.2007.

<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/5237.htm>, Erişim Tarihi: 22.03.2007,

http://www.antenna-tr.org/book/htmlcode/bolum_2_04_a_01_tanim_kapsam.htm. Erişim: 16.06.2007.

Mehmet Ayan, TIBBİ MÜDAHALELERDEN DOĞAN SORUMLULUK, Ankara, 1991.

Mustafa Reşit Belgesay; TIBBİ MESULİYET, İstanbul, 1953.

Osman Yaşar; ASLİYE CEZA DAVALARI, Ankara 1994.

- Özlem Çakmut (Yenerer); **TIBBİ MÜDAHALEYE RIZANIN CEZA HUKUKU AÇISINDAN İNCELENMESİ**, Ankara, 2003.
- Erdem Aydın, **TIPTA YASAL KONULAR**, www.medinfo.hacettepe.edu.tr/ders/TR/D3/8/3080.doc, Erişim Tarihi: 22.03.2007.
- Resmi Gazete, Tarih: 01.08.1998; Sayı: 23420.
- Süheyl Donay, **MESLEK SIRRININ AÇIKLANMASI SUÇU**, İstanbul, 1978.
- Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, Ulusal Yargı Ağı Projesi Mevzuat Programı.
- Vural Savaş/Sadık Mollamahmutoğlu, **TÜRK CEZA KANUNUNUN YORUMU**, Ankara, 1998.
- Vural Kesik/Mustafa Karataş, **HEKİMİN ADLİ SORUMLULUKLARI**, www.gata.edu.tr/ dahilibilimler/cocuk Ders_Konulari/ SEMINER_PANELLER/ESKI_YILLAR/HEKIMIN_ADLI_SORUMLULUGU.ppt, Erişim Tarihi: 22.03.2007.
- Yahya Deryal, **HASTA HAKLARI VE YENİ TÜRK CEZA KANUNU**, http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/ makale1-2.htm, Erişim Tarihi: 22.03.2007.
- Yusuf Büyükay, **HEKİMİN SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ**, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt:8, sayı:1-2, 2004.
- Yusuf Hakkı Doğan, **ÖZEL HAYATA VE HAYATIN GİZLİ ALANINA KARŞI SUÇLAR**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/ makale/146.doc, s.7, Erişim Tarihi: 22.03.2007.

10

11

12

13

14

15

16

17

Özel Hukuk
