



**T.C.
ERCİYES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**TIP CEZA HUKUKUNDA
KİŞİSEL SAĞLIK VERİLERİNİN KORUNMASI**

**Hazırlayan
Mehmet AKÇAKOCA**

**Danışman
Doç. Dr. Fatih BİRTEK**

Doktora Tezi

Ağustos 2021, KAYSERİ

**T.C.
ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**TIP CEZA HUKUKUNDA
KİŞİSEL SAĞLIK VERİLERİNİN KORUNMASI**

(Doktora Tezi)

**Hazırlayan
Mehmet AKÇAKOCA**

**Danışman
Doç. Dr. Fatih BİRTEK**

Ağustos 2021, KAYSERİ

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK

Bu çalışmadaki tüm bilgilerin, akademik ve etik kurallara uygun bir şekilde elde edildiğini beyan ederim. Aynı zamanda bu kural ve davranışların gerektirdiği gibi, bu çalışmanın özünde olmayan tüm materyal ve sonuçları tam olarak aktardığımı ve referans gösterdiğimi belirtirim.

Mehmet AKÇAKOCA

İmza:



T.C.

ERCIYES ÜNİVERSİTESİ

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

TEZ ÖZGÜNLÜK SAYFASI

Anabilim Dalı : Kamu Hukuku

Program Adı : Doktora

Tez Başlığı : Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması

Yukarıda bilgileri verilen tez çalışmasının a) Giriş, b) Ana bölümler ve c) Sonuç kısımlarından oluşan (Kapak, Ön söz, Özet, İçindekiler ve Kaynakça hariç) toplam sayfalık kısmına ilişkin/...../2021 tarihinde **Turnitin** intihal programından aşağıda belirtilen filtreleme uygulanarak alınmış olan özgünlük raporuna göre tezin benzerlik oranı: **%20'** dir.

Filtrelemeye **alıntılar dahil** edilmiştir. Filtrelemede **yedi (7) kelimeden daha az** örtüşme içeren metin kısımları hariç tutulmuştur.

Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez İntihal Raporu Uygulama Esaslarını inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmasının herhangi bir intihal içermediğini, aksinin tespit edilmesi durumunda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini bilgilerinize arz ederim. 01/07/2021

Danışman: Doç. Dr. Fatih BİRTEK

Öğrenci: Mehmet AKÇAKOCA

KILAVUZA UYGUNLUK

“Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması” adlı Doktora Tezi Erciyes Üniversitesi Lisansüstü Tez Önerisi ve Tez Yazma Yönergesi’ne uygun olarak hazırlanmıştır.

Hazırlayan

Mehmet AKÇAKOCA

Danışman

Doç. Dr. Fatih BİRTEK

Kamu Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

Prof. Dr. Cengiz GÜL

ÖN SÖZ

Bu çalışmanın kararlaştırılması, yürütülmesi ve gerekli düzenlemelerinin yapılması aşamalarında, yani tüm aşamalarında göstermiş olduğu üstün sabır gücü ve gerçekten eşsiz destekleri için danışman hocam Doç. Dr. Fatih BİRTEK hocama sonsuz teşekkürlerimi iletiyorum. Ayrıca çalışmanın yapılması sürecinde yeterli vakit ayıramadığım çok sevgili eşim ve ailemden de çok özür diliyor, sabır ve destekleri için onlara da çok teşekkür ediyorum.

Mehmet AKÇAKOCA, Kayseri, 2021

TIP CEZA HUKUKUNDA KİŞİSEL SAĞLIK VERİLERİNİN KORUNMASI

Mehmet AKÇAKOCA

Erciyes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü

Doktora Tezi, Ağustos 2021

Danışman: Doç. Dr. Fatih BİRTEK

ÖZET

Bu çalışmada kişisel veriler belli ya da belirlenebilir bir gerçek kişi ile ilişkili veya ilişkilendirilebilir, o kişinin diğer kişilerden ayırt edilebilmesini sağlayan bilgiler olarak kabul edilmiştir. Kişisel verilerin çok çeşitleri bulunmakla birlikte en önemlilerinden birisi kişisel sağlık verileridir. Bu veriler ise bir gerçek kişinin teknik anlamda sağlık durumuna ilişkin olan ve bu yönüyle diğer kişilerden ayırt edilmesini sağlayan tüm bilgilerdir. Yetkisiz kişilerin eline geçtiklerinde ilgili oldukları kişiler üzerinde öngörülemeyecek düzeyde çok ağır sonuçlar doğurabilecek nitelik taşırlar.

Ceza hukuku toplumsal düzenin devamını sağlayan en etkili hukuk dallarından biridir. Kişisel sağlık verilerinin korunmasının da ceza hukuku ile yapılması gerektiğinde tereddüt bulunmamaktadır. Bu yönüyle bakıldığında iç hukuk sistemimizde doğrudan kişisel sağlık verileri özelinde olmasa da kişisel verilerle ilgili olarak cezai yaptırım içeren birçok düzenleme bulunduğu görülmektedir. Bunlardan en önemlileri 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 135, 136 ve 138. maddelerindeki kişisel verilerin hukuka aykırı bir şekilde kayda alınması, ele geçirilmesi, verilmesi, yayılması ve yok edilmemesi suçlarıdır. Ayrıca 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) m. 17'de düzenlenmiş bulunan kişisel verilerin silinmemesi veya anonim hale getirilmemesi suçu düzenleme altına alınmış bulunmaktadır. Yine 1489 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nunda (UHK) ve 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumuna İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun'da da aynı nitelikte düzenlemeler bulunmaktadır. Tüm bu düzenlemelerin hayata geçirilmiş olması önemli bir adım olmakla birlikte, bünyelerinde kişisel sağlık verilerinin hassas nitelikleri ile uyum arz edecek özel düzenlemeler içermemeleri ya da bu nitelikte çok yetersiz düzenlemeler içermeleri nedeniyle, kişisel sağlık verilerinin cezai anlamda korunması oldukça yetersiz kalmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kişisel veri, özel nitelikli veri, kişisel sağlık verisi, tıp ceza hukuku, yaptırım.

PROTECTION OF PERSONAL HEALTH DATA IN MEDICAL CRIMINAL LAW

Mehmet AKÇAKOCA

Erciyes University, Graduate School of Social Sciences

PhD Thesis, August 2021

Supervisor: Assoc. Prof. Dr. Fatih BİRTEK

ABSTRACT

In this study, personal data is accepted as information that can be associated or associated with a certain or identifiable natural person and that enables that person to be distinguished from other people.

Although there are many types of personal data, perhaps one of the most important of these data is personal health data. These data are all information that relates to the technical health status of a real person and in this way that enables him to distinguish himself from other people. When they fall into the hands of unauthorized persons, they are of the nature to have very severe consequences that cannot be foreseen on the people they are related to.

Criminal law is one of the most effective branches of law that ensures the continuation of the social order. There is no hesitation that the protection of personal health data should be done by criminal law. Viewed from this perspective, it is seen that there are many regulations in our domestic legal system that include penal sanctions regarding personal data, although not directly specific to personal health data. The most important of these are the crimes of illegally recording, seizing, giving, disseminating and not destroying personal data in Articles 135, 136 and 138 of the Turkish Penal Code No. 5237 (TCK). In addition, the crimes of not deleting or anonymizing personal data are regulated in Article 17 of the Law on the Protection of Personal Data No. 6698 (KVKK). Again, there are regulations of the same nature in the General Health Law No. 1489 (UHK) and the Law No. 5502 on Some Regulations Regarding the Social Security Institution. Although the implementation of all these regulations is an important step, penal protection of personal health data is quite inadequate, as they do not contain special regulations that will comply with the sensitive characteristics of personal health data or contain very inadequate regulations of this nature.

Key Words: Personal data, sensitive data, personal health data, medical criminal law, punishment.

İÇİNDEKİLER
TIP CEZA HUKUKUNDA
KİŞİSEL SAĞLIK VERİLERİNİN KORUNMASI

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK	i
TEZ ÖZGÜNLÜK ONAYI	ii
KILAVUZA UYGUNLUK	iii
KABUL VE ONAY.....	iv
ÖN SÖZ	v
ÖZET	vi
ABSTRACT	vii
İÇİNDEKİLER.....	viii
KISALTMALAR LİSTESİ	xvi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM
KİŞİSEL SAĞLIK VERİLERİ

1.1. Genel Olarak.....	15
1.1.1. Kişisel Veri	16
1.1.1.1. Ayırt Edici Bilgi.....	23
1.1.1.2. Belirli ya da Belirlenebilir Gerçek Kişi	28
1.1.1.3. Verinin Gerçek Kişiyle İlişkili ya da İlişkilendirilebilir Olması	33
1.1.2. Özel Nitelikli Kişisel Veri	37
1.1.2.1. Irki ve Etnik Köken.....	45
1.1.2.2. Siyasi Düşünce	46
1.1.2.3. Felsefi İnanç	46
1.1.2.4. Dini ve Diğer İnançlar.....	48
1.1.2.5. Kılık- Kıyafet	49
1.1.2.6. Cinsel Yaşam	51
1.1.2.7. Sağlık Durumu	51
1.1.2.8. Biyometrik ve Genetik Verileri.....	59
1.1.2.9. Dernek, Vakıf ve Sendika Üyeliği	62
1.1.2.10. Ceza Mahkûmiyeti ve Güvenlik Tedbirleriyle İlgili Verileri	63

1.1.2.11. Değerlendirme.....	64
1.2. Kişisel Sağlık Verileri	68
1.2.1. Kavram	68
1.2.2. Kişisel Sağlık Verilerinin Kapsamı	75
1.2.3. Kişisel Sağlık Verilerine İlişkin Uluslararası ve Ulusal Düzenlemeler.....	88
1.2.3.1. Genel Olarak	88
1.2.3.2. Uluslararası Düzenlemeler.....	89
1.2.3.2.1. Ekonomik İş Birliği ve Kalkınma Teşkilatı Sözleşmesi	90
1.2.3.2.2. Birleşmiş Milletler	92
1.2.3.2.3. Avrupa Konseyi ve Kişisel Verilerin Korunması	96
1.2.3.2.3.1. 108 Sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunmasına İlişkin Sözleşme	96
1.2.3.2.3.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	97
1.2.3.2.3.3. Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi	100
1.2.3.2.4. Avrupa Birliği'nde Kişisel Verilerin Korunması	102
1.2.3.2.4.1. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı	104
1.2.3.2.4.2. Avrupa Birliği Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü.....	106
1.2.3.2.4.3. 95/46 Sayılı Avrupa Topluluğu Kişisel Verilerin Korunması Yönergesi.....	107
1.2.3.2.4.4. 2016/679 Sayılı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü	108
1.2.3.2.4.5. 2016/680 Sayılı Kişisel Verilerin Cezai Prosedür Gereği İşlenmesi Karşısında Gerçek Kişilerin Korunması Tüzüğü	119
1.2.3.2.5. Dünya Hekimler Birliği Bildirgeleri	120
1.2.3.3. Ulusal Düzenlemeler.....	125
1.2.3.3.1. Anayasa	125
1.2.3.3.2. 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu.....	126
1.2.3.3.3. 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumuna İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun.....	130
1.2.3.3.4. 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu.....	131
1.2.3.3.5. 4982 Sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu.....	131

1.2.3.3.6. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi ve Türk Eczacıları Deontoloji Tüzüğü.....	132
1.2.3.3.7. Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkındaki 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi.....	133
1.2.3.3.8. Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik	136
1.2.3.3.9. Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik.....	140
1.2.3.3.10. Hasta Hakları Yönetmeliği.....	146
1.2.3.3.11. Özel Hastaneler Yönetmeliği	150
1.2.3.3.12. Hekimlik Meslek Etiği Kuralları.....	150
1.2.4. Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması Gerekliliği	152
1.2.5. Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması Yöntemlerine Dair Yaklaşımlar	159
1.2.6. Kişisel Sağlık Verilerinin Korunmasına Dair Pozitif Hukukumuzda Geçerli Olan Sistem.....	164
1.2.6.1. Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesine Dair İlkeler	166
1.2.6.1.1. Genel olarak	166
1.2.6.1.2. Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenme Esaslarına İlişkin İlkeler	172
1.2.6.1.2.1. Hukuka ve Dürüstlük Kurallarına Uygunluk	172
1.2.6.1.2.2. Amaca Bağlılık.....	182
1.2.6.1.2.2.1. Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenebileceği Amaçlar	191
1.2.6.1.2.2.1.1. Kamu Sağlığının Korunması, Koruyucu Hekimlik	192
1.2.6.1.2.2.1.2. Tıbbî Teşhis, Tedavi ve Bakım Hizmetlerinin Yürütülmesi	194
1.2.6.1.2.2.1.3. Sağlık Hizmetleri ile Finansmanının Planlanması ve Yönetimi	197
1.2.6.1.2.3. Doğruluk ve Güncellik	200
1.2.6.1.2.4. Ölçülülük.....	202
1.2.6.1.3. Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenme Usulüne İlişkin İlkeler	206
1.2.6.1.3.1. Amacın Gerektirdiğinden Daha Uzun Süre Muhafaza Edilmeme	209
1.2.6.1.3.2. Kişisel Sağlık Verilerinin Gizliliği.....	211
1.2.6.1.3.2.1. Kişisel Sağlık Verilerini İşlemeye Yetkili Kişiler.....	220

1.2.6.1.3.2.1.1. Sır Kavramı ve Kişisel Sağlık Verileri ile İlişkisi	220
1.2.6.1.3.2.1.2. Sır Saklama Yükümlülüğünün Hukuki Dayanağı	226
1.2.6.1.3.2.1.3. Sır Saklama Yükümlülüğü Altında Bulunan Kişiler	230
1.2.6.1.3.2.1.4. Sır Saklama Yükümlülüğünün Yöneltileceği Kişiler	236
1.2.6.1.3.2.2. Kişisel Sağlık Verilerini İşlemeye Yetkili Kurum ve Kuruluşlar	240
1.2.6.1.3.3. Kişisel Sağlık Verilerinin Güvenliğine Dair İlkeler.....	246
1.2.6.1.3.4. Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesinde Rıza Meselesi	258

İKİNCİ BÖLÜM

KİŞİSEL SAĞLIK VERİLERİNİN CEZA HUKUKUNDA KORUNMASI

2.1. Kişisel Sağlık Verilerinin Korunmasını İhlal Edici Davranışların Ceza Hukuku Kapsamında Yaptırım Altına Alınması Gerekliliği.....	269
2.2. TCK Kapsamındaki Koruma	284
2.2.1. Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu.....	286
2.2.1.1. Genel Olarak	286
2.2.1.2. Suçla Korunan Hukuksal Değerler	289
2.2.1.3. Suçun Unsurları	300
2.2.1.3.1.Maddi Unsurlar	300
2.2.1.3.1.1. Fail.....	300
2.2.1.3.1.2. Mağdur	304
2.2.1.3.1.3. Suçun Konusu.....	308
2.2.1.3.1.4. Hareket	322
2.2.1.3.1.5. Netice.....	334
2.2.1.3.1.6. Nedensellik (İllyet) Bağı	340
2.2.1.3.2. Manevi Unsurlar.....	343
2.2.1.3.3. Nitelikli Unsurlar.....	350
2.2.1.3.3.1. Suçun Özel Nitelikli Kişisel Verilere (Kişisel Sağlık Verilerine) İlişkin Olarak İşlenmesi	352
2.2.1.3.3.2. Suçun Kamu Görevlisi Tarafından ve Görevinin Sağladığı Yetki Kötüye Kullanılmak Suretiyle işlenmesi.....	355
2.2.1.3.3.2.1. Sağlık Kamu Görevlileri.....	366

2.2.1.3.3.2.1.1. Sağlık Meslek Mensupları	367
2.2.1.3.3.2.1.2. Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensupları	373
2.2.1.3.3.2.1.3. Diğer Sağlık Çalışanları	374
2.2.1.3.3.2.2. Diğer Kamu Görevlileri	376
2.2.1.3.3.3. Suçun Belli Bir Meslek ve Sanatın Sağladığı Kolaylıktan Yararlanmak Suretiyle işlenmesi.....	377
2.2.1.3.4. Hukuka Aykırılık	387
2.2.1.3.4.1.1. Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi	399
2.2.1.3.4.1.1.1. Sağlık Çalışanlarının Kayıt Tutma Yükümlülüğü	405
2.2.1.3.4.1.1.2. Sağlık Çalışanı Olmayan Diğer Görevlilerin Kayda Alma Yükümlülükleri	416
2.2.1.3.4.1.2. Meşru Savunma	418
2.2.1.3.4.1.3. Hakkın İcrası	425
2.2.1.3.4.1.4. İlgilinin Rızası	432
2.2.1.3.5. Kusurluluk	447
2.2.1.3.5.1. Zorunluluk (Zaruret) Hali, ...	450
2.2.1.3.5.2. Bağlayıcı ve Hukuka Aykırı Bir Emrin Yerine Getirilmesi	455
2.2.1.3.5.3. Haksız Tahrik	459
2.2.1.4. Soruşturma ve Kovuşturma Şartları	462
2.2.1.4.1. Şikâyet	462
2.2.1.4.2. İzin	463
2.2.1.5. Suçun Özel Görünüş Biçimleri	468
2.2.1.5.1. Teşebbüs	468
2.2.1.5.2. Gönüllü Vazgeçme	475
2.2.1.5.3. İştirak	478
2.2.1.5.4. İçtima	483
2.2.1.5.4.1. Zincirleme Suç	485
2.2.1.5.4.2. Fikri İçtima	487
2.2.1.5.4.3. Görünüşte İçtima	494
2.2.1.6. Yaptırım	503
2.2.1.7. Yargılama	506

2.2.1.8. Zaman Aşımı.....	507
2.2.2. Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme, Yayma veya Ele Geçirme Suçu.....	507
2.2.2.1. Genel Olarak	507
2.2.2.2. Suçla Korunan Hukuksal Değerler	509
2.2.2.3. Suçun Unsurları	513
2.2.2.3.1. Maddi Unsurlar	513
2.2.2.3.1.1. Fail.....	513
2.2.2.3.1.2. Mağdur	515
2.2.2.3.1.3. Suçun Konusu.....	517
2.2.2.3.1.4. Hareket	523
2.2.2.3.1.4.1. Kişisel Verileri Vermek.....	531
2.2.2.3.1.4.2. Kişisel Verileri Yaymak	536
2.2.2.3.1.4.3. Kişisel Verileri Ele Geçirmek.....	540
2.2.2.3.1.5. Netice.....	546
2.2.2.3.2. Manevi Unsurlar.....	548
2.2.2.3.3. Nitelikli Haller.....	553
2.2.2.3.3.1. Suçun Kamu Görevlisi Tarafından ve Görevin Verdiği Yetki Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi	555
2.2.2.3.3.2. Suçun Belli Bir Meslek veya Sanatın Sağladığı Kolaylıktan Yararlanmak Suretiyle İşlenmesi	557
2.2.2.3.4. Hukuka Aykırılık	558
2.2.2.3.4.1. Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi	559
2.2.2.3.4.1.1. Suçları İhbar Yükümlülüğü	562
2.2.2.3.4.1.2. Kamu Sağlığını Koruma Amaçlı Bildirim Yükümlülüğü	568
2.2.2.3.4.1.3. Sağlık İstatistiklerinin Tutulabilmesi Amacıyla Bildirim	581
2.2.2.3.4.1.4. Soruşturma ve Kovuşturma Mercilerinin Bilgi Taleplerini Karşılama Yükümlülüğü	591
2.2.2.3.4.2. Meşru Savunma.....	596
2.2.2.3.4.3. Hakkın İcrası	597
2.2.2.3.4.4. İlgilinin Rızası	600
2.2.2.3.5. Kusurluluk.....	608
2.2.2.4. Soruşturma ve Kovuşturma Şartları.....	615

2.2.2.5. Suçun Özel Görünüş Biçimleri	617
2.2.2.5.1. Teşebbüs.....	617
2.2.2.5.2. İştirak.....	620
2.2.2.5.3. İçtima.....	622
2.2.2.5.3.1. Zincirleme Suç.....	626
2.2.2.5.3.2. Fikri İçtima	628
2.2.2.5.3.3. Görünüşte İçtima	633
2.2.2.6. Yaptırım ve Zaman Aşımı	637
2.2.2.7. Yargılama.....	640
2.2.3. Verileri Yok Etmeme.....	640
2.2.3.1. Genel Olarak	640
2.2.3.2. Suçla Korunan Hukuksal Değerler	643
2.2.3.3. Suçun Unsurları	645
2.2.3.3.1. Maddi Unsurlar	645
2.2.3.3.1.1. Fail.....	645
2.2.3.3.1.2. Mağdur	647
2.2.3.3.1.3. Suçun Konusu.....	649
2.2.3.3.1.4. Hareket	652
2.2.3.3.1.4.1. Sistem	654
2.2.3.3.1.4.2. Sisteme Kayıtlı Veri	657
2.2.3.3.1.4.3. Kanuni Süre ve Sürenin Geçmiş Olması	657
2.2.3.3.1.4.4. Yok Etme Görevlisi	664
2.2.3.3.1.4.5. Süre Dolmasına Rağmen Verilerin Yok Edilmemesi.....	664
2.2.3.3.1.5. Netice.....	668
2.2.3.3.2. Manevi Unsur.....	669
2.2.3.3.3. Nitelikli Haller.....	670
2.2.3.3.4. Hukuka Aykırılık	672
2.2.3.3.5. Kusurluluk.....	674
2.2.3.4. Soruşturma ve Kovuşturma Şartları.....	675
2.2.3.5. Suçun Özel Görünüş Biçimleri	675
2.2.3.5.1. Teşebbüs.....	675
2.2.3.5.2. İştirak.....	676

2.2.3.5.3. İçtima.....	677
2.2.3.6. Yargılama, Zaman Aşımı ve Yaptırım.....	680
2.3. 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamındaki Koruma.....	681
2.3.1. Kişisel Verilerin Silinmemesi veya Anonim Hale Getirilmemesi Suçu.....	683
2.4. 1489 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu Kapsamında Koruma	690
2.5. 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumuna İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Kapsamında Koruma	700
SONUÇ	704
KAYNAKÇA.....	718



KISALTMALAR LİSTESİ

AAET	: Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu
AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ABGVKT	: Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü
AET	: Avrupa Ekonomik Topluluğu
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AK	: Avrupa Konseyi
AKÇT	: Avrupa Kömür Çelik Topluluğu
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BEHK	: Bilgi Edinme Hakkı Kanunu
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
BTÜİHK	: Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi
CBK	: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi
CD	: Ceza Dairesi
CGTİHK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
D.	: Danıştay
DHB	: Dünya Hekimler Birliği
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
EKG	: Elektro Kardio Grafi
İTO	: İstanbul Tabip Odası
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KVKK	: Kişisel Verilerin Korunması Hakkındaki Kanun

NSA	: Amerikan Ulusal Güvenlik Ajansı
OECD	: Ekonomik İş Birliği ve Kalkınma Teşkilatı
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TŞSTİHK	: Tababet ve Şuabatı Sanatları Tarzı İcrası Hakkında Kanun
UHK	: Umumi Hıfzıssıhha Kanunu
vd.	: Ve Diğerleri
Y.	: Yargıtay
YCDK	: Yargıtay Ceza Dairesi Kararı
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu

GİRİŞ

Modern toplumlarda özel hayatın gizliliği çok da yeni olmayan ve boyutları git gide değişen önemli bir tehditle karşı karşıyadır.¹ Bu tehdit, insanlardaki merak duygusudur. Çünkü kişilere ait bilgilerin öğrenilme isteğinin özünde genellikle insani bir duygu olan merak yatmaktadır.² Ancak bireyin kendisiyle ilgili bilgilere, öteki bireylerin erişimini engellediği aşamada mahremiyet başlamaktadır. Buna göre bireyin kendisiyle ilgili olup öteki bireylerin erişimine sınır koyduğu alanlar mahremiyet hakkının bulunduğu alanlardır.³ Yani insanların merak duygusunun etkisiyle diğer kişiler hakkında öğrenmek istedikleri bilgiler kişisel verilerdir ve bugün itibarıyla bu veriler artık ekonomik değeri dahi bulunan, ticareti yapılan bir “değer” olma niteliği kazanmış bulunmaktadır.⁴

1950’li ve 1960’lı yıllarda teknolojinin hızla gelişmeye başlaması, ilk bilgisayarların ortaya çıkması ve bununla bağlantılı olarak bireylerin kişisel verilerinin daha yoğun şekilde toplanması neticesinde kişisel verilerin korunması meselesi de tartışılmaya başlanmıştır. Özellikle yurtdışında, 60’lı yıllarda Amerika Birleşik Devletleri’nde vatandaşlara kredi veren bankaların, kredi verecekleri kişileri belirlemek amacıyla vatandaşların kişisel verilerinin toplanacağı bir merkezin kurulmasını talep

¹ Muammer Ketizmen ve Çağlar Ülküder, *E-Devlet Uygulamalarında Kişisel Verilerin Korun(ma)maları*, XII. “Türkiye’de İnternet” Konferansı 8-10 Kasım 2007, Ankara, https://www.academia.edu/9996163/E-Devlet_Uygulamalar_%C4%B1nda_Ki%C5%9Fisel_Verilerin_Korun_ma_mas%C4%B1, (29.05.2020), 1.

² Kader Sariusta, *Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Yoluyla Korunması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Temmuz 2018, Gaziantep, 1.

³ Nesrin Çobanoğlu, *Tıp Etiği Açısından Tıbbi Bilgilerin Mahremiyeti*, Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010 Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2011, 512.

⁴ Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 1.

⁵ Nil Melek Gültekin, *Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Yönünden Korunması*, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Mayıs 2018, 1.

³ Nesrin Çobanoğlu, *Tıp Etiği Açısından Tıbbi Bilgilerin Mahremiyeti*, Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010 Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2011, 512.

⁴ Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 1.

etmeleri, akabinde ABD ordusunun kişisel verileri herhangi bir kanuni dayanağa sahip olmamasına rağmen depoladığının ortaya çıkması, bu konudaki tartışmaları ateşleyen ilk vakalar olmuştur.⁵ Bunlarla bağlantılı olarak, toplanmış ve depolanmış bulunan kişisel verilerin kötüye kullanılması tehlikesi endişeye yol açmış ve bu endişe etkisini II. Dünya Savaşı'ndan sonra özellikle Avrupa ülkelerinde yoğun bir şekilde hissettirmiştir. Savaşın yıkıcı etkilerinin halen psikolojik anlamda devam ediyor olması da kişisel verilerin korunması gerekliliğine yönelik tartışmalara iyice yoğunlaşmıştır.⁶

Tartışmaların etkisiyle kişisel verilerin korunmasına yönelik ilk somut gelişmeler bin dokuz yüz yetmişli yıllarda yaşanmıştır. Yasalaştırma çalışmaları o dönemde başlasa da esaslı kanunlaştırma çalışmaları pek çok ülkede bin dokuz yüz seksenli ve doksanlı yılları bulmuştur. Bu alanda yapılan ilk yasal düzenleme olarak Almanya'da "*Hesse Planı*" olarak adlandırılan ve federe düzeyde merkezi bir veri bankası kurulmasına ilişkin 1970 tarihli kanun tasarısı kabul edilir.⁷

Kişisel verilerin gizliliğinin yetkili organlarca sağlanması, kişinin özel ve aile hayatına saygı hakkının en önemli gereklerinden biridir. Bu nedenle kişisel verilerin, özellikle de hassas veri niteliğinde olan kişisel sağlık verilerinin özel hayata saygı hakkının gereği olarak yetkisiz kişilerce –yetkisiz/ hukuka aykırı bir şekilde- öğrenilmesinin önüne geçilmesi gerekmektedir. Zira kişisel sağlık verilerinin açıklanması, kişinin özel ve aile yaşantısı kadar, sosyal ve iş durumunu da etkileyebilecek önemli bir nitelik taşımaktadır. Örneğin kişinin HIV virüsü taşımasına ilişkin bilgi bir kişisel sağlık verisidir ve bu verinin bir şekilde aleniyet kazanması, kişinin toplumdan dışlamasına kadar varabilecek ağır sonuçlar doğurabilecek bir nitelik taşımaktadır.⁸

Kanunlaştırma çalışmaları kapsamında başlarda kişisel verilerin korunması için anonimleştirilmesi konusu tartışılmış, ancak bunun da olası sorunları tümüyle çözmesinin mümkün olmadığı görülmüştür. Bu yönüyle bakıldığında teknik olarak

⁵ Nil Melek Gültekin, *Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Yönünden Korunması*, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Mayıs 2012, 1; Oğuz Şimşek, *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, Beta Basım Yayın Dağıtım, 1. Baskı, Şubat 2008, İstanbul, 7.

⁶ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, xxiii.

⁷ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, xxiii.

⁸ Handan Yokuş Sevik, *Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması*, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 807.

sadece doğum tarihi ve posta kodu bilgilerinin bilindiği tıbbi kayıtlarla dahi, kişilerin kimler olduğu ayrıntılı bir şekilde saptanabilmektedir. Birazda bu nedenle kişisel sağlık bilgilerinin güvenliği büyük önem taşımaktadır. Bu önemi nedeniyle bu alanda tüm dünya da geçerli olacak bir standart oluşturulması gerektiği, bu standartlarla gerekli önlemlerin alınmasının zorunluluk taşıdığı düşünülmüş.⁹

Hukuk ve tıp birbirinden çok farklı iki ayrı bilim dalı olsa da her ikisinin konusunun da insan olması nedeniyle birbirleriyle daima zorunlu ve sıkı bir iletişim içinde bulunmaktadırlar. Hukuk insanların sahip olduğu hakları ve borçları düzenlerken, tıp bu hakları kullanabilmesi ve borçlarını yerine getirebilmesi için insanların sağlıklı olmasını sağlamaya çalışır. Bu yönüyle faaliyetlerinin meşruiyetini karşılıklı olarak birbirlerinden aldıklarını söylemek yanlış bir değerlendirme olmayacaktır.¹⁰

Tıbbın ana uğraşı alanını, hasta kişilerin tedavi edilerek sağlıklarını kazandırmaya yönelik faaliyetler oluşturmaktadır. Mahiyeti itibariyle hasta olmak veya hastanede yatmak, bu nedenle tedavi görmek kendi başına insanda endişeler ve sıkıntılar doğuran, insanın doğasında var olan güvende olma isteğini hissisini tehdit eden, insanı bir anlamda pasif ve bağımlı hale getiren oldukça olumsuz bir yaşam deneyimidir. Bu nedenle hasta olan insan alıştığı, tanıdığı ve bildiği çevreden uzaklaşarak, bilinmezlik korkusu ve çevre kontrolü kuramama gibi sorunlarla yüzleşir ve önemli şekilde bireysel fonksiyon kaybına uğrar.¹¹ Zira tıbbi uygulamalar esnasında kişinin başka bireylerle paylaşmayacağı maddi ya da manevi gizli ve çok hassas bilgiler, hekim ve diğer sağlık personelleri tarafından rahatlıkla öğrenilir.¹² Bu yönüyle kişinin zorunluluk gereği özel alanına ilişkin çok gizli bilgilerini paylaştığı meslek gruplarından biri ve kanatımızca en önemlisi hekimler¹³ ve diğer sağlık çalışanlarıdır.

⁹ Türk Tabipler Birliği Kişisel Sağlık Verileri Çalışma Grubu, "Sağlık Hizmetlerinde Kişisel Veri Toplanması, Korunması ve Değerlendirilmesi", <http://www.kisiselsaglikverileri.org/32-saglik-hizmetlerinde-kisisel-veri-toplanmasi-korunmasi-ve-degerlendirilmesi.html> (09/11/2017).

¹⁰ Özlem Yenerer Çakmut, *Hekimin Cezai Sorumluluğu*, Uluslararası 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu, XII. Levha Yayıncılık, İstanbul Ocak 2011, 273.

¹¹ Ümmühan Bardak ve Dilaver Tengilimoğlu, *Sağlık Alanında İnsan Hakları ve Etik*, Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, sayı: 1-2, Yıl: 1998, 225; Murat Volkan Dülger, *Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti*, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1, Sayı 2, 2015, 220.

¹² Çobanoğlu, *Tıp Etiği*, 512.

¹³ Aynı yönde Faruk Özalp ve Tuba Özalp, *Hekimin Cezai Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, 138.

Yapılan araştırmalar, hastanın sağlık kurumuna başvurusundan itibaren teşhis ve tedavi sũreci içinde (tetkikler, raporlar ve ilaçların reçete edilmesi, eczaneden alınması sũrelerinde) her aşamada bir ya da birkaç kişinin hastayla ilgili doğrudan bilgi ediniyor olduğuna ve bu nedenle de bu bilgilerin gizliliğin sağlanması zorluluk taşıdığını ortaya koymaktadır.¹⁴ ũnkũ teşhis ve tedavi amacıyla edinilen bu bilgiler, çoğunlukla kişiye özel ve bu nedenle başka insanların bilmemesi gereken çok önemli ve hassas durumlara ilişkin bilgilerdir. Öyle ki bazen kişinin kendisinin bile bilmediği çok özel bir durumunu hekimi çok rahat bir şekilde öğrenebilmektedir.¹⁵ Bu nedenle tıbbi kayıtların gizliliğinin hassas bir şekilde sağlanması son derece bũyũk bir önem taşımaktadır.

Hekim, hastasından elde ettiği bilgilere dayanarak teşhis yapar ve tedavi yöntemini belirler. Hekimin hastaya ilişkin bũtũn bilgileri dikkate alarak ve doğru bir şekilde bu belirlemeyi yapabilmesi için, hastanın hekime tam ve net (açık) olarak bu bilgileri vermesi bũyũk önem taşımaktadır.¹⁶ Bu da ancak hasta ile hekim arasındaki gũven ortamının yeterli dũzeyde tesis edilmiş olması durumunda söz konusu olacaktır.¹⁷ ũnkũ hasta ancak yeterli dũzeyde bir gũven ilişkisi sağlandığında en özel bilgilerini hekimi ile paylaşır.¹⁸ Yani hastanın rahat bir şekilde hekimine açılabilmesi ve bilgilerini hekimiyle paylaşabilmesi için aralarında belli bir gũven ortamının tesis edilmiş olması zorunluluk taşımaktadır.¹⁹ Bu ynũyle hekim – hasta ilişkisinin temelini “gũven” unsuru oluşturur ve esasında birbirlerine duydukları gũven sayesinde bu tũr ilişkilere girerler.²⁰

Hasta ile hekim arasındaki gũven ilişkisinin kurulabilmesinin en önemli şartlarından ya da yapı taşlarından birini ise hekimlerin ve diğer sağlık çalışanlarının, hastalarına ait tıbbi bilgileri koruma ve sır olarak saklama, daha açık bir deyişle hastanın mahremiyetini koruma konusunda hassasiyet göstermeleri oluşturmaktadır.²¹ Klasik anlamda sağlık çalışanların sır saklama yũkũmlũėũ olarak anılan bu sorumluluk,

¹⁴ Pervin Somer, *Tıbbi Kayıtlar*, Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010 Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2011, 543.

¹⁵ obanoğlu, *Tıp Etiği*, 512.

¹⁶ Erkan Kũũkėũnėor, *Tıbbi Kayıtlarda Sır Saklama Yũkũmlũlũėũ*, Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010 Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2011, 554

¹⁷ Somer, *Tıbbi Kayıtlar*, 543.

¹⁸ Somer, *Tıbbi Kayıtlar*, 543.

¹⁹ M. Onursal Cin, *Tıp Etiği ve Cezai Sorumluluk*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitũsũ Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Konya – 2004, 61.

²⁰ Mustafa Cumhur İzgi ve Neyyire Yasemin Oğuz, *Tũrk Ceza Kanunu 280. Madde: Sağlık Hakkı mı? Gũvenlik mi?* Tũrkiye Klinikleri, Yıl:2008, Sayı: 16, 22; Kũũkėũnėor, *Tıbbi Kayıtlarda*, 555.

²¹ Tony Hope, Julian Savulescu and Judith Hendrick, *Medical Ethics and Law*, The Core Curriculum, Elsevier Limited, Reprinted 2009, 94; Cin, *Tıp Etiği*, 61.

ilişkideki güvenin bir sonucu²² olarak doğmaktadır. Yani bu sorumluluk, hastanın hekime sunduğu bilgilerin hekim ve diğer sağlık çalışanları tarafından saklanacağına duyulan bu güvenin gereğidir.²³ Bu nedenle hastanın, sağlık hizmeti sunan kişiler tarafından kişisel verilerinin sır olarak saklanacağını bilmesi ve bu yönüyle hastaya ait bilgilerin güvence (koruma) altında olması gerekir.²⁴ Bahsi geçen güven ortamını zedeleyici davranışların sağlık çalışanlarından kaynaklı varlığı, hasta tarafından bu bilgilerin aktarılmaması veya yanlış aktarılması riskini de ortaya çıkarabilir.²⁵ Yine bilgilerinin başkasının eline geçebilmesi veya paylaşılması riski, hastayı doğru bilgi verme konusunda tereddütte bırakabilecektir.²⁶ Bu nedenle özellikle de yeterli düzeyde gizliliğin sağlanması yönüyle kişisel sağlık verilerinin korunması için gerekli önlemlerin alınması tabibi bir zorunluluk niteliği taşımaktadır.²⁷

Hastanın kişisel verilerinin korunması için alınacak önlemlerin boyutu yani sağlanan gizliliğin boyutu, hastanın sağlık çalışanına verdiği bilgilerin paylaşılmayacağı, herkesçe duyulmayacağı inancı ile hareket etmesini ve nedenle herhangi bir tepkiden korkmaksızın yardım istemesini, gerek duyulan her türlü bilgiyi rahatlıkla hekime açıklaması sonucunu doğuracak ve bu da yapılan tedavinin daha başarılı olmasını²⁸, etkili bir teşhis ve tedaviye ulaşılmasını²⁹, buna bağlı olarak toplumdaki tüm insanların daha iyi düzeyde bir sağlığa, refaha, genel iyiliğe ve genel mutluluğa ulaşmalarını

²² James W. Jones and Laurence B. McCullough, *Limits Of Confidentiality: To Disclose Or Not To Disclose*, Journal Of Vascular Surgery, Volume 58, Number 2, August 2013, 521; Yusuf Büyükkay, *Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VIII, 1-2 (2004), 384; Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza Hukukunda Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme ve Ele Geçirme Suçu*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/21(2), 12.

²³ M. Cumhur İzgi, *Mahremiyet Kavramı Bağlamında Kişisel Sağlık Verileri*, Türkiye Biyoetik Dergisi, Yıl: 2014, Cilt: 1, Sayı: 1, 33; Yahya Deryal, *Hastanın Özel Yaşamına Saygı Hakkının İki Boyutu: Hasta Sırrının Korunması ve Beden Mahremiyeti*, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, 2, Baskı, Ankara 2009, 73; Claudia Carr, *Beginning Medical Law*, Routledge Taylor & Francis Group, First Published 2015, London And New York, 15

²⁴ Mustafa Ruhan Erdem, *HIV Enfeksiyonu Bağlamında Hekimin Bildirim Yükümlülüğü*, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 814; Rahime Erbaş, *Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçun Bildirme Yükümlülüğü*, XII Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2015, 16

²⁵ Somer, *Tıbbi Kayıtlar*, 543; Jones and McCullough, *Limits of Confidentiality*, 521; Marc Stauch, Kay Wheat and John Tingle, *Sourcebook On Medical Law*, Cavendish Publishing Limited CP, Second Edition 2002, London- Sydney, 235.

²⁶ Aynı yönde bkz. Stauch, Wheat and Tingle, *Sourcebook On Medical Law*, 235.

²⁷ Somer, *Tıbbi Kayıtlar*, 543.

²⁸ Sinem Karasu, *Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, 61.

²⁹ Angus H. Ferguson, *Should A Doctor Tell? The Evolution of Medical Confidentiality in Britain*, Routledge Taylor & Francis Group 2016, London And New York, 1.

sağlayacaktır.³⁰ Zaten bu nedenle, hasta tarafından verilen ve kişisel nitelik taşıyan bütün bilgiler yönüyle, hekimler ve diğer tüm sağlık çalışanları tüm üçüncü kişilere karşı sır saklama yükümlüğü altındadır.³¹ Bu bilgilerin yetkisiz kişilerin ulaşmasına karşı korunması ve üçüncü kişilere belli istisnalar dışında açıklanamaması, sır saklama yükümlülüğünün en önemli unsurunu³², esasında özünü oluşturmaktadır. Bu yönüyle sır saklama yükümlülüğüne riayet öncelikle hastayı korur. Çünkü hasta sırlarının açıklanması ile birinci derecede hasta zarar görür. Fakat sır nitelikteki bilgilerin açıklanması, hastanın olduğu kadar yakınlarının ve ailesinin de kişilik haklarına saldırı olur. Toplumda hoş görülme ya da tiksiniilen bir durumun açıklanması hastanın olduğu kadar yakınlarının da gerek sosyal gerekse iş hayatını olumsuz etkileyebileceği açıktır.³³

Bu tespitleri yaptıktan sonra çalışma ile hedeflenen amaca değinmekte fayda bulunmaktadır. Hastanın kişisel verilerinin (ve sırlarının) hukuk kuralları ile korunması düşüncesinin 1960'tan bu yana yoğun bir şekilde tartışılmakta olduğundan bahsettik. Sağlık hizmetlerinin sunumuna ilişkin olarak sağlık hizmeti sunanları, sağlık hizmeti alanları etkileyen uygulamalar ile ilgili tüm hukuki düzenlemeler ve diğer metinler tıp hukukunun kapsamına girmektedir. Yani sağlık hizmeti sunan tüm görevliler ile bu hizmetten bir şekilde faydalananlar tıp hukukunun taraflarını, öznelerini oluşturmaktadır.³⁴ Kişilere ait sağlık kayıtlarının tutulması, güncellenmesi, gereken hallerde silinmesi de aynı şekilde tıp hukukunun ilgi alanlarına dahil konulardandır.

Günümüzde sağlık alanına tıbbi kayıt olarak giren kişisel sağlık verilerinin hukuka aykırı olarak açıklanması, gelişen teknoloji olanaklarının kullanımının yaygınlaşmasıyla birlikte, gittikçe daha sık rastlanır hale gelmiştir³⁵. Bunda hukuki açıdan cezai düzenlemelerin henüz tam anlamıyla beklenen amacı sağlamaya yönelik şekilde düzenlenmediğinden bünyesinde önemli boşlukları barındırması, toplumlarda

³⁰ Stauch, Wheat and Tingle, *Sourcebook On Medical Law*, 235.

³¹ Aynı mahiyette bkz. Küçükgüngör, *Tıbbi Kayıtlarda*, 554.

³² Küçükgüngör, *Tıbbi Kayıtlarda*, 555.

³³ Cin, *Tıp Etiği*, 62.

³⁴ Yeşim Işıl Ülman, *Etik, Biyoetik, Hukuk: Temel Kavramlar ve Yaklaşımlar*, Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, Ocak 2010, 3.

³⁵ Benzer mahiyette bkz. Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Olarak Verilmesinin Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2004, 1.

genel manada suç işleme oranlarının giderek artması, hasta hakları konusunda yeterince bilgi sahibi olunmaması gibi birtakım hususlar etkili olmaktadır.³⁶

Tüm bu nedenlere hastalık ve benzeri zorunluluklar nedeniyle ve işin temelinde bulunan güvene dayalı olarak kişisel sağlık verilerinin işlenmesine izin verilmesi durumunda ortaya doğal olarak bir beklenti çıkmaktadır. Bu ise bu nitelikteki verilerin güvenliğinin özellikle devlet tarafından sağlanması yönündeki beklentidir. Buna mahremiyetin bizzat tarafından sağlanması beklentisi de denilebilir. Ancak ülkemizde bu makul beklentinin karşılanmadığı veya yeterince karşılanmadığı³⁷ zaman zaman ortaya çıkmaktadır. Aynı paralelde olmak üzere tıbbi konulara ilişkin kişisel verilerin hukuka aykırı olarak açıklanması, usulsüz bir şekillerde kaydı gibi yöntemlerle kötüye kullanımı, ülkemiz açısından oldukça sık karşılaşılabilecek bir hale gelmiştir. Uygulamada bunun örnekleri zaman zaman medyaya dahi çıkmaktadır. Bu kapsamda çalışmamıza, yakında yaşanan ve gazetelere haber olan bir konuya göz atarak başlamak önemli ve çalışmanın amacı açısından faydalı bulduk. Bu haber, yapacağımız çalışmanın önemini, kişisel sağlık verilerinin başkalarına aktarılmasının mağdurlar üzerinde doğurabileceği ağır sonuçları anlamamız açısından kıymetli bir örnek veri niteliğindedir. Haber şöyleydi: *“Salatalık, imamı işinden etti.’nin ...İlçesi’nde bir camide imam olarak görev yapan 39 yaşındaki FM, önceki gün sahurda rahatsızlanınca ambulansla Eğitim ve Araştırma Hastanesi’ne getirildi. İddiaya göre burada yapılan cerrahi müdahale ile makatından salatalık parçası çıkarılan imam FM’yi açığa alan müftülük soruşturma başlattı.... Konu yerel basında yer alınca Kayseri Müftülüğü hakkında soruşturma başlattığı imam FM’yi açığa aldı. Müftülük yetkilileri soruşturmanın hem kendileri hem de Kaymakamlık tarafından yürütüldüğünü belirtti.”*³⁸

Aynı konuya ilişkin olarak yapılan bir diğer haberde ise; *“İmamın görevden alınması üzerine özel hayatın gizliliği ve hastanenin bunu ihlal ettiğine dair tartışma başladı. Konuyla ilgili olarak bir açıklama yapan İstanbul Tabip Odası (İTO) İnsan Hakları Komisyonu’ndan Dr. ... imamın tıbbi bir durumdan dolayı hastaneye başvurduğunu belirterek, Sağlık Bakanlığı tarafından yayımlanan Hasta Hakları*

³⁶ Benzer mahiyette bkz. Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 1.

³⁷ Ketizmen ve Ülküderner, *E- Devlet Uygulamalarında*, 1.

³⁸ BirGün, *Salatalık, İmamı İşinden Etti*, <https://www.birgun.net/haber-detay/salatalik-imami-isinden-etti-117579.html>, (08/11/2017)(kişisel verilerin korunması amacıyla haberde yer verilen şehir ve ilçe ismi gizlenmiştir).

Yönetmeliği'nde hastanın kişisel bilgisinin basına sızdırılmasının suç olduğunu belirtti. Dr. ... medyanın da yapılan insan hakkı ihlaline ortak olduğunu vurgularken, soruşturma açılmasının kabul edilemez olduğunu söyledi. Yaşanan hak ihlalinin özellikle kamuda çalışıp farklı cinsel pratiklere sahip olan kişilerin hastaneye başvurmalarının önüne geçebileceğini de söyleyen Dr. “Sağlık hakkına ulaşımın engellenmesine zemin hazırlanmaktadır” diye konuştu. “Görevden alma kabul edilemez” Dr. ... tıbbi bir durumdan dolayı hastaneye başvuran bir kişinin görevden alınmasının kabul edilemez olduğunu belirtirken, “Soruşturmanın neden başlatıldığını ve imamın neden görevden alındığını bilmiyoruz. Kişinin kendi vücudu ile ilgili bir tasarrufu nedeniyle hastaneye başvurmuş olması görevden uzaklaştırılmasını gerektirmez. Bununla ilgili şu an herhangi bir açıklama yapılmadı” diye konuştu.³⁹” denilmekteydi.

Yaşadığımız dönem itibariyle kişisel verilerin amacı dışında kötüye kullanımına ilişkin olarak yaşanmış bu ve benzeri örnekler, kişisel verilerin (özellikle de kişisel sağlık verilerinin), elde edilmesi, kaydedilmesi, kullanılması, muhafaza edilmesi ve başkalarınca paylaşılmaları ile ilgili olarak geçmiş dönemde oluşmuş olan güven duygusunu hem kişisel hemde toplumsal anlamda ve önemli oranda sarsmış bulunmaktadır⁴⁰. Ancak hekimin (ve bu arada onunla birlikte diğer tüm sağlık çalışanlarının) sır saklama yükümlülüğü, somut örnekte de olduğu gibi “*hastanın veriye göre oluşacak şahsi günahı ne olursa olsun*”, kendini serbestçe tedavi ettirebilmesi insani düşüncesi ile kabul edilmiş⁴¹ bir yükümlülüktür. Bu anlamda sağlık çalışanlarının, hastalarına ve diğer hizmet alıcılara ait kişisel değerleri ve inançları değerlendirme veya yargılama hakları bulunmamaktadır. Bu nedenle ahlaki değer çatışmasına girerek sundukları hizmetten yararlanılmasını engelleyici sonuç doğurabilecek davranışlara girememeleri önemli bir yasak niteliği taşır.⁴²

Günümüzde kişisel verilerin, ekonomik olarak karşılık gören bir değer haline gelmesi ve bu anlamda her sektör için öneminin giderek artması, somut örnekteki benzer vakıaların daha çok yaşanacağı kaygısını artırmaktadır. Bu nedenle de sağlık

³⁹ Posta, *Makatından salatalık çıkan... imam hakkında flaş açıklama!*, [http:// www. posta.com. tr/ makatından- salatalık- cikan-....-imam- hakkında- flas- acıklama- haberi-350118](http://www.posta.com.tr/makatından-salatalık-cikan-....-imam-hakkında-flaş-acıklama-haberi-350118), (08/11/2017) (*kişisel verilerin korunması amacıyla haber linkinde yer verilen şehir ismi gizlenmiştir*)

⁴⁰ Türk Tabipler Birliği Kişisel Sağlık Verileri Çalışma Grubu, “Sağlık Hizmetlerinde Kişisel Veri Toplanması, Korunması ve Değerlendirilmesi”.

⁴¹ Mustafa Reşit Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1953, 145.

⁴² Benzer mahiyette Cahid Doğan, *Sağlık Haklarından Hekimin Sır (Kişisel Veri) Saklama Mükellefiyeti*, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2009, 143.

hizmeti alıcılarının kişisel verilerinin ve özellikle de kişisel sağlık verilerinin güvende olduğuna olan inancı her geçen gün biraz daha azalmaktadır. Kişilerdeki bu güvensizliğin yıkılabilmesinin, güven ortamının yeniden tesis edilebilmesinin yolu ise ancak mevcut kanunlardaki kişisel verilerin güvenliğini sağlamaya yönelik hükümlerin doğru ve etkili bir şekilde tatbik edilmesi, kanunlardaki yükümlülöklere aykırı davrananların etkili bir şekilde takibi ve caydırıcı yaptırımların uygulanmasından geçmektedir.⁴³

Konuya ilişkin olarak mağdur olan bazı kişilerin, ihlal edilen haklarını adli merciler önünde aramakta olduğu ve konuyu uluslararası mahkemelere kadar intikal ettirmekte bulundukları görölmektedir. Hatta bu konuya ilişkin olarak 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunmasına Dair Kanun'un (KVKK) gerekçesinde *“Sağlık kuruluşlarında hastalara ilişkin çok sayıda özel nitelikli veri tutulmakta olup, bu verilerin tutulmasına ilişkin kanuni dayanağın olmayışı, verilerin güvenliğinin sağlanmasına yönelik yeterli önlemlerin alınmaması ve yetkisiz kişilerce bu nitelikteki bilgilerin ifşa edilmesi, Avrupa İnsan HaklarıMahkemesince özel hayatın gizliliğine müdahale olarak nitelendirilmekte ve ihlal kararları verilebilmektedir”*⁴⁴denilmiştir. Yani uluslararası bir mahkeme tarafından verilen ihlal kararları kanunun hazırlanmasına gerekçe alınmıştır.

Yukarıda zikrolunan örnek bağlamında bakıldığında, bir din görevlisinin, yaşadığı bir sağlık sorunu sonrası hastaneye yaptığı başvurudan sonra, kendisine ait özel bir bilginin (kişisel sağlık verisinin), yani bir sırrın, sağlık çalışanlarınca basına veya herhangi bir şekilde dışarıya sızdırılması sonucunda, çok ağır zararlar ortaya çıkmış ve veri öznesinin⁴⁵ çok önemli temel hakları ihlal edilmiştir. Öncelikle din görevlisi mesleğinden olmuştur. Yani o güne kadar aldığı bütün eğitim ve yaptığı tüm çalışmalar, bir sağlık çalışanının lüzumsuz bir davranışı sonucunda bir anda boşa çıkmıştır. Buda özellikle hasta sırlarına kolaylıkla vakıf olabilen sağlık çalışanlarının, sır saklama

⁴³ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 149.

⁴⁴ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı (1/541) ve Adalet Komisyonu Raporu, Türkiye Büyük Millet Meclisi Yasama Dönemi:26, Yasama Yılı:1 Sıra Sayısı: 117, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf>, (06/05/2019), 5.

⁴⁵ 6698 sayılı Kişisel verilerin korunması yasasında *“ilgili kişi”* olarak ifade edilmekte ve kişisel verisi işlenen gerçek kişiyi ifade eder şekilde kullanılmaktadır. Bkz. 6698 Kanun'un 3/1-ç maddesi. *“Veri öznesi”* İngiliz Veri Koruma Yasası'nda kişisel verilerin ilgili olduğu, belirli veya belirlenebilir, yaşayan birey olarak tanımlanmıştır. Bkz. Data Protection Act 2018, Chapter 12, Section 3/5, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/-2018/12/contents>, (01.09.2020), 2.

yükümlülüğünün ne kadar önemli olduğunu ortaya koymaktadır. Çünkü bu bilgiye ancak bir sağlık çalışanı vakıf olabilir ve bu bilgi ancak bir sağlık çalışanı tarafından sızdırılabilir, aktarılabilir, kaydedilebilir. Bir “kelime”den ibaret kişisel sağlık verisinin sızdırılması nedeniyle, mağdur kişinin hayatı kararabilir. Bu nitelikteki davranışların doğuracağı zararlar çoğu zaman ölçülebilir olmasa ⁴⁶ da somut örnekteki gibi durumlarda veri öznesi kişi, sadece işinden olmakla kalmamakta, aynı zamanda kişiliği ağır şekilde zedelenmekte, adeta topluma çıkamaz hale gelmekte, toplumdan dışlanmakta, bir nevi sosyal bir “ölü” haline gelmektedir. Bu anlamda yaşanan acıların boyutu, zararın büyüklüğünü ortaya koyucu bir mahiyet taşımaktadır.⁴⁷

Öyleyse çağımızda tıp bilimi, gelişen teknoloji ile insanı tedavisi oldukça zor hastalıklar karşısında daha güçlü ve iyileştiriciliği oldukça yüksek olanaklara sahip kılmasına rağmen, faaliyet alanı kapsamında işlediği kişisel verilerin ifşa edilmesine bağlı olarak düzeltilmesi imkânsız sonuçları bizzat kendisi doğurabilmektedir.⁴⁸ Hâlbuki bizzat Dünya Sağlık Örgütü’nün yaptığı tanımda sağlık kavramının bedensel ve ruhsal iyiliğin yanında, “sosyal yönden tam bir iyilik halini” de ifade ettiğine özel bir şekilde vurgu yapılmaktadır.⁴⁹ Yani sağlık sadece bedensel sağlığı değil aynı zamanda sosyal yönden sağlığı da içine almaktadır. İşte tamda bu yönüyle dahi sağlık uygulamaları, tıbbi müdahaleler insan hayatı için büyük önem taşımaktadır.⁵⁰ Zira kişinin bedensel sağlığı iyileştirilirken, sosyal sağlığının kötüleştirilmesi riskinin ortaya çıkması sağlığın korunması genel amacına ulaşmamızı engellemektedir. Kişisel sağlık verilerinin (özellikle hassas kişisel sağlık verilerinin), açık tehditlere maruz bırakılması (etkin bir şekilde korunmaması) kişinin sağlığının sosyal yönünün bizatihi sağlık hizmeti sununlar tarafından bozulması gibi ciddi bir çelişkiyi ortaya çıkarmaktadır.

Yukarıda zikrolunan örnek olayda, mağdurun din görevlisi olması nedeniyle, bundan sonra mesleğini başka hiçbir yerde ya da başka bir şekilde icra etme şansının da kalmadığı söylenebilir. İletişim ağlarının güçlendiği ve bilgi çağı olarak adlandırılan

⁴⁶ Stauch, Wheat and Tingle, *Sourcebook On Medical Law*, 278.

⁴⁷ Stauch, Wheat and Tingle, *Sourcebook On Medical Law*, 278.

⁴⁸ Serkan Kızılyel, *Sağlık Hizmetinin Sunumunda Sır Saklama Yükümlülüğünün İdare Hukukuyla Etkileşimi Üzerine*, Sağlık Hukuku Digestası Dergisi, Ankara Barosu Başkanlığı Yayını, Yıl: 1 Sayı:1, 2009 Ankara, 328; Ayşegül Demirhan Erdemir, *Hekimin Ceza Hukuku Yönünden Sorumluluğu ve Bazı Sonuçlar*, Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, 1996;4(2), 48.

⁴⁹ Öznur Vuran Doğan, *Bir İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı ve Uluslararası Dayanakları*, Sağlık Hukuku Digestası Dergisi, Ankara Barosu Başkanlığı Yayını, Yıl: 1 Sayı:1, 2009 Ankara, 353.

⁵⁰ Aynı yönde bkz. Erdemir, *Hekimin Ceza*, 48.

çağımızda, bu tip bilgiler hayal dahi edilemeyecek kadar kısa sürelerde ülkenin, hatta dünyanın hemen hertarafına ulaşmakta ve hemen herkes tarafından öğrenilebilmektedir. Öyle ki bilgilerin hükümet ve iş dünyası tarafından paylaşılması amacıyla neredeyse ülkedeki tüm bilgisayarlar birbirine bağlanmış olup, bu nedenle bireysel özgürlüklerimize yönelik tehditler ve riskler daha da artmıştır. Öyleki özellikle mahremiyetimize yönelik tehlike gerçektir ve neredeyse sınır tanımamaktadır.⁵¹ Bu nedenle hassas bir bilginin paylaşımı, kişiyi toplumda sosyal yönden hiçbir aktivitesi olmayan, toplumun hiçbir kademesinde kendine yer bulamayan bir varlık haline getirmekte ve adeta insan olmanın en temel özelliklerinden biri olan sosyal bir varlık olma özelliğini yok edebilmektedir.

İnsanın sahip olduğu zor hastalıkları bile iyileştirebilecek olanaklara sahip olmasına rağmen, bazı durumlarda iyileşmesi mümkün olmayan sonuçları da bizzat kendisini doğurabilen⁵² tıbbi faaliyetler, kişiyi toplum içinde en temel özelliklerinden mahrum bırakarak, kişinin sosyal yönden ölümüne dahi neden olabilmektedir. Hatta denilebilir ki, insanın temel haklarından olan yaşama hakkının sağlanabilmesi, sağlık hakkının varlığına bağlıdır.⁵³ Sağlık hakkı ise bireyin yaşamını sürdürmesi için zorunlu bir haktır. Bu kapsamda herkes, saygın bir şekilde yaşamak için erişilebilir en yüksek standartlarda sağlık hakkına sahip olmalıdır.⁵⁴ Bu çerçeveden bakıldığında, yukarıda zikrolunan olaydaki mağdur, bir daha herhangi bir sağlık sorunu nedeniyle sağlık kurumlarına başvurmayacak, başvursa bile gerekli bilgileri hekimlere yeteri kadar “güvenerek” aktaramayacaktır. Bu anlamda bu toplumun bir ferdi ve bir insan olarak hak ettiği, bizzat anayasa ile teminat altına alınan sağlık hakkına erişememiş olacaktır. Bu nedenle tıbbi uygulamaların, sadece tıbbi kurallara değil hekim ve hastanın davranışlarını düzenleyen sosyal ve ahlaki kurallara ve geleneklerine de uygun olması gerektiği⁵⁵ tereddütsüzdür.

Kişisel verilerin ihlali nedeniyle ortaya çıkabilecek sonuçlar ağır ve katlanılmaz olabilirğinden, kişisel verilerin gizliliğinin ihlalinin ceza hukuku anlamında bir yaptırım içermesinin gerekli ve zorunlu olduğu tartışmasızdır. Zira genel olarak kişilerin

⁵¹ İzgi, *Mahremiyet Kavramı*, 27.

⁵² Kızılyel, *Sağlık Hizmetlerinin*, 328.

⁵³ Ömür Şaylıgil Elçioğlu, *Hasta Hakları Açısından Hekimlik Sırrı*, Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, 1997;5(1):16-9, 17.

⁵⁴ Öznur Vuran Doğan, *Bir İnsan*, 354.

⁵⁵ Erdemir, *Hekimin Ceza*, 49.

eylemlerinin sonuçları cezai sorumluluğun belirlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır.⁵⁶ “*Ceza hukuku niçin vardır?*” diye sorduğunda, toplumsal barışa, değer yargılarına ve toplumda yaşayan bireylere zarar verdiği düşünülen belli davranışların tekrarlanmasını önlemek⁵⁷ cevabı genel olarak verilmektedir.

Sosyal dengeyi sağlamak yanında, suçlunun manevi kusurunu karşılamak, bozulmuş kamuoyunu tatmin etmek, eğitici önleyici fonksiyon görmek, suçlunun yeniden suç işlemesini önlemek, diğer kişiler için caydırıcı etki yapmak, selamete götürücü örnek teşkil etmek, suçluyu toplum ile yeniden bütünleştirmek ve bütün bu çabaların sonuç vermeyeceği hallerde tasfiye yoluna gitmek⁵⁸, toplum tarafından kabul edilebilir olarak görülen davranış türleri hakkında rehberlik etmek ve suç niteliğindeki eylemleri gerçekleştiren kişilerin hangi koşullar altında cezalandırılacağını belirlemek⁵⁹ cezanın ve dolayısıyla ceza hukukunun fonksiyonları olarak ifade edilmektedir. Aslında bu sayılanlar cezanın üçlü etkisini ortaya koymaktadırlar. Bunlar; suçlular ve toplumda yaşayan normal insanlar için örnek teşkil etmek, suçlu açısından yeniden topluma uyum sağlamak ve tasfiyedir.⁶⁰ Bundan hareketle yukarıdaki örnek olay bağlamında ifade edildiği türden bireysel ve toplumsal anlamda ağır sonuçları olan bir davranışın, özellikle de kasten gerçekleştirilmişse cezai yaptırıma bağlanması demokratik toplumlar açısından “zorunluluk” arz eden bir durum olduğu rahatlıkla söylenebilir.

Tıp hukuku alanında son zamanlarda artan düzeyde akademik çalışmalar yapılmaya başlanmış ancak konunun tıp ceza hukuku boyutuyla ele alındığı çalışmalara henüz yeterli düzeye rastlanılmamaktadır.⁶¹ Tıp hukuku alanının önemi ve bu alanda akademik çalışma yapılması gerekliliği, bundan yirmi dokuz sene önce yayınlanan bir eserin giriş kısmında, hukuki müdahaleden doğan zarar kavramı ve hastanede çalışan hekimle vatandaş arasındaki ilişki özelinde olmak üzere “*konunun doktora tezi olarak ele alınıp incelenmesinin hem hukuk öğretilerine hemde hukuk uygulamasına faydalı*

⁵⁶ Jonathan Herring, *Criminal Law*, Palgrave Macmillan, Macmillan Publishers Limited, Hampshire 2011, Eighth Edition, 53.

⁵⁷ Herring, *Criminal Law*, 4; Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt: II, Beta Basım Yayım, 10. Basım, Mayıs 1994 İstanbul, 374.

⁵⁸ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 374.

⁵⁹ Herring, *Criminal Law*, 4.

⁶⁰ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 566.

⁶¹ Türkiye’de, tıp hukuku alanına ilişkin ilk (ve hali hazırda “tek”) sistematik monografi 2007 yılında (Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku*, Seçkin Yayınevi: Ankara 2007) yayınlanmıştır.

olacağını göstermektedir”⁶² şeklinde ifade olunmuştur. Bu anlamda somut örnekteki gibi durumlara ilişkin olarak şu aşamada yetersiz olan ceza hukuku uygulamasının gelişmesine, bir nebze olsa katkı verebilme gayesiyle iş bu çalışmanın yapılmasına karar verilmiştir.

Bu çerçevede çalışmanın temel amacının, kişisel sağlık verileri özelinde olmak üzere, ciddi bireysel ve toplumsal anlamda “olumsuz” sonuçlar ortaya çıkarabilecek nitelik taşıyan kişisel veri mahremiyeti kavramını ve mahremiyetin ihlali halinde uygulanması muhtemel ceza normlarını belirlemek, uygulamada yaşanan aksaklıklara dikkat çekmek ve tartışılmalı hususlarda çözüm önerileri sunmak olduğu söylenebilir.

Yukarıda zikrolunan amaçlar da dikkate alınarak, tez çalışmamız iki temel bölüme ayrılarak hazırlanmıştır.

Birinci bölümde; genel olarak kişisel verilerin ne olduğu ile kişisel sağlık verilerinin kişisel veriler içerisinde hangi konumda, önem ve değer de olduğunu konularına değinilecektir. Yine bu bölümde, kişisel sağlık verilerin tanımı yapılarak kapsamına nelerin girdiği, kişisel sağlık verilerine ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemeler yer verilecektir. Kişisel sağlık verilerinin korunmasına ilişkin gerekliliğinin nedenleri ile bu verilerin korunması yöntemlerine dair yaklaşımların neler olduğu hususları da aynı bölümde incelenmeye çalışılacaktır. Bir sonraki aşamada, hukuk sistemimizdeki düzenlemeler bağlamında, kişisel sağlık verilerine ilişkin koruyucu sistem, “*kendi içerisinde kişisel sağlık verilerinin işlenmesi esasına ilişkin ilkeler*” ve “*işlenme usulüne ilişkin ilkeler*” olarak iki temel şekilde gruplandırılmak suretiyle incelenecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise kişisel sağlık verilerinin ceza hukuku ile korunup konulamayacağının felsefi bir sorgulaması yapılarak, kişisel verilerin korunması düzenini ihlal edici davranışlarının ceza hukuku kapsamında yaptırım altına alınması gerekip gerekmediğine ilişkin bir analize yer verilecektir. Bu yönüyle öncelikle yürürlükteki Türk Ceza Kanunu’nda var olan ve kişisel sağlık verilerini koruyucu bir işlev gören hükümler tespit edilerek tek tek incelenmeleri yoluna gidilecektir. Türk Ceza Kanunu’ndaki temel üç suç tipi olarak kişisel verilerin kaydedilmesi, verilerin hukuka aykırı olarak verilmesi, yayılması ve ele geçirilmesi suçu ile verileri yok

⁶² Mehmet Ayan, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Kazancı Kitap, Ankara 1991, 1.

etmeme suçları, Türk Ceza Kanunu'ndaki sıralamasına uygun olarak, kişisel sağlık verileri özelinde incelenecektir. Bu inceleme yapılırken özellikle ulaşılabilen güncel Yargıtay kararları da irdelenecek ve bahse konu kararlar, doğru şekilde tespit ettikleri noktalar, noksanlık ya da hatalı hukuku değerlendirmeler itibariyle eleştirel bir bakış açısıyla inceleneceklerdir.

Kişisel sağlık verilerine ilişkin olarak cezai hükümler içeren iç mevzuatımızdaki tek düzenleme Türk Ceza Kanunu olmadığından bu yönde yaptığımız araştırmalarda ulaşabildiğimiz cezai hükümler içeren yasalar da incelenecektir. Yani düzenledikleri suçların konusunu kişisel sağlık verilerinin oluşturabildiği özel ceza yasaları da kişisel sağlık verileri özelinde olmak üzere çalışma kapsamında incelenmeye çalışılacaktır. Bu yönüyle yapılan araştırmada kişisel verilerin korunması hakkındaki temel kanun olan 6698 sayılı Kanun'da kişisel verilerin anonimleştirilmemesi veya silinmemesi suçları, kişisel sağlık verileri özelinde olmak üzere incelenecektir. Yine aynı şekilde 1489 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu da inceleme konumuz itibariyle oldukça ilginç düzenlemeler içerdiğinden bu çalışmada irdelenmesi büyük bir önem arz etmektedir. Zira kanun oldukça eski olmasına rağmen, özellikle belli türdeki kişisel sağlık verilerine ilişkin olarak büyük önem taşıyan düzenlemeler içermektedir. Aynı bölümde 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumuna İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkındaki Kanun'a da değinmekte fayda bulunmaktadır. Çünkü bu kanun da cezai nitelikteki hükümler içermekte ve bu hükümlerin kişisel sağlık verileri özelinde olmak üzere incelenmesi çalışmamız için bir anlamda zorunluluk taşımaktadır.

Çalışmamızın sonuç bölümünde ise çalışmanın bütününde ulaşılan sonuçlar genel itibariyle bir değerlendirmeye tabi tutulacak ve tespitler/ önerilerek sıralanacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

KİŞİSEL SAĞLIK VERİLERİ

1.1. Genel Olarak

Kişisel veriler, ilk insanlardan bu yana var olagelen bir nitelik taşımaktadır. Bilişim teknolojilerinin gelişmesi ve internetin yaygınlaşmasıyla bu alanda daha önce hiç karşılaşılmayan yeni sorunlar ortaya çıkmış ve kişisel verilerin varlığı ve önemi bu nedenle daha iyi anlaşılır hale gelmiştir.⁶³ İnsan haklarının korunması bilincinin giderek gelişmesiyle de paralel olarak özellikle son elli- atmış yılda kişisel verilerin korunmasının da önemi her geçen gün daha da artmaktadır.⁶⁴ Bu nedenle günümüzdeki gelişmiş ülkelerde kişisel verilerin korunması alanında detaylı kanuni düzenlemeler yapılmakta ve etkin bir şekilde uygulanmaya çalışılmaktadır.⁶⁵

Kişisel verilerin korunması temel insan haklarından olan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında olmak üzere özel bir önem taşımaktadır.⁶⁶ Zaten bu nedenle kişisel verilerin korunmasını esas alan uluslararası düzenlemelerde, kişinin özel ve aile hayatına saygı hakkının önemi özellikle vurgulanmaktadır.⁶⁷ Pozitif hukuk anlamda bakıldığında özel ve aile hayatına saygı hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde, Anayasamızın ise 20 maddesinde düzenlenerek güvence altına alındığı görülmektedir.

Çalışmamızın bu kısmında genelden özele gitme (tümdengelim) anlamında öncelikle kişisel verilerin ve hassas verilerin neleri ifade ettiğinin netleştirilmesinin devamında ise kişisel sağlık verilerinin bu ayrım içerisindeki yerinin belirginleştirilmesinin uygun olduğu düşünülmüştür. Bu başlıklar irdelendikten sonra,

⁶³ Murat Volkan Dülger, *Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması*, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3 (2), Güz 2016, 102.

⁶⁴ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 103; Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı (1/541) ve Adalet Komisyonu Raporu, 5.

⁶⁵ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı (1/541) ve Adalet Komisyonu Raporu, 5.

⁶⁶ Sevük, *Tıp Ceza*, 782.

⁶⁷ Sevük, *Tıp Ceza*, 783.

kişisel sağlık verilerin neler olduğu ile korunmaları ve işlenmelerine ilişkin esasların kapsamının belirlenmesi sistematik olarak daha isabetli bulunmuştur.

1.1.1. Kişisel Veri

Öncelikle ve peşinen belirtmek gerekir ki, “*kişisel veri*” kavramı, tartışmalı ve sınırları tam olarak çizilemeyen bir kavramdır.⁶⁸ Esasında bu kavram, İngilizce “*personal data*” kavramının Türkçe olarak ifadesi olup bu ifade ediliş biçimiyle yabancı dildeki kavramın içeriğini ve anlamını tam olarak karşılamaktadır.⁶⁹ Kişisel veri, “*belirli ya da belirlenebilir nitelikteki gerçek bir kişiye ilişkin her türlü bilgi*”⁷⁰ olarak tanımlanmıştır. Yani kimliği belli bir kişi ile ilişkilendirilebilen her türlü bilgi, kişisel veridir.⁷¹ Bu bakış açısına göre kişi ile ilgili hemen her türlü bilgi kişisel veri olarak kabul edilir.⁷² Kişilerin fiziksel, biyolojik, kültürel, ırki- etnik yapı ve özellikleriyle, mesleki, sosyal veya özel yaşamlarını ilgilendiren her türlü bilgi⁷³ bu kapsamda değerlendirilir.

Yukarıda yer verilen tanımlar kişisel verinin kişiyle ilişkili olmasını, kişisel veri olma anlamında yeterli görmektedir. Ancak kişisel verilerin sadece bu özelliği taşıması gerektiği görüşü kabul görmemiş ve bir verinin kişisel olması için, “*kişinin diğer toplum üyelerinden farkını ortaya koyması gerektiği*” öne sürülmüştür. Buna göre kişisel veri, insana ait, bireyi tanımlayabilecek her türlü bilgi olmakla⁷⁴ birlikte, aynı zamanda bir kişinin bireysel olarak belirlenmesini sağlayan her türlü bilgidir.⁷⁵ Yani kişi ile ilgili,

⁶⁸ Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 43.

⁶⁹ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 105.

⁷⁰ *Handbook on European Data Protection Law*, Publications Office of the European Union, April 2018 Luxembourg, 83; 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu mad. 3/1-d; European Commission, *What Is Personal Data?*, https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data_en, (21.08.2020); Data Protection Act 2018, Chapter 12, Section 3/2, 2; İzgi, *Mahremiyet Kavramı*, 29; Elif Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2010, 11; İsmail Malkoç, *5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, 1. Cilt, Malkoç Kitapevi, 2007 Ankara, 911; Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 10.

⁷¹ Damla Gürpınar, *Kişisel Verilerin Korunamamasından Doğan Hukuki Sorumluluk*, DEÜ. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, 679; *Handbook on European Data Protection Law*, 86

⁷² Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2010, II. Cilt, 2088; Durmuş Tezcan, *Özel Hayatın Gizliliğini İhlal ve Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu ile İlgili Bazı Gözlemler*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LXXI, Sayı 1, 1162; Hasan Tahsin Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuku ve Cezai Sorumluluk*, Seçkin Hukuk Yayınları, 106.

⁷³ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 642.

⁷⁴ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 101; Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 43.

⁷⁵ Türk Tabipler Birliği Kişisel Sağlık Verileri Çalışma Grubu, “Sağlık Hizmetlerinde Kişisel Veri

kişiyi ilişkin, kişinin kendi malı olan, şahsi bilgi⁷⁶ olmasının yanında, bilindiğinde ait olduğu kişinin toplum içinde belirlenebilmesine imkân sağlayan, diğer kişilerden farkını, özgün yönünü veya yönlerini, yani benzersiz yanlarını ortaya koyan⁷⁷, ayırt edici özellikleri⁷⁸ kapsamına alır. Bu kapsamda kişisel veri, bir kişiyi yaşadığı toplumda tek başına belirlenebilir kılabilen veya belirlenebilir olmasına katkı sağlayan her tür bilgidir.⁷⁹ Bireyin şahsi, mesleki ve ailevi özelliklerini içerdiği gibi, özellikle o bireyi diğer bireylerden ayırmaya ve niteliklerini ortaya koymaya elverişli her türlü bilgidir.⁸⁰ Bu bağlamda kişisel veriler, “özünde bireyin kimliğini ortaya çıkartan, bir kişiyi belirli kılan ve onu karakterize eden” verilerdir.⁸¹ Bu tek bir bilgi olabileceği gibi birbiriyle ilişkili çok sayıda bilgi de olabilir.⁸²

Bizde bu yaklaşım tarzlarından ikincisinin kişisel verileri daha doğru ifade ettiğini düşünüyoruz. Çünkü ilk tanım son derece geniş ve belirsizdir ve aynen bu gerekçeyle bahse konu tanımlamayan bazı eleştiriler yöneltilmektedir.⁸³ Bu nedenle kişisel verinin (genel kabulün aksine) “belli ya da belirlenebilir bir gerçek kişi ile ilişkili ya da ilişkilendirilebilir, ayırt edici, farkını ortaya koyucu bilgiler” olarak tanımlanabileceğini düşünmekteyiz. Çalışmamız kapsamında da kişisel veri kavramı, bu tanımda yer verilen unsurlar itibariyle ele alınacaktır.

Kişisel verileri, veri öznesinin sübjektif kabulüne göre tanımlayan görüşler de bulunmaktadır. Buna göre kişisel veri, “genel olarak bireyin, yakın çevresi dışındaki

Toplanması, Korunması ve Değerlendirilmesi”.

⁷⁶ Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2088; Tezcan, *Özel Hayatın*, 1162.

⁷⁷ *Encyclopedia Of Privacy*, Edited By William G. Staples, Greenwood Press, London 2007, 383.

⁷⁸ Neslihan Karadaş, *Tıp Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması Suçu*, Yüksek Lisans Tezi, İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Malatya 2019, 64; Ali Yeşilyurt, *Hastanın Kişisel Verilerinin Korunması ve İdarenin Yükümlülükleri*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9 Sayı: 2 Yıl: 2014, <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/dsp.php?fn=makale-alliyesilyurt-1.htm&kw=a1l%C4%B1#fm>, (1.06.2020), 2.

⁷⁹ Enis Karaarslan, Mehmet Beşir Eren ve Serhat Koç, *Çevrimiçi Mahremiyet: Teknik ve Hukuksal Durum İncelemesi*, inet-tr’14 - XIX. Türkiye’de İnternet Konferansı Bildirileri, 27 - 29 Kasım 2014 Yaşar Üniversitesi, İzmir, <https://docplayer.biz.tr/39695166-Cevrimici-mahremiyet-teknik-ve-hukuksal-durum-incelemesi.html>, (01.06.2020), 187.

⁸⁰ Ahmet İstek, *Hasta Mahremiyeti Kapsamında Kişisel Veri*, Akademik Teklif Hukuk ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 5, Yıl: 2016, 185; Hasan Gerçek, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt-2, Seçkin Hukuk Yayınları, Güncellenmiş 2. Baskı, 2744; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 642; Gürbüz Yüksel, *Kişisel Sağlık Verilerinin Hukuki Korunması*, Sağlık Akademisyenleri Dergisi, Yıl 2019, Cilt 6, Sayı 1, 2.

⁸¹ Yeşilyurt, *Hastanın Kişisel*, 2.

⁸² Hale Akdağ, *Türk Ceza Kanunu’nda Kişisel Verilerin Korunması*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara 2010, 7.

⁸³ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 105.

kişilerce bilinmesini istemediği bilgi” olarak görülmekte⁸⁴ ve bu kapsamda bir kişinin mahrem veya gizli olduklarını düşünerek başkalarından saklamak ya da en azından dolaşımını kısıtlamak istediği kendisiyle ilgili gerçekleri kapsamına aldığı ifade edilmektedir.⁸⁵ Hatta bu anlamda kapsamın belirlenmesinde sadece veri öznesinin yaklaşımını değil, toplumun değer yargılarını esas alarak toplumun genel kabulüne göre mahrem olan, ancak veri öznesine göre mahrem olmayan, bu nedenle de veri öznesinin kimin öğrendiğini umursamaksızın açıkladığı verilerin dahi kişisel veri niteliği taşımakta olduğu⁸⁶ görüşleri öne sürülmüştür. Ancak biz kişisel verinin veri öznesinin veya toplumun mahremiyet kabulüne göre tanımlanmasını isabetli bulmamaktayız. Çünkü bu yaklaşım tarzında kişisel veriler, sadece sır niteliğindeki yani mahrem hususları içeren verilerle sınırlandırılmakta ve kapsamı oldukça daraltılmaktadır. Yine bu kabule göre kişisel olan ve kişinin belirlenebilmesini sağlayan ama kişinin iyi bir yönünü ortaya koyan, mahrem olmayan veriler, bu anlamda kişisel veri olarak kabul edilemeyecektir. Kişisel verinin yukarıda da belirttiğimizi üzere ayırt edici özelliği, sadece “*kişiyi yaşadığı toplumda ayırt edilebilir kılması*”dır. Bu anlamda bu bilginin mahrem olması, ayıp içermesi ya da tam tersine iyi bir yönünü ortaya çıkarması, kişi tarafından gizli tutulmak istenmesi veya istenmemesi önem arz etmemektedir. Örneğin: Bir öğrencinin bir sınavdan sınıftaki en yüksek notu almış olması bilgisi, veri öznesi tarafından bu bilginin gizli tutulmasını istemediği sürece burada tartışılan görüşe göre kişisel veri olarak kabul edilemez. Fakat bu verinin veri öznesini diğerlerinden ayırt edici bir nitelik taşıdığına şüphe yoktur. Veri öznesinin bu bilginin başkalarınca bilinmesini isteyip istemediğinin bu anlamda yani bu bilginin kişisel veri olarak kabul edilip edilmemesinde bir önemi bulunmamaktadır. Eleştirdiğimiz toplumun genel kabulüne veya veri öznesinin kabulüne göre mahremiyeti esas ölçüte göre, objektif olarak mahrem bir nitelik taşımayan bu bilgiyi veri öznesi saklamak isterse dahi bu veriyi kişisel veri olarak kabul etmek suretiyle korumamız mümkün olmaz. Ayrıca veri öznesini akli melekelerinin yeterince gelişmemiş olması nedeniyle kişisel verilerinin neler olduğunu ayırt edememesi mümkün olup bu anlamda hatalı tercihler yapabilir. Yani çok mahrem bir bilgiyi gizli tutmazken mahrem olmayan bir bilgiyi başkayla rahatlıkla paylaşabilir. Bu nedenle biz bu nitelikte kişinin iyi bir yanını ortaya çıkaran

⁸⁴ Akdağ, *Türk Ceza*, 7.

⁸⁵ Akdağ, *Türk Ceza*, 7.

⁸⁶ Akdağ, *Türk Ceza*, 7.

bir bilginin de veri öznesinin ve toplumun bu konudaki anlayışına bakılmaksızın kişisel veri niteliğinde olduğunu düşünmekteyiz. Özetle kişisel veri başkasını ilgilendirmeyen veri olarak da kabul edilemez.⁸⁷

Kişisel veri kavramını “bireyi her yönüyle kuşatan ve başkalarıyla paylaşılmasında sakınca görünen, paylaşılması mukabilinde bireyi zor duruma düşürecek ya da bireye maddi ya da manevi zarar ıka edebilecek bilgiler bütünü.” olarak⁸⁸ tanımlayanlar da olmuştur. Bu tanımlama tarzı, kişisel verilerin ayırt edici özelliğinin yanında, bilinmeleri halinde ilgilisi üzerinde doğurabileceği zararları öne çıkarmaktadır. Kanaatimizce bu kabul de kişisel verileri doğru şekilde ifade etmemektedir. Çünkü bir bilgi, açıklandığı takdirde ilgilisi üzerinde herhangi bir zarar doğurmayacak olsa dahi eğer o kişinin yaşadığı toplumdaki diğer fertlerden bir farkını ortaya koyuyorsa, bu veri kişisel veridir. Örneğin: Bir kişinin boyunun çok uzun olması, bilinmesi halinde ilgisine herhangi bir zarar vermeyeceği gibi aksine belli reklamlarda ya da sinema filmlerinde rol almak gibi fayda da sağlayabilir. Fakat bu bilgi kişinin toplumun diğer fertlerinden farkını ortaya koyduğu için bu veri kesinlikle kişisel veridir.

Kişisel verilere ilişkin olarak uluslararası belgelerde de yukarıda verdiğimiz tanımlara benzer şekillerde bir kabul hayata geçirilmiştir. Bunlardan Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına Dair 108 sayılı Sözleşme’nin 2. maddesinde kişisel veri, “kimliği belirtilen veya belirtilebilen gerçek kişiyle ilgili tüm bilgiler” olarak tanımlanmıştır.⁸⁹ 1995 yılında yayınlanmış olan 95/46/EC numaralı Avrupa Topluluğu Kişisel Verilerin Korunması Yönergesi (Direktif’i) de kişisel veriyi çok yakın bir şekilde, “kim olduğu belli veya belirlenebilen bir gerçek kişiye ait tüm bilgiler”⁹⁰ olarak tanımlamıştır. Bu Direktif’in yerine yürürlüğe giren ve 25 Mayıs 2018 tarihinden itibaren tam etkilerini doğurmaya başlayan Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün (ABGVKT) 4/1 maddesinde ise kişisel veri, “tanımlanmış veya tanımlanabilir bir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi”⁹¹ olarak

⁸⁷ Akdağ, *Türk Ceza*, 9.

⁸⁸ Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 16.

⁸⁹ Sevük, *Tıp Ceza*, 784.

⁹⁰ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 6; Türk Tabipler Birliği Kişisel Sağlık Verileri Çalışma Grubu, “Sağlık Hizmetlerinde Kişisel Veri Toplanması, Korunması ve Değerlendirilmesi”.

⁹¹ Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü metni Kişisel Verileri Koruma Kurulu Resmi sayfasından alınmıştır. Bkz. <https://www.kisiselverilerinkorunmasi.org/wp-content/uploads/2017/09/GDPR-T%C3%BCrk%C3%A7e-%C3%87eviri-AB-Bakanl%C4%B1%C4%9F%C4%B1.pdf> (23/05/2019)

tanımlanmıştır. Yeni Direktif'in, yürürlükten kalkan Direktif'in kişisel veri tanımını aynen kabul ettiği görülmektedir.

İç hukukta ise yasa koyucu 6698 sayılı KVKK'de 95/46/EC sayılı Direktif ve ABGVKT ile aynı doğrultuda bir yaklaşımı tercih etmiştir.⁹² Kanun'a göre kişisel veri: *"Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi"*dir.⁹³ Yine 5237 sayılı-Türk Ceza Kanunu'nun kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu düzenleyen 135. maddesinin ilk fıkrasının madde gerekçesinde de kişisel veri aynı şekilde *"Belirli veya belirlenebilir nitelikte olan bir kişiye ilişkin veri"* olarak tanımlanmıştır.⁹⁴

Konuya ilişkin olarak yönetmeliklerde de bazı tanımlamalar verilmiştir. 24.7.2012 tarih ve 28363 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik'te de aynı tanım verilmiştir. Yönetmelik'in 3. maddesinde kişisel bilgiler/veriler, *"belirli veya kimliği belirlenebilir gerçek ve tüzel kişilere ilişkin bütün bilgiler"*dir. Yine Kişisel Verileri Koruma Kurumu tarafından 30 Aralık 2017 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanan Veri Sorumluları Sicili Hakkında Yönetmelik'te de hemen hemen aynı tanım verilmiştir. Buna göre *"kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi"* olarak kişisel veri tanımlanmıştır. Konumuz açısından en önemli düzenlemelerden biri olarak kabul edilebilecek 21.06.2019 tarihli ve 30808 sayılı Resmî Gazete'de yayınlan Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik'in 4. maddesinde de kişisel veri aynı şekilde tanımlanmıştır.

Bu açıklamalar doğrultusunda bakıldığında uluslararası düzenlemelerde, 6698 sayılı KVKK ve ilgili yönetmeliklerde yer alan tanımların kişisel verileri, daha geniş bir alanı içerecek şekilde de gerçek bir kişi ile ilgili tüm veriler olarak kabul etme eğiliminde olduğu görülmektedir. Her ne kadar yukarıda belirttiğimiz üzere bu tanımları

⁹² Deniz Alp İmamoğlu, 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Uyarınca Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenme Şartları. İstanbul 2017, https://www.academia.edu/36628413/6698_SAYILI_K%C4%B0_C5%9E%4_%B0_SEL_VER%_C4%B0LER_%C4%B0N_KORUNMASI_KANUNU_UYARINCA_%C3%96ZEL_N%C4%B0TEL%_C4%B0_KL%C4%B0_K%C4%B0_%C5%9E%_C4%B0SEL_VER%C4%B0LER%C4%B0N_%C4%B0_C5%9ELENME_%C5%9EARTLARI, (23/10/2019), 9.

⁹³ 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Mad. 3/1-d, UYAP Mevzuat ve İçtihat Programı, TC. Adalet Bakanlığı.

⁹⁴ 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu TBMM Adalet Komisyonunca Kabul Edilen Madde Gerekçeleri, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc>, (14/12/20017), 220; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 6.

yeterli bulmasak da artık bu tanımın genel bir kabul gördüğü⁹⁵ yadsınamaz bir gerçekliktir. Zira kişisel veriler için hem uluslararası hem de ulusal öğretide bu kabul artık yerleşmiştir.

Yargıtay da kişisel verileri kararlarında ayrıca tanımlama gereği duymuştur. Konuyla ilgili olarak Yargıtay 12. Ceza Dairesi (CD) kararlarında, “*kişisel veri kavramından, kişinin, yetkisiz üçüncü kişilerin bilgisine sunmadığı, istediğinde başka kişilere açıklayarak ancak sınırlı bir çevre ile paylaştığı nüfus bilgileri (T.C. kimlik numarası, adı, soyadı, doğum yeri ve tarihi, anne ve baba adı gibi), adli sicil kaydı, yerleşim yeri, eğitim durumu, mesleği, banka hesap bilgileri, telefon numarası, elektronik posta adresi, kan grubu, medeni hali, parmak izi, DNA'sı, saç, tükürük, tırnak gibi biyolojik örnekleri, cinsel ve ahlaki eğilimi, sağlık bilgileri, etnik kökeni, siyasi, felsefi ve dini görüşü, sendikal bağlantıları gibi kişinin kimliğini belirleyen veya belirlenebilir kılan, kişiyi toplumda yer alan diğer bireylerden ayıran ve onun niteliklerini ortaya koymaya elverişli, gerçek kişiye ait her türlü bilginin anlaşılması gerekir*⁹⁶” denilerek kişisel veriler, eleştirdiğimiz veri öznesinin görüşünü öne çıkartarak tanımlanmaya çalışılmıştır. Tanımın başlangıcında kişisel verilere ilişkin olarak oldukça daraltıcı bir kabulle hareket edilmiş olsa da kişisel verileri diğer verilerden ayırt eden özelliğinin, “*kişiyi toplumun diğer fertlerinden ayırt etmeye yarayan bir içeriğe sahip olması*” olarak görülmüş olması nedeniyle bizim kabulümüze yaklaşmıştır. Ayrıca Daire aynı kararında “*herkes tarafından bilinen ve/veya kolaylıkla ulaşılması ve bilinmesi mümkün olan kişisel bilgiler de yasal anlamda “kişisel veri” olarak kabul edilmektedir*” denilerek herkes tarafından bilinmesi mümkün ya da kolaylıkla ulaşılacak nitelikteki veriler de kişisel veri olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle bu tanımlama tarzı kendi içinde çelişkiler içermektedir. Ancak Yargıtay’ın bu kabulü ve uygulaması yerleşmiş olup neredeyse tüm kararlarında bu yaklaşımı hemen hemen aynı şekilde görmek mümkün olmaktadır.

Yargıtay kişisel verilerin kapsamına dair genel bir liste verilemeyeceğini düşünmekte ve olayın niteliğine göre bu konuda özel ve dikkatli bir değerlendirme yapılmasını istemektedir. Buna ilişkin olarak Yargıtay’ın bazı kararlarında “*bir kişisel*

⁹⁵ Akdağ, *Türk Ceza*, 9.

⁹⁶ Y. 12. CD, 18.09.2019, E. 2018/8466, K. 2019/9054, www.kazanci.com/kho2/İbb/fİles/dsp.php?fn=12cd-2018-8466.htm&kw=`136.+madedeki`#fm, E.T: 28/04/2020.

*bilginin, yasal anlamda 'kişisel veri' kabul edilip edilmeyeceğine karar verilirken, somut olayın özellikleri dikkate alınarak titizlikle değerlendirme yapılması gerektiği anlaşılmakla*⁹⁷... ” denilerek kişisel verinin kapsamının somut olaya göre belirlenmesi gerektiğine özel olarak vurgu yapılmaktadır. Yani Yargıtay’a göre isabetli bir şekilde kişisel veri kavramının içeriğine giren hususlar olaydan olaya göre değişkenlik gösterebilir.

Anayasa Mahkemesi de kişisel verileri geniş anlamda ifade eden tanımı kabul etmekle birlikte, kapsam konusunda Yargıtay gibi düşünmekte ve kişisel verilere sınırlar çizmek yerine teknolojik gelişmelere bağlı olarak çok farklı şekillerde ortaya çıkabileceğini göz önünde bulundurmaktadır. Buna göre kişisel verilerin sınırlarını çizilmesinin doktrin, uygulama ve yargı kararları yapılması gerektiği, zira kavramın anlam ve içeriğinin zamanla gelişip değişeceğine vurgu yapılmaktadır. Çünkü konuyu tartıştığı bir kararında Anayasa Mahkemesi *“kişisel veri kavramı teknolojik gelişmelere bağlı olarak çok farklı şekillerde ortaya çıkabileceğinden bu kapsama giren tüm verilerin kanun koyucu tarafından önceden öngörülebilmesi ve tek tek sayılabilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte gerek ulusal ve uluslararası mevzuat gerekse yargı içtihatları çerçevesinde 'kişisel veri' kavramının, belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade ettiği kabul edilmektedir. 'Kişisel veri' kavramının bu çerçevede doktrin, uygulama ve yargı kararlarında belirlenerek anlam ve içeriğinin gelişip değişeceğinde kuşku yoktur.*⁹⁸’demektedir.

Yargı mercilerinin yukarıda yer verilen tanımlamalarının hepsi esasında kişisel verilerin bir bölümünü ifade etmektedir. Aslında insanın, insan olarak evrendeki yerini alması ve toplumdaki konumu, işlevi insana bağlı bazı değerleri kişisel veri haline getirir. Örneğin kişinin adı, adresi, hastalıkları, medeni durumu, cinsel tercihleri hep kişisel veri olarak kabul edilen bilgilerdir. Ancak özellikle geçtiğimiz yüzyılda bilim ve teknolojiye gelişmeler ve bunun topluma ve toplumsal hayatı oluşturan bileşenlere yansımaları daha pek çok bilgiyi kişisel veri haline getirmiştir.⁹⁹

⁹⁷ Y. 12. CD. 10.6.2013, E. 2013/10672, K. 2013/15772, www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html, E.T. 26.03.2020.

⁹⁸ AYM, 12.11.2015, E. 2015/32, K. 2015/102, www.kazanci.com/kho2/ibb/files/amk2015-32.htm, E.T. 19.03.2020.

⁹⁹ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 102.

Bahsedildiği üzere genel kabule göre kişisel veri, kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişilere ilişkin her türlü bilgi olarak görülmektedir.¹⁰⁰ Bu yönüyle verinin “*bir kişiye ilişkin olması*” ve “*bu kişinin de belirlenebilir olması*” bileşenlerini kapsadığı¹⁰¹ düşünülmektedir. Ancak biz bu görüşe katılmıyor ve kişisel verinin üç temel unsurun bir araya gelmesinden oluştuğunu düşünüyoruz. Bunlardan ilki “*ayırt edici bilgi*” yani “*veri*”, ikincisi “*belli ya da belirlenebilir bir gerçek kişi*”, üçüncüsü ise bu “*verinin gerçek kişi ile ilişkili ya da ilişkilendirilebilir olması*”dır. Kişisel verinin bireyin kişisel, ailevi, mesleki her türlü ayırt edici özelliklerini ve niteliklerini göstermeye yarayan her türlü bilgi¹⁰² olduğu ve bu bilgi kullanılmak suretiyle bilginin muhatabı olan kişinin hali hazırda belirli ya da belirlenebilir nitelikte olması gerektiği¹⁰³ düşünülürse, kişisel verinin bilgi unsurunun ayırt edici bir özelliği daha taşıması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Bu da toplumun diğer bireylerinden veri öznesinin ayrılabilmesini, ayırt edilmesini yani fark edilebilmesini sağlamasıdır. Ancak belirtildiği üzere genel kabul bu yönde değildir. Biz çalışmamız kapsamında kişisel verinin unsurlarını benimsediğimiz kabul doğrultusunda inceleyeceğiz.

1.1.1.1. Ayırt Edici Bilgi

Kişisel veri kavramının unsurlarından ilki bilgidir. Nitekim kişisel veri, neredeyse tüm metinlerde, belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla bir kişiye ilişkin “*bütün bilgiler*” olarak tanımlanmaktadır. Konumuzu ilgilendiren yönüyle bakıldığında veri, her türlü bilgi, data¹⁰⁴, bir sonuca varabilmek için gerekli bilgi, done¹⁰⁵ olarak anlaşılabildiği gibi elektronik olan ya da olmayan herhangi bir ortamda tutulan her türlü bilgi¹⁰⁶ olarak da anlamlandırılabilir. Bilgi ise: “*İnsan aklının erebileceği olgu, gerçek ve ilkelerin bütünü, bili, malumat, öğrenme, araştırma veya gözlem yolu ile elde edilen gerçek, malumat, vukuf*”tur.¹⁰⁷ Yine başka bir bakış açısıyla bilgi, “*anamlı bir biçime sokularak, kullanıcısına güncel ve olası kararların*

¹⁰⁰ Aynı yönde bkz. Hüseyin Can Aksoy, *Kişisel Verilerin Korunması*, Çakmak Yayınevi, 1. Bası Ankara 2010, 1; Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 51.

¹⁰¹ İzgi, *Mahremiyet Kavramı*, 29; Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 11.

¹⁰² Dülger, *Kişisel Verilerin*, 108.

¹⁰³ Yüksel, *Kişisel Sağlık*, 2; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 108.

¹⁰⁴ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5ce66c4bccbf02.52540585, (23/05/2019).

¹⁰⁵ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Hukuk Yayınları, 5. Baskı, Ankara, 1996, 865.

¹⁰⁶ Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 10.

¹⁰⁷ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5ce66c4bccbf02.52540585, 23/05/2019.

alınmasında yardımcı olan veri” olarak tanımlanmaktadır.¹⁰⁸ Görüldüğü üzere dilimizde “bilgi” ile “veri” hemen hemen birbirine eş anlamlı şekilde ve birbirlerinin yerine kullanılmaktadır.¹⁰⁹

Genel kabule göre içeriğinden bağımsız olarak bir kişiye ilişkin her türlü bilgi kişisel veri niteliği taşımaktadır.¹¹⁰ Yine bir araya getirildiğinde belli bir kişinin kimliğinin belirlenmesine yol açabilen farklı bilgi parçaları da bu anlamda kişisel veridir.¹¹¹ Nitekim kişisel veri kavramının tanımında yer alan “*bütün bilgiler*” ifadesinin oldukça geniş kapsamlı bir ifade olması, kanun koyucunun bu konudaki iradesini yansıttığından söz konusu ifadeyi geniş şekilde yorumlamanın daha uygun olacağı düşünülmüştür. Bu bağlamda, bir kimsenin özel hayatı ve aile yaşamına ilişkin bilgiler kişisel veri niteliği taşıdığı gibi, aynı kişinin iş ilişkileri, ekonomik ve sosyal yaşamına ilişkin bilgiler de kişisel veri olarak kabul edilmektedir.¹¹² Yine kişisel verinin konusu olan bilgiler, belli bir kimsenin kimliğine, etnik kökenine, fiziksel özelliklerine veya sağlık, öğrenim ve istihdam durumuna ilişkin olabileceği gibi, bir kişinin bireysel ve aile içi yaşantısına ilişkin bilgiler ve başkaları ile gerçekleştirdiği haberleşmeler de kişisel veri niteliği taşımaktadır. Benzer şekilde, bir kimsenin ikamet, emniyet ve kredi kartı bilgileri ile kişisel düşünce ve inançları, hatta alışveriş alışkanlıklarına ilişkin bilgiler de kişisel veri kapsamında yer almaktadır.¹¹³

Kişinin adı, adresi, kimlik numarası, doğum tarihi, fotoğrafı, varsa aracının tescil numarası, kredi kartı numaraları, parmak izleri, internet adresleri (IP) adresi, telefon numarası, elektronik posta adresi, sağlık raporları kişisel verilere verilebilecek örneklerdir.¹¹⁴ Ancak tüm örnekler baştaki genel kabulün (kişiye ilişkin bütün bilgiler) aksine kişinin toplumun diğer üyelerinden bir farkını koyan bilgilerdir. Yani yasalara dayanak alınan hâkim görüşte açıkça yer verilmese de esasında kişinin ayırt edilmesini sağlayan bilgiler kişisel veri olarak kabul edilmektedir.

¹⁰⁸ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 12.

¹⁰⁹ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 13.

¹¹⁰ Handbook on European Data Protection Law, 86; Aksoy, *Kişisel Verilerin*, 17.

¹¹¹ European Commission, *What Is Personal Data?*, [https:// ec.europa.eu/ info/ law/ law-topic/ data-protection/ reform /what- personal- data_en](https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data_en), (21.08.2020).

¹¹² Aksoy, *Kişisel Verilerin*, 17.

¹¹³ Aksoy, *Kişisel Verilerin*, 1.

¹¹⁴ European Commission, *What Is Personal Data?*; Türk Tabipler Birliği Kişisel Sağlık Verileri Çalışma Grubu, “Sağlık Hizmetlerinde Kişisel Veri Toplanması, Korunması ve Değerlendirilmesi”.

Yukarıda yer verdiğimiz üzere kişisel verinin “bilgi” unsurunu, “kişiyle ilgili her türlü bilgi” olarak görmemekteyiz. Kişinin yaşadığı toplumun diğer fertlerinden farkını, özgün yönlerini, benzersiz yanlarını ortaya koyan, bu anlamda yaşadığı toplumdaki diğer tüm kişilerden ayırt edilmesini sağlayan bilgileri kişisel veri olarak kabul ediyoruz.¹¹⁵ Bu kabulümüzün gerekçelerinden birini “kişisel” kelimesine yüklenen anlamlar oluşturmaktadır. Kişisel kelimesi, Türk Dil Kurumu sözlüklerinde: “Kişi ile ilgili, kişiye ilişkin, kişinin kendi malı olan, şahsi, zati¹¹⁶” olarak tanımlanmaktadır. Tanımda geçen “zati” kelimesi, konumuzu ilgilendiren yönüyle: “Kendine özgü, kişiye ilişkin, kişisel, özel¹¹⁷”; “şahsi” kelimesi: “Kişiye özgü olan, kişinin malı olan, kişiyle ilgili, özlük, kişisel”¹¹⁸; “kendine özgü” tabiri ise: “Bir kimse veya şeye özgü olan, kendine mahsus, kendine has”¹¹⁹ anlamlarına gelmektedir. Yani kişisel kelimesi temelde iki anlama gelmekte olup bunlardan biri “aitlik, sahiplik” bildirmekte, diğeri “kişiye özgü” yani farklılık bildirmektedir. Bu yönüyle bir ismin başına kişisel sıfatı eklendiğinde o şeye sahip olmanın yanında o şeyin bu kişiye özgü, kendine mahsus olduğunu da ifade eder. Belirtilen niteliğin bu kişiye özgü olduğunu, diğer kişilerde bulunmadığını belirtir ve bu nedenle bu kişinin diğer kişilerden farkını ortaya koyar.

Kişiye ilişkin tüm bilgiler, kişisel nitelikli bilgiler olamayacağı için zaten bu nedenle kanunlaştırma çalışmalarında kişisel veri tabiri tercih edilmiş olmalıdır. Aksi takdirde, kişisel veri kavramının tercih edilme gerekçesine dahi aykırı olacaktır. Öyleyse bir bilginin kişisel veri olması için, mutlaka bir kişiye ilişkin olması ile birlikte bu kişinin farkını ortaya koyması niteliği itibarıyla zorunluluk taşımaktadır. Örneğin: “Ahmet bir insandır, Ahmet nefes alır veya Ahmet’in eli var” cümlesindeki bilgiler, bir veridir ve bir kişi ile rahatlıkla ilişkilendirilebilecek niteliktedir. Ancak, Ahmet’in toplumun diğer üyelerinden farkını, özgün ve benzersiz yanlarını ortaya koyan ve bu nedenle ayırt edilmesini sağlayan bir nitelik taşımamaktadır. Çünkü toplumda yaşayan neredeyse tüm insanların eli vardır ve bu nedenle bu bilgi başlı başına bir kişisel veri niteliği taşımaz. Ancak tam aksine bir insanın elinin olmamasına dair bir bilgi,

¹¹⁵ Aynı yönde bkz. Handbook on European Data Protection Law, 89; Benzer bir kabul için bkz. Encyclopedia Of Privacy, 383.

¹¹⁶ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <https://sozluk.gov.tr/>, (05.06.2020).

¹¹⁷ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <https://sozluk.gov.tr/>, (05.06.2020).

¹¹⁸ Google Türkçe Sözlük, <https://www.google.com/search?q=t%C3%BCrk%C3%A7e+s%C3%B6zl%C3%BCk&oq=t%C3%BCrk%C3%A7e+s%C3%B6zl%C3%BCk&aqs=chrome.0.69i59j0j46j0l4.3927j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8#dobs=%C5%9Fahsi>, (05.06.2020).

¹¹⁹ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <https://sozluk.gov.tr/>, (05.06.2020).

toplumdaki diğer fertlerden ayırt edilmesini sağlayacağı için kişisel veri niteliği taşımaktadır. Yine beyaz tenlilerden oluşan bir toplumdaki somut bir kişinin ten renginin beyaz olmasına dair bir bilgi, veri niteliği taşısa da başlı başına bu kişinin yaşadığı toplumun diğer fertlerinden ayırt edilmesini sağlamadığı sürece kişisel veri olarak kabul edilemez. Bu bilgi, ancak siyah tenli insanların yoğun olarak yaşadığı bir toplumdaki herhangi bir ferdi ifade etmek için kullanılıyor ise o zaman ayırt edici bir nitelik taşır. Demek ki aynı bilgi yaşanan zamana, yere ve toplum yapısına göre kişisel veri olabileceği gibi, bu niteliği taşımayabilir de. Öyleyse kişisel verinin bilgi unsurunun belirleyici özelliği, kişinin yaşadığı toplumun diğer fertlerinden ayırt edilmesini sağlayıcı bir nitelik taşıyor olmasıdır.

Ayırt edici bir nitelik taşıması zorunluluğu, bilginin kişisel veri olarak kabul edilebilmesi için, bilginin gizli olmasını gerekli ya da zorunlu kılmamaktadır. Bu ikisi farklı ve birbiriyle karıştırılmaması gereken hususlardır. Bu kapsamda bakıldığında örneğin, kişinin cinsel tercihi ve kredi kartı şifresi gibi gizli bilgiler kişisel veri olduğu gibi kişinin fiziksel özellikleri (bir ayağının sakat olması nedeniyle aksayarak yürümesi), arabasının markası ve kamuya açık bir toplantıda giymiş olduğu kıyafetin rengi gibi herkese açık, aleni bilgiler de kişisel veri kapsamına girmektedir.¹²⁰ Netice itibarıyla bilginin kamuya açık hale gelmiş olması bilgiyi kişisel veri olmaktan çıkarmaz ancak artık bu bilginin gizliliğinin korunması görevinin yerine getirilmesi mümkün olmadığı gibi bunda bir yarar da bulunmamaktadır.¹²¹

Bir bilginin nesnel veya öznel nitelik taşıması, o bilginin kişisel veri olarak kabul edilip edilmemesi bakımından herhangi bir önem taşımamaktadır.¹²² Bu bağlamda, bir kimsenin belirli bir hastalık geçirdiğine veya kanında belli bir maddenin bulunup bulunmadığına ilişkin nesnel bilgi bir tür kişisel veri kabul edilecekken, benzer şekilde bir kimsenin zengin veya fakir olduğu ya da karakter itibarıyla güvenilir veya güvenilmez olduğu gibi öznel bilgiler, görüşler ve değerlendirmeler de kişisel veri kapsamında kalmaktadır. Nitekim bu ikinci grup bilgiler, istihdam ve sigorta sektörleri ile bankacılık sektöründe önemli bir yer tutmakta ve büyük ölçüde kullanılmaktadır.¹²³

¹²⁰ Aksoy, *Kişisel Verilerin*, 18.

¹²¹ Bridget Dolan, *Medical Records: Disclosing Confidential Clinical Information*, Psychiatric Bulletin, Year: 2004, Vol.:28, 53.

¹²² Aksoy, *Kişisel Verilerin*, 18; Yeşilyurt, *Hastanın Kişisel*, 2.

¹²³ Aksoy, *Kişisel Verilerin*, 18.

Bilgilerin veri niteliğine haiz olması açısından verilerin doğru olması, yani gerçeği yansıtmak zorunda olması gibi bir zorunluluk da bulunmamaktadır.¹²⁴ Yani bilginin tamamen gerçek dışı olması veri özelliğini kaybettirmez. Kişisel veri kavramının sadece doğru verilerle sınırlı kabul edilmesi durumunda, bireylerin gerekli ve mevzuatlarda amaçlanan ölçüde korunması mümkün olmayacaktır. Kişisel verilerle ilgili düzenlemelerin korumayı amaçladığı menfaatleri, yanlış bilgilerin, gerçek bilgiler kadar hatta belki de daha fazla zedeleyebileceği açıktır. Ayrıca mevzuatımızda kişisel verilerin doğruluğunu veya yanlışlığını temel alan bir ayrıma gidilmemiş olmasını, kişisel veri kavramının sınırlı bir şekilde kabul edilmek istenmediği şeklinde yorumlayanlar olmuştur¹²⁵. Kanaatimizce de verinin içeriği itibarıyla gerçeği yansıtmıyor olması sadece kullanılacağı yeri değiştirebilir fakat veri olma niteliğini kaybettirmez. Gerçek dışı bir veri, örneğin bir iftira niteliğini taşıyorsa ceza soruşturmasında kullanılabilecek ve veriyi ortaya atan ya da bir şekilde yayan, kullanan kişilerin cezalandırılmasına sebep olabilecektir. Yine hakaret niteliğini taşıyan veriler içerikleri itibarıyla gerçek olabilirler. Örneğin hırsızlık yapan bir kişiye alenen hırsız şeklinde hitap edilmesine ilişkin bilgi bir veridir ve içeriği doğru bile olsa bu sefer de ceza yargılamasında önemli bir delil olarak kullanılabilecektir (Karş. TCK m. 127/2).

Bir bilginin kişisel veri olup olmadığı meselesi, o bilginin şekli ve saklandığı ortama bağlı değildir. Nitekim aranan diğer şartları taşıdığı sürece, bir verinin niteliği itibarıyla alfabetik, sayısal, çizgisel, görsel veya sesli olması ile muhafaza şekli itibarıyla kâğıt üzerinde veya bilgisayar ortamında saklanması, o verinin kişisel veri olma özelliğini değiştirmeyecektir.¹²⁶ Bu nedenle zaten hem KVKK hem de Avrupa Birliği direktif ve tüzükleri çerçevesinde, sesli ve görüntü veriler de kişisel veri olarak kabul edilmektedir.

Bu başlık altında ayrıca değinilmesi gereken bir husus da bir bilginin kişisel veri olarak kabul edilip edilmemesi açısından söz konusu bilginin işleme yönteminin herhangi bir etkisinin olup olmadığıdır. Kişisel verilerin işlenmesi, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda, *“otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi,*

¹²⁴ Yeşilyurt, *Hastanın Kişisel*, 2; Akdağ, *Türk Ceza*, 10-11.

¹²⁵ Akdağ, *Türk Ceza*, 10-11.

¹²⁶ Aksoy, *Kişisel Verilerin*, 19.

*depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi,*¹²⁷ ifade edecek şekilde tanımlamıştır.

Kanun'un gerekçesinden de anlaşılacağı üzere kişisel verilerin işlenmesi kavramı, oldukça geniş bir alanı kapsamaktadır. Buna göre kişisel verilerin işlenmesi, verilerin ilk defa elde edilmesinden başlayarak veriler üzerinde gerçekleştirilen tüm işlem türlerini ifade etmektedir¹²⁸. Kişisel verilerin işlenmesi, herhangi bir sınırlandırma olmaksızın ve işlemin otomatik olan ya da olmayan yollarla yapılıp yapılmadığına bakılmaksızın¹²⁹, kişisel veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi ve ifade ettiğine göre, kişisel verilerin işleme yönteminin bir bilgiyi veri kılıp kılmamakla herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.

Düşünce açıklamalarının kişisel veri olarak kabul edilip edilmeyeceği de bu başlık altında incelenmesi gereken bir konudur. Kişiyi etkileme gücüne sahip olmayan düşünce açıklamalarının kişiyle ilgili bilgi de içermedikleri durumlarda kişisel veri kabul edilmesi çok kolay görünmemektedir. Bu nitelikteki açıklamaların hakkında yapıldıkları kişiden çok, düşünceye sahip olan kişi hakkında bilgi verdiği söylenebilir. Ancak bir kişi hakkında yapılan düşünce açıklamasının muhatabı kişi hakkında bazı bilgiler içeriyor olması durumunda ortada kişisel veri bulunduğu kabul edilmelidir. Buradaki kişisel veri düşünce açıklamasının kendisi değil bu açıklamanın içerdiği bilginin bizzat kendisidir.¹³⁰

1.1.1.2. Belirli ya da Belirlenebilir Gerçek Kişi

Kişisel veri tanımının ikinci unsuru, belirli ya da belirlenebilir gerçek kişinin bulunmasıdır. Bu kapsamda üzerinde durulması gereken konular, kişi kavramı ile neyin kastedildiği ve hangi hallerde belirli ya da belirlenebilir bir kişi bulunduğu hususlarıdır.

Bir kişinin belirli veya belirlenebilir olması, mevcut verilerin herhangi bir şekilde bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmesi suretiyle, doğrudan ya da dolaylı olarak o

¹²⁷ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu mad. 3.

¹²⁸ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı (1/541) ve Adalet Komisyonu Raporu, 7.

¹²⁹ Aynı yönde bkz., Aksoy, *Kişisel Verilerin*, 20.

¹³⁰ Akdağ, *Türk Ceza*, 17.

kişinin tanımlanabilir hale getirilebilmesini ifade eder.¹³¹ Yani bilgi içeriğine göre veri öznesinin kimliği bariz bir şekilde açık olması ya da ek birtakım bilgiler vasıtasıyla kişinin kimliğinin ortaya çıkarılmasının mümkün olması durumudur.¹³² Bu unsur, verilerin kişinin fiziksel, ekonomik, kültürel, sosyal veya psikolojik kimliğini ifade eden somut bir içerik taşıması veya kimlik, vergi, sigorta numarası gibi herhangi bir kayıtlı ilişkilendirilmesi sonucunda kişinin belirlenmesini sağlayan tüm halleri kapsar.¹³³

Kişi kavramı, hukukun temel ilkeleri ve özellikle kişiler hukuku yönünden özel bir önem taşımaktadır. Kişi (şahıs), “kendilerine hukukun hak ve borç sahipliği yetkisi tanıdığı”¹³⁴, “hak ehliyetine sahip varlıklar”¹³⁵ olarak tanımlanmakta ve gerçek kişiler ve tüzel kişiler olarak iki ayrı sınıfa ayrılmaktadır. Gerçek kişiler, hakiki şahıslar olup, insanları¹³⁶ ifade etmektedir. Gerçekten de hangi varlıkların kişi sayılacağı, dolayısıyla hangi varlıkların hak ve borçlara sahip olabileceği sorusu sorulduğunda ilk akla gelen varlıklar insanlardır. Bu nedenle hukuk düzenleri tüm insanları kişi olarak kabul etmiş ve onları “gerçek kişiler”, “doğal kişiler”, “fiziki kişiler” gibi tabirleri kullanarak belirleme yolunu tercih etmişlerdir.¹³⁷

Tüzel kişiler ise hükmi şahıslar olup başlı başına bir amacı gütmek üzere kurulan veya oluşturulan varlıkları¹³⁸ kastetmek için kullanılmaktadır.

Hangi varlıkların kişi sayılması gerektiği ise yasa koyucunun güttüğü hukuk politikasına göre belirlenir. Bu yönden bakıldığında eski zamanlarda insanların kişi sayılmadığı durumlarla dahi karşılaşılabilir. ¹³⁹

KVKK’de ve Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü’nde yer alan tanımda, tüzel kişilere ilişkin veriler dışlanmakta ve kişisel veri kapsamına yalnızca gerçek kişilere ilişkin bilgilerin gireceğini kabul etmektedir. ¹⁴⁰ Kanunun ilgili madde gerekçesinde, mevcut verilerin herhangi bir şekilde bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmesi

¹³¹ Data Protection Act 2018, Chapter 12, Section 3/3, 2.

¹³² Handbook on European Data Protection Law, 83.

¹³³ Yeşilyurt, *Hastanın Kişisel*, 2.

¹³⁴ Aydın Zevkliler, *Medeni Hukuk*, Savaş Yayınları, Ocak 1992 Ankara, 167; Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 470.

¹³⁵ Zevkliler, *Medeni Hukuk*, 167.

¹³⁶ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 470.

¹³⁷ Zevkliler, *Medeni Hukuk*, 168.

¹³⁸ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 470.

¹³⁹ Zevkliler, *Medeni Hukuk*, 168.

¹⁴⁰ Handbook on European Data Protection Law, 84.

suretiyle, o kişinin tanımlanabilir hale geldiği belirtilerek sadece gerçek kişilere ilişkin verilerin¹⁴¹ kişisel veri olarak kabul edilebileceğine vurgu yapılmıştır. Ulusal doktrinimizde de aynı doğrultuda olmak üzere, kişisel verilerin korunması düşüncesinin temelinde özel yaşama ilişkin bir korunma anlayışının bulunduğu ve ancak gerçek kişilerin özel yaşamlarının mevcudiyetinden bahsedilebileceği, tüzel kişilerin ise sadece ticari gizliliğinin korunabileceği bu nedenle yalnızca gerçek kişilere ilişkin kişisel verilerin korunması gerektiği kabul edilmektedir.¹⁴² Bunun yanı sıra tüzel kişiye ait bir veriden hareketle gerçek kişiye ulaşılabilir ve bu veri gerçek kişinin kimliğini belirleyicilik özelliği taşıyorsa, tüzel kişi hakkındaki bu verinin kişisel verilere dahi olacağı ifade edilmiştir.¹⁴³ Buna göre, bir bankada veznedar olarak çalışan bir kimsenin maaş bilgisi kişisel veri niteliği taşıırken, söz konusu bankanın bilânçosunda gösterilen kâr veya zarar miktarı kişisel veri kapsamına girmemektedir. Ancak, elektronik haberleşme sektöründe kişisel bilgilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunması hakkındaki 12 Temmuz 2002 tarih ve 2002/58/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü, yalnızca elektronik haberleşme sektörüne ilişkin olmak üzere hem gerçek kişilerin hem de tüzel kişilerin veri sahibi kabul edileceğini ifade kabul etmektedir.¹⁴⁴

Belçika, Finlandiya, Fransa, Almanya, Yunanistan, İrlanda, Hollanda, Portekiz, İspanya, İsveç ve İngiltere yasalarına göre yalnızca gerçek kişilere ilişkin veriler kişisel veri olarak kabul edilmektedir. Avusturya, Danimarka, İtalya ve Lüksemburg ile birlik üyesi olmayan İzlanda, Norveç ve İsviçre’de veri koruma yasaları tüzel kişileri de bu anlamda korumakta¹⁴⁵ verilerini kişisel veri olarak kabul etmektedir.

Kişi kavramı çerçevesinde ele alınması gereken bir konu da ölmüş kimselerin, kişisel verilerin korunması bakımından kişi olarak kabul edilip edilemeyeceği meselesidir. Kişilik sağ ve tam doğumla kazanılırken ölümle sona ermektedir.¹⁴⁶ Bu hukuki prensipten hareketle kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişi, ancak tam ve sağlam doğmakla kişisel verilerinin korunması hakkına kavuşacak, ölümle ise bu hakkı

¹⁴¹ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı (1/541) ve Adalet Komisyonu Raporu, 7.

¹⁴² Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 9.

¹⁴³ Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 10.

¹⁴⁴ Aksoy, *Kişisel Verilerin*, 25.

¹⁴⁵ Aksoy, *Kişisel Verilerin*, 25-26.

¹⁴⁶ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun konuya ilişkin maddesi şöyledir: “Madde 28- Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer.”

ortadan kalkacaktır.¹⁴⁷ Ancak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü gerekçesinde açıkça ölmüş kişilere ilişkin kişisel verilerin koruma kapsamı dışında olduğu açıkça düzenlenmişse de ülkelerin iç hukuklarında Tüzük’ün uygulama alanını genişletici düzenlemeler yapması mümkündür.¹⁴⁸ Kanaatimizce burada belirleyici olması gereken husus, ölmüş bir kişiye ait bir kişisel verinin işlenmesi halinde hayatta olan yakınlarını veya diğer kişileri etkileyebilecek bir nitelik taşıyıp taşımadığı olmalıdır. Buna göre bu verinin kullanılması hayatta bulunan bir kişiyi etkileyebilecek, bu anlamda bireyselleştirilmesini sağlayabilecek ise ölmüş kişiye ait bu bilgilerin kişisel veri olarak kabulü zorunludur.¹⁴⁹ Çünkü böyle durumlarda normal kişisel verilerden hemen hemen hiçbir farkı kalmamakta ve aynı hukuki ve fiili sonucu doğurmaktadır.

İnceleme konumuz açısından kişi, herhangi bir kişi olmayıp “*kimliği belirli veya belirlenebilir*” bir kişi olmalıdır. Kişinin kimliğini belirlemede temel nokta isminin bilinip bilinmemesi değil grup içinde diğerlerinden ayırt edilebilmesidir.¹⁵⁰ Bu verinin niteliği gereği ayırt edici olmasını değil kişinin, veri öznesinin kim olduğunun somut olarak belirlenebilmesini sağlamasıdır. “*Ahmet insandır.*” bilgisinde toplum içindeki belirli bir kişiyle ilgili bir veri vardır ve bu unsur tamamdır. Ancak bu bilgi başlı başına bir kişisel veri değildir. Bu çerçevede, “*bir kişinin kimliğinin belirli olması*”, o kişinin bir grup insan arasından enaz bir yönüyle ayırt edilebilmesini ifade eder. “*Kimliği belirlenebilir olmak*” ise henüz ayırt edilememiş olmakla yani diğer kişilerden bireysel olarak farkı ortaya konulmamış olmakla birlikte bu kişinin diğerlerinden ayırt edilmesinin mümkün olduğu anlamına gelmektedir.¹⁵¹ O halde kimliği belirlenebilen kişi, doğrudan veya dolaylı olarak bir kimlik numarası referansından veya kişiye ait fiziksel, psikolojik, ekonomik, kültürel veya sosyal bilgilerden yola çıkarak tespit edilebilen kişidir.¹⁵²

Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü’nde belirli ya da belirlenebilen kişi tanımı: “*Özellikle bir isim, kimlik numarası, konum verileri, çevrim içi tanımlayıcı ya da söz konusu gerçek kişinin fiziksel, fizyolojik, genetik, ruhsal, ekonomik, kültürel veya*

¹⁴⁷ Aynı yönde Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 10.

¹⁴⁸ Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 10; Aksoy, *Kişisel Verilerin*, 28.

¹⁴⁹ Aynı yönde Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 11; Aksoy, *Kişisel Verilerin*, 29.

¹⁵⁰ Yeşilyurt, *Hastanın Kişisel*, 2.

¹⁵¹ Benzer yönde Aksoy, *Kişisel Verilerin*, 29.

¹⁵² Türk Tabipler Birliği Kişisel Sağlık Verileri Çalışma Grubu, “Sağlık Hizmetlerinde Kişisel Veri Toplanması, Korunması ve Değerlendirilmesi”.

*toplumsal kimliğine özgü bir ya da daha fazla sayıda faktöre atıfta bulunularak doğrudan veya dolaylı olarak tanımlanabilen bir kişidir*¹⁵³” şeklinde yapılmıştır. Kişisel Verilerin Korunmasına Dair Kanun’un gerekçesinde de bu konuda bir tanımlama bulunmaktadır. Bu konuya ilişkin olarak, Kanun’un 3. maddesinin gerekçesinde “*Bir kişinin belirli veya belirlenebilir olması, mevcut verilerin herhangi bir şekilde bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmesi suretiyle, o kişinin tanımlanabilir hale getirilmesini ifade eder. Yani verilerin; kişinin fiziksel, ekonomik, kültürel, sosyal veya psikolojik kimliğini ifade eden somut bir içerik taşıması veya kimlik, vergi, sigorta numarası gibi herhangi bir kayıtla ilişkilendirilmesi sonucunda kişinin belirlenmesini sağlayan tüm halleri kapsar. İsim, telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler gibi veriler dolaylı da olsa kişiyi belirlenebilir kılabilecek özellikleri nedeniyle kişisel verilerdir*¹⁵⁴” denilmektedir.

Bir kimsenin ismi ile kimliğinin “*doğrudan*” belirlenmesi mümkün olabileceği gibi, telefon numarası, pasaport numarası veya yaşı, mesleği, ikametgâhı gibi birden çok ölçütün birleşimi yoluyla da kişinin kimliğinin “*dolaylı*” şekilde belirlenmesi mümkündür¹⁵⁵. Yani bir kişinin belirlenebilir kılınması özelliği, verilerin doğrudan ya da dolaylı olarak bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmesi suretiyle kişinin tanımlanabilmesi yani şahsın o şahıs olduğunun ortaya çıkarılabilmesi özelliğini ifade etmektedir.¹⁵⁶ Bu noktada tartışılması gereken verinin ilgilinin kimliğini hangi şartlarla belirlenebilir kılacak olduğunun tespitidir. Bir veriden yola çıkılarak yapılan araştırmanın ciddiyeti de sıradan bir araştırmadan öte olmak zorundadır. Dolayısıyla eldeki veri, detaylı ve yoğun bir çaba harcanılarak veri öznesinin kimliğini belirlenebilir kılabilecek nitelikteyse kişisel veri olarak kabul edilecektir. Burada yapılacak araştırmanın sınırını, araştırmacının makul olmayan bir maddi, fiziki yükümlülük altına girmemesi oluşturmalıdır.¹⁵⁷ Ancak bu konuda kişisel verilerin korunması kapsamında bir kimsenin kimliğinin belirlenebilir olup olmadığını tespit etmeye çalışan kişinin, bu amaçla “*kullanması makul olan tüm vasıtaların*” dikkate alınacağını düşünenler de

¹⁵³ Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Madde 4.

¹⁵⁴ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı (1/541) ve Adalet Komisyonu Raporu, 7.

¹⁵⁵ Aksoy, *Kişisel Verilerin*, 30.

¹⁵⁶ Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 49.

¹⁵⁷ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 12.

bulunmaktadır.¹⁵⁸ Bu konuda Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına Dair Bireylerin Korunması Hakkındaki 95/46/EC sayı ve 24 Ekim 1995 tarihli Avrupa Birliği Konseyi ve Avrupa Parlamentosu Tüzüğü tarafından özel bir değerlendirmeye yer verilmiştir. Direktif’in giriş 26 nolu paragrafında “*bir kişinin tespit edilebilir olup olmadığını belirlemek için, adı geçen şahsı tespit etmek için herhangi bir ‘diğer kişi tarafından veya denetleyici tarafından’ kullanılabilecek makul tüm araçlar dikkate alınmalıdır*” denilmek suretiyle bu ölçüt belirlenmiş ve “*makul tüm araçlar*” ölçütü esas alınmıştır.

Avrupa Birliği Veri Koruma Tüzüğü’nün 4/1 maddesinde ise tanımlanabilir gerçek kişi özellikle bir isim, kimlik numarası, konum verileri, çevrim içi tanımlayıcı ya da söz konusu kişinin fiziksel, fizyolojik, genetik, ruhsal, ekonomik, kültürel veya toplumsal kimliğine özgü bir ya da daha fazla sayıda tanımlayıcıya atıfta bulunularak doğrudan veya dolaylı olarak tanımlanabilen bir kişidir tanıımı yapılarak, tanımlanabilirlik kriterinin birden fazla kriter ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği hususuna vurgu yapılmıştır.

1.1.1.3. Verinin Gerçek Kişiyle İlişkili ya da İlişkilendirilebilir Olması

Tanımın özellik arz eden bir diğer yönü ise bu verinin yani bilginin bir gerçek kişi ile ilişkilendirilebilir olmasıdır. Yoksa kişisel veri niteliği taşımayacaktır. “*İlişki*”, “*iki şey arasındaki karşılıklı ilgi, bağ, münasebet, temas, bağlantı*”¹⁵⁹ anlamlarına geldiğine göre, bu unsur veri ile kimliği belirli veya belirlenebilir kişi arasındaki bağlantıyı, irtibatı ortaya koymaktadır. Yani bu bilgilerin kime ait olduğunun belli olması, bilinmesi gereklidir. Bu yönüyle kime ait olduğu bilinmeyen bilgiler kişisel veri olarak kabul edilemez.¹⁶⁰ Bu kapsamda örneğin bir internet protokolü adresi tek başına belirli bir kişiyi tanımlamaz, ancak bu adres, internet servis sağlayıcısının bu adrese hangi müşterinin atandığını gösteren müşteri kayıtlarıyla birleştirilirse, bilgi kişisel veri haline gelir ve birisinin bu kişiyi tanımlamasına, bulmasına veya onlarla iletişim kurmasına izin verebilir.¹⁶¹

¹⁵⁸ Handbook on European Data Protection Law, 83; Aksoy, *Kişisel Verilerin*, 30.

¹⁵⁹ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <http://sozluk.gov.tr/>, (24/05/2019)

¹⁶⁰ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 649.

¹⁶¹ Encyclopedia Of Privacy, 383.

Teknik olarak bir kişinin belirlenebilir kılınması, verilerin doğrudan ya da dolaylı olarak bir gerçek kişiyle bağlantısının kurulması suretiyle kişinin belirginleştirilmesi yani şahsın, gerçek, var olan belli bir kişi olduğunun ortaya çıkarılabilmesi özelliğini ifade eder.¹⁶² Bu özellik, verilerin doğrudan veya dolaylı olarak bir gerçek kişiyle ilişkilendirilebilmesi yoluyla kişiyi belirgin kılar.¹⁶³ Bu nedenle kişisel veri iken artık bireyin kimliğinin belirlenmesine imkân tanımayacak şekilde anonim hale getirilen veriler kişisel veri olarak kabul edilmemektedir. Ancak bunun kabulü için yapılan anonimleştirmenin geri alınamaz bir nitelik taşıması gerekir.¹⁶⁴

Genel olarak bir kişi hakkında, kişiyle bağlantılı bilginin, o kişi ile ilişkili olduğu söylenebilir. Pek çok durumda bu ilişki kolay bir şekilde kurulabilirse de belli durumlarda bağlantı kurulmasını sağlamak için gerekli ipucuna eldeki verilerle ulaşamayacaktır.¹⁶⁵ Bu nedenle ilişkilendirilmenin nasıl ortaya konulacağı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Öğretideki bir grup, ilişki olmasının ön koşulu olarak belli bir kimsenin teşhisini, bazıları ise, belli bir kimsenin menfaatlerinin etkilenmesini aramaktadır. Diğer grup ise, bir bilginin belli bir kimseye ilişkin olmasından, karma bir yaklaşımla söz konusu bilgi vasıtasıyla hem o kişinin kimliğinin teşhis edilebilmesi hem de menfaatlerinin etkilenmesini anlamaktadır.¹⁶⁶

Herhangi bir bilginin, içerik itibarıyla belli bir kişiye ilişkin olması, her türlü amaç ve sonuçtan bağımsız olarak, o bilginin söz konusu kişi “*hakkında*” olmasını ifade etmektedir. Örneğin, bir öğrencinin ders notları, o öğrenci “*hakkında*” bilgi teşkil ederken herhangi bir iş başvurusunda bulunan kişinin özgeçmişinde yer alan bilgiler de o kişi “*hakkında*” olup kişisel veri olarak kabul edilebilmektedir. Kimi hallerde ise içerik itibarıyla belli bir kişi “*hakkında*” olmasa dahi bir bilginin kişisel veri olarak kabul edilmesi söz konusu olabilmektedir.¹⁶⁷ Bu durumlarda veri ile kişi arasında “*amaç*”, “*içerik*” veya “*sonuç*” unsurları bakımından bir bağlantı aranmaktadır. Örneğin

¹⁶² Dülger, *Kişisel Verilerin*, 106

¹⁶³ İsmail Ergün, *Siber Suçların Cezalandırılması ve Türkiye’de Durum*, Adalet Yayınevi, Ankara Eylül 2008, 114; Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 49; Rezzan İtişgen, *Türk Ceza Hukukunda Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme Suçu*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:6, Sayı:23, Ekim 2015, 183.

¹⁶⁴ European Commission, *What Is Personal Data?*

¹⁶⁵ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 13; Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 399.

¹⁶⁶ Öğretideki görüşler ve görüşlerin gruplandırılması hakkında açıklama için bkz. Aksoy, *Kişisel Verilerin*, 37.

¹⁶⁷ Aksoy, *Kişisel Verilerin*, 39.

içerik bakımından, açıkça belirli bir hastayla ilişkilendirilmiş tıbbi bir analizin veya belli kişiye ait kimlik kartıyla birleştirilmiş barkodun içerik itibarıyla kişi ile bağlantı kurulmasını sağladığı için kişisel veri olduğu söylenebilir.¹⁶⁸

Somut olayın özellikleri çerçevesinde, belli bir kimsenin durumunu veya davranışlarını değerlendirmek, bu kişiye belli bir şekilde davranmak veya o kişiyi etki altında bırakmak amacıyla kullanılan veya kullanılması olası olan her türlü bilgi, amaç yönünden söz konusu kişiye ilişkin kabul edilmelidir. Örneğin, bir bisküvi üretim makinesinin faaliyetine ilişkin olarak toplanan veri, o makinenin verimini tespit amacıyla değil makineyi kullanan işçinin verimliliğini belirlemek amacıyla kullanılıyorsa, söz konusu bilgi o işçi bakımından kişisel veri olarak kabul edilebilecektir.

Herhangi bir bilginin kullanılması, somut olayın özellikleri çerçevesinde belli bir kimsenin bazı hak ve menfaatlerini etkileyecekse bu bilgi sonuç yönünden söz konusu kişiye ilişkin kabul edilmelidir. Bu bağlamda, etkinin boyutu önem taşımayıp bu verinin işlenmesi nedeniyle söz konusu kişinin başkalarından farklı bir muameleye maruz kalması olasılığı yeterlidir. Örneğin, bir taksi durağının müşteri memnuniyeti ve yakıt tasarrufu sağlamak amacıyla uydu üzerinden taksilerini izlemesini ve bir çağrı halinde en yakın taksinin müşteriye yönlendirilmesini mümkün kılan bir sistem, aslında taksi sürücüsü hakkında bilgi toplamak amacı taşımadığı halde, bu sistemden alınan bilgiler, sürücülerin hız limitlerine uyup uymadığı ve seyir halinde iken rota dışına çıkıp çıkmadıkları ile ne tür işyerlerinin bulunduğu, sokaklarda park edip etmediklerini de ortaya koyduklarından sonuç itibarıyla sürücülerin menfaatini ilgilendirmekte ve kişisel veri olarak kabul edilmektedir.¹⁶⁹

Verilerin kişi ile olan bağlantısı; hukuka aykırı, olağanüstü veya beklenmedik yöntemler kullanılarak kuruluyor veya kurulabiliyorsa bu durumda kabul edilen anlamda verinin kişi ile ilişkili olduğunu fakat kişisel veri kavramına dâhil edilmemesi gerektiği yönünde fikirler vardır.¹⁷⁰

Kanaatimizce bu anlamda tartışılması gereken hususlardan birisi de “*kişiye ilişkin olma*” ile “*kişiyi belirlenebilir kılma*” durumlarının nasıl ayırt edilebileceğidir. Genel itibarıyla bakıldığında bu iki kavram aslında çok yakın ve sanki neredeyse aynı

¹⁶⁸ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 13.

¹⁶⁹ Aksoy, *Kişisel Verilerin*, 40.

¹⁷⁰ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 14.

anlama gelen kavramlar gibi durmaktadır. Ancak “*kişiyeye ilişkin olmak*” çok daha geniş bir kavramdır ve kişiyeye ilişkin tüm bilgiler kişiyi belirlenebilir kılma özelliği taşımazlar. Tersinden bakılırsa bir bilgi, kişinin kimliğini belirli kılmaya elverişli ise o bilgi aynı zamanda kişiyeye ilişkin olma vasfını da taşımaktadır.¹⁷¹ Yani bir veri kişiyeye ilişkin olabileceği gibi kişiyi belirlenebilir kılmayabilir veya kişiyi belirlenebilir kılan bir veri kişiyeye ilişkin olmayabilir. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için bir örnek vermek gerekirse bir olaya ilişkin olarak “*hırsız olan adamın pesinden koşan köpek sarıydı*” bilgisi bulunmaktadır. Bu bilgi bir kamera kaydı ile birlikte değerlendirildiğinde kişiyi belirlenebilir kılmasına rağmen, kişiyeye ilişkin bir bilgi değildir, hayvana ilişkin bir bilgidir ve bu anlamda kişisel veri niteliği taşımaz. Yine, bir tıbbi laboratuvarındaki şişeler bir gece kırılmıştır. Yapılan araştırmada laboratuvara camdan girildiğini gösterecek bir takım alet izleri ve camın hemen iç kısmındaki zemin üzerinde yetersiz olmakla birlikte bir ayakkabı izi bulunmuştur. İz şekli itibarıyla kaç numara ayakkabıya ait olduğunun tespitine yetmekle birlikte teknik ve detaylı bir inceleme yapılmaksızın hangi ayakkabı tarafından çıkarıldığını tespite yetmemektedir.¹⁷² Zira bu nitelikteki belirtiler bir olayın gerçekleşme şekline ilişkin olarak yüksek ihtimal derecesinde tanımlama yapabilse de olayın tamamını ve doğrudan ifade etmekten uzaktır.¹⁷³ Bu nedenle bahse konu veriler başlı başına, bu işin bir insan tarafından yapıldığını göstermekte yani insana ilişkin olmakla birlikte bu işin hangi insan tarafından gerçekleştirildiğini göstermemektedir. Bilgi mevcut haliyle hemen her gerçek kişiyle ilişkilendirilebilir bir durumdadır. Bu durumda ortada teknik anlamda korunması gereken bir kişisel veri bulunduğu söylenemez. Ancak eldeki verinin kişinin kimliğini

¹⁷¹ Bkz. Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 14.

¹⁷² Bu nitelikteki delilleri bilimsel deliller olarak nitelendiren Birtek, Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat isimli eserinde bu delillerin ispat gücüne ilişkin olarak “*Tabi ve suni belirtiler, adli tıp ve kriminalistik verileri ile ele alınıp değerlendirilmekte, anlamlandırılmakta ve bu belirtilere ilişkin olarak aldırılacak bilirkişi raporları ile suçun ispatına ilişkin olarak anlamlı sonuçlar çıkarılmaktadır. Özü itibarıyla bahse konu belirtiler bilirkişi tarafından incelenmesi sonucunda ulaşılan yüksek ihtimal ya da kesinlik, yargılama konusu maddi olay bakımından kesinlik anlamına gelmeyip, bu belirtilerin mahiyetinden kaynaklanan kesinlik anlamın gelmektedir. Bilimsel incelemeye konu belirtiler, maddi vakıayı değil elde edildiği, ilişkili olduğu kişi ya da eşyaya aidiyetini yüksek ihtimalle tanımlar. Bu yönüyle belirtilerden çıkarılan teknik sonuçlar her zaman olayın bütünü hakkında doğrudan bilgi vermekten uzaktır*” demektedir ve bunların üzerinde ayrı ve teknik bir çalışma yapılmadığı sürece hangi ayakkabıdan çıktığının tespitine yeterli olmadığını ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Fatih Birtek, *Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat*, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, 200-212. Yine bu nitelikteki delillerin teknik anlamda elde edilmeleri ve incelenmelerine ilişkin olarak detaylı bilgi için bkz. Tuncay Çınar, *Olay Yerinde Tespit Edilen Ayak İzlerinin Değerlendirilmesi; İki Olgu Sunumu*, Adli Tıp Dergisi 2004; 18(3-4), 21-26.

¹⁷³ Birtek, *Ceza Muhakemesinde*, 212.

belirli kılmaya elverişli olduğu değerlendirmesinde bulunabiliyorsak (bu veri hem bir gerçek kişi içeriyor hem de bu gerçek kişi ile bilgi arasından bir irtibat kurulabiliyorsa) o veri artık kişiye ilişkin olma vasfını elde etmiş olmaktadır.¹⁷⁴ Zira bir olay yerinden elde edilen ayakkabı izlerinden yapılacak teknik ve detaylı çalışmalar sonucunda izi oluşturan kişinin tıbbi kimliğine ait anatomik bozuklukları, boyu, kilosu gibi verilere ulaşmak mümkündür.¹⁷⁵ Buna göre ortada *belli bir gerçek kişi var ise ve bu kişi ile veri somut olarak ilişkilendirilebiliyorsa* ancak o zaman kişisel bir veri niteliği kazanacaktır. Demek ki her iki unsurun da aynı veride zorunlu unsur olarak bulunması gerekmektedir.

Bir verinin niteliği zamanla değişikliğe uğrayabilir. Yukarıdaki örnekte, başlarda kişinin kim olduğunu belirlemeye yetmeyen ayakkabı izi, bilimdeki gelişmeler sayesinde artık kişinin hangi ayağına giydiği, eskime izleri nedeniyle bir şekilde bu kişinin kim olduğunu belirlemeye imkân tanıyan bir hale gelebilir ve bu nedenle artık bu veri kişisel veri niteliğine dönüşebilir. Dolayısıyla kişisel verilerin zamana, bilime, toplumsal gelişmişlik düzeyine göre farklılıklar arz ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

İlişkilendirilebilir olma konusunda “anonimleştirilmiş” verilere de değinilmesi gerekmektedir. Verinin belirli veya kimliği belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek veya kaynağı belirlenemeyecek hale getirilmesi sonucunda ortaya çıkan bilgiye “anonim veri” adı verilmektedir.¹⁷⁶ Bu anlamda anonim veri, kişisel verinin zıddıdır. İstatistik, araştırma, planlama vb. amaçlarla tutulan ve herhangi bir kişiyi belirtmekten ziyade kitlesel bilgi yığını olarak çıkan bu tür veriler, ilgili kişilerle ilişkilendirilmeleri mümkün olmadığından kişisel veri olarak kabul edilmemektedir.¹⁷⁷

1.1.2. Özel Nitelikli Kişisel Veri

Bazı kişisel veriler, arz ettikleri önem itibarıyla “*hassas kişisel veri*” kategorisinde değerlendirilmiş ve bu tür verilere özel bir koruma sağlanması gerektiği belirtilmiştir.¹⁷⁸ Çünkü bu veriler doğaları gereği işlendiklerinde veri sahipleri için özel

¹⁷⁴ Aynı yönde bkz. Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 14.

¹⁷⁵ Çınar, *Olay Yerinde*, 26.

¹⁷⁶ Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 50.

¹⁷⁷ Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 50.

¹⁷⁸ İzgi, *Mahremiyet Kavramı*, 30; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 7.

bir risk oluşturabilirler ve bu nedenle daha fazla korumaya ihtiyaç duyarlar.¹⁷⁹ Zaten bu nedenle kişisel verilerin korunmasıyla ilgili gerek ulusal gerek uluslararası tüm metinlerde, belirli konularla ilgili veriler diğerlerine göre daha sıkı bir koruma altına alınmış durumdadır.¹⁸⁰

“Özel nitelikli verilerin daha nitelikli korunması” ilkesi, ilgili kişi açısından hassas sayılan bazı veri türlerinin işlenmesini diğerlerine göre daha sıkı bir denetim altına alma düşüncesine dayanır. Çünkü bu tür bilgiler ayrımcılık başta olmak üzere diğer verilere göre ilgili kişi bakımından daha ciddi zararlar ortaya çıkarabilecek¹⁸¹ niteliktedir. İşte özel nitelikli kişisel verilerin bazı ek güvencelerle korunmasındaki temel mantık, bu türdeki verilerin ayrımcılık başta olmak üzere, diğer verilere göre ilgili kişi açısından çok daha ciddi zararlar ortaya çıkarabilmesi potansiyelidir.¹⁸²

Özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında ortaya çıkan ayrımcılık karşıtı ve insan onurunu korumayı amaçlayan düşüncenin bir yansıması olarak¹⁸³ özel nitelikli bazı kişisel verilerin başkaları tarafından öğrenilmeleri halinde kişilerin mağduriyetlerine yol açılmasını engellemek amacıyla bu nitelikteki veriler diğer verilere nazaran daha sıkı bir korumaya tabi tutulmuşlardır. Kişinin ırkına veya etnik kökenine ilişkin verilerin diğer kişisel verilerden ayrı ve özel bir düzenlemeye tabi tutulmasının ilgili kişiye verebileceği zarardan başkaca nedenleri de bulunmaktadır. Bu verilerin devlet kurumlarında hâkim olan otoriter güç (iktidar) tarafından kötüye kullanılması korkusu bu anlamda önemli rol oynamıştır. Bu korkunun oluşması da haksız değildir. Ayrıntılı nüfus kayıtlarının tutulması sonrası gerçekleşen Yahudi soykırımı gibi tarihsel facialar bu korkunun oluşmasında önemli rol oynamıştır.¹⁸⁴ Demek ki bazı kişisel veriler ile bireyin temel hak ve özgürlükleri arasında yakın bir ilişki bulunmakta ve bu nedenle bu nitelikteki verilerin bireyin diğer kişisel verilerinden daha etkin ve özel bir koruma altına alınması gerektiği¹⁸⁵ düşüncesi haklılık taşımaktadır.

¹⁷⁹ Handbook on European Data Protection Law, 96.

¹⁸⁰ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 249, Akdağ, *Türk Ceza*, 25.

¹⁸¹ Elif Mendos Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Yoluyla Korunması*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013 İstanbul, 107; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 14-15; Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 51-52.

¹⁸² Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 252; aynı yönde bkz. Encyclopedia Of Privacy, 378.

¹⁸³ Aydın Akgül, *Kişisel Verilerin Korunması Açısından İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Yargısal Denetimi*, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli 2013, 16.

¹⁸⁴ Akgül, *Kişisel Verilerin*, 14.

¹⁸⁵ Yeşilyurt, *Hastanın Kişisel*, 1; Rahmi Can Ömür, *Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması ve*

Zikrolunan nedenlerle özel nitelikli (hassas) veriler, kişisel verilerin daha fazla koruma uygulanan küçük bir grubu olarak görülmektedir.¹⁸⁶ Kişilerin cinsel tercihleri veya sağlık bilgileri gibi hassas nitelikli verilerinin kötü niyetli kullanımı kişinin hem kendisi hem de çevresi için geri döndürülemez, onarılamaz, tamir edilemez ve uzun süre etkisini sürdürecektir olumsuz neticeler ortaya çıkarabilir. Dolayısıyla veri koruma hukukunun kişisel verilerin işlenmesinin sağlayacağı yarar ve sebep olabileceği tehlike arasındaki dengenin sağlanması temel mantığına göre de bazı veri gruplarının kişisel veri olarak işlenmesi koşulları özel olarak düzenlenmelidir. Zira bu veri grubuna dâhil bilgilerin ilişkin olduğu değerler, toplum içerisinde ayrımcılık yaratma potansiyeli taşıyan dini inanç, etnik köken, cinsel tercih gibi hassas kişilik değerleridir.¹⁸⁷ Bu sebeple de hassas veri kategorisine dâhil edilen kişisel verilere özel koruma statüsü sağlanması veri koruma hukukunun göz ardı etmemesi gereken temel bir gereksinimdir. Bu ihtiyaç karşısında pek çok ulusal veya uluslararası düzenlemeyle kişisel verilerin özel nitelikli grubu olarak hassas verilerin işlenmesi özel olarak ele alınmıştır.¹⁸⁸ Bu yönüyle gerek Avrupa Birliği mevzuatında gerekse hukukumuzda bu yönde doğrudan düzenleme yapılması yolu tercih edilmiştir.¹⁸⁹ Buna göre bu nitelikteki verilerin işlenmesi prensip olarak yasaktır. Ancak bu kabule rağmen bu nitelikteki verilerin işlenebilmesine dair önemli bir istisnalar listesi de bulunmaktadır.¹⁹⁰

Yasa koyucumuz da belirtilen gereklilik nedeniyle veri sahibinin öğrenilmesini özellikle istemeyebileceği, öğrenilmesi halinde ise kendisini ayrımcılık ile karşı karşıya bırakabilecek veya mahrem alanlarını açığa çıkaracak verileri özel olarak koruma altına almıştır.¹⁹¹ Bu kapsamda KVKK'nın özel nitelikli verilerin işlenmesini düzenlediği 6 maddesinin gerekçesinde “*Bu verilerin başkaları tarafından öğrenildiği takdirde ilgili kişinin mağdur olabilmesine veya ayrımcılığa maruz kalabilmesine neden olabilecek nitelikte veriler olmaları dikkate alınmakta, bu sebeple bu tür veriler özel nitelikli*

Hastanelerin Sorumluluğu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XV, Sayı 1, Yıl 2018, 136.

¹⁸⁶ Ömür, *Kişisel Sağlık*, 136.

¹⁸⁷ Deniz Seyrek Tütüncübaşı, *Kişilerin Kendisine Ait Verilerin Kaderini Tayin Hakkının Ceza Hukuku Yoluyla Korunması*, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2015, 17; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 14.

¹⁸⁸ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 14-15.

¹⁸⁹ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 16.

¹⁹⁰ Handbook on European Data Protection Law, 159-160.

¹⁹¹ Yüksel, *Kişisel Sağlık*, 2.

(hassas) veri olarak kabul edilmektedir¹⁹² ” denilmek suretiyle bu verilerin kişiler üzerinde bir etkisi olabileceği vurgulanmıştır.

Bu tür veri grubunun neyi ifade ettiğinin ortaya konulmasında önce, bu verilerle ilgili olarak terminolojik tartışmalara bakıp terim tercihimizi yapmak uygun bir yol olacaktır. Öncelikle farklı uluslararası metinler ve ulusal veri koruma yasalarında, “*hassas veri*”, “*özel koruma gerektiren veri*”, “*özel tür veri*” gibi çeşitli terimler kullanıldığını görmekteyiz. Biz KVKK’nin tercih ettiği “*özel nitelikli kişisel veri*” tabirinin daha isabetli olduğunu düşünmekteyiz.¹⁹³ Konumuz ilgilendiren yönüyle Türkçe’nin doğru kullanımı açısından bakıldığında, *hassas* kelimesi, “*duyarlı, çabuk etkilenen*”¹⁹⁴, “*hisli duygulu, ince düşünceli, ince hesaplara dayalı*”¹⁹⁵ anlamlarına gelmektedir. Bu yönüyle, “*hassas*” kavramı kullanıldığında, verinin bizzat kendi niteliği- özelliği olan bir hususu ifade için kullanılmakta ve çabucak ve kolaylıkla etkilenebilecek ya da değiştirilebilecek gibi manalar ortaya çıkmaktadır. Ancak mevcut düzenlemelerde bu özel kategori içerisine alınan verilere bakıldığında, söz konusu verilerin kolaylıkla değişebilecek ya da zarar görebilecek veriler olmadıkları ancak başkalarının öğrenilmeleri halinde ilişkilendirildikleri kişilere önemli oranda zarar verebilecek ve bu nedenle de ilgili kişinin başkalarının öğrenilmemesi konusunda çok daha duyarlı oldukları veri türü oldukları görülmektedir. Özel terimi de zaten “*Benzerlerinden ayrılmasını sağlayan bir özelliği olan, spesiyal, bir kişiyi ilgilendiren, hususi, zatî, dikkate değer ayırt edici bir niteliği olan, her zaman görülenden, olağandan farklı*”¹⁹⁶ ” gibi anlamlarına gelmektedir. Bu kapsamda bu verilerin hepsi muhatabına ağır zararlar verebileceğinden benzerlerinden ayrılmasını sağlayıcı bir özelliklerinin bulunduğu ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda bu verileri daha isabetli şekilde ifade edebilecek terimin, *özel nitelikli veriler* teriminin olduğunu düşünüyor ve bu terimi kullanmayı tercih ediyoruz.

Özel nitelikli kişisel verinin tanımı, gerek Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü’nde gerekse Kişisel Verilerin Korunması Hakkındaki Kanun’da yapılmamış ancak bir boşluk oluşturmama adına her iki metinde de bu türe giren verilerin neler

¹⁹² Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı (1/541) ve Adalet Komisyonu Raporu, 9.

¹⁹³ Aksi kanaat için bkz. Akgül, *Kişisel Verilerin*, 13.

¹⁹⁴ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <http://sozluk.gov.tr/>, (24/05/2019)

¹⁹⁵ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 319.

¹⁹⁶ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <http://sozluk.gov.tr/>, (24/05/2019)

olabileceği sayma yoluyla belirtilmiştir.¹⁹⁷ Bu kapsamda özel nitelikte veriler, kişisel verilerin daha fazla koruma uygulanan veya uygulanması gereken küçük bir grubunu¹⁹⁸, adeta bir alt kümesini¹⁹⁹ oluşturmaktadır. Bu yönüyle özel nitelikli kişisel veri kavramı, kişisel veriler içerisinde doğal olarak bir çekirdek alan oluşturulması yoluyla kişisel verilerin korunması hakkının özüne dokunulmayacağını düşüncesini öne çıkarmaktadır.²⁰⁰

Bu yaklaşım ve kabulün aksine (bu verilerin sayılarak belirlenmesi ve sınırlandırılması düşüncesine karşılık) her türlü verinin işleme amacına veya kullanılma şekline göre hassas veri niteliği taşıyabileceği gerekçesiyle bu sınırlandırma şeklinin doğru olmadığı yönünde eleştiriler olabilir. Buna göre, işlenen her veri türünün işleme amacına veya şekline göre, kişinin özel kabul edilen değerlerine yönelik olabilmesi ve bu nedenle özel bir hassasiyet kazanabilmesi mümkündür. Dolayısıyla özel nitelikli veri kategorisine dâhil verilerin tek tek sayılarak sınırlandırılması yerinde bir tespit yöntemi değildir. Zaten teknolojinin hızla gelişmekte olması ve biyometriklerin kullanımının artması gibi veri elde etme, işleme, kaydetme yöntem ve türlerinin hızlı ve sürekli değişmesi nedeniyle, özel nitelikli veri kategorisine dâhil olabilecek verilerin de sürekli olarak yenilenmesi gerekmektedir.²⁰¹ Bu yönüyle hukuk sistemleri açısından önemli olan, idarenin parçası olan veri koruma organının ve en nihai olarak da mahkemelerin bu konudaki yorumudur. Konuya ilişkin olarak yorum geliştirilirken önemli bir tercih yapılması zorunluluğu bulunmaktadır. Bu ise bir bilginin yalnızca önceden belirlenen özel veri kategorisinde yer almasının mı yoksa bilginin taşıdığı nitelikler itibarıyla özel mi olması gerektiği seçenekleri arasındaki tercihtir. Bu anlamda en sağlıklı yöntem, her ikisini de birlikte değerlendirerek bir sonuca ulaşmak olabilir.²⁰²

¹⁹⁷ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 16.

¹⁹⁸ Cemil Kaya, *Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas Kişisel Veriler ve İşlenmesi*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt. 69, Sayı: 1-2, Yıl: 2011, 318.

¹⁹⁹ Enis Karaarslan, Ali Murat Ergin, Nalin Turğut ve Özgür Kılıç, *Elektronik Sağlık Kayıtlarının Gizlilik ve Mahremiyeti*, https://www.researchgate.net/profile/Enis_Karaarslan/publication/287975276_Elektronik_Saglik_Kayitlarinin_Gizlilik_ve_Mahremiyeti/links/576cc6ff08ae9bd709961314/Elektronik-Saglik-Kayitlarinin-Gizlilik-ve-Mahremiyeti.pdf, (28/08/2019), 2.

²⁰⁰ Ömür, *Kişisel Sağlık*, 135.

²⁰¹ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 16.

²⁰² Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 251, Tütüncübaşı, *Kişilerin Kendisine*, 17.

Yukarıda yer verildiği üzere ABGVKT'nin 9. maddesinde doğrudan bir tanımlama yapmak yerine, *“İrk veya etnik köken, siyasi görüşler, dini veya felsefi inançlar ya da sendika üyeliğinin ifşa edildiği kişisel verilerin işlenmesi ve bir gerçek kişinin kimlik teşhisinin yapılması amacıyla genetik veriler ile biyometrik verilerin, sağlık ile ilgili verilerin veya bir gerçek kişinin cinsel yaşamı veya cinsel eğilimine ilişkin verilerin”* şeklinde tek tek sayılmak suretiyle özel nitelikli kişisel veriler belirlenmiştir.²⁰³ Ayrıca Tüzük, özel nitelikli kişisel veriler için daha farklı, daha spesifik bir düzenleme daha yapmıştır. Belirtilen alt türleri ayrı ayrı tanımlama yapma yolunu tercih eden Tüzük, tanımlar başlıklı dördüncü maddesinin on üçüncü fıkrasında bu genel sayımın içinde yer verdiği genetik verileri tanımlanmış, on dördüncü fıkrasında biyometrik verileri tanımlanmış, on beşinci fıkrasında ise sağlığı ilgilendiren verileri ayrı ayrı tanımlanmıştır.

Özel nitelikli verilere ilişkin olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 135. maddesinin 2. fıkrasında Tüzükle aynı yöntemin benimsendiğini (özel olarak yer verildiğini) görmekteyiz. Madde özel nitelikli verileri şu şekilde saymıştır: *“Kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri...”*. Maddeye göre bu veriler, özel nitelikli veriler olup bu verilere ilişkin hukuka aykırı eylemler, suçun cezayı ağırlaştıran nitelikli hali olarak kabul edilmiştir. Kanaatimizce bu düzenleme biçimi isabetlidir.

6698 sayılı KVKK'nin 6. maddesine göre de özel nitelikli kişisel veri *“Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir”*. Görüldüğü üzere Kişisel Verilerin Korunması Hakkındaki Kanun da özel nitelikli verilere ilişkin olarak aynı şekilde sayma suretiyle belirleme yapma yolunu tercih etmiştir. Bu nedenle rahatlıkla denilebilir ki kanun koyucu özel nitelikli verileri sınırlı sayıda tuttuğundan yorum yoluyla hassas veriler kategorisini genişletilmesi mümkün değildir.²⁰⁴

²⁰³ Handbook on European Data Protection Law, 96; Tüzük metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>.

²⁰⁴ Yüksel, *Kişisel Sağlık*, 2.

Kanaatimizce işlenen her veri türünün işlenme amacına veya şekline göre, kişinin çok özel kabul edilen değerlerine yönelebilmesinin ve zarar verebilmesinin bir realite olarak ortada olması nedeniyle bu şekildeki bir sınırlı sayma yöntemini doğru bulmamaktayız. Bu görüşe ceza hukukunda hâkim olan suçların belirsizliği yasağı kapsamında suç hükmü koyan kanunun belirgin ve anlaşılır olmasının zorunluluğu gerekçesiyle karşı çıkılabilir. Ancak yasa koyucunun özellikle veri öznesine verebileceği zarar türlerini esas olarak bu nitelikte kabul edilecek verileri belirme yöntemini benimsemesinin bu anlamda sorun teşkil etmeyeceğini ve suçların belirsizliği yasağı kapsamına girmeyeceğini düşünmekteyiz. Bu kapsamda örneğin kişilerin toplum içinde ayrımcılığa tutulmasına neden olabilecek nitelikteki verilerin bir kısmı örnek olarak sayıldıktan sonra “gibi” ifadesinin konulması karşılaşılabilecek özel durumlara ilişkin olarak uygulamaya toplumun yapısına ve yaşayışına daha uygun bir çözüm geliştirmesi anlamında önemli bir kolaylık saylayacaktır. Bu nedenle KVKK’nın bu şekildeki sınırlı sayma yöntemini uygulamada önemli bazı boşluklar doğurabilecek bir nitelikte görmekteyiz.

Sınırlı saymanın bu mahsurları esasında aynı yasa koyucunun çıkardığı bu iki kanunda dahi ortaya çıkmaktadır. Zira her iki kanununda sayılan özel nitelikli kişisel veriler arasında farklılıklar bulunmaktadır. KVKK, özel nitelikli kişisel verilere ilişkin olarak TCK’de belirtilen kişisel verilere, kişilerin ırkı ve etnik kökeni, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek veya vakıf üyeliği, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri eklemiştir. Yani KVKK’nın sayması TCK’nin sayımından daha geniş bir içeriğe sahiptir. Bunun tek istisnası vardır. TCK’nin aksine, kişilerin ahlaki eğilimleri KVKK’de özel nitelikli veri olarak düzenlenmemiştir. Bunun nedeni kişinin ahlaki eğiliminden kastın, TCK’nin “Genel Ahlaka Karşı Suçlar” bölümünde yer alan suçlar da göz önüne alınarak kişinin toplumun genelinde hoş görülme ve özellikle cinsellikle bağlantılı davranışlara ilişkin eğilimlerinin olduğunun söylenebilecek²⁰⁵ olması nedeniyle, zaten cinsel hayatın ayrıca bu kısmı da kapsayacak şekilde madde metninde sayılmış olmasıdır.

Kanun metninde yer alan bazı özel nitelikli kişisel veriler hakkında kesin işlem yasağı söz konusudur. Bundan dolayıdır ki söz konusu kişisel veriler, çok önemli bazı

²⁰⁵ Akdağ, *Türk Ceza*, 28.

zorunluluklar (tıbbi zorunluluk vs.) bulunmadıkça hekimler ya da diğer sağlık çalışanları tarafından dahi işlenemezler. Bu tür kişisel veriler, adeta çok önemli bir koruma zırhına büründürülmeye çalışılmaktadır.²⁰⁶ Bu sayılan özel nitelikli verilerin ABGVKT’ye²⁰⁷ ve KVKK’ye²⁰⁸ göre, istisnalar haricinde işlenmeleri yasak olup ancak açık bir rıza halinde işlenebilmeleri mümkündür. Ancak kanun bunlardan bir kısmına istisna getirmiştir. Sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilecektir. Yani kanunun getirdiği sınırlama (açık rıza) şartı yine ancak başka bir kanunla getirilecek düzenleme ile kaldırılabilir. Yine kanun aynı maddesi ile sağlık ve cinsel hayatla ilgili veriler kapsamında olmak üzere istisnasını getirmiştir.²⁰⁹ Aşağıda ilgili konu başlığı altında ayrıntılı şekilde değineceğimiz üzere, sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler, ancak “*kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi*” amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Böylelikle kanun koyucu bu verilere ilişkin olarak öncelikle işlenebilme amacı ve işleyebilecek kişiler açısından sınırlandırmalar getirmiştir.

Bu aşamada özel nitelikli veri kategorisine giren verilerin neler olduğuna biraz daha yakından bakmayı uygun görmekteyiz. Ancak bu kategorileri KVKK’nin esas aldığı sınırlama içerisinde incelemeyi uygun bulmaktayız. Ayrıca tamda bu noktada, bu sayılacak türdeki verilere ilaveten doğrudan olmasa dolaylı olarak olsa dahi özel

²⁰⁶ Hayrunnisa Özdemir, *Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*, III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010 – Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2011, 200.

²⁰⁷ Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün 2-a maddesi şöyledir: “*Birlik veya üye devlet hukuku çerçevesinde 1. paragrafta belirtilen yasağın veri sahibi tarafından kaldırılamayacağına ilişkin bir hüküm sağlanması haricinde, veri sahibinin belirtilen bir veya daha fazla sayıda amaca yönelik olarak söz konusu kişisel verilerin işlenmesine açık bir şekilde rıza göstermesi; ... halinde birinci paragraf uygulanmaz.*”

²⁰⁸ Kanun’un konuyla ilgili 6/2 maddesi şöyledir: “*Özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır.*”

²⁰⁹ Kanun’un 6 maddesinin ilgili fıkraları, “(3) Birinci fıkrada sayılan sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. (4) Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde, ayrıca Kurul tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınması şarttır.”

nitelikli verilere götüren, bu verilerle bağlantı kurulmasını sağlayan verilerin de özel nitelikli veri olarak kabul edilmesi gerektiğini²¹⁰ belirtmek gerekmektedir.

1.1.2.1. Irki ve Etnik Köken

İrk, toplum tarafından genellikle farklı görülen birbirine benzer fiziksel ve sosyal niteliklere göre insanların gruplandırılmasıdır.²¹¹ İrk ve soy aslında aynı anlamlarda kullanılmakta, “*kalıtımsal özyapıları bir olan insanların oluşturduğu doğal topluluk, bir canlı türünde aynı özyapıyı taşıyan canlıların oluşturduğu alt bölüm*”²¹² olarak görülmektedir. Yani ırk, “*kalıtımsal olarak ortak fiziksel ve fizyolojik özelliklere sahip insanlar topluluğu*”dur.²¹³ Bu kapsamda kişisel veriler açısından “*ırk*” kavramının kişilerin kalıtımsal olarak ortak fiziksel ve fizyolojik özellikler taşıyan insan topluluklarından hangisine dâhil olduğu bilgisini içerdiği anlaşılmaktadır.²¹⁴

Etnik kelimesi ise Fransızca “*ethnique*” kelimesinden gelmekte, kavimle ilgili, budunsal, kavmi²¹⁵, halkla ilgili, halksal, ırka ilişkin²¹⁶ anlamlarında kullanılmaktadır. Etniklik/ etnisite, “*belli bir grup mensuplarının birbirlerini, gerçek veya farazi bir ortak geçmişe dayanarak ötekileştirdikleri insan topluluğu*” olarak gösterilmekte, etnik gruplar ise “*her türlü kültür farklılıkları ile diğerlerinden ayrılan sosyal gruplar*”²¹⁷ olarak tanımlanmaktadırlar. Konumuz açısından etnik köken verisi ise kişinin hangi kavime ya da insan topluluğuna mensup olduğuyla ilgili bilgidir. Örneğin kişinin Türk ya da Alman ırkına mensup olması bu anlamda özel nitelikli kişisel veridir. Bu nitelikteki verilerin özel nitelikli veri kategorisine alınması kesinlikle çok isabetli bir tercih olmuştur. Çünkü tarih, ırka dayalı katliamların, soykırımların örnekleriyle doludur. Çokta uzak olmayan dönemlerde Avrupa’nın merkezinde bu şekilde ırka dayalı katliamların çok çirkin ve ağır örnekleri görülmüştür.

²¹⁰ Aynı yönde Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 16.

²¹¹ John Barnshaw, Race, Richard T. Schaefer, (Ed.). *Encyclopedia of Race, Ethnicity, and Society*, Volume 1. Sage Publications, 2008, 1091.

²¹² İrk ne demek?, <https://www.google.com/search?q=%C4%B1rk+ne+demek&oq=%C4%B1rk&aqs=chrome.469i57j0l5.6616j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8> (25/05/2019).

²¹³ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <http://sozluk.gov.tr/>, (25/05/2019); Hatipoğlu ve Parlar, 2. Cilt, 2089.

²¹⁴ Akdağ, *Türk Ceza*, 28.

²¹⁵ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <http://sozluk.gov.tr/>, (25/05/2019).

²¹⁶ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 244.

²¹⁷ Marcus Banks, *Ethnicity: Anthropological Constructions*, Routledge 1996, London And New York, 151.

1.1.2.2. Siyasi Düşünce

Siyasi kelimesi, siyasal²¹⁸, politik²¹⁹ yani siyasetle ilgili anlamında kullanılmaktadır. Siyaset ise Arapça kökenli bir kelime olup “*politika, ülke yönetimi, ceza, idam cezası, diplomatlık, at idare etme, seyislik*”²²⁰ gibi çok değişik anlamlara gelmektedir. Konumuz açısından, “*devlet işlerini düzenleme ve yürütme sanatıyla ilgili özel görüş veya anlayış*”²²¹ anlamında kullanılmaktadır. Bu anlamda kişilerin, devletin etkinliklerinin amaç, yöntem ve içerik açısından hangi esaslara göre düzenlenmesi ve gerçekleştirilmesi gerektiğine ilişkin düşüncelerini ifade etmektedir.²²² Öyleyse bir kimsenin son belediye seçimlerinde hangi siyasi görüşe mensup partiyi desteklediği bilgisi özel nitelikli bir kişisel veridir ve mutlaka özel nitelikli bir koruma rejimine tabi tutulmalıdır. En demokratik ülkelerde dahi bu bilgi veri öznesi olan kişinin farklı birtakım uygulamalara tabi tutulabildiği hemen herkesin malumudur. Örneğin yerel toplumumuzda dahi “*Filanca seçimde filan partiyi destekledi, o nedenle bu kişiyi filan kuruluştaki işe almışlar.*” gibi ifadeler sıklıkla duyulabilmektedir. Bu olumlu gibi görülen ayrımcılığın altında aslında başkalarına yapılan olumsuz bir ayrımcılığın bulunduğunu her türlü izahtan varestedir. Bu nedenle siyasi düşünceye ilişkin bilgilerin özel nitelikli kişisel veri olarak kabul edilmesi de isabetli bir tercih olmuştur.

1.1.2.3. Felsefi İnanç

Felsefe, “*varlığın ve bilginin bilimsel olarak araştırılması*”²²³, “*var olanların varlığı, kaynağı, anlamı ve nedeni üzerine düşünme, bilginin bilimsel olarak araştırılması, kişisel yaşantının ve yaşamın derinliklerinden çıkan değerler ve bu değerler düzenine varma, dünyayı anlayış, algılayış vb. biçimi, dünya görüşü*”²²⁴ olmak üzere çok değişik şekillerde tanımlanmıştır. Felsefe sözcüğü köken olarak Yunanca “*seviyorum, peşinden koşuyorum, arıyorum*” anlamına gelen “*philia*” ve bilgi, bilgeliğe anlamına gelen “*sophia*” sözcüklerinden türemiştir. Terimin işaret ettiği

²¹⁸ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <http://sozluk.gov.tr/>, (25/05/2019).

²¹⁹ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 732.

²²⁰ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 732.

²²¹ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <http://sozluk.gov.tr/>, (25/05/2019); Hatipoğlu ve Parlar, 2.Cilt, 2089.

²²² Akdağ, *Türk Ceza*, 27.

²²³ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <http://sozluk.gov.tr/>, (25/05/2019).

²²⁴ Felsefe Nedir? https://www.google.com/search?ei=xD3pXNLTHeqFk74P0LK0yAk&q=felsefe+nedir&oq=felsefe&gs_l=psy-ab.1.0.0l10.441897.446446.448573...0.0.0.230.2335.0j15j1...0.0....1..gws-wiz.....0.0i71j0i7i30j0i13j0i13i5i30j0i131j0i67.VHTPqJZPSug, (25/05/2019)

esasinda “entelektüel faaliyet ve disiplin”dir. Bu kapsamda bütünsel olarak bakıldığında varlık, bilgi, gerçek, adalet, güzellik, doğruluk, akıl ve dil gibi konularla ilgili öznel sorunlara ilişkin yapılan çalışmaları kapsamına alır.²²⁵ Bu nedenle felsefe (philosophia), “bilgelik arayışı, bilgiyi sevmek, bilgi severlik, araştırmak ve peşinde koşmak” anlamlarında kullanılmıştır. Daha açık bir deyiyle eski Yunanlılar için “sevgiyle peşinden koşulan bilgi ve hikmet arayışı” anlamında gelmektedir. Esasında düşünerek gerçekleştirilen bir sanattır veya düşünmenin sanatıdır denilebilir. Bunlardan hareketle felsefi görüş ise “kişinin inceleme amacı taşıyan düşünce etkinliği sonucu ulaştığı tüm görüşler” şeklinde tanımlanabilir.²²⁶

Felsefenin birçok akımı ve alt grupları vardır. Bu anlamda Agnostisizm (Bilinemezcilik), Anarşizm (Baştanımazcılık), Aristotelizm (Aristoculuk), Ateizm, Atomizm (Yenimaddecilik), Deizm (Yaratancılık), Düalizm (İkicilik), Egoizm (Bencillik), Egzistansiyalizm (Varoluşçuluk), Hedonizm (Hazcılık), Hümanizm, Realizm (Gerçekçilik), Relativizm (Görecelilik), Sensüalizm (Duyumculuk), Septisizm, Metafizik (Fizikötesi), Mistisizm (Gizemcilik), Monizm (Bircilik), Sofizm (Kuşkuculuk), Spiritüalizm (Tinselcilik- Ruhçuluk), Stoacılık (Kadercilik, Fatalizm), Teizm (Tanrıçılık), Pragmatizm (Faydacılık), Rasyonalizm (Akılcılık) gibi ve daha birçok felsefi düşünce akımları bulunmaktadır.

Her insan düşünen bir varlık olduğu için bu akımlardan bir ya da birkaç tanesine inanıyor olabilir. Konumuz açısından bakıldığında kişinin bu felsefi düşünce akımlarından hangisini doğru bulup da benimsediğine dair bilgi, özel nitelikli bir kişisel veri niteliğindedir ve özel korumaya tabidir. Örneğin, kişi eyleme dökülüp suç niteliğine dönüşen bir icraat kapsamına girmediği sürece anarşizme inanıyor olabilir. Buna bağlı olarak toplumsal yaşamı düzenleyen tüm kurum ve kuralları reddeden anarşizm, doğal olarak ahlak kurallarının egemenliğini de reddediyor ve bireysel iradenin her şeyin üstünde olduğunu savunuyor olabilir. İşte bu bilgi korunması özel olarak gerekli olan bir kişisel veri niteliğindedir.

Mevzuatımız açısından dini inanç ve felsefi inanç birbirine çok yakın iki kavram olarak kullanılmaktadır. Felsefi görüş kelimesinin yapılan sayımda yer almaması yani

²²⁵ Jenny Teichmann and Katherine C. Evans, *Philosophy: A Beginner's Guide* (Blackwell Publishing, 1999), 1.

²²⁶ Akdağ, *Türk Ceza*, 27.

genel tanımın bir parçası olarak kabul edilmemesi amaca daha uygun olacaktır. TCK'nin bu tip kavramlardan bahseden maddelerinde “*felsefî inanç*” tabirinin kullanıldığını görürüz. Bu açıklamalardan çıkarılması gereken sonuç bahsedilen “*felsefî görüş*” kavramının inanç niteliği taşıyan felsefî görüşleri kapsadığı olmalıdır. Zaten ayrımcılığa yol açabileceği için insanların başkalarının bilinmesinden rahatsızlık duyacağı, yani hassas veri kabul edilmesi gereken felsefî görüşler, genellikle ateizm, deizm gibi dinle bağlantılı ve inanç ya da inançsızlık niteliği taşıyan görüşlerdir.²²⁷

1.1.2.4. Dini ve Diğer İnançlar

Dîn kelimesi, “*dinle ilgili, din üzerine, dinse*”²²⁸ anlamlarında kullanılmaktadır. Din ise, “*Tanrı'ya, doğa üstü güçlere veya çeşitli kutsal varlıklara inanmayı ve tapınmayı sistemleştiren toplumsal bir kurum, diyanet, inanılıp çok bağlanılan düşünce, inanç veya ülkü, kült*”²²⁹, “*görünen, görünmeyen doğa üstü güç, nesne ya da varlığa inanma nedeniyle doğmuş olan ve bireylerin gerek birbirleriyle, gerek çevreleriyle ilişkilerini birtakım kutsal uygulama ve davranışlarla düzenleyen, sağlayan evrensel olgu*”²³⁰, “*Tanrı'ya, doğa üstü güçlere, çeşitli kutsal varlıklara inanma ve tapınma sistemi*”²³¹, “*insanların tanrıya inanış ve bağlanış biçimlerini gösteren yollardan her biri*”²³² olarak çok değişik fakat birbirine yakın anlamlara gelecek şekillerde tanımlanmıştır.

Dine ilişkin kişisel veriler, “*Tanrı'ya, doğa görüşlerine, çeşitli kutsal varlıklara inanma ve tapınma şekline göre kişiler arasında ayırım yapılmasını sağlayan*” verilerdir.²³³

İnanç, “*bir düşünceye gönülden bağlı bulunma, inanılan şey, görüş, öğreti, Tanrı'ya, bir dine inanma, akide, iman, itikat*”²³⁴, “*bir düşünceye çok sağlam bir biçimde, içten, gönülden bağlı bulunma, güvenle doğru sayma*”²³⁵ anlamlarına geldiği

²²⁷ Akdağ, *Türk Ceza*, 27.

²²⁸ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 203; Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <http://sozluk.gov.tr/>, (25/05/2019).

²²⁹ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <http://sozluk.gov.tr/> (25/05/2019).

²³⁰ Türk Dil Kurumu, *Halkbilim Terimleri Sözlüğü*, <http://sozluk.gov.tr/> , (25/05/2019).

²³¹ Akdağ, *Türk Ceza*, 27.

²³² Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 203.

²³³ Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2089.

²³⁴ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <http://sozluk.gov.tr/> , (25/05/2019).

²³⁵ Google Türkçe Sözlük, *İnanç Nedir?*, <https://www.google.com/search?q=inan%C3%A7+nedir&oq=inan%C3%A7+&aqs=chrome.2.69i5.7j.0l5.4.238j0j8&sourceid=chrome&ie=>

gibi gerçekte kesin olan bir şeyin kanıtlanması için deneysel kanıtlar olsun veya olmasın, bir kişinin zihninde oluşan o şekline varlık ya da yokluğuna dair sahip olunan tutum ya da kanaat olarak da algılanmaktadır.²³⁶ Yani gerçek olma olasılığına karşı pozitif yönde kabul gösteren bir tutumun zihinsel anlamdaki görünüşüdür. Bu nedenle doğru ya da yanlış fikir ve kavramlarla ilişkili kişilerin kişisel kabul tarzlarını ifade etmek için kavram kullanılmıştır.

Sonuç olarak, bir kişi herhangi bir konuda herhangi bir inanca sahip olabilir. Bu inanç bilime veya toplumun her kesimince kabul gören genel ve ortak akla aykırı olabileceği gibi toplumun önemli bir kesimince tuhaf dahi karşılanabilir. Örneği son zamanlarda sıklıkla tartışılmaya başlanan Dünya'nın düz olduğu yönündeki tartışmada olduğu gibi. Yüzyıllar önce Dünya'nın yuvarlak olduğu ispat edilmiş ve tüm toplumlarda bu konu genel kabul görmüştür. Ancak bazı insanlar halen daha sosyal paylaşım ve iletişim araçlarında tersini iddia edebilmektedir. Kişinin sahip olduğu bu inanış ne kadar olağana ya da gerçeğe aykırı olursa olsun, nitelik itibarıyla özel nitelikli bir kişisel veridir ve korunmasının da ona göre olması gerekmektedir. Bu anlamda, saçma bir görüşe sahip bir kişi dahi bu fikirleri nedeniyle kınanmaması gerektiği gibi bu bilginin muhafazası da ona göre yapılmalı ve rızası haricinde hiçbir şekilde işlenememelidir.

Dini inançlar yönüyle bakıldığında bu nitelikteki verilerin özel nitelikli veri olarak kabulü isabetlidir. Çünkü dünyanın şu an dahi içinde bulunduğu duruma bakıldığında çatışmaların bir kısmının doğrudan veya dolaylı bir şekilde dini inanç temeline (veya inanç farklılığına) dayandığı görülmektedir. İnsanlar halen daha dini inançları nedeniyle bir takım kötü muamelelere (ya ayrımcılığa) maruz kalabilmektedir.

1.1.2.5. Kılık- Kıyafet

Kılık, “bir kimsenin giyinişi, dış görünüşü, üst başı” anlamlarına gelecek şekilde, kıyafet ise bizzatı “giysi”²³⁷ anlamında kullanılmaktadır. Kılık- kıyafet birlikte olarak ise yine “üst, baş ve dış görünüş, kışve”²³⁸ anlamlarına gelecek şekilde kullanılmaktadır.

UTF-8, (25/05/2019).

²³⁶ Eric Schwitzgebel, “Belief”, Zalta, Edward (Ed.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, <https://plato.stanford.edu/entries/belief/> (12/11/2019).

²³⁷ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <http://sozluk.gov.tr/> (25/05/2019).

²³⁸ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <http://sozluk.gov.tr/> (25/05/2019).

Kılık- kıyafet tabiri birlikte olarak esasında kişinin “*giyiniş biçimini ve dış görünüşünü, giyim kuşamını*”²³⁹ ifade etmek gayesiyle kullanılmaktadır.

Bir kişinin nasıl giyindiği, savunduğu fikirler ve taşıdığı düşünce yapısı ile ilgili olabileceği gibi ekonomik gücü, sahip olduğu sosyal statü gibi birçok hususla irtibatlı olabilir. Bu açıdan bakıldığında bir kişi, sahip olduğu inanış gereği her gün hep aynı kıyafeti giymeyi tercih ediyor, yine bir kıyafetini çok eskiyinceye kadar giymeyi, hatta tamir edip tekrar tekrar giymeyi tercih ediyor olabilir. Bu durum ise başlı başına kişinin bir ayrımcılığa maruz bırakılmasına neden olabilir. Örneğin, bir kişinin başına taktığı eşarp ya da başörtüsünün bağlanma şekli, rengi gibi hususlar kişinin sahip olduğu dini inanca işaret edebilir ve bu nedenle az önce belirttiğimiz şekliyle kişiye yönelik birtakım olumsuz davranışlara neden olabilir.²⁴⁰ Bu anlamda aslında kılık kıyafet özel nitelikli kişisel veri olarak ayrıca sayılmasaydı dahi dini inancı gereği kişinin giydiği kıyafete ilişkin olarak ve dini inançlar kavramı kapsamında olmak üzere zaten koruma altında olacaktı. Fakat insanlar kıyafetlerini sadece dini inançlarına göre seçmezler. Tamamen rahatlık, eğlence gibi amaçlarla da kişiler kıyafetlerini tercih edebilirler.

Tam da bu noktada ikili bir ayrıma gidilmesi gerektiği savunulabilir. Zira kişinin giyim tarzı dini inançlarını yansıtabileceği gibi tamamen bunun dışında gündelik tercihlerini de yansıtabilir. Güzel görünme, rahatlık vb. amaçlarla tercih edilen kıyafetlerin bu anlamda özel nitelikli veri olarak kabul edilmemesi gerektiği öne sürülebilir. Hatta bu görüşü desteklemeye yönelik olarak gündelik tercihler doğrultusunda giyilen kıyafetlere ilişkin bilginin özel nitelikli bir veri niteliği taşıması gerektiği öne sürülebilir. Ancak biz burada veri öznesi kişinin hangi amaç veya saikle hareket ettiği düşüncesinin bu anlamda ölçüt olmaya yetmeyeceğini düşünüyoruz. Bir toplumda bir kişinin ne tip bir davranışa maruz bırakılacağını kişinin özel kastından veya niyetinden çok içinde yaşanılan toplumun onu nasıl algıladığı husus yatar. Zira toplumsal yanlış ya da hatalı algılar da bu anlamda önem taşır ve kişinin yerine göre diğerlerinden farklı uygulamalara maruz bırakılmasına neden olabilir. Bu kapsamda

²³⁹ Google Türkçe Sözlük, *Kılık Kıyafet*, [https://www.google.com/search?ei=F_0PpXPH1HluQmwWGkK_W4D_Q&q=k%C4%B1%C4%B1+k%C4%B1+yafet+nedir&oq=k%C4%B1%C4%B1+k%C4%B1+yafet+nedir&gs_l=psy-ab..3..0j0i22i30l3.16105_90.1_6152_60..1615654...0.0..0.172.26_39..0j19.....0....1..gws-wiz.....0i71j0i67j0i13_1j0i22_i1_0i30_fw_P2An2z_Yx0,\(25/05/2019\).](https://www.google.com/search?ei=F_0PpXPH1HluQmwWGkK_W4D_Q&q=k%C4%B1%C4%B1+k%C4%B1+yafet+nedir&oq=k%C4%B1%C4%B1+k%C4%B1+yafet+nedir&gs_l=psy-ab..3..0j0i22i30l3.16105_90.1_6152_60..1615654...0.0..0.172.26_39..0j19.....0....1..gws-wiz.....0i71j0i67j0i13_1j0i22_i1_0i30_fw_P2An2z_Yx0,(25/05/2019).)

²⁴⁰ Örnek olarak bkz. Akit, *Başörtülülere hakaret eden ahlaksız gözaltına alındı*, <https://www.yeniakit.com.tr/haber/basortululere-hakaret-eden-ahlaksiz-gozaltina-alindi-681644.html> (17/12/2019).

havanın sıcaklığı veya mevsim nedenleriyle giyilen bir giysi tipine ilişkin bilgi de bu nedenle özel nitelikli veri olarak kabul edilmelidir.

1.1.2.6. Cinsel Yaşam

Kanaatimizce cinsel yaşam insan yaşamının cinsellikle ilgili kısmını ifade eder. Bu nedenle kişinin “*cinsel eğilimlerini, bu anlamdaki tercihlerini ve cinsellik anlamındaki tüm yaşamını*” kapsayan bir kavramdır. Cinsel yönelim tabiri de aynı amaçla kullanılmaktadır. Bakıldığında cinsel yönelim, kişinin hangi cinse karşı cinsel ilgi ve yakınlık duyduğunu²⁴¹, daha doğru bir deyişle hangi cinse karşı cinsel arzular taşıdığını ifade eder. Yani cinsel yönelim kişideki cinsel istek, duygu ve davranışların hangi cinsiyete yönelik olduğudur.²⁴² Bu yönüyle bir kişi, hemcinsine, karşı cinse veya her ikisine birden ilgi duyabileceği gibi hiçbirine de ilgi duymayabilir.²⁴³ Bu ilginin yöneldiği tarafa göre kişinin cinsel eğilimi farklı şekillerde isimlendirilir. Heteroseksüellik, biseksüellik, eş cinsellik vb. gibi.

Cinsel tercih cinsel yönelimin en önemli ve esaslı kısmını oluşturur. Bu da cinsel yaşamın bir parçasıdır. Buna ilişkin bilgilerin tamamı özel nitelikli verilerdir. Özellikle toplumun geneli tarafından kabul edilenin dışındaki eşcinsellik, biseksüellik, sadizm, mazoşizm gibi eğilimlere sahip bireyler açısından, bu tür bilgiler gerçekten de hemen her ortamda ayrımcılığa maruz kalınma riski yaratan çok özel bir nitelik taşımaktadır.²⁴⁴ Yine cinsel yolla bulaşan hastalıklar konusunda kişilerin daha yüksek mahremiyet düzeyi ve gizlilik standartları beklemesi²⁴⁵ bu nedenle haklılık taşımaktadır.

1.1.2.7. Sağlık Durumu

Bireyin kişisel verilerinden bir kısmını oluşturan sağlık durumuna ilişkin bilgiler, teknik söyleyişle “*kişisel sağlık verileri*”, özel nitelikli veriler içerisinde sayılmaktadır²⁴⁶ ve konumuz açısından bakıldığında bizi en çok ilgilendiren özel

²⁴¹ İstanbul Psikiyatri Enstitüsü, *Cinsel Yönelim*, <https://www.ipe.com.tr/tr/icerik/71/cinsel-yonelim>, (09/05/2021).

²⁴² Cinsel Eğitim, Tedavi ve Araştırma Derneği, *Cinsel Yönelim*, <https://www.cetad.org.tr/73/sik-sorulan-sorular/46/cinsel-yonelim>, (09/05/2021).

²⁴³ İstanbul Psikiyatri Enstitüsü, *Cinsel Yönelim*; Cinsel Eğitim, Tedavi ve Araştırma Derneği, *Cinsel Yönelim*.

²⁴⁴ Akdağ, *Türk Ceza*, 29; Encyclopedia Of Privacy, 378.

²⁴⁵ Encyclopedia Of Privacy, 378.

²⁴⁶ Yüksel, *Kişisel Sağlık*, 1.

nitelikli veri türüdür. Bu veri türünün kapsamına nelerin girdiğini anlamak için öncelikle sağlığın neyi ifade ettiğini ortaya koymak gereklidir.

Geleneksel olarak sağlık kavramı, sağlık profesyonellerince uzun süre “*hastalık, rahatsızlık, eksiklik ya da ölümün bulunmaması hali*” olarak ve negatif açıdan tanımlanmıştır.²⁴⁷ Aynı bakış açısının bir gereği olarak sağlıklılık yani sağlıklı olma durumu da “*normal durumda bulunması istenilemeyen durumların bulunmaması hali*”²⁴⁸, yani hastalıkların olmayışı şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre geleneksel olarak sağlık, hasta olmayan insanın durumudur.²⁴⁹ Ancak bu tanım, zamanla yeterliliğini yitirmiştir. Çünkü hastalık kavramı, zamana, topluma ve kişiye göre değişiklik göstermektedir.²⁵⁰

Günümüzde sağlık, “*bireyin fiziksel, sosyal ve ruhsal yönden tam bir iyilik durumunda olması, vücut esenliği, esenlik, sıhhat, afiyet*”²⁵¹ olarak değişik şekillerde tanımlanmaktadır. Aynı zamanda sağlık, “*bir canlının kendi hücresel çekirdeğinde şifreli bütünlüğünü ve kararlılığını korumak yolunda oluşmuş maddesel örgütlenişin bir bozukluk olmaksızın çalışması ve aynı canlının daha üst düzeyde bir örgütlenişini başarabilmesi süreci*” olarak²⁵² tanımlanmıştır. Bu tanımda sağlık sadece biyolojik yönüyle ele alınmakta, psikolojik ya da toplumsal olarak diğer boyutları gözardı edilmektedir.²⁵³ Konuya ilişkin olarak yapılan bir başka geniş tanım ise şöyledir: “*Sağlık, soyut ve somut pek çok ürünün yaratıcısı olan insanın toplumun üyeleriyle kolektif içinde ve her bir üyenin gereksinimini, sonuçta eşitliği sağlayacak biçimde örgütlenerek üretebilmesi, biyolojik ve zihinsel bütünlüğünün korunması ve toplumsal örgütlülük ve üretim süreciyle birlikte geliştirilmesidir*”.²⁵⁴

²⁴⁷ Hafize Öztürk Türkmen, *Hekim-Hasta İlişkisinde Haklar ve Sorumluluklar*, Toraks Cerrahisi Bülteni, Mart 2014, Cilt: 5, Sayı:1, 2.

²⁴⁸ Türkmen, *Hekim- Hasta*, 2.

²⁴⁹ Ayşe Tekin, *Sağlık- Hastalık Olgusu ve Toplumsal Kökenleri*, Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyoloji Anabilim Dalı, 2007 Isparta, 22.

²⁵⁰ Öznur Vuran Doğan, *Bir İnsan*, 352.

²⁵¹ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <http://sozluk.gov.tr/> (25/05/2019).

²⁵² Tekin, *Sağlık Hastalık*, 22.

²⁵³ Tekin, *Sağlık Hastalık*, 22.

²⁵⁴ Türkmen, *Hekim- Hasta*, 2.

Günümüzde en çok kabul görmüş sağlık tanımı ise Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) tarafından 1948 yılında yapılmıştır.²⁵⁵ Buna göre sağlık, “*sadece hastalık veya sakatlığın olmaması değil, fiziksel, ruhsal ve sosyal yönden tam bir iyilik hali*”dir.²⁵⁶

Sağlık kavramı iç hukukumuzda da tanımlanmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda sağlık, Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkındaki 224 sayılı Kanun’un 2/1 maddesinde DSÖ’nün yaptığı tanıma benzer şekilde tanımlanmıştır. Bu tanımda, en çok dikkat çeken husus bedensel ve ruhsal iyiliğin yanında, sosyal yönden tam bir iyilik haline vurgu yapılmış²⁵⁷ olmasıdır. Ancak bu tanımdaki “*sosyal yönden tam bir iyilik*” halinin çok geniş kapsam alanı bulunması nedeniyle eleştirilmesi mümkündür. Bu yönüyle soyut, toplumlar arasında değişkenlik arz eden realitelerden uzak bir değeri ifade ettiği söylenebilecektir.²⁵⁸ Konuya tam tersinden bakan bazı yazarlara göre ise bu tanımın eksik yanları vardır. Bu ise siyasal yönden tam bir iyilik halinin kapsama alınmamış olmasıdır.²⁵⁹

Görüldüğü üzere sağlık kavramının neleri kapsamına alması gerektiğine ilişkin bir uzlaşma halen sağlanamamıştır.²⁶⁰ Ancak ulaşılmak istenilen ideal değer olarak sağlık hakkının temel çekirdeğini, “*sağlık*” oluşturur. Bu nedenle sağlığın ne olduğu tam olarak anlaşılmadan sağlık hakkının neyi kapsamına alabileceği de belirlenemez. Bu kapsamda sağlık kavramının belirginleştirilmesi zorunluluk taşımaktadır.

Geçmiş ve geleneksel anlayış sağlık kavramını yalnızca hastalık ve sakatlığın olmayışı şeklinde algılanmış ve tanımlanmış²⁶¹ olsa da zamanla bu kavrama bakışta önemli değişiklikler olmuştur. Günümüzde en çok kabul gören, evrensel sağlık tanımı, “*sadece hastalık ve sakatlığın olmayışı değil, bedence, ruhça ve sosyal yönden tam iyilik hali*”²⁶² olarak kabul olunmaya devam etmektedir. Bu tanımda kanaatimizce de en çok dikkat çeken nokta, sağlık kavramının sadece bedenen tam bir iyilik halini ifade

²⁵⁵ Öznur Vuran Doğan, *Bir İnsan*, 352; Kâmil Alptekin, *Sağlık Hakkı ve İnsan Hakları Üzerine Bir Değerlendirme*, Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, Yıl: 2004, Cilt: 12, Sayı: 2, 134.

²⁵⁶ Recep Akdur, *Türkiye’de Sağlık Hizmetleri ve Avrupa Topluluğu Ülkeleri ile Kıyaslanması*, Ankara 1999, 5; Dilaver Tengilimoğlu, Mahmut Akbolat ve Oğuz Işık, *Sağlık Hizmetlerinin Özellikleri, Sınıflandırılması ve Fonksiyonları*, Sakarya Üniversitesi, İşleme Fakültesi Sağlık Yönetimi Dersi Sunumu, 2; Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 701; Öznur Vuran Doğan, *Bir İnsan*, 352; Alptekin, *Sağlık Hakkı*, 134.

²⁵⁷ Öznur Vuran Doğan, *Bir İnsan*, 353.

²⁵⁸ Aynı yönde bkz. Türkmen, *Hekim- Hasta*, 2.

²⁵⁹ Türkmen, *Hekim- Hasta*, 2.

²⁶⁰ Türkmen, *Hekim- Hasta*, 2.

²⁶¹ Alptekin, *Sağlık Hakkı*, 133.

²⁶² Alptekin, *Sağlık Hakkı*, 134.

etmeyip aynı zamanda ruhen ve sosyal yönden de tam bir iyilik halini de kapsamına alıyor olmasıdır. Bu anlamda kişinin sosyal yönden tam bir iyilik haline sahip olması halinde ancak tam bir iyilik halinden yani sağlıktan bahsedilebilecektir. Çalışmamızın başında verdiğimiz örnekte veri öznesi olan kişinin düşürüldüğü sosyal duruma kısaca değinmiştik. Bu kişinin içine düşürüldüğü sosyal eziklik, toplum içine çıkamama gibi durumlar nedeniyle sosyal hayatı bitirilmiş durumdadır. Bu nedenle bu kişinin teknik anlamda sağlıklı bir kişi olduğundan bahsedilemez. Kişinin sosyal statüsünü, toplum içindeki saygınlığını ve sosyal yönden gerekli olan tüm ilişkilerini bir anda bitirmek, bu kişiyi sağlığı bozulmuş bir kişi durumuna getirecektir. Bu durumda, sağlık hakkının temel çekirdeğini (adeta atomunu) sağlık oluşturduğundan doğrudan kişinin sağlık hakkının ve dolayısıyla en temel insan hakkının ihlali sonucunu doğuracaktır. Demek ki sağlık ve insan hakları arasında o kadar güçlü bir bağ vardır ki bu ihlaller sağlık üzerinde çok ağır olumsuz sonuçlar ortaya çıkarmaktadır.²⁶³

Günümüzde sağlık, yani insanın sahip olmak istediği “iyilik hali” ancak tıbbi yardımla sağlanabilmektedir. Bu anlamda hayatının bir döneminde hastalanmamak ya da bir kaza vb. nedenle sağlık kurumlarına müracaat etmemek artık neredeyse imkânsızdır. İşte tam da bu noktada bazı düşünürlerce, “*insanın tıbbi yardım alması bir hak mıdır ve tıbbi uygulamalar karşısında insanın konumu nedir?*” sorusu sorulmaktadır.

Dar anlamda tıbbi bakımın daha geniş anlamda ise sağlık hakkının bir insan hakkı olarak ileri sürülmesinin temel politik amacı, tıbbi bakımın bizim deyişimizle sağlık hakkının bir hukuki hak biçiminde tespit edilmiş olmasıdır.²⁶⁴ Kanaatimizce insan, tıbbi uygulamalar karşısında sağlık hakkına sahip olması nedeniyle alıcı, özne konumunda olan bir varlıktır. İşte insan olması nedeniyle sağlık hakkında sahip olduğu için sağlık hakkı temel bir insan hakkıdır.

Teknik olarak bakıldığında sağlık kavramı negatif ve pozitif olarak iki unsuru bünyesinde barındırmaktadır. Negatif yönüyle hastalıkların, sakatlıkların olmamasının ifade ederken, pozitif yönüyle bireyin işlevsel olmasını ifade eder. Bu da toplumsal

²⁶³ Mehmet Ali Zengin, *Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması*, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, Konya 2011, 76.

²⁶⁴ Hürol Çankaya, *Biyoteknoloji ve İnsan Hakları*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2009, 367.

yaşamda sahip olduğu sorumlulukları ideal anlamda yerine getirebilmesidir.²⁶⁵ Buna göre göre kişi sosyal işlevlerini görebildiği sürece sağlıklıdır. Yani pozitif yönüyle sağlık, bireylerin toplumsal hayata etkin bir şekilde katılabilme yeteneklerini, stresli durumlara karşı koyabilmelerini ve topluma zihinsel ve fiziksel olarak uyum sağlayabilmelerini, toplumla iyi ilişkiler kurabilme becerisine sahip olmalarını²⁶⁶ kapsamına alır. Fakat bunun aksine bazı kişiler hasta olmalarına rağmen toplumsa işlevlerini etkin bir şekilde yerine getiriyor olabilirler. Bu kabule göre bu durum başlı başına kişinin sağlıklı olduğunu ifadeye yetmemektedir.²⁶⁷ Yani bir kişinin sağlıklı olduğunun söylenebilmesi, her iki unsurunda bu kişi üzerinde birlikte bulunmasına bağlıdır.

Sağlığın bir diğer ayrımı sübjektif ve objektif sağlık ayrımıdır. Sübjektif sağlık, bireyin kendi durumunu fiziksel, sosyal ve ruhsal olarak algılaması halidir. Objektif sağlık ise muayene ve tanı testlerine göre belirlenen bir hastalığın olmamasıdır. Bu ayrımı yapanlara göre bireye sağlıklı denilebilmesi için bireyin objektif olarak sağlıklı olması, sübjektif olarak da kendini sağlıklı hissetmesi gerekmektedir.²⁶⁸

DSÖ'nün tanımında bahsi geçen “*tam bir iyilik hali*” insan yaşamının farklı boyutlarındaki sağlık durumu kapsamına alan²⁶⁹ daha geniş bir sağlık kavramını ifade etmektedir. Bu anlamda sağlığın önemli bazı bileşenleri vardır. Bunlar, fiziki sağlık, sosyal sağlık, akıl (zihinsel) sağlığı, duygusal sağlık, çevresel sağlık, manevi sağlık ve ruhsal sağlıktır. Bu bileşenlere kısa kısa bakacak olursak:

1) *Fiziki sağlık*, fiziki karakteristik özellikleri, vücut ölçüleri, duyu keskinliği, bağışıklık sistemi gibi unsurları içerir.²⁷⁰ Yani bireyin solunum, beslenme, boşaltım, hareket vb. ihtiyaçlarını tam olarak yerine getirebilmesi²⁷¹ fiziksel sağlığının yerinde olduğunu gösterir.

²⁶⁵ Emin Kaya, *Sağlık Hizmetleri Yönetimi Ders Notları*, www.eminkaya.net, (12/15/2018), 5; Müge Bulakbaşı, *Sağlık Tanımı Sağlık Hizmetleri Türk Sağlık Sistemi*, <https://neu.edu.tr/wp-content/uploads/2015/11/Sa%C4%9Fl%C4%B1k-Tan%C4%B1m%C4%B1-Sa%C4%9Fl%C4%B1k-Hizmetleri-T%C3%BCr k-Sa%C4%9Fl%C4%B1k-Sistemi1.pdf> (25/05/2019), 1.

²⁶⁶ Emin Kaya, *Sağlık Hizmetleri*, 5; Bulakbaşı, *Sağlık Tanımı*, 1.

²⁶⁷ Tekin, *Sağlık Hastalık*, 22.

²⁶⁸ Ayfer Tezel, *Halk Sağlığında Kullanılan Kavramlar*, Ankara Üniversitesi Açık Ders Notları, <https://acikders.ankara.edu.tr/mod/resource/view.php?id=5058> (11/12/2019), 7-8.

²⁶⁹ Emin Kaya, *Sağlık Hizmetleri*, 5.

²⁷⁰ Tezel, *Halk Sağlığında*, 15.

²⁷¹ Bulakbaşı, *Sağlık Tanımı*, 1; Emin Kaya, *Sağlık Hizmetleri*, 5.

2) *Sosyal sağlık*, kişilerarası iletişim, çevresiyle etkileşim içinde olma, sosyal durumlara ve değişikliklere adapte olma ve günlük davranışları bünyesine alır.²⁷² Bireyin sevilme, ait olma ve sosyal ilişkiler kurabilmesi vb. zelliklere sahip olması²⁷³ sosyal yönden sağlığı ifade eder.

3) *Zihinsel sağlık*, öğrenme yeteneği, entelektüel kapasite, deneyimlerinden faydalanabilme gibi mental sağlığın önemli tamamlayıcılarını bünyesine alır.²⁷⁴

4) *Ruhsal sağlık*, diğer insanlarla veya çevreyle birlikte olmayı, hislerin ve yaşamın kıymetini bilmeyi de içerir. Yani bireyin gerek kendisi gerekse çevresi ile uyum içinde olması²⁷⁵ ruhsal sağlığın bir göstergesidir.

5) *Duygusal sağlık*, duygularını ifade etmek, yersiz veya yakışksız tavırlar veya olaylara uygun tepkiler vermek, itibar görmek, güven duymak, sevmek ve diğer birçok duygusal yaklaşımı içine alır.²⁷⁶ Bu yönüyle bu sayılanlar duygusal sağlığın tamamlayıcıları olup ‘*tam bir iyilik*’ içinde olma hali olarak tanımlanan olgu, bireyin kendi hayatını nasıl yorumladığı onun psikolojik, kültürel ve toplumsal yönleri hakkında hissettikleriyle ilgilidir.²⁷⁷

6) *evresel sağlık*, varlığın olumsuz olarak tarif edilen her türlü çevresel etkene karşı korunması ve kişinin çevresel etkenler ile uyumlu olarak bir arada tutulmasıdır.

7) *Manevi sağlık (spiritual sağlık)*, dini kurallarla belirlenmiş bir yaşam tarzını veya en önemli inançları içerebilir.²⁷⁸

Bütün bunlar bir bütün olarak düşünüldüğünde, sağlık kavramı açısından bireyin fiziksel, ruhsal ve sosyal olarak bir bütün olduğu, her bireyin birbirinden farklı olarak ailesi, çevresi ve toplumsal yönleriyle bir bütün olduğu ve sağlıkla hastalığın birbirinden ayrı olarak dşnlemeyeceği kaçınılmaz bir sonuç olarak ortaya çıkmaktadır.²⁷⁹

²⁷² Tezel, *Halk Sağlığında*, 15.

²⁷³ Emin Kaya, *Sağlık Hizmetleri*, 5; Bulakbaşı, *Sağlık Tanımı*, 1.

²⁷⁴ Tezel, *Halk Sağlığında*, 15.

²⁷⁵ Bulakbaşı, *Sağlık Tanımı*, 1; Emin Kaya, *Sağlık Hizmetleri*, 5.

²⁷⁶ Tezel, *Halk Sağlığında*, 10-15.

²⁷⁷ Emin Kaya, *Sağlık Hizmetleri*, 5.

²⁷⁸ Tezel, *Halk Sağlığında*, 10-15.

²⁷⁹ Aynı yönde Tezel, *Halk Sağlığında*, 16.

Sağlık konusu incelendiğinde bu kavramın içeriğinde taşıdığı önem ve dar anlamıyla sağlığın zıddını ifade ettiği için “*hastalık*” kavramına da değinmek kanaatimizce zorunluluk taşımaktadır. Çünkü sağlık kavramında hastalık kavramı ön plana çıkarılmış, kişilerin ya da toplumların sağlığı bu kavrama bağlı olarak değerlendirilmiş ve belirli semptomları ya da sakatlığı olmayan yani hastalığı olmayan herkes sağlıklı olarak kabul edilmiştir.²⁸⁰ Öyleyse hastalığın ne olduğunun ortaya konulması çalışmamız kapsamında önem taşımaktadır.

Hastalık, “*organizmada birtakım değişikliklerin ortaya çıkmasıyla sağlığın bozulması durumu, rahatsızlık, çor, dert, sayrılık, illet, maraz, maraza, esenlik karşıtı durum, ruh sağlığının bozulması durumu*”²⁸¹ olarak değişik şekillerde tanımlanmıştır. Tıpta ise hastalık, “*genel olarak vücudun veya herhangi bir parçasının yapısında veya işlevinde herhangi bir bozukluğu*”²⁸², organizmada çeşitli nedenlerle ortaya çıkan değişikliklere bağlı gelişen işlev bozukluğunu dile getirmek için kullanılmaktadır.²⁸³ Daha geniş ve teknik bir tanımlamaya göre ise hastalık, “*vücuttaki sistem, organ veya kısımlardaki normal yapı ve işlevlerin bozulması veya sapma oluşması sonucu kendine özgü belirti ve bulgularla ortaya çıkan, nedeni, patolojisi ve öngörümü bilinen veya bilinmeyen ve istenilmeyen durum*”²⁸⁴ olarak tanımlanmaktadır. Bu nedenle hastalık “*doku ve hücrelerde yapısal ve fonksiyonel olarak normal olmayan değişikliklerin yarattığı hal*”²⁸⁵ olarak kabul edilmektedir.

Yukarıda yer verilen tanımlarda “*hastalık*” kavramı, sadece biyolojik açıdan ele alınmıştır.²⁸⁶ Ancak hastalığı biyolojik anlamda organ ve doku değişimleri olmasa da sağlıklı olma halinden ayrılma olarak görenler de olmuştur. Bu görüş ise sağlık ve hastalık kavramlarına yeni bir boyut getirmiştir.²⁸⁷ Bu kapsamda “*mükemmel sağlık eksikliği*”²⁸⁸, “*huzur eksikliği, rahatsızlık, sıkıntı, yoksunluk ve huzursuzluk*”²⁸⁹ olarak tanımlanmış ve böylelikle somut olarak kavramın içine zihin sağlığı da dâhil edilmiştir.

²⁸⁰ Tengilimoğlu, Akbolat ve Işık, *Sağlık Hizmetlerinin*, 2.

²⁸¹ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <http://sozluk.gov.tr/> (25/05/2019).

²⁸² Stauch, Wheat and Tingle, *Sourcebook On Medical Law*, 29.

²⁸³ Türkmen, *Hekim- Hasta*, 2.

²⁸⁴ Benzer şekilde bkz. İlaç ve Eczacılık Terimleri Sözlüğü- 2014; Tıp Terimleri Kılavuzu – 2010, <http://sozluk.gov.tr/> (25/05/2019).

²⁸⁵ Tezel, *Halk Sağlığında*, 17.

²⁸⁶ Emin Kaya, *Sağlık Hizmetleri*, 6.

²⁸⁷ Ülman, *Etik, Biyoetik*, 2.

²⁸⁸ Stauch, Wheat and Tingle, *Sourcebook On Medical Law*, 29.

²⁸⁹ Stauch, Wheat and Tingle, *Sourcebook On Medical Law*, 29.

Fakat hastalık sadece biyolojik ve psikolojik bir süreç değil aynı zamanda sosyal ve kültürel bir olgudur. Örneğin bir toplumda hastalık sayılan bir olgu başka bir toplum için hastalık sayılmayabilir. Bu da hastalık kavramının aynı zamanda sosyal ve kültürel yönünün olduğunu gösterir.²⁹⁰ Bu yönden bakıldığında hastalık anormal bir durum olup bireyin fiziksel, ruhsal, entelektüel ve sosyal fonksiyonlarını daha önceki durumlara göre azaltan ya da tüketen bir haldir. Hastalık, bireyin çevresi ile uyumunu, etkileşimini, üretkenliğini, verimliliğini ve kendi içindeki durumlarını bozar.²⁹¹ Bu sebeptendir ki, hastalığı birey ve çevresi arasındaki dengesizlik olarak görenler de olmuştur.²⁹²

Bir şekilde sağlığı bozulmuş kişiye de “*hasta*” denilmektedir. Türkçe sözlükte de hasta kelimesi benzer mahiyette, “*hastalık, kaza veya yaralanma dolayısıyla fizik veya ruh sağlığı bozulmuş ve tedavi edilmesi gereken kimse, rahatsız, zihinsel yetenekleri bozulmuş olan kişi*”²⁹³ şeklinde tanımlanmıştır.

Hasta Hakları Yönetmeliği’nde de “*hasta*” teriminin tanımı yapılmıştır. Yönetmelik’in 4/1-b maddesi gereğince hasta çok geniş bir yaklaşımla, “*sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimse*” olarak tanımlanmıştır²⁹⁴. Bu tanım, adı geçen yönetmelik kapsamında geçerli bir tanım olup hastalara tanınan haklardan, hasta olmasa dahi sağlık hizmetlerinden faydalanan kişi olmaları nedeniyle herkesin yararlanabilmesini sağlaması amacıyla bu kadar geniş tutulmuştur. Bu olumlu bir yaklaşımdır ancak hasta kelimesinin anlamını doğru şekilde karşılamamakta kapsamı çok aşırı şekilde genişletmektedir. Hatta kelimeye yanlış anlam yüklenmesi riskini dahi taşımaktadır. Bu nedenle biz hasta terimini “*sağlığı bozulmuş kimseyi*” içine alacak şekilde dar anlamıyla kullanmayı doğru buluyoruz. Çalışmamız kapsamında da hasta kelimesi bu dar anlamıyla kullanılacaktır.

Çalışmamız kapsamından ayrıca sağlık durumunun neyi ifade ettiğine özel olarak bakılmalıdır. Bu kapsamda *sağlık durumunun* kişinin sağlığının belli bir an itibarıyla nasıl olduğunu, herhangi bir hastalık nedeniyle sağlık durumunun kötüleşip kötüleşmediğini ya da hastalığın iyileşmesi yoluyla kişinin sağlık durumunun düzelişip düzelmediğini ifade etmek için kullanıldığını söyleyebiliriz. Buna göre sağlık durumu,

²⁹⁰ Emin Kaya, *Sağlık Hizmetleri*, 6.

²⁹¹ Tezel, *Halk Sağlığında*, 18.

²⁹² Stauch, Wheat and Tingle, *Sourcebook On Medical Law*, 29.

²⁹³ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <http://sozluk.gov.tr/>, (15/05/2020).

²⁹⁴ Bkz. Hasta Hakları Yönetmeliği Madde 4.

özel nitelikli kişisel veri olarak kişinin belli bir andaki ruhen, bedenlen ve sosyal yönden ne durumda olduğunun ifadesidir. Bu nedenle sağlık durumu kişinin sağlığı ile ilgili hemen her türlü bilgiyi içine alan oldukça geniş bir kullanıma sahiptir. Esasında kişinin sadece mevcut durumu değil sağlık geçmişi de bu kavramın bir parçasını oluşturur.²⁹⁵ Yine sadece sağlığın kötüleşmesi durumunu değil aynı zamanda iyileşmesini ya da zaten iyi durumda olmasını da içine alır. Kişinin çok sağlıklı olduğu bilgisi gibi kişinin çok ağır hasta olduğu bilgisi de kişinin sağlık durumuna ilişkin bir bilgi olması nedeniyle özel nitelikli kişisel veri niteliğindedir. İşte bu bilgilerin yani kişinin sağlık durumunun özel nitelikli veri kapsamına alınması isabetli bir tercihtir. Çünkü kişinin yaşadığı cinsel yaşam kapsamına dahi girmeyecek olan cinsel sağlık problemleri ve hatta dini inancı gereği vücuduna, cinsel bölgelerine bazı tıbbi müdahalelerde bulunulmuş olması ya da olmaması gibi ilgisiz kişilerce öğrenilmeleri halinde veri öznesi üzerinde çok ağır zararlar doğurabilecek hususları bünyesinde barındırmaktadır.

Kişisel sağlık verisi ile kişinin sağlık durumu arasındaki ilişkinin de somutlaştırılması ihtiyaç bulunduğunu düşünmekteyiz. Kişinin sağlık durumuna ilişkin tüm bilgiler kişisel sağlık verisi niteliğini taşımaktadır. Bu nedenle tüm kişisel sağlık verileri özel nitelikli kişisel veri niteliği taşıdığından buna göre işleme ve korunma rejimine tabi tutulması gerekmektedir. Bizde çalışmamız kapsamında kişinin sağlık durumuna ilişkin tüm bilgileri kapsayıcı mahiyette olmak üzere “*kişisel sağlık verisi*” tabirini kullanmayı tercih etmekteyiz.

Sonuç itibariyle kişinin sağlık verileri de sayılan diğer veriler gibi özel nitelikli kişisel veri kapsamında değerlendirilmektedir. Bu nedenle sağlık verilerinin diğer veri türlerine göre daha özel ve etkin şekilde korunması hem mevzuat gereği hem verinin niteliği gereği zorunluluk taşımaktadır.²⁹⁶

1.1.2.8. Biyometrik ve Genetik Verileri

“*Metri*” kelimesi Yunanca’da “ölçme” anlamında kullanılan bir son ektir.²⁹⁷ “*Biyo*” kelimesi ise Türk Dil Kurumu’na göre yine Yunancadan gelme “hayat”

²⁹⁵ Akdağ, *Türk Ceza*, 29.

²⁹⁶ Yeşilyurt, *Hastanın Kişisel*, 1.

²⁹⁷ NND Ne Nedir Ne Demek, *Metri Ne Demek?*, [https:// www. nedirnedemek.com/ metri- ne- demek](https://www.nedirnedemek.com/metri-ne-demek), (09/05/2021).

anlamına gelen bir ön ektir.²⁹⁸ Bu iki kavramın birleşimi olan biyometri ise yine TDK'ye göre “*organizamalara ait biyoloji gözlemlerinde uygulanan istatistik bilimidir*”²⁹⁹ ya da “*organizmayı ilgilendiren biyolojik özelliklerin istatistiksel yöntemlerle anlatılmasını sağlayan bilim dalıdır*”.³⁰⁰ Yani kavram esasında yaşayan canlıların ölçümlenmelerine verilen teknik bir isimdir. Parmak izleri, yüzündeki karakterisel çizgiler ve benzerinin ölçümlenerek kayda geçirilmesi faaliyetleri kapsamına alır. Ancak kavram sadece bunları ifade etmek için değil aynı zamanda bireyin ölçülebilir fiziksel ve davranışsal özelliklerini tanıyarak kimlik saptamak üzere geliştirilmiş otomatik sistemleri³⁰¹ de ifade etmek için kullanılmaktadır. Buradan hareketle biyometrik veri, kişinin ölçülebilir biyolojik izlerini³⁰², bu izlerin ölçüm değerlerini ve bunların bir şekilde kayda alındığı sistemsel olan ya da olmayan tüm verilerini ifade etmektedir. Bu kavramla ilgili olarak belki de en teknik ve net sayılabilecek tanım ABGVKT’de yapılmıştır. Söz konusu tanımlamaya göre: “*Biyometrik veri, yüz görüntüleri veya daktiloskopik veriler gibi, bir gerçek kişinin özgün bir şekilde teşhis edilmesini sağlayan veya teyit eden fiziksel, fizyolojik veya davranışsal özelliklerine ilişkin olarak özel teknik işlemlerden kaynaklanan kişisel verilerdir*”.³⁰³

Genetik ise “*genlerle ilgili, genlerin belirlediği, genlerle geçen*”³⁰⁴ anlamlarına gelmektedir. Genetik bilimi ise, “*kalıtım bilimi, genlerin yapısını, görevini ve bir dölden diğerine nasıl aktarıldığını inceleyen biyolojik bilim dalı*”dır.³⁰⁵ Yani bu bilim dalı biyolojik organizmalardaki kalıtım ve çeşitliliği inceleyen bir bilim dalıdır.

ABGVKT’ye göre “*genetik veri, bir gerçek kişinin fizyoloji veya sağlığı ile ilgili eşsiz bilgiler sağlayan ve özellikle söz konusu gerçek kişiden alınan bir biyolojik numunenin analizinden elde edilen ve söz konusu kişinin kalıtım yoluyla alınan veya kazanılan özelliklerine ilişkin kişisel verileridir*”.³⁰⁶ Yani genetik kişinin kalıtım yani

²⁹⁸ Türk Dil Kurumu, *Biyoloji Terimleri Sözlüğü* – 1998, <https://sozluk.gov.tr/>, (09/05/2021).

²⁹⁹ Türk Dil Kurumu, *Zooloji Terimleri Sözlüğü* – 1963, <https://sozluk.gov.tr/>, (09/05/2021).

³⁰⁰ Türk Dil Kurumu, *Su Ürünleri Terimleri Sözlüğü* – 2007, <https://sozluk.gov.tr/>, (09/05/2021).

³⁰¹ Türkiye Barolar Birliği, *Biyometri nedir? Biyometrik fotoğraf nedir?*, [http:// www.avukatkart.com/biyometrik.pdf](http://www.avukatkart.com/biyometrik.pdf) (26/05/2019).

³⁰² Türkiye Barolar Birliği, *Biyometri nedir? Biyometrik fotoğraf nedir?*

³⁰³ Tüzük madde 4/14.

³⁰⁴ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <http://sozluk.gov.tr/>, (25/05/2019).

³⁰⁵ Türk Hematoloji Derneği, *Genetik Terimleri Sözlüğü*, [http://www.thd.org.tr/thdData/ Books/723/genetik-terimler- sozlugu.pdf](http://www.thd.org.tr/thdData/Books/723/genetik-terimler-sozlugu.pdf) (25/05/2019).

³⁰⁶ Tüzük madde 4/13.

nesilden nesile aktarım yoluyla geçen kendisine özgü, bireysel özelliklerini ifade etmektedir. Bu yönüyle organizmaların fiziksel görünümünün ve tavır ve davranışlarının şekillenmesinde önemli bir rol oynar. Ancak bu anlamda tek başına yeterli olmaz aynı zamanda yetiştiği çevrenin de bu konuda önemli bir etkisi olur. Örneğin bir kişinin boyunun uzun ya da kısa olmasında genler kadar yetişme dönemindeki beslenme tarzı, geçirdiği sağlık sorunları gibi faktörlerinde önemli bir oranda etkisi olur.³⁰⁷

Netice itibariyle genetik ve biyometrik verilerin özel nitelikli veriler kapsamında sayılmış olması isabetli olmuştur. Çünkü bu verilerde aynen diğer hassas verilerde olduğu gibi veri öznesine ciddi zararlar verebilecek nitelikteki verilerdir. Bu anlamda genetik veriler ileride “*kişiselleştirilmiş tıp*” denilebilecek kadar faydalı kişiye özgü tedavi yöntemlerine hizmet edebileceği gibi tersinden bakıldığında kişiye özel biyolojik saldırı silahlarının yapılmasına, başka bir deyişle “*kişiselleştirilmiş savaş*” ve saldırılara dahi hizmet edebilecek niteliktedir. Bu anlamda örneğin, yalnızca yaşları, yirminin altında olan yeşil gözlüleri veya Avustralya’da yaşayan yerlileri, Yahudiler ile uzaktan bile akrabalıkları bulunmayan bazı Arap toplumlarını veya esmer İngilizleri öldüren veya sakat bırakan, kısır bırakan silahların, mikroorganizmaların yapılabileceğini düşünmek işin ehemmiyetini açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Hatta bu yönüyle insanları kısır eden, belirli bir milleti çok kısa veya kısmen uzun zamanlarda yok eden genetik silahların çoktan yapıldığını bile düşünenler³⁰⁸ vardır. Ancak günümüz toplumlarında bu konunun önemi yeni yeni kavranmaya başlanmış ve bu kapsamda genetik verilerin bir savaş silahı olarak kullanılabileceği vurgulanmaya³⁰⁹ ve bu anlamda genetik verilerin güvenli olarak muhafaza edilip edilmediği³¹⁰ ciddi anlamda sorgulanmaya başlanmıştır.

³⁰⁷ Murat Ukray, *Yaratılış Gerçekliği, Evrim Teorisi, Kıyamet Gerçekliği Külliyyatı*, 1. Cilt, Ağustos 2009 İstanbul, <https://play.google.com/books/reader?id=zg6SDwAAQBAJ&hl=tr&pg=GBS.PP1>, (10/05/2021), 590.

³⁰⁸ Oktay Hüseyin (Guseinov), *Genetik Silahlar*, Eğitim Dergisi Savaş ve Uygarlık Sayısı, Sayı 17, Kasım 2007, <http://www.egitirim.gen.tr/tr/index.php/arsiv/sayi-11-20/sayi-17-savas-ve-uygarlik-kasim-2007/210-genetik-silahlar>, (18/12/2019).

³⁰⁹ Örneğin bkz. Haber Türk, Genetik verilerimiz ileride savaş silahına dönüşebilir, <https://www.haberturk.com/saglik/haber/734629-genetik-bilgilerimiz-ileride-savas-silahina-donusebilir> (18/12/2019).

³¹⁰ Tek Yol Bilim, *Genetik Verilerimiz Ne Kadar Güvende?*, <https://www.tekyolbilim.com/genetik-verilerimiz-ne-kadar-guvende/>, (18/12/2019).

1.1.2.9. Dernek, Vakıf ve Sendika Üyeliği

Dernek, kazanç paylaşırma amacı dışında belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, belli sayıda kişinin bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmeleri ile kurulan tüzel kişiliğe haiz hukuki varlıktır.³¹¹

Vakıf, başlı başına bir varlığı bulunmak üzere bir malın belli bir amaca özgülenmesi olup, tüzel kişiliği ve değişik çeşitleri bulunan özel hukuk tüzel kişisidir. Bir malvarlığının tümü veya gerçekleşmiş olan veya gerçekleşeceği anlaşılan her türlü geliri veya ekonomik değeri olan haklar bu anlamda vakfedilebilir³¹² yani vakıf haline dönüştürülebilir.

Sendika ise “bir meslek icra eden kişilerin, örneğin işçilerin veya işverenlerin, kazanç paylaşırma amacı gütmeyen, kendi yararlarını korumak ve toplumsal durumlarını güçlendirmek amacıyla yasalara uygun bir şekilde bir araya gelerek örgütlenmeleri”³¹³ olarak tanımlanmıştır.

Üye, aza³¹⁴ anlamına gelen bir kavram olması nedeniyle, sendika üyeliği, “sendika ile üye arasında karşılıklı hak ve borç doğuran hukuki ilişki”³¹⁵ olarak tanımlanabilir. Bu ilişki kişilerin, işçi veya işverenlerin kendi aralarında kurdukları birliklerden hangisine üye olduğunu veya hangisi ile beraber çalıştığını gösterir.³¹⁶ Yine sosyal birtakım amaçlarla kurulan dernekler ve vakıflarda birden çok kişinin bir araya gelmelerini sağlamaktadır. Bu şekil birliktelikler kişilerin inançlarına, gayelerine ve hatta mensup oldukları ırklara dair işaretler verebilir. Yine bir dernek üyeliği aynı alanda faaliyet gösteren diğer derneklere bir anlamda rakip olma ve bu nedenle bazı haksızlıklara maruz kalma sonucunu doğurabilir.

Günümüzde halen insanlar tanımlanırken dahi rakip sendikaya üye olduğu ya da sendika üyeliği sebebiyle belli bir siyasi düşünceye taraftar olduğu hususundaki nitelendirmelerle karşı karşıya kalabilmektedir. Günümüzde pek çok ülkede insanlara üye oldukları sendikalara ya da derneklere göre ayrıcalıklı ya da ayırıcı bir yaklaşım gösterilebilmektedir. Bu kapsamda bir kişiye ilişkin dernek, vakıf ya da sendika

³¹¹ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 195.

³¹² Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 855.

³¹³ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 717.

³¹⁴ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 852.

³¹⁵ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 717.

³¹⁶ Akdağ, *Türk Ceza*, 29.

üyeliğine dair bilgi özel nitelikli bir kişisel veridir ve bu konudaki bilginin özel nitelikli veri olarak kabul edilmesi de isabetlidir.

1.1.2.10. Ceza Mahkûmiyeti ve Güvenlik Tedbirleriyle İlgili Verileri

Ceza, genel anlamda “*yasayı çiğneyen kişiye, yöntemine göre mahkemeler veya diğer yetkililer uygulanan yaptırım*”³¹⁷ olarak tanımlanmaktadır. Teknik anlamda ise ceza, “*suç teşkil eden fiilleri kusurlu bir iradeyle işleyenler hakkında, devlet eliyle uygulanan ve onları bazı yoksunluklara maruz kılan, sosyalleştirme amacına yönelik ıstırap verici, korkutucu, caydırıcı bir yaptırım türüdür*”.³¹⁸ Ceza mahkûmiyeti ise “*hüküm giymiş olma durumu*”³¹⁹, “*hükümlülük*”³²⁰, “*mahkûm olma, mahkeme kararıyla cezaya karar verilmesi*”³²¹ anlamlarına gelmektedir. Bu kavram, kişi hakkında kesinleşmiş bir cezanın yani ceza mahkemelerince verilmiş bulunan bir mahkûmiyetin bulunduğunu ifade etmek için kullanılmaktadır.

Güvenlik tedbiri, işlenen bir suçla bağlantılı olarak suçu işleyen kişi hakkında gösterdiği tehlikelilik durumu veya maruz kaldığı tehlike hali göz önünde bulundurularak veya suçun konusu ile ilgili olarak ya da suçun işlenişinde kullanılan araçlarla bağlantılı olarak uygulanan, koruma veya iyileştirme amaçlarına yönelik ceza hukuku yaptırımlarıdır.³²² Güvenlik tedbirlerinin belli hakları kullanmaktan yoksun bırakma, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri gibi bazı çeşitleri vardır. İşte bir kişinin böyle bir güvenlik tedbirine maruz kaldığına dair bilgi özel nitelikli bir kişisel veridir.

ABGVKT’nin 10. maddesinde “*Mahkûmiyet kararları ve ceza gerektiren suçlara ilişkin kişisel verilerin işlenmesi*” kenar başlığı altında: “*Mahkûmiyet kararları ve ceza gerektiren suçlara ilişkin ya da ilgili güvenlik tedbirlerine ilişkin kişisel verilerin 6(1) maddesine dayalı olarak işlenmesi, ancak resmi merciinin denetimi altında veya veri sahiplerinin hakları ve özgürlüklerine uygun güvenceler sağlayan*

³¹⁷ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 149.

³¹⁸ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Yedinci Baskı, Eylül 2014 Ankara, 517.

³¹⁹ Ceza Mahkûmiyeti, [https://www.google.com/search?q=t%C3%BCr%C3%A7e+s%C3%B6zl%C3%BCk&oq=t%C3%BCr%C3%A7e+s&aqs=chrome.1.69i57j0j69i60j0l3.7763j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8#dobs=m%20ahkumiye%20t%20\(26%2F05%2F2019\)](https://www.google.com/search?q=t%C3%BCr%C3%A7e+s%C3%B6zl%C3%BCk&oq=t%C3%BCr%C3%A7e+s&aqs=chrome.1.69i57j0j69i60j0l3.7763j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8#dobs=m%20ahkumiye%20t%20(26%2F05%2F2019)).

³²⁰ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <http://sozluk.gov.tr/> (25/05/2019).

³²¹ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 511.

³²² Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 571.

birlik veya üye devlet hukuku kapsamında işleme faaliyetine onay verildiğinde gerçekleştirilir. Mahkûmiyet kararlarına ilişkin kapsamlı herhangi bir sicil yalnızca resmi merciinin denetimi altında tutulur.” denilerek ceza mahkûmiyetine ilişkin olarak kişisel veri korumasının nasıl sağlanacağı düzenleme altına alınmıştır. Buna göre bu nitelikteki kişisel veriler ancak resmi makamların denetimi altında veya veri sahiplerinin hakları ve özgürlüklerine uygun güvenceler çerçevesinden işletilebilecektir.

KVKK ile isabetli bir şekilde kapsamı genişleterek ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirine ilişkin verileri özel nitelikli veri koruması kapsamına almıştır.

1.1.2.11. Değerlendirme

Bir verinin korunmaya değer olup olmadığının olayın özel şartlarından çıkarılabildiğini düşünürsek ilk bakışta son derece önemsiz gibi görülen bazı verilerin gizliliğinin ihlalinin dahi çok ciddi sorunlara, muhatapları üzerinde büyük zararlara neden olabileceğini, her verinin olayın özel koşulları içinde değerlendirilmesi gerektiğini gerçeği karşımıza çıkarmaktadır. Bu nedenle de belirli bazı verilere ayrıcalık tanınmaması gerektiği³²³, bu şekilde yapılacak bir ayırımın amaca hizmet etmeyeceği savunulabilir. Ancak burada öncelikle sayılan veri kategorileri ile ilişkili her türlü bilginin bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinin de belirlenmesine ihtiyaç bulunmaktadır.

Nitekim bazı durumlarda hassas verilerin içine dâhil olan bazı veri türlerinin görünüş itibarıyla özel nitelikli veri olarak kabul edilse de hassas ve özel bir koruma altına alınmadığı da vakıdır. Örneğin, gözlüklü bir insanın resmi o kişinin sağlık durumuna ilişkin bir bilgi içermektedir. Ancak bu özel olarak korunması gereken çekirdek kapsamında kalmalı mıdır? Kişilerin adları açısından da benzer bir soru yöneltilebilir. Bir kişinin dinsel inancını yansıtan bir adının olması, bunun geçtiği her türlü bilgiyi hassas nitelikte kılar mı? Bir kişinin gözlüklü fotoğrafı ya da dini inancını yansıtan adı, ancak herhangi bir değerlendirme söz konusu olduğunda (görme bozukluğu olan kişiye ya da İslam inancına sahip tüketicilere yönelik ilanlar gibi) bu kapsamda değerlendirilebilir. O halde bilginin bu kapsamda kalıp kalmadığının tespitinde öncelikle somut olayın özellikleri, yani bilginin kullanım tarzı dikkate alınmalıdır. Nitekim benzer olaylar, farklı sonuçları beraberinde getirebilir. Örneğin

³²³ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 253.

şekilde kişisel veridir ancak aralarındaki nitelik farkı dolayısıyla hücre örnekleri ve DNA profili ile parmak izi kayıtlarını ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Hücre örnekleri kişinin sağlığına ilişkin oldukça hassas bilgileri içerirken DNA profili kişinin genetik bağlarını ve etnik kökenini ortaya koyabilir. Oysa parmak izi kayıtlarının böylesine bir etkisi (kanaatimizce şimdilik) bulunmamaktadır. Bu nedenle AİHM'e göre ilgili kişinin hücre örneklerinin ve DNA profilinin bir veri bankasında tutulmasının sonuçları, parmak izi kayıtlarının tutulmasına göre çok daha ağırdır.³²⁷

Bu noktada bir başka sorun daha karşımıza çıkmaktadır. Çeşitli metinlerde belirlenen özel veri kategorileri kişinin ırksal veya etnik kökeni, siyasal görüşü, dinsel ya da felsefi inancı, sağlık bilgileri, adli kayıtları gibi çeşitli bilgileri kapsamaktadır. Ancak bu bilgi kategorileri nitelikleri dolayısıyla farklı özelliktedirler. Bir başka anlatımla bu bilgilerin tamamına aynı işleme ve koruma rejimini uygulamanın çeşitli sakıncaları bulunabilir. Nitekim aşağıda ayrıntılı bir şekilde inceleneceği üzere, özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi kural olarak yasaktır. Ancak bu yasağın dahi bazı istisnaları bulunmaktadır. Oysa kişinin dinsel inancı, etnik kökeni gibi bilgi gruplarının işlenme yasağına hangi durumlarda istisna getirilebileceği, ayrıca ve özel olarak değerlendirilmelidir.³²⁸

Kişilerin etnik veya ırksal kökenine, siyasal görüşüne, dinsel ve felsefi inancına ilişkin bilgilerin kişisel veri niteliğinde tutulması ve işlenmesinin yararlarının oldukça sınırlı olduğu söylenebilir. Oysa kişinin sağlık verileri, adli, idari sicilleri açısından durum daha farklı olabilir. Nitekim sağlık verilerinin kişi ile ilişkili olarak tutulmasının hasta açısından da çok çeşitli yararları olacaktır. Hekimler doğru müdahalelerde bulunabilmek için çoğu zaman hastalarının tıbbi geçmişlerine ilişkin bilgilere gereksinim duyarlar. Bunun yanında tıbbi araştırmalar için de kişisel veriler gerekli olabilir. Ancak diğer taraftan tıbbi bilgiler oldukça kişiseldir. İnsanların kendilerine ait tıbbi bilgileri gizli tutma hakları elbette olmalıdır. Bu bilgiler dolayısıyla kişilerin tehdide maruz kalabilecekleri, eşleri tarafından terk edilebilecekleri, işlerinden kovulabilecekleri veya bu aşamada tasavvur dahi edemeyeceğimiz bir muameleye maruz kalabilecekleri düşünüldüğünde bu tür verilerin (yetkisiz ve hukuka aykırı bir

³²⁷ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 257.

³²⁸ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 254.

şekilde) başkalarının eline geçmesinin ne kadar tehlikeli olduğu kolaylıkla fark edilebilir.³²⁹

Neticeten kanaatimize göre kişisel verilerin hassaslık derecesine göre özel ve ayrı bir korumaya tabi tutulması yerinde bir tercihtir. Ancak bu veri kategorisinin kapsamına hangi verilerin dâhil olacağını belirlemek oldukça güçtür. Sağlık verilerinin adli, idari sicil bilgilerinin önemi de yadsınamaz. Ancak bu verilerle hemen hemen aynı nitelikteki başka bilgilerin kapsam dışında tutulması, ayrımın gerekçesini anlaşılamaz kılmakta ve hassas verilerin özel olarak korunması ile amaçlanan hedefin gerçekleştirilebilirliğine şüphe düşürmektedir. Yine bu kapsama alınan tüm verilerin özellik dereceleri diğerleri ile aynı düzeyde değildir. Bazıları biraz daha hassas, biraz daha ağır zarar doğurabilecek bir nitelik taşır. Bu anlamda acaba özel nitelikli veriler içinde bulunan ayrı bir kor ya da çekirdek bir alan da olmalı mıdır sorusu sorulabilir.

Bu kapsamda değinilmesi gereken bir başka konu ise dolaylı olarak da olsa özel nitelikli veri kategorisine dâhil verilere götüren, ulaştıran veya bu verilerle bağlantı kurulmasını sağlayan verilerin de özellikli olarak korunması gerektiğidir.³³⁰ Yani kendisi özel nitelikli bir veri olmamasına rağmen, taşıdığı bilgi nedeniyle özel nitelikli verilere doğrudan ya da dolaylı olarak ulaşılmasını sağlayan verinin de özel nitelikli kişisel veri kategorisinde sayılması gerekir. Bu nedenle yapılan tanımlamada sayma yönteminin benimsenmiş olmasına rağmen, sayılan verilere götürücü mahiyetteki verilerinde özel nitelikli veri kategorisine açıkça dâhil edilmemiş olmasını önemli bir eksiklik olarak görüyoruz.

Sonuç olarak asıl sorun, türü ne olursa olsun kişisel verilerin etkin bir şekilde korunup korunmadığıdır. Bu yönüyle halen daha kişisel verilerin toplanmasına, kullanılmasına, korunmasına ve paylaşımına ilişkin uygulanabilir ve etkili kuralların belirlenmesi, bunların denetimini sağlayacak bağımsız kurumların oluşturulması, ihlallere karşı yaptırımların öngörülmesi ve konuya ilişkin bilincin gelişmesi³³¹, verilerin korunması anlamında, verilerin gruplandırılmasından daha büyük bir önem taşımaktadır.

³²⁹ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 255.

³³⁰ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 16.

³³¹ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 259.

1.2. Kişisel Sağlık Verileri

1.2.1. Kavram

Tıp bilimi yönüyle kişisel veriler, yani kişisel sağlık verileri değişik şekillerde kabul edilmiş ve tanımlanmıştır. Bir bakış açısına göre tıbbi veriler olarak ta adlandırılan bu veriler, “*gerçek kişilerin sağlık durumuna ilişkin olup tıp mesleği mensuplarınca edinilebilecek veriler*”³³², yani “*sadece sağlık mesleği mensupları tarafından ulaşılabilecek her türlü bilgi*”³³³ olarak görülmüştür. Buna göre, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin kurulduğu ilk andan itibaren, diğer bir ifadeyle hekimin (bu arada diğer sağlık çalışanlarının), hastayla ilgili kişisel verilere ilk ulaşma anından itibaren, hangi sebeple olursa olsun, hekim- hasta ilişkisinin sona ermesi anına kadar hatta hastanın hayatını kaybetmesinden sonraki dönemde dâhil olmak üzere, hasta hakkında edinilmiş olduğu her türlü bilgi, belge vs. gibi veriler kişisel sağlık verisi olarak kabul edilmektedir.³³⁴ Bu düşünceye göre kişisel sağlık verileri, gerçek kişilerin sağlık durumuna ilişkin olan ve sadece tıp mesleği mensuplarınca edinilebilecek verilerdir. Fakat biz, kişisel sağlık verilerinin bu şekilde sadece tıp mesleği mensuplarınca edinilebilecek veriler olarak sınırlandırılmasını doğru bulmuyoruz. Bize göre bu nitelik kişisel sağlık verilerinin ne olduğunun tespit edilmesinde kullanılabilecek uygun bir unsur değildir. Çünkü kişisel sağlık verileri, sadece tıp meslek mensuplarınca edinilebilecek nitelikte veriler değildir. Sağlık alanında çalışan tüm meslek mensuplarınca edinilebilecek verilerdir. Örneğin hastanede çalışan bir elektronik mühendisinin elektronik cihazları kontrolü esnasında cihazın doğru çalışıp çalışmadığını kontrol açısından bazı hastalara ait sağlık verilerine erişmesi doğal ve doğru olarak kabul edilebilir. Hatta bu durum, analizin doğru yapıp yapılmadığının tespiti açısından zorunlu dahi olabilir. Bu durumda mühendis tıp meslek mensubu değildir ancak birtakım kişisel sağlık verilerine erişebilmektedir. Ancak bu tanım açısından bakıldığında, bu kişinin eriştiği hastanın sağlık durumuna ilişkin bilgiler kişisel sağlık verisi olarak kabul edilemeyecektir. Yine kişisel sağlık verileri esasında sağlık alanında çalışıp çalışmadığına bakılmaksızın toplumda yaşayan herkes tarafından edinilebilecek, erişilebilecek verilerdir. Buna göre, örneğin bir kişinin sağlık görevlisi

³³² Sevik, *Tıp Ceza*, 785; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 73.

³³³ Yeşilyurt, *Hastanın Kişisel*, 3; Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 11.

³³⁴ Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 11; Büyükkay, *Hekimin Sır*, 394.

olmamasına rağmen bir muskacıya ya da bir din görevlisine tamamen inancı gereği, bir nevi manevi tedavi amacıyla, sahip olduğu sağlık problemleri ile ilgili olarak bilgiler aktarması durumunda bu bilgiler, kişisel sağlık verisi olarak kabul edilemeyecek ve özel koruma rejimine tabi tutulamayacaktır. Öyleyse kişisel sağlık verilerinin ne olduğunun doğru şekilde tanımlanması ve ortaya konulması gereklidir.

Kişisel sağlık verileri başka bakış açıları ile de tanımlanmıştır. Bunlardan birisi kişisel sağlık verilerini, “*hastanın sağlık meslek mensubuna, tedavisi nedeni ile açıkladığı ve başkaları tarafından öğrenilmesinden rahatsızlık duyacağı bilgiler*”³³⁵ olarak gören görüştür. Bir diğer bakış açıyla kişisel sağlık verileri, hastaya ait olup da sağlık meslek mensubuna bir şekilde aktarılan veya herhangi bir şekilde bu kimseler tarafından öğrenilen ve hastanın başkaları tarafından duyulmasını istemeyeceği bilgileri ifade etmektedir.³³⁶ Bu yaklaşım tarzı yukarıda ifade edilen sağlık personeli kriterine, “*hasta tarafından başkalarının öğrenilmesinin istenilmemesi*” niteliğini ekleyerek kişisel sağlık verilerini belirlemeye çalışmaktadır. Yani bu kabule göre kişisel sağlık verileri, mahremiyet unsuru da taşımaktadır. Ancak bu kabul de hatalıdır ve kişisel sağlık verilerinin kapsamı bu kabulle oldukça daraltılmaktadır.

Verinin mahrem olup olmaması sadece bir niteliğidir ve oldukça dar bir alanı içine alır. Özel nitelikli verileri belirlerken de incelendiği üzere, bu özellik başlı başına özel nitelikli verilerin belirlenmesinde önem taşımamaktadır. Bir bilginin ayıp ya da mahrem olmaması, o veriyi özel nitelikli veri olmaktan çıkarmaz. Mahrem olmayan, herkesçe bilinen, muhatabı tarafından saklanma gereği duyulmayan bir bilgide özel nitelikli veri, kişisel sağlık verisi olabilir. Örneğin bir kişinin yüz bölgesini de kapsayacak şekilde yaşadığı bir cilt hastalığı, ilişki içinde olduğu herkesçe görülecek ve bilinecektir. Bu yönüyle mahrem bir nitelik taşımayacaktır. Ancak bu durum başlı başına bu bilgiyi kişisel sağlık verisi olmaktan çıkarmayacaktır. Çünkü bu kişinin yüz bölgesindeki bu hastalığına dair bilgi, bu kişiyi toplumun diğer fertlerinden ayırt edici bir nitelik taşımaktadır ve bu nedenle bu bilgi bir kişisel sağlık verisidir. Bu yönüyle bir bilginin mahrem olması, veri öznesi tarafından saklanılmak istenilmesi, bu bilginin kişisel sağlık verisi olması için zorunlu bir nitelik değildir. Bu nitelik belki kişisel sağlık verisinin korunma düzeyini etkileyen bir unsur, nitelik olabilir. Bu nedenle kişisel sağlık

³³⁵ Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 73.

³³⁶ Yeşilyurt, *Hastanın Kişisel*, 3.

verisinin tanımlanmasında bu hususun belirleyici olarak alınması isabetli değildir ve bu nedenle bu görüş de kişisel sağlık verilerini kapsayıcı ve isabetli bir şekilde tanımlayamamaktadır.

Tüm dünyada kişisel sağlık verileri, kişisel verilerin özel niteliği haiz kabul edilen veriler kısmına dahil olarak görülmektedir.³³⁷ Bu kapsamda kişisel verilerden hareketle kişisel sağlık verisini tanımlayan yazarlar da olmuştur. Bu grupta yer alan yazarlara göre kişisel sağlık verisi, “*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü sağlık bilgisi*”³³⁸, “*kişinin sağlık durumuna ilişkin her türlü bilgi*”³³⁹, “*veri konusunun geçmiş, mevcut veya gelecekteki fiziksel veya zihinsel sağlık durumu ile ilgili tüm verilerdir*”.³⁴⁰ Bu kabul tarzı ise kişisel sağlık verilerini oldukça genişletmektedir. Kişisel sağlık verilerinin belirleyici özelliği, aynen diğer kişisel verilerde olduğu gibi kişinin ayırt edilebilmesini sağlayan kişinin sağlık durumuna ilişkin bilgiler içeriyor olması olmalıdır. Aksi takdirde, kavramın kişisel unsuru yanlış yorumlanmış ve kişilere ilişkin tüm bilgiler olarak anlaşılmış olacaktır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, “*kişisel*” kavramı özü itibarıyla belli bir kişinin diğerlerinden farkını ortaya koymak için kullanılır. Bu nedenle kişisel sağlık verileri de kişinin diğer kişilerden farkını ortaya koyucu şekliyle belirlenmeli ve buna göre tanımlanmalıdır.

Başka bir bakış açısına göre ise kişisel sağlık verileri, tıbbi kayıtlarla belirlenmeli ve tanımlanmalıdır. Tıp mevzuatında tüm sağlık kurumlarında tıbbi ve idari işlemlere ilişkin olarak kayıt tutulması zorunluluğu bulunmaktadır. Bunun ayrıntılarını ilgili bölümlerde ayrıca inceleyeceğiz ancak belirtmek gerekir ki, bu kayıtlar yazılı kayıt sistemi ile tutulabileceği gibi elektronik ortamda da tutulabilir. İşte bahse konu kayıtlardaki gerçek kişilere ait tüm bilgiler kişisel veri niteliğindedir³⁴¹ ve bunlar özel niteliği haiz kişisel sağlık verileri olarak kabul edilmektedir. Yani normal kişisel verilerin dahi bir şekilde sağlık hizmeti dolayısıyla hukuk uygun şekilde kaydedilmesi bu veri türünü oluşturmaktadır.³⁴² Bu kabul tarzı yazılı belgelere girmiş ve 2002 yılında Washington’da yapılan Dünya Hekimler Birliği (DHB) genel kurulunda kabul edilen

³³⁷ Türk Tabipler Birliği Kişisel Sağlık Verileri Çalışma Grubu, “Sağlık Hizmetlerinde Kişisel Veri Toplanması, Korunması ve Değerlendirilmesi”.

³³⁸ Yüksel, *Kişisel Sağlık*, 2.

³³⁹ Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 11.

³⁴⁰ Handbook on European Data Protection Law, 335.

³⁴¹ Sevük, *Tıp Ceza*, 787.

³⁴² Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 106.

bildirgede kişisel sağlık bilgileri, “*kişinin bedensel ya da zihinsel sağlığına ilişkin kayıt edilmiş tüm bilgiler*” olarak tanımlanmıştır.³⁴³ Bu yaklaşım tarzı, tedavi sırasında öğrenilen tüm bilgileri kapsamına alması nedeniyle oldukça geniş yaklaşım tarzıdır. Ayrıca sağlık personeline sadece sağlık gereklilikleri ile aktarılan verileri değil kişinin bir hekimi, hastaneyi vs. ziyaret etmesinden kaynaklanan kayıtları dahi kapsamına alır.³⁴⁴ Ancak bize göre bu kabul tarzı da kişisel sağlık verilerin doğru şekilde belirleyememektedir. Çünkü buna göre hastanın hekimine aktarmadığı, bu nedenle kayıtlara girmeyen veriler –sağlığına ilişkin olsa dahi- kişisel sağlık verileri olarak kabul edilemeyecektir.

Kişisel sağlık verilerini, kişinin sağlık hizmeti almak için bir sağlık kuruluşunda yaptığı tüm işlemler olarak ya da tıp alanında çalışan tüm çalışanlar (ya da sağlık meslek mensupları) tarafından öğrenilebilecek veriler olarak ifade edenler³⁴⁵ de olmuştur. Bu kabul tarzı ise sağlık personeli ile kayıt kıstaslarını birleştirmekte ve her ikisini birlikte kullanmaktadır. Ancak bu kabul de yukarıda yer verilen eleştirileri ortadan kaldıracabilecek nitelikte değildir. Bu nedenle kişisel sağlık verilerinin yapılan kayıt ya da işleme veya bu bilgiyi öğrenme yetkisine sahip kişilere göre değil verinin içeriğine, niteliğine göre tanımlanması doğru bulmaktayız. Bu nedenle biz kişisel sağlık verilerini, “*açıklandığı kişiye, açıklanma gerekçesine veya kayıtlara geçirilip geçirilmemesine bakılmaksızın, bir gerçek kişinin teknik anlamda olmak üzere sağlık durumuna ilişkin olan ve diğer kişilerden ayırt edilmesini sağlayan tüm bilgiler*” olarak tanımlamaktayız. Bu yönüyle kişisel sağlık verileri de ortada belirli ya da belirlenebilir bir gerçek bir kişi olması, ayırt edici bir bilginin bulunması, bilginin bu kişiyle ilişkili veya ilişkilendirilebilir olması ve bu bilginin kişinin sağlık durumuna ilişkin hususları içermesi unsurlarını birlikte taşımalıdır. Bu nedenle kişisel sağlık verilerini yukarıda tanımını yaptığımız kişisel verilerden ayıran tek ilave unsur, “*bilginin kişinin sağlık durumuna ilişkin olmasıdır*”. Yani kişisel sağlık verileri, normal kişisel veriler gibi üç değil toplam dört adet kümülatif unsuru bünyesinde barındırmalıdır.

Sağlık Bakanlığı tarafından da kişisel sağlık verilerinin tanımı benzer şekilde ancak eksik ve hatalı bir şekilde yapılmıştır. Bakanlık tarafından çıkarılan hem

³⁴³ Yeşilyurt, *Hastanın Kişisel*, 3; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 73.

³⁴⁴ Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 73.

³⁴⁵ Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 29.

20/10/2016 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkındaki Yönetmelik’in 4/1-f maddesinde, hem de bu Yönetmeliği yürürlükten kaldıran 21.06.2019 tarihli ve 30808 sayılı Resmi Gazetede yayınlan Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik’in ³⁴⁶ (KSVHY) 4/1-j maddesinde kişisel sağlık verisi, “kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığına ilişkin her türlü bilgi ile kişiye sunulan sağlık hizmetiyle

³⁴⁶ Bu yönetmelik 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ile 10/7/2018 tarihli ve 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 378 inci maddesinin altıncı fıkrası ve 508 inci maddesine dayanılarak hazırlanmıştır. Bahse konu 3359 sayılı Kanun’un 1. maddesinde Kanun’un temel amacının sağlık hizmetleriyle ilgili temel esasları düzenlemek olduğu belirtilmiş, temel esaslar ise ilgi 3 maddesinin 1/f bendinde “Herkesin sağlık durumunun takip edilebilmesi ve sağlık hizmetlerinin daha etkin ve hızlı şekilde yürütülmesi maksadıyla, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca gerekli kayıt ve bildirim sistemi kurulur. Bu sistem, e-Devlet uygulamalarına uygun olarak elektronik ortamda da oluşturulabilir. Bu amaçla, Sağlık Bakanlığınca, bağlı kuruluşları da kapsayacak şekilde ülke çapında bilişim sistemi kurulabilir.” denilerek bu kişisel sağlık verileri ile ilgili olarak Sağlık Bakanlığına gerekli kayıt sistemini kurma ve işletme görevi verilmiştir. Yine 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkındaki Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 352 maddesi ile “Herkesin bedeni, zihni ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hâli içinde hayatını sürdürmesini sağlamak amacıyla sağlık bakanlığına Teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerinin yürütmek” görevi verilmiştir. Bu kapsamda olmak üzere Sağlık Bakanlığı’nın bu görevlerini yerine getirebilmesi için aynı Kararname’nin 378. maddesi ile bilgi toplama, işleme ve paylaşma yetkisi verilmiştir. İlgi madde şöyledir: “Madde 378- (1) Sağlık hizmeti almak üzere, kamu veya özel sağlık kuruluşları ile sağlık mesleği mensuplarına müracaat edenlerin, sağlık hizmetinin gereği olarak vermek zorunda oldukları veya kendilerine verilen hizmete ilişkin kişisel verileri işlenebilir. (2) Sağlık hizmetinin verilmesi, kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi ile sağlık hizmetlerinin planlanması ve maliyetlerin hesaplanması amacıyla Bakanlık, birinci fıkra kapsamında elde edilen verileri alarak işleyebilir. Bu veriler, Kişisel Verilerin Korunması Kanununda öngörülen şartlar dışında aktarılamaz. (3) Bakanlık, ikinci fıkra gereğince toplanan ve işlenen kişisel verilere, ilgili kişilerin kendilerinin veya yetki verdikleri üçüncü kişilerin erişimlerini sağlayacak bir sistem kurar. (4) Üçüncü fıkraya göre kurulan sistemlerin güvenliği ve güvenilirliği ile ilgili standartlar Kişisel Verileri Koruma Kurulunun belirlediği ilkelere uygun olarak Bakanlıkça belirlenir. Bakanlık, ilgili mevzuat uyarınca elde edilen kişisel sağlık verilerinin güvenliğinin sağlanması için gerekli tedbirleri alır. Bu amaçla, sistemde kayıtlı bilgilerin hangi görevli tarafından ne amaçla kullanıldığının denetlenmesine imkân tanıyan bir güvenlik sistemi kurar. (5) Sağlık personeli istihdam eden kamu kurum ve kuruluşları ile özel hukuk tüzel kişileri ve gerçek kişiler, istihdam ettiği personeli ve personel hareketlerini Bakanlığa bildirmekle yükümlüdür. (6) Kişisel sağlık verilerinin işlenmesi, güvenliği ve bu maddenin uygulanması ile ilgili diğer hususlar Bakanlıkça yürürlüğe konulan yönetmelikle düzenlenir.”

Sağlık Bakanlığı bünyesinde bu görevleri yürütmek üzere aynı Kararname’nin 358. maddesi ile Sağlık Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğü kurulmuş ve görevleri aynı madde de “a) Sağlık alanında kullanılan bilişim sistemleri ve iletişim teknolojileri ile ilgili ülke çapında politika, strateji ve standartların belirlenmesi amacıyla çalışmalar yapmak, b) Kişisel sağlık verileri ile ülke düzeyinde sağlık durumu ve sağlık hizmetlerine ilişkin veri ve bilgi akışını içeren her türden bilgi sistemleri ve projelerini yapmak ve yaptırmak, c) Sağlık bilgi sistemleri ve teknolojileri alanında uluslararası gelişmeleri izlemek, ülke uygulamalarını ve tecrübelerini paylaşmak, gerektiğinde uluslararası kuruluşlarla işbirliği yapmak, ç) Sağlık bilişimi ve teknolojisi alanında çalışacak kamu ve özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişilerin uyacakları kuralları belirlemek, uygulamak, gerektiğinde bunların yazılım ve ürünlerinin uygunluğuna karar vermek ve müelliflerini yetkilendirmek, d) Bakan tarafından verilen diğer görevleri yapmak.” şeklinde sayılmıştır.

ilgili bilgiler” olarak tanımlanmıştır. Fakat bu tanımda bizim tanımımıza ilave olarak *“kişiyeye sunulan sağlık hizmetiyle ilgili bilgiler”* ifadesi bulunmaktadır.

Yönetmelik’teki tanım, bizim yaptığımız tanımdan daha geniş ve kapsayıcı gibi düşünülebilir. Ancak mezkûr tanım, yukarıda yer verdiğimiz tanımdan daha isabetli değildir. Şöyle ki, bir kişiyeye sunulan sağlık hizmeti ile ilgili bilgiler aslında doğrudan kişinin sağlık durumuna ilişkin bilgilerin kapsamında yer almamaktadır. Çünkü bir kişinin hastalığı nedeniyle, hastanenin dâhiliye servisine yatırılmış olması ve bu kapsamda kendisine beslenmesi için sadece sıvı gıdalar veriliyor olması, damar yoluyla sıvı takviyesi yapılıyor olması kendisine sunulan sağlık hizmetine ilişkin bilgilerdir. Ancak bu hizmetler kişinin içinde bulunduğu sağlık durumu nedeniyle bu kişiyeye sunulmakta ve bu şekilde bir sağlık hizmeti sunuluyor olması kişiyeye sağlık durumunun bir göstergesi ve onun aynı zamanda bir parçasıdır. Yani sağlık durumuna ilişkin bilgi, doğrudan ilişkili olduğu sürece sunulan sağlık hizmeti bilgisini de içine alan daha geniş bir kavramdır. Ama hizmet alıcısına sunulan tüm sağlık hizmeti bilgileri bu kapsamda değerlendirilemezler. Nitekim Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Tıbbi Veriler Hakkındaki 5 Sayılı Tavsiye Kararı’nın 1. maddesinde tıbbi veri yani kişisel sağlık verisi bu iki kavramı kapsayıcı şekilde *“bireyin sağlık durumu ile ilgili tüm kişisel bilgiler”*³⁴⁷ olarak tanımlanmıştır. Yine ABGVKT’de³⁴⁸ ise kişisel sağlık verisi yerine sağlıkla ilgili veriler tabiri kullanılmış ve *“kişinin sağlık durumu hakkında bilgi içeren (gözler önüne seren, ortaya çıkaran) sağlık hizmetlerinin sunulmasına dair bilgiler de dâhil olmak üzere, bir gerçek kişinin fiziksel ya da zihinsel sağlığı ile ilgili kişisel veriler”*³⁴⁹ olarak tanımlanmıştır. Bu tanıma göre kişiyeye sunulan tüm sağlık hizmetleri bilgisi doğrudan kişisel sağlık verisi niteliği taşımamaktadır. Sadece kişinin sağlık durumuna ilişkin olarak bilgi içeren, sağlık durumunu ortaya koyan sağlık hizmeti sunumu bilgileri ancak kişisel sağlık verisi niteliği taşımaktadır. Yani kişinin beş gün

³⁴⁷ Council of Europe, Committee of Ministers, *Recommendation No. R (97) 5 on the Protection of Medical Data* (Feb. 13, 1997), <http://hrlibrary.umn.edu/instreet/coerecr97-5.html> (06/05/2019).

³⁴⁸ Tüzük madde 4/15.

³⁴⁹ Diğer çeviriler tarafımızca yeterli görülmediğinden çeviri bizzat yapılmıştır. Orijinal metin *“data concerning health’ means personal data related to the physical or mental health of a natural person, including the provision of health care services, which reveal information about his or her health status”* şeklinde olup Avrupa Birliği Resmî Gazetesi metninden alıntıdır. Bkz. Official Journal of the European Union, 4.5.2016, L 119/34, Nitekim Avrupa Birliği Bakanlığı çevirisinde de benzer şekilde *“sağlıkla ilgili veri, sağlık hizmetlerinin sağlanması da dâhil olmak üzere bir gerçek kişinin sağlık durumuyla ilgili bilgilerin açıklandığı, söz konusu gerçek kişinin fiziksel veya ruhsal sağlığına ilişkin kişisel verilerdir”* şeklinde bir çeviri yapılmıştır.

yatarak tedavi gördüğü bilgisi kişinin sağlık durumuna ilişkin olarak bilgi verirken bu beş gün içinde hastaya yemek olarak toplamda üç kez pilav verildiği, odasının olağan olarak hangi sıcaklıkta tutulduğu, hastanın tedavi gördüğü süre içinde kaç gün elektriklerin kesildiği, kaç kişilik odada kaldığı bilgisi kişinin sağlık durumuna ilişkin bilgi içermez. Yine bu süre içerisinde hastanın sadece sıvı gıdalar aldığı bilgisi kişinin sağlık durumuna ilişkin olarak bilgi verebilir. Yani Tüzükte tanımlama yöntemi olarak bizimde benimsediğimiz bir yaklaşım kabul edilmiş ve sunulan sağlık hizmeti bilgisi kişinin sağlık durumuna işaret eden bir nitelik taşıyorsa ancak o zaman kişisel sağlık verilerine dâhil bir bilgi olarak kabul edilmiştir.

Aralarındaki benzerlik nedeniyle ABGVKT'deki yaklaşım tarzı esas alınarak Sağlık Bakanlığı yönetmeliklerindeki tanımlama tercihinin yapıldığı söylenebilir. Ancak Sağlık Bakanlığı yönetmeliklerindeki bu tanımda belirtildiği üzere, kişiye sunulan tüm sağlık hizmetlerini kapsamına almaktadır. Sunulan sağlık hizmetinin kişinin sağlık durumuna ilişkin olarak bir özellik taşıyıp taşımadığı, bu anlamda kişinin sağlık durumuna işaret edici bir nitelik taşıyıp taşımadığı hususuna ilişkin bir belirginleştirmeyi ya da kayıtlamayı bünyesinde barındırmamaktadır. Kanaatimizce bu kabul tarzı çeviri farklılıklarından kaynaklanmaktadır.³⁵⁰ ABGVKT'deki kabul ve ifade tarzı, benimsediğimiz kişisel sağlık verisi ölçütlerinin tamamını bünyesinde taşıdığı için daha isabetli bir kabul ve ifade tarzıdır.

Kişisel sağlık verilerinin tanımı bu şekilde yaptıktan sonra kapsamını belirlemek gerekmektedir. Yani hangi bilgilerin kişisel sağlık verisi hangilerinin normal kişisel veri olduğu hususunun biraz daha belirgin hale getirilmesi gerekmektedir. Çünkü çalışmamızın önemli bir kısmını kişisel sağlık verilerini korumayı amaç edinen suçlar oluşturacağından ve bu suçların bazılarında suçun konusunu oluşturan verinin kişisel sağlık verisi olması başlı başına ağırlatıcı bir nitelikli hal olarak düzenlemiş olduğundan,

³⁵⁰ Kanaatimizce Sağlık Bakanlığı yönetmeliklerindeki tanımların çeviri farklılıklarından dolayı hatalı yapıldığını düşünmekteyiz. Çünkü bir üst dipnotta belirttiğimiz orijinal metindeki “, *including the provision of health care services,*” kısmın virgüller içinde yazılmış olduğu ve “*gerund*” yapısını içerdiği göz önüne alındığında burada bir “*reduction*” yani bir kısaltma vardır ve bu nedenle bu kısım “*adjective clause*” yani sıfat cümlecisi niteliği taşımaktadır. Bu nedenle de kendinden önceki ismi yani “*physical or mental health of a natural person*”ı tanımlamaktadır. Bu kapsamda bu kısmın doğru Türkçe’ye tercümesinin ancak “*kişinin sağlık durumu hakkında bilgi içeren (gözler önüne seren, ortaya koyan) sağlık hizmetlerinin sunulmasına dair bilgiler*” şeklinde yapılabileceğini düşünmekteyiz.

bu belirginleştirmenin daha bu aşamada yapılması çalışmamızın kapsamı açısından büyük önem taşımaktadır.

1.2.2. Kişisel Sağlık Verilerinin Kapsamı

Kişisel sağlık verilerinin yukarıda yer verilen tanımı doğrultusunda, kapsamının belirlenmesi önem taşımaktadır. Zira ne kadar doğru şekilde tanımlanırsa tanımlansın, tanıma uygun olarak kapsamın sınırları doğru şekilde belirlenmezse uygulamada aksaklıklar ve kurala uymayan kabuller ortaya çıkabilecektir. Yürürlükteki mevzuat da kişisel sağlık verilerini tanımlamakta ancak kapsamına ilişkin olarak bir belirginleştirme yapmamaktadır. Bu nedenle kişisel sağlık verilerinin kapsamının doğru bir şekilde tespiti inceleme konumuz açısından önem taşımaktadır.

Doktrindeki görüşlere bakıldığında, bazı yazarlar kişisel sağlık verilerini, “sağlık çalışanlarına gizli kalması şartıyla bildirilen” bilgilerle sınırlandırmaktadır.³⁵¹ Bu düşüncedeki yazarlar, kişisel sağlık verilerinin kapsamını doğrudan gizlilik veya mahremiyet kavramlarına atıf yapma yolunu tercih ederek³⁵² belirlemeye çalışmaktadır. Buna göre, başkalarınca duyulması, bilmesi istenilmeyen bilgiler kişisel veridir. Hekim ve diğer sağlık personeli tarafından hukuka uygun olarak öğrenilen, diğer kişilerin öğrenmesinin istenilmediği bilgiler kişisel sağlık verisi³⁵³ olarak kabul edilecektir. Bu yönüyle kişisel sağlık verilerinin kapsamının sınırlandırılması gerekmektedir. Herhangi bir sınırlandırma konulmaksızın çok geniş bir kabul, yasa koyucunun amacıyla bağdaşmayacak ve onun gerçek iradesini yansıtmayacaktır. Bunu sınırlamanın en uygun yolu ile veri öznesinin iradesini işin içine sokmak olacaktır. Bu nedenle bu görüşe göre kavram, veri öznesi kişinin başkalarının duymasını istemeyeceği verilerini kapsamına almalıdır.³⁵⁴ Bu çerçevede sağlık hizmeti faydalanıcısının saklanması istediği bilgiler ile toplumun geneline göre saklanması üstü kapalı olarak istediği farz olunamayan

³⁵¹ Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet*, 146.

³⁵² Başka bir gerekçeyle aynı yönde düşünen Hakeri bu konuda “kanunumuz esasen verilerin gizli olmasını aramamıştır. Verinin kişisel olması yeterli görülmüştür. Bununla beraber herkes tarafından bilinen veya kolaylıkla bilinmesi mümkün verileri bu kapsamda kabul etmek, maddenin kapsamını dayanılmaz ölçüde genişletmek anlamına geleceğinden kişisel veri kavramını (tabiki bu arada kişisel sağlık verileri kavramını) bu anlamda dar yorumlamakta zorunluluk vardır” demektedir. Bkz. Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Onuncu Baskı, Eylül 2015 Ankara, 893.

³⁵³ İstek, *Hasta Mahremiyeti*, 193.

³⁵⁴ Genel kişisel verilere ilişkin olarak bkz. Özalp ve Özalp, *Hekimin Cezai*, 139.

bilgiler dahi daha evvelce açıklamamış ise “sır” niteliği taşımaktadır³⁵⁵ ve sağlık mesleğinin icrası nedeniyle öğrenilen bilgiler oldukları³⁵⁶ için kişisel sağlık verisi olarak kabul edilecektir.

Belirtilen yaklaşım tarzına benimseyenlere göre hastanın başkasının duymasını isteyip istemeyeceğinin saptanmasında, aynı durumdaki bir başka hastanın nasıl düşündüğünü ifade eden objektif kriter değil özel olarak o kişinin ne düşüneceğini esas alan subjektif kriterin esas alınması gerekmektedir. Bu şekliyle bizzat ve somut olarak veri öznesi konumundaki hastanın başkaları tarafından öğrenilmesini ve duyulmasını istemeyeceği veriler, kişisel sağlık verileri olarak kabul edilmedir.³⁵⁷ Bu da veri öznesi hastanın konuya ilişkin olarak somut yaklaşım tarzından yani davranış tarzına göre bu konuda rıza gösterip göstermediğinden anlaşılabilecektir.³⁵⁸ Zira sağlık çalışanlarına yüklenen sır saklama yükümlülüğünün genel olarak sadece hastanın özel bir önem ve değer verdiği ve saklanması gereken durumlar bulunduğu geçerlilik taşıdığı düşünülmektedir.³⁵⁹ O halde bu görüşe göre, buna göre veri öznesi hasta tarafından hekime, diğer sağlık meslek mensuplarına anlatılan veya muayene bulgularında, tahlil ve tetkik sonuçlarında gözüken her türlü bilginin kişisel sağlık verisi olarak kabul edilmesi yerine, gizli tutulmasında veri öznesinin menfaati bulunan her türlü bilgiyi kişisel sağlık verisi olarak kabul etmek ve bu konuda ki ölçütü de toplumda yaşayan ortalama bir hasta profilini esas alarak değil somut veri öznesi hastayı esas alarak yapmak gerekecektir.³⁶⁰

Bu görüşte ifade edilen açıklanmamasında hastanın menfaati bulunan şey ise, bilme hakkı olanların ya da bilmesi gerekenlerin dışındaki kimselerin ulaşamaması gereken bilgi, açıklanması sahibinin şeref ve haysiyetine zarar verme tehlikesi bulunan hususlar, sahibi açısından bilgiyi saklama yükümlülüğü olan, talep edeni bakımından ise önünde engel olduğuna işaret edilen bilgi ve hastanın maddi ve manevi menfaatini zedeleyecek hususlar olarak³⁶¹ ifade edilmiştir.

³⁵⁵ Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet*, 147.

³⁵⁶ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 100.

³⁵⁷ Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 17; Özalp ve Özalp, *Hekimin Cezai*, 139.

³⁵⁸ Özdemir, *Hadım Etme*, 195.

³⁵⁹ Hans Langmack, *Ceza Hukuku Açısından Hekimin Sır Saklama Yükümü*, Çeviren: Erdener Yurtcan, İÜHFM, 1-4, İstanbul 1974, 455.

³⁶⁰ Deryal, *Hastanın Özel*, 78.

³⁶¹ Mehmet Akçakoca, *Hekimin Sır, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğe Aykırı*

Başka bir düşünceye göre kişisel sağlık verileri, veri öznesi hastanın herkesle değilde ancak belli ve sınırlı kişilerle paylaştığı ve gizli tutulmasında makul bir gerekçesinin korunmaya layık bir hukuki yararının bulunduğu veriler³⁶² olmakla birlikte, bahse konu verilerin muhatabı sağlık meslek mensupları dışındaki başka kişilerce daha önce bilinmeyen³⁶³ veriler olması gerekmektedir. Yani kişisel sağlık verileri, sınırlı sayıda kişi tarafından bilinen, sınırlı sayıda kişi tarafından bilinmesi gereken ve gizli kalmasında hastanın haklı bir yararının bulunduğu hastaya ait her türlü bilgidir.³⁶⁴ Bu yönüyle kişisel sağlık verilerinin en önemli ve esaslı unsurunu, aleniliğin bulunmaması³⁶⁵ oluşturmaktadır. Bu yaklaşım tarzında hastanın sadece özel yaşam ve gizli alanına ilişkin bilgiler kişisel sağlık verisi olarak³⁶⁶ kabul edilmektedir. Böylelikle kişisel sağlık verilerin ortak özellikleri arasında bir başka unsur daha eklenmiştir o da “özel ve başkalarıyla paylaşılmamış olma” halidir.

Meselenin bu yönünde, kişinin herkes tarafından bilinen bilgilerinin bu kapsamda kabul edilip edilmeyeceği tartışması gündeme gelmektedir. Buna ilişkin olarak öncelikle kişinin herkes tarafından bilinen bilgilerinin kişisel sağlık verisi olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir. Öyleyse bir verinin kişisel sağlık verisi olarak kabul edilebilmesi için, bir nevi ön şart olarak “*bu veriyi bilecek kişi sayısının sınırlı olması*” gerekmektedir. Yine bu kapsamda, sağlık meslek mensuplarında ve mesleklerinin icrası ile ilgili olarak öğrendikleri, henüz alenileşmemiş ancak toplumdaki herhangi bir kimsenin kolaylıkla öğrenebileceği bilgilerin kişisel sağlık verisi olarak kabul edilemeyeceği³⁶⁷ savunulmuştur. Yani hastanın kendisinin herkese anlattığı³⁶⁸, herkes tarafından zaten bir şekilde bilinen yönleri³⁶⁹, dış görünüşünden rahatlıkla anlaşılabilen veriler, bu nedenle herkesçe bilinmesi hiçbir zahmet gerektirmeyen veriler³⁷⁰ kişisel sağlık verisi olarak değerlendirilmemelidir.³⁷¹ Görüşün taraftarlarına

Davranmasının Ceza Hukuku Açısından Doğuracağı Sorumluluk, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt II, Sayı 1-2, 108.

³⁶² Hakeri, *Tıp Hukuku*, 891; Büyükay, *Hekimin Sır*, 386; Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 16.

³⁶³ Cahid Doğan, *Sağlık Haklarından*, 105.

³⁶⁴ Sevük, *Tıp Ceza*, 735, Erbaş, *Sağlık Mesleği*, 19.

³⁶⁵ Büyükay, *Hekimin Sır*, 386.

³⁶⁶ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 891.

³⁶⁷ Langmack, *Ceza Hukuku*, 454.

³⁶⁸ Özalp ve Özalp, *Hekimin Cezai*, 139.

³⁶⁹ Erbaş, *Sağlık Mesleği*, 16; Büyükay, *Hekimin Sır*, 386; Ünal Er, *Sağlık Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara 2008, 93.

³⁷⁰ İstek, *Hasta Mahremiyeti*, 186.

³⁷¹ Özalp ve Özalp, *Hekimin Cezai*, 139; İstek, *Hasta Mahremiyeti*, 186.

göre bu gibi durumlarda bahse konu verilerin saklanması suretiyle korunması amaçlanan meşru bir hukuki menfaatin bulunmamaktadır.³⁷²

Kanaatimizce, herkes tarafından bilinip bilinmemesi verinin kişisel sağlık verisi olması niteliğini değiştirmez. Belki korunup korunmamasına, koruncak ise hangi düzeyde bir koruma sağlanacağını tespitine hizmet eder. Bu yönüyle bir sağlık verisi toplumdaki hemen herkes tarafından biliniyor olsa bile kişisel sağlık verisidir. Belki bilinme düzeyi arttıkça korunma düzeyi düşürülebilir. Yani hastanın bir bilgiyi başkalarıyla paylaşmış olması ya da olmaması bu bilginin kişisel sağlık verisi olması vasfını değiştirmez. Bu anlamda paylaşılmamış olma gerekliliği, kurucu, asli bir unsur niteliği taşımamaktadır. Ancak, kişisel sağlık verileri çeşitli ayrımlara tabi tutulursa bunlardan biri gizli – açık kişisel sağlık verisi ayrımı olabilir. Bu yönüyle bakıldığında çalışmamız kapsamı itibarıyla önem arz eden kişisel sağlık verileri, “*kesinlikle gizli kalması gereken*” kişisel sağlık verileridir. Zira bizzat hak sahibi tarafından açıklanmış veya alenileştirilmiş bir sağlık verisinin ceza hukuku açısından korunması da gerekmez. Herkesçe bilinen hususlar sır olmadığı³⁷³ gibi aleni veya açık oldukları için açıklanmaları veya yayılmaları halinde veri öznesine ayrıca, yeniden ve özel bir zarar verici bir nitelik taşımazlar. Bu nedenle gizlenerek erişimi engellenerek korunacak bilgiler içerisinde görülmezler.³⁷⁴ Örneğin: Bir kişinin yaşadığı sağlık sorunları nedeniyle boyunun çok kısa kalması veya yine ankilozan spondilit (omurgayı tutan romatizmal bir hastalık) gibi bir sağlık problemi sonucunda aşırı derecede kambur kalması da bir kişisel sağlık verisidir. Ancak bu gizlenemeyecek bir bilgi olduğu ve o kişiyi tanıyan herkes tarafından bilindiği için gizli kalması ve dolayısıyla korunması gereken bir kişisel sağlık verisi değildir. Bu bilginin paylaşılması, yayılması bu yönüyle veri öznesine yeni ve farklı biri zarar vermez.

Yaşadığımız toplumlar artık çok büyük boyutlara ulaştığı için bilinme yönüyle neyin kastedildiğinde belirginleştirmesi gerekir. Bir bilgi hiçbir zaman, büyük bir toplumun tüm üyelerince biliniyor kabul edilmez. Örneğin halen toplumumuzda, bu ülkenin cumhurbaşkanının kim olduğunu veya cumhuriyeti kimlerin kurduğunu bilmeyen insanlar bulunmaktadır. Bu nedenle bu herkesçe bilinme esasında “*toplumdaki*

³⁷² Büyükay, *Hekimin Sır*, 386.

³⁷³ Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet*, 147.

³⁷⁴ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 651.

tüm bireylerce bilinmek” olarak algılanmamalıdır. Toplumun çoğunluğu tarafından bilinebilir olma bu yönüyle bilinmenin ölçütü olarak kabul edilebilir. Bunun tersi de geçerlidir. Yani bir verinin kişisel kabul edilebilmesi için “*toplumdaki hiç kimse tarafından bilinmeme*” olarak kabulü de doğru değildir. Bu nedenle kişisel veriler için olduğu gibi kişisel sağlık verileri içinde normal koşullarda, kapsama girecek bilginin mutlaka ve tümüyle gizli, hiç kimse tarafından bilinmeyen bilgi niteliğinde olması gerekmemektedir.

“*Olağan olarak bilinmesi gerekmeyen*” bazı bilgilerin belli bir amaçla derlenip kayda alınması durumunda beklenen korumanın sağlanabilmesi için, bu bilinme ölçütünün “*sınırlı olarak bilinme*” şeklinde belirlenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde verinin gizliliğini ihlal edici bir nitelikteki davranış karşısında bahsedilen verilerin korunması mümkün olmayacaktır.³⁷⁵ Bizde zaten bu kabul doğrultusunda çalışmamızın bundan sonraki kısımlarında, “*kişisel sağlık verilerini sınırlı sayıda kişi tarafından bilinmesi gereken, kişilerin sağlık durumlarına ilişkin ayırt edici sağlık bilgileri*” olarak kabul edip bu kapsamını esas alarak kullanacağız.

Bazı yazarlar, kişisel sağlık verilerinin kapsamının belirlenmesi anlamında meseleye, fiilen bilinip bilinmeme boyutuyla değil “*verinin niteliği*” itibariyle bakmayı tercih etmişlerdir. Bu gruptaki yazarların bir kısmı, kapsamı oldukça geniş bir şekilde algılamış ve sağlık meslek mensuplarının mesleklerinin ifası kapsamında öğrendikleri veri öznesine ilişkin her özel bilgiyi kişisel sağlık verisi olarak kabul etmişlerdir.³⁷⁶ Bu yaklaşımın tercih edilmesinde, hekimin sır saklama yükümlülüğünün önemi ve ifa ettiği fonksiyon göz önünde bulundurulmuş ve kişisel veri kavramının geniş yorumlanması gerektiği³⁷⁷ sonucuna ulaşılmıştır. Buna buna bağlı olarak tıbbi veri kavramının da içeriği geniş olarak kabul edilmeli ve buna göre değerlendirme yapılmalıdır.³⁷⁸ Dolayısıyla veri öznesi hastanın teşhis, tedavi ve bakımına ilişkin tüm kişisel bilgiler, bunların kayda alındığı belgeler ya da ortamlar bu kapsamda değerlendirilmelidir.³⁷⁹ Görevlerinin icrası sırasında tıbbi olsun ya da olmasın, veri öznesi hastanın kendisinden veya yakınlarından doğrudan veya dolaylı olarak öğrenilen tüm kişisel hususlar kişisel

³⁷⁵ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 642.

³⁷⁶ Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet*, 146.

³⁷⁷ Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 65.

³⁷⁸ Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 11.

³⁷⁹ Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 14.

sağlık verisi olarak kabul edilecektir.³⁸⁰ Yine kişisel sağlık verileri, yalnız mesleğin yerine getirilmesi sırasında elde edilen bilgilerle sınırlı değildir. Herhangi bir tıbbi yardım dolayısıyla öğrenilen bilgiler de kişisel veri sayılmalıdır.³⁸¹

Kişisel sağlık verilerini geniş yorumlayan diğer bir kısım yazarlara göre sadece nitelik ya da mahiyet önemli olmayıp niteliği itibarıyla kişisel sağlık verisi olmasa dahi “*veri öznesi tarafından kişisel sağlık verisi olduğu düşünülerek sağlık çalışanlarına aktarılan, yani veri öznesine göre böyle değerlendirilen verilerin*” de kişisel sağlık verisi olarak telakki edilmesi gerekmektedir.³⁸² Konuya ilişkin olarak bir diğer yazar grubu ise kişisel sağlık verilerinin kapsamının çok dar veya çok geniş tutulmasının hastanın da toplumun da menfaatlerine uymadığını, bu nedenle kapsamın hukuki esaslar gözetilerek belirlenmesi gerektiğini düşünmektedirler.³⁸³ Bu yönüyle hukuktaki ana bir ilke olan, üstün bir menfaati korumak için, aşağı derecede bir menfaatin fedasının meşru kabul edildiği ilkesinden hareketle, veri öznesinin sağlığı ile ilgili bir bilginin açıklanması daha üstün bir hakkın korunmasına hizmet ediyorsa ortada korunması gereken bir sağlık verisinin bulunduğu³⁸⁴ kabul edilebilecektir. Ancak yukarıda da değindiğimiz üzere kişisel verilerin ve kişisel sağlık verilerinin tanımlarında bu yönde bir kayıtlama bulunmamakta olup bu kabul tarzı kişisel sağlık verilerini oldukça sınırlandıracaktır. Bu kabul, verinin niteliğinin tespiti açısından değil de veriyi açıklayanın kusurluluğunun tespiti açısından önem taşıyabilir. Buna göre üstün bir menfaati koruma adına açıklama yapan kişinin zaruret hali içinde olduğu, bu nedenle ceza sorumluluğunun bulunmadığı kabul edilebilir.

Çalışmamızın bu bölümünde, doğrudan sağlık verisi niteliği taşımayan ancak “*duruma göre sağlık verisi niteliğine dönüşebilen*” verilere de değinmek gerektiğini düşünmekteyiz. Örneğin kişinin ismi bir sağlık verisi niteliğini normalde taşımaz. Ancak kişinin ismi belli tarihlerde belli bir hastanenin yatış kayıtlarına girmiş ise bu isim dahi artık bir kişisel sağlık verisidir. Çünkü gerçek bir kişiyle ilişkilendirilebilmekte ve diğer bilgilerle birlikte bu ismin bulunması doğrudan bu ilişkilendirmeyi sağlamaktadır. Bu nedenle böyle bir kullanımda, normal kişisel veri

³⁸⁰ Özdemir, *Hadım Etme*, 195.

³⁸¹ Elçioğlu, *Hasta Hakları*, 19.

³⁸² Büyükkay, *Hekimin Sır*, 387.

³⁸³ Sır saklama yükümlülüğü özelinde olmak üzere Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet*, 146.

³⁸⁴ Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet*, 146.

olmaktan çıkıp sağlık verisi haline gelmektedir. Yine bir kimsenin cildinin açık ten rengine sahip olması tek başına bir sağlık verisini niteliği taşımaz. Kişi bir makyaj malzemesi kullanarak özellikle böyle bir görüntü elde etmeye ve vermeye çalışmış olabilir. Ancak bir gazete haberinde bu durum, kişinin yaşadığı bir sağlık sorunu nedeniyle böyle görüldüğünü içerecek şekilde haber konusu edilirse artık bu bilgi bir kişisel sağlık verisi niteliği kazanmış olacaktır.

Kişisel sağlık verisinin kapsamına dair görüşlere bu şekilde değindikten sonra, daha somut olarak kişisel sağlık verilerinin neler olabileceğini belirlemeye çalışmakta fayda vardır. Bu yönden bakıldığında öncelikle bir kişinin sağlık durumunu iyi olması, yani bir sağlık sorunun olmaması, kişinin sağlık durumunun bozuk olması, yani hasta veya sakat olmasına dair bilgilerin kişisel sağlık verisi olduğu belirtilmelidir. Bu anlamda kişisel sağlık verilerinin kapsamının geniş yorumlanması gerektiği savunulmaktadır. Buna göre hastalığın türü, hastanın öyküsü, teşhis, tedavi, psikolojik belirtiler, bedeni eksiklikler ve özellikleri, hasta dosyası, röntgen filmleri, muayene sonuçları³⁸⁵, özel hayata ilişkin zararlı karakter unsurları, anormallikler, bedensel özellikler³⁸⁶ ile hastalıkla bir şekilde ilişkilendirilebilen kişisel, ailevi, mesleki, ekonomik duruma ilişkin bütün bilgiler ve hastane tıbbi kayıtları, bu konudaki belgeler³⁸⁷ kişisel sağlık verisi olarak değerlendirilmelidir.

Kişisel sağlık verilerinin kapsamının belirlenmesinde ilk ve belki de en önemli yönlendirici sağlık kurumlarının tuttuğu kayıtlar (kurumdaki belgeler) olabilir. Çünkü hastalara ait bütün tıbbî kayıtlarda yer alan şahsî sağlık bilgileri kişisel veri niteliğindedir.³⁸⁸ Hasta bilgi formu ve hasta dosyası, hassas kişisel verileri ihtiva eden önemli belgelerdir ve titizlikle korunmalıdır.³⁸⁹ Bu kapsamda bakıldığında hasta dosyasının içeriği kişisel sağlık verileriyle dolu olduğu söylenebilir. Tabii ki dosyanın kendisi, rengi, şekli değil içinde bulunan belgelerin içerdikleri bilgiler kişisel sağlık verisidir. Bu kapsamda bir hasta dosyasında ne tür bilgilerin bulunabileceğine bakmak gerekmektedir. Genel olarak uygulamada sağlık hizmeti sunan kişi ve kuruluşların hasta dosya kayıtlarında şu bilgi ve belgeler yer alır:

³⁸⁵ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 891.

³⁸⁶ Ayan, *Tıbbi Müdahaleden*, 98.

³⁸⁷ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 651.

³⁸⁸ Sevük, *Tıp Ceza*, 787; Cahid Doğan, *Tıbbi Kayıtların Tutulmasından Cezai Sorumluluk*; Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010 Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2011, 679.

³⁸⁹ Yeşilyurt, *Hastanın Kişisel*, 10.

1- *Hastanın Kimliği*: Hasta kabul birimleri tarafından kayıtlanarak hasta dosyasına dâhil edilirler. Burada hastanın adı, soyadı, baba adı, doğum tarihi, açık adresi ve varsa sosyal güvenlik durumu bilgisi³⁹⁰, yaş, cinsiyet, iş, eğitim gibi tanıtıcı hasta bilgileri³⁹¹ bulunmaktadır. Demek ki hastanın kimliği ve diğer hastalarla karıştırılmaması için dosyasına konulan resmi de bu kapsamda kişisel sağlık verisidir.³⁹² Yine hastanın adresi ve sağlık kuruluşuna geldiği bilgisi de bu manada kişisel sağlık verisine dâhildir.³⁹³

2- *Anamnez Kayıtları*: Hastanın hekime müracaatıyla birlikte ilk tutulmaya başlanan kayıt olup, tedavi ile ilgilenen hekim tarafından, tıbbi ilkelere bağlı kalarak tutulur ve hastanın mevcut yakınmasını, öyküsünü, şikâyetlerini, semptomları, hastanın ilişkili özgeçmişini, soy geçişini, vücut sistemlerinin tek tek muayene bulgularını içerir.³⁹⁴ Ayrıca problem olarak görülen ve tedaviyi etkileyebilecek önemli tıbbi durumlar ve hastalıklar (alkol, sigara, yaşam tarzı gibi risk faktörleri, alerji ve ilaç reaksiyonları, özgeçmiş, hastalıklar, ameliyatlar gibi) bu kapsamdaki bilgilerdendir.

3- *Rıza ve Aydınlatma Formları*: Hastaya yapılacak tıbbi müdahalelere ilişkin hastanın onayının alınmasını içeren formlardır. Başka bir deyişle aydınlatılmış onamın ispatına yarayan, bilgilendirme ve onay formlarıdır.³⁹⁵ Hastanın tıbbi müdahale öncesi gereği gibi aydınlatıldığını ispat için, hekimin hasta dosyasına, aydınlatmanın içeriğini, yerini, süresini, zamanını ve aydınlatmada bulunulan kişiyi belirtir şekilde kaydetmesi gerekir.³⁹⁶ Uygulamada matbu yani basılı ve standart form kullanma eğilimi yaygındır ve bu durum uygulamada ispat sorularına neden olabilmektedir. Uygulamada kullanılan ve tıbbi müdahale öncesi hastalara imzalatılan standart aydınlatma formlarının hekim tarafından gereği gibi bir aydınlatma yapıldığını kabul için yeterli bir dayanak teşkil etmediği bilinmemektedir.³⁹⁷ Ancak içerikleri itibarıyla kişisel sağlık verisi niteliğinde birçok bilgiyi barındırmaktadırlar.

³⁹⁰ Somer, *Tıbbi Kayıtlar*, 538.

³⁹¹ Karaarslan, Ergin, Turgut vd., *Elektronik Sağlık*, 2.

³⁹² Aynı yönde Hakeri, *Tıp Hukuku*, 891-892.

³⁹³ Benzer mahiyette, Hakeri, *Tıp Hukuku*, 892.

³⁹⁴ Zarife Şenocak, *Özel Hukukta Tıbbi Kayıtların Tutulmasından Sorumluluk*, Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010 Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2011, 624; Yener Ünver, *Tıbbi Kayıtlar ve Ceza Muhakemesinde İspat*, Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010 Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2011, 354; Somer, *Tıbbi Kayıtlar*, 538.

³⁹⁵ Somer, *Tıbbi Kayıtlar*, 538; Şenocak, *Özel Hukukta*, 624.

³⁹⁶ Şenocak, *Özel Hukukta*, 624.

³⁹⁷ Somer, *Tıbbi Kayıtlar*, 538; Şenocak, *Özel Hukukta*, 624.

4- *İzlem Notları:* Hastanın sağlık kuruluşunda izlendiği süre içinde hekimin gelişmeleri, yaşanan süreci not ettiği formdur. Yardımcı sağlık personelleri de görevleriyle ilgili olarak gelişmeleri izlem kayıtlarına geçirmektedirler. İzlem notlarında hastanın fiziksel, mental ve duygusal durumu; acil durumlarda hekim çağırdığında çağırının nedeni, saati, hekim tarafından önerilen ve hemşire tarafından verilen ilaçlar, dozları, bunların uygulanma saatleri, istenilen aralıklarla takip edilen kan basıncı, nabız, ateş, solunum sayısı gibi vital bulguları; hastanın yeme- içme durumu, bağırsak ve mesane fonksiyonları; tedavi sürecinde ortaya çıkan normal dışı gelişmeler, bu sebeple yapılan tıbbi müdahaleler ve bu müdahalelerin saati bulunur.³⁹⁸ Hastanın halen aldığı ilaçlar, tedavi dolayısıyla verilen ilaçlar, varsa yan etkileri ve ilaç etkileşimi, hastaya yapılan uyarılar kayda geçirilmektedir.³⁹⁹ Hastanın geçmişi ve tıbbi gidişatının kapsamlı bir fotoğrafını görebilmek için bu kayıtların, hastanın geçmiş ve hali hazırdaki tıbbi durumunun tüm ayrıntılarını, hasta hakkındaki fiziki ve duygusal tüm tıbbi ve diğer bilgileri de içerecek şekilde tutulması önemli ve gereklidir.⁴⁰⁰ Tedavi sürecinde ortaya çıkan tıbbi sapmalar yani standart tedaviden ayrılmalar⁴⁰¹, alternatif tedaviye geçilmişse buna ilişkin değerlendirme, hastanın geçirdiği operasyon süreci, bu süreçte gelişen ve beklenmeyen olaylar, yoğun bakım bilgileri ve taburcu raporu, taburcu edilirken hastaya yapılan tavsiyeler yine bu kapsamda kayda geçirilen bilgilerdir. Tüm bu bilgiler tereddütsüz bir şekilde kişisel sağlık verilerini⁴⁰² içermektedir.

5- *Hekim Orderları:* Teşhisin yani kişinin hastalığın bizzat kendisinin⁴⁰³, türünün, hangi aşamada olduğunun⁴⁰⁴, uygulanan tedavi ve keza bunlar bağlamında teşhise yönelik araştırma veya çabaların, hekimlerin hemşireler ve diğer personelden yapılmasını istedikleri hususların, yani verdiği talimatların kayda geçirildiği belgelerdir. Burada hastaya uygulanması gereken diyet, uygulanacak ilaçların zamanı, türü ve dozları, vital bulgular izlenecekse bunların sıklığı ve neler olduğu gibi bilgileri içerir⁴⁰⁵

³⁹⁸ Somer, *Tıbbi Kayıtlar*, 538.

³⁹⁹ Ünver, *Tıbbi Kayıtlar*, 354; Şenocak, *Özel Hukukta*, 624; Somer, *Tıbbi Kayıtlar*, 540.

⁴⁰⁰ Küçükgüngör, *Tıbbi Kayıtlarda*, 555.

⁴⁰¹ Şenocak, *Özel Hukukta*, 624.

⁴⁰² Somer, *Tıbbi Kayıtlar*, 538.

⁴⁰³ Çakmut, *Hekimin Cezai*, 284.

⁴⁰⁴ Doğan Soyaslan, *Hekimlerin Ceza Hukuku Yönünden Sorumluluğu*, Sağlık Hukuku Digestası, Ankara Barosu Yayınları, Yıl: 1, Sayı: 1, 2009 Ankara, 133.

⁴⁰⁵ Ünver, *Tıbbi Kayıtlar*, 354; Şenocak, *Özel Hukukta*, 624; Somer, *Tıbbi Kayıtlar*, 538.

ve bunların hepsi korunması gereken⁴⁰⁶ kişisel sağlık verileridir.

6- *Laboratuvar Raporları*: Röntgen, EKG, biyokimya, mikrobiyoloji, patoloji gibi birimlerde bizzat hastanın veya hastadan alınan numunelerin incelenmesi sonucunda tutulan raporlardır.⁴⁰⁷ Bu kayıtların tamamı doğrudan kişisel sağlık verilerini içermektedir.

7- *Konsültasyon Raporları*: Hastanın müdavi yani tedavi sorumluluğunu üstlenen hekiminin, kendisi veya hasta/hasta yakınının talebi üzerine diğer bir hekimin bilgisine başvurması halinde danışılan hekimin hastayla ilgili olarak tespit ettiği durumları, değerlendirme ve önerilerini yazdığı formlardır.⁴⁰⁸

8- *Epikriz*: Hastaya (yatan hastaya) taburcu olduğunda verilen ve hastalığın tanısının, tedavisinin, yapılan işlemlerin, izlem veya kontrol gerekiyorsa bunların sıklığının, hastanın yapması gereken işlemlerin yazıldığı belgedir.⁴⁰⁹ Yani yaşanan sürecin bir nevi özetinin yapıldığı belge olup buna geçirilen neredeyse tüm kayıtlar kişisel sağlık verileri niteliği taşımaktadır.⁴¹⁰

Esasında konuya ilişkin olarak kapsamlı bir değerlendirme yapıldığında kişisel sağlık verilerinin sadece tutulan bu kayıtlarla sınırlı olmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle doğrudan hasta dosyasına girmese bile hastanın hekim talimatına rağmen hastaneyi terk etmesi, hastanın disiplin kuralları gereği hastaneden çıkarılması, hastanın bizzat kendisine zarar verme tehlikesine karşı alınan tedbirler, diğer beklenmeyen durumlar⁴¹¹ gibi hususlarda kişinin sağlık durumuna ilişkin bilgiler içermeleri nedeniyle kişisel sağlık verileri kapsamına dâhildirler.

Yine bu yönüyle bakıldığında hasta dosyasına girmeyen ancak hasta dosyalarındakilerle bir şekilde ilişkili olan bir kısım veriler de vardır. Bu kapsamda, insan bedenine ilişkin genetik bilgileri taşıyan ve gerektiğinde vericisiyle

⁴⁰⁶ Soyaslan, *Hekimlerin Ceza*, 133.

⁴⁰⁷ Somer, *Tıbbi Kayıtlar*, 538.

⁴⁰⁸ Somer, *Tıbbi Kayıtlar*, 538.

⁴⁰⁹ Somer, *Tıbbi Kayıtlar*, 539.

⁴¹⁰ Epikriz düzenlenmesi zorunluluğu Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24/son maddesinde düzenlenmiştir. Düzenlemeye “Sağlık kurum ve kuruluşlarında yatarak tedavisi tamamlanan hastaya, genel sağlık durumu, ilaçları, kontrol tarihleri diyet ve sonrasında neler yapması gerektiği gibi bilgileri içeren taburcu sonrası tedavi planı sağlık meslek mensubu tarafından sözel olarak anlatılır. Daha sonra bu tedavi planının yer aldığı epikrizin bir nüshası hastaya verilir”. Bu sebeple yatarak tedavi edilen hastalar yönünden epikriz düzenlenmesi ve epikrizin bir nüshasının hastaya verilmesi zorunludur.

⁴¹¹ Şenocak, *Özel Hukukta*, 624.

ilişkilendirilebilen hücre, uzuv, kan ve DNA gibi örneklerin toplandığı bankalar yani biyolojik veri bankalarının en önemli özelliği, hem biyolojik örnekleri, hem de bu örneklere ilişkin verileri bir arada bulundurmasıdır.⁴¹² Bu nedenle bu bankalarda bulunan örneklerin bizzat kendileri ve bunlara ilişkin kayıtlar da kişisel sağlık verisidir.

Sonuç olarak sağlık kurumlarında kişilerle ilgili inanılmaz sayıda verilerin kayda geçirilmekte olduğunu görmekteyiz. Bu yönüyle, hastanelerde hastalarla ilgili olarak tutulan kayıtların kapsamı o kadar geniştir ki, bunların hepsinin kişisel sağlık verisi kapsamında kabul edilmesi doğru olmayabilir. Örneğin, Özel Hastaneler Tüzüğü'nün 29. maddesi gereğince *“hastaların kabul koşul ve yöntemleri, sınıfına göre hastalardan alınacak ücret ve ne zaman alınacağı, hasta emanet ve eşyasının saklanması, hasta ziyaret saatleri, sınıflarına göre hasta odalarının nitelikleri hastanın özel durumunun gerekleri dışında verilecek yemeklerin nitelik ve niceliği, yemek zamanları, ölüm halinde yapılacak dezenfeksiyon, tabiplerin nöbet görevleri, hemşirelerin, hastabakıcıların ve diğer hizmetlilerin görevleri, polikliniği olan hastanelerin bu hizmetlerinin yapılış biçimi ile iç hizmetlere ilişkin diğer hususların”* kayda alınması zorunludur. Ancak bunların hepsi kişisel sağlık verisi olarak kabul edilemez. Öyleyse kişisel sağlık verilerinin kapsamını belirlemede tutulan kayıtlar ilk ve en önemli belirteç olsalar da buna tek başına esas alınmaları doğru ve yeterli olmamaktadır. Bunun kabulü sağlık verilerinin kişisel olma özelliği ile bağdaşmayacağı gibi kapsamını da inanılmaz bir şekilde genişletecektir.

Tam da bu aşamada sağlık kurumlarında tutulan kayıtların hangilerinin kişisel sağlık verisi olması gerektiğini belirlemeye yarayacak bir ölçüt geliştirilip geliştirilemeyeceği sorusu akla gelebilir. Düşüncemize göre, kişisel sağlık verilerin tanımında da bulunan, *“kişinin sağlık durumuna ilişkin olarak bilgi verip vermediği”* hususu ölçüt olarak alınabilir. Dolayısıyla hastanın sağlık durumuna ilişkin olarak somut bilgi verici olup olmamasına göre bir bilgi birisi için kişisel sağlık verisi olabileceken bir diğeri için kişisel sağlık verisi olmayabilir. Örneğin hastaya verilen yemek eğer sağlık durumu ile ilgili olarak bir işaret veriyorsa mesela hasta sadece sıvı gıdalarla beslenmek zorundaysa bu anlamda hastaya hastanede uygulanan diyet kişisel sağlık verisidir. Ancak hastanın sağlık probleminin beslenmeye bir etkisi yoksa ve bu

⁴¹² Yusuf Büyükay, *Tıbbi Kayıt Olarak Biyolojik Veri Bankaları*, Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010 Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2011, 578-579.

anlamda hastanenin normal menüsü kendisine uygulanıyorsa buna ilişkin bilgi kişisel bir sağlık verisi değildir. Yine maddede sayılanlardan hasta odasının temizliğinde kullanılan dezenfektanlar, eğer kişinin sağlık durumuna işaret edici bir nitelik taşıyorlarsa ancak o zaman kişisel sağlık verisi olabilirler. Örneğin hasta akciğer hastalığı taşıyor ve bu nedenle odası özel bir dezenfektanla temizleniyorsa bu dezenfektan bilgisi kişisel sağlık verisi niteliği taşıyacaktır.

Bu başlık altında hastadan alınan üçüncü kişilere ait bilginin kişisel sağlık verisi olup olmadığına da değinmek gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki hastanın hastalığıyla bağlantılı olmak kaydıyla verdiği üçüncü kişilere ilişkin bilgiler de bu kapsamda kişisel sağlık verileridir. Örneğin eşinin çocuğunun ya da diğer aile bireylerinin sağlık durumuna ilişkin bilgiler bu kapsamdadır.⁴¹³ Fakat hastalığı ile ilişkili olmaksızın verdiği üçüncü kişilere ait bilgiler hastanın kişisel sağlık verisi olarak kabul edilemez. Örneğin aynı mahallede yaşadıkları bir arkadaşının bulaşıcı olmayan bu hastalığı geçirdiğine dair bilgi, bu yönüyle hastanın kişisel sağlık verisi değildir. Bu tip bilgiler bu anlamda belki bu üçüncü kişinin hakları kapsamında kişisel sağlık verisi niteliği taşıyabilirler.

Hastanın sağlık durumuyla ilgili olmaksızın aktardığı diğer bilgilerin korunması gereken kişisel sağlık verisi kapsamına girip girmeyeceği tartışılmalıdır. Karşılaştırmalı hukukta bu tip verileri de kişisel sağlık verisi kapsamına alma eğilimi mevcuttur. Ancak Hakeri, bu görüşe, “*sorumluluğu aşırı genişleteceğinden bahisle*” karşı çıkmakta ve sadece tedavi bağlamında aktarılan hususların bu anlamda kişisel sağlık verisi olarak kabul edilmesi gerektiğini düşünmektedir.⁴¹⁴ Yine Langmack, hekimin mesleğin icrası kapsamında olmayıp örneğin askerlik hizmeti sırasındaki arkadaşlıkta, caddedeki rastlaşmalarda veya tatilde vb. sebeplerle öğrendiği hususların bu nitelikte olmadığını düşünmektedir.⁴¹⁵ Biz bu kanaate ancak aktarılan verinin başkasının kişisel sağlık durumuna ilişkin olmak durumunu istisna tutmak suretiyle kısmen katılmaktayız. Çünkü bir hasta ziyaretçisi, hastanede yatan bir hasta ile ilgili olarak mahallede karşılaştığı hekime, hastanın hemşire tarafından verilen ilaçları almadığı ve gizli bir şekilde çıkardığı bilgisini verirse bu bilgi diğer hastanın kişisel

⁴¹³ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 893.

⁴¹⁴ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 893.

⁴¹⁵ Langmack, *Ceza Hukuku*, 454.

sağlık verisidir. Bu yönüyle bir verinin kişisel sağlık verisi olarak kabul edilmesi için bilginin edinildiği kaynağın ve edinilme şeklinin önemi olmayıp bilginin mahiyeti önem taşımaktadır. Yani bilgi kimden, ne zaman ve nasıl gelirse gelsin, bir kişinin sağlık durumuna ilişkin olarak önemli veya önemsiz bazı hususları içeriyorsa bu bilgi kişisel sağlık verisi olarak kabul edilmelidir.

Kişisel sağlık verileri sadece hastalara ilişkin bilgiler değildir. Çünkü sağlık kuruluşlarına sadece hastalar başvuramamaktadır. Bu yönüyle, bir işe başvurabilmek, evlenebilmek, belli faaliyetleri icra edebilmek için sağlık durumu raporu almaya gelenler, yani “*hasta olmadıklarını belgelendirmeye çalışanlar*” da sağlık kurumlarına başvurmaktadır. Yine tıbbi araştırmalar kapsamında olmak üzere denek olarak ilaçların testinde kullanılmaya rıza gösterenler, haklarında yapılan bir soruşturma kapsamında beden ya da akıl sağlığıyla ilgili olarak bilirkişi raporları almaya gelenler gibi çok değişik sebeplerle pek çok kişi sağlık kurumlarına başvurmakta ve hizmet almaktadırlar. Bu anlamda sağlık kuruluşları sadece hastalara hizmet vermemekte, toplumun çok geniş bir kesimine, çok değişik sektörlerle hizmet sunmaktadır. Bu yönüyle bakıldığında kişisel sağlık verilerinin sadece hastalara özgü bilgiler olarak algılanması isabetli değildir. Zaten başta zikrettiğimiz kişisel sağlık verisi tanımlamalarında da veri öznesi olarak sadece hastalar kabul edilmiş değildir. Tanımlamalardaki “*gerçek kişiye ilişkin*” tabiri özellikle seçilmiştir. Bu nedenle bir gerçek kişinin fiziksel ya da zihinsel sağlığı ile ilgili tüm kişisel bilgiler kişinin hasta olup olmamasına bakılmaksızın kişisel sağlık verisi olarak kabul edilmelidir. Bu sebeple hekimin adli raporlama faaliyetleri kapsamında bilirkişi olarak öğrendiği bilgiler ve bu nedenle raporuna aktardığı bilgiler de kişisel sağlık verisidir.⁴¹⁶ Yine hekimin idari raporlama faaliyetleri sırasında öğrendiği ve rapora aktardığı bilgiler de kişisel sağlık verisidir. Bu nedenle iş başvurularında kullanılmak üzere düzenlenen rapora yazılan bilgiler, bu raporun düzenlenmesine yönelik yapılan ön çalışmalardaki ulaşılan bulgular kişisel sağlık verisidir. Yine halk sağlığının korunması bağlamında yapılan işyeri denetimlerinde çalışanların sağlık durumlarına ilişkin olarak elde edilen bulgular kişisel sağlık verisidir. İş hukuku anlamında bir işyeri hekiminin, hasta olan ya da olmayan işçilere ilişkin olarak düzenledikleri kayıtlara aktardıkları bilgiler kişisel sağlık verisidir.

⁴¹⁶ Aynı yönde Hakeri, *Tıp Hukuku*, 893.

Sağlık kuruluşlarına aile planlaması malzemesi almak için başvuran kadından, aşılana çocuğa kadar herkesin tıbbi kayıtları tutulduğuna⁴¹⁷ göre bu kapsamda tutulan kayıtlarda içerdikleri bilgiler itibariyle kişisel sağlık verisi niteliğindedir.

1.2.3. Kişisel Sağlık Verilerine İlişkin Uluslararası ve Ulusal Düzenlemeler

1.2.3.1. Genel Olarak

Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve Avrupa ülkeleri gibi gelişmiş ülkelerde, bilgisayar kullanımına erken geçilmesi nedeniyle son 50 yılda, kişisel verilerin güvenliğine ilişkin tehditler bulunduğu anlaşılmış ve bu konuda hukuksal düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır.⁴¹⁸ Konuya ilişkin düzenlemeler sadece ulusal düzenlemeler olarak yapılmakla kalmamış verilerin internet sayesinde çok hızlı bir şekilde uluslararası transfer edilebiliyor olması ve bu nedenle veri öznelerinin uluslararası olarak mağdur edilmeye başlamasının etkisiyle uluslararası boyutta düzenleme yapılması usulü tercih edilmiştir.

Kişisel verilere ilişkin uluslararası belgelerden ilki Ekonomik Kalkınma ve İş Birliği Örgütü (OECD) tarafından yayımlanan 23 Eylül 1980 tarihli ve sekiz adet rehber ilkeden oluşan Yaşamın Korunması ve Kişisel Verilerin Sınır Ötesi Akışına İlişkin Rehber İlkeler dokümanıdır. Ayrıca 28 Ocak 1981 tarihinde imzaya açılan ve 1 Ekim 1985 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Konseyi'nin 108 nolu Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi, 14 Aralık 1990 tarihli Birleşmiş Milletler'e ait Bilgisayarla İşlenen Kişisel Veri Dosyalarına İlişkin Rehber İlkeleri, 25 Ekim 1998 tarihinde yürürlüğe giren 6698 sayılı KVKK'ye de temel oluşturan 95/46/EC Sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Tüzüğü, 8 Kasım 2001 tarihli Avrupa Konseyi'nin 181 nolu Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi'ne Ek Denetleyici Makamlar ve Sınır Aşan Veri Akışına İlişkin Protokolü ve son olarak da 25 Mayıs 2018 tarihinde yürürlüğe giren 2016/679 Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (ABGVKT) de bu kapsamdaki temel uluslararası belgelerden sayılmaktadır.

⁴¹⁷ Somer, *Tıbbi Kayıtlar*, 520.

⁴¹⁸ Türk Tabipler Birliği Kişisel Sağlık Verileri Çalışma Grubu, "Sağlık Hizmetlerinde Kişisel Veri Toplanması, Korunması ve Değerlendirilmesi".

Kişisel verilere ilişkin iç hukuku normlarımız olan Anayasa, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunmasına Dair Kanun, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, Türk Eczacıları Deontoloji Tüzüğü, Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin kişisel sağlık verilerine ilişkin olarak birtakım düzenlemeler içerdiği söylenilebilir. Çalışmamızın kapsamı gereği tüm bu düzenlemelere aşağıda çalışmamızın amacı ve kapsamı dikkate alınarak ayrı başlıklar altında değinilecektir.

1.2.3.2. Uluslararası Düzenlemeler

Uluslararası antlaşmaların usulüne göre onaylanması halinde iç hukukta da kanun gücünde olduğu bir Anayasa hükmüdür.⁴¹⁹ Bu nedenle bu alandaki uluslararası antlaşmaların çalışmamız kapsamında ayrıca inceleme konusu yapılması gerekmektedir.

Uluslararası sözleşmelerin iç hukuka etkisi bakımından bakıldığında kişisel verilerin korunmasını da kapsamına alacak şekilde Anayasa'nın 16. maddesinde *“Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir”* denilmiş, bu yönüyle yabancılar açısından uluslararası hukuka özel bir önem verilmiş ve bir nevi uluslararası hukuk kanunların üzerine çıkarılmıştır. Anayasa'da kişisel verilerin korunması da temel hak ve özgürlükler içerisinde düzenlenmiştir. Bu iki husus birlikte değerlendirildiğinde yabancılar hakkındaki kişisel verilere ilişkin olarak yapılacak sınırlandırmalar kanunla yapılsa dahi *“ancak milletlerarası hukuka uygun olarak”* yapılabilecektir. Bu bağlamda, milletlerarası düzenlemeler bir anlamda kanunların üstünde ve onlara bir nevi çerçeve çizici bir nitelik taşımaktadır.

Anayasa'nın 90. maddesinde de uluslararası antlaşmaların onaylanması düzenlenmiş ve 90/5 maddesinde *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır”* denilerek yabancılarla ilişkin bir kayıtlama ya da sınırlandırma konulmaksızın bu alandaki milletlerarası antlaşmalara (kanunlarla çatışmaları halinde)

⁴¹⁹ Anayasamızın konuyla ilgili maddesi 90. maddesi olup maddenin kenar başlığı Milletlerarası Andlaşmaları Uygun Bulma'dır. Maddenin 5. fıkrası şöyledir: *Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 5170- 7.5.2004 / m.7) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*

üstünlük tanınmıştır. Bu sebeple kişisel verilerin korunması anayasa ile teminat altına alınmış bir temel hak ve özgürlük olduğundan bunlara ilişkin olarak Türk iç hukuku açısından uluslararası sözleşmelerin kanunların üstünde olduğu ve uygulayıcı tarafından evleviyetle uygulamada tercih edilmesi gerektiği rahatlıkla söylenebilir.⁴²⁰ Bu konuda, uluslararası sözleşmelerin anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceği kuralı ile birlikte değerlendirildiğinde iç hukukta, yasa ile benimsenen insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin uluslararası ve iç hukuk kuralı olarak Türk hukuk düzeninde en üstte yer aldığına dair kabul⁴²¹ yaygın olarak ifade edilmektedir. Bu düşüncedeki yazarlara göre insan haklarıyla ilgili her sözleşme, Anayasa'nın dahi üstünde bir değer taşımaktadırlar. Anayasa yapıcısı, anayasayı yaparken uluslararası sözleşmeleri yasa düzeyinde öngörmüş olabilir. Ancak bu onun öznel iradesidir. Aynı anayasa yapıcısı, anayasaya aykırılık iddiasını engelleyerek bu öznel iradeyi aşmış, o anda bile geleceğe yönelik nesnel iradesini açıklamıştır. Artık bugün, Anayasa'ya karşısında dokunulmazlığını koruyarak yürürlükte kalan bir sözleşme hükmü varsa, bu hüküm Anayasa'ya karşın hukuk âleminde varlığını sürdürecektir ve kapsamına aldığı durumlara uygulanmaya devam edecektir. Yargıçlar yasaları, yasa koyucusunun öznel değil nesnel iradesine göre yorumlayarak uygulamak zorundadırlar.⁴²²

Netice itibarıyla kişisel verilere ilişkin olarak hayata geçirilen uluslararası anlaşmalar iç hukuk sistemimizde büyük önem taşımakta ve bu nedenle çalışmada bu anlaşmalara kısaca değinmek gerekmektedir.

1.2.3.2.1. Ekonomik İş Birliği ve Kalkınma Teşkilatı Sözleşmesi

Ekonomik İş Birliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD), 14 Aralık 1960 tarihinde imzalanan Paris Sözleşmesi'ne dayanılarak kurulmuş ve 30 Eylül 1961'de resmen işlerlik kazanmıştır. OECD'nin kuruluşu, II. Dünya Savaşı sonrasında savaşın etkisiyle ciddi zarar gören Avrupa'nın Marshall Planı çerçevesinde yeniden toparlanması

⁴²⁰ Alaattin Bük, *Elektronik Ortamda Saklanan Kişisel Verilerin Elde Edilmesi /Değiştirilmesi Suretiyle İşlenen Suçların Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Güvenlik Stratejileri ve Yönetimi Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara 2015, 54.

⁴²¹ Sami Selçuk, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Uygulaması*, Yargıtay Dergisi, Yıl: 25, Sıra Sayı: 98, Cilt:25, Sayı: 3, Temmuz 1999, 410.

⁴²² Selçuk, *Avrupa İnsan*, 410.

amacıyla 1948 yılında kurulan Avrupa Ekonomik İş Birliği Örgütüne dayanır.⁴²³ OECD'nin kişisel verilerin korunması ile ilgilenmesi ise 1970'li yıllara dayanır.

Kişisel verilerin ülkeler arasında rahat ve güvenli değişimini gerçekleştirmek amacıyla, 1978 yılında OECD bünyesinde bir grup kurulmuştur. Bu grubun çalışmaları kapsamında, kişisel verilerin uluslararası transferinde izlenmesi gereken prosedürün tespitine yönelik olarak 23 Eylül 1980 tarihinde, uluslararası bir temel teşkil edecek şekilde ve bağlayıcı olmayan ilkeleri içeren *Mahremiyetin Korunması ve Kişisel Verilerin Sınır Ötesi Akışına İlişkin Rehber İlkeler* kabul edilmiştir.⁴²⁴ Böylelikle kişisel verilerin korunması konusu somut olarak ilk defa incelenmiş ve bu konudaki ilk kez rehber ilkeler belirlenmiştir.⁴²⁵ Bu ilkelerin belirlenmesi ile ulaşılmak istenilen nihai amaç, üye devletlerde çoğulcu demokrasinin, insan haklarına riayet ve serbest piyasa ekonomisinin gerçekleşmesini sağlamaktır.⁴²⁶ Bundan da anlaşılacağı üzere, kişisel verilerin korunması sadece temel hak ve özgürlükler alanında değil aynı zaman çok geniş bir alanda, hatta örneğin piyasa ekonomisindeki güven ortamının sağlanmasında dahi etkileri olabilen çok önemli bir husustur. Bu ilkeler, alanında ilk olmaları nedeniyle, üye ülkeler üzerinde bağlayıcı bir gücü olmamasına rağmen, birçok ulusal ve uluslararası belgenin düzenlenmesinde kaynak teşkil etmiş ve referans vazifesi görmüştür.⁴²⁷

Zikredilen rehber ilkeler: sınırlı bilgi toplama, veri kalitesi (amaçla uyumlu, doğru ve güncel olma), amaca özgülük, kullanım sınırlaması, makul düzeyde güvenlik önlemi alınması zorunluluğu, aleniyet ve bireyin rızası, hesap verebilirlik gibi ilkelerdir. Bu ilkeler halen önemli oranda kabul görmekle ve ulusal kanunların çoğuna kaynaklık etmektedir.

Veri koruma hukukunun dinamik yapısının teknolojik gelişmelerden doğrudan etkilenmesi hem ulusal hem de uluslararası belgelerde yeni düzenlemeler yapılmasını veya mevcut düzenlemelerde değişiklik yapılmasını kaçınılmaz kılmaktadır. Bu nedenle OECD 1980 yılında yaptığı bu ilk düzenlemelerle yetinmemiş, buna ilave olarak 11

⁴²³ Ahmet Boz, *Kişisel Verilerin Korunması: Türkiye, ABD ve AB Örnekleri*, Yüksek Lisans Tezi, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Güvenlik Stratejileri ve Yönetimi Anabilim Dalı, Ankara 2014, 43.

⁴²⁴ Ahmet Boz, *Kişisel Verilerin*, 43.

⁴²⁵ Sevik, *Tıp Ceza*, 783.

⁴²⁶ Ahmet Boz, *Kişisel Verilerin*, 43.

⁴²⁷ Ahmet Boz, *Kişisel Verilerin*, 43.

Nisan 1985 tarihli *Sınır Ötesi Veri Akışı Bildirisi*'ni, 26 Kasım 1992 tarihli *Bilgi Sistemlerinin Güvenliği İçin Rehber İlkeleri*'ni ve 27 Mart 1997 tarihli *Kriptografi Politikası Rehber İlkeleri*'ni, 7-9 Aralık 1998 tarihli *Küresel Ağlarda Mahremiyetin Korunmasına İlişkin Bakanlar Konseyi Bildirisi* 'ni hayata geçirmiştir.⁴²⁸

1.2.3.2.2. Birleşmiş Milletler

Birleşmiş Milletler (BM), ekonomik ve sosyal gelişmeler, çevrenin ve göçmenlerin korunması, insan hakları, terörle mücadele, silahsızlanma, cinsiyet eşitliği ve kamu sağlığı gibi alanlarda da daha iyi bir dünya yaratmak amacıyla faaliyet göstermektedir.⁴²⁹ Bu amaç 26 Haziran 1945 tarihinde San Francisco'da imzalanan Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın birinci maddesinde “uluslararası barış ve güvenliği korumak, hak eşitliği ve halkların kendi geleceğini belirleme ilkelerine saygı göstererek milletlerarasında dostça ilişkiler geliştirmek, uluslararası ekonomik, sosyal, kültürel, insani sorunların çözümünde işbirliği yapmak ve temel insan hak ve özgürlüklerine karşı saygıyı teşvik etmek, bu ortak çıkarların elde edilmesi hususunda milletlerarasında uyum sağlayıcı bir merkez olmak.” olarak belirtilmiştir.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında insan haklarını uluslararası alanda ortak koruma ilkesi gündeme gelmiş ve bu antlaşma insan hakları temelini uluslararası düzleme taşımıştır.⁴³⁰ Üye devletler bu antlaşmadan doğan yükümlülükleri kabul etmiş ve onaylamıştır. İşte bu anlaşmadan doğan yükümlülüklerden birisi de insan hakları ve temel özgürlüklere saygı gösterilmesi, bunların geliştirilmesi ve desteklenmesidir.

Kişisel verilerin korunması hakkı, temel hak ve özgürlüklere saygı gösterilmesi amacıyla örgüt bünyesinde kabul edilen genel nitelikli insan hakları metinlerinde özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında değerlendirilmiştir. Ayrıca örgüt bünyesinde, kişisel verilerin korunması hakkı ile ilgili doğrudan düzenlemelere de yer verilmiştir.⁴³¹

⁴²⁸ Murat Uygun, *Avrupa Birliğinin 95/46 Sayılı Veri Koruma Yönergesi Işığında Kişisel Verilerin Korunması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2010, 25; Ahmet Boz, *Kişisel Verilerin*, 46.

⁴²⁹ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 27.

⁴³⁰ Gürkan Sert, *Tıp Hukuku ve Tıp Etiği Açısından Sağlık Hizmetlerinde Mahremiyet Hakkı Kavramı*, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Deontoloji Anabilim Dalı İstanbul 2007, 14; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 42.

⁴³¹ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 43.

10 Aralık 1948’de kabul edilen BM Evrensel İnsan Hakları Bildirisi’nin 12. maddesinde özel hayatın gizliliği hakkına yer verilmiştir.⁴³² Bağlayıcılığı olmamasına rağmen beyanname, insan haklarının belirlenmesi ve korunması alanında en önemli belgelerden biri olarak kabul edilmektedir. Beyanname’nin 12. maddesi özel hayata saygı hakkı ile ilgilidir.⁴³³ Madde ile kişilerin özel hayatı, ailesi, konutu, haberleşmesi, adı ve şerefi koruma altına alınmıştır. Kişisel sağlık verilerinin de bu hakların kapsamında olduğunda şüphe bulunmamaktadır. Bu anlamda madde, kişisel sağlık verilerini de koruma altına almıştır.

Beyannamenin bağlayıcılığının sağlanması amacıyla daha sonra iki sözleşme daha hazırlanmıştır. “*Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi*” (*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*), bunlardan ilkidir. Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar (sağlık, eğitim, sosyal güvenlik, sendika kurma, kültürel hayattan yararlanma hakları gibi) bu Sözleşme’de geniş bir şekilde yer almıştır. “*Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi*” (*International Covenant on Civil and Political Rights*) ise ikincisidir. Bu Sözleşme Evrensel Bildirge’de yer alan klasik ve temel hakları geniş bir kapsamla düzenlemektedir. “*Seçmeli Protokol*” ise, 16 Aralık 1966’da Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilmiş ve 10 yıl sonra yürürlüğe girmiştir.⁴³⁴ Türkiye her iki sözleşmeyi de onaylamış ve iç hukukunun parçası haline getirmiştir. Her iki sözleşmenin de kabul kanunlarının tarihi ile Resmî Gazete’de yayım tarihleri aynıdır. Her iki Kanun da (uygun bulma kanunu da) 04/06/2003 tarihli TBMM genel kurulunda kabul edilmiş olup bu Kanunlar 18/6/2003 tarihli Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Böylece her iki Sözleşmede iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir. Mezkûr sözleşmelerin insan haklarına ilişkin hükümler içermeleri nedeniyle anayasaya aykırılıkları iddia edilemeyecektir. Bu sözleşmelerden Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin 17. maddesi özel hayatın gizliliği hakkına ilişkindir.⁴³⁵

⁴³² Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 43.

⁴³³ Sert, *Tıp Hukuku*, 14: Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 43. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanname’si’nin 12. maddesi şöyledir: “*Kimsenin özel hayatı, ailesi, konutu ya da haberleşmesine keyfi olarak karışılmaz, şeref ve adına saldırılamaz. Herkesin bu gibi karışma ve saldırılara karşı yasa tarafından korunma hakkı vardır.*”

⁴³⁴ Sert, *Tıp Hukuku*, 15.

⁴³⁵ Sözleşmenin resmi metni için bkz. 21 Temmuz 2003 tarihli ve 25175 sayılı Resmî Gazete: ayrıca sözleşmenin 17 maddesi: (Madde 17). “*a. Hiç kimsenin özel hayatı, ailesi, konutu ya da haberleşmesine keyfi ya da yasadışı olarak dokunulamaz, adına ve şerefine yasadışı saldırılarda*

Sözleşme'nin “Mahremiyet Hakkı” (*Right to Privacy*) başlıklı bu maddesi şöyledir: “1. Hiç kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna veya haberleşmesine keyfi veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemez; onuru veya itibarı hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamaz. 2. Herkes bu tür saldırılara veya müdahalelere karşı hukuk tarafından korunma hakkına sahiptir.”⁴³⁶ Bu madde özel hayatın gizliliğinin korunması kavramı bağlamında olmak üzere, kişisel verilerin korunması hakkını da kapsamına almaktadır.

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin⁴³⁷ 10 maddesinde ise ailenin en geniş şekilde korunması hakkı⁴³⁸ düzenlemiştir. Bu anlamda “en geniş koruma” kapsamına ailenin tümünü ilgilendiren kişisel sağlık verilerinin de girdiğinde kanaatimizce hiçbir şüphe bulunmamaktadır. Aynı Sözleşme'nin 12 maddesinde ise sağlık hakkı düzenleme altına alınmıştır. Buna göre “1. Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, herkesin, ulaşılabilir **en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına** sahip olma hakkını kabul ederler”. En yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma ya da bu hakka erişebilme hakkı anlamında, kişisel sağlık verilerinin korunmasının ne denli büyük bir öneme sahip olduğu yukarıda açıklanmıştır. Zira kendisine ait kişisel sağlık verilerinin korunmayacağını düşünen kişiler, sağlık sorunları yaşasalar bile sağlık kurumlarına başvuramayacak ve bu anlamda en yüksek sağlık standardına erişemeyeceklerdir. İşte bu nedenle, bu düzenleme aynı zamanda kişisel sağlık verilerinin korunması gerekliliğini de kapsamaktadır.

BM'nin doğrudan kişisel verilerin korunması konusundaki temel çalışması ise 1990 yılında kabul edilen ve tavsiye niteliğinde olan *Bilgisayara Geçirilmiş Kişisel Veri Dosyalarının Düzenlenmesine İlişkin Rehber İlkeleri*'dir.⁴³⁹ İsminden de anlaşıldığı üzere, kişisel verilerin korunmasına ilişkin getirilen bu düzenleme, Birleşmiş Milletlere dâhil devletler için bağlayıcı olmayıp yalnızca yol gösterici niteliktedir ve kişisel

bulunulamaz b. Herkes, bu tür karışmalara ve saldırılara karşı yasa tarafından korunma hakkına sahiptir.”

⁴³⁶ Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 47.

⁴³⁷ Sözleşme'nin resmi metni için bkz. 11 Ağustos 2003 tarihli ve 25196 sayılı Resmi Gazete.

⁴³⁸ Sözleşme'nin konuyla ilgili 10 maddesinin birinci fıkrası şöyledir. “Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler aşağıdaki hususları kabul ederler: 1. Toplumun doğal ve temel birimi olan aileye, özellikle ailenin kurulması için ve aileye bağımlı çocukların bakım ve eğitiminden sorumlu oldukları sürece, en geniş koruma ve yardımın yapılması gerektiğini kabul ederler. Evlenme, buna istekli olan eşlerin hür rızası ile olmalıdır.”

⁴³⁹ Orijinal metin için bkz. Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data File, <https://www.refworld.org/pdfid/3ddcafaac.pdf>, (24/12/2019).

verilerin korunması için yetkili ve bağımsız koruma organlarının kurulması gerekliliğini ifade eden uluslararası hukuk bağlamındaki ilk belgedir.⁴⁴⁰

Rehber İlkeler’de kişisel verilerin korunmasına ilişkin olarak birtakım prensiplerin getirildiği görülmektedir. Genel olarak bu prensiplerin dört temel ilke olarak gruplandırıldığı görülmektedir. Bunlardan ilki, *hukuka uygunluk ve dürüstlük ilkesidir*. Buna göre, kişisel veriler hukuka uygun ve dürüst bir şekilde toplanmalı ve işlenmeli, bu veriler BM Şartı’nda belirtilen amaç ve ilkelere aykırı olarak kullanılmamalıdır. İkinci ilke, *doğruluk ilkesidir* ve buna göre kişisel verileri ihtiva eden dosyaların derlenmesinden veya saklanmasından sorumlu kişiler, kaydedilen verilerin doğruluğunu, güncelliğini ve uygunluğunu düzenli olarak kontrol etmekle yükümlüdürler. Üçüncü ilke, *amaçta belirlilik ilkesidir*. Bu ilkeye göre toplanan ve kaydedilen tüm kişisel verilerin amaçla ilintili ve amaca uygun olmaları, bu kişisel verilerin ilgili kişinin rızası bulunmadıkça belirlenen amaç dışında kullanılmaması ve kişisel verilerin tutulma sürelerinin belirtilen amaç için gereken süreyi aşmaması sağlanmalıdır. Bu amacın gerçekleştirilebilmesi için, bir dosyanın (kişisel veri ihtiva eden) kullanılacağı amacın belirli ve meşru olması ve dosya oluşturulduğunda bunun ilgili kişinin bilgisine sunulması gerekmektedir. Dördüncü ilkeye göre ise, *veriye ilgili kişinin erişimi* esastır. Kimliği hususunda kanıt sunabilen herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin saklanıp saklanmadığı veya işlenip işlenmediği hususunda, makul olmayan bir bedel ödemeksizin ve makul olmayan bir süre beklemeksizin anlaşılır bir şekilde bilgilendirilmelidir. Verilerin aktarılması söz konusu olduğunda ise aktarıldığı yer ile ilgili olarak haberdar edilmeli ve hukuka aykırı, füzuli veya gerçeğe aykırı bir veri girişi olması halinde, uygun düzeltme veya silme yapılmalıdır.⁴⁴¹

Rehber İlkeler’in 5. maddesine göre, keyfî veya hukuka aykırı olarak ayrımcılığa neden olabilecek ırk, etnik köken, din, cinsel yaşam, siyasi veya felsefî görüş ile ilgili kişisel veriler kesinlikle toplanmamalıdır.⁴⁴² 7. maddeye göre de veri güvenliği sağlanmalı, bu kapsamda olmak üzere, verilerin kaybolmamaları veya yok edilmemeleri, bunlara hukuka aykırı olarak erişilmemesi ve verilerin hukuka aykırı olarak

⁴⁴⁰ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 28; Oğuz Şimşek, *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, 1. Baskı, Şubat 2008, 16.

⁴⁴¹ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 28.

⁴⁴² Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 28.

kullanılmalarının önlenmesi için gerekli güvenlik tedbirlerinin alınması gerekmektedir.⁴⁴³

BM Genel Kurulu'na, BM üyelerine tavsiyede bulunma yetkisi vermesi nedeniyle hazırlanan bu Rehber İlkeler, üye ülkelerin, bilgisayarla kişisel veri işleme konusunda yapacakları düzenlemelerde ortak olarak dikkate alınacak olup bu ilkelerin uygulama usullerinin belirlenmesi üye ülkelerin inisiyatifindedir. Türkiye'nin BM'ye üye olması nedeniyle (24 Ekim 1945) kişisel verilerle ilgili olarak yapılacak düzenlemelerin BM Rehber İlkelerine uyumlu olması gerektiği gözden kaçırılmamalıdır.⁴⁴⁴

1.2.3.2.3. Avrupa Konseyi ve Kişisel Verilerin Korunması

1.2.3.2.3.1. 108 Sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunmasına İlişkin Sözleşme

İkinci Dünya Savaşı sonrasında insan haklarının uluslararası düzeye geçişinde önemli gelişmeler ortaya çıkmıştır. Savaştan önce ve hatta savaş esnasında totaliter rejimlerin gerçekleştirdiği insan hakları ihlalleri, dünya da bu rejimlere karşı tepkilere neden olmuştur. Bu nedenle daha İkinci Dünya Savaşı'ndan önce tartışılmaya başlanmış olsa da insan haklarının uluslararası bir koruma altına alınması ancak İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra gerçekleşmiştir.⁴⁴⁵ Bu kapsamda Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan 108 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına Dair Sözleşme 28 Ocak 1981 tarihinde imzaya açılmış ve aynı tarihte komisyon üyesi diğer devletlerle birlikte Türkiye tarafından da imzalanmıştır.⁴⁴⁶

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin genel ilkeleri tespit eden Sözleşme 1986 yılında yürürlüğe girmiştir. Türkiye her ne kadar o tarih itibarıyla taraf olma iradesini ortaya koymuş ise de uzun süre onay işlemini tamamlayamayıp Sözleşme'yi yürürlüğe koyamayan bir devlet olmuştur.⁴⁴⁷ Bahse konu Sözleşme ülkemizde ancak 17 Mart 2016 tarihinde yürürlük kazanabilmiştir. Bu gecikmenin nedeni, sözleşmenin uygulanabilmesi, ayrıntılarını taraf devletlerin iç hukuklarında yapacakları

⁴⁴³ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 29.

⁴⁴⁴ Dilek Yüksel Civelek, *Kişisel Verilerin Korunması ve Bir Kurumsal Yapılanma Önerisi*, Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı Yayını, Yayın No: 2821, Nisan 2011, 68-69.

⁴⁴⁵ Sert, *Tıp Hukuku*, 14, Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 41.

⁴⁴⁶ Sevük, *Tıp Ceza*, 783.

⁴⁴⁷ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 61.

düzenlemelerle mümkün olacağından 2016 yılına kadar Türkiye'nin Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nu (KVKK)yürürlüğe koyamamış olmasıdır.⁴⁴⁸ Kişisel verilerin korunmasına ilişkin ulusal mevzuat oluşturma çabalarımızla eşdeğer yürütülen bu onaylama süreci, 6669 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi'nin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun ile 30.01.2016 tarihinde ancak tamamlanmış ve Sözleşme 17 Mart 2016 tarihli ve 29656 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe girmiştir.

Sözleşme'nin 1. maddesi ile konu ve amacı; taraf devletler nezdinde, uyruğu ve ikametine bakılmaksızın her gerçek kişinin temel hak ve özgürlüklerinin münhasıran kişisel verilerinin otomatik işleme tabi tutulması karşısında, özel hayata saygı hakkının korunması olarak kabul edilmiştir. Kısaca ifade etmek gerekirse bu şekilde kişisel verilerin korunmasını amaçlayan Sözleşme, gerçek kişilere mahsus verilerin korunmasına yönelik olarak nispeten daha dar bir koruma alanı yaratmıştır. Sözleşme'ye göre, kişisel verilerin sadece otomatik sistemler vasıtasıyla işlenmeleri karşısında korunmasını güvence altına alınmaya çalışılmıştır. Ancak Sözleşme, hem kamu sektörü ve hemde özel sektör için bağlayıcılığı bulunan ilk uluslararası sözleşme niteliği taşımaktadır.⁴⁴⁹

Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği'nin çıkardığı tüm düzenlemelerin ülkemizdeki Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun oluşumunda önemli etkileri olmuştur. Yine Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen ve bağlayıcı tek uluslararası arası antlaşma olma niteliğini hala koruyan sözleşme bu Sözleşme'dir.⁴⁵⁰

1.2.3.2.3.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), 1950'de Avrupa'da temel özgürlükler ve İnsan haklarını korumak üzere Avrupa Konseyi tarafından kabul edilmesinin ve 1953 yılı itibarıyla yürürlük kazanmasının ardından, 6366 sayılı ve 10/03/1954 tarihli Kanun ile onaylanarak 19/03/1954 tarihinde iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir.

Temel insan hakları ve özgürlüklerinin güvence altına alındığı bu Sözleşme'nin 8. maddesi özel yaşamın gizliliği ve korunmasına ilişkindir. Özel ve aile hayatının

⁴⁴⁸ Aynı yönde bkz. Tekin Akıllıoğlu, *İdari Usul ve Kişisel Verilerin Korunması*, <http://www.idare.gen.tr/akillioglu-idariusul.htm> (06/05/2019).

⁴⁴⁹ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 62: İbrahim Korkmaz, *Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, 144.

⁴⁵⁰ Bük, *Elektronik Ortamda*, 61.

korunması hakkı kenar başlıklı bu maddenin 1. fıkrasına göre, “*Her şahıs hususi ve ailevi hayatına, meskenine ve muhaberatına hürmet edilmesi hakkına maliktir.*”⁴⁵¹ Buna göre herkes, özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmalarına saygı gösterilmesi isteme hakkına sahiptir. Bu hükümde geçen özel hayata saygı hakkı, kişisel verileri de kapsamaktadır. Çünkü kişisel veriler özel hayatın önemli bir kısmını oluşturmakta olup kişisel verilerin korunmaması doğrudan özel hayatın da korunamaması sonucunu doğuracak niteliktedir.

Sözleşme’nin en önemli (uygulama) organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de sağlık verileri dâhil olmak üzere kişisel verilerin korunmasını, özel ve aile hayatına saygı hakkından yararlanmanın önemli bir gereği olarak kabul etmektedir. Sağlık verilerinin gizliliğine saygı gösterilmesi, AİHS’ye taraf devletlerin hukuk sisteminde yer verilmesi gereken temel ilkelerden birisidir.⁴⁵² Zaten Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bu şekilde kabul ederek kişisel verilerin korunması hakkını, 8. maddede teminat altına alınan, kişinin özel yaşamının mahremiyetinin korunması hakkını ilgilendiren bir husus olarak kabul etmiş ve bu istikamette verilerin korunmasıyla ilgili önemli kararlar vermiştir.⁴⁵³

AİHM, özel hayatın gizliliğinin korunması kapsamında kişisel verilerin korunmasını da güvence altına almıştır.⁴⁵⁴ Mahkeme, özellikle özel yaşam kapsamında olmak üzere cinsiyet, yaş, parmak izi, DNA, fotoğraf vb. kişisel bilgilerini içeren nüfus sayımı, polis kayıtları ve tıbbi kayıtları kişisel veriler olarak görmektedir. Bu nitelikteki kayıtların bireyin rızası olmaksızın tutulmasını veya herhangi bir surette işlenmesini, özel yaşam hakkına yönelik yasa dışı müdahale olarak kabul etmektedir. Muhkeme bu konudaki kararları yol gösterici niteliktedir.⁴⁵⁵

Kişisel sağlık verileri özelinde bakıldığında, Mahkeme’nin L.H. / Letonya kararı önem taşımaktadır. Karar konu başvuru, başvuranın rızası dâhilinde ve tıbbi gerekçelerle gerçekleştirilen sezaryenle doğum esnasında, rızası dışında kendisine

⁴⁵¹ Madde metni 18/03/1954 Tarih ve 8662 sayılı Resmî Gazete’den alınmıştır. Bkz., www.resmigazete.gov.tr.

⁴⁵² Selman Karakul, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı*, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3 (2), Güz 2016, 190.

⁴⁵³ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 64.

⁴⁵⁴ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 48.

⁴⁵⁵ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 64.

sterilizasyon operasyonu yapılmasından yedi yıl sonra yapılan bir idari denetim kapsamında sağlık durumuyla ilgili kişisel verilerinin elde edilmesiyle⁴⁵⁶ ilgilidir.

Başvuran, bir devlet kurumu tarafından kendisinin rızası olmaksızın kişisel tıbbi verilerinin alınmasının özel hayata saygı hakkını ihlal ettiğinden şikâyetçi olmuştur. Mahkeme, kararında, kişilerin özel yaşama saygı hakkını kullanması konusunda tıbbi verilerin korunmasının önemini hatırlatmıştır. Mahkeme, geçerli mevzuatın yetkili makamlara ve yetki kullanma şekillerine tanınan takdir payı kapsamını yeterli açıklıkla göstermediğini tespit ederek başvuranın davasında Sözleşme'nin 8. maddesinin yani özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴⁵⁷ Mahkeme bilhassa, Letonya hukukunun idari kurum tarafından toplanabilecek özel verilerin kapsamına ilişkin hiçbir şekilde bir sınırlama yapmamış olduğunu kaydetmiştir.⁴⁵⁸ Bu durum, başvuranla ilgili hiçbir ayırım yapılmaksızın ve potansiyel olarak belirleyici özellikte olup olmadığına ya da yapılan araştırmanın gözettiği amacın gerçekleştirilmesi için önemli veya bununla ilgili olup olmadığına dair ön bir değerlendirme gerçekleştirilmeksizin yedi yıllık bir süre boyunca kişi hakkındaki tıbbi verilerin toplanmasıyla sonuçlanmıştır.⁴⁵⁹ Bu nitelikte daha birçok karar burada örnek olarak gösterilebilir. Sonuç olarak denilebilir ki, AİHM kişisel verilerin korunması hakkını özel ve aile hayatının korunması hakkı kapsamında görmekte ve bu yönden ihlal kararları vermektedir.

AİHS'nin 8/2 maddesinde, ilk fıkrada koruma altına alınan temel haklara yönelik müdahalelerin hangi durumlarda meşru yani hukuka uygun kabul edilebileceğine ilişkin koşullara yer verilmiştir. Düzenlemeye göre temel bir insan hakkı olarak özel yaşamın gizliliğine yönelik kamusal müdahaleler ancak demokratik toplumun gerektirdiği ölçüde ve yasayla gerçekleştirilmiş olması şartıyla ulusal güvenlik, kamu güvenliği veya ülkenin ekonomik refahı, suç işlenmesinin önlenmesi, genel ahlak ve sağlığın korunması ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarıyla yapıldığında meşru kabul edilebilecektir.⁴⁶⁰ Buna göre kişisel sağlık

⁴⁵⁶ Karakul, *Avrupa İnsan*, 192.

⁴⁵⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Tematik Bilgi Notu, Kişisel Verilerin Korunması*, Ocak 2016, https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Data_TUR.pdf, (16/10/2019), 4.

⁴⁵⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Tematik Bilgi Notu, Kişisel Verilerin Korunması*, 4; Karakul, *Avrupa İnsan*, 193.

⁴⁵⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Tematik Bilgi Notu, Kişisel Verilerin Korunması*, 4.

⁴⁶⁰ Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 63.

verilerine yönelik olarak yapılabilecek müdahaleler de ancak sayılan amaçlarla ve önceden kanun ile belirlenmiş olmak şartıyla yapılabilecektir.

Kanaatimizce AİHS'nin benimsediği bu sınırlandırma yönteminin benimsenmesi oldukça önemli olup kabul ettiği usul itibarıyla isabetli bir düzenleme tarzıdır. Ancak sınırlandırma amaçlarının içerikleri tam olarak netleştirilmemiş, çok geniş anlamlar ifade edebilecek kavramlarla belirlenmiş olması çokta doğru değildir. Zira meşru amaçlar olarak sayılan kavramlar oldukça soyut kavramlardır.⁴⁶¹ Örneğin, ekonomik refah, kamu güvenliği, ulusal güvenlik kavramları çok değişik anlamlara gelebilecek, içerikleri bu anlamda tartışmalı⁴⁶² ve bu nedenle de sınırlandırma amacıyla çok esnek bir şekilde kullanılabilir niteliktedir. Bu nedenle bu kavramların olabildiğince dar bir şekilde yorumlanması gerektiği haklı olarak savunulmuştur.⁴⁶³ Buna rağmen AİHS'nin bizzat kendisi ve kurduğu koruma mekanizması ile AİHM'nin bu yöndeki özgürlükler lehine yorum yapmak suretiyle verdiği kararlar, kişisel sağlık verilerinin korunması anlamında uluslararası hukuktaki en önemli koruma mekanizması olmuştur.

1.2.3.2.3.3. Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi

Avrupa Konseyi tarafından 04.04.1997 yılında kabul edilen Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi (BTÜİHKKS)⁴⁶⁴ (Convention for the Protection of Human Rights and the Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine) Türkiye

⁴⁶¹ Osman Doğru ve Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi Yayını, Cilt: II. Pozitif Matbaa, 2013, 14.

⁴⁶² Ladji Kaba, *Aihm Kararlarında Aile Hayatına Saygı Hakkının Uygulanmasında Devletin Yükümlülükleri*, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, Konya 2018, 94.

⁴⁶³ Güray Arslan Öncü, *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı*, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Ed. Sibel İnceoğlu, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi Yayını, Şen Matbaa, I. Baskı, 2013, 322.

⁴⁶⁴ Bu Sözleşme, Türk hukuku bakımından, 3.12.2003 tarihinde kabul edilen 5013 sayılı “*Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun*” ile iç hukuk sistemimizin bir parçası ve bunun sonucu olarakta bağlayıcı hale gelmiştir. Bu sebeple BTÜİHKKS'nin Türk hukuku açısından doğrudan uygulanabilecek nitelikte bağlayıcılığı haiz hale geldiğini belirtmek gerekir. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Yavuz Kaplan, *Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi*, E- Akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Mayıs 2004, Sayı 27, http://e-akademi.org/makaleler/ykaplan-2.htm#_ftn41, (01/05/2019).

tarafından 03.12.2003 tarihli ve 5013 sayılı yasa ile onaylanması uygun bulunmuş ve Sözleşme 20 Nisan 2004'te Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Avrupa Konseyi çerçevesinde 04.04.1997 tarihinde imzaya açılan ve 01.12.1999 tarihinde yürürlüğe giren BTÜİHKS, tıp ve insan hakları ekseninde hukuki bağlayıcılığı olan en önemli sözleşmelerden biridir.⁴⁶⁵

Sözleşme, çalışmamız kapsamında da özel bir önem atfettiğimiz insan onuru üstün tutularak insana insanca bir yaklaşım, tıbbın kötüye kullanılmaması, teknolojik gelişmelerin tıp ve ekseninde bulunan insana zarar vermesi gibi mesaj ve kaygılarla hazırlanmıştır.⁴⁶⁶ Bazı yazarlarca “*Biyotıp Sözleşmesi*” olarak da ifade edilen bu Sözleşme, organ nakli, insan üzerinde araştırma, genetik testler, embriyo üzerinde araştırma gibi pek çok tıbbi uygulama ile ilgili hükümler içermektedir.⁴⁶⁷

Sözleşme özel hayatın gizliliğine dair de önemli hükümler içermektedir. Sözleşme'nin III. bölümünde yer alan “*özel hayat ve bilgilendirme hakkı*” başlıklı 10. maddesi şu şekildedir: “*Herkes kendi sağlığı bakımından özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Herkes kendi sağlığı hakkında toplanmış herhangi bir bilgiyi öğrenme hakkına sahiptir. Bununla beraber, bireylerin bilgilendirilmeme istekleri de gözetilecektir. İstisnai durumlarda, ikinci paragraflarda belirtilen hakların kullanılmasında, hastanın yararları bakımından kanun tarafından kısıtlamalar öngörülebilir*”.

Sözleşme, herkese sağlığı ile ilgili bilgiler kapsamında olmak üzere özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkını tanımıştır. Hastanın sağlık durumu ile ilgili bilgilere ulaşma hakkı da açıkça belirtilmiştir. Hasta kendisi ile ilgili tutulmuş kayıtlara ulaşabilecek, kayıtlardan da istediği bilgileri alabilecektir.⁴⁶⁸ Sözleşme herkesin kendi sağlık bilgilerinin gizli tutulmasını isteme hakkını tanımaktadır.

Sözleşme'de kişinin kendi sağlık verilerinin/sırlarının geleceğini belirleme hakkı olduğuna vurgu yapılmıştır. Bazı durumlarda kişi, gerçekten tedavisi için zorunlu olarak paylaştığı sırlarının hekim tarafından tekrar kendisine hatırlatılmaması ile ilgili uyarıda

⁴⁶⁵ Aynı yönde Çankaya, *Biyoteknoloji ve İnsan*, 455.

⁴⁶⁶ Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 49.

⁴⁶⁷ Bilhan Güven, *Hasta Bilgilerinin Gizliliği Prensibi*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010, 23.

⁴⁶⁸ Sert, *Tıp Hukuku*, 24; Güven, *Hasta Bilgilerinin*, 23; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 49.

bulunma hakkına sahiptir. Çünkü hekimin hastadan öğrendiği sırları, hastaya birkaç defa hatırlatması, hasta nezdinde sırlarının güvenliği konusunda şüphe uyandırabilecektir.⁴⁶⁹

Sözleşme gereği hasta ile ilgili tüm işlemlerde gizliliğe saygı gösterilmesi esas olup, hastanın gizliliğine saygı duyulmasını özel olarak isteme hakkı da bulunmaktadır. Yani herkesin kendi sağlık bilgileri hakkında, özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkı bulunmaktadır. Kişinin sağlık bilgileri, o kişi açısından herkesçe bilinmesi istenmeyen hususlar içerebileceğinden, kişinin giz/ sır alanında kalmasında yarar bulunan hususlardır. Bu nedenle, kişinin özel yaşamına saygı duyulması gerektiğini düzenleyen AİHS'nin 8. maddesine paralel bir düzenlemenin BTÜİHK's'te de yer aldığı görülmektedir.

AB Konseyi Bakanlar Komitesi'nin de sağlıkla ilgili bilgilerin kullanılması ve korunması konusunda verdiği tavsiye kararları bulunmaktadır.⁴⁷⁰ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin (97) 5 sayılı tavsiye kararının 3. maddesinde *“tıbbi verilerin toplanması ve işlenmesi esnasında temel hak ve özgürlüklere ve özellikle de mahremiyet hakkına saygı gösterilmesi garanti altına alınmalıdır. Tıbbi veriler sadece iç hukukta sağlanması gereken güvencelere uygun olarak toplanıp işlenebilir”*⁴⁷¹ denilmektedir.

1.2.3.2.4. Avrupa Birliği'nde Kişisel Verilerin Korunması

Avrupa'da ülkelerin bir araya gelerek bir birlik oluşturma düşüncesi çok eski yüzyıllara dayansa da en somut gelişmeler II. Dünya Savaşı içinde ve sonrasında yaşanmıştır. Birlik oluşturma düşüncesinin bir dünya savaşının patlak verdiği bir zaman dilimine denk gelmesinde savaş sürecinde ve sonrasında Avrupa ülkelerindeki çıkar çatışmasının neden olduğu maddi ve manevi zararın sonuçlarının oldukça etkisi olmuştur.⁴⁷²

⁴⁶⁹ Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 50.

⁴⁷⁰ Yavuz Kaplan, *Biyoloji ve Tıbbın*.

⁴⁷¹ Council of Europe, Committee of Ministers, *Recommendation No. R (97) 5 on the Protection of Medical Data* (Feb. 13, 1997).

⁴⁷² Emel Poyraz, *Avrupa Birliği'nin Tarihsel Gelişimi ve Türkiye*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, İstanbul 2009, 109; Ahmet Boz, *Kişisel Verilerin*, 57.

5 Mayıs 1949'da Avrupa Konseyi'nin (AK) kurulması ile Avrupa ülkelerinin görüşmelerinde belli bir mesafe alınmış, fakat Konsey, Avrupa devlet adamlarının başlatmak istediği bütünleşmeyi gerçekleştirme adına yetersiz görülmüştür.⁴⁷³

Entegrasyonun gerçekleştirilmesine yönelik olarak devam eden çalışmalar neticesinde Mayıs 1950'de Londra'da açıklanan “*Schuman Bildirgesi*” ile bu anlamda önemli adımlar atılmıştır. Bu bildirme sonrasında 18 Nisan 1951 tarihinde Amerika Birleşik Devletleri'nin (ABD) teşvikleriyle 6 ülke (Almanya, Fransa, İtalya, Belçika, Hollanda ve Lüksemburg) Paris Antlaşması'nı imzalamış ve Avrupa Kömür Çelik Topluluğu'nu (AKÇT) kurmuştur.⁴⁷⁴

AKÇT'nin kurulması ile sağlanan güç birliği, sonrasında sosyal ve siyasal birliğin sağlanmasına ve ortak pazarın oluşturulmasına hizmet etmiş ve 25 Mart 1957 tarihli Roma Antlaşması'nın imzalanması neticesinde, Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu (AAET) ve Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) kurulmuştur. Üye sayısı artan ve coğrafi alanı giderek büyüyen topluluk, 7 Şubat 1992 tarihli Maastricht Antlaşması ile resmen Avrupa Birliği (AB) olmuştur. Maastricht Antlaşması bu yönüyle AB'yi kuran antlaşma olarak kabul edilmektedir.⁴⁷⁵ Böylelikle birleşik bir uluslararası devletler topluluğu haline gelen AB, üye ülkelerde geçerli olacak düzenlemeler yapmaya başlamıştır.

Avrupa Birliği'nde kişisel verilerin korunmasına ilişkin ilk düzenlemeler 1970'li yıllardan itibaren yapılmaya başlanmıştır. 1990'lı yıllardan itibaren de farklılıklar içeren bu alandaki düzenlemelerin uyumlaştırılmasına başlanmıştır. Çünkü bu dönemde hizmetlerin, sermayenin ve malların serbestçe dolaştığı tek bir bölge olma yolunda hızla ilerleyen Avrupa açısından, bölge içindeki farklı koruma seviyelerinin varlığı, ortak pazarın tamamlanması sürecine engel olacağı endişesini doğurmuş ve bu nedenle kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemelerin uyumlaştırılmasına yönelik çalışmalar başlamıştır.⁴⁷⁶ Bu kapsamda yapılan düzenlemelerden bazıları konumuz açısından önem taşımaktadır. Bunlardan ilk göze çarparlar Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, 95/46 sayılı kişisel verilerin korunması yönergesi, Avrupa Birliği Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü ve ABGVKT'dir.

⁴⁷³ Ahmet Boz, *Kişisel Verilerin*, 57.

⁴⁷⁴ Ahmet Boz, *Kişisel Verilerin*, 57.

⁴⁷⁵ Poyraz, *Avrupa Birliği'nin*, 116.

⁴⁷⁶ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 70.

1.2.3.2.4.1. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı

Avrupa Birliği'nde temel hak ve özgürlüklerin korunması sorununun temelinde, Avrupa Topluluklarını kuran antlaşmaların bu yönde bir düzenleme öngörmemeleri nedeniyle, birlik üyesi ülkelerin anayasa mahkemelerinin topluluk hukukunun “*üstünlük, doğrudan uygulanma ve yeknesaklık*” özelliklerini, diğerk bir ifade ile ulusal üstü niteliğini kabul etmeyen nitelikteki kararları yatmaktadır.

Temel hak ve özgürlüklerin korunması, Avrupa Birliği'nin gündemindeki yerini her zaman korumuştur. Bu kapsamda, temel hak ve özgürlüklerin korunmasına normatif bir düzenleme getirmek, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) katılmak, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın (Avrupa Adalet Divanı'nın) oluşturduğu içtihadı koruma sisteminin devam etmesi seçenekleri ayrı ayrı tartışma konularını oluşturmıştır. İşte bu tartışmalar sonucunda, Temel Haklar Şartı'nın hazırlanmasını kaçınılmaz kılan, ekonomik bütünleşmenin ötesine geçerek bir özgürlük, güvenlik ve adalet alanı oluşturma yolundaki Avrupa Birliği'nin siyasi hedefleri doğrultusunda, Avrupa vatandaşlarının iktidarlarla ilişkilerinde doğrudan dayanabilecekleri bir hak ve özgürlük belgesine ihtiyaç duyulması olmuştur. Bu nedenle Şart, Avrupa Birliği müktesebatının temel hak ve özgürlüklerde vardığı noktayı ortaya koyma anlamında özel bir önem taşımaktadır.

Şart, Avrupa Birliği'nin ekonominin ötesinde bir değerler topluluğu olduğunun güçlü bir ifadesi olarak somutlaşmış ve Avrupa anayasal birikiminin bu anlamda görünür hale gelen yüzünü oluşturmaktadır.⁴⁷⁷

Temel Haklar Şartı, AB vatandaşlarının temel haklarını ve AB'nin vatandaşlarına karşı sorumluluklarını düzenlemektedir. Belge, 13-14 Ekim 2000'de Fransa'nın Biarritz kentinde gerçekleşen AB zirvesinde devlet ve hükümet başkanlarının bilgisine sunulmuş ve kabul görmüştür. Sürecin sonunda Temel Haklar Şartı, 7-8 Aralık'taki Nice Zirvesi'nde onaylanmış ve böylece hukuken bağlayıcı bir metin haline gelmiştir. Böylece, kişisel verilerin korunması yolunda büyük bir adım daha atılmıştır.⁴⁷⁸

⁴⁷⁷ A. Işıl Karakaş, *Ulusalüstü Anayasada Temel Haklar Problematiği: Teorik ve Pratik Sorunlar*, http://anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg22/%C4%B1s%C4%B1l.pdf (10/10/2019), 1.

⁴⁷⁸ Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 52.

Şart'ın 1. maddesinin “İnsan onurunu”, 7. maddesinin “özel hayat hakkını”, 8. maddesi “kişisel bilgilerin korunması hakkını” düzenleme kapsamına aldığı görülmektedir.⁴⁷⁹ Yine Şart'ın 3. maddesinde *bedensel ve ruhsal dokunulmazlık hakkı* ile 35. maddesinde *sağlık hizmetleri ile tıbbi tedaviden yararlanma hakları* düzenlenerek teminat altına alınmıştır.

Konumuz açısından bakıldığında Şart'ta; “özel hayat hakkı” ile “kişisel bilgilerin korunması hakkı” kavramlarının farklı maddelerde fakat peş peşe düzenlenmiş olması ve “kişisel veri” yerine de “kişisel bilgi” kavramının kullanılmış olması önem taşımaktadır.⁴⁸⁰ Bu düzenleme tarzından anladığımıza göre kişisel verilerin korunması hakkına özel bir önem atfedilmekte ve özel hayata saygı hakkı kapsamından çıkarılmakta ve bir nevi özel ve bağımsız bir kimliğe kavuşturulmaktadır. Bu da kişisel verilerin korunması hakkının artık yaşadığımız yüzyıl itibariyle taşıdığı önemi göstermesi açısından büyük önem taşımaktadır. Hatta düzenlendiği maddenin özgürlüklerin düzenlendiği ikinci bölümün hemen başında ve yaşama hakkı gibi hayati öneme sahip kısmın kaleme alındığı birinci bölümün hemen altında olması nedeniyle, kişisel verilere ve tabiki kişisel sağlık verilerine ne kadar büyük bir önem atfedildiğini göstermektedir.

Temel Haklar Şartı yukarıda zikrolunan olumlu yanlarına rağmen ciddi bir şekilde eleştirilmektedir aynı zamanda. Şart, üye devletlerin temel hak ve özgürlüklerini koruyucu anayasal düzenlemeleri ile çatışmanın engellenmesi doğrultusunda hükümler içerdiğinden, ulusal anayasal düzenlerin özerkliği korunmaktadır. Bu nedenle Şart'ın ulus üstü hukuk olarak etkinliğinin derecesinin tartışmalı olduğu da öne

⁴⁷⁹ Şartın konuya ilişkin 7 ve 8. maddeleri şöyledir: “Madde 7- Özel ve aile yaşamına saygı Herkes, özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.

Madde 8 Kişisel bilgilerin korunması

1. Herkes, kendisine ilişkin kişisel bilgilerinin korunmasını isteme hakkına sahiptir.

2. Bu tür bilgiler, belirtilen amaçlar için ve ilgili kişinin muvafakatine veya yasada öngörülen başka meşru temele dayalı olarak adil şekilde kullanılmalıdır. Herkes, kendisi hakkında toplanmış olan bilgilere erişme ve bunlarda düzeltme yaptırma hakkına sahiptir.

3. Bu kurallara uyulması, bağımsız bir makam tarafından denetlenecektir.” Madde metinleri, Avrupa Birliği Türkiye Delegasyonu resmi sayfasından alınmıştır, <https://www.avrupa.info.tr/ tr/ avrupa-birligi -temel- haklar- bildirgesi-708#>, (30/12/2019).

⁴⁸⁰ Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 52.

sürülmektedir.⁴⁸¹ Bu eleştiri Şart'ın 52. maddesine ve özellikle bu maddenin 4. fıkrasına dayandırılmaktadır.⁴⁸²

1.2.3.2.4.2. Avrupa Birliği Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü

Avrupa Birliği Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü, kişisel sağlık verilerine ilişkin olarak düzenlemeler içeren bir diğer bir AB düzenlemesidir. Roma'da Kasım 2002'de kabul edilmiş olup 14 ayrı madde halinde hasta haklarını içermektedir.

Statü'nün 6. maddesi gizlilik hakkı kenar başlıklı olup madde *“Her birey kişisel bilgilerinin; sağlık durumu, yapılan teşhis ve tedavi konularında bilginin yanı sıra teşhis ve tedavi yapılırken veya özel ziyaretlerinin gizliliğinin muhafazasını talep etme hakkına sahiptir. Bir bireyin sağlık durumuna veya ona uygulanan tıbbi/cerrahi tedaviye ilişkin bilgi ve veriler gizli olmalı ve öyle muhafaza (korunmalıdır) edilmelidir. Tıbbi/cerrahi müdahale sırasında bile kişisel gizliliğe saygı gösterilmeli, yani uygun ortamda yapılmalı ve gerçekten orada bulunması gerekli olan kişiler (hastanın onayı veya özel bir talebi olması durumları hariç) nezdinde yapılmalıdır”* şeklinde kaleme alınmıştır.⁴⁸³

Madde ile tıbbi teşhis ve tedavinin tüm aşamalarında gizliliğe riayet edilmesi zorunlu kılınmış böylece hastaya ait kişisel sağlık verileri koruma altına alınmaya çalışılmıştır. Bu Statü'de konuya daha çok mahremiyet boyutuyla yaklaşmış ve kişisel sağlık verilerinin bu yönü ön plana çıkarılarak koruma altına alınmaya çalışılmıştır. Biz de çalışmamızın başlangıcında, korunması gereken sağlık verilerinin belli oranda da olsa mahrem veriler olduğu (ancak sağlık kişisel verileri yönünden mahremiyet özelliğinin mutlak olmadığı) düşüncesini benimsediğimizden, Statü'nün bu yaklaşım tarzının daha doğru ve haklı bir yaklaşım tarzı olduğunu düşünmekteyiz.

⁴⁸¹ Karakaş, *Ulusalüstü Anayasada*, 2.

⁴⁸² Bahse konu 52. maddenin 4. fıkrası şöyledir: *“Bu Bildirge, temel hakları Üye Devletlerin sahip oldukları anayasal geleneklerin bir sonucu olarak tanıdığından, söz konusu haklar bu geleneklere uygunluk içinde yorumlanmalıdır.”*

⁴⁸³ Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü (ANA Sözleşmesi) Temel Doküman, <https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/avrupastatusu.htm> (03/06/2019); Türk Tabipler Birliği Kişisel Sağlık Verileri Çalışma Grubu, “Sağlık Hizmetlerinde Kişisel Veri Toplanması, Korunması ve Değerlendirilmesi”.

1.2.3.2.4.3. 95/46 Sayılı Avrupa Topluluğu Kişisel Verilerin Korunması Yönergesi

Bu düzenleme AB'de kişisel verilerin korunmasına ilişkin en önemli metinlerden birisi olarak kabul edilmiştir. Yönerge, AB düzeyinde kişisel verilerin korunmasına ilişkin genel ve ana çerçeveyi belirlemiştir.⁴⁸⁴ Bu yönüyle AB içinde yeknesak bir veri koruma hukukunun temelini oluşturmuştur.

Yönerge ile temel olarak amaçlanan, her üye ülkede kişisel verilerin eşit seviyede korunmasının garanti altına alınmasıydı. Bu anlamda yönergeden beklenen, veri koruması düzenlemelerinin, yeterli bir veri koruma düzeyi sağlamaları şartıyla, aynı olmalarından ziyade eşit ağırlıkta olmaları beklenmişti.⁴⁸⁵

Yönerge 1995 yılında AB sınırları dâhilinde mezkûr amaçla yürürlüğe konulmuş ancak aradan geçen zamanda bu hedefe tam anlamıyla varılamadığı görülmüştür. Zira üye ülkelerin Yönerge'ye istinaden hazırladıkları veri koruma yasalarının ve buna bağlı geliştirdikleri ulusal uygulamaların birbiriyle örtüşmedikleri somut olarak gözlemlenmiştir ve Yönerge'nin yürürlüğe girmesinden bir süre sonra, AB içerisinde aynı konularda önemli yorum farklılıklarının bulunduğu ve bu sebeple yeknesak bir hukuk düzeninin oluşamadığı anlaşılmıştır.⁴⁸⁶

Hukuk güvenliği açısından düşündürücü olan bu tespitler, kişisel verilerin korunmasına ilişkin Avrupa Birliği içinde yeknesaklığın geliştirilmesi ihtiyacını yeniden yoğun olarak hissettirmiştir. Zira koruma düzeyinin ülkeden ülkeye farklılık oluşturması, veri koruması düzeyi daha düşük AB üyesi ülkeler üzerinden olumsuz etkileri olacak şekilde veri transferlerinin gerçekleştirilmeye çalışılmasına neden olmakta, bu fiili durum ise ortak pazar bakımından önemli bir sorun oluşturmaktaydı. Bu nedenle, veri korumasında ortak bir anlayışa ve uygulamaya ulaşabilmek için AB yasama süreçleri dâhilinde AB'nin önünde iki seçenek bulunmaktaydı: İlki, 95/46 sayılı Yönerge gibi yeni bir yönergenin hazırlanması, ikincisi ise tüm üye ülkelerde kendiliğinden yürürlük gücünü haiz olacak bir AB tüzüğü hazırlanmasıydı.

⁴⁸⁴ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 70.

⁴⁸⁵ Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 48; Uygun, *Avrupa Birliği'nin*, 35.

⁴⁸⁶ Nilgün Başalp, *Avrupa Birliği Veri Koruması Genel Regülasyonu'nun Temel Yenilikleri*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:21, Sayı:1, 82.

AB Komisyonu bu seçeneklerden sonuncusunu tercih etmeye daha yakın olduğunu daha 2012 yılının ocak ayında duyurmuştur.⁴⁸⁷ Bu kapsamda iş bu Yönerge'yi yürürlükten kaldıracak bir veri koruma tüzüğü çalışmalarına başlanmış ve Nisan 2016 tarihi itibariyle bu Yönerge'ye yürürlükten kaldırılacak AB Genel Veri Koruma Tüzüğü yürürlüğe konulmuştur. Netice itibariyle işbu Yönerge artık yürürlükte değildir. Bu kapsamda Yönerge'yi değilde Tüzüğü daha ayırtılı bir şekilde incelemeyi çalışmamızın konusu itibariyle doğru bulmaktayız.

1.2.3.2.4.4. 2016/679 Sayılı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü

Avrupa'da yeri bir veri koruma reformu hareketinin ortaya çıkmasında birden fazla faktör etkili olmuştur. Bu sebeplerden ilki, kural koymanın temel doğasından kaynaklanan ihtiyaç doğrultusunda, yeni teknolojik gelişmelere uygun kurallar koyarak temel politika hedefleriyle daha uyumlu ve daha verimli kazanımların sağlanmasıdır.

Bir önceki başlık altında incelediğimiz Veri Koruma Yönergesi'nin 1995 yılından beri uygulana geldiği düşünüldüğünde özellikle 90'lı yılların ortalarından itibaren internetin ticarileştirilmesiyle ve inanılmaz bir şekilde yaygınlaşmasıyla meydana gelen köklü dönüşümler karşısında bu düzenlemenin eski kaldığı değerlendirilmiştir. Zira bu dönüşüm sırasında hayatımıza hızla giren yeni teknolojiler bir yandan hayal dahi edemeyeceğimiz yararlar sağlarken öte yandan veri toplama, işleme, depolama ve verinin yeniden kullanımı açısından daha önce akla gelmeyen mahremiyet ve güvenlik risklerini de beraberinde getirmiştir. Ayrıca AB içerisinde en temel çekincelerden biri verinin sınır ötesi transferinin oldukça kolaylaşması olmuştur.⁴⁸⁸

Yukarıda da değindiğimiz üzere koruma düzeyinin ülkeden ülkeye farklılık oluşturmaması, veri koruması düzeyi daha düşük AB üyesi ülkeler üzerinden olumsuz etkileri olacak şekilde veri transferlerinin gerçekleştirilmeye çalışılmasına neden olmuş ve bu durum önemli sorunlar doğurmuştur.⁴⁸⁹ Bu kapsamda kişiler üzerinde büyük etkisi olan mahremiyet ihlalleri büyük oranda etkili olmuştur. Bu olayların başında, 2013 yılında Edward Snowden tarafından ortaya çıkarılan mahremiyet ihlalleri

⁴⁸⁷ Başalp, *Avrupa Birliği*, 83.

⁴⁸⁸ Ayşe Nur Akıncı, *Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün Getirdiği Yenilikler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*, Kalkınma Bakanlığı Çalışma Raporu – 6, İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü, Bilgi Toplumu Dairesi Başkanlığı, Haziran 2017, 11.

⁴⁸⁹ Başalp, *Avrupa Birliği*, 83.

gelmektedir. Söz konusu olayda, başta Google, Facebook, Apple ve diğer büyük (ABD merkezli) internet aktörlerinin kullanıcıları olmak üzere, milyonlarca kullanıcının erişim bilgileri de dâhil pek çok kişisel verisinin Amerikan Ulusal Güvenlik Ajansı'nın (National Security Agency-NSA) geniş kapsamlı ve derinlikli gözetimlerine konu olduğu ortaya çıkmıştır.⁴⁹⁰ Bunun sonucunda AB vatandaşlarının mahremiyet ve gizlilik haklarının olumsuz etkilemesi kaygısı giderek yükselmiştir. Bu çerçevede, mevcut veri koruma kurallarının güncellenmesi ve yeni dijital dünyayla daha uyumlu hale getirilmesi ihtiyacı, ortaya çıkan somut uyuşmazlıklar ve bu değişimi kaçınılmaz kılan siyasi açmazlar sebebiyle giderek zorunlu bir hal almıştır.⁴⁹¹ Bu nedenle 95/46/AT sayılı Veri Koruma Direktifinin güncellenmesi ve dijital dünya ile uyumlu hale getirilmesi ihtiyacını doğurmuştur.⁴⁹²

25 Ocak 2012 tarihli AB komisyonu basın açıklamasında⁴⁹³, 27 AB üye devleti tarafından 1995 kurallarının farklı şekilde uygulandığı belirtilmiş⁴⁹⁴ ve bununda yaptırımında farklılıklar yarattığı ve bu kapsamda AB genelinde geçerli olan tek bir veri koruma kuralları setinin gerekliliği vurgulanmıştır. Yine bahse konu açıklamada Komisyon, kullanıcıların verilerini kontrol etmesini artırmak ve işletmeler için maliyetleri azaltmak amacıyla kapsamlı bir veri koruma kuralları reformu önermiştir. Ayrıca şirketler için bildirim gereksinimleri gibi gereksiz idari gereksinimlerin kaldırılması gerektiği belirtilmiştir. Komisyon'a göre, yapılacak düzenleme, kişisel verileri işleyenler için daha fazla sorumluluk ve hesap verebilirlik sağlamalı ve kişisel veriler, AB pazarında aktif olan ve hizmetlerini AB vatandaşlarına sunan şirketler tarafından yurtdışında kullanılıyorsa AB kuralları uygulanmalıdır.⁴⁹⁵

Bu kapsamda olmak üzere harekete geçen Komisyonun kişisel verilerin korunmasına ilişkin genel AB yasal çerçevesini gözden geçirirken temel aldığı politika hedefleri şu şekilde ifade edilmiştir:

⁴⁹⁰ Akıncı, *Avrupa Birliği*, 11.

⁴⁹¹ Akıncı, *Avrupa Birliği*, 11.

⁴⁹² Yüksel, *Kişisel Sağlık*, 6.

⁴⁹³ Açıklama metni için bkz. European Commission- Press Release, Commission proposes a comprehensive reform of data protection rules to increase users' control of their data and to cut costs for businesses, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_12_46 (06/01/2020).

⁴⁹⁴ European Commission- Press Release, Commission proposes, 1.

⁴⁹⁵ European Commission- Press Release, Commission proposes, 2.

- Özellikle küreselleşmeden kaynaklanan zorluklar ve yeni teknolojilerin kullanımı karşısında kişisel verilerin etkili bir biçimde korunması amacıyla AB hukuk sisteminin iyileştirilmesi,

- Kişisel veriler konusunda bireysel hakların güçlendirilmesi ve aynı zamanda AB içinde ve/veya dışında kişisel verilerin serbest akışının sağlanması için bürokratik süreçlerin azaltılması,

- Kişisel verilerin korunmasına ilişkin AB hukuku kurallarına netlik ve tutarlılık kazandırılması, bu kuralların yine tutarlı ve etkin bir biçimde uygulanması ve Birliğin tüm faaliyet alanında kişisel verilerin etkin bir biçimde korunması.⁴⁹⁶

Bu düşüncelerle harekete geçen Avrupa Parlamentosu'nda 15 Aralık 2015 tarihinde, AB Konseyi ve Komisyonu arasında, tüm AB genelinde veri koruma hukukunun temel çerçevesini belirleyen modern ve uyumlu yeni veri koruma kurallarının kabulü konusunda anlaşmaya varılmıştır. Parlamento'nun Sivil Özgürlükler Komitesi ile Konsey'in Daimî Temsilciler Komitesi'nin de çoğunluğunun kabulü ile onaylanan söz konusu düzenleme, AB Konseyi'nin Sayısal Tek Pazar Stratejisi'nin uygulanması yönünde atılmış büyük bir adım olarak değerlendirilmektedir.⁴⁹⁷

Reform paketi içerisinde iki temel hukuki düzenleme yer almaktadır:

- 95/46/EC sayılı Tüzüğü yürürlükten kaldıran, AB Parlamentosu ve Konseyi'nin 27 Nisan 2016 tarihli ve 2016/679 sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi Karşısında Gerçek Kişilerin Korunması ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına İlişkin Tüzük (Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü- ABGVKT),

- Konsey'in 2008/977/JHA Çerçeve Kararını yürürlükten kaldıran, AB Parlamentosu ve Konseyi'nin 27 Nisan 2016 tarihli ve 2016/680 sayılı, yetkili makamlar tarafından Suçun Önlenmesi, Soruşturulması, Tespiti veya Kovuşturulması veya Cezai Süreçlerin Yürütülmesi Amacıyla İşlenen Kişisel Verilere İlişkin Gerçek Kişilerin Korunmasına ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına Dair Tüzük (Kişisel Verilerin Cezai Prosedür Gereği İşlenmesi Karşısında Gerçek Kişilerin Korunması Tüzüğü).

⁴⁹⁶ Akıncı, *Avrupa Birliği*, 13.

⁴⁹⁷ Akıncı, *Avrupa Birliği*, 12.

8 Nisan 2016 tarihinde Konsey tarafından kabul edilen taslak Tüzük, Nisan 2016 tarihinde Avrupa Parlamentosu tarafından onaylanarak kabul edilmiştir. Söz konusu düzenlemeler 4 Mayıs 2016 tarihinde tüm AB resmi dillerinde AB Resmî Gazetesi'nde yayımlanmıştır. Tüzük 24 Mayıs 2016 tarihinde yürürlüğe girmiş olmakla birlikte, iki yıllık bir geçiş süresi belirlenmiş ve söz konusu metnin uygulanmaya başlama tarihi 25 Mayıs 2018 olarak tespit olunmuştur.⁴⁹⁸

173 paragraflık giriş bölümü ve 99 maddeden oluşan temel tüzük metniyle yaklaşık 90 sayfadan oluşan Tüzük oldukça kapsamlı bir veri koruma çerçevesi sunmaktadır.

Tüzük, daha kabul edildiği tarihten itibaren Birlik üyesi devletlerin sınırlarını aşan bir etki yaratmıştır⁴⁹⁹. Bu anlamda Tüzük'ün birincil amacı, üye devletler arasındaki farklılıkların ortadan kaldırılması ve ortak pazarın korunmasıdır. Çünkü üye devletlerin düzenlemelerindeki farklılık ortak pazarın oluşumu ve işleyişi açısından engel oluşturmaktadır. Yine Tüzük'ün gerekçesine göre, üye devletler arasında kişisel verilerin serbest trafiğinin sağlanması da amaçlanmaktadır. Zira gerçek kişilerin haklarının ve özellikle özel hayatın korunması gibi sebeplerle veri trafiğinin engellenmesinin önüne geçilmesi gerekmektedir.⁵⁰⁰

Tüzük'ün kanaatimizce en önemli özelliği, üye devletlerin Tüzüğü iç hukuklarına aktarırken veri koruma düzeyini Tüzük ile öngörülen standardın altında belirleyemeyecek olmasıdır. Fakat üye devletler, ulusal mevzuatlarında bu koruma düzeyinin üzerinde düzenleme getirilebilecektir. Böylelikle Tüzük ile iç hukukta yapılacak veri koruma düzenlemelerine ilişkin bir hukuki çerçeve, bir hukuki sınır oluşturulmuştur.⁵⁰¹ Yani Tüzük düzenlemesi ile öncelikle üst seviyede bir uyumlaştırma yapılmıştır. Bu sayede, AB üyesi tüm ülkelerde doğrudan etki doğuracak olan bu Tüzük'ün uygulamaya girmesi ile birlikte, üye ülkeler arasında iç hukuk

⁴⁹⁸ Murat Volkan Dülger, *Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) ve Getirdiği Yenilikler*, https://www.academia.edu/38309802/General_Data_Protection_Regulation_-_Sunum.pdf, (06/01/2020), 4; Akıncı, *Avrupa Birliği*, 13.

⁴⁹⁹ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 70.

⁵⁰⁰ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 71.

⁵⁰¹ Aynı yönde Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 72.

düzenlemelerinden kaynaklanan farklılıklar giderilmiş ve yeknesaklık sağlanmış olacaktır.⁵⁰² Bu da düzenlemenin Tüzük şeklinde yapılmasıyla sağlanmıştır.

Bu düzenlemelerin eski düzenlemelerden ayrılan en temel yönü, bir yönerge ya da direktif şeklinde değil bir Tüzük şeklinde kaleme alınmış olmasıdır. Esasında her iki tür AB düzenlemesiyle de üye ülke mevzuatları arasında üst düzeyde uyum sağlanması mümkün olmakla birlikte, tüzükler, üye ülkelerde doğrudan uygulanma kabiliyetini haiz olması nedeniyle herhangi bir iç hukuk düzenlemesi yapılmasını gerektirmezken direktifler, o hukuki düzenlemeyle elde edilmesi beklenen temel hedefleri ortaya koyarlar fakat söz konusu hedeflere ulaşılmasına ilişkin araçların seçimini üye devletlerin kendi iç hukuklarına bırakırlar. Ayrıca tüzükler doğrudan ulusal hukuk sistemlerinin parçası haline gelirler ve ulusal kanunlardan bağımsız olarak uygulanma kabiliyetini haiz olup söz konusu tüzüğe aykırı bir ulusal kanun karşısında bağlayıcılığı olan düzenlemelerdir. Böylelikle AB üyesi ülkeler arasında veri koruma hukuku bakımından üst seviyede bir uyumun sağlanmasının yanında iç hukuk düzenlemelerinden kaynaklanan farklılıklar da giderilmiş olmaktadır.⁵⁰³

Tüzük'ün getirdiği yeniliklere bakıldığında yeni düzenleme ile veri işleyenlerin tamamı veri işlemeden sorumlu tutulacaktır. Ancak 95/46 sayılı mülga Yönerge'de hukuka aykırı olarak yapılan veri işleme faaliyetlerinden sorumlu olan tek kişi veri kontrolörüydü. Tüzük ile getirilen düzenleme kapsamında, veri kontrolörü olmamakla birlikte bu verileri işleyen herhangi bir şirket ya da birey, yani veri işleme faaliyetine herhangi bir şekilde katılan herkes bu anlamda sorumlu haline gelmiştir.⁵⁰⁴

Tüzük hükümleri aynı zamanda küresel ölçekte etkiyi haiz bir nitelik taşımaktadır. Düzenlemenin AB tarafından hayata geçirilmiş olması bu hükümlerin yalnızca AB içerisinde yerleşik faaliyet gösteren veri işleyicileri ya da sorumluları bakımından bağlayıcı olduğu anlamına gelmemektedir. Bilakis Tüzükle küresel anlamda nerede hizmet verdiğine bakılmaksızın tüm AB vatandaşlarına hukuk güvenliği sağlanmıştır. Yine Tüzük'ün uygulama alanındaki herkese ilişkin verilerin korunmasına yönelik güvence sağlanmaktadır.⁵⁰⁵

⁵⁰² Yüksel, *Kişisel Sağlık*, 6.

⁵⁰³ Akıncı, *Avrupa Birliği*, 14.

⁵⁰⁴ Dülger, *Genel Veri*, 18; Akıncı, *Avrupa Birliği*, 14.

⁵⁰⁵ Akıncı, *Avrupa Birliği*, 15.

Verisi işlenenlere sağlanan tazminat talebi imkânı da tüzük ile getirilen önemli bir yeniliktir. Bu kapsamda Tüzük, kişisel verilerinin işlenmesi sırasında zarara uğrayanlara (hukuka aykırı işleme sırasında veri kaybı gibi) toplu tazminat da dâhil olmak üzere, Amerikan hukuk sisteminde yer alan toplu dava sistemine eşdeğer bir tazminat talebi hakkı tanımaktadır.⁵⁰⁶ Yine kişisel verilerinin Tüzüğe aykırı bir şekilde işlenmesi sonucu bu Tüzük kapsamındaki haklarının ihlal edildiğini değerlendirdiği hallerde, her veri sahibi etkili bir kanun yoluna başvurma hakkına sahiptir. Ayrıca denetim makamlarının bağlayıcı kararlarına karşı ilgili kişilerin kanun yoluna başvurma hakkı da mevcuttur.⁵⁰⁷ Bu etkili bir kanun yoluna başvurma hakkı, kişisel verileri hukuka aykırı olarak işlenen bireylerin böyle bir işleme sonucunda uğradıkları zararlar için tazminat talep edebilme hakkını içinde barındırır. Bu kapsamda Tüzüğe ilişkin bir ihlal sonucu maddi veya manevi zarar gören herhangi bir kişinin yaşanan zarara ilişkin olarak veri sorumlusu veya işleyenden tazminat alma hakkı bulunmaktadır. Bu kapsamda işleme faaliyetine müdahil herhangi bir veri sorumlusu Tüzüğü ihlal eden işleme faaliyetinin sebep olduğu zarardan sorumludur.

Veri işleyen de Tüzük'ün özellikle veri işleyenlerine yönelik yükümlülüklerini ihlal ettiği veya veri sorumlusunun hukuka uygun talimatları dışında veya bu talimatlara aykırı hareket ettiği hallerde, işleme faaliyetinin sebep olduğu zarardan sorumludur.⁵⁰⁸

AB vatandaşlarına ait kişisel verilerin sınır-ötesi aktarımının daha sıkı kurallara bağlanması⁵⁰⁹ olması da Tüzük'ün önemli bir özelliğidir. Yine unutulma hakkı kavramı da tüzükle getirilen yeniliklerdendir. Bu kapsamda kullanıcılar kendilerine ait kişisel verilerin silinmesini talep edebilme hakkına sahiptir.⁵¹⁰ Bu hak uyarınca şu hallerden birinin geçerli olması durumunda, veri sahibinin kişisel verileri herhangi bir gecikmeye mahal vermeksizin silme yükümlülüğü bulunmaktadır: Kişisel verilerin toplanma veya işleme amaçlarıyla ilişkili olarak artık gerekli olmaması, veri sahibinin işleme faaliyetinin dayandığı izni geri çekmesi ve işleme faaliyetiyle ilgili başka bir yasal gerekçe bulunmaması, veri sahibinin işleme faaliyetine itirazda bulunması ve işleme faaliyetine yönelik ağır basan meşru bir gerekçe bulunmaması, kişisel verilerin yasa dışı

⁵⁰⁶ Akıncı, *Avrupa Birliği*, 15.

⁵⁰⁷ Dülger, *Genel Veri*, 67.

⁵⁰⁸ Dülger, *Genel Veri*, 69.

⁵⁰⁹ Akıncı, *Avrupa Birliği*, 15; Dülger, *Genel Veri*, 36 vd.

⁵¹⁰ Dülger, *Genel Veri*, 59; Akıncı, *Avrupa Birliği*, 15.

biçimde işlenmiş olması, veri sorumlusunun tabi olduğu birlik veya üye devlet hukukundaki bir yasal yükümlülüğe uygunluk sağlanması amacı ile kişisel verilerin silinmesinin zorunlu olması, kişisel verilerin toplumu hizmetlerinin sağlanması ile ilgili toplanmış olması.⁵¹¹ Tüm bu durumlarda unutulma hakkı devreye girmekte ve kişisel verilerin silinmesi zorunluluğu gündeme gelmektedir.

Kullanıcı haklarına ilişkin olarak bilgilendirme yükümlülüğünün veri kontrolöründe olması da tüzükte dikkat çeken yeniliklerden biridir. Tüzük kapsamında veri kontrolörleri, kullanıcılarını bilgilendirmek ve sahip oldukları yasal haklar konusunda gerekli hatırlatmaları yapmakla yükümlü olup aynı zamanda söz konusu yükümlülüklerini gerçekleştirdiklerini belgelemekle de yükümlü tutulmaktadır.⁵¹²

Tüzükle veri ihlallerine ilişkin daha sıkı yaptırımlar ve haksız müdahaleleri engellemeye yönelik elverişli mekanizmalar öngörülmüştür. Veri koruma kurallarına ilişkin ihlaller karşısında çok daha ağır tazmin yaptırımları ve elverişli sorun çözme mekanizmaları bulunmaktadır.⁵¹³

Her üye devletin, gerçek kişilerin işleme faaliyeti ile ilgili temel hakları ve özgürlüklerini korumak ve Birlik içerisinde kişisel verilerin serbest akışını kolaylaştırmak üzere, denetim mekanizması olarak bir ya da daha fazla sayıda bağımsız kamu kuruluşunun Tüzük'ün uygulamasının izlenmesinden sorumlu olması gerektiği öngörülmüştür (m. 51).⁵¹⁴ Denetim makamı, ulusal hukukta Tüzük ile uyumluluğu sağlayan esas organdır. Denetim makamlarının izlemenin ötesine geçen, ön gelen ve önleyici denetleme faaliyetlerini de içeren geniş görev ve yetkileri vardır. Görevlerini ifa edebilmeleri için, denetim makamlarının soruşturmaya, tavsiye vermeye ve düzeltici neticeler elde etmeye elverişli yetkilerinin olması gerekmektedir.⁵¹⁵ Bu kapsamda her veri sahibi, kendisi ile alakalı kişisel verilerin işlenmesinin hukuka aykırı olarak gerçekleştirildiğini düşünmesi durumunda, başka bir idari veya adli çözüm yoluna halel gelmeksizin yetkili denetim makamına şikâyetle bulunma hakkına sahiptir.⁵¹⁶

⁵¹¹ Dülger, *Genel Veri*, 59.

⁵¹² Akıncı, *Avrupa Birliği*, 15.

⁵¹³ Akıncı, *Avrupa Birliği*, 16.

⁵¹⁴ Dülger, *Genel Veri*, 44.

⁵¹⁵ Dülger, *Genel Veri*, 45.

⁵¹⁶ Dülger, *Genel Veri*, 66.

Tüzüğe göre, belirli durumlarda veri sorumluları veri koruma kurallarına uygun faaliyet göstermesi hususunda onlara bilgi ve tavsiye verecek veri koruma görevlileri atayabilir. Bazı durumlarda ise veri koruma görevlisi atamak zorunludur.⁵¹⁷ Tüzük'ün 37. maddesi gereğince aşağıdaki koşulların varlığı halinde her türlü veriler için ve her hâlükârda veri koruma görevlisi atanması yükümlülüğü öngörülmüştür:

a) İşleme faaliyeti, yargı faaliyetinin yürütülmesi durumu hariç, bir kamu kurum veya kuruluşunca gerçekleştiriliyorsa

b) Yapmış oldukları işin doğası gereğince büyük ölçüde veriyi düzenli ve sistematik izlemeyi gerektiren veri işleyicisi veya veri kontrolörlerinin temel faaliyetlerinin konusunu veri işleme oluşturuyorsa

c) Veri kontrolörü veya işleyicisinin temel faaliyetlerini, 9. maddede sayılan özel nitelikli hassas verilerin işlenmesi veya 10. maddede ifade edilen ceza mahkûmiyeti veya suça ilişkin kişisel bilgilerin işlenmesi oluşturuyorsa mutlaka veri koruma görevlisi belirecektir.

Bu şekilde veri işleyenler nezdinde işledikleri veri özel nitelikli veri olmasa dahi korunması için özel bir görevlinin bulundurulmasını zorunlu kılarak önemli bir veri koruma düzeyi öngörmektedir. Ayrıca veri koruma görevlisinin veri koruma alanında yeterli uzmanlık bilgisini haiz olması gerekmektedir. Yukarıda sayılan işleme faaliyetlerinden bu görevli sorumludur.⁵¹⁸

Tüzüğe göre bir veri koruma görevlisi atandığında veri sorumlusu ve işleyen, bu kişinin kişisel verilerin korunmasına ilişkin tüm konulara uygun bir şekilde ve zamanında müdahil olmasını sağlar. Veri koruma görevlisinin görevlerini etkili bir şekilde yerine getirebilmesi için veri sorumluları ve veri işleyenler, ona gereken kaynakları sağlamalıdır. Veri koruma görevlileri bağımsız hareket etmelidir. Veri sorumlusu ve işleyen, veri koruma görevlisinin görevlerini yerine getirmesi ile ilgili olarak hiçbir şekilde talimat almaması için gerekli önlemleri alır. Veri koruma görevlisi, görevlerinin yerine getirilmesi nedeniyle veri sorumlusu ya da işleyen tarafından işten çıkarılamaz veya cezalandırılmaz.⁵¹⁹ Kanaatimizce söz konusu düzenlemeler, veri korunması anlamında önemli güvencelerdir. Mezkûr düzenlemeler, özellikle bizzat veri

⁵¹⁷ Dülger, *Genel Veri*, 29.

⁵¹⁸ Akıncı, *Avrupa Birliği*, 17.

⁵¹⁹ Dülger, *Genel Veri*, 30.

işleyenden veya veri sorumlusundan gelecek ihlal niteliğindeki davranışlara karşı kişisel verileri koruyucu bir nitelik taşımaktadır.

Tüzükle riskli veri işleme faaliyetleri bakımından zorunlu veri koruma etki değerlendirmesi yapılması zorunluluğu getirilmiştir. Tüzük'ün 35.maddesi yle getirilen bu yeni düzenlemede, özellikle yeni teknolojik veri işleme metotlarının kullanıldığı veri işleme faaliyetlerinin, gerçek kişilerin hak ve özgürlükleri bakımından yüksek bir risk içermesinin muhtemel olduğu durumlarda, söz konusu işlemenin kapsamı, niteliği, bağlam ve amacı da dikkate alınarak Tüzük hükümlerine uyumun artırılması amacıyla veri kontrolörü, öncelikle bir veri koruma etki değerlendirmesi (VKED) yapılmasından sorumlu tutulmaktadır.⁵²⁰ Maddenin ikinci fıkrasında özellikle hangi durumlarda VKED yapılması gerektiği (otomatik veri işleme sistemlerinin kullanılması, hassas verilerin işlenmesi veya ceza mahkûmiyeti ve suçlara ilişkin veriler gibi.) ayrıntılı olarak açıklanmaktadır. Bu kapsamda 86 numaralı giriş paragrafında kişisel veri işleme faaliyetlerinin Tüzük hükümlerine uygun olarak gerçekleştirilmesine yönelik alınacak önlemlerin belirlenmesinde söz konusu VKED sonuçlarının dikkate alınacağı ifade edilmektedir.⁵²¹ Yapılacak veri koruma etki değerlendirmesi sonucunda, veri sorumlusunun riski hafifletmek için tedbir almaması durumunda veri işlemenin bireylerin hakları için yüksek risk oluşturacağı anlaşılırsa veri sorumlusunun işleme faaliyetinden önce denetim makamına danışması gerekmektedir.⁵²²

Tüzükte sürecin en başından itibaren verilerin koruması yaklaşımı benimsenmiştir. Bu ilkeye göre veri kontrolörünün, gerek veri işleme vasıtalarının belirlenmesi sırasında gerekse veri işleme anında Tüzükte öngörülen veri koruma kurallarının etkili bir biçimde uygulanması için gerekli araçları kullanarak örneğin bulanıklaştırma veya asgari veri işleme gibi uygun teknik ve organizasyonel önlemleri alması gerekmektedir.⁵²³ Bu kapsamda yetkisiz veya yasa dışı işlemeye karşı, kazara kayıp, imha veya tahribe karşı koruma da dahil olmak üzere, gerekli güvencelerin entegre edilmesi amacı ile tasarlanan, uygun tekniklere ve düzenlemelere ilişkin tedbirler uygulamalı ve veri sahiplerinin haklarını korunmalıdır.⁵²⁴

⁵²⁰ Dülger, *Genel Veri*, 32; Akıncı, *Avrupa Birliği*, 17.

⁵²¹ Akıncı, *Avrupa Birliği*, 17.

⁵²² Dülger, *Genel Veri*, 32.

⁵²³ Akıncı, *Avrupa Birliği*, 18.

⁵²⁴ Dülger, *Genel Veri*, 17.

Tüzükte veri ihlali riskinin yüksek olması durumunda hem veri koruma otoritesine hem de veri sahibine bildirimde bulunma zorunluluğu öngörülmüştür. Buna göre veri kontrolörü, veri ihlalinin meydana geldiğini öğrenir öğrenmez, hesap verebilirlik ilkesine uygun olarak mümkün olan en kısa süre içerisinde ve en geç 72 saat içinde veri koruma otoritesine ihlali bildirmekle yükümlüdür. Ayrıca kontrolör, söz konusu ihlal dolayısıyla hak ve hürriyetleri tehlike altında bulunan veri sahibine de gerekli önlemleri alabilmesi amacıyla gecikmeksizin bildirimde bulunmakla yükümlüdür.⁵²⁵

Tüzükte veri kontrolörüne kurtuluş imkânı olarak da anılabilecek bir düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemede veri kontrolörünün sorumluluğunun sınırlarını belirlemek amacıyla kullanılan temel kavram “*kullanıcıların makul beklentisi*” olarak ifade edilmektedir. Bu kapsamda veri kontrolörünün veriyi bulut hizmet sağlayıcısına vermeden önce şifrelemesi veya bulanıklaştırması, onun sorumluluktan kurtulabileceği anlamına gelmektedir. Bu yönüyle herhangi bir veri ihlali durumunda şirketlerin kendi şifreleme anahtarlarını tutarak bireylerin veri gizliliği konusundaki “*makul beklentilerini*” karşılama konusunda gerekli adımları atmış olduklarını veri koruma otoritesine savunma olarak sunabilecekleri değerlendirilmektedir.⁵²⁶

Esasında Tüzükle amaçlanan, veri işleme ve üye devletlerarasında verinin serbest dolaşımı faaliyetleri sırasında gerçek kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır. Söz konusu temel hedefe ulaşılması amacıyla Tüzükte bir dizi temel prensibe yer verilmiştir. Tüzük’ün prensipler başlıklı ikinci bölümünde yer alan 5. maddesinde, verinin işlenmesi sırasında uyulması gereken temel prensipler ifade edilmektedir. Buna göre:

- Kişisel verilerin hukuka uygun, dürüstlük kurallarına uygun ve veri öznesine karşı şeffaf işlenmesi gerekmektedir. (Hukukilik, dürüstlük ve şeffaflık ilkesi; 5.m/1.f(a))

- Kişisel verilerin belirli, açık ve meşru amaçlarla toplanması gerekmektedir. (Amaçla sınırlılık ilkesi; 5.m/1.f(b))

⁵²⁵ Akıncı, *Avrupa Birliği*, 18; Dülger, *Genel Veri*, 28.

⁵²⁶ Akıncı, *Avrupa Birliği*, 19.

- Kişisel veriler işleme için gerekli olduğu kadar, ilgili ve ölçülü biçimde işlenmelidir. (Veri minimizasyonu prensibi; 5.m/1.f/(c))

- Kişisel verilerin doğru olarak ve gerekli hallerde güncel tutulması gerekmektedir. (Doğruluk prensibi; 5.m/1.f/(d))

- Kişisel verinin işlenmesi amacı için gerekli olandan daha uzun süre tutulmaması gerekmektedir. (Veri saklamanın sınırlandırılması prensibi; 5.m/1.f/(e))

- Veri işlemenin güvenli olması gerekmektedir. (Bütünlük ve gizlilik prensibi; 5.m/1.f/(f))

- Veri kontrolörü yukarıda sayılan tüm temel prensiplerden sorumludur. (Hesap verebilirlik prensibi; 5.m/2.f).⁵²⁷

Tüzük'ün 9'uncu maddesinde ise “*özel nitelikli kişisel veriler*” düzenlenmektedir. Tüzük'te kural olarak bu verilerin işlenmesinin yasak olduğu belirtildikten sonra, m. 9/II de istisnalar düzenlenmiştir. Buna göre özel nitelikli kişisel veriler (bu kapsamda kişisel sağlık verileri):

- Koruyucu hekimlik,
- Tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi,
- Kamu sağlığı,
- Sağlık sigorta sisteminin kalitesi ile maliyet etkinliğini sağlamak, hallerine münhasır olmak üzere, işlenebilecektir.⁵²⁸ Bu sayılan amaçlar aşağıda değinileceği üzere iç hukukumuzdaki kişisel sağlık verilerinin işlenmesine imkân tanınan amaçlarla uyumluluk taşımaktadır.

Sonuç itibarıyla Tüzük'ün köklü yenilikler öngördüğü dört temel özelliği ön plana çıkmaktadır:

- Kişisel verilerin ve veri sahiplerinin daha etkin korunması,
- Veri işleyenler ile veri kontrolörlerinin artırılmış sorumlulukları,
- Uygulanma alanı bakımından daha güçlü düzenlemelere sahip olması,

⁵²⁷ Handbook on European Data Protection Law, 134; Dülger, *Genel Veri*, 11 vd.; Akıncı, *Avrupa Birliği*, 24-25.

⁵²⁸ Yüksel, *Kişisel Sağlık*, 6.

• 95/46 sayılı Direktife göre çok ağır tazmin yaptırımları (20 milyon avroya kadar veya şirketin dünya çapındaki cirosunun yüzde 4'üne ulaşan para cezası) olması.⁵²⁹

1.2.3.2.4.5. 2016/680 Sayılı Kişisel Verilerin Cezai Prosedür Gereği İşlenmesi Karşısında Gerçek Kişilerin Korunması Tüzüğü

AB Parlamentosu ve Konseyi'nin 27 Nisan 2016 tarih ve 2016/680 sayılı Resmi Otoritelerce Cezai Yaptırımların İnfazı veya Ceza Gerektiren Suçların Önlenmesi, Tespiti, Kovuşturulması ve Soruşturulması Amacıyla İşlenmesi ve Bu Verilerin Serbest Dolaşımı Karşısında Gerçek Kişilerin Korunması Tüzüğü⁵³⁰ yukarıdaki başlık altında da değindiğimiz üzere, 2016/679 Sayılı ABGVKT ile aynı tarihte kabul edilmiş ve Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde yayınladığı 04.05.2016 tarihini takip eden günden itibaren yürürlük kazanmıştır.

Tüzük gerçek kişilerin kişisel verilerinin, cezai yaptırımların infazı veya suçun önlenmesi, araştırılması, tespiti ve soruşturulması amaçları doğrultusunda ve kamusal otoriteler tarafından işlenmesi karşısında korunmasına ilişkin kurallar içermektedir. Kişisel verilerin kamusal otoriteler tarafından işlenmekte olması, bu Tüzük hükümlerinin uygulanabilmesinin önkoşulunu oluşturmaktadır. Buna ilaveten verilerin otomatik veya yarı otomatik yöntemlerle veya bir dosyalama sisteminin parçası olarak otomatik olmayan yollarla işlenmiş olması gerekmektedir.

Tüzük kapsamında, kişisel verilerin belli, kesin ve yasal amaçlar için toplanması gerekir. Bu istikamette toplanan kişisel veriler, kamusal güvenliğe yönelik tehditlerin önlenmesi ve karşı konulması dâhil cezai yaptırımların infazı veya suçun önlenmesi, araştırılması, tespiti ve soruşturulması ile örtüşmeyen amaçlar doğrultusunda işlenmemelidir.⁵³¹

Tüzük tüm kişisel veriler ilişkin olarak düzenlendiğinden kişisel sağlık verilerini de kapsamına almaktadır. Bu nedenle kişisel sağlık verilerinin otomatik veya yarı otomatik yöntemlerle veya bir dosyalama sisteminin parçası olarak işlenmesi

⁵²⁹ Yüksel, *Kişisel Sağlık*, 6.

⁵³⁰ Direktifin orijinal metni için bkz. Directive (EU) 2016/680 Of The European Parliament And Of The Council, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1572505173122&uri=CELEX:32016L0680>, (31/10/2019).

⁵³¹ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 72.

durumunda tüzük uygulanma kabiliyeti kazanacaktır. Bu kapsamda kişisel sağlık verileri elbette cezaların infazı, suçun önlenmesi, araştırılması ve soruşturulması gibi amaçlar için kullanılabilir. Hatta denilebilir ki bu amaçlar için neredeyse en çok kullanılan veriler kişisel sağlık verileridir. Bu nedenle bahse konu tüzük en çokta kişisel sağlık verilerine ilişkin olarak uygulanma kabiliyeti taşımaktadır. Dolayısıyla koyduğu sınırlama ve kayıtlamalar tüm kişisel sağlık verileri içinde geçerlilik taşımaktadır.

Tüzük'ün uygulanma alanına ilişkin diğer önemli bir husus da İnterpol'e kişisel verilerin işlenmesi konusunda yetki verilmiş ve bu hususa ayrıca değinilmiş olmasıdır. Bu konuya ilişkin olarak Tüzük'ün 25 nolu paragrafında *“Tüm Üye Devletler Uluslararası Ceza Polis Teşkilatına (Interpol) bağlıdır. Görevini yerine getirmek için Interpol, yetkili makamlara uluslararası suçları önleme ve bunlarla mücadelede yardımcı olmak için kişisel verileri alır, saklar ve yayınlar. Bu nedenle, kişisel verilerin otomatik olarak işlenmesiyle ilgili temel hak ve özgürlüklere saygı gösterirken, kişisel verilerin verimli bir şekilde değişimini teşvik ederek Birlik ve İnterpol arasındaki iş birliğini güçlendirmek uygundur”* denilmektedir. Ayrıca kişisel verilerin İnterpol'e üye ülkelere aktarıldığı durumlarda, bu Tüzük'ün ve özellikle de uluslararası transferlerle ilgili hükümlerin uygulanması gerektiği ayrıca vurgulanmıştır. Bu nedenle kişisel sağlık verilerin uluslararası transferi içinde Tüzük önem taşımaktadır.

1.2.3.2.5. Dünya Hekimler Birliği Bildirgeleri

Dünya Hekimler Birliği⁵³² (DHB) hekimleri temsil eden uluslararası bir kuruluştur. 27 farklı ülkeden hekimin, Birliğin Paris'teki İlk Genel Kurulunda bulunduğu 17 Eylül 1947 tarihli toplantısında kurulmuştur. Örgüt, hekimlerin mesleki bağımsızlığını sağlamak ve hekimler tarafından daima sağlanması gereken en yüksek etik davranış ve bakım standartlarını belirlemek üzere çalışmak için kurulmuştur.

Dünya Hekimler Birliği'ne şu anda 114 Ulusal Hekim Birliği üye olmuş⁵³³ ve birlik oldukça büyümüştür. Birlik, tüm insanlar için tıp eğitimi, tıp bilimi, tıp sanatı ve tıp etiği ve sağlık hizmetlerinde en yüksek uluslararası standartları tespit etmeye çalışmaktadır. Bu yönüyle insanlığa hizmet etmektedir.

⁵³² “World Medical Association” ibaresi birebir çevrildiğinde her ne kadar Dünya Tıp Birliği anlamına gelse de birliğin aslında sadece hekimleri temsil eden bir uluslararası kuruluş olduğu bizzat Birliğin kendi bildirisinde belirtildiğinden (bkz. Bir sonraki dipnot) çalışmamız kapsamında bizde birliğin ismini Dünya Hekimler Birliği olarak kullanmayı doğru bulduk.

⁵³³ World Medical Association, About Us, <https://www.wma.net/who-we-are/about-us/> (03/06/2019).

Mümkün olan en yüksek tıbbi etik standartlarını ilke olarak benimseyen bir kuruluş olarak Birlik, bildirimleri ve kararları ile hekimlere önemli oranda etik rehberlik yapmaktadır. Bu bildirimler aynı zamanda ulusal tıp birlikleri, hükümetler ve dünyadaki uluslararası diğer kuruluşlara da önemli oradan rehberlik ederek bir yardımcı vazifesi görmektedir.⁵³⁴ Bu yönüyle Birliğin bildirgeleri, devletler için herhangi bir doğrudan bağlayıcılık taşımasalar da önemli bir rehberlik vasfını bünyelerinde barındırmaları nedeniyle çalışmamız açısından önem taşımaktadır.

Birliğin 2005 Santiago Hasta Hakları Bildirgesi'nin giriş bölümünde, sağlık hizmeti veren hekimlerle, öteki kişi veya kurumların hasta haklarını tanıma ve destekleme konusunda ortak sorumlulukları bulunduğu belirtilmekte ve yasama organları ve hükümetlerin eylemleri veya herhangi başka bir yönetim veya kurum, hastaları bu haklarından yoksun bıraktığında hekimlerin bu hakların güvenceye alınması ya da yeniden sağlanması için uygun yollara başvurmaları gerektiği vurgulanmaktadır.⁵³⁵ Yine aynı bildirgenin gizlilikle ilgili 8. maddesinde “*Hastanın sağlık durumu, tıbbi durumu, tanısı, prognozu, tedavisi ve kişiye özel diğer tüm bilgiler ölümünden sonra bile gizli olarak korunmalıdır. Ayrıcalıklı olarak hasta yakınlarının kendileri ilgili sağlık risklerini öğrenmeleri açısından bu bilgilere ulaşabilme hakkı olabilir*”⁵³⁶ denilerek kişisel sağlık verilerinin hastanın ölümünden sonra dahi korunması gerektiği⁵³⁷ belirtilmektedir.

Mahremiyet açısından konuya bakıldığında ise Dünya Hekimler Birliği tarafından 1981 yılında yayınlanmış olan⁵³⁸ Lizbon Bildirgesi'nde, hastanın hekimden, tüm tıbbi ve özel hayatına ilişkin bilgilerinin gizliliğine saygı duyulmasını bekleme hakkına sahip olduğu belirtilmektedir.⁵³⁹ Bildirge'nin 4. maddesinde “*Hasta, hekiminin*

⁵³⁴ World Medical Association, About Us.

⁵³⁵ Türk Tabipler Birliği Kişisel Sağlık Verileri Çalışma Grubu, “Sağlık Hizmetlerinde Kişisel Veri Toplanması, Korunması ve Değerlendirilmesi”.

⁵³⁶ Türk Tabipler Birliği Kişisel Sağlık Verileri Çalışma Grubu, “Sağlık Hizmetlerinde Kişisel Veri Toplanması, Korunması ve Değerlendirilmesi”.

⁵³⁷ İngiltere’de de aynı yönde bir düşünce bulunmaktadır. Bkz. Stauch, Wheat and Tingle, *Sourcebook On Medical Law*, 280; Hope, Savulescu and Hendrick, *Medical Ethics*, 99; Carr, *Beginning Medical*, 15; Alasdair Maclean, *Briefcase on Medical Law*, Cavendish Publishing Limited, First Published, Great Britain 2001, 167.

⁵³⁸ Ayrıca bkz. [http. // www. hayad.org.tr/ lizbon-hasta- haklari- bildirgesi](http://www.hayad.org.tr/lizbon-hasta-haklari-bildirgesi).

⁵³⁹ Sevük, *Tıp Ceza*, 788; ayrıca bkz., [http://www.saglikhakki.org/ lizbon.htm](http://www.saglikhakki.org/lizbon.htm).

kendi tıbbi bakımı ve kendisiyle ilgili edindiği bilgilerin gizliliğine saygı göstermesini bekleme hakkına sahiptir” denilmiştir.⁵⁴⁰

Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi’nin gözden geçirilmiş şekli olan Bali Bildirgesi, Birliğin Eylül 1995’te Endonezya’nın Bali kentinde yapılan toplantısında kabul edilmiştir. Bildirge’nin 8.maddesinde “*Hastanın sağlık durumu, tıbbi durumu, tanısı, prognozu, tedavisi ve kişiye özel diğer tüm bilgiler ölümünden sonra bile gizli olarak korunmalıdır*” denilmekte⁵⁴¹ ve ayrıca bu gizli bilgilerin sadece hastanın açık izni veya mahkemenin kesin isteği üzerine açıklanabileceğine özel vurgu yapılmaktadır.⁵⁴²

Avrupa Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi⁵⁴³ olarak da anılan Mart 1994 tarihli Amsterdam Bildirgesi’nin 1. maddesinde “*kadın veya erkek herkesin özel yaşamına saygı gösterilmelidir*” denilmekte ve mahremiyet ve özel hayat kenar başlıklı 4 maddesinde⁵⁴⁴ “*Hastanın sağlık durumu, tıbbi durumu, tanısı, prognozu, tedavisi hakkındaki ve kişiye özel diğer tüm bilgiler, ölümünden sonra bile gizli olarak*

⁵⁴⁰ Yüksel, *Kişisel Sağlık*, 5.

⁵⁴¹ Yüksel, *Kişisel Sağlık*, 5.

⁵⁴² Bali Bildirgesi’nin gizlilik hakkı kenar başlıklı 8. maddesi şöyledir: “*a. Hastanın sağlık durumu, tıbbi durumu, tanısı, prognozu, tedavisi ve kişiye özel diğer tüm bilgiler ölümünden sonra bile gizli olarak korunmalıdır. İstisna olarak hasta yakınlarının kendileri ilgili sağlık risklerini öğrenmeleri açısından bu bilgilere ulaşabilme hakkı olabilir. b. Gizli bilgiler sadece hastanın açık izni veya mahkemenin kesin isteği üzerine açıklanabilir. Hastanın açık olarak izin vermediği durumlarda bu bilgiler sadece bilgilendirilmesi gereken diğer sağlık personeline verilebilir. c. Hastanın kimliğine ait tüm bilgiler korunmalıdır. Bu bilgilerin korunması usulüne uygun yapılmalıdır. Bu tür verilerin alındığı insan ürünleri de aynı şekilde korunmalıdır.*”; bkz.,<http://www.saglikhakkı.org/bali1.htm> , 03/06/2019; Hasta ve Hasta Yakını Hakları Derneği, Bali Bildirgesi, <http://www.hayad.org.tr/bali-bildirgesi-1995> (03/06/2019).

⁵⁴³ Bildirge metni için bkz. Hasta Hakları, <https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/amsterdam.htm> (03/06/2019).

⁵⁴⁴ Bildirge’nin 4. maddesi şöyledir; “*4.Mahremiyet ve özel hayat 4.1.Hastanın sağlık durumu, tıbbi durumu, tanısı, prognozu, tedavisi hakkındaki ve kişiye özel diğer tüm bilgiler, ölümünden sonra bile gizli olarak korunmalıdır. 4.2.Hastaya ait bu bilgiler, yalnızca hastanın açık izni veya mahkemenin kesin isteği üzerine açıklanabilir. Hastanın tedavisi ile ilgili diğer sağlık personeline ihtiyaç sözkonusu olduğunda hastanın onayı olduğu varsayılarak davranılır. 4.3.Hastanın kimliğine dair bilgiler korunmalıdır. Bu bilgilerin korunması usulüne uygun yapılmalıdır. 4.4.Hastalar, tanıları, tedavileri ve bakımları ile ilgili kayıtlara, diğer dosyalara, teknik kayıtlara ve tıbbi dosyalarına bakabilme ve kendi dosyalarının ve kayıtlarının kopyasını alabilme hakkına sahiptir. Bu hak üçüncü kişilerin bilgilerine bakabilmeyi içermez. 4.5.Hastalar, kendileriyle ilgili tıbbi ve kişisel bilgilerin uygunsuz, eksik, çift anlamlı, eski olması veya tanı, tedavi ve bakım amacıyla ilgili olmaması durumunda bu bilgileri yenileme, daha açık hale getirme, bazı kısımlarını çıkarma, tamamlama, düzeltme hakkına sahiptir. 4.6.Hastanın tanı, tedavi ve bakımı için gerekli olmadıkça ve ek olarak hasta izin vermedikçe hastanın özel ve aile hayatına girilemez. 4.7.Tıbbi girişimler ancak kişinin özel hayatına saygı gösterilmesi durumunda yapılabilir. Bunun anlamı önerilen girişimin hastanın onayı veya isteğine göre ve kişinin ihtiyacı durumunda yapılabileceğidir. 4.8.Sağlık kurumlarına başvuran hastalar, özellikle sağlık personelinin kişisel bakımlarını veya muayene ve tedavilerini yapacağı durumda kurumların özel hayatlarının korunmasını sağlayan fiziksel özelliklere sahip olmasını bekleme hakkına sahiptirler.*”

korunmalıdır. Hastanın kimliğine dair bilgiler korunmalıdır.” denilerek hastanın kimliğinin korunmasına ayrıca ve özel bir vurgu yapılmıştır.

Birliğin 1997 tarihli Kalite Bildirgesi’nin 13. maddesinde yer alan *“Tıbbi kayıtlar gizli tutulmalı ortak kullanım şekline sokulmalıdır ve uygun olmayan kişilerin erişemeyeceği halde tutulmalıdır. Tüm raporlar, fotoğraflar, video görüntüleri ve karşılaştırmalı veriler ilgili hastanın bir değerlendirme içerisinde belirlenemeyeceği bir şekilde sunulmalıdır.”* ifadesi ile kişisel sağlık verilerinin ortak kullanıma sokulmasında gizlilik ilkesine vurgu yapılmış ve bu anlamda kişisel sağlık verilerinin anonimleştirilmesi ilkesinin altı özellikle çizilmiştir.⁵⁴⁵

Birliğin Helsinki Bildirgesi olarak da anılan İnsan Gönüllüler Üzerinde Yapılan Tıbbi Araştırmalarda Etik İlkeler⁵⁴⁶ bildirgesi Birliğin, Helsinki’de Haziran 1964’te yapılan genel kurulunda⁵⁴⁷ kabul edilmiştir.⁵⁴⁸ Bahse konu Bildirge’nin 1. maddesinde kişisel sağlık verilerinin bildirge kapsamında olduğu belirtilmiş ve 19. maddesinde de *“Gönüllülerin yaşamını, sağlığını, onurunu, vücut bütünlüğünü, kendisi ile ilgili karar verme hakkını, mahremiyetini ve kişisel bilgilerinin gizliliğini korumak, araştırmaya katılan hekimin görevidir.”* denilerek hekimin insan mahremiyetini ve bunun gereği olarak ta kişisel verilerini korunmakla yükümlü olduğu vurgulanmıştır. Bildirge’nin 24 maddesinde bilimse araştırmalara özgü olarak *“Araştırmaya katılan gönüllülerin mahremiyetinin ve kişisel bilgilerinin gizliliğini korumak için her türlü önlemin alınması gerekir.”* denilmektedir. Bu düzenlemelerden de anlaşıldığı üzere, kişisel sağlık verileri sadece hastalara ilişkin bilgilerden ibaret değildir. Aynı zamanda hasta

⁵⁴⁵ Yüksel, *Kişisel Sağlık*, 6.

⁵⁴⁶ Tam metin için bkz., Journalagent, [http. // www. journalagent. com/aot/ Helsinki_Declaration_tur .pdf](http://www.journalagent.com/aot/Helsinki_Declaration_tur.pdf) (03/06/2019).

⁵⁴⁷ Hasta ve Hasta Yakını Hakları Derneği, Dünya Tıp Birliği Helsinki Bildirgesi, [http. //www. hayad.org.tr/ dunya-tip- birligi- helsinki- bildirgesi](http://www.hayad.org.tr/dunya-tip-birligi-helsinki-bildirgesi) (03/06/2019).

⁵⁴⁸ Bahse konu bildirge,1964 Haziran ayında Finlandiya’nın Helsinki kentinde WMA 18. Genel Kurulunda kabul edilmiş olsa dahi 1975 Ekim ayında Japonya’nın Tokyo kentinde düzenlenen WMA 29. Genel Kurulunda, 1983 Ekim ayında İtalya’nın Venedik kentinde düzenlenen WMA 35. Genel Kurulunda, 1989 Eylül ayında Hong Kong’da düzenlenen WMA 41. Genel Kurulunda, 1996 Ekim ayında Güney Afrika Cumhuriyeti’nin Somerset West kentinde düzenlenen WMA 48. Genel Kurulunda, 2000 Ekim ayında İskoçya’nın Edinburgh kentinde düzenlenen WMA 52. Genel Kurulunda, 2002 Ekim ayında ABD’nin Washington D.C. kentinde düzenlenen WMA 53. Genel Kurulunda (Açıklama Notu eklenmiştir), 2004 Ekim ayında Japonya’nın Tokyo kentinde düzenlenen WMA 55. Genel Kurulunda (Açıklama Notu eklenmiştir), 2008 Ekim ayında Kore Cumhuriyetinin Seul kentinde düzenlenen WMA 59. Genel Kurulunda, 2013 Ekim ayında Brezilya’nın Fortaleza kentinde düzenlenen WMA 64. Genel Kurulunda değiştirilmiştir.

olmasa da dahi bir bilimsel araştırmaya katılan kişilerin kişisel sağlık durumuna ilişkin bilgilerde kişisel sağlık verileri kabul edilmektedir.

Burada ayrıca Birliğin Taipei Sağlık Veri Tabanları ve Biobankalar ile İlgili Etik Hususlar Hakkındaki Bildirgesi'ne⁵⁴⁹ de değinmek gerekmektedir. Esasında 53. Genel Kurul tarafından kabul edilen bu Bildirge, (Washington, DC, ABD, Ekim 2002) 67 Genel Kurul tarafından (Taipei, Tayvan, 2016 Ekim) de revize edilmiştir. Bildirge'nin 2. maddesinde *“Sağlık hizmeti sunumunda, sağlık bilgisi olaylarını kaydetmek ve hekimlere hastalarının devam eden bakımında yardımcı olmak için doktorlar veya sağlık ekibinin diğer üyeleri tarafından sağlık bilgileri toplanır”* denilmekte ve 3. maddesinde bu deklarasyonun, tanımlanabilir verilerin ve biyolojik materyallerin, hastaların bireysel bakımının ötesinde toplanmasını, saklanmasını ve kullanılmasını kapsadığı belirtilmektedir. Etik ilkelerin düzenlendiği kısımda 9. maddede⁵⁵⁰ *“Bireylerin saygınlığına, özerkliğine ve mahremiyetine saygı göstererek hekimlerin, hastaları tarafından sağlanan bilgileri koruyan görevliler olarak, hem etik hem de yasal olarak belirli yükümlülükleri vardır”* denilmektedir. Ayrıca Bildirge, sadece mahremiyetten bahsetmemektedir. Kişisel sağlık verilerine ilişkin rıza koşullarından, sağlık veri tabanlarına erişim koşullarından, biobankalardan ve kişisel sağlık verilerine ilişkin daha pek çok husustan bahsetmekte ve tüm bu süreçlerde kişisel verilerin korunmasına yönelik tavsiyelerde bulunmaktadır.

⁵⁴⁹ Bildirge'nin Orijinal metni için bkz. World Medical Association resmî web sayfası, <https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-taipei-on-ethical-considerations-regarding-health-databases-and-biobanks/> (03/06/2019).

⁵⁵⁰ Konuyla ilgili 9 ve 10 maddelerinde *“9. Bireylerin saygınlığına, özerkliğine, mahremiyetine ve mahremiyetine saygı göstererek hekimlerin, hastaları tarafından sağlanan bilgileri koruyan görevliler olarak, hem etik hem de yasal olarak belirli yükümlülükleri vardır. Özerklik, mahremiyet ve gizlilik hakları aynı zamanda bireylere kişisel verilerinin ve biyolojik materyallerinin kullanımı üzerinde kontrol kullanma yetkisi verir. 10. Gizlilik, Sağlık Veri tabanlarında ve Biyo-bankalarda güven ve dürüstlüğü korumak için esastır. Gizliliğine saygı gösterileceğini bilmek hastalara ve bağışçılara hassas kişisel verileri paylaşma konusunda güven verir. Onların mahremiyeti, veri ve biyolojik materyallerin işlenmesinde yer alan herkesin gizliliği görevi ile korunmaktadır.”* denilmektedir.

1.2.3.3. Ulusal Düzenlemeler

1.2.3.3.1. Anayasa

Çoğu ülkede olduğu gibi Türkiye'de de kişisel verilerin korunması, kaynağını 2010 yılına kadar özel yaşamın gizliliği hakkından almıştı. Ancak 2010 yılında Anayasa'nın 20. maddesine eklenen fıkra ile konu bambaşka bir boyuta taşınmıştır.⁵⁵¹

Anayasa'nın 20/3 maddesine göre *“Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir”*.

Düzenleme ile kişisel verilerin gizliliği ve korunması bir temel hak olarak tanınmış ve anayasal koruma altına alınmıştır. Ancak bu fıkra Anayasa'ya 07/05/2010 tarihinde ve 5982 sayılı yasa ile eklenmiştir. Yani ülkemizde kişisel verilerin korunması hakkı doğrudan ve bağımsız bir anayasal hak olarak ancak 2010 yılında kabul edilmiştir. Bu tarihe kadar bağımsız bir hak olarak Anayasa'da düzenlenmemiş olduğundan, doğal olarak özel hayata saygı hakkı kapsamında değerlendirilmiş ve bu kapsamda korunmaya çalışılmıştır. Bu anlamda ülkemiz, kişisel verilere anayasal bir koruma sağlama konusunda oldukça geç kalmıştır. Yukarıda da belirtildiği üzere diğer dünya ülkeleri bu konuya henüz 1980'lerin başlarından itibaren eğilmişken bu tarihlerden yaklaşık olarak 30 yıl sonra bahsi geçen düzenlemenin yapılmış olması ne kadar geç kalındığının en önemli göstergesidir.

Anayasadaki düzenlemede, hakkın sınırlandırılmasına ilişkin kısım dikkat çekicidir. Nitekim fıkra da yer alan *“kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızası ile işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir”* cümlesi ile hakkın sınırlandırılmasına yönelik olarak önemli bir usul benimsenmektedir. Ancak Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin *“yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak”* sınırlandırılacağı belirtilmiş iken, 20. maddeye eklenen bu fıkra hükmünde anayasal ve özel bir sınırlandırma sebebine yer

⁵⁵¹ İzgi, Mahremiyet Kavramı, 32.

verilmemiş, kişisel verilerin hangi durumlarda işlenebileceğinin kanun ile belirleneceği belirtilmekle yetinilmiştir. Yine 13. maddede geçen hakların sınırlandırılmasına ilişkin olarak müdahalenin “*Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine*” aykırı olamayacağı ilkesi, tüm haklar bağlamında yapılabilecek müdahalelerin sınırlarını çizmiş olsa da 20. maddeye eklenen madde hükmünde, kişisel verilerin korunmasının sınırlandırılmasına ilişkin özel sebeplere Anayasa’da doğrudan yer verilmemesi korumanın etkinliğini önemli oranda sınırlandırıcı bir nitelik taşımaktadır.⁵⁵² Çünkü yasa koyucuya bu anlamda anayasal bir çerçeveye bağlı olmaksızın (özel bir sebebe bağlı olmaksızın ve Anayasa’nın 13. maddesindeki ilkeler çerçevesinde) istenilen sebeple sınırlandırma yapma hakkı tanınmış olmaktadır.

Bu noksanlığa rağmen, kişinin yaşadığı sağlık sorunları, hekimi ile arasındaki ilişkisi, hastalığının ne olduğu, kullandığı ilaçlar, kendisine uygulanan tedavi, vücut özellikleri, tahlil ve görüntüleme sonuçları, hepsi birer kişisel sağlık verisi olup bu kapsamda Anayasa’nın bu maddesi gereği altında koruma altındadır. Çünkü kişisel sağlık verileri, kişisel verilerin bir alt grubu olup korunması ve zarar verme olasılığının yüksekliği nedeniyle hassas/ özel nitelikli kişisel veri niteliği taşımaktadır. Esasında somut olarak bu düzenleme yapılmamış olsaydı dahi kişisel sağlık verileri de özel hayatının gizliliği ve korunması hakkı kapsamına girmekte ve o kapsamda anayasal teminat altında görülmekteydi. Ancak bu şekilde kişisel verilerin korunması hakkına doğrudan Anayasal bir korunma düzeyi sağlanmış olması eksikliklerine rağmen oldukça önemli bir korunma düzeyidir.

1.2.3.3.2. 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu

Ülkemizde kişisel verilerin korunması konusunda temel bir mevzuat oluşturmak üzere çalışmalar esasında uzun zamandır yapılmaktaydı. Bu konudaki en somut çalışma ise Adalet Bakanlığı tarafından oluşturulan bir komisyon tarafından üç yıllık bir çalışmanın sonucunda (önceden uzun yıllardır hazırlanan farklı tasarılar da olmakla birlikte) 2003 yılında hazırlanan “*Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı*” olmuştur.

⁵⁵² Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 133.

Söz konusu tasarı genel olarak 108 nolu Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve Avrupa Topluluğu Veri Koruma Yönergesi temel alınarak hazırlanmış, ancak bu alandaki yoğun taleplere rağmen çeşitli gerekçelerle 2016 yılına kadar yasalaşamamıştır. Nihayetinde ülkemizin Avrupa Birliği'ne giriş sürecinde yeniden müzakerelere başlaması ve son açılan müzakere başlıklarının kişisel verilerin korunmasını da içermesi nedeniyle, söz konusu tasarıda değişiklikler yapılarak TBMM'ye sunulmuştur. Bu arada yasa yapılmadan önce ilk olarak Avrupa Konseyi'nin kişisel verilerin korunmasına ilişkin sözleşmesinin onay yasası çıkarılmıştır.

TBMM'ye sunulan yasa 6689 numarayla 24.3.2016 tarihinde meclis tarafından kabul edilmiş ve 07.04.2016 tarih ve 29677 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak bizzat Kanun'un 32. maddesi gereğince “8, 9, 11, 13, 14, 15, 16, 17 ve 18. maddeleri yayımı tarihinden altı ay sonra” diğer maddeleri ise yayımlandığı tarihte yürürlüğe girmiştir.⁵⁵³

Söz konusu Kanun ile kişisel verilerin işlenmesinde, başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasların düzenlenmesi amaçlanmaktadır.⁵⁵⁴

Kanun'un yürürlüğe girmesiyle ülkemizin başta AB ülkeleri olmak üzere yurt dışına bilgi toplumu hizmetleri sunabilmesi, kişisel verinin temel girdi olduğu finans, sağlık, sigortacılık gibi sektörlerde ülkemizin iş potansiyelinin artması ve sınır ötesi veri paylaşımı ve adli iş birliği kanallarının etkin çalışmasının sağlanacağı öngörülmektedir. Yine 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'yla, AB ülkeleri nezdinde veri koruma bakımından güvenilir ülke statüsüne kavuşulması konusunda önemli bir kriter karşılanmış bulunmaktadır. Söz konusu Kanun ile bağımsız ve özerk bir veri koruma otoritesinin kurulması ve akabinde ikincil mevzuat düzenlemelerinin hazırlanması hükme bağlanmıştır.⁵⁵⁵

Kanun'un kapsam maddesinde belirtildiği üzere, söz konusu (ikincil) düzenlemelerin uygulanması bakımından kamu ve özel sektör ayrımı yapılmamış olup düzenlenen usul ve esaslar her iki sektör bakımından da uygulama alanı bulmaktadır.

⁵⁵³ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 106-107; Akıncı, *Avrupa Birliği*, 26.

⁵⁵⁴ Akıncı, *Avrupa Birliği*, 26.

⁵⁵⁵ Akıncı, *Avrupa Birliği*, 26.

Kanun'a genel olarak bakıldığında 3. maddesinde tanımlar yapılmış, bu kapsamda kişisel veri, kişisel verilerin işlenmesi, anonim hale getirme, veri kayıt sistemi, açık rıza ve veri işleyen gibi önemli kavramlar tanımlanarak içerikleri belirginleştirilmiştir.

Kanun'un 4. maddesinde veri işleme bakımından temel ilkeler düzenlenmiştir. Bu kapsamda, hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma, belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme, işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma, ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme olmak üzere toplam dört adet temel ilke benimsenmiştir. Yani Türk hukuku bakımından kişisel verilerin işlenmesi ile ilgili temel ilkeler 6698 sayılı Kanunu'nun 4. maddesiyle tek tek belirlenerek düzenleme altına alınmıştır. Çalışmamızın kapsamı gereği taşıdığı önem nedeniyle bu ilkelerin her birini, ayrıca ilgili bölümlerinde ve ayrıntılı olarak inceleyeceğiz.

Kanun'un 5. maddesinde, kişisel verilerin işlenme şartları düzenlenmiştir. Buna göre kişisel verilerin işlenebilmesinin temel şartı *açık rızanın bulunması*dır. Ancak Kanun'da açıkça düzenlenen veya ilgiliden açık rıza alınmasının mümkün olmadığı ya da kişinin kendisi tarafından verinin alenileştirilmiş olması gibi bazı hallerde açık rıza bulunmaksızın kişisel veriler işlenebilecektir.

Çalışma konumuz açısından önem taşıyan madde Kanun'un 6 maddesi dir. Bu maddede, özel nitelikli kişisel verilerin tek tek sayılmak suretiyle sınırları çizilmekte ve bu nitelikteki verilerin açık rıza bulunmaksızın işlemeyeceği düzenleme altına alınmaktadır. Ancak aynı maddede kanun, kendi koyduğu kısıtlamayı bizzat kendi delerek açık rıza bulunmaksızın bazı özel nitelikli kişisel verilerin işlenebilmesine imkân tanımaktadır. Bu istisna da özellikle kişisel sağlık verilerine ilişkindir. Yasa koyucu maddenin 3. fıkrası ile bu nitelikteki verilerin işlenebilmesi için açık rıza şartını aramasa da bu nitelikte verilerin işlenebilmesini özel bazı amaçlarla sınırlandırmaktadır. Yani bu verilerin işlenebilmesine yönelik olarak bazı kısıtlamalar getirmektedir. Buna göre kişisel sağlık verileri, sadece belli amaçlarla ve belli kişiler tarafından işlenebilecektir. Çalışmamızın ana konularından biri olması nedeniyle bu kısmı devam eden bölümlerde ayrıntılı bir şekilde incelemeye çalışacağız.

Kanun'un 7, 8 ve 9. maddelerinde ise kişisel verilerin silinmesi, anonim hale getirilmesi, aktarılması ve yurtdışına aktarılması usulleri düzenleme altına alınmıştır.

Kanun'un 10 ve devamı maddelerinde ise hak ve yükümlülükler bölüm başlığı altında, aydınlatma yükümlülüğü, ilgili kişinin hakları ve veri güvenliğine ilişkin hususlar düzenlenmiştir. 10. maddede veri sorumlusunun kişisel verilerin işlenmesi sırasında ilgili kişiyi hangi hususlara ilişkin olarak aydınlatacağı tek tek sıralanmıştır. 11. maddede verisi işlenen kişinin verisinin işlenip işlenmediği, amaca uygun olarak kullanılıp kullanılmadığını, üçüncü kişilere ya da yurt dışına aktarılıp aktarılmadığını öğrenme hakları gibi hakları sayılarak düzenleme altına alınmıştır. Devlet ya da özel sektör fark etmeksizin veri sorumlularının, kişisel verilerin güvenliğine ilişkin yükümlülükleri Kanun'un 12. maddesinde açıkça düzenleme altına alınmış bulunmaktadır.⁵⁵⁶ Buna göre veri sorumlusu, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini ve bunlara hukuka aykırı olarak erişilmesini önlemek ve kişisel verilerin muhafazası için uygun güvenlik düzeyi temin etmekle yükümlü tutulmuştur. Bu nedenle bu düzenleme kişisel verilerin korunması bakımından önem taşımaktadır.

Kanun'un 17 ve 18. maddelerinde ise kişisel verilerle ilgili olarak işlenebilecek suçlar ve kabahatler düzenleme altına alınmıştır.

Kanun'un önemli bir kısmını oluşturan idari ve mali özerkliği olan (düzenleyici ve denetleyici) bir kurum olan⁵⁵⁷ kişisel verileri koruma kurulunun kuruluş ve çalışma usul ve esaslarına ilişkin düzenlemeler ise Kanun'un 19. vd. maddelerinde bulunmaktadır.

Tüm bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere Kanun, bu alanda ülkemizde ilk defa çıkarılan bir kanun olsa da kişisel verilerin korunması hakkının teminat altına alınması anlamında önem taşımakta ve kişisel veriler için önemli bir koruma düzeyi sağlamaktadır. Ayrıca Danıştay kararlarında da belirtildiği üzere Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulan genel gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, kişisel verilerin korunması konusunun oldukça geniş bir alanı, hem özel sektör hemde kamu sektörünü önemli derece ilgilendirmesi nedeniyle bir "*çerçeve*

⁵⁵⁶ Akıncı, *Avrupa Birliği*, 26.

⁵⁵⁷ Kişisel Verileri Koruma Kurumu 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Merkezi Bütçe Kanunu'nun III Sayılı Cetveli'nde, "*düzenleyici ve denetleyici kurumlar*" içerisinde sayılmıştır.

kanun” niteliği taşımaktadır.⁵⁵⁸ Ancak Kanun gereği kurulması gereken kurulun oldukça geç faaliyetine başlamış ve düzenlemeler yapmayı, teşkilatını ve veri koruma sistemini (veri sorumluları sicili) henüz tam anlamıyla faaliyete geçirememiş olması nedeniyle henüz kanuni korumanın tam olarak hayata geçirilemediğini rahatlıkla söyleyebiliriz. Çünkü uyum süreçlerinde yaşanan sıkıntılar, salgın gibi küresel sorunlar nedeniyle Kurul halen daha özel işletmelere veri sicilleri ve veri koruma politikalarını hazırlamamış olmaktan dolayı yaptırımlar uygulayabilir hale gelememiştir.

1.2.3.3.3. 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumuna İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun

Kişisel sağlık verilerine ilişkin iç hukukumuzdaki düzenlemeler sadece Anayasa ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’ndan ibaret değildir. Birçok değişik kanunda bu konuda düzenlemeler bulunmaktadır. Bu kanunlardan birisi de Sosyal Güvenlik Kurumuna İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkındaki 5502 sayılı kanundur.

Kanun’un 35. maddesinin altıncı fıkrasında; “Kurum, bu Kanun ve diğer mevzuatla verilen görevleri yerine getirmek amacıyla işlediği kişisel veriler ile ticari sır niteliğinde olan verileri, veri sahibinin noter onaylı muvafakati veya e-Devlet uygulaması üzerinden kimlik teyidi ile verilen izni olmadan gerçek veya tüzel kişilerle paylaşamaz. Ancak, 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununun eki (I), (II), (III) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri ile Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının ilgili mevzuatında belirtilen görevleri yapabilmeleri için ihtiyaç duydukları sağlık verisi dışındaki kişisel veriler ile ticari sır niteliğindeki veriler paylaşılabilir. Kurum, kişisel sağlık verilerini kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, verilen sağlık hizmetlerinin uygunluğunun ve yerindeliğinin takibi ve finansmanının planlanması amacıyla talebi hâlinde Sağlık Bakanlığı ile paylaşır. Kurum, bunların dışındaki gayri maddi hakları ile kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek veya tüzel kişiyle ilişkilendirilemeyecek şekilde anonim hâle getirdiği verileri araştırma, planlama ve istatistik gibi amaçlar için kamu idareleri, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, bilimsel araştırma yapan kamu personeli, bilimsel dernekler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları veya üniversiteler ile ücretsiz olarak paylaşabilir. Anonim hâle

⁵⁵⁸ D., 15. D, 09.10.2018, E. 2018/1490, www.kazanci.com/kho2/İbb/fİles/dsp.php?fn=15d-2018-1490.htm&kw=`2018/1490`#fm, E. T. 05.11.2019.

getirilen verinin tüzel kişilere ait olması hâlinde bu fıkra da sayılanlar dışındaki gerçek veya tüzel kişilere tüzel kişinin noter onaylı muvafakati alınmak kaydıyla ücretli olarak verilebilir. Veri paylaşılan kamu idareleri ile gerçek ve tüzel kişiler, paylaşılan verinin gizliliğinden ve güvenliğinden sorumludur. Bu fıkranın aksine davrananlar hakkında, veri paylaşımı yapılanlar da dâhil olmak üzere 5237 sayılı TCK ile diğer ilgili mevzuat hükümleri uygulanır.” denilmektedir.

Mezkûr düzenlemeye göre sosyal güvenlik kurumu gerçek kişilere ait kişisel verileri veri sahibinin izni olmaksızın paylaşamayacaktır. Kişisel sağlık verileri ve ticari sır niteliğindeki veriler gerçek kişilere ait olmak kaydıyla anonim hale getirmiş olsa dahi ücretli olarak paylaşamayacaktır. Böylece gerçek kişilere ait verilerin alınıp satılan bir eşya niteliğine büründürülmesinin önüne geçilmeye çalışılmıştır. Tüzel kişilere ait veriler ise ancak anonim hale getirilmeleri ve noter olaylı olarak tüzel kişinin izni alınarak ücretli olarak paylaşılabilir.

Gerçek kişilere ait kişisel sağlık verileri ise ancak Sağlık Bakanlığı ile ve sayılan amaçlarla sınırlı olarak ve ancak talep halinde paylaşılabilir. Veri paylaşılan kamu idareleri ile gerçek ve tüzel kişiler, verilerin gizlilik ve güvenliğinden sorumludur. Bu belirtilenlerin aksine davranışlar suç teşkil etmekte ve TCK’nin ve konuyla ilgili diğer ilgili mevzuatın hükümlerine göre cezalandırılması gerekmektedir.

1.2.3.3.4. 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu

Kanun’un “Sağlık hizmeti sunucularının kayıt ve bildirim zorunluluğu” başlıklı 78/2 maddesinde “Kurum ile sözleşmesi olan, sağlık hizmeti sunucuları, sağlık hizmeti sunduğu tüm kişilere ait sözleşme hükümlerinde yer verilen bilgileri, belirlenen yöntemlere ve süreye uygun biçimde elektronik ortamda veya yazılı olarak Kuruma göndermek zorundadır. Bu bilgiler gönderilmeksizin talep edilen sağlık hizmeti bedelleri, bilgiler gönderilinceye kadar ödenmez. Genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişinin sağlık bilgilerinin gizliliği esastır.” denilmektedir. Yani hükümle kişisel sağlık verilerinin gizliliği hususuna özel bir vurgu yapılmıştır.

1.2.3.3.5. 4982 Sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu

Kanun’un 21 inci maddesi “Kişinin izin verdiği hâller saklı kalmak üzere, özel hayatın gizliliği kapsamında, açıklanması hâlinde kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyetine, meslekî ve ekonomik değerlerine haksız müdahale

oluşturacak bilgi veya belgeler, bilgi edinme hakkı kapsamı dışındadır.” şeklinde düzenlemesi ile sağlık verilerini bilgi edinme hakkı kapsamı dışında tutmuştur. Bu da esasında kişisel sağlık verilerinin korunması anlamında özel bir önem taşımaktadır. Buna göre herhangi bir vatandaş kendisini ilgilendirse dahi bir başkasına ait kişisel sağlık verilerini bilgi edinmek hakkın kapsamında öğrenemeyecektir.

1.2.3.3.6. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi ve Türk Eczacıları Deontoloji Tüzüğü

Kişisel sağlık verilerin gizliliğine ilişkin bir başka düzenleme Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’nde bulunmaktadır. Tüzük’ün bu konudaki tek ve en önemli maddesi 4. maddesi dir ve madde şu hükmü içermektedir: *“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”*. Buna göre hekim ve dış hekimi mesleğinin icrası nedeniyle hastaya ilişkin olarak öğrendiği kişisel sağlık verilerini korumak, ilgisiz kişilere aktarmamakla yükümlü tutulmuştur.

Konuya ilişkin olarak Türk Eczacıları Deontoloji Tüzüğü’nde de benzer nitelikte bir hüküm bulunmaktadır. Bu Tüzük’ün 4. maddesinde *“Eczacı, meslek ve sanatının icrası sırasında öğrendiği sırları, kanuni zorunluluk olmadıkça ifşa edemez”* denilmek suretiyle kişisel sağlık verilerinin korunması yükümlülüğü eczacılara açısından da etik bir yükümlülük haline getirilmiştir. Yani sadece hekimler değil eczacılar da kişisel sağlık verilerinin mahremiyetine saygı göstermek ve onları korumakla yükümlüdürler. Bu anlamda sır saklama yükümlülüğü eczacılar içinde geçerlidir.⁵⁵⁹ Çünkü hasta, tedavisine bağlı olarak ilaçlarını temin ederken eczacılarla ya da onlarla birlikte çalışanlarla ilişki içine girmek zorundadır. Bu ilişki kapsamında hastaya ilişkin birçok mahrem kişisel sağlık verisi bu kişilerce kolaylıkla öğrenilebilmektedir. Örneğin, bir hamilelik ilacı alan kişi ile ilgili olarak ilacı veren kişi, ilacı alan tarafından kendisine hiçbir şey söylenmese dahi muhatabıyla ilgili önemli birtakım bilgiler öğrenmiş olacaktır. Bu nedenle eczacılar da aynen hekimler gibi reçeteler dolayısıyla öğrenmiş oldukları hastalara ait bilgileri sır saklama yükümlülüğü dâhilinde saklamakla yükümlüdürler.

⁵⁵⁹ Bu konuda ayrıca bkz. Yüksel, *Kişisel Sağlık*, 9.

Sözü edilen yükümlülük, eczacıların yanı sıra, eczacılara yardım etmek maksadıyla görev alan yardımcı kişiler içinde geçerlidir. Bu kapsamda eczacıların yanlarında çalışan kalfalar, eczanede bulunan ziyaretçiler, özel şahıslar, diğer servis elemanları, ilaç mümessilleri ve eczane ile ilgili olmayan ancak o esnada arada bulunan şahıslarda sır saklama yükümlülüğü⁵⁶⁰, yani kişisel sağlık verilerini korumak yükümlülüğü altındadırlar.

1.2.3.3.7. Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkındaki 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi

Kişisel sağlık verileri özelinde olmak üzere önemli bir düzenleme Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkındaki 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde (CBK) bulunmaktadır. Esasında kişisel sağlık verilerinin işlenmesi konusunda yetkilendirme tanıyan hemen hemen en açık düzenleme niteliği taşımaktadır. Bahse konu Kararname'nin konuya ilişkin düzenlemesi 378. maddesinde bulunmakta olup düzenleme kapsamında kamu veya özel sağlık kurumları ile sağlık mesleği mensuplarına kişisel sağlık verilerini işleme yetkisi verilmiştir.⁵⁶¹ Söz konusu maddeye göre “(1) Sağlık hizmeti almak üzere, kamu veya özel sağlık kuruluşları ile sağlık mesleği mensuplarına müracaat edenlerin sağlık hizmetinin gereği olarak vermek zorunda oldukları veya kendilerine verilen hizmete ilişkin kişisel verileri işlenebilir.” Bu hüküm doğrultusunda, kamu ve özel sağlık kuruluşları, müracaat edenlerin ve sağlık hizmetlerinin gereği olarak vermek zorunda oldukları kişisel sağlık verilerini işleme

⁵⁶⁰ Özdemir, *Hadım Etme*, 205.

⁵⁶¹ İlgili düzenlemenin tam metni şöyledir: “Bilgi Toplama, İşleme ve Paylaşma Yetkisi Madde 378- (1) Sağlık hizmeti almak üzere, kamu veya özel sağlık kuruluşları ile sağlık mesleği mensuplarına müracaat edenlerin, sağlık hizmetinin gereği olarak vermek zorunda oldukları veya kendilerine verilen hizmete ilişkin kişisel verileri işlenebilir. (2) Sağlık hizmetinin verilmesi, kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi ile sağlık hizmetlerinin planlanması ve maliyetlerin hesaplanması amacıyla Bakanlık, birinci fıkra kapsamında elde edilen verileri alarak işleyebilir. Bu veriler, Kişisel Verilerin Korunması Kanununda öngörülen şartlar dışında aktarılamaz. (3) Bakanlık, ikinci fıkra gereğince toplanan ve işlenen kişisel verilere, ilgili kişilerin kendilerinin veya yetkiverdikleri üçüncü kişilerin erişimlerini sağlayacak bir sistem kurar. (4) Üçüncü fıkraya göre kurulan sistemlerin güvenliği ve güvenilirliği ile ilgili standartlar Kişisel Verileri Koruma Kurulunun belirlediği ilkelere uygun olarak Bakanlıkça belirlenir. Bakanlık, ilgili mevzuat uyarınca elde edilen kişisel sağlık verilerinin güvenliğinin sağlanması için gerekli tedbirleri alır. Bu amaçla, sistemde kayıtlı bilgilerin hangi görevli tarafından ne amaçla kullanıldığının denetlenmesine imkân tanıyan bir güvenlik sistemi kurar. (5) Sağlık personeli istihdam eden kamu kurum ve kuruluşları ile özel hukuk tüzel kişileri ve gerçek kişiler, istihdam ettiği personeli ve personel hareketlerini Bakanlığa bildirmekle yükümlüdür. (6) Kişisel sağlık verilerinin işlenmesi, güvenliği ve bu maddenin uygulanması ile ilgili diğer hususlar Bakanlıkça yürürlüğe konulan yönetmelikle düzenlenir.”

yetkisine sahiptirler. Bu anlamda tüm kamu ya da özel sağlık kuruluşları 6698 sayılı KVKK'nin 6/3 maddesi anlamında kişisel sağlık verilerini işlemeye yetkili kurum ve kuruluş konumuna getirilmiştir. Ayrıca Kararname'nin aynı maddesinin ikinci fıkrası gereği Sağlık Bakanlığı maddede sayılan amaçlara bağlı kalmak kaydıyla bu nitelikte toplanan verileri alarak işleyebilecektir.

Kararname'nin söz konusu maddesinin ikinci fıkrası: *“(2) Sağlık hizmetinin verilmesi, kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi ile sağlık hizmetlerinin planlanması ve maliyetlerin hesaplanması amacıyla Bakanlık, birinci fıkra kapsamında elde edilen verileri alarak işleyebilir”* hükmünü içermektedir. Bu düzenleme gereğince yetkili kamu ya da özel sağlık kuruluşları tarafından kaydedilen kişisel sağlık verileri, sadece 6698 sayılı KVKK'nin koyduğu sınırlandırıcı amaçlara paralel olarak maddede belirlenen amaçlar doğrultusunda bakanlık tarafından da işlenebilecektir. Bu yönüyle Sağlık Bakanlığı da 6698 sayılı KVKK'nin 6/3 maddesi anlamında yetkili kurum ve kuruluş konumuna getirilmiştir. Kararname'nin bu düzenlemesinin Anayasa'nın 91/1, 20/3 maddelerine aykırı olduğunu düşünüyoruz. Zira konunun Anayasa'nın açık hükmü gereği ancak şekli anlamda kanun ile düzenleme altına alınması gerekmektedir. Ancak incelenen CBK kanunlar hiyerarşisi içinde KHK'lerin dahi altında yer alan bir düzenleme olup şekli anlamda bir kanun niteliği taşımamaktadır. Bu nedenle bariz şekilde Anayasa'ya aykırılık taşımaktadır.

Bahse konu kararnameden önce sağlık bakanlığının kişisel verileri toplama, işlem ve paylaşma yetkisi 663 sayılı KHK'nin 47. Maddesinin 1 ve 2. Fıkralarında düzenlenmişti. Bahse konu madde tartışma konusu olmuş Anayasa Mahkemesince iki sefer iptal edilmiştir. Mahkemenin ilk kararında⁵⁶² *“Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında “Sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasî haklar ve ödevler...”in kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Anayasa'nın ‘Özel Hayatın Gizliliği’ başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasında, ‘Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine*

⁵⁶² Anayasa Mahkemesi, 14.02.2013, E. 2011/150, K. 2013/30, [https:// legalbank.net/ belge/ aym-e-2011-150-k- 2013-30-t- 14-02-2013 /13 50652](https://legalbank.net/belge/aym-e-2011-150-k-2013-30-t-14-02-2013/1350652), (11/05/2021).

dokunulamaz.’ hükmüne yer verilmiş, üçüncü fıkrasında ise ‘Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.’ denilmiştir. Buna göre, Anayasa’nın 20. maddesinde düzenlenen ve ‘Kişinin Hakları ve Ödevleri’ başlıklı ikinci bölümünde yer alan özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin olarak kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılması mümkün değildir” denilerek iptal edilmiş⁵⁶³ ve bu gerekçeyi esas alan yasa koyucu tarafından 12/07/2013 tarih ve 6495 sayılı kanunun 73. Maddesi ile yeniden düzenlenmişti.⁵⁶⁴ Bu ikinci düzenleme ile bu alanda düzenleme bizzat yasa koyucu tarafından yapılmış ancak bu seferde düzenlemenin kapsamının aşırı geniş tutulmuş olması nedeniyle Anayasa Mahkemesi’ne götürülmüştür. Yüksek mahkeme 04.12.2014 tarihli kararı⁵⁶⁵ ile “söz konusu kişisel bilgilerin ‘her türlü vasıta’yla’ toplanmasına, işlenmesine ve paylaşılmasına izin verilmesi, sınırlamayı, öngörülme amacının ötesinde kişisel bilgilerin gizliliğinin keyfi şekilde ihlal edilmesi sonucunu doğurabilecek bir araca dönüştürmektedir. Bu ise sınırlama aracıyla sınırlama amacı arasında bulunması

⁵⁶³ Düzenlemenin ilk şekli şöyleydi: “1) Bakanlık ve bağlı kuruluşları, mevzuatla kendilerine verilen görevleri, e-devlet uygulamalarına uygun olarak daha etkin ve hızlı biçimde yerine getirebilmek için, bütün kamu ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarından; sağlık hizmeti alanların, aldıkları sağlık hizmetinin gereği olarak ilgili sağlık kurum ve kuruluşuna vermek zorunda oldukları kişisel bilgileri ve bu kimselere verilen hizmete ilişkin bilgileri her türlü vasıta’yla toplamaya, işlemeye ve paylaşmaya yetkilidir. (2) Bakanlık ve bağlı kuruluşları işlediği kişisel sağlık verilerini ilgili üçüncü kişiler ve kamu kurum ve kuruluşları ile ancak bu kişi ve kurumların bu verilere erişebileceği hususunda kanunen yetkili olması halinde ve görevlerini yapmalarına yetecek derecede paylaşabilir”.

⁵⁶⁴ Maddenin Anayasa Mahkemesi tarafından iptali üzerine düzenlenen ikinci şekli şu şekildeydi: “(1) (Değişik fıkra: 12/07/2013- 6495 K./73. md.) Bakanlık ve bağlı kuruluşları, mevzuatla kendilerine verilen görevleri, e-devlet uygulamalarına uygun olarak daha etkin ve daha hızlı biçimde yerine getirebilmek için, bütün kamu ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarından; sağlık hizmeti alanların, aldıkları sağlık hizmetinin gereği olarak ilgili sağlık kurum ve kuruluşuna vermek zorunda oldukları kişisel bilgileri ve bu kimselere verilen hizmete ilişkin bilgileri her türlü vasıta’yla toplamaya, işlemeye ve paylaşmaya yetkilidir. (2) (Değişik fıkra: 12/07/2013- 6495 K./73. md.) Bakanlık ve bağlı kuruluşları işlediği kişisel sağlık verilerini ilgili üçüncü kişiler ve kamu kurum ve kuruluşları ile ancak bu kişi ve kurumların bu verilere erişebileceği hususunda kanunen yetkili olması hâlinde görevlerini yapmalarına yetecek derecede paylaşabilir. (3) (Değişik fıkra: 12/07/2013- 6495 K./73. md.) Bakanlık ve bağlı kuruluşları, mevzuatla kendilerine verilen görevleri yerine getirebilmek için gereken bilgileri, kamu ve özel ilgili bütün kişi ve kuruluşlardan istemeye yetkilidir. İlgili kişi ve kuruluşlar istenilen bilgileri vermekle yükümlüdür.”

⁵⁶⁵ Anayasa Mahkemesi, 04.12.2014, E. 2013/114, K. 2014/184, <https://legalbank.net/belge/aym-e-2013-114-k-2014-184-t-04-12-2014-6495-sayili-bazi-kanun-ve-kanun-hukmunde-kararnamelerde-degis/1483931>, (11/05/2021).

gereken makul dengeyi bozmakta, özel hayatın ve kişisel verilerin korunmasını isteme haklarına kuralda belirtilen sınırlama amacı dışında ölçüsüz bir şekilde müdahale edilebilmesine imkân tanımaktadır... belirtilen yöntemlerle toplanan ve işlenen kişisel verilerin ilgili üçüncü kişiler ile kamu kurum ve kuruluşlarıyla paylaşılması öngörüldüğünden yukarıda belirtilen aynı gerekçelerle bu düzenleme de ölçülülük ilkesini ihlal etmektedir... e getirebilmek için gereken bilgileri, kamu ve özel ilgili bütün kişi ve kuruluşlardan istemeye yetkili olduğu ve ilgili kişi ve kuruluşların istenilen bilgileri vermekle yükümlü oldukları düzenlenmektedir... Bakanlık ve bağlı kuruluşlarına verilen görevler çok geniş bir alanı kapsamakta olup bu görevlerin tamamının kişilerin özel hayatlarına müdahale edilmesini gerektirecek bir toplumsal zorunluluğu bünyesinde barındırdığı söylenemez. Dolayısıyla dava konusu kuralla sadece demokratik toplum düzeni yönünden zorunlu olan sınırlamalara değil özel hayatın ve kişisel verilerin korunması haklarına yapılabilecek her türlü sınırlamaya izin verilmesi, bir başka ifadeyle kuralda anılan haklara sınırlama getirilirken sınırlama aracının sınırlama amacına uygun ve orantılı olarak kullanılmasını temin edecek güvencelere yer verilmemesi ölçülülük ilkesine aykırı düşmektedir” demiş ve düzenlemenin bu ikinci halini iptal etmiştir.

1.2.3.3.8. Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik

Kişisel verilerin korunması hukukunun en önemli alanlarından birini oluşturan ve özel nitelikli kişisel veriler kategorisine dâhil olan kişisel sağlık verileri ile ilgili olarak Sağlık Bakanlığı’nca çıkarılan ilk yönetmelik 29863 sayılı ve 20 Ekim 2016 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “*Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik*” olmuştur. Bu yönetmelik ile kişisel sağlık verilerinin işlenmesine ilişkin her aşamada verilerin korunması ve veri mahremiyetinin sağlanması amaçlanmıştır.

Bahse konu yönetmelik yayınlanmış olduğu tarihten itibaren yoğun şekilde tartışılmış, birçok farklı açıdan eleştirilmiş, değiştirilmiş ve nihayet Danıştay kararı ile yürütmesi iki kez durdurulmuştur. Yönetmelik’in geçirdiği bu ilginç aşamalar şu şekilde sıralanabilir⁵⁶⁶;

⁵⁶⁶ Ayrıntılı süreç için bkz. Murat Volkan Dülger, *Kişisel Sağlık Verileri Yönetmeliğinin Yürütmesinin*

- 7 Nisan 2016 tarihinde 6698 sayılı KVKK yayımlanmıştır.
- 20 Ekim 2016 tarihinde Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik, 29863 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.
- 12 Ocak 2017 tarihinde Kişisel Verileri Koruma Kurulu üyeleri yemin ederek göreve başlamıştır.
- 6 Temmuz 2017 tarihinde Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik hakkında Danıştay 15 Dairesinin 2016/10488 esas, 2016/10500 karar sayılı ve 06.07.2017 tarihli ilamıyla ilk kez yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir.
- 24 Kasım 2017 tarihinde, belirtilen yürütmenin durdurulması kararı da göz önünde bulundurularak Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, 30250 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.
- 9 Ekim 2018 tarihinde Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik hakkında Danıştay 15. Dairesi’nin, 2018/1490 esas ve 09.10.2018 tarihli kararı ile ikinci kez yürütmenin durdurulması kararı verilmiştir.
- 21 Haziran 2019 tarihinde Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik yayınlanmış ve aynı gün itibariyle yürürlüğe girmiştir.

Yönetmelik’in ilk hali, 6698 sayılı Kanun henüz çok yeni ve içerisinde yer alan bazı kavram ve tanımlar tam anlaşılamamışken ve en önemlisi sık sık atıf yapılan Kişisel Verileri Koruma Kurulu henüz göreve başlamamışken, dolayısıyla da Kurul’un bu konuda görüşleri alınmadan yayınlanmış olması sebebiyle erken bir düzenleme olduğu yönünde eleştirilmekteydi.⁵⁶⁷ Bu nedenle iptali istemiyle Danıştay’a götürülmüş ve Danıştay verdiği ilk yürütmeyi durdurma kararında talebe benzer şekilde “*Kişisel*

Durdurulmasına İlişkin Danıştay’ın 9.10.2018 Tarihli Kararına İlişkin Değerlendirme, [https://www.academia.edu/37873732/Ki%C5%9Fisel_Sa%C4%9Fl%C4%B1k_Verileri_Y%C3%B6netmeli%C4%9Finin_Y%C3%BCr%C3%BCtmesinin_Durdurulmas%C4%B1na_%C4%B0li%C5%9Fkin_Dan%C4%B1%C5%9Ftay_%C4%B1n_9.10._2018_Tarihli_Karar%C4%B1na_%C4%B0li%C5%9Fkin_De%C4%9Ferlendirme_\(23/10/2019\),_1](https://www.academia.edu/37873732/Ki%C5%9Fisel_Sa%C4%9Fl%C4%B1k_Verileri_Y%C3%B6netmeli%C4%9Finin_Y%C3%BCr%C3%BCtmesinin_Durdurulmas%C4%B1na_%C4%B0li%C5%9Fkin_Dan%C4%B1%C5%9Ftay_%C4%B1n_9.10._2018_Tarihli_Karar%C4%B1na_%C4%B0li%C5%9Fkin_De%C4%9Ferlendirme_(23/10/2019),_1).

⁵⁶⁷ Dölger, *Kişisel Sağlık Verileri*, 1

Verileri Koruma Kurulu'nun kişisel verilerin korunması konusunda genel nitelikte bir kontrol ve denetim yetkisine sahip olduğu, diğer kurum ve kuruluşlarca hazırlanan ve kişisel verilere dair hükümler içeren mevzuat taslakları hakkında Kişisel Verileri Koruma Kurulu'ndan görüş alınmasının şart olduğu, Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun kontrol ve denetiminden geçirilmeksizin hazırlanan ve 20.10.2016 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren davaya konu düzenlemede bu sebeple mevzuata ve hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır”⁵⁶⁸ denilerek, temelde Kişisel Verileri Koruma Kurulu'ndan görüş alınmadan bu Yönetmelik'in yayınlanmış olmasını tek başına kanuna aykırı bulmuş ve yürütmeyi durdurma kararı verilmiştir. Ancak biz sırf bu gerekçe ile bir Yönetmelik'in yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiş olmasını doğru bulmamaktayız.⁵⁶⁹ Çünkü Kurul'un o tarih itibarıyla oluşturulmamış ve henüz çalışmaya başlamamış olması, Sağlık Bakanlığı'nın ya da kişisel sağlık verileri işlenen kişilerin sorumluluğunda olan bir husus değildir. Bu anlamda fiilen kesintisiz bir şekilde devam eden kişisel sağlık verilerine ilişkin işleme faaliyetlerinin daha somut bir hukuki gerekçeye dayandırılması ve açıklığa kavuşturulmasını amaçlayan ve bu anlamda önem taşıyan bir düzenlemenin sırf bir idari kurul oluşturulmadı diye durdurulması doğru olmamıştır. Çünkü kurul faaliyete geçince zaten buna dair şikâyetler Kurul'a iletebilecekti ve bu anlamda Kurul kendisinden beklenen vazifesini layığı ile yapabilecekti. Yani Kurul'un faaliyete geçmesinden önce yürürlüğe alınmış olsa bile Kurul bu yönetmelik hükümlerini yasaya aykırı bularak veri işleme faaliyetlerini denetleyebilecek ve var ise kanuna aykırılıklara ilişkin olarak yaptırım uygulayabilecekti.

⁵⁶⁸ D. 15. D., 06.07.2017, E. 2016/10500, 7, www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=15d-2016-10500.htm&kw=2016/10500#fm, E.T. 05.11.2019.

⁵⁶⁹ Burada Danıştay kararının KVKK'ndan mevzuat konusunda görüş alınması zorunluluğunu kabul etmesi yönüyle hatalı olduğunu belirtmek gerekiyor. 6698 KVKK'ye görüş “bildirme” görevi yüklüyor. Bu hüküm, diğer bütün kurumların bu Kurul'dan görüş “alma” zorunluluğu olarak yorumlanamaz. Karar kanaatimizce bu yönüyle hatalıdır. Bu aşamada kararda yer verilen, 6698'in m. 6/4 kapsamındaki “önlemlerin” henüz Kurul tarafından alınmamış olması gerekçesinin isabetli bir yaklaşım olduğu savunulabilir. Ancak bu yorum kesintisiz ve yoğun bir şekilde devam eden kişisel sağlık verilerinin işlenmesini hukuki bir çerçeveye oturtma gayesi taşıyan böyle bir düzenlemenin yapılmasını engelleyici bir netice doğuracaktır. Çünkü kurulun oluşturulması ve faaliyete başlaması oldukça uzun bir zaman almıştır. Ayrıca Kurulca önlem alınmaması bu anlamda düzenleme yapılmasına engel teşkil etmeyeceğinden bu bakış açısı çok da isabetli olmayacaktır. Ayrıca kurul tarafından önlemler alındıkça bakanlık tarafından mevzuatta güncellemeler yapılacaktır. Zira denetleyici konumundaki kurul bu anlamda yetkisini kullanarak idari yaptırım uygulayabilecek ve bu anlamda gerekli düzenlemeleri yapması yönünde bakanlığı zorlayabilecektir.

Sağlık Bakanlığının bu davranışı yani derhal konuyu bir yönetmelikle ele alması, aslında veri işleyen personelleri açısından bir nevi kılavuz ve yön gösterici bir amaçla gerçekleştirilmiş kişisel verileri koruyucu bir davranıştır. Yine bu davranış, kesintisiz ve yoğun bir şekilde devam eden kişisel sağlık verilerinin işlenmesine dair süreçleri en kısa bir sürede hukuki bir zemine taşımayı amaçlayan bir davranıştır. Danıştay'ın yapması gereken yönetmeliği bu şekilde usulü bir eksiklikten bahisle durdurmak değil, işin esasına girerek kişisel sağlık verilerinin işlenmesi anlamında kanuni çerçeveyi aşan ve kişisel verilerin korunması hakkının kullanımını kısıtlayıcı nitelik taşıyan bir hüküm taşıyıp taşımadığına bakmak olmalıydı. Bu anlamda vereceği karar belki de kişisel verileri koruma kurulunun dahi daha sonrasında alacağı kararlara ve çıkaracağı düzenleyici mevzuata yön gösterici mahiyet taşıyacaktı.

İkinci yürütmeyi durdurma kararında ise asıl Yönetmelik hakkında Danıştay tarafından zaten yürütmenin durdurulması kararının verilmiş olması, bundan sonra yapılan birkaç değişiklikle aynı Yönetmelik'in tekrar yürürlüğe konulmaya çalışılması ve Kurul tarafından kişisel sağlık verilerinin işlenmesinde alınacak önlemlerin belirlenmemiş olması yürütmenin durdurulması kararının gerekçelerine ⁵⁷⁰ yer verilmiştir. Zira kararda *“bir düzenlemenin tamamının yürütülmesinin durdurulması veya iptal edilmesi üzerine, bu kararın gereğini yerine getirecek yeni bir düzenleme yürürlüğe konulmadığı sürece, önceki düzenlemede kısmi değişiklikler yapılmak suretiyle hukuka aykırılığı saptanmış olan düzenlemenin canlandırılması hukuken mümkün değildir. Zira düzenlemenin tamamının yürütülmesinin durdurulması veya iptali üzerine bu düzenlemede kısmen değişikliğe gidilmesi durumunda, değiştirilmeyen hükümlerin hukuken sakat olacağı da açıktır.”*⁵⁷¹ ” denilerek bu şekilde kısmi bir düzenleme yapılmasının yürütmesi durdurulan mevcut düzenlemenin tamamını hukuka uygun hale getirmeyeceğine vurgu yapılmıştır.

Netice itibariye belirtilen tarihlere ve değişikliklere dikkat edildiğinde anlaşılabacağı üzere Yönetmelik, birçok kez tartışma konusu olmuş ve bir türlü yerine oturtulamamıştır. İkinci kez yürütmeyi durdurma kararı verilmesinin ardından Sağlık Bakanlığı bu kez bu yönetmeliği tümünden yürürlükten kaldırmış ve yeni Kişisel Sağlık Verileri Hakkındaki Yönetmelik'in i yayınlarak yürütmeye koymuştur.

⁵⁷⁰ Dülger, *Kişisel Sağlık Verileri*, 1.

⁵⁷¹ D., 15. D., E. 2018/1490, 5.

1.2.3.3.9. Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik

Sağlık verilerinin toplanması ve işlenmesi konusunun uzun süredir devam eden bir tartışmanın konusu olduğundan ve deyim yerindeyse bir türlü rayına oturtulamadığından⁵⁷² bahsetmiştik. Yukarıda belirttiğimiz Kişisel Sağlık Verilerin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkındaki Yönetmelik’le ilgili olarak yaşanan süreç ve alınan yürütmeye durdurma kararları üzerine Sağlık Bakanlığı, bu işin mevcut yönetmeliği birtakım yönlerden değiştirerek olmayacağını düşündüğünden tamamen yeni bir yönetmelik hazırlamıştır. Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik 21 Haziran 2019 tarihli ve 30308 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmış ve uygulanmaya başlanmıştır.

Bahse konu Yönetmelik Sağlık Bakanlığı’na Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkındaki 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 378/6 maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak çıkartılmıştır. İlgili maddede “*Kişisel sağlık verilerinin işlenmesi, güvenliği ve bu maddenin uygulanması ile ilgili diğer hususlar Bakanlıkça yürürlüğe konulan yönetmelikle düzenlenir*” denilerek Sağlık Bakanlığına kişisel sağlık verilerinin işleme usullerinin nasıl gerçekleştirileceği ve güvenliğinin nasıl sağlanacağı ile ilgili olarak yönetmelik çıkarma görevi verilmiştir. Sağlık Bakanlığı da 20.10.2016 tarihinde yürürlüğe koyduğu Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmeliği bu yetkisine dayanarak yürürlükten kaldırmış ve yerine 21.06.2019 tarihli Kişisel Sağlık Verileri Hakkındaki Yönetmeliği yürürlüğe koymuştur.

Bu yönetmelik içerik itibariyle daha önceki yönetmeliğe göre daha kapsamlı olup özellikle de kamu NET, e- nabız gibi elektronik devlet uygulamalarını içine alacak şekilde ve daha ayrıntılı olarak kaleme alınmıştır. Bu kapsamda e-Nabız ve KamuNET gibi önemli Sağlık Bakanlığı projeleri de Yönetmelik kapsamında yer alan yeni hususlar arasında⁵⁷³ bulunmaktadır. İlk bakışta bu yeni yönetmelikte öne çıkan hususlar:

⁵⁷² Dülger, *Kişisel Sağlık Verileri*, 1.

⁵⁷³ A. Buğra Aydın ve Nurhak Özer, *Kişisel Sağlık Verilerinin Korunmasına İlişkin Yeni Bir Düzenleme: Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik*, [140](http://www.mondaq.com/turkey/x/818906/Data+Protection+Privacy/Kiisel+salk+verilerinin+korunmasna+ilikin+ yeni+ bir+ dzenleme+ kiisel+ salk+ verileri+ hakknda+ ynetmelik, (24/10/2019), 2.</p></div><div data-bbox=)

- Detaylı bilgi güvenliği tedbirleri (özellikle de fiziksel katmanda),
- Kişisel Verileri Koruma Kurulu’nun ilke kararına uyum,
- KVKK ve ikincil düzenlemelere çapraz-atıf yapmak suretiyle uyum, olarak sıralanmıştır.⁵⁷⁴

“Amaç” başlıklı düzenlemede dikkat çeken husus, Yönetmelik’in hangi işleme faaliyetlerine ilişkin kuralları düzenlediği noktasındaki değişikliktir. Bir önceki düzenlemede “Sağlık Bakanlığı’na bildirilmesine ilişkin işlemlerden” söz edilirken yeni düzenlemede “Sağlık Bakanlığının merkez ve taşra teşkilatı birimleri ile bunlara bağlı olarak faaliyet göstermekte olan sağlık hizmeti sunucuları ile bağlı ve ilgili kuruluşları tarafından yürütülen süreç ve uygulamalar” ifadesi tercih edilmiştir. Böylelikle amaç, mevzuat yazım diline daha uygun şekilde düzenlenmiş ve daha net bir şekilde tanımlanmıştır.⁵⁷⁵

Yönetmelik’in kapsamı, ilgili maddede “*kişisel sağlık verisi işleyen özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri ile kamu hukuku tüzel kişilerinin, Sağlık Bakanlığı tarafından yürütülmekte olan süreç ve uygulamalara ilişkin faaliyetleri*” olarak belirlenmiş ve böylece önceki yönetmeliğe göre daha sade ancak kapsayıcı bir düzenleme yapılması yolu tercih edilmiştir. Kapsama ilişkin bu düzenlemeye, Yönetmelik’in kapsama alanının daraltıldığını ve sadece Sağlık Bakanlığı özelindeki kişisel sağlık verilerine inhisar edildiğini düşünenler⁵⁷⁶ bulunsa da biz bu kanaati paylaşmamaktayız. Çünkü önceki Yönetmelik’te amaç kısmında “*Sağlık Bakanlığı’na bildirilmesine ilişkin işlemler*” ifadesine yer verilmiş olması nedeniyle Yönetmelik’in kapsamında Bakanlık bünyesinde gerçekleştirilen işleme faaliyetlerine ilişkin olacağını düşündürmekteydi. Zaten somut birtakım faaliyetlerin isimleri sayılarak kapsamın olduğundan geniş gibi anlaşılmaya çalışılması hatalı bir düzenleme tarzıydı.⁵⁷⁷ Bu nedenle yeni düzenlemeyle kapsamın daraltılmadığını, yalnızca fiilen olanın ifade edilerek daha doğru bir düzenleme yapma yoluna gidildiğini rahatlıkla söyleyebiliriz. Hatta daha sade ve açık kavramların kullanılması nedeniyle, kişisel sağlık verisi işleyen tüm kişilerin buna

⁵⁷⁴ Mehmet Bedii Kaya, *Sağlık Bakanlığı’nın Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmeliğine İlişkin Değerlendirmeler*, <https://www.mbkaya.com/saglik-bakanligi-kisisel-saglik-verileri-yonetmeliği>, (24/10/2019), 5.

⁵⁷⁵ Dülger, *Kişisel Sağlık Verileri*, 2.

⁵⁷⁶ Mehmet Bedii Kaya, *Sağlık Bakanlığı’nın*, 3.

⁵⁷⁷ Dülger, *Kişisel Sağlık Verileri*, 2.

ilişkin tüm süreç ve uygulamalarının yönetmelik kapsamında olduğunu ve bunun süreçte yer alan kişiler tarafından daha rahatlıkla anlaşılabilceğini söyleyebiliriz.

Yeni Yönetmelik'in "*Tanımlar*" kısmında açık sağlık verisi, kamunet, kimliksizleştirme, e-nabız, maskeleme gibi bazı yeni kavramlar eklenmiş ve zaten mevcut bazı tanımlarda da değişiklik yapılmıştır.⁵⁷⁸

Yönetmelik'te genel ilke ve esaslarda da önemli değişiklikler yapmıştır. Yönetmelikle bazı ilke ve esasları muhafaza etmiş, bazılarını kaldırmış, bazılarını önemli oranda yenilemiş ve ilave bazı ilke ve esaslar da getirmiştir.⁵⁷⁹ Bu kapsamda en göze çarpan değişiklik, güvenlik tedbirlerine ilişkindir. Yeni yönetmelik, güvenlik tedbirlerini daha da somutlaştırmıştır.⁵⁸⁰ Yönetmelik'in 5. maddesinde kişisel verilerin işlenmesinde uyulması gereken kurallar ile alınması gereken güvenlik tedbirleri düzenlenmiştir. Eski yönetmelikle kıyaslandığında çok daha açık ve somut kurallara yer verildiği rahatlıkla görülmektedir. Ayrıca yapılan düzenlemede hem konuyla ilgili üst mevzuata hem de Kurul kararlarına uyum sağlama amacı net olarak ortaya konulmuştur.⁵⁸¹ Bu maddeye göre hiç kimse, sağlık hizmeti sunumu için gerekli olan durumlar haricinde geçmiş sağlık verilerinin dökümünü sunmaya veya göstermeye zorlanamayacak, sağlık hizmeti sunucuları tarafından banko, gişe ve masa gibi bölümlerde yetkisi olmayan kişilerin yer almasını önleyecek ve aynı anda yakın konumda hizmet alanların birbirlerine ait kişisel verileri duymaları, görmeleri, öğrenmeleri veya ele geçirmelerini engelleyecek nitelikte gerekli fiziki, teknik ve idari tedbirler alınacaktır.

Sağlık hizmeti sunucuları, tahlil ve tetkik sonuçları gibi hastaya ait kişisel sağlık verilerini içeren basılı materyal üzerinde gerekli kısmî kimliksizleştirme veya maskeleme tedbirlerini uygulayacak ve söz konusu materyalin yetkisiz kişilerin eline geçmesi hâlinde kime ait olduğunu tespit edilmesini zorlaştıracak diğer tedbirleri de alacaktır.⁵⁸² Böylece Banko, Gişe, Masa gibi Hizmet Alanlarında Kişisel Verilerin Korunmasına Yönelik Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 21/12/2017 tarihli ve 2017/62

⁵⁷⁸ Aydın ve Özer, *Kişisel Sağlık*, 1.

⁵⁷⁹ Mehmet Bedii Kaya, *Sağlık Bakanlığı'nın*, 3.

⁵⁸⁰ Mehmet Bedii Kaya, *Sağlık Bakanlığı'nın*, 5.

⁵⁸¹ Aynı yönde Dülger, *Kişisel Sağlık Verileri*, 3.

⁵⁸² Mehmet Bedii Kaya, *Sağlık Bakanlığı'nın*, 6.

sayılı İlke Kararı'na paralel olarak gerekli fiziki, teknik ve idari tedbirlerin alınması gerektiği⁵⁸³ somut olarak düzenleme altına alınmıştır.

Kişisel Sağlık Verileri Hakkındaki Yönetmelik farklı kategorideki kişilerin kişisel sağlık verilerine erişimi ve bu erişimin usulüne ilişkin olarak detaylı düzenlemeler de içermektedir.⁵⁸⁴ Bu kapsamda kişisel sağlık verilerine ilişkin olarak kişi odaklı erişim türleri şunlardır:

- Sağlık personelinin verilere erişimi,
- Bakanlık birimlerinin verilere erişimi,
- Çocukların sağlık verilerine erişim,
- Sağlık verilerine hasta yakınlarının erişimi,
- Sağlık verilerine avukatların erişimi⁵⁸⁵,
- Ölünün sağlık verilerine erişim.

Yönetmelik bu erişimlerin nasıl olacağına ilişkin olarakta detaylı hükümler içermektedir. Yönetmelik'in 6. maddesine göre, kişisel sağlık verilerine erişim, yalnızca *sağlık hizmetinin gereği ile* sınırlıdır. Bu düzenleme, genel çerçeveyi çizmektedir. Ayrıca ilgili kişilerin sağlık verilerine kendilerinin, hekimlerin veya yetki verdikleri üçüncü kişilerin erişimini sağlayan e-nabız hesabına erişim, ilgili kişinin *kendi gizlilik tercihin*e göre olabilecektir. Yani düzenleme gereği bu sistemde tutulan bilgilere sadece veri öznesinin izin verdiği kişiler erişebilecektir. E-nabız hesabı bulunmayan kişilerin sağlık verilerine yönelik erişim ise Kanun'un 6. maddesinde yer alan işleme şartları ile sınırlı tutulmuş ve kimler tarafından, hangi amaçlarla, hangi sürelerle bağlı olarak erişimin gerçekleştirilebileceği detaylı bir şekilde belirlenmiştir. Bu düzenleme, kişisel sağlık verilerine ilişkin en büyük problemlerden biri olan, sağlık hizmeti sunucuları bünyesinde görev alan herkesin, bahse konu sağlık hizmetinin sunumunda doğrudan görev alsın ya da almasın, tüm ilgili kişilerin verilerine erişebilmesinin önünde büyük

⁵⁸³ Aydın ve Özer, *Kişisel Sağlık*, 2.

⁵⁸⁴ Mehmet Bedii Kaya, *Sağlık Bakanlığı'nın*, 7.

⁵⁸⁵ Yönetmeliğin 10. maddesine göre: “Avukatlar, müvekkilinin sağlık verilerini genel vekâletname ile talep edemezler. Müvekkiline ait sağlık verilerinin avukata aktarılması için düzenlenmiş olan vekâletnamede, ilgili kişinin özel nitelikli kişisel verilerinin işlenmesi ve aktarılmasına ilişkin açık rızasını gösteren özel bir hüküm bulunması gerekir.”

bir engel teşkil etmesi açısından oldukça yerindedir.⁵⁸⁶ Eski yönetmelik, sağlık verilerine erişim konusunda KVKK'nın genel hükümlerini bir nevi tekrar etmek suretiyle ve genel hatlarıyla düzenlenmişti. Mevcut düzenlemesi ile yeni Yönetmelik bu husus daha detaylı düzenlemiş ve hukuka aykırılık ile hukuka uygunluk durumlarına daha somut bir belirlilik kazandırmıştır.⁵⁸⁷

Yeni yönetmelik ile kişisel sağlık verilerinin tamamı özel nitelikli kişisel veri niteliğinde kabul edilmekle birlikte, 6/6 maddesi ile kişisel sağlık verileri içinde bulunan ve mahremiyet düzeyi diğerlerine oranla çok daha yüksek olan, başkaları tarafından görülmesi ve bilinmesi halinde kişilerin sosyal hayatını ve ruh sağlığını olumsuz etkileme riski yüksek olan veriler bakımından, Bakanlık tarafından daha özel koruma önlemlerinin alınabileceği öngörülmüştür. Bu yaklaşım tarzı çalışmamız açısından özel bir önem taşımaktadır.

Kişinin cinsel sağlığına ilişkin veriler ve psikiyatrik veriler gibi bu nitelikteki çok hassas, bir nevi çekirdek niteliğindeki daha özel kişisel sağlık verilerinin çok daha özel nitelikte korunmasına yönelik olarak böyle bir alt çekirdek alan oluşturulması kanaatimizce çok önemlidir ve doğru bir tercihtir. Ancak bu kadar hassas bir içeriğe sahip verilerle ilgili olarak Sağlık Bakanlığına takdir yetkisi tanıyan düzenleme yapılması kanaatimizce isabetli değildir. Çünkü belli hususlarda ilave bir düzenleme yapılıp yapılmaması konusunda bir takdir yetkisi tanınması durumunda, geçmiş tecrübelerden de anlaşılacağı üzere keyfi ve özellikle ihmali yaklaşımlar sergilenebilmekte ve düzenlemenin yapılması çok uzun sürelerle geciktirilebilmektedir. Bu nedenle Yönetmelikle (esasinda kanunla) Bakanlık'a takdir yetkisi tanınmaksızın sözü edilen düzenlemelerin “*yapılacağı*” yönünde “*emredici*” bir düzenlemeye yer verilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Yine bu kadar hassas bir alana ilişkin olarak yapılan bu özel düzenlemenin yönetmelikte değil de doğrudan kanunda olması daha isabetli ve koruma odaklı bir yaklaşım olacağını düşünmekteyiz. Çünkü zaten kişisel sağlık verileri alanında yeterli korumanın sağlanamamasından kaynaklı problemlerin önemli bir kısmı, bu nitelikteki verilere ilişkin olarak çıkmaktadır.

Bu konuya ilişkin olarak mahremiyet düzeyinin daha yüksek olduğu veya bilinmesi halinde kişilerin sosyal hayatını ve ruh sağlığını önemli oranda olumsuz

⁵⁸⁶ Dülger, *Kişisel Sağlık Verileri*, 4.

⁵⁸⁷ Mehmet Bedii Kaya, *Sağlık Bakanlığı'nın*, 8.

nitelikte etkileyebilecek sağlık verileri kavramının oldukça soyut bir kavram olduğunu, Bakanlıkça ıkarılacak ikincil mevzuatta bunların hangi somut tlere göre ayrıma tabi tutulacağının tartışılması gerektiğini ifade edenler olmuştur.⁵⁸⁸ Biz konuya ilişkin olarak kavramın kapsamından ziyade, bu nitelikteki verilerin özel bir korunma rejimine tabi tutulması gerektiği düşüncesinin kabulünü daha önemli görmekteyiz. Zira bu fikrin kabulü dahi oldukça önemli bir adımdır. Ancak bu nitelikteki verilerin özel bir koruma sistemine tabi tutulup tutulmaması konusunda Bakanlık’a takdir yetkisi tanınmasını, bakanlığın bu konuda özel bir önlem almakla zorunlu tutulamamasını önemli bir eksiklik olarak görmekteyiz.

Yönetmelik’in sağlık verilerine bakanlık birimlerinin erişmesini düzenleyen 7. maddesi , Bakanlığın sağlık hizmeti sunucuları tarafından merkezi sağlık veri sistemine kimliksizleştirilerek gönderilen sağlık verilerini, ilişkisel veri tabanı aracılığı ile ait oldukları kişilerle eşleştirecek kişileri belirlemeye yetkili olduğunu belirterek yetki verilecek kişileri de her birimden en fazla üç kişiyle sınırlı tutmuştur. Böylelikle bu nitelikteki verilere erişime yetkisine sahip kişiler bakımından bir sınırlama getirilmiştir. Bakanlığın dahi sağlık verilerinin istenen her amaç doğrultusunda işlenemeyeceğinin açıkça belirtilmiş olması, Bakanlık bünyesinde dahi herkesin bu yönüyle kişisel sağlık verilerine erişemeyecek olması, erişebilenlerin de her amaç doğrultusunda bu verileri kullanamayacağının açıkça belirtilmiş olması, ilgili kişilerin, sağlık verilerinin korunduğuna dair güven duyması ve verilerine kimlerin hangi kapsamda erişebileceğini bilebilmesi bakımından son derece olumlu bir gelişmedir.⁵⁸⁹ Bu şekilde sağlık personelinin erişimi dışında, çocukların sağlık verilerine ebeveynlerinin erişimi, hasta yakınlarının, avukatların erişimi ile ölülerin sağlık verilerine erişimi detaylı olarak yönetmelikte düzenlenmiştir.

Son olarak belirtmek gerekir ki uzun süredir tartışmalı olan kişisel sağlık verilerinin işlenmesinde uygulanacak mevzuat düzenlemesi hususunun bu yönetmelikle giderileceği konusunda bir beklenti oluşmuş olup Yönetmelik’in öncelikle ilgili mevzuatla uyumlu olması ve ardından önceki haline kıyasla daha belirli ve detaylı hükümler içermesi bakımından bu ihtiyaç giderecek nitelikte olduğu dşnlmştir.⁵⁹⁰

⁵⁸⁸ Aydın ve zer, *Kişisel Sağlık*, 3.

⁵⁸⁹ Dülger, *Kişisel Sağlık Verileri*, 4.

⁵⁹⁰ Dülger, *Kişisel Sağlık Verileri*, 6.

Fakat yöntem açısından önceki Yönetmelik hakkında Danıştay tarafından verilen iki ayrı yürütmenin durdurulması kararı var iken ve işin esasına girilmemiş iken aceleyle bu Yönetmelik'in çıkartılmasını, genel hukuk yapım mantığına aykırı bulanlarda olmuştur.⁵⁹¹ Kanaatimizce de Yönetmelik'in çıkarılması, Danıştay tarafından verilecek gerekçeli karardan sonrasına bırakılmış olsaydı ve bu Yönetmeliğe ilişkin yapılacak çalışmalarda Danıştay kararında belirtilecek hususlar göz önünde bulundurulmuş olsaydı hukuk yapım tekniği ve olması gereken hukuk açısından daha uygun olurdu. Mevcut haliyle oldukça yeterli gözükse dahi Danıştay'ın kararına gerekçe yapacağı hususlara aykırılık taşıdığıının anlaşılması durumunda bu ilerde açılacak muhtemel bir iptal davasında Yönetmelik'in iptal edilme olasılığı ile karşı karşıya kalınabilecektir. Ancak diğer yönüyle bir hususu daha belirtmekte fayda vardır. Kişisel sağlık verileri gibi hassas bir alanda, veri işleme faaliyetleri hiç durmaksızın devam ettiği için, veri işleme faaliyetlerini gerçekleştiren görevlilerin hukuki emniyeti açısından mevzuatsız bir veri işleme faaliyetinden söz edilemez. Bu yönüyle bakıldığında ise hata ya da aksaklıkları olsa da somut bir mevzuat olarak yürürlükte olması önemli bir boşluğu doldurmaktadır.

1.2.3.3.10. Hasta Hakları Yönetmeliği

Hasta Hakları Yönetmeliği⁵⁹² pozitif hukukumuzda kişisel sağlık verileri açısından belki de en önemli düzenlemelerden birisidir. Yönetmelik'in ilkeler kenar başlığı altında düzenlenmiş bulunan 5. maddesinde “*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.*” denilerek özel hayatın bir parçası olarak kişisel sağlık verilerinin korunması, sağlık hizmetinin sunulması esnasındaki temel bir ilke olarak belirtilmiş ve koruma altına alınmıştır. Bu düzenleme gereği sağlık hizmetinin sunulmasına katılan tüm çalışanları, sağlık mesleği mensubu olup olmadığına bakılmaksızın bu yükümlülüğü taşımaktadırlar.

Yönetmelik'in “*Kayıtları İnceleme*” kenar başlıklı 16. maddesinde “*Hasta, sağlık durumu ile ilgili bilgiler bulunan dosyayı ve kayıtları, doğrudan veya vekili veya*

⁵⁹¹ Dülger, *Kişisel Sağlık Verileri*, 6.

⁵⁹² 01.08.1998 tarih ve 23420 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanmış olup, 08.05.2014 tarih 28994 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan değişikliklerle, esasa ilişkin pek çok yeni hüküm Yönetmeliğe işlenmiştir.

kanuni temsilcisi vasıtası ile inceleyebilir ve bir suretini alabilir. Bu kayıtlar, sadece hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olanlar tarafından görülebilir.” denilerek, kişisel sağlık verilerinden kayıt altına alınanların, sadece “*hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olanlar*” tarafından görülebileceği belirtilmiş ve önemli bir koruma ölçütü getirilmiştir. Bu anlamda bakıldığında, kişisel sağlık verilerinin hastanede çalışan görevlilerden sağlık mesleği mensubu olmayanlarca ve yine sağlık meslek mensupları içerisinde de hastanın tedavisi ile doğrudan ilgilenmeyenleri tarafından görülemeyeceği hüküm altına alınmış olmaktadır. Bu yönüyle örneğin hastanede çalışan ve sağlık meslek mensubu olan bir radyoloji teknisyeni, kadın hastalıkları servisinde yatarak tedavi gören ve hekimi tarafından radyolojik tetkiki istenilmeyen hastaya ilişkin hiçbir kaydı göremeyecektir. Ayrıca bu hasta hakkında radyolojik bir görüntüleme istenildiği durumda dahi bu görevli sadece bu hastanın ve bu isteme uygun radyolojik görüntülemesini yapabilecek ve görevi ile doğrudan ilgili bulunması nedeniyle sadece bu görüntü kaydını görebilecektir. Ancak aynı görevli, bu görüntüleme faaliyeti ile doğrudan ilgisi bulunmayan örneğin hastanın daha öncede başka bir sağlık sorunu nedeniyle yapılmış bulunan görüntü kaydını ya da hastanın laboratuvar tahlillerinin sonuçlarına dair kayıtları göremeyecektir. Çünkü bu kayıtlar o an itibariyle yaptığı görevi ile doğrudan bağlantılı değildir.

Aynı Yönetmelik’in “*Bilgi Verilmesini Yasaklama*” kenar başlıklı 20. maddesi “*İlgili mevzuat hükümleri ve/veya yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; kişi, sağlık durumu hakkında kendisinin, yakınlarının ya da hiç kimsenin bilgilendirilmemesini talep edebilir. Bu durumda kişinin kararı yazılı olarak alınır. Hasta, bilgi verilmemesi talebini istediği zaman değiştirebilir ve bilgi verilmesini talep edebilir*” şeklindedir.

Düzenleme ile hastaya kişisel sağlık verilerinin korunmasını ve kapsamda yakınlarına dahi bilgi verilmemesi isteme hakkı tanınmış olmaktadır. Örneğin aynı çatı altında birlikte yaşayan bir ailede reşit bir kadın, hamilelik durumuna ilişkin olarak yapılan tespate dair bilginin ailenin diğer üyelerine bildirilmemesini isteme hakkına sahiptir.

Konumuz açısından meselenin hemen hemen en önemli kısmını oluşturan mahremiyetle ilgili olarak bu Yönetmelik özel bir düzenleme yapma yolunu tercih

etmiştir. Yönetmelik'te hastanın “mahremiyetine saygı gösterilmesini talep hakkı” bir hasta hakkı olarak kabul edilmiştir. Buna göre Yönetmelik'in 21/1 maddesinde “*Hastanın mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hasta mahremiyetinin korunmasını açıkça talep de edebilir. Her türlü tıbbi müdahale, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilir*” denilmektedir. Madde sadece bu hakkı tanımakla kalmamış mahremiyete saygı gösterilmesinin istenilmesi hakkının kapsamını da düzenlemiştir. Bu kapsamda aynı maddenin devam eden fıkrasında “*Mahremiyete saygı gösterilmesi ve bunu istemek hakkı:*

a) *Hastanın sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin gizlilik içerisinde yürütülmesini,*

b) *Muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesini,*

c) *Tıbben sakınca olmayan hallerde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesini,*

d) *Tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin tıbbi müdahale sırasında bulunmamasını,*

e) *Hastalığın mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsi ve ailevi hayatına müdahale edilmemesini,*

f) *Sağlık harcamalarının kaynağının gizli tutulmasını, kapsar.”* denilerek bu hakkın kapsamı netleştirilmiştir. Bu belirleme kanaatimizce çok önemli bir anlam ifade etmektedir. Çünkü madde ile hasta ile ilgili tüm işlemlerin *makul bir gizlilik içinde* yapılması zorunluluğu net olarak düzenleme altına alınmıştır. Hatta bu gizlilikten ne anlaşılması gerektiğini izah eder tarzda, hasta ile ilgili tıbbi müdahale esnasında tedavi ile doğrudan ilgisi bulunmayan kişilerin bulunmaması hususu özellikle vurgulanmıştır.

Yönetmelik'in aynı maddesinde “*Ölüm olayı, mahremiyetin bozulması hakkını vermez*” denilerek mahremiyetin ve bu kapsamda olmak üzere kişisel sağlık verilerinin gizliliğinin veri öznesinin ölümünde sonra bile korunmaya devam edileceği düzenleme altına alınmıştır.

Yönetmelik yukarıda sözü edilen düzenlemelerle sınırlı kalmamış bilgilerin gizli tutulması kenar başlıklı 23. maddesinde “*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 sınırlanması 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 açıklanamaz” hükmüne yer vererek kişisel sağlık verilerinin gizliliğinin korunmasına özel bir önem verdiğini göstermiştir. Zira bu hükmün amacı, hastalara ait bilgilerin özensiz saklanması dolayısıyla herkes tarafından söz konusu bilgilerin elde edilmesinin önlenmesini⁵⁹³ sağlamaktır.

Zikredilen düzenlemede kanun tarafından müsaade edilen hallerin dışında kişisel sağlık verilerinin, hiçbir şekilde açıklanmayacağı ve buna aykırı davranan personelin cezai ve hukuki sorumluluğunun bulunacağı açıkça belirtilmiştir. Yine maddeye göre, veri öznesinin kişisel sağlık verilerinin açıklanması konusunda vereceği rıza, kişilik haklarının ihlaline sebebiyet verecekse, rıza dâhilinde açıklama yapan sağlık meslek mensupları sorumlu olacaklardır.⁵⁹⁴ Fakat maddenin kaleme alınış şekli nedeniyle, bu anlamdaki cezai sorumluluğun sadece hastaya zarar verme olasılığı olan bilgi ile sınırlı olduğu, bunun dışındaki bilgi açıklamalarının bu anlamda sorumluluk doğurmayacağı şeklinde anlaşılabilecek niteliktedir.

Yönetmelik metni ile suç ve cezaların kanuniliği prensibi gereği ceza sorumluluğun genişletilmesi mümkün olamayacağı gibi mefhumu muhalifinden anlam çıkarma suretiyle meseleye bakıldığında ceza sorumluluğunu sınırlandırıcı bir düzenleme de yapılamaz. Bu nedenle hastaya zarar verme olasılığı olmadığı düşünülen verilerin açıklanması halinde dahi bahse konu davranış, TCK’de düzenlenen hükümler gereği suç teşkil ederse ceza sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Yani bu anlamda açıklamanın ya da bilginin kişiye zarar verme ihtimali bulunup bulunmadığına bakılmayacak ve cezai sorumluluk geçerlilik kazanacaktır. Bu yönüyle bu tip davranışlara ilişkin olarak cezai sorumluluğun tespitinde sadece yönetmelik düzenlemelerini esas olmak bir güvence niteliği taşımayacaktır. Bu nedenle tüm sağlık

⁵⁹³ Özdemir, *Hadım Etme*, 193.

⁵⁹⁴ Özdemir, *Hadım Etme*, 201.

alışanlarının öncelikle ceza kanunun hükümlerini dikkate almaları hukuki güvenlik açısından önem taşımaktadır.

1.2.3.3.11. Özel Hastaneler Yönetmeliği

Özel sağlık kurumlarının hastalara ilişkin kişisel verileri işleme usulü Hastaneler Yönetmeliği'nin m.49/4 hükmünde düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre “zel hastaneler tarafından kayıt altına alınan kişisel sağlık verileri, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'na uygun bir şekilde işlenir ve Bakanlıkça belirlenen usul ve esaslara uygun bir şekilde merkezi sağlık veri sistemine aktarılır. Bakanlık tarafından kurulan kayıt ve bildirim sistemine ve Bakanlıkça yapılacak diğer iş ve işlemlere esas olmak üzere, istenilen bilgi ve belgelerin Bakanlık'a gönderilmesi zorunludur”.

Yönetmelik'te yer alan düzenleme ile özel hastanelerin Sağlık Bakanlık'na veri gönderme zorunluluğu ve sağlık verilerinin 6689 sayılı Kanun'a uygun olarak işlenmesi gerektiği vurgulanmıştır.⁵⁹⁵ Düzenleme gereğince özel hastaneler, kişisel sağlık verilerini kanunda düzenlenen usule ilişkin olarak işleyecek ve bu verileri Sağlık Bakanlık tarafından yönetilen merkezi sağlık veri sistemine aktaracaktır. Düzenlemede açıkça yazmasa dahi Sağlık Bakanlık tarafından çıkarılan kişisel sağlık verileri hakkındaki diğer düzenlemeler de özel hastaneler açısından geçerlidir (Karş. Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik m. 2, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 2).

1.2.3.3.12. Hekimlik Meslek Etiği Kuralları

Sağlık kişisel verileri konusu, Türk Tabipler Birliği tarafından kabul edilen “Hekimlik Meslek Etiği Kuralları” içinde sır saklama yükümlülüğü başlığı altında düzenlenmiştir. 01.02.1999 tarihinde yayınlanan Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın “Sır Saklama Yükümlülüğü” kenar başlıklı 9. maddesinde “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

⁵⁹⁵ Yüksel, *Kişisel Sağlık*, 9.

bilirkişi olarak mahkemeye çağrıldığında olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek bu görevlerinden çekilebilir” düzenlemesi bulunmaktadır.

Türk Tabipler Birliği dışında, uzmanlık dernekleri tarafından da hastanın kişisel verilerinin korunmasına ilişkin kararlar alınmıştır. Bunlardan belki de en önemlisi faaliyet alanı itibariyle çok sayıda önemli kişisel sağlık verilerine ulaşabilen psikiyatristlere yönelik olarak Türkiye Psikiyatri Derneği'nin 22 Haziran 2002 tarihindeki 1. Olağan Genel Kurulunda yürürlüğe konulan Ruh Hekimliği (Psikiyatri) Meslek Etiği Kuralları'dır.

Ruh Hekimliği (Psikiyatri) Meslek Etiği Kuralları'nın 6. maddesi psikiyatri hekiminin sır saklama borcunu düzenlemektedir. Buna göre “*Herhangi bir psikiyatrik muayene ve sağıaltım altındaki kişiyle ilgili bütün bilgiler hasta-hekim ilkeleri çerçevesinde saklı tutulmalıdır. Bu bilgi yalnızca hastanın ruh sağılığını korumak ve geliştirmek amacı ile ve hastanın oluru alınarak gerektiğinde ve hastanın yararı için gereken ölçüde aile ile paylaşılabilir ya da başka uzman hekimlerle danışma amacı ile kullanılabilir. Ruh hekimleri, kişisel haklar, tedavi hakkı, yanlış mesleki uygulamalar vb. durumlarla ilgili olarak hastasının yararı söz konusu olmadıkça kendi siyasal, yönetsel, medyatik ya da maddi çıkarları, akademik, meslekî veya kişisel yararları doğrultusunda hastasıyla ilgili bilgileri açıklamamalıdır. Hasta hekim ilişkisi içinde edinilmiş olan bilgiler gerekli görüldüğünde mahkemede tanıklıktan ya da bilirkişilikten çekilmek için bir gerekçe oluşturabilir. Kişinin özel yaşamı, özel ilişkileri, savunma düzenekleri gibi psikolojik yapısıyla ilgili özel bilgiler istenildiğinde bunların mahkemede sunulması kişinin açık ve anlaşılır iznine bağlıdır. Ruh hekimi, kişi için yararlı olmadığını düşündüğünde kişi izin vermiş de olsa bu tür bilgileri açıklamak zorunda olmadığını bilmelidir. Gizlilik kuralı ancak hastanın kendisine ya da çevresine ciddi bedensel, ruhsal ya da ekonomik zarar verme olasılığı varsa bozulabilir. Ruh hekimi gizlilik ilkesini bozmayı gerektirecek önemde bir durumla karşılaşmışsa, olabiliyorsa meslektaşları ile de danışarak uygun göreceğı yerlere ya da kişilere açıklama yapmak zorunda kalabilir. Bu durumlarda ruh hekimi bundan sonra atacağı adımla ilgili olarak koşullar elveriyorsa önce hastayı uyarmalıdır. Ruh hekimi hastasının tanınmasına yol açacak ya da olası davranışlarının tahminine ilişkin herhangi bir bilgiyi, başkalarına ya da herhangi bir kuruluşa veremez. Kişi adı, kimlik bilgileri, yüz görünümü gibi kişiyi tanıtacak tüm özelliklerin gizlenmesi koşuluyla, bilimsel bir tartışmada, eğitim*

süresinde, denetim ve konsültasyon amacı ile hekimler arasında hastalıkla ilgili bilgilerin aktarılması bu kuralın dışındadır. Yasal zorunluluk durumlarında hekimin rapor düzenlemesi meslek sırrının açıklanması anlamına gelmez”.

Hekimlik meslek etiği kuralları, idari anlamda doğrudan yaptırım olan ve bu nedenle önemli kurallardır. Çünkü Tabipler Birliği hekimler için aynı zamanda bir disiplin örgütüdür. Bu kapsamda hastaya ait sırların hukuka aykırı olarak (kanuni zorunluluklar dışında) açıklanması halinde hekime Türk Tabipler Birliği Kanunu m. 38 vd. hükümleri ile Türk Tabipler Birliği Disiplin Yönetmeliği’nin 5/3-c maddesine göre, “geçici meslekten men cezası” verilebilir. Geçici meslekten men cezası, oda bölgesinde on beş günden altı aya kadar meslek uygulamasından alıkonulmaktır. Bu cezayı alan kimseler, bu süre zarfında Türkiye’nin hiçbir yerinde muayenehane açamaz, herhangi bir yolla mesleğini uygulayamaz, resmi kurum veya kuruluşlarda da mesleğini yürütemez. Üç defa meslekten geçici alıkonanlar oda bölgesinde, sürekli olarak meslekten men edilirler⁵⁹⁶. Yani Hekimlik Meslek Etiği kuralları düzgün uygulandığında meslek etiğini koruyan önemli (pozitif ve uygulanabilir yaptırımı olan) bir hukuk normu haline gelebilmektedir.

1.2.4. Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması Gerekliliği

Bu başlık altında öncelikle kişisel sağlık verilerinin korunması kavramından ne anlaşılması gerektiğinin ortaya konulması gerekmektedir. “Korunma” kelimesi, “korunmak işi, sakınma”⁵⁹⁷, “biri ya da bir şey üzerinde istenmeyen, arzu edilmeyen bir durumun gerçekleşmesini önlemek amacıyla alınan önlem”⁵⁹⁸ anlamlarına gelmektedir. Aynı şekilde tanımın içinde geçen “sakınma” kavramı, “kopyalanma, çoğaltma, yanlış şekilde ve amaçlarla kullanma gibi, olabileceği düşünülen kötü durumlara karşı önlem alma, ihtiyat”⁵⁹⁹ anlamlarında kullanılmaktadır. Yani hem koruma hem de sakınma, bünyesinde mevcut durumun muhafaza edilmesine yönelik faaliyetleri barındırır. Zaten

⁵⁹⁶ Özdemir, *Hadım Etme*, 211.

⁵⁹⁷ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, *Güncel Türkçe Sözlük- İktisat Terimleri Sözlüğü-2004*, <https://sozluk.gov.tr/>, (09.06.2020).

⁵⁹⁸ *Dictionary of Law*, Peter Collin Publishing, Fourth Edition, London, 267.

⁵⁹⁹ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, *Güncel Türkçe Sözlük*, <https://sozluk.gov.tr/>, (09.06.2020); *Dictionary Of Law*, Peter Collin Publishing, 83.

sakınma, iktisadi anlamda fiyatlardaki dalgalanmalara karşı mevcut durumu korumak için yapılan gelecek piyasa işlemleri⁶⁰⁰ olarak anlaşılmaktadır.

Kişisel veriler yönüyle koruma ise bilgisayarda ve fiziki dosyalama sistemlerinde saklanan bireylerle ilgili kişisel bilgilerin himaye edilmesi, bu kapsamda zarar doğurabilecek istenmeyen şeylerin gerçekleşmesini önlemek için gerekli önlemlerin alınması anlamına gelmektedir.⁶⁰¹ Korunma, mevcut durumun devamının sağlanmasını ifade etmektedir. Mevcut durumun devamının sağlanması ise hem esas hem de şekil yönünden mevcut durumun sağlanması olarak iki şekilde olabilir. Öyleyse korunma, hem esas ve hem de şekil itibarıyla mevcut durumun devamının sağlanmasını ifade etmektedir.

“Esas açısından korunma”, bilginin içeriğinin değiştirilmesinin ya da yok edilmesinin önlenmesi, şekil açısından korunma ise bilginin türünün, tutulduğu yerin ya da muhafaza şeklinin değiştirilmemesi anlamlarına gelmektedir. Bu yönüyle, mevcut durumu itibarıyla bilen kişilerden başkalarınca bilmemesinin sağlanması “*şekli korumanın*” bir parçasıdır. Öyleyse kişisel sağlık verilerinin yok edilmesinin, içeriğinin değiştirilmesinin önlenmesi “*esas anlamda*” korunmasını, mevcut durumu itibarıyla bilenlerden başka kişilerin öğrenmemesinin sağlanması, tutulduğu yerin, tutulma şeklinin korunması ise “*şekli anlamda*” korunmasını ifade etmektedir. Kişisel sağlık verilerinin gizliliğinin sağlanması, şekli anlamda korunmasının bir parçası niteliği taşımaktadır.

Kişisel sağlık verilerinin yok edilmesi ya da içeriklerinin değiştirilmesi, veri öznesine zarar verebilir. Ancak kişisel sağlık verilerinin şekli koruması ihlal edilerek yetkisiz kişilere aktarılması yani gizliliklerinin muhafaza edilmemesi, veri öznesine çok daha ağır zararlar verebileceği gibi topluma dahi zararlar verebilir. Bu nedenle biz çalışmamız kapsamında kişisel sağlık verilerinin korunması tabirini özellikle bu verilerin gizliliklerinin sağlanmasını kastetmek üzere kullanıyor olacağız.

Çizdiğimiz bu çerçeve dâhilinde bakıldığında, tıbbın ana uğraşı alanını, hasta kişilerin tedavi edilerek sağlıklarını kazandırmaya yönelik faaliyetler oluşturmaktadır.⁶⁰² Modern tıbbın genel sınırlarını ise son zamanlarda üzerinde önemle vurgu yapılan

⁶⁰⁰ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, *İktisat Terimleri Sözlüğü-2004*, <https://sozluk.gov.tr/>, (09.06.2020)

⁶⁰¹ *A Dictionary Of Law*, Oxford University Press, Fifth Edition New York, 134.

⁶⁰² Bardak ve Tengilimoğlu, *Sağlık Alanında*, 220.

“bireysel otonomi” oluşturmaktadır. Bu anlamda kişisel sağlık verilerinin gizliliği, tıp açısından en önemli bir köşe taşıdır.⁶⁰³ Çünkü tıbbi bilgiler oldukça kişiseldir ve insanların kendilerine ait tıbbi bilgileri, gizli tutma (gizli tutulmasını isteme) hakları vardır.⁶⁰⁴ Fakat hastalar, hekimlerin kendilerini tedavi etmeleri edimlerinin bir karşılığı olarak onlara güvenmek zorunda olduğundan çoğu zaman kendisi dışındaki kimsenin bilmediği kişisel bilgilerini, hekimlere herhangi bir tereddüde kapılmaksızın rahatlıkla aktarabilmektedir.⁶⁰⁵

Tıp uygulamalarında, kişinin yani hastanın, başka bireylerle paylaşmayacağı maddi ve manevi yönüyle gizlilik arz eden bilgiler, hekim ve diğer sağlık personelleri tarafından rahatlıkla öğrenilebilmektedir.⁶⁰⁶ Bu yönüyle kişinin zorunluluk gereği özel alanına ilişkin bilgilerini paylaştığı meslek gruplarından biri ve belki de en önemli hekimler⁶⁰⁷ ve diğer sağlık çalışanlarıdır. İşte bu nedenle geçmişten bu yana tıbbi etik, doktorların ve diğer sağlık çalışanlarının, hastalarına ve hizmet sundukları diğer kişilere ait kişisel sağlık bilgilerini gizli tutmasını zorunlu tutmuştur.⁶⁰⁸

Yapılan araştırmalar, hastanın sağlık kurumuna başvurusundan itibaren, teşhis ve tedavi süreci içinde (tetkikler, raporlar ve ilaçların reçete edilmesi, eczaneden alınması da dâhil edildiğinde) her aşamada bir veya birkaç kişinin, hastayla ilgili doğrudan bilgi ediniyor olmasına ve bu nedenle bu bilgilerin gizliliğin sağlanmasının zorluğuna dikkat çekmektedir.⁶⁰⁹ Bi nedenle yeni sağlık hizmeti iş modellerinin geliştirilmesi sürecinin yaşandığı zamanımızda, tıbbi gizlilik daha da bir sorunlu hale gelmiş bulunmaktadır. Zira artık sağlık verileri, tedavi ve tıbbi hizmetler için ödeme sürecinde dahi her zamankinden daha fazla kişi ve kuruluşla paylaşılmaktadır. Buna ek olarak, bilgi teknolojilerindeki gelişmeler, sağlık verilerinin taraflarla paylaşılmasını daha kolay, daha hızlı ve daha basit bir hale getirerek yetkisiz erişim ve ifşa olasılıklarını da oldukça artırmaktadır.⁶¹⁰ Teşhis ve tedavi amacıyla edinilen bu bilgiler, çoğunlukla kişiye özel ve bu nedenle başka insanların bilmemesi gereken çok önemli ve hassas durumlara ilişkin bilgileri içermektedir. Öyle ki bazen kişinin kendisinin bile

⁶⁰³ Ferguson, *Should A Doctor*, 1; Mehmet Ali Zengin, *Biyoloji Uygulamaları*, 132.

⁶⁰⁴ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 255-256.

⁶⁰⁵ Özdemir, *Hadım Etme*, 201.

⁶⁰⁶ Çobanoğlu, *Tıp Etiği*, 512.

⁶⁰⁷ Özalp ve Özalp, *Hekimin Cezai*, 138.

⁶⁰⁸ Encyclopedia Of Privacy, 118.

⁶⁰⁹ Somer, *Tıbbi Kayıtlar*, 543.

⁶¹⁰ Encyclopedia Of Privacy, 118.

bilmediği çok özel bir durumunu hekimi öğrenebilir.⁶¹¹ İşte bu kapsamda tıbbi kayıtların hassas bir şekilde gizliliğinin sağlanması, son derece büyük bir önem taşımaktadır.

Hastaların rahat bir şekilde bu süreçlere katılabilmesi için kendi özel hayatlarına dair detayların sağlık çalışanlarınca korunacağını bilmeye ihtiyaçları vardır. Bu temel ihtiyacın karşılanmaması durumunda ise hastalar utanç verici (ve/veya mahrem) ancak tıbbi açıdan önemli olabilecek bilgilerini hekimleri ile paylaşmayacak ve böylece en iyi tıbbi bakımı alma şanslarını azaltacaktır.⁶¹² Ayrıca yine buna bağlı olarak hasta – hekim ilişkisindeki bu güven kalkacak ve yerine göre hastanın bireysel karar alabilme kabiliyeti (otonomi hakkı) dahi kaybolacaktır.⁶¹³ Çünkü kişisel veri kavramı, türü ne olursa olsun, isimden, tercihlere, duygu ve düşüncelere kadar çok geniş bir yelpazede ele alınan ve sahibinin sahsına (kişiliğe/ benliğe) ait bir kavramdır. Bu nedenle bireyin bu veriler üzerindeki denetim yetkisini kaybetmesi, bireyin özgürlüğünün, özerkliğinin, mahremiyetinin kısaca “ben” olma özelliğinin kaybedilmesi sonucunu doğurur.⁶¹⁴ Zira sırlarının bilinmesi ihtimali kişinin mutsuz ve endişeli hissetmesine neden olur.⁶¹⁵ Yine bu nitelikteki bilgiler dolayısıyla kişilerin tehdide maruz kalabilecekleri, eşleri tarafından terk edilebilecekleri, işlerinden kovulabilecekleri düşünüldüğünde, bunların başkalarının ya da kötü niyetli kişilerin eline geçmesinin ne kadar tehlikeli olduğu kolaylıkla fark edilebilir.⁶¹⁶

Özel hayata ilişkin bilgi sızıntıları, kişiyi vücudunun, hareketlerinin ya da kendi kararlarını alabilme gücünün kontrol altına alınmak istenmesi korkusunun yanında yargılanma, ürkütülme, aşağılanma veya baskı altına alınma ya da diğerleri lehine haksız bir şekilde dezavantajlı bir hale getirilme endişesine de neden olabilmektedir.⁶¹⁷ Bu durum, kişinin özel ve aile yaşantısı kadar, sosyal ve iş durumunu da etkileyebilecek toplumsal bir gerçeklik niteliği taşımaktadır.⁶¹⁸ Öyle ki sağlıkla ilgili bilgilerin korunamamasının, utanç nedeni olmaktan yanında bireysel itibarın kaybına, sosyal bir damgalanmaya, izolasyona, psikolojik rahatsızlığa ve ekonomik çöküntüye kadar bir

⁶¹¹ Çobanoğlu, *Tıp Etiği*, 512.

⁶¹² Stauch, Wheat and Tingle, *Sourcebook On Medical Law*, 235.

⁶¹³ Mehmet Ali Zengin, *Biyoloji Uygulamaları*, 132.

⁶¹⁴ İzgi, *Mahremiyet Kavramı*, 29.

⁶¹⁵ Stauch, Wheat and Tingle, *Sourcebook On Medical Law*, 235.

⁶¹⁶ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 255-256.

⁶¹⁷ Mehmet Ali Zengin, *Biyoloji Uygulamaları*, 132.

⁶¹⁸ Sevük, *Tıp Ceza*, 807.

dizi zararının bulunduğu⁶¹⁹ toplumdaki hemen herkesçe anlaşılabilecek bir nitelik taşımaktadır. Doğurabileceği zararların boyutu nedeniyle bu bilgilere ilişkin gizliliğin yani mahremiyetin kaybedilmesi halinde, bireylerin savunmasız ve ürkek bir halde kalacağı belirtilmektedir. Hiç şüphesiz böyle bir duruma maruz kalan birey, muhtemelen daha itaatkâr, daha az otonom, daha az üretken⁶²⁰, daha endişeli ve mutsuz⁶²¹ olacaktır. Zaten mahiyeti itibarıyla hasta olmak veya hastanede yatmak, insanda korku, endişe, sıkıntı yaratan, güvenlik hissini tehdit eden, onu pasif ve bağımlı hale getiren olumsuz bir deneyimdir. Bu nedenle hasta kişi, tanınan ve bilinen çevreden uzaklaşma, bilinmezlik korkusu ve çevre kontrolü kuramama gibi sorunlarla yüzleşmesi sebebiyle birey olarak rol kaybına uğrar.⁶²² Buna birde verilerin ifşa edilmesi riskinin yüksekliği eklendiğinde birey, toplumun bir bireyi olarak sahip olması gereken temel özelliklerini kaybeder. İşte bu tespitler, özellikle de başlı başına genetik test bilgileri, reçete kayıtları, ilaç testi kayıtları, ruhsal hastalıklara ilişkin kayıtlar, hamilelikle ilgili bilgiler ve cinsel yollarla bulaşan hastalıklara ait test sonuçları gibi çok önemli bilgileri bünyesinde barındıran kişisel sağlık verilerinin gizliliğinin korunmasının ne kadar önemli olduğunu ortaya koymaktadır. Özetle kişisel sağlık verileri açıklandıklarında öncelikle ve özellikle veri öznelere ciddi zararlar verebilmekte bu nedenle de teknik ve şekli anlamıyla korumaları gerekmektedir.

Kişisel sağlık verilerinin ifşa edilmesinin doğuracağı zararlar esasında sadece veri öznesine yönelik olmayacaktır. Bu nitelikteki verilerin korunmaması, gerçekleştiriliş tarzına göre hastanın olduğu kadar, yakınlarının ve ailesinin de kişilik haklarına saldırı niteliği taşıyabilir. Çünkü toplumda hoş görülme-yen ya da tiksini-len bir durumun açıklanması, hastanın olduğu kadar yakınlarının da gerek sosyal gerekse iş hayatını rahatlıkla olumsuz anlamda etkileyebilecektir.⁶²³ Yani kişisel sağlık verilerinin gizliliğinin muhafaza edilmemesi, sadece veri öznesinin bizzat kendisine değil aynı zamanda yakınlarına da ağır zararlar verebilmektedir.

⁶¹⁹ Mehmet Ali Zengin, *Biyoloji Uygulamaları*, 132.

⁶²⁰ Wai-Ching Leung, *Law for Doctors*, Blackwell Science Ltd, Reprinted 2000, 36; Mehmet Ali Zengin, *Biyoloji Uygulamaları*, 132.

⁶²¹ Stauch, Wheat and Tingle, *Sourcebook On Medical Law*, 235.

⁶²² Bardak ve Tengilimoğlu, *Sağlık Alanında*, 220.

⁶²³ Cin, *Tıp Etiği*, 62.

Doğabilecek zararlar bunlarla da sınırlı olmamalıdır. Hasta güven ilişkisi içinde en özel bilgilerini hekimi ile paylaşmaktadır.⁶²⁴ Yani hastanın rahat bir şekilde hekimine açılabilmesi ve bilgilerini hekimiyle paylaşabilmesi için aralarında belli bir güven ortamının tesis edilmiş olması gerekmektedir.⁶²⁵ Güvenin kurulabilmesinin en önemli şartlarından birisini, hekimlerin ve diğer sağlık çalışanlarının hastalarına ait tıbbî bilgileri koruma ve sır olarak saklama konusunda hassasiyet göstermeleri oluşturmaktadır.⁶²⁶ Bu nedenle güven ortamını zedeleyici davranışların sağlık çalışanlarından kaynaklı olarak varlığı, hasta tarafından bu bilgilerin aktarılmaması veya yanlış aktarılmasını sonuçlanabilir. Yani bilgilerin başkasının eline geçebilmesi veya paylaşılması riski, hastayı doğru bilgi verme konusunda tereddütte bırakabilecek⁶²⁷ ve rahatlıkla yalan söylemeye veya verileri gizlemeye itebilecektir. Bu anlamda alınan önlemlerin boyutu, yani sağlanan gizliliğin boyutu, hastanın sağlık çalışanına vereceği bilgilerin başkalarıyla paylaşılmayacağı, herkesçe duyulmayacağı inancı ile hareket etmesini ve bu nedenle herhangi bir tepkiden korkmaksızın yardım istemesini ve bu kapsamda hastanın her türlü bilgiyi hekime aktarabilmesi sağlayarak yapılan teşhis ve tedavinin daha başarılı olmasına⁶²⁸ hizmet edecektir.

Aksi yönden bakıldığında ise veri öznesinin, kendi üzerinde doğurma potansiyeli taşıdığı bu zararların büyüklüğü nedeniyle, sağlık verilerinin yeterli düzeyde korunmadığına ilişkin şüpheye düşmesi bile sağlık hizmetlerinden yararlanmaktan çekinmesine ya da doğru bilgi aktarmaması nedeniyle kötü sağlık hizmeti almasına neden olabilir.⁶²⁹ Bunun sonuçları ise hem bireysel hem de toplumsal düzeyde oldukça ağır olacaktır.⁶³⁰ Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de Z./ Finlandiya kararında aynı tehlikeye işaret etmiştir.

Mahkeme'ye göre “*Tıbbi verilerin gizliliğine saygı göstermek, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne taraf olan bütün Sözleşmecî devletlerin yasal sistemlerinin temel prensibidir. Sadece hastanın özel hayatına saygı göstermek değil, hastanın tıp mesleğine ve genel olarak sağlık hizmetlerine duyduğu güveni de korumak şarttır. Böyle*

⁶²⁴ Somer, *Tıbbi Kayıtlar*, 543.

⁶²⁵ Cin, *Tıp Etiği*, 61.

⁶²⁶ Hope, Savulescu and Hendrick, *Medical Ethics*, 94; Cin, *Tıp Etiği*, 61.

⁶²⁷ Stauch, Wheat and Tingle, *Sourcebook On Medical Law*, 235; Somer, *Tıbbi Kayıtlar*, 543.

⁶²⁸ Karasu, *Hekimin Sır*, 61.

⁶²⁹ Hope, Savulescu and Hendrick, *Medical Ethics*, 96; Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 255-256.

⁶³⁰ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 255-256.

*bir koruma olmazsa tıbbi yardıma ihtiyacı olanlar doğru tedavi görmek için ve hatta tıbbi yardım almak için gerekli olan kişisel veya mahrem bilgileri açıklamaktan cayabilir; bu durum da hem kendi sağlıklarını hem de bulaşıcı hastalıklar söz konusu olduğunda toplum sağlığını tehlikeye atar”.*⁶³¹

Söz konusu kararda yer verilen tespitler isabetli olup ve mezkûr tespitten hareketle yapılan değerlendirme de insanın tabiatına uygun düşmektedir. Çünkü korkan ve karşısındakine güven duymayan bir kişi, sağlık kurumlarına başvurmayaacağı gibi zaruret halinde başvursa dahi elinden geldiği kadar bazı bilgileri gizleme çabasına girecektir.⁶³² Bu durumda özellikle salgın doğurabilecek nitelikteki hastalıklar yönüyle, hastalığın geç teşhis edilmesine neden olabilecek, bu kapsamda daha çok küçük boyutlardayken (bireysel boyutlardayken) önlenebilecek hastalıkların büyük ve tehlikeli salgınlara ulaşması gibi sonuçlara neden olabilecektir. Demek ki kişisel sağlık verilerinin gizliliğinin korunması, bizzat veri öznesinin veya yakınlarının zararlarından korunması dışında, toplumda oluşabilecek daha büyük zararların önlenmesi anlamında da büyük önem ve gereklilik taşımaktadır. Bu yönüyle kişisel sağlık verilerinin teknik anlamda korunması, toplumun korunmasına da hizmet etmektedir.⁶³³ Bu nedenle tıbbi verilerin gizliliğinin en iyi şekilde nasıl sağlanacağını önceden belirlenmesinin zorunluluk taşıdığı söylenebilir.⁶³⁴

Tüm bunlara rağmen kişisel sağlık verilerinin gizliliğinin mutlak olmadığı da zaman zaman ifade edilmiştir.⁶³⁵ Kişisel sağlık verilerinin kişi ile ilişkili olarak (irtibatlandırılarak) tutulmasının ilgili kişi açısından çok çeşitli yararları da vardır. Çünkü hekimler, doğru tıbbi müdahalelerde bulunabilmek için, çoğu zaman hastalarının tıbbi geçmişlerine ilişkin bilgilere gereksinim duyarlar. Hekim, hastasından elde ettiği bilgilere dayanarak teşhis ve tedavi yöntemini belirler. Hekimin hastaya ilişkin bütün bilgileri dikkate alarak ve doğru bir şekilde bu belirlemeyi yapabilmesi ve etkili bir tedavi yöntemi tercihi yapabilmesi için, hastanın hekime tam ve net (açık) olarak bu

⁶³¹ Stauch, Wheat and Tingle, *Sourcebook On Medical Law*, 242; Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 255-256.

⁶³² Aynı yönde bkz. Stauch, Wheat and Tingle, *Sourcebook On Medical Law*, 235.

⁶³³ Stauch, Wheat and Tingle, *Sourcebook On Medical Law*, 235.

⁶³⁴ Benzer mahiyette bkz. Mehmet Ali Zengin, *Biyoloji Uygulamaları*, 135.

⁶³⁵ Maclean, *Briefcase on Medical*, 163; Carr, *Beginning Medical*, 16; Dolan, *Medical Records*, 53; Hope, Savulescu and Hendrick, *Medical Ethics*, 102; Mehmet Ali Zengin, *Biyoloji Uygulamaları*, 132.

bilgileri vermesi büyük önem taşımaktadır.⁶³⁶ Bu da ancak hasta ile hekim arasındaki güven ortamının tesis edilmiş olması durumunda mümkün olan bir durumdur.⁶³⁷ Öyleyse hastanın rahat bir şekilde hekimine açılabilmesi ve bilgilerini hekimiyle paylaşabilmesi için aralarındaki bu güven ortamının doğru şekilde tesis edilmiş olması gerekmektedir.⁶³⁸ Güven ortamını zedeleyici davranışların varlığı, hasta tarafından bu bilgilerin aktarılmasında veya yanlış aktarılmasını sonuçlanabilir⁶³⁹. Yani hekime kişisel ve hastalığı ile bilgileri aktaran hastanın, bu bilgilerin gizli kalacağı ve başkalarına aktarılmayacağı hususunda güvence altında olması gerekmektedir. Ancak bu şekilde, etkin bir sağlık hizmeti sunulması yolunda hekim ile hasta arasında bir güven ilişkisi oluşturulabilir.⁶⁴⁰

Koruma için alınan önlemlerin boyutu yani sağlanan gizliliğin boyutu, hastanın sağlık çalışanına verdiği bilgilerin paylaşılmayacağı, herkesçe duyulmayacağı inancı ile hareket etmesini ve nedenle herhangi bir tepkiden korkulmaksızın yardım istenmesini, bu kapsamda hastanın her türlü bilgiyi hekime açıklaması sonucunu doğurarak yapılan tedavinin daha başarılı olmasını⁶⁴¹ sağlayacaktır.

1.2.5. Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması Yöntemlerine Dair Yaklaşımlar

Kişisel verilerin korunmasından bahsedebilmek için, öncelikle yukarıda tanımlanan verilen kişisel verilerin, birtakım işlemlere tabi tutulması ve kullanılabilir, belli bir kişiyi tanımlayabilir hale gelmesi gerekmektedir.⁶⁴² Yani kişisel sağlık verilerinin korunması daha çok bu verilerin işlenmesinde ihlal edilebilecek ve bu nedenle en çok bu süreçlerde göz önünde bulundurulması gereken bir durumdur. Bu kapsamda öncelikle kişisel verilerin işlenmesinin neyi kapsamına aldığına ortaya konulması gerekir.

Kişisel verilerin toplanması, elde edilmesi, kaydedilmesi, organize edilmesi, saklanması, değiştirilmesi, uyarlanması, birleştirilmesi, düzenlenmesi, okunması, sorulması, kullanılması, açıklanması, erişilebilir hale getirilmesi, transfer yoluyla başkalarına verilmesi, yayılması ya da hazır bulundurulması için yapılan işlemlerin yanı

⁶³⁶ Küçükgüngör, *Tıbbi Kayıtlarda*, 554.

⁶³⁷ Somer, *Tıbbi Kayıtlar*, 543.

⁶³⁸ Cin, *Tıp Etiği*, 61.

⁶³⁹ Somer, *Tıbbi Kayıtlar*, 543.

⁶⁴⁰ Güven, *Hasta Bilgilerinin*, 9.

⁶⁴¹ Karasu, *Hekimin Sır*, 61.

⁶⁴² Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 52.

sıra, verilerin kombinasyonu ya da ilişkilendirilmesi ve hatta bloke edilmesi, silinmesi ya da yok edilmesi suretiyle gerçekleştirilen her türlü işlem ya da işlemler bütünü kişisel verilerin işlenmesi tanımı kapsamında değerlendirilmektedir. Özetle işlenme, otomatik ya da otomatik olmayan prosedür yoluyla gerçekleştirilen kişisel verilerle ilintili olabilecek her türlü süreci içermektedir.⁶⁴³

Kişisel sağlık verilerinin korunması usulünün nasıl olması gerektiğine dair belli başlı üç yaklaşımın bulunduğu söylenmiştir. Bunlardan ilki, tıbbi verilerin merkezi kayıt altında tutulması ve bu alanın sadece yasal düzenlemelerle koruma altına alınmasıdır. İkincisi, bireyinde katılımını öngören düzenlemelerle koruma sağlanmasıdır. Üçüncüsü ise bu ikisinin de belli kesimlerini içine alan karma bir yöntemin benimsenmesidir.⁶⁴⁴

İlk yaklaşım, kişisel sağlık verilerinin *merkezi bir kayıt* altında tutulmasını esas alır. Bu yaklaşım tarzına ilişkin olarak, bireyin sağlığıyla ilgili yazılı bilgilerin dahi güvence altında tutulmasında zorluklar yaşandığı ortada iken, özellikle bilgisayar kayıtlarının yeni riskleri ve kötüye kullanmaya dair yeni tehditleri bünyesinde taşıdığı belirtilmiştir. Çünkü bilgisayar verilerinin akışı ve kullanımı daha hızlı kolay ve daha az masraflıdır ve bu durum sağlığa ilişkin kişisel verilerin kontrolü üzerinde ilave korkular doğurmaktadır.⁶⁴⁵ Bu yönüyle özellikle bilgisayarların kullanılmaya başlanmasından sonra kişisel verilerle ilgili tartışmaların daha da artmasına neden olan diğer dönüm noktası internetin gelişmesidir.⁶⁴⁶

Elektronik veri tabanlarının diğer veri tabanlarıyla bir şekilde bağlantılı olması nedeniyle bu veri tabanlarında bulunan veriler hızlı ve easasında oldukça kolay bir şekilde değiştirilebilir, ortadan kaldırılabilir, kullanımı sınırlandırılabilir ya da güncel olmayan veya yanlış olan bilgilerden kurtulmak zorlaştırılabilir.⁶⁴⁷ Bu nedenle bu yaklaşıma ilişkin olarak kişisel sağlık verileri için öngörülen gizliliğin korunması usullerinin önemli güçlükleri barındırdığı belirtilebilir. Çünkü adeta tek hedef konumunda olacaktır bu nitelikteki kayıtlar. Bunun dışında, bilgilere yönelecek saldırıların, bizzat yetkililer tarafından yapılabildiği gerçeği karşısında yetkili kullanıcılar tarafından açıkça erişimin engellenmesinin bile kuşkuyla karşılanması

⁶⁴³ Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 53.

⁶⁴⁴ Mehmet Ali Zengin, *Biyoloji Uygulamaları*, 141

⁶⁴⁵ Mehmet Ali Zengin, *Biyoloji Uygulamaları*, 141.

⁶⁴⁶ İzgi, *Mahremiyet Kavramı*, 30.

⁶⁴⁷ Mehmet Ali Zengin, *Biyoloji Uygulamaları*, 141.

gerektiği ifade edilmektedir.⁶⁴⁸ Yine verilerin geniş yetkilere sahip tek bir kamu kurumunda toplanması ihtimalinin bizzat kendisi ayrıca endişeyle karşılanmaktadır. Çünkü bu durumda bizzat yetkililerde, haksızda olsa verileri değiştirme veya silme haklarına sahip olduklarına dair olumsuz inancının yaygınlaşabileceği vurgulanmaktadır. Bu nedenle bu yaklaşımda yanlış girilmiş bir verinin dahi yetkililerce düzeltilmesi ya da ortadan kaldırılması gerektiğinde, bunun sıkı bir prosedüre bağlanması gerektiği belirtilmektedir. Ancak tüm bu risklerine rağmen verilerin kaydının merkezileştirilmesinin yararlı yanları da bulunmaktadır. Örneğin; sağlık hizmeti aldığı kurumu değiştiren hastanın verilerinin merkezileştirilmiş olması, hastaya yeni sağlık kurumunda daha yakından ve kısa sürede sağlık hizmeti verilebilmesini sağlayacaktır. Yine hastanın alerjik özellikleri, ilaçlara olan hassasiyeti gibi daha önceden mevcut olan belirtilerine doğrudan ulaşılabilmesi, yeni sağlık kurumunda hastalığın teşhis ve tedavisinde önemli bir etkinlik sağlayacaktır. Bu nedenle tersi durumda, yani uygun bir veri paylaşımının sağlanamaması halinde, hasta bilgi eksikliği ve buna bağlı olarak tedavinin aksaması durumlarıyla karşılaşabilecektir. Yine bu merkezi olarak kayda alınmış verilerin bulaşıcı hastalıkların tedavisi çalışmalarını yürüten araştırma laboratuvarları içinde faydalı olacağı, bu kapsamda örneğin ölüm oranlarının düşmesi bakımından önemli yararları olacağı belirtilmektedir. Öte yandan bilgisayar teknolojisi ve internet alanında meydana gelen gelişmeler araştırmacıların biyolojik ve tıbbi bilgileri içeren veri tabanlarına kolay ulaşmalarını sağlamak ve veri tabalarını daha yönetilebilir bir hale getirmektedir. Hatta bununla bağlantılı olarak biyoinformatik ve tıbbi informatik kavramları, biyokimyacılar, epidemiyolojistler, moleküler biyologlar ve hekimler açısından kısa zamanda temel ve neredeyse zorunlu bir gereksinim haline gelmiştir.⁶⁴⁹

Kişisel sağlık verilerinin korunması yöntemine ikinci yaklaşım, “bireylerin iş birliği”ni öngörmektedir. Buna göre bireye sağlık durumları ile ilgili bilgilerin korunmasında sınırlı birtakım yetkiler tanınmaktadır. Örneğin veri tabanlarına erişim konusunda kişi kendisine ait bilgilere ulaşılmasında filtre programları kullanabilecektir. Bu noktada bireyin elinden bu tercih hakkının alınmasına neden olacak yasal

⁶⁴⁸ Mehmet Ali Zengin, *Biyoloji Uygulamaları*, 141-142.

⁶⁴⁹ Benzer mahiyette bkz. Mehmet Ali Zengin, *Biyoloji Uygulamaları*, 142.

düzenlemeler uygun görülmemektedir.⁶⁵⁰ Öte yandan hükümetlerin gelişen teknoloji karşısında hızlı ve yeterli oranda politika üretmek ya da değiştirmekte çok yavaş kaldıkları da özellikle vurgulanmaktadır. Bu nedenle bireylerin kendi genetik ve sağlık bilgilerinin korunmasının takipçisi olmaları büyük önem taşımaktadır.

Yasal düzenlemelerin tıp ve özellikle de genetik teknolojiye ayak uydurmakta geç kalması nedeniyle, bireylere bu konuda yetki tanınmasının, verilerin toplanması ve bunların nasıl saklanacağı, kullanılacağı ve bunlara nasıl erişileceği konularında hasta tercihlerini ve bu konudaki yeni yaklaşımları geliştirici bir yararı olacağı ortadadır.⁶⁵¹ Buna göre bireyin yetkilendirilmesi tıbbi verilerin korunmasında faydalı olabilir. Ancak bu konuda bireyin yetki alanının sadece denetime dair olması gerekir. Zira bu verilerin korunmasında asli vazife devlete düşmelidir. Bu nedenle tıbbi verilerin korunmasını doğrudan bireylerden beklemek uygun olmayabilir. Bu noktada en etkin mekanizma bireylere etkin bir denetim mekanizması sağlamakla gerçekleşecektir.⁶⁵²

Üçüncü ve son yaklaşım ise “*karma yöntem*”dir. Bu yöntem, “*etkin müzakereci yaklaşım*” olarak da adlandırılmaktadır. Karma yönteme göre bireye ait tıbbi verilerinin korunması konusunda yasal düzenlemeler bulunmakla birlikte, bireye de bilgilerin korunma derecesine ilişkin olarak feragat veya korumanın devamını talep etme hakkı tanınmalıdır.

Karma yöntemde, tıbbi verilerin korunmasının tamamen yasal düzenlemelere bırakılması hatalı görülmektedir. Tıbbi verilerin korunmasında yasal düzenlemelerin yanı sıra geliştirilen bir sistem sayesinde birey de etkin bir role sahip olmalıdır. Bu sistemde verilerin kullanımı onaya tabidir, verilere erişimin çeşitli seviyelerde gerçekleşmesi kontrol altındadır, kullanıcıların kimlikleri denetim altındadır, şifreleme metotları kullanılabilir. Buna göre tıbbi verilerin güvenliği yine teknolojiyle sağlanacaktır. Bu durumdaysa iyi dizayn edilmiş bir bilgisayar sisteminin bireysel katılımın ve güvenliğin geliştirilmesinin sağlanmasının yanı sıra, genetik test sonuçları gibi çok hassas verilerin kısmi olarak sınırlandırılması veya erişimlerinin derecelendirilmesi kontrolüne de imkân vereceği belirtilmektedir. Bu yöntemde bireyin kendi tıbbi verilerine erişebilmesi güvence altında olduğundan, bir yandan bireyin tıbbi

⁶⁵⁰ Mehmet Ali Zengin, *Biyoloji Uygulamaları*, 143.

⁶⁵¹ Mehmet Ali Zengin, *Biyoloji Uygulamaları*, 143-144.

⁶⁵² Mehmet Ali Zengin, *Biyoloji Uygulamaları*, 145.

verilerine ulaşabilmesini garanti altına alınırken diğer yandan başkalarının bu verilere ulaşması bizzat bireyin kendisinin vereceği izne tabi kılınmaktadır.⁶⁵³ Bu yaklaşım bireysel tercihe vurgu yapmakta ve bilgileri korunan kişi ile bu bilgilere ulaşmak isteyen kişiler arasında bir müzakereye imkân vermektedir. Bu noktada tıbbi veriler üçüncü kişilerin erişimine kapalıdır ancak, bu bilgilere ulaşılması, ilgili kişinin izniyle ve bu bilgilere erişilmesinin gerekli olduğunun ispat edilmesiyle sağlanabilecektir.⁶⁵⁴

Karma yöntemin de sakıncaları bulunmaktadır. Her hastanın anlama kapasitesinin aynı olmadığı veya hastaların tıbbi verilerinin içerikleri konusunda hataya düşebilecekleri, yanlış bilgilendirilmiş hastaların olduğu ya da hastaların yaşamlarını yitirmiş oldukları düşünüldüğünde veri işleme faaliyetlerine ilişkin olarak bambaşka zorluklar ortaya çıkabilecektir. Yine tıbbi verilere ilişkin hastalara danışılma imkânının olmaması durumunda, kayıtlara ilişkin yönetsel kararları alma yetkisinin kime veya hangi kuruluşa ait olacağının da yasal bir düzenlemeyle getirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Diğer bir sakınca ise bazı durumlarda veri sahibi ile hiç müzakere yapma şansının olmayabileceği ihtimalidir. Öte yandan bu sistem rahatça veri akışına izin veren sistemler karşısında sağlık çalışanları tarafından fazla zaman alıcı olarak değerlendirilebilmektedir. Bütün bu bahsedilenler bir yana, hastaların özel hayatlarını veya tıbbi verilerini korumaya çalışılırken sunulan sağlık hizmetinin veya tıbbi araştırmaların zayıflatmaması⁶⁵⁵ gerekliliği gözden kaçırılmaması gereken önemli bir husustur.

Esasında tüm bu yaklaşımlar açısından başarılı bir kabule ulaşılması, bireyin ihtiyaçlarıyla, kurumların ve araştırmacıların ihtiyaçlarının dengeli bir şekilde karşılanabilmesine bağlıdır.⁶⁵⁶ Bu kapsamda benimsenen bazı ilkeler diğerlerine kaynaklık eden genel bir nitelik sergilerken pek çoğu da birbirini tamamlamaktadır. Bu nedenle benimsenen ilkeler değerlendirilirken bu ilkelerin birbirleri ile olan yakın ilişkisi unutulmamalıdır.⁶⁵⁷ Bu alanda ideal bir koruma sisteminin kişisel sağlık verileri işlenen kişinin menfaatleri ile toplum yararına dayanarak bu verileri işleyen kişi ya da kurumların menfaatlerinin dikkatli bir şekilde dengelenmesini gerektirmektedir. Bu

⁶⁵³ Mehmet Ali Zengin, *Biyoloji Uygulamaları*, 145.

⁶⁵⁴ Mehmet Ali Zengin, *Biyoloji Uygulamaları*, 146.

⁶⁵⁵ Mehmet Ali Zengin, *Biyoloji Uygulamaları*, 147.

⁶⁵⁶ Mehmet Ali Zengin, *Biyoloji Uygulamaları*, 147.

⁶⁵⁷ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 211.

denge noktası, verisi işlenen kişiye doğru kaydırılırsa verilerin korunma oranı artacak, kurumlara doğru kaydırılırsa kişinin hakları toplumun haklarının altında kalarak verilerinin işlenmesi artarak toplum menfaati tatmin edilecek, belki de önemli bir toplumsal yarar elde edilecektir. Ama sırf bu nedenle ilgili kişi açısından önemli zararlar doğabilecektir. Bu anlamda yöntem tercihinin birazda toplum olarak neyi ve ne için istediğimize bağlı olduğunu düşünmekteyiz.

Yukarıda yer verilen açıklamalarla kişisel sağlık verilerinin işlenirken korunmalarının nasıl sağlanacağına dair temel yöntemleri kısaca belirtmiş olduk. Tıbbi verilerin yasal düzenlemelerle korunması, verilerin genel olarak korunması kapsamı içerisinde yer aldığından, verilerin toplanması, toplama amacına uygun kullanılması yasal otoritelerin bu verilere erişimi gibi konuları içermektedir. Bu amaçla yapılan tüm yasal düzenlemelerin temelinde yer alan bazı ilkeler bulunmalıdır. Bunlar genel olarak verilerin kalitesini koruyacak sistemlerin geliştirilmesi, verilerin toplanma amaçları haricinde kullanılamaması, verilere ilgilinin rızası olmadan ulaşılamaması, veri toplama ile ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmede gerekli olan süre kadar saklanması hususları olarak sıralanabilir.⁶⁵⁸ Bu konuda koruma mekanizmasının sadece savunma ve geçici tepkilere dayanmaması gerektiği, tıbbi bilgi teknolojisi için gizliliğin pozitif düzenlemelerin temel unsuru olması gerektiği özellikle belirtilmelidir.

1.2.6. Kişisel Sağlık Verilerinin Korunmasına Dair Pozitif Hukukumuzda Geçerli Olan Sistem

Mevzuatımızda 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 6/3 maddesinde kişisel sağlık verilerinin “*ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebileceği*”⁶⁵⁹ hüküm altına alınarak üç önemli temel ilke kabul edilmiş ve zorunluluk haline getirilmiştir.

⁶⁵⁸ Mehmet Ali Zengin, *Biyoloji Uygulamaları*, 144-145.

⁶⁵⁹ Kişisel verilerin işlenmesi, Kanun'un 3/1-e maddesinde “*Kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü*

Kanun’da yer verilen ilkelerden ilki, kişisel sağlık verilerinin sadece kanunda nitelikleri belirtilen belli kişiler tarafından işlenebileceği yönündeki sınırlandırmadır. İkincisi, kişisel sağlık verilerinin yine sadece kanunda sayılan amaçlarla işlenebilecek olmasıdır. Yani kanuna göre yetkili bir görevli tarafından bile işlense bile ancak kanunda sayılan amaçlarla sınırlı olarak o amaçlara hizmet edecek nitelikte işlenebilecektir. Örneğin sağlık görevlisi, teşhis veya tedavi amacı olmaksızın tamamen özel bir amaçla bu verileri işleyemeyecektir. Yine tamamen kişisel bir araştırma ya da para kazanma amacıyla bu nitelikteki veriler işlenemeyecektir. Üçüncü ilke ise diğer iki koşulun varlığı halinde kişisel sağlık verilerinin işlenebilmesi için açık rıza aranmasının gerekmemesidir. Fakat hassas verilerin işlenmesinde temel kural, kanunun aynı maddesi gereğince açık rızanın varlığıdır.

Hassas verilerin en özel alanlarından biri olarak kabul edilen kişisel sağlık verilerinin işlenmesinde, bu şekilde açık rıza aranmaması başka bir tartışma nedenidir. Kanun bu verilere ilişkin olarak belli kişilerce işlenebilme ve sayılı belli amaçlarla işlenebilme şartı getirmiş ve bu şekilde bu verilerin işlenebilmesini önemli oranda zorlaştırmış fakat açık rıza şartını bu verilere ilişkin olarak kaldırmıştır. Bunun hangi saik veya sebeple bu şekilde tercih edildiği, Kanun’un gerekçesinde açık şekilde belirtilmemiştir. Kanun’un genel gerekçesinde kişisel sağlık verilerine ilişkin olarak *“Sağlık kuruluşlarında hastalara ilişkin çok sayıda özel nitelikli veri tutulmakta olup bu verilerin tutulmasına ilişkin kanuni dayanağın olmayışı, verilerin güvenliğinin sağlanmasına yönelik yeterli önlemlerin alınmaması ve yetkisiz kişilerce bu nitelikteki bilgilerin ifşa edilmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince özel hayatın gizliliğine müdahale olarak nitelendirilmekte ve ihlal kararları verilebilmektedir”⁶⁶⁰* denilmekte ve işte bu nedenle bizzat yasa koyucu tarafından bu kadar önemli görülen bir konuda açık rıza şartı aranmamaktadır. Bu durum kanunun kendisi ile gerekçesi arasında çelişki bulunduğu kanaatini uyandırmaktadır.

Kişisel sağlık verilerinin işlenmesine dair getirilen tüm kayıtlamalar/sınırlamalar esasında kişisel sağlık verilerinin korunmasına yöneliktir. Yani bir verinin işlenmesinin sadece belli kişilerce yapılabileceğinin, sadece belli amaçlarla yapılabileceğinin hüküm altına alınmış olması, esasında işleme faaliyetinin konusunu

işlem” olarak belirtilmektedir.

⁶⁶⁰ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı (1/541) ve Adalet Komisyonu Raporu, 5.

oluşturan verileri koruması amacına matuftur. Bu kapsamda getirilmiş olan şekli (usulü) düzenlemeler de esasa dair düzenlemeler de kişisel sağlık verilerinin korunmasına yönelik, kişisel sağlık verilerinin mevcut durumunun değiştirilmeksizin devamını amaçlayan düzenlemelerdir. Kişisel sağlık verilerinin korunmasının çalışmamız kapsamında taşıdığı önem nedeniyle bu yönden getirilen kayıtlamaların tamamının incelenmesi önem taşımaktadır. Çünkü kişisel verilerin korunması kavramı yukarıda da değinildiği üzere geniş anlamda sadece verilerin mevcut durumu itibariyle muhafazasını değil, aynı zamanda verilerin işleme usullerini ve hatta veriler ile ilgili olarak işlenecek suçlara kadar çok geniş bir alanı kapsamaktadır. Ancak dar anlamda bakıldığında ise kişisel verilerin korunması kavramı, kişisel verilerin bulundukları ortam itibariyle muhafazasını, yok edilmesinin ya da bir daha ulaşılmasının önlenmesini içerir. Bu nedenle esasında kişisel sağlık verilerinin işleme ve korunma esasları şeklinde ikili bir ayrım yapılabilecek olsa da işleme kavramını 6698 sayılı KVKK çok geniş algıladığından (hazır bulundurma dahi bu anlamda işlemedir) teknik ve dar anlamda kişisel verilerin (kv) korunması da (bulunduğu ortam itibariyle muhafazası) kişisel verinin işlenmesidir. Buna bağlı olarak kv'leri koruyucu her türlü ilke ya da kural da işlemenin kapsamında kalır. Tersinden bakıldığında ise kişisel verinin veya kişisel sağlık verisinin işlenmesine dair tüm ilkeler korumanın bir parçası değildir. Bu nedenle işleme daha geniştir ve onun incelenmesi esasında kv'lerin korunmasını da içine alacaktır.

Kişisel verilerin işlenmesine dair ilkeleri ise iki ayrı başlık altında incelenebilir. Bunlar da kişisel sağlık verilerinin işleme esasına dair ilkeler ve işleme usulüne dair ilkeler şeklinde olabilir. Bu sistematik içindeki bir incelemede kişisel sağlık verilerinin korunmasına dair ilkeler de incelenmiş olacaktır. Zira işlemeye dair ilkeler de esasında büyük oranda koruma amaçlıdır. Kanunumuzun getirdiği sistem de kişisel sağlık verilerinin işleme esasına ve işleme usulüne dair ilkeler olarak gruplandırılmaya müsaittir.

1.2.6.1. Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesine Dair İlkeler

1.2.6.1.1. Genel olarak

Kişisel verilerin korunmasını amaçlayan suçlar incelendiğinde kişisel verilerin işlenmesine ilişkin usul ve esaslara aykırı fiillerin çeşitli yönleriyle cezalandırmayı esas

aldıkları görülmektedir. Yani kişisel verilerin korunmasını amaçlayan suçlar, kişisel verilerin işleme usul ve esaslarına aykırı kimi fiiller esas alınarak düzenlenmiştir.

Kişisel verilerin korunması hakkındaki ilkelerin incelenmesi çalışma konumuz açısından ayrıca önem taşımaktadır. Yine kişisel verilerin hukuka uygun bir şekilde işlendiğinden bahsedebilmek için öngörülen bu usul ve esaslara (ilkelere) uygun davranılması gerekmektedir. Bu yönüyle kişisel verilerin korunmasına özgü kriterlerin öğrenilmesi belirtilenlere ek olarak suç oluşturduğu değerlendirilen davranışların hangi hallerde hukuka uygun olduğunun tespiti açısından da önemlidir.⁶⁶¹

Yukarıda da ayrıntılı bir şekilde açıklandığı üzere, sağlıkla ilgili kişisel veriler, özel niteliği olan veriler olup sırf bu nedenle diğer kişisel verilere nazaran daha özel bir koruma gerektirmektedir. Kişinin sağlık durumu ile ilgili verilerin kötüye kullanımının kişiye vereceği zarar da göz önüne alındığında bu tür verilerin işlenmesinin özel ve titiz bir usule bağlanması ve belli amaçlarla sınırlandırılması gerektiği tartışmasızdır.⁶⁶² Biz de kişisel sağlık verilerinin ayrı ve özel bir işleme ve korunma rejimine tabi tutulmasının isabetli olacağını düşündüğümüzden bu tür veriler bakımından sadece işlenmeye ilişkin olarak özel bir rejime tabi tutulmalarının yeterli olmayacağını, cezalandırma sistemi anlamında da özel ve daha nitelikli bir suç tipleri ile korumaya alınmasının zorunlu olduğuna inanıyoruz.

Kişisel verilerin korunmasına dair tüm ulusal ya da uluslararası belgeler genel olarak değerlendirildiğinde kişisel verilerin işlenmesine dair genel ilkelerin, işlenmenin hukuka uygun olarak yapılması, toplanma amacının belirli ve meşru olması, amacı aşan toplama olmaması, gereklilik süresince güncellenmesi ve amacın gerektirdiğinden daha uzun tutulmaması şeklinde oldukları görülmektedir. Bunlara ilaveten günümüzdeki metinler bireylere, kişisel verileri toplama ve işleme süreçlerinde bireyin bilgilendirilmesi, verilere erişim, verilerin düzeltilmesini isteme, verilerin işlenmesini istememe gibi ilave hakları da tanımaktadır.⁶⁶³

Avrupa Birliği müktesebatında yukarıda sayılan haklara ilaveten veri güvenliği ilkesinden bahsedilmekte ve bu ilke; kişisel verileri işlerken verilerin kazara, yetkisiz veya yasadışı erişim, kullanım, değiştirme, ifşa, kayıp, imha veya hasara karşı

⁶⁶¹ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 87.

⁶⁶² Sevük, *Tıp Ceza*, 785.

⁶⁶³ İzgi, *Mahremiyet Kavramı*, 31.

korunması için uygun teknik veya organizasyonel önlemlerin alınması olarak ifade edilmektedir.⁶⁶⁴ Yine hesap verebilirlik ilkesinden bahisle tüm denetçilerin ve veri işleyicilerin işleme faaliyetlerinde veri korumasını teşvik etmek ve korumak için aktif ve sürekli önlemler uygulamasını gerektirdiği kabul olunarak bu kişilerin yaptıkları tüm işleme faaliyetlerinin veri koruma yasası ve ilgili yükümlülüklerine uygunluğunun sağlanmasından sorumlu olmaları olarak ifade olunmaktadır.⁶⁶⁵ Bu yönüyle bakıldığında genel anlamda tüm kişisel veriler için öngörülen işlenme usulüne dair ilkeler, kişisel sağlık verileri içinde elbette geçerli olacaktır. Ancak yasa koyucu kişisel sağlık verilerinin önemini görerek ayrıca birtakım ek usulü güvenceler içeren ilkeler getirdiğinden, bu başlık altında tüm kişisel veriler içinde geçerli olan genel ilkeler ile birlikte kişisel sağlık verilerinin işlenmesine özgü ilkelerinde incelenmesi gerekmektedir.

KVKK tüm kişisel verilere ilişkin olmak üzere, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin ilkeleri 4. maddesinde sayma yoluyla belirlemiştir. Buna göre veriler ancak hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olarak doğru ve güncel şekilde, belli amaçlar için ve işlendikleri amaçlarla sınırlı ve ölçülü şekilde ve belli bir süre ile muhafaza edilecek şekilde işlenebilecektir.⁶⁶⁶ Kanun'da, özel nitelikli kişisel verilerin, hukuka uygun olarak işlenebileceği istisnai halleri diğer kişisel verilerin işlenme koşullarından ayrı olarak düzenlenmiş ve bu surette bu veri grubuna özellikli bir koruma sağlanmaya çalışılmıştır. Nitekim KVKK'nin 6. maddesinde *“(2) Özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır. (3) Birinci fıkrada sayılan sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve*

⁶⁶⁴ Handbook on European Data Protection Law, 131.

⁶⁶⁵ Handbook on European Data Protection Law, 134.

⁶⁶⁶ Kişisel Verilerin Korunması Hakkındaki Kanun'un genel ilkeler başlığı altındaki 4. maddesi şöyledir: *“Madde 4- (1) Kişisel veriler, ancak bu Kanunda ve diğer kanunlarda öngörülen usul ve esaslara uygun olarak işlenebilir. (2) Kişisel verilerin işlenmesinde aşağıdaki ilkelere uyulması zorunludur: a) Hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma. b) Doğru ve gerektiğinde güncel olma. c) Belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme. ç) İşlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma. d) İlgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme.”*.

kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir.” denilerek özel nitelikte verilerin işlenebilmesi açısından temel olarak açık rıza şartı aranmış ve hangi amaçlarla ve kimler tarafından bu nitelikteki verilerin işlenebileceği sınırlı bir şekilde sayılarak, kişisel sağlık verilerinin işlenme esasına ve işlenme usulüne ilişkin olarak güvenceler getirilmeye çalışılmıştır. Kanun koyucu tarafından, kişisel sağlık verilerine özgü olarak ise sadece belli kişi ve kuruluşlar tarafından işlenebilme ilkesini kabul edilmiş⁶⁶⁷ ve bu verilere ilişkin işlenme faaliyetinde daha sıkı koruyucu güvenceler benimsenmiştir.

Kişisel sağlık verilerinin işlenmesi anlamında iç hukukta geçerli olan düzenlemeler sadece yukarıda yer verilen kanun hükümlerinden ibaret değildir. Ayrıca Kişisel Sağlık Verileri Hakkındaki Yönetmelik’in 5/1. maddesinde bu konuda *“Kanun’un 4. maddesinde yer alan genel ilkeler başta olmak üzere, Kanun’da yer alan bütün esaslara riayet edilir.”* denilerek kanunun tüm kişisel verilerde geçerli olmak üzere getirdiği ilkelerin kişisel sağlık verileri açısından da aynen geçerli olduğu özel

⁶⁶⁷ Bkz. Kişisel Verilerin Korunması Hakkındaki Kanun’un 6/3 maddesi. Ayrıca konuyla ilgili Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması ve Mahremiyetin Sağlanması Hakkındaki Yönetmeliğin 5 ve 7. maddeleri şöyleydi: *“Genel ilke ve esaslar Madde 5 – (1) (Değişik: RG-24/11/2017-30250) Kişisel sağlık verileri, ancak Kanunda ve bu Yönetmelikte öngörülen usul ve esaslara uygun olarak işlenebilir. (2) Kişisel sağlık verilerinin işlenmesinde aşağıdaki ilkelere uyulması zorunludur: a) Hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma, b) Doğru ve gerektiğinde güncel olma, c) Belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme, ç) İşlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma, d) İşlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme. (3) (Değişik: RG-24/11/2017-30250) Sağlık hizmeti sunumunda görevli kişiler, ilgili kişinin sağlık verilerini ancak verilecek olan sağlık hizmetinin gereği ile sınırlı olmak kaydıyla işleyebilir. (4) (Mülga: RG-24/11/2017-30250) (5) (Değişik: RG-24/11/2017-30250) Sağlık hizmeti sunucularında veri işleyen kişiler, kişisel sağlık verilerini; sağlık hizmeti sunucularının tamamen veya kısmen otomatik olan ya da otomatik olmayan her türlü sistemleri, Bakanlığın ülke genelinde hizmet vermek amaçlı kurulan sistemleri ve merkezi sağlık veri sistemi ile Genel Müdürlüğün onayladığı diğer veri kayıt ortamları haricinde hiçbir yere kopyalayamaz, kaydedemez ve depolayamaz. (6) (Değişik:RG-24/11/2017-30250) Sağlık hizmeti sunucuları, Kanunun emredici hükümleri ile Kurul ve Bakanlık tarafından belirlenen usul ve esaslara uygun bir şekilde elektronik kayıt sistemlerinin kurulmasından ve işletilmesinden, güvenlik ve mahremiyetinin sağlanmasından sorumludur. (7) (Mülga:RG-24/11/2017-30250) (8) (Değişik:RG-24/11/2017-30250) Sağlık hizmeti sunucuları, Kanunun emredici hükümleri ile Kurul ve Bakanlık tarafından belirlenen usul ve esaslara uygun bir şekilde kişisel sağlık verilerini merkezi sağlık veri sistemine aktarır.”*

“Kişisel sağlık verilerinin işlenmesi Madde 7 – (1) (Değişik: RG-24/11/2017-30250) Kişisel sağlık verilerinin, Kanunun 6’ncı maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan istisnai amaç ve koşullar kapsamında işlenebilmesi için ilgili kişinin açık rızası aranmaz. (2) (Değişik: RG-24/11/2017-30250) Bunların dışında kalan amaçlar kapsamında kişisel sağlık verilerinin işlenebilmesi için ilgili kişinin, Kanunun 10 uncu maddesinde öngörülen aydınlatma yükümlülüğü uyarınca bilgilendirilmesi ve açık rızasının alınması gerekir. (3) İlgili kişi, aksi yönde bir hukukî düzenleme veya yargı kararı bulunmaması halinde verilerinin işlenmesi ve aktarılması için vermiş olduğu rızayı istediği zaman geri alabilir. Rızanın geri alınması, o tarihe kadar yapılmış bulunan işlemler bakımından etkili olmaz. (4) (Değişik: RG-24/11/2017-30250) Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde, ayrıca Kurul tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınması şarttır.”

olarak vurgulanmıştır. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, kişisel sağlık verilerinin işleme esaslarına ilişkin toplam dört ilke ortaya çıkmaktadır. Bunlar: Hukuka ve dürüstlük kurallarına uygunluk, amaca bağlılık, doğruluk ve güncellik, sınırlılık ve ölçülülüktür.

Kişisel sağlık verilerinin işlenmesine yönelik usulü ilkeler ise gizlilik (sadece belli kişi ve kuruluşlar tarafından işlenebilme), açık rıza gerekmemesi ve işleme amacına bağlı olarak sadece belli süre ile kişisel sağlık verisinin işlenebilmesidir.

Bu başlık altında ayrıca uluslararası anlamda en yakın tarihli düzenleme niteliği taşıyan ABGVKT'ye de bakmak gerekmektedir. Özel nitelikli kişisel veriler başlığı altında ayrıntılı olarak değinildiği üzere, kişisel verilerle ilgili ABGVKT'nin 9/1 maddesinde *“İrk veya etnik köken, siyasi görüşler, dini veya felsefi inançlar ile ilgili kişisel verilerin veya sendika üyeliğini ortaya koyan kişisel verilerin ve genetik verilerin, gerçek bir kişinin benzersiz bir şekilde tanımlanmasını amaçlayan biyometrik verilerin, sağlıkla ilgili verilerin veya gerçek bir kişinin cinsel yaşamı veya cinsel eğilimine ilişkin verilerin işlenmesi yasaktır”*⁶⁶⁸ denilerek kişisel sağlık verilerinin işlenmesi kural olarak yasaklanmıştır. Ancak aynı maddenin 9/2-a bendinde *“veri sahibinin, Birlik veya Üye Devlet yasalarının 1. paragrafta atıfta bulunulan yasağın veri sahibi tarafından kaldırılamayacağını öngörmesi durumu dışında, bu kişisel verilerin bir veya daha fazla amaç için işlenmesine açıkça izin vermesi”*, 9/2-b bendinde *“üye devlet hukuku uyarınca yapılan ve veri sahibinin temel hakları ve menfaatlerine yönelik uygun güvencelerin sağlandığı bir toplu sözleşme çerçevesinde izin verildiği sürece, kontrolörün veya veri sahibinin istihdam ve sosyal güvenlik ve sosyal hukuku koruma alanındaki yükümlülüklerinin gerçekleştirilmesi ve spesifik haklarının kullanılması amacıyla işleme faaliyetinin gerekmesi”*, 9/2-c bendinde *“veri sahibinin fiziksel veya hukuki olarak rıza veremeyecek durumda olması halinde, veri sahibi veya başka bir*

⁶⁶⁸ Madde metinleri Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün İngilizce orijinal metninden alınmış olup çevirileri tarafımızdan yapılmıştır. Bkz.Regulation (EU) 2016/679 Of The European Parliament And Of The Council of 27 April 2016 On The Protection Of Natural Persons With Regard To The Processing Of Personal Data And On The Free Movement Of Such Data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), Official Journal of the European Union, <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>, (23/10/2019); Ayrıca bu Tüzüğün Avrupa Birliği Bakanlığı tarafından yapılmış bir çevirisi de bulunmaktadır. Bu çeviriye <https://www.kisiselverilerinkorunmasi.org/mevzuat/avrupa-birligi-genel-veri-koruma-tuzugu-gdpr-turkce-ceviri/> adresinden ulaşılabilir. Bu çeviri bazı yönlerden yetersiz görülmesi nedeniyle bazı maddelerin çevirisi tarafımızdan yapılmıştır.

gerçek kişinin hayati menfaatlerinin korunması açısından işleme faaliyetinin gerekli olması”, 9/2-d bendinde “işleme faaliyetinin bir vakıf, birlik veya kar amacı gütmeyen başka bir organ tarafından... meşru faaliyetleri esnasında işlemenin ve yalnızca organın üyeleri veya eski üyeleri ya da amaçlarıyla bağlantılı olarak kendisi ile düzenli olarak temas halinde bulunan kişilerle ilgili olması ve kişisel verilerin veri sahiplerinin rızası olmaksızın söz konusu organ dışında açıklanmaması koşuluyla gerçekleştirilmesi”, 9/2-e bendinde “işleme faaliyetinin veri sahibi tarafından açık bir biçimde kamuya açıklanan kişisel verilerle ilgili olması”, 9/2-f bendinde “yasal iddialarda bulunulması, bu iddiaların uygulanması veya savunulması açısından veya mahkemeler kendi yargı yetkisi çerçevesinde hareket ettiğinde, işleme faaliyetinin gerekmesi”, 9/2-g bendinde “kayda değer ölçüde kamu yararı adına nedenlerden ötürü işleme faaliyetinin gerekmesi”, 9/2-h bendinde “veri sahibinin belirtilen bir veya daha fazla sayıda amaca yönelik olarak söz konusu kişisel verilerin işlenmesine açık bir şekilde rıza göstermesi”, 9/2-h bendinde “koruyucu hekimlik veya meslek hekimliği amaçları doğrultusunda... çalışanın çalışma kapasitesinin değerlendirilmesi, tıbbi tanı, sağlık veya sosyal bakım hizmetlerinin veya tedavinin sağlanması ya da sağlık veya sosyal bakım sistemleri ve hizmetlerinin yönetilmesi açısından işleme faaliyetinin gerekli olması...”, 9/2-i bendinde “sağlığa yönelik ciddi sınır ötesi tehditlere karşı koruma sağlanması veya sağlık hizmetleri ve tıbbi ürünler ya da tıbbi cihazlara ilişkin yüksek kalite ve emniyet standartları sağlanması gibi halk sağlığı alanında kamu yararına yönelik olarak işleme faaliyetinin gerekmesi”, 9/2-j bendinde de “kamu yararına yönelik arşivleme amaçları, bilimsel veya tarihi araştırma amaçları ya da istatistiki amaçlar doğrultusunda işleme faaliyetinin gerekmesi” şeklinde bu verilerin işlenilmesine istisnai olarak izin veriler haller belirlenmiştir. Böylelikle Avrupa Birliği Tüzüğü özel nitelikli diğer kişisel verilerle birlikte kişisel sağlık verilerinin işlenebilmesine yönelik olarak rıza gerekliliği gibi temel şekli bir ilkenin yanında sadece belli amaçlar doğrultusunda işlenebilme imkânı tanıyan esasa dair bir ilke de benimsemiştir.⁶⁶⁹ Böylelikle hem işlenme şekli hem de işlenmenin esasına ilişkin ilkeler tereddütte mahal bırakmayacak şekilde ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

İç hukukumuzdaki düzenlemeler ile mukayese edildiğinde kişisel sağlık verilerinin korunması ilgili olarak ABGVKT’nin çok daha ayrıntılı bir düzenleme

⁶⁶⁹ Aynı yönde Handbook on European Data Protection Law, 339-340.

yaparak verilerin işlenebileceği halleri daha ayrıntılı bir şekilde kaleme alma yolunu tercih ettiğini görmekteyiz. Bunun dışında getirilen ilkeler, iç hukukumuzda geçerli olan ilkelerle önemli oranda benzerlikler taşımaktadır. Farklılık taşıyan bir husus belki de bu nitelikteki verilerin açık rıza ile işlenebileceğine dair yapılan vurgu olabilir.

Türk hukukunda kişisel sağlık verileri doğrudan kişinin açık rızası aranmaksızın fakat sadece sayılan belli amaçlarla işlenebilmekte iken, Avrupa Birliği (AB) mevzuatında öncelikle kişinin rızası dahilinde⁶⁷⁰ bu işleme yapılabilmektedir. Ancak iç hukuktakine benzer şekilde bahsi geçen mevzuatta göre de belli amaçlar doğrultusunda kişisel sağlık verileri, kişinin rızası olmasa dahi işlenebilmektedir. Buna imkân tanınan amaçlara bakıldığında ise hukukumuzdaki düzenlemelerle benzer amaçlara yer verildiği fakat AB mevzuatındaki sayılan amaçların daha geniş bir alanı kapsadığı görülmektedir. Örneğin toplu sözleşmeler çerçevesinde ya da vakıf vb. kâr amacı gütmeyen kuruluşların faaliyetleri çerçevesinde bu nitelikteki verilerin işlenebilecek olması, iç hukukta bu anlamda sayılan durumlar değildir. Fakat bu kadar geniş bir alanda işlenmesine imkân tanısı da maddelerde izin verilen her bir faaliyetle ilgili olarak “*yükümlülüklerin gerçekleştirilmesi*”, “*hayati menfaatlerini korunması*”, “*söz konusu organ dışında açıklanmaması şartıyla*”, “*meşru faaliyetleri esnasında ve amaçlarıyla bağlantılı olarak*” biçiminde önemli kayıtlamalar ve kısıtlamalar konulmuştur. Bu açıdan bakıldığında kapsam itibarıyla daha fazla alanda işlenmesine imkân tanıyor gibi görünse de AB mevzuatının işleme faaliyetlerine ilişkin olarak açık rızaya daha fazla vurgu yapıyor olmasıyla birlikte düşünüldüğünde bu mevzuatın daha korumacı bir yaklaşımla kaleme alındığı rahatlıkla söylenebilir.

1.2.6.1.2. Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenme Esaslarına İlişkin İlkeler

1.2.6.1.2.1. Hukuka ve Dürüstlük Kurallarına Uygunluk

Konuya ilişkin pek çok önemli metinde, birbirine yakın ifadelerle, kişisel verilerin hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun işlenmesi ilkesinin yer aldığı görülür. Bu nedenle ilke, kişisel verilerin korunması hukukunun birincil ilkesi olarak değerlendirilebilir. Çünkü bu ilke, temelde aşağıda incelenecek diğer bazı ilkeleri de kapsamakta ve bir yönüyle bunların kaynağını oluşturmaktadır.⁶⁷¹

⁶⁷⁰ Bkz. Handbook on European Data Protection Law, 149.

⁶⁷¹ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 88; Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 212; Tütüncübaşı, *Kişilerin Kendisine*,

“Hukuka uygun ve adil” ya da “hukuka ve objektif iyi niyet kurallarına uygun” işleme şeklinde ifade edilebilen bu ilke, esasında veri sorumlularına kişisel verilerin işlenmesine ilişkin yetkilendirmeyi yapan genel ilkedir.⁶⁷² Doğru anlaşılabilmesi için öncelikle ilkenin iki parçasını ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Bunlar ise (i) kişisel verilerin hukuka ve (ii) dürüstlük kurallarına uygun işlenmesidir.⁶⁷³

Hukuk “içtimai hayat nizamının muhafaza ve idamesi için cemiyet azası sıfatıyla fertlerle fertler veya cemiyetle -yani devletle- fertler yahut muhtelif devletler arasındaki münasebetleri tanzim eden usul ve kaidelerdir”.⁶⁷⁴ Hukuk aynı zamanda “toplumu düzenleyen ve devletin yaptırım gücünü belirleyen yasaların bütünü, tüze”⁶⁷⁵ olarak tanımlanmaktadır. Yine hukuk, “insan davranışlarını değerlendiren, çıkar çatışmalarına çözüm getiren kurallardan, normlardan meydana gelen bir sistem, bir bütün”⁶⁷⁶ anlamlarına gelmektedir. Bu tanımlamalar kapsamında hukuka uygun olma hali kendi kendini açıklar nitelikte ve kolaylıkla anlaşılabilir bir durum olup kişisel verilerin işlenmesinde yasalarla ve diğer hukuksal düzenlemelerle getirilen ilkelere uygun hareket edilmesi zorunluluğunu ifade etmektedir.⁶⁷⁷ Esasında hukuka uygunluk kavramı ile ilgili vurgulanması gereken en önemli noktalardan biri, bu kavramın sadece kişisel verileri konu alan hukuksal metinlere uygunluğu değil aynı zamanda tüm hukuk sistemine uygunluğu kapsamına aldığıdır.⁶⁷⁸

Kişisel Verilerin Koruması Hakkındaki Kanun’un 3/1-e maddesinde, kişisel verilerin işlenmesi, “*Kişisel verilerin ... elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem*” olarak tanımlandığına göre, bu kapsamda yapılan tüm bu işlemler esnasında hukuka uygun olarak hareket edilmesi gerekmektedir.⁶⁷⁹Yapılan tüm bu işlemler, anayasa ile başlayıp

46; Akdağ, *Türk Ceza*, 67; Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 34.

⁶⁷² Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 34.

⁶⁷³ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 212.

⁶⁷⁴ TC. Adalet Bakanlığı, *Hukuk Sözlüğü*, <http://www.sozluk.adalet.gov.tr/hukuk> (30/05/2019).

⁶⁷⁵ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <http://sozluk.gov.tr/> (30/05/2019).

⁶⁷⁶ Nedir.Org, *Hukuk Nedir?*, <http://hukuk.nedir.org/> (30/05/2019).

⁶⁷⁷ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 212; Tütüncübaşı, *Kişilerin Kendisine*, 47.

⁶⁷⁸ Akdağ, *Türk Ceza*, 69.

⁶⁷⁹ Aynı yönde Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 34; Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 212; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 88; Tütüncübaşı, *Kişilerin Kendisine*, 46.

kanunlar, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, yönetmelikler vb. olarak sıralanan ve normlar hiyerarşisi de denilen hukuk düzeninin tamamına uygun olarak icra edilmek zorundadır.

Konunun bu kısmına ilişkin olarak değinilmesi gereken bir diğer husus, kanunun hukuka uygun işlemeye aynı madde içerisinde neden iki kez ayrı ayrı değinmiş olduğudur. Gerçekten de hukuka uygunluk ilkesine, Kanun'un hem 4/1 maddesinde "*bu Kanunda ve diğer kanunlarda öngörülen usul ve esaslara uygun olarak*" şeklinde ve hem de 4/2-1 maddesinde "*hukuka, ... uygun*" olarak şeklinde değinilmiş bulunmaktadır. Bunu yaparken yasa koyucunun amacının ne olduğunun ortaya konulması gerekmektedir.

Kanun koyucunun mezkûr tekrarının, bilinçli bir tercih olduğu söylenebilir. Zira başlangıçta bu kanuna ve diğer kanunlara uygun işleme ilkesi, hemen devamında sadece kanunlar açısından değil ama tüm hukuk sistemini oluşturan mevzuat açısından (tüzük, yönetmelik vb. gibi) uygunluk kriterini içerecek şekilde kaleme alma tarzının benimsendiği görülmektedir. Esasında hukuka uygun olma, zaten şekli anlamda kanunlara uygun olmayı da içine alan ancak ondan daha geniş bir kavramdır. Bu nedenle hukuka uygun olmak zorunluluğu, evleviyetle kanunlara uygun olmayı da zaten bünyesinde barındırır. Dolayısıyla ayrıca kanunlara uygun olmak ibaresinin kanunda bulunması gereksizdir.

ABGVKT yukarıda zikrolunan hususu tek şekilde ifade etmiş ve 5/1 maddesinde "*Kişisel veriler: (a) veri sahibi ile ilgili olarak hukuka uygun, adil ve şeffaf bir biçimde işlenir*" ifadesine yer vermiştir. Aynı hususa ilişkin olarak Tüzük'ün ikinci düzenlemesi, hukuka uygun işlemeyi ne anlaşılması gerektiğini somut olarak izah ettiği bir sonraki (yani 6.) maddesi dir.⁶⁸⁰ Tüzük, iç hukukumuzdaki düzenlemenin aksine ikili bir

⁶⁸⁰ Tüzük'ün ilgili 6. maddesi şöyledir: "*İşleme faaliyetinin hukuka uygunluğu 1. İşleme faaliyeti, ancak aşağıdaki hususlardan en az biri geçerli olduğunda ve olduğu ölçüde, hukuka uygundur: (a) veri sahibinin bir ya da daha fazla sayıda spesifik amaca yönelik olarak kişisel verilerinin işlenmesine onay vermesi; (b) veri sahibinin taraf olduğu bir sözleşmenin uygulanması veya bir sözleşme yapılmadan önce veri sahibinin talebiyle adımlar atılması için, işleme faaliyetinin gerekli olması; (c) kontrolörün tabi olduğu bir yasal yükümlülüğe uygunluk sağlanması amacı ile işleme faaliyetinin gerekli olması; (d) veri sahibinin veya başka bir gerçek kişinin hayati menfaatlerinin korunması amacı ile işleme faaliyetinin gerekli olması; (e) kamu yararına gerçekleştirilen bir görevin yerine getirilmesi veya kontrolöre verilen resmi bir yetkinin uygulanması hususunda işleme faaliyetinin gerekli olması; (f) özellikle veri sahibinin çocuk olması halinde veri sahibinin kişisel verilerin korunmasını gerektiren menfaatleri veya temel hakları ve özgürlüklerinin bir kontrolör veya üçüncü bir kişi tarafından gözetilen meşru menfaatlere ağır basması haricinde, söz konusu menfaatler*

terminoloji kullanmamış ve kavramsal anlamda yeknesak bir yaklaşım tarzı benimsemiştir.

Yasa koyucumuzun bu konuya bu şekilde iki ayrı yerde iki ayrı kavramla yer vermesinin kişisel verilerin kanunlara, hukuka uygun olarak işlenmesine verdiği özel bir önemi göstermek amacına matuf olduğu da söylenebilir. Yani yasa koyucu, kişisel verilerin işlenmesinin hukuka uygun bir şekilde yapılmasına, o kadar büyük bir önem atfetmiştir ki bu hususu ayrı ayrı iki kez belirtmek suretiyle vurgulama yolunu tercih etmiştir.

Kişisel verilerin hukuka uygun şekilde işlenmesinin ne şekilde olacağına dair temel kurallarda bizzat yasa koyucu tarafından belirlenmiştir. Öyle ki yasa koyucumuz bu hususa o kadar önem vermiştir ki bu hususa ilişkin olarak sadece kanuna bir hüküm koymakla yetinmemiş, doğrudan Anayasa'ya bu konuda açık seçik düzenleme koyma yolunu tercih etmiştir. Anayasa'nın 20. maddesinin 3. fıkrasına “*Kişisel veriler, ancak*

doğrultusunda işleme faaliyetinin gerekli olması. İlk alt paragrafın (f) bendi kamu kuruluşları tarafından görevlerinin yerine getirilmesi hususunda gerçekleştirilen işleme faaliyetine uygulanmaz. 2. Üye devletler, Bölüm IX'te belirtilen diğer spesifik işleme durumları da dahil olmak üzere işleme faaliyetine ilişkin daha kati gereklilikler ve hukuka uygun ve adil işlemenin sağlanmasına yönelik diğer tedbirler belirlenmesi suretiyle, bu Tüzüğü işleme faaliyetine ilişkin kurallarının uygulamasını 1. paragrafın (c) ve (e) bentlerine uygun olacak şekilde uyarlamak üzere daha spesifik hükümler uygulamaya devam edebilir veya uygulamaya koyabilir.

3. 1. paragrafın (c) ve (e) bentlerinde belirtilen işleme dayanağı (a) Birlik hukuku veya(b) kontrolörün tabi olduğu üye devlet hukuku ile ortaya konur.

İşleme amacı söz konusu yasal dayanakta belirlenir veya 1. paragrafın (e) bendinde atıfta bulunulan işleme faaliyeti ile ilgili olarak, kamu yararına gerçekleştirilen bir görevin yerine getirilmesi veya kontrolöre verilen resmi bir yetkinin uygulanması hususunda gereklidir. Söz konusu yasal dayanak bu Tüzük kurallarının uygulamasının uyarlanmasına yönelik spesifik hükümler ihtiva edebilir: bunun yanı sıra, kontrolör tarafından gerçekleştirilen işleme faaliyetinin hukuka uygunluğunu düzenleyen genel koşullar; işleme faaliyetine tabi veri türleri; ilgili veri sahipleri; kişisel verilerin açıklanabileceği kuruluşlar ve açıklanma amaçları; amacın sınırlandırılması; saklama süreleri ve Bölüm IX'te belirtilen diğer spesifik işleme durumlarına yönelik tedbirler gibi hukuka uygun ve adil işlemenin sağlanmasına yönelik tedbirler de dahil olmak üzere işleme faaliyetleri ve işleme usulleri. Birlik veya üye devlet hukuku kamu yararı hedefini karşılar ve gözetilen meşru amaçla orantılıdır.

4. Kişisel verilerin toplanma amacı dışında bir amaca yönelik olarak yapılan işleme faaliyetinin veri sahibinin rızasına veya 23(1) maddesinde atıfta bulunulan hedeflerin güvence altına alınmasına yönelik olarak demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü bir tedbir teşkil eden bir Birlik veya üye devlet kanununa dayanmaması durumunda, kontrolör, başka bir amaca yönelik işleme faaliyetinin kişisel verilerin asıl toplanma amacına uygun olup olmadığını değerlendirmek üzere, bunun yanı sıra aşağıdaki hususları dikkate alır: (a) kişisel verilerin toplanma amaçları ile planlanan diğer işleme amaçları arasındaki herhangi bir bağlantı; (b) veri sahipleri ve kontrolör arasındaki ilişki başta olmak üzere kişisel verilerin toplandığı bağlam; (c) 9. madde uyarınca özel kategorilerdeki kişisel verilerin işlenip işlenmediği veya 10. madde uyarınca mahkumiyet kararları ve ceza gerektiren suçlara ilişkin kişisel verilerin işlenip işlenmediği başta olmak üzere kişisel verilerin mahiyeti; (d) planlanan diğer işleme faaliyetlerinin veri sahiplerine olası yansımaları; (e) şifreleme veya takma ad kullanımı da dahil olmak üzere uygun güvencelerin bulunması. ”

kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir.⁶⁸¹” düzenlemesini koyarak konuya anayasal bir statü kazandırmıştır.

Kanuna uygun olarak işlemenin neleri gerektirdiğinin ortaya konulması anlamında bakıldığında Kanun’un 5. maddesinde yer alan düzenlemeye⁶⁸² göre kişisel verilerin hukuka uygun olarak işlenebilmesinin temel şartı “açık rızanın bulunması”dır. Ancak ABGVKT normal kişisel verilerle ilgili olarak açık rıza şartını aramamakta, sadece rızayı yeterli bulmaktadır. Buna göre kişisel verilerin işlenebilmesi için “*veri sahibinin bir ya da daha fazla sayıda spesifik amaca yönelik olarak kişisel verilerinin işlenmesine onay vermesi*⁶⁸³” yeterlidir. Bu nedenle AB’de yalnızca özel nitelikli verilerin işlenmesi için açık rıza aranmakta iken, ülkemizde kural olarak her türlü kişisel verinin işlenmesi için açık rızaya ihtiyaç bulunmaktadır. Bu bakımından Kanun, Avrupa Birliği düzenlemelerine göre daha fazla koruma öngörmektedir⁶⁸⁴, denilebilir. Buna sebeple, iç hukuk sistemimizde bir kişiyle ilişkili ya da ilişkilendirilebilir bir verinin işlenebilmesi için ilgili kişisini açık rızasının bulunması temel bir zorunluluktur.

Rıza, “*razı olma, isteme, istek*”⁶⁸⁵, rıza göstermek ise “*uygun ve yerinde bularak onamak, olur bildirmek*”⁶⁸⁶, “*razı olmak, onamak, uygun bulmak*”⁶⁸⁷ anlamlarına gelmektedir. Konumuzu ilgilendiren yönü itibarıyla açık kelimesi ise “*örtüsüz, çıplak,*

⁶⁸¹ Bahse konu düzenleme Anayasaya 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan halk oylamasıyla kabul edilen 7 Mayıs 2010 tarih ve 5982 sayılı Anayasa değişikliği ile eklenmiştir.

⁶⁸² Kişisel Verilerin Korunmasının Hakkındaki Kanun madde 5: “*Kişisel Verilerin İşlenme Şartları, Madde 5- (1) Kişisel veriler ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemez. (2) Aşağıdaki şartlardan birinin varlığı hâlinde, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin işlenmesi mümkündür: a) Kanunlarda açıkça öngörülmesi. b) Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması. c) Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması. ç) Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması. d) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması. e) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması. f) İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması.*”

⁶⁸³ Bkz. Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü m. 6/1-a.

⁶⁸⁴ Açık Rıza, Kişisel Verileri Koruma Kurumu Yayını, 4.

⁶⁸⁵ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <http://sozluk.gov.tr/>, (30/05/2019).

⁶⁸⁶ Google Türkçe Sözlük, *Rıza Göstermek*, https://www.google.com/search?q=r%C4%B1za+%C3%B6stermek&rlz=1C1GC_EA_enTR937TR93_7&oq=r%C4%B1za+%C3%B6stermek&aqs=chrome..69j0i57j0j0i22i30l4j69i60.4271j0j4&source=chrome&ie=UTF-8, (11/05/2021).

⁶⁸⁷ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <http://sozluk.gov.tr/>, (11/05/2021).

*kolay anlaşılır, vazih, gizliliği olmayan, olduğu gibi görünen, belirgin bir biçimde*⁶⁸⁸, *“kolayca anlaşılan (söz, yazı gibi)”*⁶⁸⁹ anlamlarına gelmektedir.

Kanuni açıdan bakıldığında ise rıza, kişinin sahip olduğu verinin işlenmesine, kendi isteği ile ya da karşı taraftan gelen istek üzerine, onay vermesi anlamını taşımaktadır. Rıza göstermeyi, *“bir hukuksal değer üzerinde tasarruf yetkisine sahip olan kişinin söz konusu hukuksal değerinden hukuken geçerli olacak şekilde vazgeçmesi”* şeklinde tanımlayan yazarlar da bulunmaktadır.⁶⁹⁰

ABGVKT’nin 4/11 maddesinde veri sahibinin rızası: *“Veri sahibinin bir beyan yoluyla ya da açık bir onay eylemiyle kendisine ait kişisel verilerin işlenmesine onay verdiğini gösteren özgür bir şekilde verilmiş spesifik, bilinçli ve açık gösterge”* şeklinde tanımlanmıştır. Kanaatimizce açık rıza, kolay anlaşılabilir, tereddütte yer bırakmayan, neye ilişkin olarak verildiği hususunun ilk bakışta kolaylıkla anlaşılabilirdiği, örtülü rızanın karşıtı olan rıza türünü ifade etmektedir.

Kanun bu kavrama özel bir önem vermiş ve bizzatihi 3. maddesi ile açık rızayı *“Belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rıza”* şeklinde ve kanaatimizce hatalı olarak tanımlamıştır. Çünkü tanımda belirtilen bilgilendirmeye ve özgür iradeye dayanma unsurları, rızanın açık olup olmaması ile ilgili değil rızanın alınma şekline ilişkin unsurlardır. Rızanın *“açıklığı”* öncesinde yapılan bilgilendirme ile değil *“açıklandığı andaki duruma/ açıklanmasındaki netliğe, anlaşılabilirliğe, açıklığa göre”* belirlenmelidir. Ayrıca, belli bir konuya ilişkin olması ise rızanın kapsamını içeren bir husustur ve açık rıza kavramının sadece çok küçük bir kısmını ifade etmektedir. Açık rıza, bundan daha geniş ve sadece nelere ilişkin olarak verildiğini değil aynı zamanda rızanın verilmiş olduğuna dair bir tereddüt bulunmaması durumunu, ifade etmek için kullanılır. Buna göre açık rıza dışardan bakan üçüncü kişiler için rızanın verildiğinde hiçbir tereddüt bulunmamasını, ilk bakışta rızanın bulunduğu net olarak anlaşılmasını ve bahse konu rızanın kapsamının dahi net olarak tespit edilebilmesini ifade etmek için kullanılır. Bu sebeplerle açık rızaya dair kanunun kabulü hatalıdır.

⁶⁸⁸ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <http://sozluk.gov.tr/>, (30/05/2019).

⁶⁸⁹ Türk Dil Kurumu, *Yazın Terimleri Sözlüğü*, <http://sozluk.gov.tr/>, (30/05/2019).

⁶⁹⁰ Meral Ekici Şahin, *Ceza Hukukunda Rıza*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2010, 4.

Kanuni düzenlemede mevcut şekliyle değil, “rıza verenin işleme faaliyetinin bizzat kendisine ve yapılacak işlemin kapsamına ilişkin olarak onay verdiği, tereddüde yer bırakmayacak şekilde kolaylıkla anlaşılır bir şekilde alınan rıza” olarak tanımlanması daha doğru bir tercih olurdu. Nitekim yasa konucu, bu hatalı düzenlemesine rağmen bu hususa ilişkin kanun gerekçesinde “açık rıza, ilgili kişinin kendisiyle ilgili veri işlenmesine, özgürce, konuyla ilgili yeterli bilgi sahibi olarak, tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta ve sadece o işlemle sınırlı olarak verdiği onay beyanı şeklinde anlaşılmalıdır⁶⁹¹” diyerek açık rızanın tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta olan rıza olduğunu kendisi de kabul etmektedir. Daha teknik bir söyleyişle, bu gerekçede yasa koyucu açık rızaya madde metninde verdiği tanımda yer almayan bir unsur daha eklemektedir. Bu da rızanın “tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta” olmasıdır.⁶⁹²

Gerekçe ile kanun maddesi arasındaki çelişki, uygulamada açık rızanın nasıl anlaşılması gerektiğine dair farklı yaklaşımların ortaya çıkmasına neden olabilecek niteliktedir. Mezkûr çelişkiye değinen Braun'a göre “...açık rızanın tanımını yapan hükmün lafzı ile ruhunu bağdaştırmak mümkün olmadığı için kanunda örtülü bir boşluğun varlığı kabul edilmeli ve bu boşluk Türk Medeni Kanunu’nun (TMK) m. 1 uyarınca hâkim tarafından doldurulmalıdır. Hâkim, burada kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacağını tespit ederken hükme temel teşkil eden Tüzük’ün ilgili maddesini de göz önüne alarak KVKK m. 3/b-a maddesinde açık rızanın değil, rızanın tanımının verildiği sonucuna varmalıdır.”⁶⁹³ Ancak biz yazar tarafından dile getirildiği şekliyle bir boşluk doldurmaya gerek olmadığını, yorum kuralları gereğince sorunun rahatlıkla çözülebileceğini düşünmekteyiz.

Yorum, bir düzenlemede mevcut düşüncenin, yargıç tarafından klasik değerlendirme yöntemlerinin kullanılmasıyla ortaya çıkarılması işlemidir. Yapılan işlem kıvrılmış, katlanmış bir halının açılması, yayılması gibidir. Yoğunlaştırılmış bir cümle çözülerek, seyreltilerek anlamı ortaya çıkartılmaya çalışılır.⁶⁹⁴ Yani yorum metotları mevcut bir düzenlemenin anlamının açıklığa kavuşturulmasına ilişkindir. Hâkimin

⁶⁹¹ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı (1/541) ve Adalet Komisyonu Raporu, 5.

⁶⁹² Cihan Avcı Braun, *Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza*, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XV, Sayı: 1, Yıl: 2018, 19.

⁶⁹³ Braun, *Kişisel Verilerin*, 19.

⁶⁹⁴ Ali Nazım Sözer, *Hukukta Yöntembilim*, Beta Yayıncılık, 4. Baskı, İzmir 2013, 13.

hukuk yaratması ise yasa koyucunun bilerek ya da bilmeyerek bırakmış olduğu bir boşluğun hâkim tarafından doldurulmasıdır.⁶⁹⁵ Daha açık şekliyle yasa koyucunun bilinçli olarak bırakmış olduğu bir boşluğun doldurulması durumunda ancak bir hukuk oluşturma söz konusudur.

Konumuz açısından bakıldığında ise öncelikle ortada bir hukuk boşluğu yoktur. Çünkü kanun koyusu açık rızanın ne olduğuna ilişkin olarak kasıtlı susma yapmamıştır. Aksine bu kavramdan ne anladığını bizzat tanımlama yolunu tercih ederek ortaya koymuştur. Öyleyse bu soruna ilişkin olarak hâkimin hukuk yaratması kesinlikle mümkün değildir. Peki sorun nasıl çözülecektir?

Bu soruna ilişkin olarak doğru hukuk yorumu yönteminin tercih edilmesi halinde meselenin rahatlıkla halledilebileceğini düşünmekteyiz. Bu kapsamda öncelikle mevcut şekliyle kanunun gerekçesi ile lafzının birbirine uymadığını, fakat gerekçenin daha doğru bir yaklaşım tarzını benimsediğini, kanunun yaptığı tanımın daha sınırlayıcı olduğunu, lafzi yorumun bu anlamda yasa koyucunun ulaşmak isteği amaca götürücü bir etkisinin olamayacağını belirtmek gerekmektedir. İşte bu sebeple uygulayıcıların gerekçeden hareketle kanunun amacını saptamak suretiyle, normun çözüm gerektiren konuya uyarlanamayacak kadar dar ifade edilmiş⁶⁹⁶ olduğunu tespit ederek, amaçsal-genişletici hukuk yorumunu benimsemek suretiyle, açık rızayı gerekçedeki şekliyle anlayıp bu anlamıyla uygulamayı tercih edebileceklerini düşünmekteyiz. Yani sorun amaçsal genişletici yorumun meseleye tatbiki yoluyla rahatlıkla çözülebilecektir.⁶⁹⁷ Bu çok daha pratik ve genel hukuk kaidelerine uygun bir yaklaşım tarzı olacaktır. Uygulama, doğru yorum yöntemini tercih ederek açık rızanın doğru ve geniş olarak anlaşılmasını sağlayabilecektir. Aksinin kabulü suretiyle açık rızanın kanundaki şekilde dar olarak anlaşılması, hakkaniyete uygun olmayan durumların ortaya çıkmasına neden olabilecektir.

Bu başlık altında değinilmesi gereken bir başka husus, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin her türlü eylemde dürüstlük kuralına uyulmasıdır. Yalnız dürüstlük kuralına uygun hareket etmenin kapsamını belirleyebilmek diğerine göre biraz daha

⁶⁹⁵ Sözer, *Hukukta Yöntembilim*, 150.

⁶⁹⁶ Sözer, *Hukukta Yöntembilim*, 96.

⁶⁹⁷ Sözer, *Hukukta Yöntembilim*, 69.

güçtür. Çünkü dürüstlük ile anlatılmak istenenin ne olduğu zamana ve yere göre değişebilmektedir.

Genel manada “*dürüst*” kelimesi Farsça’dan Türkçe’ye geçen bir kelime olup “*sözünde ve davranışlarında doğruluktan ayrılmayan, doğru kimse, kurallara uygun, yanlışsız*”⁶⁹⁸ anlamlarına gelmektedir. Dürüstlük ise, “*doğruluk*”, “*özü sözü bir olma, olanı olduğu gibi yansıtma, gerçeği saklamama, bildiğinden, inandığından ve olduğundan başka türlü görünmeye veya göstermeye çalışmama*” olarak tanımlanmıştır.⁶⁹⁹ Bilimsel bir terim olarak ise dürüstlük, “*soru-yanıt ilişkisine dayanan bir bilgi alışverişi sürecinde, yanıtlayıcının olanı aktarması, gözlemcininse aktarılan bilgiyi yanlılığa düşmeden saptaması*”⁷⁰⁰ olarak tanımlanmaktadır.

Konuya hukuki bir açıdan bakıldığında dürüstlük kuralı, “*kişilerin haklarını kullanırken, borçlarını ifa ederken dürüst, güven kurallarına uygun ve namuslu bir kimseden beklenen şekilde davranmaları*” gereğini ifade eder.⁷⁰¹ Dürüstlük kuralının sınırları, her somut olayda objektif olarak herhangi bir insandan beklenecek davranışa göre belirlenir, kişilerin sübjektif durumu göz önüne alınmaz.⁷⁰² Öyleyse dürüstlük kuralı, daha teknik bir söyleyişle, “*Objektif iyi niyet yani kişilerin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken, orta düzeyde, dürüst ve namuslu bir insandan beklenen davranış biçimine uymaları*”dır. Bir anlamda “*doğruluk*” kuralıdır.⁷⁰³ Bu yönüyle KVKK’de yer verilen “*dürüstlük kurallarına uygun işleme*” ifadesi, Türk Medeni Kanunu madde 2’de yer alan dürüstlük kuralının⁷⁰⁴ kişisel verilerin işlenmesi alanındaki yansımasıdır. Amaca uygun davranma ve aldatılmama unsurlarını bünyesinde barındırır. Bu ilke gereğince veri işleyenler, ilgili kişilerin menfaatlerini ve beklentilerini dikkate almalı ve işlemeyi şeffaf, bildirme ve uyarı yükümlülüklerine uygun şekilde yapmalıdır.⁷⁰⁵ Daha somutlaştırarak ifade etmek gerekirse dürüstlük kurallarına uygun olarak kişisel verilerin işlenmesi, süreç içerisinde kişinin kişisel verilerinin toplaması ve

⁶⁹⁸ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <http://sozluk.gov.tr/>, (30/05/2019).

⁶⁹⁹ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <http://sozluk.gov.tr/>, (30/05/2019).

⁷⁰⁰ Türk Dil Kurumu, *Yöntem Bilim Terimleri Sözlüğü*, <http://sozluk.gov.tr/>, (30/05/2019).

⁷⁰¹ Aydın Zevkliler, Beşir Acabey ve Emre Gökyayla, *Medeni Hukuk*, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara 2000, 131.

⁷⁰² Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, *Medeni Hukuk*, 146.

⁷⁰³ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 628.

⁷⁰⁴ Türk Medeni Kanunu’nun ilgili maddesi: “*Dürüst Davranma Madde 2- Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.*”

⁷⁰⁵ Tütüncübaşı, *Kişilerin Kendisine*, 47.

işlemesi amacı hususunda yanıltılmamasını ve amaçla bağdaşmayan ya da veri sahibinin anlayamayacağı bir amaç için verilerin işlenmemesi hususlarını kapsamına almaktadır.⁷⁰⁶

Dürüstlük kuralına uygun davranma ilkesi ile veri işleyenlerin, veri işlemedeki hedeflerine ulaşmaya çalışırken ilgili kişilerin çıkarlarını ve makul beklentilerini dikkate almaları gerektiğinin ifade edildiği söylenebilir. Bu işlemenin, ilgili kişi için şeffaf olması ve veri koruma görevlisinin bilgilendirme ve uyarı yükümlülüklerine uygun hareket etmesi gerekliliği de bu kapsamda değerlendirilmektedir. Yani kişisel verilerle ilgili olarak dürüstlük kuralına uygun davranma, verilerin işlenmesinin saydamlığını da sağlayıcı bir fonksiyon ifa etmektedir. Yine bu kapsamda yasal bir temele dayanmadan ya da yasada belirtilen ilkelere aykırı bir şekilde kişisel verilerin gizli olarak kayıt altında tutulması ve işlenmesi dürüstlük ilkesine aykırılık oluşturacaktır.⁷⁰⁷ Ancak biz bu düşünceye iştirak etmemekteyiz. Zira hukuka uygun işleme zaten yukarıda belirttiğimiz üzere ayrıca ve açıkça düzenleme altına alınmış ve bu kapsamda yasalara aykırı hareket edilmesi zaten yasaklamıştır.

Kanaatimizce bu ilkedan anlaşılması gereken, veri işleyene hukuk sistemi tarafından izin verilen bir işleme faaliyetini gerçekleştirirken hukuk düzenlemelerinde açıkça yazmayan, doğruluk, dürüstlük, ahlakilik gibi yazılı olmayan toplumsal kurallara uygun şekilde hareket edilmesi zorunluluğu/ gerekliliği olmalıdır. Bu zorunluluğun/ gerekliliğin belirlenmesinde, toplumda var olan ortalama bir kişinin taşıması gerekli yani objektif yönüyle iyi niyetin gerektirdiği yazılı olmayan kurallar esas alınacaktır. Bu kapsamda ilgili kişi, işlemi ilgili ve doğru yere kaydedecek ve haricen (sistem dışı/ başka bir yerde) yedeklemeyecek ya da işlemi gerçekleştirirken bilgisayar başından ayrılması gerekirse ilgili mevzuatta açıkça yazmasa bile bilgisayarı açık bırakarak gitmeyecektir. Bu yönüyle yetkisiz kişilerin verilere ulaşmasını sağlayacak şekilde dikkatsiz davranmamalıdır. Yine veri sahibi verilerini işleyene aktarırken verinin işlenmesini haklı kılan amacı aşan verilerini de veri işleyene bilmeyerek aktarırsa veri işleyen bu verileri kayda girmeyecek ve veri sahibini bu verileri kendisine ya da başka birine aktarmasının gereksiz olduğu konusunda ayrıca uyaracaktır. Çünkü dürüstlük bunu gerektirir. Veriyi işleyen kişi, yaşadığı toplum itibarıyla kanunlarda yazmayan

⁷⁰⁶ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 89.

⁷⁰⁷ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 213.

ancak iyi niyetle de bağdaşmayan davranışları gerçekleştirmeyecektir. Dürüstlük kuralına uygun işleme bu şekilde davranmayı gerektirmektedir. İşte bu nedenle ilkenin veri işleyenleri, kişisel verileri işleme sürecinde yazılı mevzuat ile açıkça yasaklanmış olmasa dahi ilgili kişinin özel yaşamının gizliliği hakkını, maddi ve manevi bütünlüğü ile özerkliğini ihlal eden bir eylemden kaçınmaya zorladığı söylenebilir. Yine dürüstlük kuralı, yazılı hale getirilmemiş olsaydı dahi denge ve orantılılık gerekliliklerini de beraberinde getirecek ve aşağıda incelenecek diğer veri koruma ilkelerine bu yönüyle kaynaklık edecekti.⁷⁰⁸

1.2.6.1.2.2. Amaca Bağlılık

Kişisel verileri zaman zaman başkalarıyla paylaşmak sosyal ve ekonomik yaşamın bir gereğidir. Fakat kişisel veriler ancak veri sahibi istediği, bu paylaşma onun açısından gerekli olduğu için ve belli bir amaç uğruna paylaşılsa korunduğundan söz edilebilecektir.⁷⁰⁹

Bu ilke, Anayasa'nın 20. maddesinin 3. fıkrasında kişinin kendisiyle ilgili *kişisel verilerin amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenme hakkı* olduğu belirtilerek güvence altına alınmış ve KVKK'nin 4/2-c maddesinde ise “*meşru, açık ve belli amaçlar için işlenme*” olarak ifade edilmiştir. İlke ABGVKT'de de “*belirtilen, açık ve meşru amaçlara yönelik olarak toplanır ve bu amaçlara uygun olmayan bir şekilde işlenmez*” şeklinde ifadesini bulmuştur.

Bu ilke doğrultusunda doğru bir veri işleminin yapıldığını söyleyebilmemiz için veri sorumlusunun, verilerin işlenmesine ilişkin sürecin başlangıcı olarak kabul ettiğimiz toplama aşamasından itibaren, kişisel verilerin işlenmesini gerektiren hukuka uygun ve meşru amaçlarının ne olduğunu belirlemiş olması⁷¹⁰ ve dahası verileri bu amaç doğrultusunda, amaçla sınırlı olarak ve amacın gerçekleşmesini sağlamaya yetecek şekilde azami miktarda işlemesi gerekmektedir.⁷¹¹ Yani kişisel verilerin belli bir amaca bağlı olması, verilerin toplanmasından başlayarak veri işleme sürecinin her

⁷⁰⁸ Aynı yönde Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 213; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 89.

⁷⁰⁹ Gürpınar, *Kişisel Verilerin*, 683.

⁷¹⁰ Handbook on European Data Protection Law, 122; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 41.

⁷¹¹ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 41.

aşamasında aranması gereken temel prensiplerden birisi⁷¹² ve bir veri güvenliği ilkesidir.⁷¹³

Bu ilkeye göre kişisel verilerin işleme süreçlerinin tamamında yasal, belirli, açık ve meşru yani hukuka uygun amaçlar doğrultusunda hareket edilmelidir.⁷¹⁴ Yani amaçla bağlılık ilkesi bu verilerin önceden belirlenmiş ve iyi tanımlanmış⁷¹⁵, hukuka uygun amaç ya da amaçlar için toplanması ve bu amaçlarla bağdaşmayan şekillerde işlenmemesini gerektirmektedir.⁷¹⁶ Zaten Kanun'un bu ilkeyi kaleme aldığı 4. maddesinin gerekçesinde *“Belirli, açık ve meşru amaçlar için işleme ilkesi, veri sorumlusunun, veri işleme amacını açık ve kesin olarak belirlemesini ve bu amacın meşru olmasını zorunlu kılmaktadır. Veri sorumluları, belirttikleri bu amaçlar dışında, başka amaçlarla veri işlemleri halinde, bu fiillerinden dolayı sorumlu olacaklardır. Amacın meşru olması, veri sorumlusunun işlediği verilerin, yapmış olduğu iş veya sunmuş olduğu hizmetle bağlantılı ve bunlar için gerekli olması anlamına gelmektedir. Örneğin, bir hazır giyim mağazasının, müşterilerinin kimlik ve iletişim bilgilerini işlemesi meşru amaç kapsamındayken, kan gruplarını işlemesi meşru amaç kapsamında değerlendirilemeyecektir.”*⁷¹⁷ ” denilmektedir. Söz konusu düzenlemeye göre veri sorumluları kişisel verileri sadece açık ve kesin amaçlar için işleyebilecekler ve bu amaçları yerine getirdikleri iş veya sunmuş oldukları hizmetlerle bağlantılı olarak belirleyebileceklerdir. Yine asıl amaca uyumlu ek amaçlar için de kişisel veriler işlenebilecektir. Ancak belirsiz ya da sınırsız amaçlarla kişisel verilerin işlenmesi hukuk dışı olacaktır.⁷¹⁸

Anayasa'da sadece *“amaçlar doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenme”* hakkında bahsedildiğine değinmiştik. Amaca bağlılık ilkesinin tam bir güvence sağlayabilmesi için kişiye sadece bir öğrenme hakkının verilmesi yeterli olmayıp aynı zamanda amaca aykırı işleme durumunu engelleyecek, durduracak veya

⁷¹² Handbook on European Data Protection Law, 122.

⁷¹³ Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 41.

⁷¹⁴ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 214; Tütüncübaşı, *Kişilerin Kendisine*, 48.

⁷¹⁵ Handbook on European Data Protection Law, 122.

⁷¹⁶ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 89; Akdağ, *Türk Ceza*, 70.

⁷¹⁷ *Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı (1/541) ve Adalet Komisyonu Raporu*, 8.

⁷¹⁸ Handbook on European Data Protection Law, 122.

geri çevirecek müdahalelerde bulunabilme imkanları bizzat tanınmalı veya veri sahibine bu konuda etkili başvuru yapabilme hak ve yetkisi verilmesi gerekmektedir.⁷¹⁹

Değindiğimiz üzere bütün temel veri koruma düzenlemelerinde, KVKK'de ve ABGVKT'de kabul edilen bu ilkenin genel olarak üç parçadan oluştuğu görülmektedir:

- *verilerin toplanma amacının belirli ve açık olması,*
- *verilerin toplanma amacının meşru olması,*
- *verilerin daha sonra işleme amaçlarının toplanma amacı ile uyumlu olması.*⁷²⁰

Verilerin toplanma amacının belirli ve açık olması, her şeyden önce bu konuya ilişkin hukuksal düzenlemelerde belirsiz ifadelerden kaçınılmasını gerektirir.⁷²¹ Somut olmayan genel ve belirsiz ifadeler, ilgilinin kişisel verilerin kullanılma amacını önceden bilmesini ve tam olarak anlamasını engelleyecektir. Bu nedenle ilgili kişi, kendi verileri üzerindeki kontrol imkânından yoksun kalacak ve kişisel veriler bakımından önleyici koruma tam olarak sağlamamayacaktır.⁷²²

Kişisel verilerin belirli bir amaç ya da amaçlar için işlenmesine izin verilmesi bu işlenmelerin kapsam ve sınırlarının belirlenmesi açısından da önemlidir. İlgili kişi, kişisel verilerinin hangi amaçlar ile kullanılacağını bildiği takdirde işlemeye sağlıklı bir biçimde izin verebilir ve verileri üzerindeki denetimini sağlayabilir.⁷²³

İnceleme konumuz açısından bakıldığında kişisel sağlık verilerinin toplanmasındaki amaç dikkate alınarak amaçla bağdaşmayan veri toplamalarına engel olunmalıdır. Yani toplanan veriler ancak anılan amaç için önemli ve gerekli olmaları şartıyla işlenebilir. Bu yönüyle toplanacak kişisel veri miktarının sınırlı tutulmasının sağlanması yani “*asgarilik*” ilkesinin hayata geçirilmesi açısından amacın belirlenmesi önemlidir.⁷²⁴

İlkenin en temel anlaşılış şekli gereği, belli bir amaçla kullanılması için açıklanan veya araştırılmasına izin verilmiş bulunan veriler, o amaç dışında

⁷¹⁹ Akdağ, *Türk Ceza*, 72.

⁷²⁰ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 214; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 90.

⁷²¹ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 215; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 90.

⁷²² Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 90.

⁷²³ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 90.

⁷²⁴ Yeşilyurt, *Hastanın Kişisel*, 8.

kullanılamamalıdır.⁷²⁵ Yine ilkenin doğru şekilde hayata geçirilmesi, aynı zamanda gelecekte ortaya çıkma ihtimali olan ve hâlihazırda bilinmeyen amaç ya da amaçlar için kişisel verilerin toplanmasına ve işlenmesine de engeldir. Keza verilerin anonim olmayan bir şekilde ve belirli bir amaç olmaksızın yalnızca depolanmak üzere toplanması, amaçla bağlılık ilkesine aykırılık teşkil edecektir.⁷²⁶

Bu ilkenin önem arz eden bir diğer yönü verilerin *toplanma amacının meşru olması*⁷²⁷ gerektiğidir. Verilerin toplanmasının meşru olabilmesi için ise yasal bir temele dayanması, diğer bütün yasal gereklilikler ile uyum içinde bulunması ve verilerin işlenmesinden kaynaklanan çıkar ile dengeli olması gerekir. Bir başka anlatımla, veriler toplanırken yalnız ilgili düzenlemede belirlenen bir ya da birkaç amaca yönelinmiş olması yeterli değildir. Bunun yanında konuya ilişkin diğer ilkelere de uygun hareket edilmeli ve bu yönüyle amacı aşan bir eylem gerçekleştirilmemelidir.⁷²⁸ Burada “*hukuka uygun*” kavramı yerine “*meşru*” kavramının kullanılmasının bilinçli bir tercih olduğu savunulmaktadır. Bu nedenle meşru amaç, belli bir sosyal kabule sahip olan amaçtır ve bu nedenle verilerin işlendiği amacın meşru olması için, aynı zamanda toplumdaki baskın ahlak anlayışına da aykırı olmaması gerekir.⁷²⁹ Yani sadece kanunların lafzına uygunluk bu yönüyle yeterli değildir.

Bu ilkenin bir başka gerekliliği, *verilerin daha sonraki işleme amaçlarının baştaki toplanma amacı ile uyumlu olmasıdır*. İlkenin bu kısmı, ana ilke ile hedeflenen hukuksal yararın gerçekleşebilmesi için de bir zorunluluktur. Kişisel verilerin sonraki kullanımlarının toplanma amacı ile bağdaşmaması durumunda ilgili kişinin verileri üzerindeki denetimini kaybetmiş olacağı aşikârdır.⁷³⁰ Bu yönden bakıldığında esasında verilerin toplanma zamanı ile işleme zamanı arasındaki süre kanaatimizce bir önem taşımamaktadır. Burada önemli olan işlemenin yapıldığı anda ulaşılmak istenen amacın, veri ne kadar bir süre önce toplanmış olursa olsun, toplandığı anda var olan ve bu kapsamda veri sahibine aydınlatılarak aktarılan amaçla aynı olmasıdır. Kanaatimizce birbiriyle bağlantılı olmamak ya da birbirini tamamlayıcı unsur niteliği taşımamak

⁷²⁵ Gürpınar, *Kişisel Verilerin*, 683.

⁷²⁶ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 90.

⁷²⁷ Akdağ, *Türk Ceza*, 70; Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 215-216; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 90.

⁷²⁸ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 215-216; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 90.

⁷²⁹ Akdağ, *Türk Ceza*, 70-71.

⁷³⁰ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 218.

kaydıyla, yakın amaçlar için bile olsa farklı amaçlarla işleme faaliyetinin gerçekleştirilmesi, anayasal ve yasal dayanağı olan bu ilkenin ihlali anlamına gelecektir.

Kişisel verilerin işlenme amacının meşru, açık ve en geç verilerin toplanma aşamasında belirlenmiş olması gerektiğine yukarıda değinilmişti. Bu kapsamda kişisel verilerin toplanma ve işleme amaçları açısından yeterli, yani amacı sağlamaya elverişli, amaçlarla ilgili ve bu amaçların gerçekleştirilmesi için gerekli olduğu miktarda sınırlı tutulması gerekmektedir.⁷³¹ *Asgarilik ilkesi* olarak da adlandırılan bu ilke, toplanan kişisel veri miktarının, verilerin toplanması ve daha sonra işlenmesi amaçlarını başarmak için zorunlu olan miktarla sınırlı kalınmasını ifade etmektedir. Burada kişisel verilerin işlenmesi ile istenen amaç arasındaki illiyet bağının değerlendirilmesi gerekmektedir. Veri sorumlusu ilk olarak amaçlarına ulaşabilmek için kişisel verilerin mutlaka gerekli olup olmadığını saptamalıdır. Hedeflenen amaca kişisel veriler kullanılmadan ulaşılabilmesi halinde öncelikle bu yolun tercih edilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte bazı hallerde kişisel verilerin kullanımı istenen amaca ulaşılması için zorunlu olabilmektedir. Bu gibi zorunluluk hallerinde amaca ulaşmak için gerekli olan en az sayıda verinin kullanılması gereklidir.⁷³² Bu yönüyle kişisel veriler ancak istenilen amaca ulaştıracak başka bir vasıta olmadığı takdirde işlenmeli ve bu surette işlenen veya depolanan veriler hem miktar hem de süre bakımından asgari hadde tutulmalı, minimize edilmeye çalışılmalıdır.⁷³³

Amaca bağlılık ilkesinin bir başka boyutu da kişisel verilerin bu amaç için gereken süreden daha uzun süre sistemde tutulamamasıdır. Kişisel verilerin kaydedilme amacı gerçekleştirildikten veya artık verinin bu amacın gerçekleştirilmesine bir faydasının kalmadığının anlaşılmasından sonra veriler silinmeli ya da anonim hale getirilmelidir. Bu tespit verilerin toplanma amacı gerçekleştirilemediği sürece verilerin silinmesi zorunluluğunun doğmayacağı anlamına da gelmemektedir. Zira bu durumda dahi, amaç ile orantısız derecede uzun süre verinin tutulması veya işlenmesi mümkün değildir. Verinin toplandığı amaç da göz önüne alınarak, bu amaç için verinin işlenmesinin objektif olarak makul kabul edilebileceği süre belirlenmeli ve bu süre geçtikten sonra verinin silinmesi yükümlülüğünün doğduğu kabul edilmelidir. Bu süre

⁷³¹ Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 41; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 91.

⁷³² Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 92.

⁷³³ Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 41.

her somut olayda değişebileceği gibi, önceden belirlenmiş olması da zorunlu değildir. Veri süjesinin başvurusu üzerine bu durumun değerlendirilmesi ve mantıksız (makul olmayan) uzunlukta bir süredir işlenen verinin silinmesine karar verilmesi bu anlamda yeterli olacaktır.⁷³⁴

Kesin ve belirli bir amaca uygun şekilde toplanan kişisel verilerin, bu amaçla uyumlu bir şekilde işlenmesi gereğine istisna olarak ulusal ve uluslararası düzenlemelerin ortaklaşa kabul ettikleri bir durum bulunmaktadır. Bu da “kamu yararına arşivleme amaçları” ve “bilimsel veya tarihi araştırma amaçları ya da istatistikî amaçlar” doğrultusunda işleme faaliyetine ilişkin kişisel verilerin tarihi, istatistiksel veya bilimsel amaçlarla işlenmesi durumunun her halde amaçla bağlı olduğu varsayımdır.⁷³⁵ Bu kapsamda KVKK’nin 28. maddesinde resmi istatistik ile anonim hâle getirilmek suretiyle araştırma, planlama ve özel istatistik, millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini veya ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olarak önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında işlenmesi, istisna kabul edilerek verilerin toplanma amaçlarının dışında kullanılabilmesi imkânı tanınmıştır.⁷³⁶ Bu düzenlemenin temel amacının bilimsel ihtiyaçların karşılanmasına

⁷³⁴ Akdağ, *Türk Ceza*, 71.

⁷³⁵ Handbook on European Data Protection Law, 339-340; Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 42; ayrıca bkz. Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü madde 5/1-b. “kamu yararına arşivleme amaçları, bilimsel veya tarihi araştırma amaçlarıyla veya istatistikî amaçlarla işleme faaliyeti, 89(1) maddesi uyarınca, baştaki amaçlara aykırı şekilde değerlendirilmez (‘amacın sınırlandırılması’)”.

⁷³⁶ Kanun’un ilgili 28. maddesinde sayılan istisnalar bu belirtilenlerle sınırlı değildir. Kanun’un hükmüne göre yargılama makamları ve infaz mercileri de bu kanun hükümlerine tabi olmaksızın veri işleme yetkisine sahiptirler. Kanun’un istisnalar kenar başlıklı ilgili 28 maddesinin tam metni şöyledir: “Madde 28- (1) Bu Kanun hükümleri aşağıdaki hâllerde uygulanmaz: a) Kişisel verilerin, üçüncü kişilere verilmemek ve veri güvenliğine ilişkin yükümlülüklerle uyulmak kaydıyla gerçek kişiler tarafından tamamen kendisiyle veya aynı konutta yaşayan aile fertleriyle ilgili faaliyetler kapsamında işlenmesi. b) Kişisel verilerin resmi istatistik ile anonim hâle getirilmek suretiyle araştırma, planlama ve istatistik gibi amaçlarla işlenmesi. c) Kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini, ekonomik güvenliği, özel hayatın gizliliğini veya kişilik haklarını ihlal etmemek ya da suç teşkil etmemek kaydıyla, sanat, tarih, edebiyat veya bilimsel amaçlarla ya da ifade özgürlüğü kapsamında işlenmesi. ç) Kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini veya ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olarak kanunla görev ve yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında işlenmesi. d) Kişisel verilerin soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenmesi. (2) Bu Kanunun amacına ve temel ilkelerine uygun ve orantılı olmak kaydıyla veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen 10 uncu, zararın giderilmesini talep etme hakkı hariç, ilgili kişinin haklarını düzenleyen 11 inci ve Veri Sorumluları Siciline kayıt yükümlülüğünü düzenleyen 16’ncı maddeleri aşağıdaki hâllerde uygulanmaz: a) Kişisel veri işlemenin suç işlenmesinin önlenmesi veya suç soruşturması için gerekli olması. b) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş kişisel verilerin işlenmesi. c) Kişisel veri işlemenin kanunun verdiği yetkiye dayanılarak görevli ve yetkili kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu

kolaylık sağlamak olduğu kabul edilse dahi kişisel verileri bu gibi amaçlarla işlenen veri öznelерinin kişisel verilerinin, tam anlamıyla korumasız bırakılması kabul edilemez.⁷³⁷ Bu tehlikeyi gören ABGVKT bu amaçlarla kişisel verilerin işlenmesine ilişkin gereken ek tedbirleri alma yetkisini üye devletlerin sorumluluk alanlarına bırakmıştır. Yukarıda da değindiğimiz üzere, KVKK’de bu istisnayı düzenlerken sınırlandırmalarını bizzat kendisi yapmıştır. Bu kapsamda, kişisel verinin araştırma, planlama ve istatistik amaçlarıyla kullanılabilmesi için anonim hale getirilmesi, milli güvenlik, kamu güvenliği gibi amaçlarla kullanılması halinde ise sadece yetkili kamu kurum ve kuruluşları tarafından kullanılabilmesi, sanat, tarih, edebiyat veya bilimsel amaçlarla işlenmesi halinde ise millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini, ekonomik güvenliği, özel hayatın gizliliğini veya kişilik haklarını ihlal etmemek ya da suç teşkil etmemek kaydıyla işleme faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi gerekliliğini hüküm altına almıştır. Ancak biz bu sınırlandırmaları kişisel verilerin korunması anlamında çok yetersiz görmekteyiz. Konuya özgürlük merkezli olarak bakıldığında bahse konu özgürlük ihlallerinin (ihlal tehdidinin) çoğunlukla en büyük bilgi toplayıcısı durumunda olan kamu kurum ve kuruluşları ve bizzat devlet tarafından yapılabileceği şüphesizdir. Zaten insan hakları hukukun doğuşunu sağlayanda bizzat devletlere karşı

⁷³⁷ niteliğindeki meslek kuruluşlarınca, denetleme veya düzenleme görevlerinin yürütülmesi ile disiplin soruşturma veya kovuşturması için gerekli olması. ç) Kişisel veri işlemenin bütçe, vergi ve mali konulara ilişkin olarak Devletin ekonomik ve mali çıkarlarının korunması için gerekli olması.”

Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 42. Ayrıca bu konuya ilişkin Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün Kamu Yararına Arşivleme Amaçları, Bilimsel veya Tarihi Araştırma Amaçları ya da İstatistiki Amaçlar Doğrultusunda İşleme Faaliyetine İlişkin Güvenceler ve Derogasyonlar kenar başlıklı 89. maddesi şöyledir: “1. Kamu yararına arşivleme amaçları, bilimsel veya tarihi araştırma amaçları ya da istatistiki amaçlar doğrultusunda işleme faaliyeti bu Tüzük uyarınca veri sahibinin hakları ve özgürlükleri açısından uygun güvencelere tabidir. Bu güvenceler ile özellikle verilerin en alt düzeye indirilmesi ilkesine uygun hareket edilmesinin sağlanması amacı ile teknik ve düzenlemeye ilişkin tedbirlerin uygulamaya konması sağlanır. Bu amaçların bu şekilde yerine getirilebilmesi koşuluyla, bu tedbirler takma ad kullanımını içerebilir. Bu amaçların veri sahiplerinin teşhis edilmesine olanak tanımayan veya artık olanak tanımayan ek işleme faaliyetleri ile yakalandığı hallerde, söz konusu amaçlar bu şekilde yakalanır. 2. Kişisel verilerin bilimsel veya tarihi araştırma amaçları ya da istatistiki amaçlar doğrultusunda işlendiği hallerde, Birlik veya üye devlet hukuku çerçevesinde, 15, 16, 18 ve 21. maddelerde atıfta bulunulan hakların spesifik amaçlara ulaşılmasını imkansız hale getirmesinin veya ulaşılmasına ciddi şekilde zarar vermesinin muhtemel olduğu ve derogasyonların bu amaçlara ulaşılması için gerekli olduğu ölçüde, bu maddenin 1. paragrafında atıfta bulunulan koşullar ve güvencelere tabi olarak böylesi haklardan derogasyonlar sağlanabilir. 3. Kişisel verilerin kamu yararına arşivleme amaçları doğrultusunda işlendiği hallerde, Birlik veya üye devlet hukuku çerçevesinde, 15, 16, 18, 19, 20 ve 21. maddelerde atıfta bulunulan hakların spesifik amaçların yakalanmasını imkansız hale getirmesinin veya yakalanmasına ciddi şekilde zarar vermesinin muhtemel olduğu ve derogasyonların bu amaçların yakalanması için gerekli olduğu ölçüde, bu maddenin 1. paragrafında atıfta bulunulan koşullar ve güvencelere tabi olarak böylesi haklardan derogasyonlar sağlanabilir. 4. 2 ve 3. paragrafta atıfta bulunulan işleme faaliyetinin aynı zamanda başka bir amaca hizmet ettiği hallerde, derogasyonlar yalnızca bu paragraflarda atıfta bulunulan amaçlara yönelik işleme faaliyetine uygulanır.”

verilen temel haklar mücadeleleri olmuştur. Bu açıdan bakıldığında milli güvenlik, kamu güvenliği, ekonomik güvenlik, kamu düzeni gibi anlamları ve kapsamı tam olarak belli olmayan ve sınırları da rahatlıkla çizilmeyen birtakım amaçlar doğrultusunda kişisel verilerin devlet organları tarafından işlenmesine imkân tanınması bir güvence niteliği taşımayacaktır. Çünkü ihlallerin önemli bir kısmı zaten kamu kurum ve kuruluşlarınca gerçekleştirilmektedir. Bu yönüyle düzenleme belki de bizzat devlet kurumlarınca gerçekleştirilen ihlalleri bir anlamda meşrulaştırıcı bir vazife görme niteliği dahi kazanabilecektir. Bu nedenle bu kavramların sınırları net bir şekilde çizilerek kamu kurumlarına bu net sınırlar içinde kalmak kaydıyla veri işleme yetkisi tanınması gerektiğini düşünmekteyiz. Bu düzenleme kişisel verileri devlet organları karşısında savunmasız bırakmakta ve kanunla ulaşılmak istenilen amaçları tamamen imkânsız kılmaktadır. Açıklanan nedenlerle ve de özellikle belirsiz sınırlar içermesi (belirlilik/ öngörülebilirlik ilkelerine aykırı olması) nedeniyle söz konusu istisna düzenlemesinin Anayasa'nın 20/1 ve 20/3 maddeleri ile 13/1 maddesine aykırı olduğunu düşünmekteyiz.

Konuya kişisel sağlık verileri açısından bakıldığında eğitim, araştırma, izleme ve epidemiyoloji, halk sağlığı surveyansı, klinik denetim, idare ve planlama dâhil olmak üzere çok çeşitli amaçlarla hastalar hakkındaki bilgilerin talep edildiği⁷³⁸ ve bu kişisel sağlık verilerinin kaydının merkezi bir elektronik ağ kullanılarak yapıldığı görülmektedir.

Sağlık Bakanlığı'nın sağlıkta dönüşüm programı kapsamında hazırladığı sağlık.net, *“sağlık kurumlarında elektronik ortamda üretilen verileri, doğrudan üretildikleri yerden, standartlara uygun şekilde toplamayı, toplanan verilerden tüm paydaşlar için uygun bilgiler üreterek birinci, ikinci ve üçüncü basamak sağlık hizmetlerinde verim ve kaliteyi arttırmayı hedefleyen, entegre, güvenli, hızlı ve genişleyebilen bir bilgi ve iletişim platformu”*⁷³⁹ olarak tanımlanmaktadır.

Sağlık.net sistemi, kamu ve özel bütün sağlık kuruluşlarını, hastayla ilgili birçok bilgi toplayıp merkezi sisteme göndermekle yükümlü tutmaktadır. Sistemin toplayıp merkezi sisteme göndermekle yükümlü tuttuğu bilgiler yalnızca bildirim zorunlu

⁷³⁸ Hope, Savulescu and Hendrick, *Medical Ethics*, 98.

⁷³⁹ T.C. Sağlık Bakanlığı, *Sağlık.NET Hakkında*, <https://e-saglik.gov.tr/TR,6212/sagliknet-hakkinda.html>, (11/05/2021).

hastalıklara ilişkin değildir. Bunların yanı sıra istenen bilgiler içinde kimlik, adres, iletişim bilgileri, hamilelik testleri, sağlık geçmişi, özürllülük durumu, medeni hal, alkol-madde-sigara kullanımı, iş, meslek, öğrenim durumu, eğitim kurumuna devam etme durumu, gelir durumu, ailesinde intihar girişimi, cinsel partner bilgileri, kişisel bakım, kişisel hijyen, mahkumiyet/tutukluluk durumu, hastalık şikayetleri, hastanın öyküsü (anemnezi), bütün tetkik sonuçları, tetkik istenen kurumlar, 15-49 yaş arası kadınların, doğum, düşük türü ve sayıları, kadın sağlığı işlemleri, kullanılan aile planlaması yöntemi, gebelik tespiti sonuçları, son adet tarihi, babanın kan grubu, gebe olduğu tespit edilmiş olsun ya da olmasın, doğum ya da düşükle sonuçlanan tüm gebelikler, ağız ve diş sağlığı ile ilgili tüm koruyucu hekimlik, teşhis ve tedavi işlemleri ve daha pek çok⁷⁴⁰ hassas kişisel veri kategorisinde yer alan bilgiler de bulunmaktadır.

Hâlihazırda, bilgilerin hiçbir anonimleştirme yapılmaksızın merkezi kayıt altına alınmasının, evrensel olarak demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü bir müdahale olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Sağlık.net uygulaması başta Anayasa'nın 20. maddesi olmak üzere hukukun temel kurullarına dahi aykırıdır. Sistemin işleyişinin hukuka uygun hale gelebilmesi için sisteme kaydedilen bilgilerin içerikleri itibariyle sınırlandırılması ve veri öznesinin kim olduğunun anlaşılmasını sağlayan kimlik bilgilerinin kodlanması, sadece hasta ve gerektiği kadarıyla hekimin görebileceği şekilde şifrelenmesi gerekmektedir. Bilgilerin korumalı başka bir veri tabanına aktarılması gibi diğer bazı araçların kullanılması da bu anlamda amaca elverişli şekilde kişisel sağlık verilerinin işlenebilmesini⁷⁴¹ sağlayacaktır.

Amaca bağlılık ilkesinin barındırabileceği boyutlar göz önüne alındığında bu konuda Anayasa'da yer alan düzenlemenin oldukça yetersiz olduğu ortaya çıkmaktadır. Öncelikle düzenlemede sadece “*amaçları doğrultusunda kullanılma*” ifadesine yer verilmiş ve hangi amaçtan bahsedildiği açıklanmamıştır. Bu ifadeye yer verilmesinin sebebi şüphesiz verilerin sadece belirli amaçlarla toplanabileceğini ve bu amaçlara uygun olmayan başka işlemlere konu olamayacağını belirtmektir. Ancak Anayasa'nın mevcut lafzı bu sonucun çıkarılmasını sağlayabilecek nitelikte değildir. Anlamı havada kalan bu düzenlemenin sağlamaya çalıştığı korumayı daha açık bir şekilde dile getirecek

⁷⁴⁰ İstanbul Tabip Odası, 25 Soruda “Sağlık.Net 2” Sistemi, [https:// www.istabip.org.tr/ dosyalar / hukuk/ 25s agliknet2. pdf](https://www.istabip.org.tr/dosyalar/hukuk/25s_agliknet2.pdf), (11/05/2021), 2-3.

⁷⁴¹ Yeşilyurt, *Hastanın Kişisel*, 8.

şekilde düzeltilmesi, en azından “*verinin toplandığı amaçlara uygun*” şeklindeki bir ifade ile amacın nesnesinin somut olarak belirtilmesi gerekmektedir.⁷⁴²

Kişisel verilerin bir amaca bağlı olarak işlenebilmesine dair yaptığımız tüm bu açıklamalar, tüm kişisel veriler bu arada kişisel sağlık verileriyle de ilgilidir. Ancak yasa koyucu taşıdığı özel niteliği gereği, kanaatimizce de isabetli bir şekilde kişisel sağlık verilerine ayrı bir önem atfetmiş ve bu verilerin işlenebileceği amaçları tek tek saymıştır. Tam da bu noktada kişisel sağlık verilerinin işlenebileceği bu amaçların neler olduğuna değinmek çalışmamızın kapsamı açısından oldukça isabetli olacaktır.

1.2.6.1.2.2.1. Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenebileceği Amaçlar

KVKK, kişisel sağlık verilerinin işlenebileceği amaçları, “*kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi*” şeklinde sınırlı sayma yöntemiyle belirlemiştir.

ABGVKT ise kişisel sağlık verilerini, koruyucu hekimlik veya meslek hekimliği amaçları ile ve çalışanın çalışma kapasitesinin değerlendirilmesi, tıbbi tanı, sağlık veya sosyal bakım hizmetlerinin veya tedavinin sağlanması ya da sağlık veya sosyal bakım sistemleri ve hizmetlerinin yönetilmesi açısından işleme faaliyetinin gerekli olması şartıyla işlenebilir⁷⁴³ görmektedir. Genel anlamda bakıldığında her iki düzenleme de içerik itibarıyla benzer mahiyettedir.

Kanun’un kişisel sağlık verilerinin işlenmesine izin verdiği amaçlara somut olarak bakıldığında “*sağlık eğitiminin yürütülmesi veya geliştirilmesi*”nin amaçlar içerisinde yer almadığı görülmektedir. Bu nedenle Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihten sonraki döneme ilişkin olarak kişisel sağlık verilerinin bu amaçla işlenip işlenemeyeceği konusu tartışmalı kalmıştır. Bu yönüyle bakıldığında öncelikle anonimleştirilerek sağlık verilerinin bu amaçlarla kullanılmasında sakınca bulunmadığını düşünmekteyiz. Tersinden bakıldığında anonimleştirme yapılmaksızın bu amaçla kullanılması mümkün görülmemektedir. Ancak bazı kişisel sağlık verilerinin anonimleştirilmeksizin kullanılması zorunlu olabilir. Örneğin kişi öldükten sonra bile kişisel sağlık verilerinin koruması gerektiğine göre bir otopsi işlemine dair eğitim olan tıp öğrencilerinin cesedi

⁷⁴² Akdağ, *Türk Ceza*, 72.

⁷⁴³ Handbook on European Data Protection Law, 160.

ve ceset üzerinde yapılan işlemleri görmeleri bu yönüyle zorunluluk taşımaktadır. İşte böyle durumlarda nasıl davranılacağı mevcut düzenleme nedeniyle belirsizlik taşımaktadır.

Kanun kişisel sağlık verilerinin işlenebileceği halleri sayarken “*amaçlarıyla*” ibaresini değil de “*amacıyla*” ibaresini kullandığı için ilk bakışta sayılan tüm hususların birlikte ve tek bir amaç olacak şekilde bu verilerin işlenebilirliğine izin verildiği gibi bir izlenim uyandırmaktadır. Yani düzenleme sayılan bütün amaçlar birlikte gerçekleşmiş ise ancak o zaman kişisel sağlık verilerinin işlenebileceği gibi bir anlam vermeye müsaittir. Ancak biz burada bu amaçların birlikte aranmasını olağan hayatın gereklerine aykırı buluyoruz. Bu nedenle bu amaçların her birinin bağımsız olduğunu ve her bir amaca başlı başına hizmet edecek şekilde kişisel sağlık verilerinin işlenebileceğini düşünmekteyiz. Amaca bağlılık ilkesinin genel manada yaklaşımı da bu şekilde bir yorumu gerektirmektedir. Aşağıda, taşıdıkları önem sebebiyle KVKK’de belirtilen amaçlar ayrı başlıklar altında incelenecektir.

1.2.6.1.2.2.1.1. Kamu Sağlığının Korunması, Koruyucu Hekimlik

Koruyucu hekimlik uygulamaları ve kamu sağlığının korunması, sağlık hizmetlerinin parçasıdır. Bu amaçlar, sağlık hizmetleri kavramının küçük bir kısmını oluşturmaktadır. Ayrıca Kişisel Sağlık Verileri Hakkındaki Yönetmelik’in (KSVHY) 5/3 maddesinde “*Hiç kimse, sağlık hizmeti sunumu için gerekli olan durumlar haricinde geçmiş sağlık verilerinin dökümünü sunmaya veya göstermeye zorlanamaz*” denilerek sağlık hizmetleri kavramına kişisel sağlık verilerinin işlenmesinde özel bir önem atfetmiştir. Bu anlamda sağlık hizmetleri kavramının öncelikli olarak incelenmesi gerekmektedir.

Sağlık hizmetleri için genel bir tanım vermek gerekir ise; “*sağlığın korunması, hastalıkların tedavisi ve rehabilitasyon için yapılan çalışmaların tümüne birden sağlık hizmetleri denilmektedir*”.⁷⁴⁴ Yine “*fizyolojik, psikolojik ve sosyal yönden tam bir iyilik halinin varlığı ve devamı için gerekli olan tüm tıbbi faaliyetler*”⁷⁴⁵ olarak da tanımlanmıştır. Buna göre sağlık hizmetleri, insanların sağlıklı yaşamlarının devamını sağlamaya yönelik olarak hastalıkları önlemek, hastalananların en erken ve uygun

⁷⁴⁴ Mehmet Bedii Kaya, *Sağlık Bakanlığı’nın*, 8; Akdur, *Türkiye’de Sağlık*, 5.

⁷⁴⁵ Halide Savaş, *Yargı Kararları Işığında Hekimin Sorumluluğu*, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2009, 176.

şekilde tedavi edilmesini sağlamak, kazaları önleyerek sakatlanmaların önüne geçmek, bir şekilde sakatlanmış olan kişilere yaşam kalitelerini arttırıcı hizmetler sunmak amacıyla yapılan tüm faaliyetleri kapsamına almaktadır.⁷⁴⁶

Sağlık Hizmetleri kavramıyla ilgili olarak kanuni bir tanım da bulunmaktadır. 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkındaki Kanun'un 2. maddesinde sağlık hizmetleri, *“insan sağlığına zarar veren çeşitli faktörlerin yok edilmesi ve toplumun bu faktörlerin tesirinden korunması, hastaların tedavi edilmesi, bedeni ve ruhi kabiliyet ve melekeleri azalmış olanların işe alıştırılması için yapılan tıbbi faaliyetler”* olarak tanımlanmıştır. Bu yönüyle sağlık hizmetleri, kişisel ve kurumsal olarak sayılan amaçlarlar doğrultusunda kamu ya da özel şahısların/kurumların verdikleri hizmetler bütünü olarak da görülmektedir.⁷⁴⁷ Bu açıklamadan da anlaşılacağı üzere sağlık hizmetleri kişisel olarak ya da kurumsal olarak sunulabilir.

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için kamu sağlığı kavramının neyi ifade ettiğine de değinmek gerekmektedir. Kamu sağlığı, *“bir toplumda büyük halk kitlelerinin sağlık koşulları açısından içinde bulunduğu durum”*⁷⁴⁸, *“halkın sağlıklı bir toplum biçiminde yaşamasını sağlamaya dönük önlemleri de içeren sağlık hizmeti”*⁷⁴⁹, olarak tanımlanmıştır. Bu kavram aynı zamanda halk sağlığı kavramı ile aynı anlamda kullanılmaktadır. Halkın sağlık düzeyini korumayı, yükseltmeyi amaçlayan tüm faaliyetler bu kapsamdadır ve bu amaçlarla gerçekleştirilecek tüm faaliyetlerde kişisel sağlık verileri işlenebilecektir. Örneğin belli hastalık türlerinin yüksek oranda görüldüğü toplumlarda bahse konu hastalıkların görülme sıklığını azaltmaya yönelik olarak yapılacak tespit, değerlendirme, nedenleri ve eğilimleri saptama gibi çalışmalarda kişisel sağlık verileri işlenebilecektir.

Koruyucu hekimlik ise hastalıklar ortaya çıkmadan önce ve çıkmasını, yayılmasını, ağırlaşmasını önlemeye yönelik olarak yapılacak tüm çalışmaları

⁷⁴⁶ Tengilimoğlu, Akbolat ve Işık, *Sağlık Hizmetlerinin*, 2.

⁷⁴⁷ Mehmet Bedii Kaya, *Sağlık Bakanlığı'nın*, 8.

⁷⁴⁸ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <http://sozluk.gov.tr/>, 25/05/2019.

⁷⁴⁹ Google Türkçe Sözlük, *Kamu Sağlığı*, https://www.google.com/search?biw=1440&bih=789&ei=7W3qXNCfH8G1k74PweqxAQ&q=kamu+sa%C4%9Fl%C4%B1%C4%9F%C4%B1+ne+de+mek&oq=kamu+sa%C4%9Fl%C4%B1%C4%9F%C4%B1+n e&gs_l=sy-ab.1.1.0j0i22i30l6.1452.7194..10605...0.0..0.187.2056.0j15.....0....1..gw_s-wiz.....0i131j0i67j0i131i70i257j0i131i67.j6CZCOLkBtk, (26/05/2019).

kapsamına alan bir hekimlik alanıdır.⁷⁵⁰ Dünya Sağlık Örgütü'ne göre kapsamına aldığı kişi grubuna göre üç aşamalı bir korumayı kapsamına almaktadır. Bunlardan birincil koruma risk grubunda olup olmadına bakılmaksızın toplumun tümünü korumayı amaçlarken, ikincil koruma hastalık riskleri taşıyan gruplara yönelik daha özel bir korumayı ifade eder.⁷⁵¹ Üçüncül koruma ise hastalık veya halk sağlığı açısından önemli ve kötü sorunları doğrudan yaşamış toplum kesimlerini kapsamına almaktadır. Bu nitelikteki insanların hem fiziksel hemde psikolojik açıdan topluma sağlıklı insanlar olarak kazandırılmalarına yönelik çalışmaları kapsamına alır. Bütün bu çalışmalar ise temelde toplumdaki her ferdin sağlıklı yaşama hakkını korumayı amaçlar.⁷⁵² Buna göre bu amaçlarla yapılacak tüm faaliyetler koruyucu hekimlik faaliyetleridir ve kişisel sağlık verilerinin işlenmesini meşru kılan bir amaç niteliği taşımaktadır.

Netice itibariyle kişisel sağlık verileri de kim tarafından gerçekleştirildiğine bakılmaksızın hastalıkların önlemesi ve genel sağlığın korunması amaçlarıyla gerçekleştirilen tüm faaliyetler kapsamında gerekli oldukları takdirde işlenebilecektir.

1.2.6.1.2.2.1.2. Tıbbî Teşhis, Tedavi ve Bakım Hizmetlerinin Yürütülmesi

Teşhis, tedavi ve bakım hizmetleri, sağlık hizmetlerinin ikinci ana kısmını oluşturmaktadır. Genel olarak tedavi edici sağlık hizmetleri olarak ama hem teşhis hem tedavi ve sonrasındaki bakım hizmetlerini kapsayacak şekilde kullanılmaktadır.

Yasa koyucunun tek tek saydığı kavramların neyi ifade ettiklerine bakmak gerekirse: Teşhis tıbbi bir terim olarak, “*bir hastalığın ne olduğunu araştırıp bulgulara bakarak ortaya koyma, tanılama, tanı, tanılanmak*”⁷⁵³ olarak tanımlanmıştır. “*Hekimin hastalığın tespiti için hastaya yaklaşp, onu dinleyerek ve muayene ederek, gerekirse*

⁷⁵⁰ Âdem Ölmez, İkinci Abdülhamid Döneminde Koruyucu Hekimlik ve Bazi Vesikalar, Belgeler, Sayı:34, Yıl: 2013, [⁷⁵¹ Aydın Yücesoy, *Tip Etiği, İnsan Hakları ve Koruyucu Hekimlik*, İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi ve Unesco Felsefe ve İnsan Hakları Kürsüsü Bülteni, Temmuz 2019, Sayı: 5, 8.](https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/54796433/3-Adem_Olmez_1-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1629370615&Sig=nature=AqUGS-0Tjy1qqe72mCA8t2qEcyQdCd5EVu2eufUFEpthsoDtTPHo-pVuqRo3Tjz_bM3OORGJI83bzdmiy2_YnnB_OBEoXjBIOE~8SLa67X3f~kNizO5PHEe_DhPh_oy-x1i2Axe_3e0gVuc-LWPHqUm~ancRza~yFFhN40d87F6~S_7Bp4hObsvh8-r8F4k7f_GNAleM0_2-laWJ3tB7MRaG7OTzUcSYq5ule_ncvDSf7O7g1g6r3Qw7k_G42IA2kW-jrj~aW_G4RWxB~tr306WXXU_2KXXJCTU_zclC_HeGRI0OQkLHP6M9g~m-3RdhiYh8Nir_9kXUJ5yDAOEsy-rbJow7Ri5Buw__&Key-Pair-Id=AP_KAJLOHF5GGS_LRBV4ZA,(22/05/2021), 87.</p></div><div data-bbox=)

⁷⁵² Yücesoy, *Tip Etiği*, 8.

⁷⁵³ Teşhis, [194](https://www.google.com/search?ei=n9vq_XK6ZFPyEk74Px_IewgA_4&q=te%C5%9Fhis+nedir&oq=te%C5%9Fhis&gs_l=psy-ab.1.0.0i67j0i131j0i67j0i7.3869552.3871998.3874656...0.0..0.175.864.0j6.....0....1..gws-wiz.....0i71.hA7gxz6W4os(26/05/2019).</p></div><div data-bbox=)

laboratuvar tetkiklerinin yardımıyla bunları sentez etmesi”⁷⁵⁴ ve tüm bu süreç sonunda hastalığın ne olduğun bulmasıdır.

Hastalıkların doğru teşhisi üç metotla başılır. İlki hastanın hastalık hikâyesinin doktor tarafından dikkatlice dinlenmesi, ikincisi baştan tırnağa kadar kusursuz bir muayene, üçüncüsü de şüphelenilen hastalıklar için lüzumlu laboratuvar tetkiklerinin ve tıbbi görüntülemelerin yapılmasıdır.⁷⁵⁵ İşte yürütülen tüm bu işlemler esnasında kişisel sağlık verileri kullanılmaktadır. Hatta bu süreçlerin var olabilmesi için dahi kişisel sağlık verilerinin kullanılması gerekmektedir.

Tedavi ise “*çeşitli yöntemlerle hastalığı iyileştirme, sağaltma, sağaltım*”⁷⁵⁶ olarak görülmüştür. Buna göre sağlığı bozulmuş olan bir kişiyi normal sağlıklı haline kavuşturabilmek için yapılan tüm işlemleri kapsamına alacak şekilde kullanılmaktadır. Bu işlemler ise kendi için birinci basamak tedavi hizmetleri (ilk başvuru ve ayakta tedavi), ikinci basamak tedavi hizmetleri (yataklı tedavi hizmetleri) ve üçüncü basamak tedavi hizmetleri (üst düzeyde uzmanlaşmış ve yüksek teknoloji kullanılan merkezler) olmak üzere üç kademeye ayrılır. Bu kapsamda yürütülen faaliyetlerin tamamı sağlık personeli tarafından yürütülen hizmetlerdir.⁷⁵⁷ Tüm süreçler aynı zamanda bizatihi kişisel sağlık verileri üzerinden yürütülmektedir. Hatta denebilir ki kişisel sağlık verileri olmadan bu süreçlerin var olması daha mümkün değildir. Dolayısıyla bu süreçlere ilişkin olarak kişisel sağlık verilerinin işlenmesine müsaade olunması isabetli olmuştur. Çünkü kişisel sağlık verileri kullanılmadan ne bir hastalığın teşhisi mümkün olabilir ne de tedavisi.

Belirtilen kavramların dahi bazen sınırlarının çizilmesi gereklilik taşıyabilir. Bu kapsamda olmak üzere özel terapilerin, özellikle psikoterapilerin tedavi kavramına girip girmeyeceği ayrıca tartışma konusudur. Psikoterapi, kişinin ruh sağlığına ilişkin olarak yaşadığı sorunların bir uzman ile konuşulması yoluyla giderilmesi çabasıdır.⁷⁵⁸ Yani bir

⁷⁵⁴ Nedir.com, *Teşhis nedir?*, <https://www.nedir.com/te%C5%9Fhis> (25/05/2019).

⁷⁵⁵ Nedir.com, *Teşhis nedir?*

⁷⁵⁶ Tedavi, https://www.google.com/search?biw=1440&bih=789&ei=qeqqXPu9H-qLmwW9prqQCg&q=tedavi+nedir&oq=tedavi&gs_l=psy-ab.1.6.0l10.779475.780360..783504..0.0.0.168.842.0j6.....0....1..gws-wiz.....0i71j0i131j0i67.BMrxaAz7tCI (26/05/2019)

⁷⁵⁷ Akdur, *Türkiye’de Sağlık*, 6.

⁷⁵⁸ Kemal Arıkan, *Psikoterapi nedir? Niçin Yapılır?*, <https://www.kemalarikan.com/psikoterapi-nedir-nicin-yapilir.html> (25/05/2019).

profesyonel ile yürütülen bir konuşma tedavisidir.⁷⁵⁹ Bu yöntem terapist ve hasta arasında olan ilişkiyi içeren psikolojik bir tedavidir. Hastalarda zihinsel veya duruma göre duygusal bozuklukların giderilmesinde yani tedavisinde kullanılan kendine özgü bir yoludur.⁷⁶⁰ Hasta Hakları Yönetmeliği m. 4/g maddesinde konuyla ilgili olacak şekilde tıbbi müdahale “*Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişim*” olarak tanımlanmıştır. Yani kişinin maruz kaldığı ruhsal problemlerin çözümü amacıyla yapılan müdahalelerde tıbbi müdahale niteliği taşımaktadır. Psikoterapi de ruhsal sağlık sorunlarını çözme amacıyla yapıldığı için tereddütsüz bir şekilde tedavi faaliyetidir ve bu kapsamda psikoterapi uygulayan kişinin hastasının kişisel sağlık verilerini işleme amacı meşru kapsamdadır. hastasından öğrendiği bilgiler de kişisel sağlık verisidir.

Kapsama giren bir diğer kavram olan tıbbi bakım hizmetleri, bakıma muhtaç kişiye bakım hizmetleri kapsamında sunulan tıbbî tedavi, tıbbî rehabilitasyon ve/veya koruma ve destek hizmetleridir. Tıbbî bakım kapsamına en genel anlamda hemşirelik ve hasta bakımı hizmetleri, tıbbî-fizikî tedavi ve ilaç takibi girmektedir.⁷⁶¹ İçeriğinde tedaviyi de barındırdığı için ve tedavi yasa koyucu tarafından özel olarak zikredildiği için tedavi dışındaki hususları ifade etmek üzere yasa metnine bu şekilde konulduğunu düşünüyoruz. Bu yönüyle en çokta rehabilitasyonu kapsama almak, rehabilitasyon hizmetleri kapsamındaki kişisel sağlık verilerinin işlenmesini meşru kılmak üzere yasaya bu şekilde konulduğunu düşünüyoruz. Bu nedenle tıbbi rehabilitasyon kavramına ayrıca değinmek gerekmektedir. Rehabilitasyon, İngilizce kökenli “*rehabilitate*” fiilinden türemiş olup, “*yeni alışkanlıkların kazandırılması veya yeni bir duruma adaptasyonun sağlanması*” anlamına gelen bir terimdir. Ancak günümüzde rehabilitasyon bu dar anlamın çok ötesine geçmiş, çağdaş tıbbın kazandığı yeni olanaklar ve sosyal gelişmelere paralel olarak çok geniş bir kapsama ulaşmıştır.⁷⁶² Ağır

⁷⁵⁹ Madalyon Psikiyatri Merkezi, *Psikoterapi Nedir?*, <https://madalyonklinik.com/blog/psikoterapi-nedir> (25/05/2019).

⁷⁶⁰ Psikolojik.gen.tr, *Psikoterapi*, <https://www.psikolojik.gen.tr/psikoterapi.html> (26/05/2019).

⁷⁶¹ Ali Seyyar, *Özürlülük Terimleri Sözlüğü*, http://www.sosyalsiyaset.net/documents/ozurluluk_terimleri_sozlugu.htm, (26/05/2019).

⁷⁶² Tunç Alp Kalyon, *Tıbbi Rehabilitasyon*, <http://tuncalpkalyon.com/2008/09/22/tibbi-rehabilitasyon/>, (26/05/2019).

ameliyatlar ya da geçirilen kazalar sonucu oluşan sakatlıklar gibi yeni durumlara hastanın uyum sağlayabilmesi için ilgili profesyonellerce yapılan tüm çalışmalar bu nedenle rehabilitasyon kapsamında sayılmaktadır. Rehabilitasyon amacıyla kişinin sağlık verileri işlenebilecektir ve bu meşru bir amaçtır.

Netice itibariyle tüm bu amaçlarla yürütülen faaliyetler kapsamında kişisel sağlık verilerinin işlenebilmesi mümkündür.

1.2.6.1.2.2.1.3. Sağlık Hizmetleri ile Finansmanının Planlanması ve Yönetimi

Yönetim kavramı: “Belirli birtakım amaçlara ulaşmak için başta insanlar olmak üzere parasal kaynakları, donanımı, demirbaşları, hammaddeleri, yardımcı malzemeleri ve zamanı birbiriyle uyumlu, verimli ve etkin kullanabilecek karar alma ve uygulama süreçlerinin toplamı”⁷⁶³ olarak tanımlanmıştır. Benzer şekilde: “Bir gruba bağlı kişilerin çabalarının ortak bir amaca yöneltilmesi için yol gösterme ve denetimin sağlanması”⁷⁶⁴ olarak da ifade edilmiştir.

Sağlık yönetimi ise “tıbbi bakım ve sağlıklı bir çevre taleplerinin bireylere, organizasyonlara ve toplumlara belirli hizmetleri sağlayarak karşılanmasını olanaklı kılan kaynak ve süreçlerin planlanması, örgütlenmesi, yönlendirilmesi, kontrol ve koordinasyonu” olarak tanımlanmaktadır.⁷⁶⁵

Sağlık hizmetlerinin 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkındaki Kanun’da da tanımlandığını belirtmiştik. Buna göre sağlık hizmetleri, “insan sağlığına zarar veren çeşitli faktörlerin yok edilmesi ve toplumun bu faktörlerin tesirinden korunması, hastaların tedavi edilmesi, bedeni ve ruhi kabiliyet ve melekeleri azalmış olanların işe alıştırılması (rehabilitasyonu) için yapılan tıbbi faaliyetleri” ifade etmektedir.

Sağlık hizmetleri, insan yaşamı ile doğrudan ilişkili olması nedeniyle yönetim açısından özellikleri olan bir alandır. Koruyucu sağlık hizmetleri ile birinci basamak sağlık hizmetlerinin yönetiminde topluma yönelik ve sektörler arası iş birliğini

⁷⁶³ Didem Paşaoğlu, Nuray Tokgöz, Nurhan Şakar vd., *Yönetim ve Organizasyon*, Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir, Ocak 2013, 3.

⁷⁶⁴ Mesut Çimen, *Sağlık Yönetimi ve Sağlık Yönetim Eğitimi*, Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 3, Temmuz 2010, 136.

⁷⁶⁵ Çimen, *Sağlık Yönetimi*, 136.

gerektiren bir dizi yönetsel faaliyet gerekli iken, ikinci ve üçüncü basamak sağlık hizmetlerinin verildiği hastanelerde, otelcilik hizmetlerinin yanı sıra, poliklinik, laboratuvar, röntgen, ameliyathane hizmetleri gibi geniş bir yelpazede yönetim gerekliliği bulunmakta ve bu durum sağlık yönetimini daha karmaşık hale getirmektedir.⁷⁶⁶ Bu nedenle sağlık yönetimi insan kaynakları planlaması ve yönetimi, finansal yönetim gibi birbirinden farklı pek çok faaliyetin bir arada ve uyumlu bir şekilde yürütülmesini gerekli kılmaktadır.⁷⁶⁷

Aslında tüm yönetim kavramları gibi sağlık yönetimi de bünyesinde süreç içeren bir kavramdır ve bu süreç içerisinde yürütülen tüm faaliyetleri kapsamına alır. Yani sadece yöneticilik pozisyonundaki kişilerce yapılan ya da yönetme amacıyla yapılan faaliyetleri kapsamaz. Bu nedenle özellikle yanlış anlaşılmalara müsaittir. Bu nedenle biz, bu kavramın “*sağlık hizmetlerinin yürütülmesi*” olarak kullanılması halinde amacını ve kapsamını daha doğru ifade edeceğini düşünmekteyiz. Çünkü sağlık hizmetlerinin yönetimi değil sağlık hizmetlerinin yürütülmesi kavramları kişisel sağlık verilerinin işlenmesine yönelik olarak verilen iznin gayesi daha doğru bir şekilde ifade etmektedir.

Finansman: “*Bir girişime işleyebilmesi, gelişebilmesi için gereken para ve krediyi sağlama işi*”⁷⁶⁸ anlamına gelmektedir. Öyleyse sağlık hizmetlerinin finansmanı, tüm sağlık hizmetlerinin düzgün bir şekilde yürütülmesi için gerekli ekonomik kaynakların temini süreçleri olarak tanımlanabilir. Bu süreç planlama, temin ve kontrol olmak üzere birden fazla aşamayı bünyesinde barındırmaktadır. Bu anlamda sağlık hizmetlerinin düzgün bir şekilde sunulmasında en önemli unsurlardan birisi de finansmandır. Çünkü hizmetin gerektirdiği finansmanın sağlanamaması veya sağlanan bu finansmanın iyi kullanılamaması durumunda sunulmaya çalışılan sağlık hizmetleri başarısızlığa uğrayacaktır.⁷⁶⁹

Teknik anlamda bakıldığında sağlık hizmetlerinin yönetimi kavramı finansmanı da içine alır. Zira yönetimin en önemli aşamalarından biri finansmandır. Çünkü finansman olmadan alınan kararların uygulanması, insanlar ve kaynakların organize edilmesi, yönetsel hedeflere ulaşarak etkin bir yönetimin gerçekleştirilmesi

⁷⁶⁶ Çimen, *Sağlık Yönetimi*, 136-137.

⁷⁶⁷ Benzer mahiyette bkz. Çimen, *Sağlık Yönetimi*, 137.

⁷⁶⁸ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <http://sozluk.gov.tr/> , 26/05/2019.

⁷⁶⁹ Akdur, *Türkiye’de Sağlık*, 9.

neredeyse imkansızdır. Bu nedenle böyle bir temel mevzuatta finansmanın ayrıca vurgulanmasının çokta zorunlu olmadığını düşünmekteyiz.

Sağlık hizmetlerinin finansmanı amacıyla ilgili olarak AİHM'nin önemli bir kararı bulunmaktadır. Mahkeme, İsveç- M.S. davasında, hastaya ait kişisel sağlık verilerinin sigortalar kurumuna verilmesi suretiyle kayıtların açıklanmasında yapılan bu müdahalenin ülkenin ekonomik refahını korumak amacı ile yapıldığının kabul edilebileceğine dikkat çekmiş ve yaptığı geniş değerlendirme sonucunda AİHS'nin 8 maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁷⁷⁰ Yani mahkeme sağlık hizmetlerinin finansmanını bu anlamda meşru bir amaç olarak görmüştür.

AİHM gibi düşünen KVKK da kişisel sağlık verilerinin sağlık hizmetlerinin finansmanının planlanması ve yürütülmesi amaçlarıyla işlenebilmesini meşru görmüştür. Öyleyse sağlık sigorta sistemlerinde tüm aşamalarda kişisel sağlık verileri işlenebilecektir. Fakat bu anlamda sınırın belirlenmesi oldukça zor gözükmektedir.

İlkenin sınırlarının amaca bağlılık ve ölçülülük ilkeleri ile birlikte değerlendirilerek belirlenmesi gerektiğini düşünüyoruz. Çünkü saymaya devam ettiğimiz ilkeler kümülatif ilkelerdir. Bu nedenle örneğin sağlık hizmetlerinin finansmanı amacıyla kişisel sağlık verileri kullanılırken veri sahibinin yani veri öznesinin açık kimlik bilgilerine gerek olmayabilir. Ancak kişisel sağlık verisi olarak yaşadığı hastalığın ne olduğu, tedavisi için ne kadarlık bir mali harcama gerektiği hususları gerekli olabilir. Çünkü buna bakarak bir sonraki yıl ne kadarlık bir sağlık harcaması gerektiğinin planlanması buna göre yapılacaktır. Yine veri öznesinin yaşadığı şehir bu anlamda önem taşıyabilir. Çünkü sağlanan finansmanın yönlendirilmesi buna göre yapılacaktır. Yani bu yönüyle kişinin yaşadığı şehir bilgisi dahi kişisel sağlık verisi niteliği kazanabilmekte fakat kimlik bilgileri kişisel sağlık verisi olmaktan çıkabilecektir. Bu nedenle her somut amaca hizmet edecek kadar kişisel sağlık verisinin hangileri olduğu, neleri kapsamına aldığı somut vakaya göre belirlenmelidir. Bu anlamda kesin bir kural konulması yerine sınırlandırıcı bir yaklaşımla somut olaya göre bir belirleme yapılmasının doğru bir tercih olduğunu düşünmekteyiz. Bu tespit esasında bizi ölçülülük ilkesine götürmektedir. Ölçülülük ilkesi temel ilke olarak kabul edilmiş

⁷⁷⁰ Sevük, *Tıp Ceza*, 800.

olup bu ilkeyi ayrı bir başlık altında inceleyeceğimizden burada daha fazla açıklamaya yer verilmemiştir.

Netice itibariyle, KVKK'de yukarıda sayılan amaçlara doğrudan hizmet edici faaliyetler kapsamında kişisel sağlık verilerinin işlenmesine izin verilmektedir.

1.2.6.1.2.3. Doğruluk ve Güncellik

Kişisel verilerin doğru olması hem ilgili kişinin hem de veriyi çeşitli amaçlarla işleyen kişinin verilerin işlenmesi ile ulaşmak istedikleri amaçlar açısından son derece önemlidir. Kişisel verilerin yanlış olarak tutulması bireyin temel hak ve özgürlüklerini, ekonomik çıkarlarını ve/veya manevi bütünlüğünü zedeleyici sonuçlar doğurabilir. Hangi alana ilişkin olursa olsun yanlış bilgilerden hareketle alınacak kararlar, yanlış sonuçlara ulaşılmasına neden olacaktır. Bu ise yalnızca ilgili kişinin değil veri sorumlusunun da çıkarlarının zedelenmesi sonucunu doğuracaktır.⁷⁷¹ Bu nedenle kişisel verileri kayda alarak muhafaza eden bir veri sorumlusu, elindeki verilerin tam ve doğru olduğundan makul bir kesinlikle emin olmasını sağlayacak adımları atmaksızın o verileri kullanamayacaktır.⁷⁷²

Temel olarak doğruluk, gerçeğe uygunluktur. Yani bir şeyin nasıl oldukları, nasıl göründükleri ile fiilen nasıl olduğu arasındaki uyumdur, uygunluktur. Felsefi anlamda bu bakış açısına uygunluk kuramı da denilmektedir. Bu kurama göre doğru, ilişkisel bir nitelik⁷⁷³ taşımakta ve bir şeyin gerçekte olanla ilişkisini ifade etmektedir. Buradan hareketle konumuz açısından “doğruluk” kavramını, “*kişisel verinin gerçek durumla uygun olması, ikisi arasında bir çelişmenin bulunmaması*” olarak tanımlayabiliriz. Yani kişisel verinin bilgi unsurunun içerdiği hususların gerçekte olanla uyumlu olmasıdır. Öyleyse kişisel sağlık verileri de gerçekte olan durumla uyumlu yani doğru olarak kayda alınmalıdır. Aksine uygulamalar, kişisel sağlık verilerinin işlenmesinin kanuna aykırı olmasına neden olacaktır.

Güncel ise “*günün konusu olan, şimdiki, bugünkü (haber, olay vb.), aktüel*”⁷⁷⁴ anlamlarına gelir. *Kişisel verilerin güncel olması*, inceleme konusu verinin, temsil ettiği

⁷⁷¹ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 225.

⁷⁷² Handbook on European Data Protection Law, 127.

⁷⁷³ Şeref Günday, *Doğru ve Doğruluk Kuramları*, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 2 / 1-2, Şubat 2010, 188.

⁷⁷⁴ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <http://sozluk.gov.tr/> (31/05/2019).

gerçeklik ile incelemenin yapıldığı anki durum itibarıyla uyumlu olmasını, o zamanın gereklerine göre elden geçirilerek durumundaki değişikliklere uygun olarak doğruluğunun sağlanmış olmasını ifade etmektedir. Bu yönüyle “güncellik”, verinin doğruluğunun devamının sağlanıyor olmasını ifade etmek için kullanılmaktadır. Biz, güncel kelimesini doğruluk kavramıyla bağlantılı şekilde ve içinde bulunulan zamandaki durumu ile uyumluluk olarak algılıyoruz. O halde kişisel sağlık verileri doğru şekilde kayda alınmış olsa dahi ikinci kez kullanılmalarının gerektiği durumlarda anlık gerçeklikle uyumları sağlanarak kullanılmalıdır. Yani güncelliklerinin sağlanmalarına yönelik olarak gerekli çalışmalar düzenli olarak yapılmalıdır.

Bu başlık altında işaret edilmesi gereken önemli bir husus, belirtilen ilkenin “erişim hakkı” ile yakın ilişkisidir. Kişisel veriler, bağlantılı olduğu kişiyi niteleyen, onun kişiliği ile sıkı sıkıya bağlı bilgiler olduğuna göre bu bilgilerin doğruluğunu en iyi şekilde denetleyebilecek taraf yine ilgili kişi olacaktır. Bilgilerine ulaşamayan kişinin ise bunların doğruluğunu denetleyebilmesi olanak dışıdır.⁷⁷⁵ Bu nedenle de kişisel verinin içeriğinin güncelliğinin ve bu yönüyle doğruluğunun sağlanabilmesi ancak veriye her durum ve koşul altında erişebilmesi ile olacaktır.

Erişim hakkı ile bağlantılı olarak bu başlık altında değinilmesi gereken bir diğer husus ise kişisel verilerin güncel tutulmasının ne zaman gerekli olacağının belirlenmesidir. Bu saptamayı yaparken şu nokta gözden kaçırılmamalıdır: Kişisel verilerin doğru ve güncel tutulması, veri sorumlularına yönelik bir yükümlülüktür. Ancak bu ilkeyi kişisel verilerin güncelliğini saptayabilmeye yönelik olarak veri sorumlusunun sürekli olarak veri öznelerinin içinde bulunduğu yeni durumları araştırması olarak algılamak doğru bir yaklaşım tarzı olmayacaktır. Bu nedenle ilgilinin kişisel bilgilerine ilişkin bir değişiklik oluştuğunda veri sorumlusunu bilgilendirmesi gerektiği⁷⁷⁶ söylenebilir.⁷⁷⁷ Bu yönüyle ilkenin hayata geçirilebilmesi için veri sorumlularının, ilgili kişilerin bilgilerine ulaşabileceği ve onları doğruluk ve güncellik

⁷⁷⁵ Tütüncübaşı, *Kişilerin Kendisine*, 50; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 92; Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 226.

⁷⁷⁶ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 226.

⁷⁷⁷ Hasta Hakları Yönetmeliğinin 17/1 maddesinde “Hasta; sağlık kurum ve kuruluşları nezdinde bulunan kayıtlarında eksik, belirsiz ve hatalı tıbbi ve şahsi bilgilerin tamamlanmasını, açıklanmasını, düzeltilmesini ve nihai sağlık durumu ve şahsi durumuna uygun hale getirilmesini isteyebilir” düzenlemesi bulunmaktadır. Düzenleme kişisel verilerin güncelliğinin sağlanmasına önemli bir katkı verici nitelik taşımaktadır.

anlamında kontrol edebilecekleri bir sistemin hayata geçirilmesi gerekmektedir.⁷⁷⁸ Yine şeffaflık ilkesinin de bir gereği olarak veri sorumlularınca, kayıtlarını periyodik gözden geçirme ve silme tarihlerinin veri öznelarının denetimine açık bulundurulmasının ilkenin hayata geçirilmesini sağlama anlamında önemli olumlu sonuçları olacaktır.⁷⁷⁹

Esasından veri sorumlusunu kişisel verilerin güncelliğini sağlama görevi mutlak ve kesintisiz bir sorumluluk değildir. Zira KVKK m. 4/2-b hükmünde kişisel verilerin güncelliğine ilişkin olarak “gerektiğinde” güncel tutulma sorumluluğu veri sorumlusuna yüklenmiş bulunmaktadır. Bu nedenle veri sorumlusu, kişisel verilerin güncelliğini sürekli olarak takip etmek zorunda değildir. Sadece gerektiğinde güncelliğini sağlamak/temin etmek zorundadır.

Doğruluk ve güncellik ilkesinin hayata geçirilmesi anlamında devletlerinde önemli sorumluluğu bulunmaktadır. ABGVKT’nin 5/1-d maddesinde “*Kişisel veriler: (d) doğrudur ve gereken şekilde, güncel tutulur; işlendikleri amaçlar göz önünde tutularak, doğru olmayan kişisel verilerin gecikmeye mahal verilmeksizin silinmesi veya düzeltilmesinin sağlanmasıyla ilgili makul tüm adımlar atılmalıdır.*” denilerek devletlere kişisel verilerin güncel olarak tutulmasının sağlanması konusunda ayrıca bir sorumluluk yüklenmiştir. Bu makul adımları atarak yanlış verilerin silinmesine veya düzeltilerek eksikliklerinin giderilebilmesine olanak tanıyan bir sistemi oluşturması ve böylelikle ancak veri sorumlusunun üzerine düşen görevi yapmış sayılacağı⁷⁸⁰ kabul edilmiştir.

1.2.6.1.2.4. Ölçölülük

Bu ilke kişisel verilerin tabi olduğu “*amaçla bağlılık*” ilkesinin doğal bir sonucudur. Yukarıda ilgili başlık altında bu hususa değinmiştir. Esasında ölçölülük ilkesi, kanunlarda ya da herhangi başka bir mevzuatta açıkça yazmasına gerek olmaksızın amaca bağlılık ilkesinin tam anlamıyla hayat bulabilmesi, bir anlamda uygulamaya geçirilebilmesi için gerekli ve hatta zorunlu bir sonuç olarak kendini göstermektedir. Fakat yasa koyucu kişisel verilerin sınırlı ve ölçölü kullanılmasına o kadar büyük bir önem vermiştir ki bu hususu 4. maddesinde açıkça ve ayrıca bir ilke olarak belirtme gereği duymuştur.

⁷⁷⁸ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 226.

⁷⁷⁹ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 44.

⁷⁸⁰ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 93; Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 226.

Bu ilke hukuken geçerli bir amaçla bağlantılı olarak toplanan verilerin öncelikle bu amacı gerçekleştirmek için yeterli olduğu kadar toplanması, devam eden süreçte amaca hizmet edecek kadarının elde tutulması, depolanması, amaçlanan orantılı ve ölçülü bir veri işlemenin gerçekleştirilmesini ifade etmektedir. Dolayısıyla bu ilke gereğince ulaşılmak istenilen amaç doğrultusunda toplanan verilerin istenilen amaç için yeterli, ilgili, önemli ve gerekli olduğu oranda, aşırı olmayacak şekilde işlenmesi⁷⁸¹ gerekmektedir.⁷⁸² İlke, kişisel verinin amacının gerçekleştirilmesi için zorunlu olan miktarı aşan şekilde veri işlenmesini yasaklar.⁷⁸³ Yine bu kapsamda ilke, kişisel verilerin toplandıkları amaç için artık ihtiyaç duyulmadığında silinmesi veya anonim hale getirilmesini zorunlu kılmaktadır.⁷⁸⁴

Çeşitli hukuk metinlerinde bu ilkenin, “*minimumluk ilkesi*”⁷⁸⁵, “*yeterlik ilkesi*”, “*veri ekonomisi*”⁷⁸⁶, “*verileri asgarileştirme*” olarak değişik şekillerde ifade edildiğini görmekteyiz. Bu şekilde farklı ifade edilse de bu ilke, hassas verilerin işlenmesinde dikkate alınması gereken bir önemli sınırlama aracıdır.⁷⁸⁷ Buna göre veri sorumlusu, öncelikle amaçlarına ulaşabilmek için kişisel verilerin mutlaka gerekli olup olmadığını, işlemenin izlediği özel amaç ile doğrudan ilgili olup olmadığını saptamalıdır ve veri işlemeyi buna göre sınırlandırmalıdır.⁷⁸⁸ Eğer kişisel veriler kullanılmadan da hedefe ulaşılabilecekse öncelikle bu yol tercih edilmelidir. Kişisel verilerin kullanımının hedefe ulaşılması için zorunlu olacağı sonucuna ulaşılır ise veri sorumlusu amaca ulaşmak için

⁷⁸¹ Kişisel Verilerin Korunması Hakkındaki Kanun’un ilgili madde gerekçesinde bu ilke ile ilgili olarak “*Kişisel verilerin, işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olması ilkesi, işlenen verilerin, belirlenen amaçların gerçekleştirilebilmesine elverişli olmasını, amacın gerçekleştirilmesiyle ilgili olmayan veya ihtiyaç duyulmayan kişisel verilerin işlenmesinden kaçınılmasını gerektirmektedir. Yine, sonradan ortaya çıkması muhtemel ihtiyaçların karşılanmasına yönelik veri işlenebilmesi için, işlemeye ilk kez başlıyor gibi, 5 inci maddede düzenlenmiş olan kişisel verilerin işlenme şartlarından birinin gerçekleşmesi gerekecektir. Ayrıca işlenen veri, sadece amacın gerçekleştirilmesi için gerekli olanla sınırlı tutulacaktır. Kişisel verilerin, ancak ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilmesi zorunludur. Buna göre, veri sorumluları, ilgili mevzuatta verilerin saklanması için öngörülen bir süre varsa bu süreye uyacak; yoksa verileri, ancak işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edebilecektir. Bir verinin daha fazla saklanması için geçerli bir sebep olmaması durumunda, o veri silinecek veya anonim hale getirilecektir. Gelecekte kullanma ihtimalinin varlığına dayanarak veri saklanamayacaktır. Veri sorumlusu, Kanunun 16. maddesi uyarınca Sicile kayıt için başvuru yaparken kişisel verilerin işlendikleri amaç için gerekli olan azami süreyi bildirmek zorundadır*” denilmektedir.

⁷⁸² Aynı yönde Handbook on European Data Protection Law, 125; Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 42.

⁷⁸³ Tütüncübaşı, *Kişilerin Kendisine*, 49.

⁷⁸⁴ Handbook on European Data Protection Law, 129.

⁷⁸⁵ Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 54.

⁷⁸⁶ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 220; Tütüncübaşı, *Kişilerin Kendisine*, 48.

⁷⁸⁷ Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 54.

⁷⁸⁸ Handbook on European Data Protection Law, 125.

gerekli olan en az sayıda veriyi kullanmalıdır.⁷⁸⁹ Çünkü bu ilke, toplanan kişisel veri miktarının verilerin toplanması ve daha sonra işlenmesi amaçlarını başarmak için zorunlu olan miktarla sınırlı olmasını gerekli kılmaktadır.⁷⁹⁰

Kişisel sağlık verileri ile ilgili olarak mülga Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetin Sağlanması Hakkındaki Yönetmelik'in 5. maddesinin ikinci fıkrasında *“İşlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma”*, üçüncü fıkrasında *“Sağlık hizmeti sunumunda görevli kişiler, ilgili kişinin sağlık verilerini ancak verilecek olan sağlık hizmetinin gereği ile sınırlı olmak kaydıyla işleyebilir.”* düzenlemeleri yer almaktaydı. Esasında bu durum bu gereksiz bir tekrardan ibaretti. Çünkü zaten ikinci fıkra da kişisel sağlık verilerinin işlenmesinde uyulması gereken ilkeler sayılırken konulan sınırlı ve ölçülü olma ibaresi amaca hizmet etmekteydi. Ancak idare, anladığımız kadarıyla ölçülülük ilkesine ayrıca ve özel bir önem vermekte ve bu şekilde peş peşe iki kez tekrarlama ve böylelikle özellikle ve ayrıca vurgulama yolunu seçmiş bulunmaktaydı.

Yürürlükteki Kişisel Sağlık Verileri Hakkındaki Yönetmelik ise kişisel sağlık verilerine erişime özel bir önem vermiş ve daha çok bu erişimin türlerine ve kapsamına ilişkin düzenlemeler yapma yolunu tercih etmiştir. Zira bu ilkeler zaten kanuda açıkça düzenlenmiştir. Ancak Yönetmelik, kişisel sağlık verilerinin işlenilmesine hâkim olacak ilkeleri özel olarak belirleme ve sınırlarını çizme yolunu tercih etmemiştir. Ancak yine de 5/1 maddesinde *“Kişisel verilerin işlenmesinde Kanunun 4. maddesinde yer alan genel ilkeler başta olmak üzere, Kanunda yer alan bütün esaslara riayet edilir”* diyerek bu yönüyle kanuna göndermede bulunmakla yetinmiştir. Bu anlamda düzenleme yetersizdir. Çünkü özel bir konuya ilişkin olarak çıkarılan bir yönetmelikten beklenen temel görev, kanunu açıklamak, yani uygulamada daha kolay anlaşılabilir ve uygulanabilir kılmak, bu yönüyle kanunun özgürler lehine getirdiği koruyucu kısıtlamaları en azından bir adım daha ileri götürmektir. Bu husus bizzat Anayasa'nın 124. maddesinde *“Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler”* şeklinde ifade edilmiştir. Yani yasa koyucu yönetmeliklerin hangi amaca

⁷⁸⁹ Tütüncübaşı, *Kişilerin Kendisine*, 48; Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 220.

⁷⁹⁰ Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 54.

hizmet etmek için çıkarılabileceğine o kadar büyük bir önem vermiştir ki bu hususu bizzat Anayasa ile düzenleme altına almıştır. Bu açıdan bakıldığında yeni Yönetmelik bu anlamda kendisinden beklenen asli vazifeyi yerine getirememektedir. Çünkü kişisel sağlık verilerinin işlenmesine hâkim olan temel ilkeleri bizzat kanun saydığı halde, yönetmelik bu ilkelerin sınırlarını çizme, içeriklerini belirginleştirilerek uygulanmasını sağlama anlamında hiçbir hususu düzenleme altına almadığı gibi sadece kanunda belirtilen ilkelere riayet edileceğine dair bir yollama yapmakla yetinmiştir. Bu nedenle yönetmelik kendisinden beklenen görevi ifa edememektedir. Ayrıca yönetmeliğe konulan bu yollama oldukça gereksiz olmuştur. Çünkü yollama yönetmelik metninde olmasaydı dahi, temel bir hukuk ilkesi olan kanunlar hiyerarşisi ve bu kapsamda kanunların yönetmeliklerin üstünde olması nedeniyle bu ilkeler kişisel sağlık verileri yönüyle de zaten uygulanmak zorunda olacaktı.

Somut olarak inceleme konumuz olan ölçülülük ilkesine dönecek olursak; bu ilke öncelikle işlenen verinin, “*toplandığı amaçla bağlantılı olmasını*” şart koşturmaktadır. Bağlantılı veri ise “*amaca ulaşmak için işlenmesi zorunlu olan veri*” olarak kabul edilebileceği gibi sadece “*amaca daha kolay, hızlı ve ucuz şekilde ulaşmayı sağlayacak veri*” olarak da kabul edilebilir. Bu görüşlerden ilkinin kabulü, özellikle ölçülülük ilkesinin amaç için gerekenden fazla veri işlenmemesi gereğini de kapsadığı göz önüne alınırsa özgürlükleri koruyucu hizmet etmesi yönüyle daha isabetlidir. Ölçülülük ilkesinin bu boyutu kişisel verilerin, amacın gerçekleştirilmesi için zorunlu olan miktarda olacak şekilde işlenebilmesini mecbur tutmakta ve bu miktarı aşan şekilde veri işlenmesini yasaklamaktadır.⁷⁹¹

Bu ilke aynı zamanda, kişisel verilerin daha sonra ortaya bir kullanım olanağı çıkması olasılığına dayanarak toplanmasını da engellemektedir. Bu sayede kişisel veriler, amaca daha sonra hizmet edebilecekleri gerekçesiyle depolanamayacaklardır. Bu anlamda sadece mevcut ve belirli bir amaca ulaşmak için zorunlu olan verinin işlenmesi mümkündür.⁷⁹² Yani gereksiz şekilde fazla ve yasal amaç taşımadan verilerin bohça halinde toplanması, saklanması, bir torbaya atılması gibi durumlar ölçülülük ilkesinin ihlalini oluşturacaktır. Kişisel veriler, gelecekteki muhtemel amaçlar için değil, hali hazırdaki “mevcut” amaçlar için toplanabilir ve işlenebilir.

⁷⁹¹ Akdağ, *Türk Ceza*, 74.

⁷⁹² Akdağ, *Türk Ceza*, 74.

Kişisel sağlık verileri yönüyle bakıldığında, sağlık hizmeti almaya gelen bir hastaya sorulan soruların kapsamı belirlenirken teşhis ve tedavisi ile ilgili olmayan hususların ihtiyaç olur düşüncesi ile kapsama alınarak sorulması⁷⁹³ suretiyle toplanan veriler, ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil eder. Bu şekilde toplanan verilerin işlenmesi de yasaya aykırılık taşıyacak ve veri işleme faaliyeti hukuka aykırı olacaktır.

Ölçülülük ilkesinin bir boyutu da “*verinin amaca ulaşmak için gerekenden az olmaması*”dır. İşlenme amacının gerçekleştirilmesi için gereken miktarda verinin işlenmemesi hem veri sorumlusunun hem de veri süjesinin zarar görebileceği hataların yapılması riskini taşımaktadır. Bu yönüyle somut olarak verilerin işlenmesi gayesini oluşturan faaliyetin sonucunun, elde ek veriler olsa idi farklı olacağı söylenebiliyorsa amaç için yeterli miktarda kişisel veri işlenmemiş demektir.⁷⁹⁴ Bu durum da ölçülülük ilkesine aykırı olduğundan verilerin yeterli düzeyde toplanmamış olması nedeniyle bireysel zararlar oluşur ise hukuka aykırı bir veri işleme faaliyete gerçekleştirilmiş olduğundan görevlilerin (idare hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde) hukuki sorumluluğu doğabilecektir.

Olanaklı olan en az sayıda verinin elde edilmesi yönüyle bu ilke, veri toplamayla ilgili görev gören teknoloji ürünleri açısından da dikkate alınması gereken bir ilkedir. Güvenlik gerekçeleriyle kamera kurulmuş bir işletmeyi düşünelim. Mağaza içindeki kameraların, mağazanın dışını da görüş alanı içine alması durumunda amacı aşan oranda veri toplanması söz konusu olacaktır. Nitekim Almanya’da görülen bir davada mahkeme, market önündeki kaldırımın en fazla bir metre çapında izlenebileceğini karara bağlamıştır. Bu durum, kayda alınan yer işletmecinin bizzat kendi malı olsa bile geçerlidir. Mahkemeye göre sokakta yürüyene gözetlenmedikleri bir alan bırakılmalı ve sosyal yaşam burada korkusuz bir şekilde akmaya devam etmelidir. Aksi halde verilerin korunması hukukuna olan güven zedelenir.⁷⁹⁵

1.2.6.1.3. Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenme Usulüne İlişkin İlkeler

KVKK’nin 6. maddesinde “*Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak...amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir*” denilmekte ve

⁷⁹³ Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 35.

⁷⁹⁴ Akdağ, *Türk Ceza*, 74.

⁷⁹⁵ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 221.

böylelikle özel nitelikli kişisel veri niteliğinde olan kişisel sağlık verilerinin işleme usulüne yer verilmektedir.

Hükümde açıkça belirtildiği üzere, kişisel sağlık verilerini ancak sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler ve yine aynı yükümlülük altında bulunan kurum veya kuruluşlar tarafından işlenebilecektir. İşleme faaliyeti ise kişisel verilerin işlenmesinde geçerli olan genel kurala aykırı şekilde açık rıza olmaksızın yapılabilecektir. Öyleyse yasa koyucu, kişisel sağlık verilerinin işlenmesi usulüne ilişkin olmak üzere bir temel şart koymakta, bir genel ve temel şartı da kaldırmaktadır. İşlemeyi yapacak kişi, yani işleme faaliyetinin öznesi bakımından isabetli bir şekilde sınırlandırmaya gitmekte ve ancak belli niteliklere sahip kişiler tarafından işleme ilkesi de denilebilecek bir yöntemle işleme faaliyetinin gerçekleştirilebileceğini düzenleme altına almaktadır. Bu kişiler sır saklama yükümlülüğüne sahip kişilerdir.

Kanun metninde geçen kurum ve kuruluşlar ifadesi ile kanun koyucunun amacının özel nitelikli kişisel veri olan kişisel sağlık verilerine daha ayrıcalıklı bir koruma sistemi getirmek, kişisel sağlık verilerini işlemeye yetki vermek olduğunu, bunun şekli konusunda ilgili kurum ve kuruluşu tamamen serbest bırakma iradesinin bulunmadığını ve bu sebeple yetkili kurum ve kuruluşların tüzel kişi olmaları nedeniyle kendiliklerinden bir faaliyet icra edemeyeceklerini, bu amaçla mutlaka gerçek kişileri kullanmalarının gerekeceğini, bu kişilerin de ancak sır saklama yükümlülüğü altında olan kişilerden seçilebileceğini, yasa koyucunun bunu ayrıca belirtmeye gerek duymadığını, bunun da hayatın olağan akışına uygun olduğunu düşünmekteyiz. Yani esasında yetkili kurum ve kuruluşlar ibaresi mevzuat tekniği açısından çok da uygun bir ifade olmamıştır.

Kişisel sağlık verilerinin işlenmesi ile ilgili bir diğer usulü düzenleme “*belli sistemler üzerinden işlenebilme ilkesi*” olarak isimlendirebileceğimiz ilkeyi hayata geçiren düzenlemedir. Bahse konu düzenleme mülga Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetin Korunması Hakkındaki Yönetmelik’te bulunmaktaydı. Buna ilişkin olarak Yönetmelik’in 5/5 maddesi “*Sağlık hizmeti sunucularında veri işleyen kişiler, kişisel sağlık verilerini, sağlık hizmeti sunucularının tamamen veya kısmen otomatik olan ya da otomatik olmayan her türlü sistemleri, Bakanlığın ülke genelinde hizmet vermek amaçlı kurulan sistemleri ve merkezi sağlık veri sistemi ile*

Genel Müdürlüğün onayladığı diğer veri kayıt ortamları haricinde hiçbir yere kopyalayamaz, kaydedemez ve depolayamaz.” şeklindeydi. Yönetmelik bu maddesi ile kişisel sağlık verilerinin nerelerde işlenebileceği, depolanıp kaydedilebileceği konusunda esaslı sınırlamalar getirmişti. Buna göre kişisel sağlık verileri sadece bakanlıkça kurulan merkezi sağlık veri sistemi, sağlık hizmeti sunan kuruluşların sistemleri ve Sağlık Bakanlığı Sağlık Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğü’nce onaylanan diğer yerlere kaydedilebilecek, ancak o sistemlerde depolanabilecekti. Buna göre örneğin özel bir sağlık kuruluşunda çalışan bir görevli bu tip verileri kesinlikle şahsi bilgisayarına kopyalayamayacağı gibi bu verilerle ilgili hiçbir işlemi yine şahsi bilgisayarını ya da cep telefonu ile yapamayacaktı. İşte bu durumda kişisel sağlık verilerinin işleme usulüne ilişkin olan ve verileri koruyan önemli bir ilke idi.

Bu yönetmeliği yürürlükten kaldıran yürürlükteki Kişisel Sağlık Verileri Hakkındaki Yönetmelik’in 5 maddesinde ise “(4) Sağlık hizmeti sunucuları tarafından; banko, gişe ve masa gibi bölümlerde yetkisi olmayan kişilerin yer almasını önleyecek ve aynı anda yakın konumda hizmet alanların birbirlerine ait kişisel verileri duymalarını, görmelerini, öğrenmelerini veya ele geçirmelerini engelleyecek nitelikte gerekli fiziki, teknik ve idari tedbirler alınır. (5) Sağlık hizmeti sunucuları, tahlil ve tetkik sonuçları gibi hastaya ait kişisel sağlık verilerini içeren basılı materyal üzerinde gerekli kısmî kimliksizleştirme veya maskeleyme tedbirlerini uygular ve söz konusu materyalin yetkisiz kişilerin eline geçmesi hâlinde kime ait olduğunun tespit edilmesini zorlaştıracak diğer tedbirleri alır.” denilmekte ve kişisel sağlık verileri işlenirken gerekli gizlilik önlemlerinin alınması hususuna vurgu yapılmaktadır. Ancak bu yeni Yönetmelik’te belirtilen şekilde kişisel verilerin sadece belli sistemler üzerinde işlenmesini zorunlu kılan bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce bu önemli bir eksiklik olmuştur. Çünkü KVKK 12. maddede tüm kişisel veriler ile ilgili genel veri güvenliği ilkeleri düzenlenlem altına alınmıştır. Bu genel ilkelerin kişisel sağlık verileri özelinde nasıl anlaşılıp yorumlanacağı ve uygulanacağını bizzat bu Yönetmelik’le gösterilmesi gerekiyordu.

Yönetmelik’in 5/2 maddesinde “Herkesin sağlık durumunun takip edilebilmesi ve sağlık hizmetlerinin daha etkin ve hızlı şekilde yürütülmesi maksadıyla, Bakanlık ile bağlı ve ilgili kuruluşlarınca gerekli kayıt ve bildirim sistemi kurulur. Bu sistem, e-Devlet uygulamalarına uygun olarak elektronik ortamda da oluşturulabilir. Bu amaçla

Bakanlık tarafından, bağlı ve ilgili kuruluşları da kapsayacak şekilde ülke çapında bilişim sistemleri kurulabilir” denilerek bu konuda bir sistem kurup kurmama konusunda Sağlık Bakanlığı’na takdir yetkisi verilmektedir.

Aslında kişisel sağlık verilerinin çok değişik nitelikler gösterebilmesi nedeniyle bu takdir yetkisi verilmesi ilk bakışta isabetli gibi görülse de tüm ülkede uygulama birliği sağlamak, tek kaynaktan bulunan verilerin güvenliğinin sağlanmasının daha kolay olacak olması, bir kişisel veriye erişim sağlanması gerektiğinde çok daha hızlı ve kolay bir erişim imkânı verecek olması nedenleriyle kişisel verilerin üzerinde elektronik ortamda yapılacak tüm işleme faaliyetlerini tek merkeze bağlı bir sistem üzerinden işlenmesinin açıkça zorunlu tutulması çok daha isabetli olacaktır. Bu durum özellikle kişisel sağlık verilerin depolama güvenliğinin yani muhafazasının ve işleme güvenliğinin sağlanması anlamında da önemlidir.

Özetle belirtmek gerekirse pozitif hukukumuz açısından kişisel sağlık verilerinin işlenmesinin usulü ilkeleri; **a-** yasa ile yetkili kılınan kişiler tarafından işlenebilme, **b-** yasa ile yetkili kılınmış kurum ya da kuruluşlar tarafından işleyebilme, **c-** açık rıza alınması zorunluluğun bulunmaması, **d-** ancak amaca hizmet edecek süre kadar işleme ve muhafaza etme, **e-** veri güvenliğine yönelik ilkeler şeklinde sıralanabilir. Bu ilkelere bakıldığında, ilk ikisinin kişisel sağlık verilerinin gizliliğini muhafazaya yönelik olarak kabul edilen şekli ilkeler olduğu görülmektedir. Bu yönüyle her ikisi de aynı amaca hizmet edici nitelik taşımaktadır. Bu nedenle bu iki ilkesinin kişisel sağlık verilerinin gizliliği ortak başlığı altında incelenmesi amaca edeceği hizmet yönüyle daha doğru bir tercih olacaktır. Sonrakiler ise ayrı başlıklar altında incelenmelidir. Öyleyse netice itibarıyla kişisel sağlık verilerini işleme usulüne ilişkin olarak iç hukukumuz yönüyle denilebilir ki kişisel sağlık verileri gizlidir ancak işlenmeleri için kural olarak rıza alınmasına gerekmemektedir.

1.2.6.1.3.1. Amacın Gerektirdiğinden Daha Uzun Süre Muhafaza Edilmeme

Amaca bağlılık ilkesinin doğal sonucu olarak da görülen bir husus kişisel verinin “*amacın gerektirdiği süre kadar*” muhafaza edilebilmesidir.⁷⁹⁶ Verilerin işleme amacının ortadan kalkması, ulaşılmak istenen amaç için işleme konusu verilere ihtiyaç kalmaması veya amaca ulaşılmış olması dolayısıyla verilerin daha fazla tutulmasının

⁷⁹⁶ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 93; Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 227; Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 42.

gereksiz hale gelmesi hallerinde, amaç ve veri arasındaki sebep - sonuç ilişkisi ortadan kalkmış olacağından verilerin toplanması veya işlenmesi amaç bakımından gereksiz ve dolayısıyla orantısız hale gelecektir.⁷⁹⁷ Örneğin, bir iş sözleşmesinin kurulmuş olmasının gerektirdiği işverene ait yükümlülüklerin yerine getirilmesi için işçiye ilişkin toplanan verilerin işlenmesi hem toplanma amacıyla orantılı hem de bu amacın bir gereğidir. Ancak bu gerek üzerine daha önce toplanan verilerin, aradaki illiyet bağıını kaldıran bir durum oluşmasına rağmen, örneğin işçinin işten ayrılmasına rağmen, işveren tarafından işlenmeye devam edilmesi veya olası ilerideki kullanımlara yönelik olarak depolanması hukuka aykırıdır. Bu durum ölçülülük ilkesinin doğal bir sonucudur. Veri ekonomisi olarak da değerlendirebileceğimiz verilerin gerektiğinden fazla işlenmesinin önüne geçmeyi konu alan bu ilkenin amacını, kişilerin, verilerinin işlenmesinden doğan kişilik haklarının ihlal edilme riskinin en aza indirilmesi oluşturmaktadır.⁷⁹⁸

Bu ilke gereğince kişisel verilerin işlenmesi ile hedeflenen amacın ortadan kalktığına anlaşılmaması, amaca ulaşmak için kişisel verinin işlenmesinin gereksiz olduğunun ortaya çıkması ya da amaca ulaşıldığı için artık kişisel verinin tutulması gerekliliğinin ortadan kalkması gibi durumların gerçekleşmesi hallerinde kişisel veri ile amaç arasındaki illiyet bağı sona erer⁷⁹⁹ ve artık kişisel verilerin işlenmeye devam edilmesi ölçülülük ilkesine aykırı olur. Bu anlamda kişisel verilerin “*yeri geldiği zaman*” kullanılmak üzere bekletilmesinin önüne geçilmektedir.⁸⁰⁰ Aksi durum haklı gerekçelerle bir kez edinilen kişisel verilerin süreye bağlı olmaksızın kayıt altında tutulmasına yol açacaktır. Bu gibi durumlarda ise bireysel özerklik, bireyin maddi ve manevi bütünlüğü ve özel yaşamın gizliliği hakkı gibi değerler zarar görebilecektir.⁸⁰¹

Kişisel verilere artık gereksinim duyulmadığı noktada iki yoldan biri tercih edilebilir: Kişisel veriler ya ortadan kaldırılır ya da anonimleştirilerek saklanır.⁸⁰² Bu

⁷⁹⁷ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 227; Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 42.

⁷⁹⁸ Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 43.

⁷⁹⁹ Benzer mahiyette bkz. Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 227.

⁸⁰⁰ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 93.

⁸⁰¹ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 94; Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 210.

⁸⁰² Konuyla ilgili 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkındaki Kanun’un 7/1. maddesi şöyledir: “*Bu Kanun ve ilgili diğer kanun hükümlerine uygun olarak işlenmiş olmasına rağmen, işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması hâlinde kişisel veriler resen veya ilgili kişinin talebi üzerine veri sorumlusu tarafından silinir, yok edilir veya anonim hâle getirilir.*”. Kişisel Verilerin Korunması Hakkındaki Kanun’un gerekçesinde de konuya ilişkin olarak “*Bir verinin daha fazla saklanması için geçerli bir sebep olmaması durumunda, o veri silinecek veya anonim hale*

kapsamda verileri silme ya da anonimleştirme işlemini gerçekleştirecek veri sorumlusu, kendi başına bu hareketin de veri işleme kapsamında olduğunu, dolayısıyla bu işlemler yapılırken de diğer ilkelere uyulması gerektiğini göz önünde bulundurmalıdır.⁸⁰³

AİHM de çeşitli kararlarında⁸⁰⁴ verilerin gerekenden uzun süre tutulmasının sakıncalarına dikkat çekmiştir. Şüphelilerin parmak izi, DNA profili ve hücre örneklerinin ulusal bir veri tabanına aktarılmasına ilişkin bir başvuruyu değerlendirdiği kararında Mahkeme, kayıt altına alınabilir suç dolayısıyla herhangi bir yaştaki herhangi bir kişinin parmak izi ve DNA örneklerinin belirsiz bir süre saklanmasına izin veren uygulamayı Sözleşme'nin 8/1 hükmüne aykırı bulmuştur.

Milli mahkemelerimiz açısından bakıldığında ise Danıştay, kamu kurum ve kuruluşlarının yürüttükleri kamu hizmeti sırasında elde ettikleri tüm kişisel verilerin her zaman hizmetin yürütülmesi anlamında gerekli olduğunun kabul edilemeyeceği görüşündedir. Buna örnek olarak Diyanet İşleri Başkanlığınca düzenlenen Aile İrşat ve Rehberlik Büroları Çalışma Yönergesi'ne yönelik olarak verdiği iptal kararı gösterilebilir. Bahse konu kararda⁸⁰⁵ Danıştay *“Kamu kurum ve kuruluşlarının yürüttükleri kamu hizmeti sırasında hizmetten yararlanan kişilerin bazı kişisel verilerine ulaşmaları hizmetin yürütülebilmesi için zorunluluk taşımaktadır. Ancak, ulaşılan bu kişisel verilerin hiçbir ayırım gözetilmeksizin tümünün yazılı bir şekilde aylık periyotlarla kayıt altına alınması, Anayasa'nın 20. maddesi ile korunan özel hayatın gizliliğine aykırılık oluşturacağı gibi; tüm kişisel bilgilerin, her zaman, yürütülen hizmet için gerekli olduğundan söz edilemeyeceği açıktır.”* demek suretiyle bu şekilde ayırım gözetilmeksizin, herhangi bir sınırlandırma olmaksızın tüm kişisel verilerin kayda alınmasını yani işlenmesini gerektiren düzenlemeyi Anayasa'nın 20. maddesi ile güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle iptal etmiştir.

1.2.6.1.3.2. Kişisel Sağlık Verilerinin Gizliliği

Kişisel sağlık verilerinin işlenmesinde tüm veri işleyenler tarafından uyulması zorunlu birtakım kaideler bulunmaktadır. Özellikle verilerin artık elektronik ortamlarda işlenmesi nedeniyle elektronik veri koruma standartları göz önünde bulundurulmak

getirilecektir.” ifadesi kullanılmaktadır.

⁸⁰³ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 228.

⁸⁰⁴ AİHM, S. ve Marper – Birleşik Krallık, 30562/04 ve 30566/04.

⁸⁰⁵ D. 10. D., 26.05.2015, E. 2011/7001, K. 2018/2573, [http:// www. ankarabarusu. org. tr/ images/ diger/ 63/ dan10id. Pdf](http://www.ankarabarusu.org.tr/images/diger/63/dan10id.Pdf), E.T. 24.03.2020, Ayrıca bkz. Tütüncübaşı, *Kişilerin Kendisine*, 49.

zorundadır. Bu yönüyle kişisel sağlık bilgilerini içeren her türlü tıbbi kayıtlara ilişkin bir elektronik sağlık yönetimi oluşturulurken uluslararası alanda geçerliliği olan ve standart haline gelmiş gizlilik, güvenlik, hesaplanabilirlik ve veri bütünlüğü ilkelerinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir.⁸⁰⁶

Yukarıda sözü edilen ilkeler içerisinde belki de en önemli olan ilke “gizlilik ilkesi”dir. Zira sağlık hizmeti sunucularının hastalarını doğru şekilde tedavi edebilmeleri için hastaya ait çok özel bilgilere ihtiyacı vardır.⁸⁰⁷ Çünkü geleneksel olarak hasta-doktor ilişkisi teşhis ve tedavi etrafında dönmekte ve gizlilik süreçte olması gereken güvenin temel unsurlarından biri, adeta merkezi niteliği taşımaktadır.⁸⁰⁸ Yani hekimlerin ve hekimlerin tüm yardımcılarının hastasının bilgilerini gizli tutması genel yükümlüğü bulunmaktadır.⁸⁰⁹ Bu nedenle yasal mevzuat çerçevesinde açıkça izin verilen haller dışında sağlık hizmetinin sunumu kapsamında edinilen bilgiler hiçbir şekilde açıklanamazlar.⁸¹⁰

Kişisel verilerin amaç dışında kullanılmasını önlemenin yolu öncelikle bunların kaydedilmelerini engellemek olabilir ancak bu durum amaca ulaşmaya engel olacaksa (verilerin kaydedilmesi zorunlu ise) o zaman da kayıtların gizli tutulması gereklidir. Bu kayıtların başkalarına aktarılmaması gizli tutulması kapsamında⁸¹¹ olmakla birlikte, kişisel sağlık verilerinin sadece belli kişiler ve kuruluşlar tarafından işlenebilmesi de bu amaca hizmet edici bir kısıtlama niteliği taşımaktadır.⁸¹²

Pek çok uluslararası düzenlemede koruma altına alınan gizliliğin genel olarak üç yönünün bulunduğu ifade edilebilir. Bunlar sırasıyla: Mekânsal gizlilik, şahsi gizlilik ve bilgisel gizlilik şeklinde sıralanabilir.⁸¹³

Mekânsal Gizlilik: Bireyin etrafındaki fiziksel ortamlar itibariyle korunması anlamına gelir. *Şahsi Gizlilik:* Bireyin içinde bir şekilde rol aldığı bireysel yaşamının

⁸⁰⁶ Mehmet Demir, *Hasta Tasarrufları ve Tıbbi Kayıt: Alman Hukukunda Konuya İlişkin Yasal Düzenleme*, Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010 Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2011, 607.

⁸⁰⁷ Encyclopedia Of Privacy, 377.

⁸⁰⁸ Carr, *Beginning Medical*, 22; Ferguson, *Should A Doctor*, 6; Hope, Savulescu and Hendrick, *Medical Ethics*, 98.

⁸⁰⁹ Hope, Savulescu and Hendrick, *Medical Ethics*, 102.

⁸¹⁰ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 84.

⁸¹¹ Gürpınar, *Kişisel Verilerin*, 683.

⁸¹² Yüksel, *Kişisel Sağlık*, 2.

⁸¹³ Mehmet Ali Zengin, *Biyoloji Uygulamaları*, 132.

korunmasını ifade eder. *Bilgisel Gizlilik*: Kişi hakkında bilgiler barındıran özel verilerinin işlenmesine yönelik tüm faaliyetlerin denetim altında bulundurulmasını ifade etmektedir.⁸¹⁴

Tıp hukuku yönüyle kişisel verilerin korunması, yakın zamana kadar hasta mahremiyeti ve hekimin sır saklama yükümlülüğü bağlamında görülmüş ve önem taşımıştır. Esasında bu bakış açısı hatalı da değildir. Çünkü hasta, mahremiyetinin ve sırlarının saklanacağına olan güven içinde ve bu güven sayesinde en özel bilgilerini hekimi ile paylaşmaktadır.⁸¹⁵ Daha teknik bir deyişle sağlık hizmeti sunucularının gizliliğe riayetleri, hastalara hekime karşı daha açık ve dürüst olma konusunda daha fazla güven vermekte, bu yönüyle güven artırıcı bir fonksiyon görmektedir.⁸¹⁶ Güven ise hastanın hekime başvurusunda en önemli unsurdur.⁸¹⁷

Paylaştığı bilgilerin başkasının eline geçebilmesi veya paylaşılması riski, hastayı doğru bilgi verme yani bilgilerini veri işleyenlerle paylaşma konusunda tereddütte bırakabilecek⁸¹⁸ ya da doğrudan sağlık hizmeti almaktan vazgeçebilecektir. Bu durumun ise kamu sağlığı vb. üzerinde olumsuz etkileri olacaktır.⁸¹⁹ İşte bu nedenle hasta mahremiyeti ve gizliliği halk sağlığı ve güvenliği ile yakından ilgili bulunmaktadır.⁸²⁰

Kişisel sağlık verilerinin toplandığı ve işlendiği bilgi sistemlerindeki verilerin hangi amaçlarla, hangi durumlarda ve nasıl kullanılacakları konusunda yeterli denetim mekanizmalarının olmaması halinde ise veri mahremiyetinin korumasına yönelik endişeler ortaya çıkabilecektir. Bireyin sağlık verilerinin yeterli düzeyde korunmadığına yönelik şüphesi ise sağlık hizmetlerinden faydalanmaktan kaçınması sonucunu doğuracak ve bu durum hem bireysel hem de toplumsal düzeyde oldukça ağır zararlara yol açabilecek⁸²¹ ve bu nedenle sağlık hizmeti sunulması ile ulaşılmak istenen amaçlara ulaşılmasına engel olacaktır. Bunu önlemeye yönelik olarak ise akla ilk olarak sağlık çalışanlarının sır saklama yükümlülüğü gelmektedir. Bu yükümlülüğü, sağlık

⁸¹⁴ Mehmet Ali Zengin, *Biyoloji Uygulamaları*, 132.

⁸¹⁵ Somer, *Tıbbi Kayıtlar*, 543.

⁸¹⁶ Ferguson, *Should A Doctor*, 1.

⁸¹⁷ Hasan Özkan ve Sunay Öner Akyıldız, *Hasta – Hekim Hakları ve Davaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, 66.

⁸¹⁸ Somer, *Tıbbi Kayıtlar*, 543.

⁸¹⁹ Carr, *Beginning Medical*, 22.

⁸²⁰ Encyclopedia Of Privacy, 377.

⁸²¹ Yüksel, *Kişisel Sağlık*, 1.

çalışanının sadakat yükümlülüğünden kaynaklanan bir yükümlülüktür⁸²² ve özü itibariyle kişisel sağlık verilerinin korunması amacına hizmet etmektedir.⁸²³ Çünkü hastadaki güven duygusunun boyutu, sağlık çalışanlarının sır saklamasıyla doğru orantılıdır.⁸²⁴ Yani tıpta gizlilik kavramı bir yönüyle hastanın hekimine güvenerek açıkladığı bilgilerin sır olarak korunması sürecini⁸²⁵ ifade etmektedir. Öyleyse gizlilik ve sır saklama kavramlarının esasında aynı amaca hizmet ettiği söylenebilir.

Bu iki kavram birbirine çok yakın olmakla birlikte aralarında küçük farklılıklar da bulunmaktadır. Gizlilik, ülkedeki hâkim otoritenin müdahale edemediği, kişiye özel bir yaşam alanını ifade eder şekilde kullanılmaktadır. Sır saklama ise hastaya ait kişisel bilgileri yetkisiz kişilere açıklamamayı gerektiren ahlaki bir görev olarak görülmüştür.⁸²⁶ Bu nedenle sır saklama gizlilikten farklı olarak kişiye özel kabul edilen bilginin güvenilerek paylaşıldığı bir başka kişiyi daha gerektirmektedir. Bu anlamda gizlilik veri öznesi kişi ekseninde, sır saklama ise kişiler arası ilişkiler ekseninde değerlendirmek gerektiği ifade edilmiştir.⁸²⁷ Bu nedenle bir hasta, sır saklama ilkesine uyulduğu halde gizliliğinin zedelendiğinden yakınabilir. Oysa sır saklama ilkesine uyulmaması halinde gizlilik de doğrudan zarar görecektir.⁸²⁸ Öyleyse gizlilik, sadece bilginin kişiler arasında aktarılmasına değil aynı zamanda bilginin yetki verilmemiş kişilerin eline geçmesine ve her türlü yetkisiz erişime karşı korunmasına da hizmet eden bir vazife görmektedir.⁸²⁹ Bu yönüyle bilginin saklandığı ortamlarda, her ne şekilde olursa olsun yetkisiz erişimlerden korunmasını⁸³⁰ kapsamına alır. Bu göre gizlilik, sır saklama yükümlülüğünü de içine alan ancak ondan daha geniş bir nitelik taşımaktadır. Yani sır saklama yükümlülüğü gizliliğin olmazsa olmaz bir unsuru niteliği taşısa da tek başına gizliliği sağlamaya yeter bir fonksiyon ifa etmemektedir. Bu nedenle sır saklama, gizlilik kavramının bir alt unsurunu oluşturmaktadır. Buna göre denilebilir ki kişisel sağlık verileri gizlidir, bu nedenle başkalarına açıklanmaz, sır niteliği taşımaktadır.

⁸²² Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 59.

⁸²³ Yeşilyurt, *Hastanın Kişisel*, 6.

⁸²⁴ Özkan ve Akyıldız, *Hasta- Hekim*, 66.

⁸²⁵ Yüksel, *Kişisel Sağlık*, 2.

⁸²⁶ Hayrettin Kara ve M. Yücel Ağargün, *Psikiyatrik Etik Açısından Hastaya Ait Bilgilerin Saklanması ve Aktarılması*, Türkiye Klinikleri Journal of Medical Ethics-Law and History, 1996;4(1), 16.

⁸²⁷ Kara ve Ağargün, *Psikiyatrik Etik*, 16.

⁸²⁸ Kara ve Ağargün, *Psikiyatrik Etik*, 16.

⁸²⁹ Benzer mahiyette bkz. Karaarslan, Ergin, Turğut vd., *Elektronik Sağlık*, 2; Yüksel, *Kişisel Sağlık*, 2.

⁸³⁰ Yüksel, *Kişisel Sağlık*, 2.

Bu başlık altında, mahremiyet kavramına da değinmek gerekmektedir. Mahremiyet, özel hayata dair bilgilerin uygun görülen kişiler dışındaki yetkisiz kişilerin öğrenmesinde uzak tutulması durumudur.⁸³¹ Bu yönden bakıldığında kişisel sağlık verilerinin gizliliğinin korunması, hastanın mahremiyet hakkıyla yakından ilişkilidir. Zira klinik bağlamda mahremiyet hakkı, yalnız bırakılma ya da fiziksel mahremiyet hakkının yanında, kişisel ve hassas bilgilerinin gizliliğinin muhafaza edilmesi hakkını⁸³², ifade eder şekilde kullanılmaktadır. Her iki kavram da sağlık hizmetlerinin sunulması esnasında ulaşılan hastaya ait bilgilerin sağlık hizmetlerinden yararlananlar aleyhine kullanılmasını engellemek ve bu bilgileri korumak için ortaya çıkmıştır.⁸³³

Kişisel verilerin korunması, bilgi güvenliğinin sağlanması ve belki de bu sayede bireyin daha özgür hareket etmesi mahremiyet (e önem verilmesinin) bir sonucudur.⁸³⁴ Peki mahremiyet ile gizlilik arasında ne gibi bir ilişki bulunmaktadır? *Sağlık bilgilerinin mahremiyeti*, bir bireyin kişisel sağlık bilgilerine ilişkin olarak tüm veri işleme faaliyetlerinin yapıldığı aşamalar üzerindeki üzerindeki denetim yetkisi olarak, *gizliliği* ise sağlık meslek mensubu – hasta ilişkisi gibi oldukça yakın bir ilişki içerisinde olan iki birey arasındaki var olan güvenin sürdürülmesini amaçlayan, ona hizmet eden bir durum olarak tanımlanmıştır.⁸³⁵ Her iki kavram arasında belirli farklar bulunsa da bilgi mahremiyetinin gizliliğin yerini alan değil onu tamamlayan bir kavram olarak değerlendirilmesinin yerinde olacağı⁸³⁶ savunulmuştur. Yine mahremiyetin, sağlık hizmetlerindeki özel hayata saygı hakkı çerçevesinde, sağlık bilgilerine ulaşılmasının büyük ölçüde hastanın kontrolünde olması ve hastanın bedensel mahremiyetinin sağlanması konusundaki gereklilikleri ortaya koyduğu düşünülmüş ve bu yönüyle kişisel sağlık verilerinin korunmasını, bu süreçte öğrenilen sırların saklanması, hastanın bu bilgilere ulaşabilmesini, bu bilgilerin içinde yanlış ya da eksik bilgilerin bulunması halinde bunların düzeltilmesini içeren talep hakları mahremiyet hakkı kapsamına değerlendirilmiştir.⁸³⁷ Yani bu yönüyle mahremiyet hakkı daha çok kişisel verilerin üzerindeki veri öznesinin denetim yetkisini ifade etmek amaçlı olarak

⁸³¹ Yüksel, *Kişisel Sağlık*, 3.

⁸³² Encyclopedia Of Privacy, 376.

⁸³³ Bardak ve Tengilimoğlu, *Sağlık Alanında*, 225.

⁸³⁴ Yüksel, *Kişisel Sağlık*, 3.

⁸³⁵ Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 63.

⁸³⁶ Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 64.

⁸³⁷ Elif Avaner, *Mahremiyet Nedir? Mahremiyetin Sağlık Hizmetleri Penceresinden Görünürlüğü Nasıldır?*, Türkiye Biyoetik Dergisi, 2018, Cilt: 5, Sayı: 3, 114.

kullanılmaya çalışılmıştır. Ancak bu kabul mahremiyet kavramını daraltıcı bir nitelik taşımaktadır. Biz mahremiyetin kapsam itibarıyla gizlilikten daha dar olduğuna inanmıyor, her iki kavramında esasında aynı anlamda olduğunu düşünüyoruz. İkisi arasındaki tek fark mahremiyetin Arapça bir kelime olmasıdır. Esasında her iki kavram da tanımlamalarında birbirlerini ifade etmek için kullanılmıştır.

Kişisel sağlık verilerinin korunması bakımından usulü anlamdaki en temel vasıflarından birisi gizliliğidir. Hatta kişisel sağlık verileri bu özelliğe herhangi bir mevzuatta yazdığı için değil bizzatı ve mahiyeti gereği kendiliğinden sahiptir. Bu nedenle kişisel sağlık verileri kendiliğinden, mahremiyet haklarının ve sır saklama yükümlülüklerinin konusunu oluşturur. Çünkü mahremiyet ve sır saklama olmazsa kişisel sağlık verileri çok istisnai haller dışında, elde edilemez ve bu nedenle de işlenemezler.

Gizlilik, verilerin kişiye özel olarak kabul edilmesi suretiyle yetkisiz erişim, ifşa ve yayınlama da dâhil olmak üzere her ne surette olursa olsun üçüncü kişilerce öğrenilmesini önlenmeyi amaçlaması nedeniyle verileri koruyucu⁸³⁸ bir fonksiyon ifa etmektedir. Verilerin korunduğundan söz edilebilmesi için verilerin gizliliğinin sağlanması gerekmektedir. Zira gizlilik, bilgilerin yalnızca ona erişme yetkisi olan kişiler tarafından erişilebilir olmasını ve yalnızca açıklamaya yetkili kişiler tarafından ifşa edilmesini sağlar.⁸³⁹ Gizlilik, bilgi güvenliğinin temel bir bileşenidir. Bu verilerin gizli oldukları mevzuat hükümlerinde açıkça belirtilmese de gizliliği sağlamaya yönelik düzenlemelere yer verildiği görülmektedir.

6698 sayılı KVKK'deki kişisel sağlık verilerinin sadece sır saklama yükümlülüğü altında olan kişilerce işlenebileceğinin düzenlenmiş olması ve yine 12. maddesi gereğince veri sorumlularının kişisel verilere hukuka aykırı olarak erişilmesini engellemekle yükümlü tutulması ve yine aynı maddenin 4. fıkrasındaki “*Veri sorumluları ile veri işleyen kişiler, öğrendikleri kişisel verileri bu Kanun hükümlerine aykırı olarak başkasına açıklayamaz ve işleme amacı dışında kullanamazlar. Bu yükümlülük görevden ayrılımlarından sonra da devam eder.*” düzenlemesi kişisel verilerin gizliliğini ortaya koyan ve gizliliğini sağlamaya çalışan bir hükümdür. Bu kısıtlamalar aynı zamanda kişisel sağlık verileri için de geçerlidir.

⁸³⁸ Aynı yönde bkz. Encyclopedia Of Privacy, 117.

⁸³⁹ Encyclopedia Of Privacy, 117.

Kişisel sağlık verileri özelinde Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 23. maddesi Bilgilerin Gizli Tutulması kenar başlığı altında *“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 açıklanamaz.”* denilerek bilgilerin gizliliğini sağlayıcı sınırlandırmaların getirilmiştir (Aynı yönde bkz. Hasta Hakları Yönetmeliği m. 16).

Kişisel Sağlık Verileri Hakkındaki Yönetmelik'in 5. maddesinin 4 ve 5. fıkralarında *“Sağlık hizmeti sunucuları tarafından; banko, gişe ve masa gibi bölümlerde yetkisi olmayan kişilerin yer almasını önleyecek ve aynı anda yakın konumda hizmet alanların birbirlerine ait kişisel verileri duymalarını, görmelerini, öğrenmelerini veya ele geçirmelerini engelleyecek nitelikte gerekli fiziki, teknik ve idari tedbirler alınır. (5) Sağlık hizmeti sunucuları, tahlil ve tetkik sonuçları gibi hastaya ait kişisel sağlık verilerini içeren basılı materyal üzerinde gerekli kısmî kimliksizleştirme veya maskeleyen tedbirlerini uygular ve söz konusu materyalin yetkisiz kişilerin eline geçmesi hâlinde kime ait olduğunun tespit edilmesini zorlaştıracak diğer tedbirleri alır.”* denilmiş olması kişisel sağlık verilerinin gizliliği sağlamaya yönelik olarak kabul edilmiş bir düzenlemedir. Ayrıca yukarıda belirttiğimiz üzere bu düzenleme zayıf kalmış bir düzenlemedir. Çünkü düzenlemede Kanun'un 12. Maddesi n kişisel sağlık verileri özelinde uygulanmasını ve yorumlanmasını kolaylaştıracak bir yolla ve ayrıntılı bir şekilde açıklanmamıştır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin tıbbi kayıtlarla ilgili olan 16. maddesi de bu konuya ilişkin olarak *“Hasta, sağlık durumu ile ilgili bilgiler bulunan dosyayı ve kayıtları, doğrudan veya vekili veya kanuni temsilcisi vasıtası ile inceleyebilir ve bir suretini alabilir. Bu kayıtlar, sadece hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olanlar tarafından görülebilir.”* hükmünü içermektedir.

Yukarıda sözü edilen düzenlemelerin hepsi sağlık verilerinin gizliliği sağlamaya yönelik hükümlerdir. Ancak ne yönetmeliklerde ne de KVKK’de açıkça bu verilerin gizli olduğu yazmamaktadır. Bu nedenle bahse konu düzenlemeleri yetersiz görmekteyiz. Belirtildiği şekliyle sadece kişisel verilerin gizliliğinin korumasını amaçlayıcı düzenlemeler niteliğindedirler.

Mevzuatta kişisel sağlık verilerinin gizli olduğu açıkça yazmamakta ancak bu gizliliği teminat altına almayı amaçlayan düzenlemeler bulunmaktadır. Oysa özellikle kişisel sağlık verileri hakkındaki yönetmelikte bu hususun açıkça yazılmaması önemli bir eksiliktir. Bu husus, Yönetmelik’in en başında, hemde kişisel sağlık verilerine ilişkin temel ilkeler sıralanırken belirtilmesi gereken çok önemli bir özelliktir. Bu şekilde söz konusu husus Yönetmelik’in en başında belirtilmiş olsaydı, bu veriler ile ilgili olarak yürütülecek tüm faaliyetler esnasında göz önüne alınması gereken temel bir nitelik vasfı taşıyacaktı. Ancak mevcut durum itibarıyla ilgili veri işleyenler mevzuatta sadece somut olarak belirtilmiş bulunan yasaklamalara riayet ettiklerini belirterek kendilerine yöneltilebilecek sorumluluklardan kurtulabileceklerdir. Belirttiğimiz şekilde temel bir ilke olarak belirlenmiş ve düzenleme altına alınmış olsaydı, yönetmelikte somut olarak belirtilmiş olup olmamasına bakılmaksızın kişisel verilerle ilgili olarak her ne faaliyet icra ederse etsin gizliliği sağlayıcı şekilde hareket etmesi gerekecek, gerçekleştirdiği her davranışta bu niteliğini göz önünde buldurulması gerekecek ve bu anlamda kolaylıkla sorumluluktan kurtulunamayacaktır. Düzenlemenin mevcut halinde kişisel sağlık verilerinin en temel özelliklerinden birinin bizzat veri öznelerince ifşa edilmedikleri sürece gizli olduklarının açıkça belirtilmemiş olması, önemli bir eksiklik niteliği taşımakta ve düzenlemeyi doğal olanla uyumsuz hale getirmektedir. Tabii olanla uyumsuz olan düzenlemelerin doğuracakları sorunlar nedeniyle hukuk alanında çok uzun bir süre var olmayacakları bir temel hukuk ilkesidir.

Teşhis ve tedavi sürecinin, sağlık hizmetlerinin yürütülmesinin, kamu sağlığının korunmasının her aşamasında (tetkiklerin yapılması, raporların hazırlanması, ilaçların reçete edilmesi, tedavinin planlanması, ilaçların alınması veya tatbik edilmesi gibi süreçlerde) birden fazla kişi hastanın sağlık bilgilerini edinmektedir.⁸⁴⁰ Bu durum kişisel sağlık verilerinin gizliliğinin sağlanmasındaki zorlukları göstermesi bakımından önem

⁸⁴⁰ Aynı yönde Somer, *Tıbbi Kayıtlar*, 543.

taşımaktadır. Bu kapsamda kanaatimizce öncelikle hastayla ilgili tıbbi kayıtları bir şekilde gören ve öğrenen kişisi sayısı azaltılmalı ve bu kayıtları sadece doğrudan ilgili kişiler (doğrudan yetkili görevliler) görebilmelidir. Diğer sağlık çalışanları da dahil olmak üzere başka birisinin görmesi, bu bilgilere ulaşması mümkün olmamalıdır. Bu yönüyle gizlilik niteliğine uygun şekilde bir veri işleme faaliyetinden bahsedilebilmesi için faaliyetin yürütüldüğü kurumda kimin hangi konularda yetkili olduğu önceden belirlenmiş olmalı ve buna uygun şekilde görev ölçütü çerçevesinde yetkilendirmeler yapılmalı ve bu yetkilendirmeler kapsamında olmayan kişilerin kişisel sağlık verilerine ulaşımı engellenmelidir.⁸⁴¹ İlgili kurum ya da kuruluştaki görev yapsa bile yetkilendirme kapsamında kalmayan diğer sağlık çalışanları sadece hastanın açık onayının bulunması halinde kişisel sağlık verilerine erişebilmelidir.⁸⁴² Yine hastanın tıbbi kayıtlarının fiziken yer aldığı dosya ya da klasörler denetimsiz bir şekilde erişime açık bir şekilde bırakılmamalı, elektronik kayıtlar başkaları tarafından görülebilecek, okunabilecek şekilde açıkta bırakılmamalı, kayıtlara elektronik ağlar üzerinden erişim zorunlu haller haricinde mümkün olamamalıdır. Yani kişisel sağlık verilerinin kayıtlı olarak bulundurulduğu elektronik ortamların da gizlilik ve güvenliği üst düzeyde sağlanmalıdır.⁸⁴³

Neticeten kişisel sağlık verilerini işlemeye yetkili kişilerin kimler olduğu, işleme esnasında uyulacak güvenlik ilkeleri, paylaşılabilecekleri kişiler gibi hususların tamamı kişisel sağlık verilerinin gizliliği ilkesi kapsamında kalan hususlardır. Çünkü gizliliğin temel gereksinimi gereği herkes bu verileri işleyememekte ve tüm işleme faaliyetleri esnasında bilgi talepleri olduğunda gizlilik mefhumunun (dar anlamda bakılırsa sır saklama yükümlülüğünün) öne sürülmesi gerekmektedir. Kişisel sağlık verileri gizlidir; bu nedenle herkes işleyemez, gizlidir; bu nedenle herkes öğrenemez, gizlidir; bu nedenle bulunduğu ortamda muhafazasına yönelik tedbirler alınması gerekir, gizlidir; bu nedenle tüm işleme faaliyetlerinin bu ilke gözönüne alınarak yerine getirilmesi gerekir. İşte bunların hepsi gizlilik başlığı altında incelenmesi gereken hususlardır. Bizde bu kapsamda somut olarak yasa ile düzenleme altına alınmış ilkeleri aşağıda ayrı başlıklar altında inceleyeceğiz.

⁸⁴¹ Somer, *Tıbbi Kayıtlar*, 543.

⁸⁴² Somer, *Tıbbi Kayıtlar*, 543.

⁸⁴³ Somer, *Tıbbi Kayıtlar*, 544.

1.2.6.1.3.2.1. Kişisel Sağlık Verilerini İşlemeye Yetkili Kişiler

KVKK'nın 6 maddesinde kişisel sağlık verilerinin ancak “sır saklama yükümlülüğü altında bulunanlar veya yetkili kurum veya kuruluşlar” tarafından işlenebileceği belirtilmektedir. Düzenlemeye göre kişisel sağlık verileri üzerinde her ne türlü işlem yapılması gerekirse gereksin, bu işlemler ancak sır saklama yükümlülüğü altında olan kişiler tarafından yerine getirilebilecektir.⁸⁴⁴ Buna göre kamu görevlisi olsun ya da olmasın görev tanımında sır saklama yükümlülüğü olmayan bir kişi, makamı ya da mevkii ne olursa olsun bu nitelikteki veriler üzerinde hiçbir işlem gerçekleştiremez. Aksine davranışlar hukuka aykırı bir veri işleme faaliyetine dönüşecek ve hem hukuki hem de cezai sorumluluk doğuracaktır.

Sır saklama yükümlülüğünün sağlık çalışanının sadakat yükümlülüğünden kaynaklanan bir alt yükümlülük⁸⁴⁵ olduğundan ve gizlilik niteliğinin önemli ve esaslı bir unsurunu oluşturduğunda bir üst başlıkta ayrıntılı bir şekilde bahsedilmişti. Sır saklama yükümlülüğü ise temel olarak hekimin ve diğer sağlık çalışanlarının hastanın sağlık durumu ya da onun hakkında edindiği kişisel bilgileri üçüncü kişilere aktarmamasıydı.⁸⁴⁶ İşte bu yönüyle kişisel sağlık verilerini işlemek konusundan münhasır olarak yetkilendirilen sır saklama yükümlülüğü altındaki kişiler ve yetkili kurum veya kuruluşlar kimlerdir? Çalışmamızın bu kısmında bu hususun aydınlatılması gerekmektedir. Ancak bu konunun daha iyi anlaşılabilmesi ve anlatılabilmesi açısından sır saklama yükümlülüğünün ne anlama geldiği, bu yükümlülüğün hukuki dayanağının neler olduğu, sır saklama yükümlülüğünün kimlere karşı yöneltebileceği ve en nihayetinde sır saklama yükümlülüğünün kimlere yüklendiği hususlarına değinmek gerektiğini düşünüyoruz.

1.2.6.1.3.2.1.1. Sır Kavramı ve Kişisel Sağlık Verileri ile İlişkisi

Kişisel sağlık verilerinin korunmasına ilişkin ilkeler kısmında da değindiğimiz üzere, hasta bilgilerinin gizliliği ve hasta mahremiyetine saygı gösterilmesi hususunun sağlık çalışanları açısından görünen yüzü sır saklama yükümlülüğüdür. Aslında konu hasta bilgilerinin gizliliği, yani kişisel sağlık verilerin şekli anlamda korunması konusu ile doğrudan ilişkili ve bir anlamda iç içe geçmiş olup, bu kavram meselenin sağlık

⁸⁴⁴ Avrupa Birliği için aynı yönde bkz. Handbook on European Data Protection Law, 336.

⁸⁴⁵ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 566.

⁸⁴⁶ Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 59.

Çalışanları açısından görünen yüzünü ifade ederek konuyu daha da somutlaştırmaktadır. Bu kapsamda sağlık mesleği mensupları ve diğer sağlık çalışanlarının meslek ve sanatlarını yerine getirirken öğrenmiş oldukları sırları açıklamama yükümlülüğü bulunmaktadır.⁸⁴⁷ Bu da kendisini özellikle bilgilerin gizliliğini koruma ve başkalarına vermeme yükümlülüğü olarak göstermektedir.⁸⁴⁸

Sağlık alışanları kural olarak hastalarının ister hastalığı ile ilgili isterse tedavi yöntemleri ve sonuçları hakkında olsun, elde ettiği bilgi ve belgeleri üçüncü kişilerle paylaşamazlar. Bu yönüyle sır saklama borcu sağlık meslek mensuplarının en temel mesleki ykmllklerindenidir.⁸⁴⁹

Sır saklama borcunun konusunu ise sır niteliğindeki bilgiler oluştırmaktadır. Bu nedenle gizliliği korunması gereken sır kavramı ile neyin kastedildiği ve bulanlarla kişisel sağlık verileri arasından ne tür bir ilişkinin bulunduğunun ortaya konulması gerekmektedir.

“Sır”, hukuki, etik ve ahlaki, deontolojik yönü olan disiplinler arası bir kavramdır.⁸⁵⁰ Bu nedenle de zaten sır kavramı farklı şekillerde tanımlanmıştır. Türk Dil Kurumu’na göre “Sır”: “*Varlığı veya bazı yönleri açığa vurulmak istenmeyen, gizli kalan, gizli tutulan şeydir.*”⁸⁵¹ Bu nedenle başkalarının bilgisinden uzak kalması gereken bilgi ve olaylara “sır”, bu alana da “sır alanı” denilmiştir.⁸⁵² Daha somutlaştırmak gerekirse sır, genel olarak herkes tarafından bilinmeyen ve açıklanması sahibinin şeref ve menfaatine, maddi ve manevi varlığına zarar verme tehlikesi gösteren hususlara ilişkin bilgilerdir.⁸⁵³ Yani sahibinin açıklanmamasında yarar gördüğü ve başkaları tarafından daha önce bilinmeyen hususları ifade etmek⁸⁵⁴ için kullanılmaktadır. Bu yönüyle herkesçe bilinen şeyler, sırrın konusu olamaz. Sadece belirli kişiler

⁸⁴⁷ Sevik, *Tıp Ceza*, 790.

⁸⁴⁸ Benzer mahiyette bkz. Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 651.

⁸⁴⁹ Maclean, *Briefcase on Medical*, 162; Maral Törenli akıroğlu, *Hekimin Borçlarından zel Olarak Sır Saklama Borcu*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi- Cilt: 12, Sayı 2, 2010, Yıl: 2012, 164; Dolan, *Medical Records*, 53.

⁸⁵⁰ Yeşilyurt, *Hastanın Kişisel*, 6.

⁸⁵¹ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <https://sozluk.gov.tr/>, (27.05.2020).

⁸⁵² Elçioğlu, *Hasta Hakları*, 16.

⁸⁵³ Cin, *Tıp Etiği*, 60; Serkan Kızılyel, *İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu*, Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara Barosu Yayınları 2008, 214; Hayrunnisa zdemir, *Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Kayda Geçirme ve Sır Saklama Yükümlülüğü*; Sağlık Hukuku Digestası Dergisi, Ankara Barosu Başkanlığı Yayını, Yıl: 1 Sayı:1, 155.

⁸⁵⁴ İzgi ve Oğuz, *Türk Ceza*, 21; zdemir, *Teşhis ve Tedavi*, 155.

tarafından bilinen şeyler sırrın konusu olabilir.⁸⁵⁵ Bu nedenle sırrı, gizli kalması gereken ve halen yetkisiz kişilerce bilinmeye bilgiler olarak görüyoruz.

Bir hususun “sır” kapsamında sayılabilmesi için iki temel unsuru taşıması gerekmektedir.⁸⁵⁶ Bu unsurlar, objektif ve sübjektif unsurlar olarak isimlendirilebilir. *Sübjektif unsur*, bir olay veya davranışın sır alanına dâhil olabilmesi için, kişinin bu alanda iradesinin olması gerekliliğini ifade eder. Kişinin sır saklama iradesi ise onun beyanlarından ve davranışlarından anlaşılabilir.⁸⁵⁷ Kişinin kendisi ile ilgili sır olarak değerlendirdiği bilgilerin üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesini istememesi yönündeki sübjektif iradesidir.⁸⁵⁸ *Objektif unsur* ise, bir bilginin sır alanına ait olabilmesi için onun üçüncü kişiler tarafından bilinmemesini ifade eder.⁸⁵⁹ Yani söz konusu bilginin hâlihazırda ve fiilen başkaları tarafından bilinmemesidir.⁸⁶⁰

İnceleme konumuz açısından daha somut olarak bakılacak olursa sır, açıklanmamasında, gizli tutulmasında hastanın menfaatinin⁸⁶¹, maddi ve manevi yararının bulunduğu tüm bilgilerdir.⁸⁶² Herkese değil de ancak belirli ve sınırlı kişilerle paylaşılan ve gizli tutulmasında hastanın anlaşılır, makul bir nedeninin ve dolayısıyla korunmaya layık bir yararının bulunduğu her türlü veri, tıp hukuku anlamında kişisel veri olarak kabul edilmiştir.⁸⁶³

Sağlık çalışanları bakımından sır kavramından anlaşılması gereken, sadece belirli ve sınırlandırılabilir bir kişi grubu tarafından bilinen ve açıklanmamasında hasta bakımından anlaşılabilir, gerekçelendirilebilir ve dolayısıyla korunmaya layık bir yararı bulunan durum, olgu, vakıalar⁸⁶⁴ olmalıdır. Bu yönüyle gizli tutulmasında yani açıklanmamasında hastanın menfaati bulunan her şey⁸⁶⁵ sır olarak görülebilir. Bu nedenle bir hasta ya da yaralının başkaları tarafından bilinmeyen ve duyulması hoş karşılanmayacak özellikleri ve hastalıkları sır sayılır.⁸⁶⁶ Hastanın herkesçe hoş

⁸⁵⁵ Özdemir, *Teşhis ve Tedavi*, 155.

⁸⁵⁶ Çakıroğlu, *Hekimin Borçlarından*, 171; Özdemir, *Teşhis ve Tedavi*, 155.

⁸⁵⁷ Özdemir, *Teşhis ve Tedavi*, 156.

⁸⁵⁸ Çakıroğlu, *Hekimin Borçlarından*, 171.

⁸⁵⁹ Özdemir, *Teşhis ve Tedavi*, 155.

⁸⁶⁰ Çakıroğlu, *Hekimin Borçlarından*, 171.

⁸⁶¹ Kızılyel, *İdarenin Sağlık*, 215; Yeşilyurt, *Hastanın Kişisel*, 6; Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 65.

⁸⁶² Bardak ve Tengilimoğlu, *Sağlık Alanında*, 65.

⁸⁶³ Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 65.

⁸⁶⁴ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 566; Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 65.

⁸⁶⁵ Yeşilyurt, *Hastanın Kişisel*, 6.

⁸⁶⁶ Murat Kalemoğlu, *Hekimlerin Deontolojik, Cezai ve Hukuki Sorumlulukları*, Nobel Medicus 38, Cilt:

görülemeyen sağlığıyla ilgili hususiyetleri mahiyeti itibariyle sırdır ve bu nedenle de korunması gereken kişisel sağlık verilerine⁸⁶⁷ dâhildir. Sonuç olarak genel anlamda toplumun ayıplamasına, tiksınmesine yol açan ya da hastanın ekonomik durum ve geleceğini etkileyen, saklanması bu nedenlerle yarar hatta zaruret bulunan bilgi ve olayları tıbbî sır olarak nitelemek mümkündür.⁸⁶⁸

Belirtilen nitelikleri taşıması nedeniyle bizzat hastanın muayene edildiğine dair bilgi⁸⁶⁹, yani hastanın kimlik bilgileri⁸⁷⁰, hasta protokol defterinde yazan diğer hususlar⁸⁷¹, bu kapsamda hastanın öyküsü, fiziki ve psikolojik durumuna ilişkin kayıtlı bilgiler, tedavisine ilişkin gözlemler, muayene, tahlil ve tetkik sonuçları ve bu bilgileri içeren hasta dosyası, vakaların ilk durumları ile hastalığın seyir ve sonucunu tespit için çekilen film, fotoğraf ve sunumlarda kim olduğu anlaşılıyorsa bu tür kayıtlar, hasta giriş kağıdı, hastalara içeriden ve dışarıdan verilen, kullanılan ve uygulanan bütün ilaçlar ve tedbirlerle, gündelik iâşe maddelerinin yazıldığı hasta tabelası, tabelada yazılı ilaç tedavi gibi tedbirleri hastalara uygulayan hemşirelerin uygulama sonuçlarını yazdıkları hemşire defteri, bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli, sanık veya diğer kişilerden alınan örnekler, bunlar üzerinde yapılan genetik incelemelere ilişkin raporlar⁸⁷², sağlık harcamalarının bizzat kendileri⁸⁷³ ve sağlık harcamalarını finanse ettiği kaynağa ilişkin bilgiler de sır kapsamına girmektedir.⁸⁷⁴ Hatta hastanın adresi ve hastaneye geldiği hususu dahi sır saklama yükümlülüğü kapsamında⁸⁷⁵ kalan bilgi vasfındadır. Hastanın sadece sağlığı ile ilgili özel bilgiler değil, buna ilaveten kişisel, ailevî, meslekî, ekonomik ve malî durumunu da içeren bilgiler de sır olarak anlaşılmalıdır.⁸⁷⁶ Bu yönden sır kavramının hekim⁸⁷⁷ açısından meslek ahlakının bir gereği olması ve anayasal

13, Sayı 2, 9; Kızılyel, *İdarenin Sağlık*, 214.

⁸⁶⁷ Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet*, 147.

⁸⁶⁸ Cin, *Tıp Etiği*, 60; Kalemoğlu, *Hekimlerin Deontolojik*, 10; Elçioğlu, *Hasta Hakları*, 19.

⁸⁶⁹ Sevük, *Tıp Ceza*, 792; Hakeri, *Tıp Hukuku*, 895.

⁸⁷⁰ Zafer Zeytin, *Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*, Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, 2006- 14, 80.

⁸⁷¹ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 895.

⁸⁷² Sevük, *Tıp Ceza*, 796-797.

⁸⁷³ Sevük, *Tıp Ceza*, 797.

⁸⁷⁴ Zeytin, *Hekimin Sır*, 80.

⁸⁷⁵ Sevük, *Tıp Ceza*, 792.

⁸⁷⁶ Çakıroğlu, *Hekimin Borçlarından*, 171.

⁸⁷⁷ Bu tip hekim tabirleri çalışmamız kapsamında tüm sağlık çalışanlarını ifade edecek şekilde kullanılmaktadır, bkz. Sır Saklama Yükümlülüğü Altında Bulunan Kişiler.

koruma altında bulunması hususlarıyla birlikte düşünülerek geniş yorumlanması gerektiği⁸⁷⁸ ifade edilmektedir.

Tarihsel açıdan bakıldığında tıp alanındaki sırrın kapsamı ile ilgili olarak Hipokrat yemininde önemli bir ifade bulunmaktadır. Yemin metninde “*Gerek sanatımın icrası sırasında gerek sanatımın dışında insanlarla münasebette iken etrafımda olup bitenleri, görüp işittiklerimi bir sır olarak saklayacağım ve asla açığa vurmayacağım*”⁸⁷⁹ denilmektedir. Bu kabule göre sır saklama yükümlülüğü sadece hekimlik mesleğini icra ederken edinilen bilgilerle ilgili değildir. Hekim aynı zamanda mesleki faaliyeti dışında girdiği ilişkilerde edindiği bilgileri de sır olarak saklamakla kendini yükümlü kabul etmektedir.⁸⁸⁰ Hipokrat da sırrın kapsamını oldukça geniş olarak yorumlamıştır.

Tıp hukukunda da hangi bilgilerin sır olduğunun belirlenmesi tıpkı diğer hukuk dallarında olduğu gibi esasında toplumun sahip olduğu bir değerler sorunudur.⁸⁸¹ Bu nedenle bu alanda da sırrın muhtevası toplumlara, zamana ve yere göre değişiklik arz edebilir.⁸⁸² Toplumumuz açısından bakılırsa evli olmayan kadının çocuk doğurması veya düşürmesi, intihar gibi genel itibarıyla toplum içinde kişinin onur ve saygınlığı ile ilgili görülen olaylara dair bilgilerin tamamı sır⁸⁸³ kapsamında kalmaktadır.

Sırrın taşıdığı en önemli niteliği sır sahibinin sırrını başkalarının öğrenmemesi yolundaki iradesi⁸⁸⁴ oluşturmaktadır. Bu yönüyle toplumun ilgisiz kaldığı, hasta tarafından çekinmeden her yerde söylediği hastalıklara ilişkin bilgiler ile mahiyeti gereği hastanın herkes tarafından bilinen yönleri sır kapsamına dâhil değildir.⁸⁸⁵ Yani hastanın kendi isteğiyle bilgilerinin açıklanmasında sakınca görmemesi, bilginin sır niteliğini tamamen ya da kısmen ortadan kaldırmaktadır.⁸⁸⁶ Ancak, bu nitelikteki hususların dahi artık bundan sonrası için gizli tutulması veri öznesi tarafından özel olarak istenmişse sır olarak gizli tutulmaları gerekmektedir.⁸⁸⁷

⁸⁷⁸ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 566.

⁸⁷⁹ Stauch, Wheat and Tingle, *Sourcebook On Medical Law*, 236; Carr, *Beginning Medical*, 15.

⁸⁸⁰ Zeytin, *Hekimin Sır*, 78.

⁸⁸¹ Elçioğlu, *Hasta Hakları*, 19; Erbaş, *Sağlık Mesleği*, 16.

⁸⁸² Erbaş, *Sağlık Mesleği*, 16.

⁸⁸³ Kalemoglu, *Hekimlerin Deontolojik*, 10.

⁸⁸⁴ Cin, *Tıp Etiği*, 60.

⁸⁸⁵ Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet*, 147; Kızılyel, *Sağlık Hizmetlerinin*, 331.

⁸⁸⁶ Cin, *Tıp Etiği*, 66.

⁸⁸⁷ Kızılyel, *Sağlık Hizmetlerinin*, 331; Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet*, 147.

Neyin sır olduğu ve neyin sır olmadığı belirlenirken ortalama bir hasta tipi değil somut hasta esas alınmalıdır.⁸⁸⁸ Yani somut olarak verisi işlenen hastanın bu konuda iradesi esas alınmalı ve hasta çok saçma bir hususun veya gizli kalması gerekmeyen bir hususun dahi gizli kalmasını istiyor ise bu bilgi sır olarak kabul edilmelidir. Çünkü örneğin bir devlet memuru için geçici ses kısıklığı sır kabul edilemeyebilecekken bir ses sanatçısı için gizlenmesi gerekli bir hastalık olabilir ve bu bilginin basına yansıtılması sanatçının geleceği ile ilgili önemli sonuçlar doğuracak tartışmalara yol açabilir.⁸⁸⁹

Sırrın kapsamının belirlenmesi bakımından önem ifa eden bir konu da hastanın hekime açıkladığı bilgilerin sır niteliği taşıyabilmesi için onun hekim olması dolayısıyla açıklanmış olması gerektiğidir. Bu yönüyle hekime, özel bir şahıs olarak açıklanan sırlar açısından hekimin sır saklama yükümlülüğünün bulunmadığı⁸⁹⁰ düşünülmüştür. Bu kapsamda hekimin sır saklama yükümlülüğünün ancak onun hekim olması dolayısıyla açıklanmış olan bilgileri kapsayacağı ve bu nedenle hekimin mesleği dışında özel bir birey olması kapsamında açıklanan sırlar bakımından saklama yükümlülüğü bulunmadığı ifade edilmiştir.⁸⁹¹ Ancak bu tip veriler elbette genel veri olarak korunması gereken veri niteliği taşıyabilirler. Yani bu tip verilerde esasında tamamen korumasız bırakılmış değildir.

Kişisel sağlık verilerine ilişkin olarak sadece hastanın özel yaşam ve gizli alanına ilişkin verilerin kişisel veri olarak kabul edilmesi gerektiği de öne sürülmüştür.⁸⁹² Ancak bu kabul yukarı bölümlerde tartıştığımız üzere kişisel sağlık verilerinin kapsamını oldukça daraltıcı bir nitelik taşımakta ve kişisel sağlık verilerinin sır kavramıyla karıştırıldığını düşündürmektedir. Bu nedenle kanaatimizce hatalı bir yaklaşım tarzıdır.

Sır kabul edilen veriler, kişisel sağlık verilerinin önemli bir kısmını kapsamakla birlikte tamamını ifade etmezler. Kişisel sağlık verileri, sır kapsamındaki verilerin dışında çok daha geniş bir alanı içine almaktadır. Bu yönüyle hasta sırları, kişisel sağlık verilerinin sadece bir kısmını oluşturmakta, ondan daha dar bir alanı ifade etmekte fakat nitelikleri gereği diğer sağlık verilerine göre daha özel bir şekilde korunmaları

⁸⁸⁸ Kızılyel, *İdarenin Sağlık*, 215.

⁸⁸⁹ Cin, *Tıp Etiği*, 60.

⁸⁹⁰ Özdemir, *Teşhis ve Tedavi*, 159.

⁸⁹¹ Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 61.

⁸⁹² Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 65.

gerekmektedir. Tıp alanındaki hizmet alıcıların sırları, kişisel sağlık verisi niteliği taşımakla birlikte, kişisel sağlık verileri daha geniş ve sır niteliği taşımayan kişilere ilişkin tüm sağlık verilerini içine almaktadır.

1.2.6.1.3.2.1.2. Sır Saklama Yükümlülüğünün Hukuki Dayanağı

Genel anlamda bakıldığında gizlilik konusu sosyal bilimcilerin, hekimlerin, felsefecilerin ve hukukçuların uzun yıllar üzerinde düşündükleri bir konudur.⁸⁹³ Bu nedenle sır saklama borcu da hukuki, etik, ahlaki/deontolojik ve sosyal birçok konuyu ilgilendiren ortak bir sorundur.⁸⁹⁴ Tıp hukukunun önemli bir bölümünde olduğu gibi sır saklama yükümlülüğü ile ilgili konular da etik ilkeler üzerine inşa edilmiş⁸⁹⁵, bu yönüyle tıp etiği kurallarının en merkezi ve evrensel değerlerinden biri niteliği⁸⁹⁶ kazanmış ise de sadece meslek etiği kuralları arasında yer almamıştır.

Tıp mesleklerinin icra edildiği alanları düzenleyen hukuk kuralları arasında da sır saklama yükümlülüğü yerini almış⁸⁹⁷ ve çok eski zamanlardan beri bu nitelikteki pozitif düzenlemelerin konusunu oluşturmuştur. Öyle ki gizlilik ve sır saklama hekim antlarının ilk örneklerinden bugüne pozitif hukukta neredeyse değişmez bir kural olarak kabul olunagelmıştır. Hekimin sır saklama yükümlülüğü, tarihi kökeni çok eskilere, yüzyıllar öncesine dayanan bir konudur.⁸⁹⁸ Bu yönüyle belki de insanlık tarihindeki sır saklama sorumluluğu taşıyan ilk mesleklerden biri hekimliktir.⁸⁹⁹ Zira kişisel sağlık verilerinin mahremiyeti, tıbbın doğuşundan beri hekimler ve hastalar için ayrı bir endişe ve ilgi kaynağı olmuştur.⁹⁰⁰ Tıbbi muayene sırasında elde edilen hastaların bilgilerinin mahremiyetini korumak, uzun süredir sağlık profesyonellerinin meslek etiğinin önemli bir parçası olmuştur.⁹⁰¹ Bu anlamda “*Hekim Andı*” metinleri, mesleki uygulamada hekimlerin uymakla yükümlü oldukları ahlaki kuralları içeren ilk yazılı

⁸⁹³ Mehmet Ali Zengin, *Biyoloji Uygulamaları*, 132.

⁸⁹⁴ Çakıroğlu, *Hekimin Borçlarından*, 170.

⁸⁹⁵ Hazel Biggs, *Aydınlatma ve Sır Saklama Yükümlülüğü: Uygulama ve Malpraktis*; Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2009, 53.

⁸⁹⁶ Hope, Savulescu and Hendrick, *Medical Ethics*, 95.

⁸⁹⁷ Zeytin, *Hekimin Sır*, 78.

⁸⁹⁸ Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet*, 145; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 6; Encyclopedia Of Privacy, 377.

⁸⁹⁹ İzgi ve Oğuz, *Türk Ceza*, 22.

⁹⁰⁰ Encyclopedia Of Privacy, 270.

⁹⁰¹ Leung, *Law for Doctors*, 36.

düzenlemelerdir.⁹⁰² Tarihteki ilk hekim andı MÖ 3000 yıllarında Mısırlı Hekim-Rahip İmhotep tarafından oluşturulmuş⁹⁰³ olan hekim andıdır.

Yazarının isminden dolayı “*İmhotep Andı*” olarak anılan bu yemine “... evlere alındığım zaman, gözlerim orada olup bitenleri görmeyecektir; bana aktarılan sırları saklayacağım gibi törelere zarar verecek ya da suça yardımcı olacak bir biçimde de davranmayacağım⁹⁰⁴ ” denilmektedir. Bundan yüzyıllar sonra yaşayan Hipokrat’ın yemininin en sonunda ise “*Gerek sanatımın icrası sırasında gerek sanatımın dışında insanlarla münasebette iken etrafımda olup bitenleri, görüp işittiklerimi bir sır olarak saklayacağım ve asla açığa vurmayacağım*” denilmektedir.⁹⁰⁵ O tarihten buyana yeni mezun tüm hekimler hastaların kişisel ve özel bilgilerinin korunmasını gerektiren bu yemini etmekte⁹⁰⁶ ve bu yemin hekimleri hasta bilgilerini dışarda yayılmaması gereken adeta kutsal bir sır olarak görmeye davet etmektedir.⁹⁰⁷ Bunların yanında eski tıp fakültelerinin statülerinde de hekimlerin sır saklama mecburiyetlerinden bahis olunmuştur.⁹⁰⁸ Böylelikle daha o dönemlerde hekimlerin sır saklama yükümlülüğünün bulunduğu doğal olarak kabul edilmiştir. Yani daha o dönemlerde bile, insanoğlu hem hekimlik mesleğinin güvenilirliği hem de hastanın zarar görmemesi için sır saklama yükümlülüğü bulunmasının gerekli olduğunun bilincindedir.⁹⁰⁹

Sır saklama yükümlülüğü, günümüz pozitif hukuk metinlerinde de yerini almıştır. Örneğin, Avrupa Birliği Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü (Ana Sözleşmesi- Roma, Kasım 2002) Temel Dokümanında yer alan 14 maddelik hasta haklarının 6. maddesinde Özel ve Gizlilik Hakkı “*Her birey kişisel bilgilerinin; sağlık durumu, yapılan teşhis ve tedavi konularında bilginin yanı sıra teşhis ve tedavi yapılırken veya özel ziyaretlerinin gizliliğinin muhafazası hususunda, gizli tutulmasını talep etme hakkına sahiptir. Bir bireyin sağlık durumuna veya ona uygulanan tıbbi/cerrahi tedaviye ilişkin bilgi ve veriler gizli olmalı ve öyle muhafaza edilmelidir.*

⁹⁰² Encyclopedia Of Privacy, 270.

⁹⁰³ Türkiye Biyoetik Derneği, *Hekim Andı ve Taşıdığı Değerler Görüşü*, [https:// biyoetik.org.tr/gorusler/ hekim- andi- ve -tasidigi-degerler- gorusu/](https://biyoetik.org.tr/gorusler/hekim-andi-ve-tasidigi-degerler-gorusu/), (02.06.2020).

⁹⁰⁴ İzgi ve Oğuz, *Türk Ceza*, 22.

⁹⁰⁵ Carr, *Beginning Medical*, 15; Stauch, Wheat and Tingle, *Sourcebook On Medical Law*, 236; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 6-7; Encyclopedia Of Privacy, 377; Jones and McCullough, *Limits of Confidentiality*, 521.

⁹⁰⁶ Encyclopedia Of Privacy, 118.

⁹⁰⁷ Encyclopedia Of Privacy, 270.

⁹⁰⁸ Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet*, 145.

⁹⁰⁹ Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 6-7.

*Tıbbi/cerrahi müdahale sırasında bile kişisel gizliliğe saygı gösterilmeli, yani uygun ortamda yapılmalı ve gerçekten orada bulunması gerekli olan kişiler (hastanın onayı veya özel bir talebi olması durumları hariç) nezdinde yapılmalıdır” şeklinde tanımlanmıştır.*⁹¹⁰

Yine pozitif hukukumuzda da buna ilişkin birçok düzenleme bulunmaktadır. Pozitif dayanaklardan en önemlisini Anayasa’nın 20. maddesi oluşturmaktadır. Bu madde, herkesin özel ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğunu ve özel ile aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağını güvenceye bağlamış⁹¹¹ ve ayrıca yukarıda da ayrıntıları ile incelendiği üzere kişisel verilerin korunması hakkını özel olarak düzenlemiş ve koruma altına almıştır. Bu yükümlülük aynı zamanda TCK’nin 135. vd. maddelerinin sonucudur.⁹¹² Çünkü kişisel verilerin açıklanmasını suç haline getirerek cezalandıran bu hükümler, bu verilerin saklanması zorunluluk haline getirmektedirler.

Konumuza ilişkin olarak önem arz eden bir kısım düzenleme 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda (CMK) bulunmaktadır. Bu yönüyle önem arz eden düzenlerden biri mesleki uğraşları nedeniyle tanıklıktan çekinme hakkının düzenleme altına alındığı 46. maddedir. Maddeye göre avukatlar, avukat stajyerleri veya yardımcıları, mali müşavirler ve noterler ile hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının ilgilinin açık rızası bulunmadığı haller dışında tanıklıktan çekinme hakları bulunmaktadır. Bu düzenlemenin konumuz açısından kanaatimizce en önemli kısmı sağlık meslek mensuplarının “*bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler*” hakkında olmak üzere özel olarak tanıklıktan çekinme hakkına sahip tutulmuş olmalarıdır. Bu kapsamı itibarıyla düzenleme sır saklama yükümlülüğünün gerçekleştirilmesine hizmet eden önemli bir güvence niteliği taşımaktadır. Yine Hukuk Muhakemesi Kanunu’nun (HMK) 249. Maddesinde “*Kanun gereği sır olarak korunması gereken bilgiler hakkında tanıklığına başvurulacak kimseler*” tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişiler olarak sayılmıştır.

⁹¹⁰ Türk Tabipler Birliği Kişisel Sağlık Verileri Çalışma Grubu, “Sağlık Hizmetlerinde Kişisel Veri Toplanması, Korunması ve Değerlendirilmesi”.

⁹¹¹ Kızılyel, *Sağlık Hizmetlerinin*, 329.

⁹¹² Aynı yönde Ayan, *Tıbbi Müdahaleden*, 162.

Ayrıca CMK m. 209/1 maddesinde sanığın kişisel durumuna ilişkin bilgi içeren belgelerin duruşmada anlatılacağı hüküm altına alındıktan sonra aynı maddenin ikinci fıkrasında “*Sanığa veya mağdura ait kişisel verilerin yer aldığı belgelerin, açıkça istemeleri halinde, kapalı oturumda anlatılmasına mahkemece karar verilebilir.*” denilerek mahkemenin taktirinde olmak üzere kişisel verilere ilişkin olarak önemli bir usulü güvence getirilmiştir. Bilindiği üzere kural olarak yargılamalar kamuya açık olarak yürütölmek durumundadır. Zira Anayasa’nın 141. Maddesinde “*Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır.*” hükmü bulunurken aynı paralelde olmak üzere CMK’nin 182. Maddesinde “*Duruşma herkese açıktır.*” denilmiş ve yine HMK’nin 28/1 maddesinde duruşmaların yapılmasının ve kararların açıklanmasının aleni olarak yapılacağı açık bir şekilde düzenleme altına alınmış bulunmaktadır. Belirtilen CMK’nin 209/2 maddesi ile buna sanık ve mağdurun açık talebine ve mahkemenin taktirine bağılı olmak kaydıyla önemli koruyucu bir istisna getirilmiştir. Buna göre kişisel verilerin bu arada tabiiiki kişisel sağıık verilerinin bulunduğu belgeler açık talep ve mahkeme kabulü sonrasında bu bilgilerin mahremiyetine uygun bir şekilde kapalı oturumda tartışılabilir.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’nin 4. maddesinde, tabip ve diş tabibinin meslek ve sanatının icrası vesilesiyle öğrenmiş olduğu sırları kanuni mecburiyet olmadıkça ifşa edemeyeceği ifade olunmaktadır. Yine Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’nın 9. maddesinde “*Hekim, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamaz. Hastanın ölmesi ya da o hekimle ilişkisinin sona ermesi, hekimin bu yükümlölüğünü ortadan kaldırmaz.*”⁹¹³” denilerek hekimler açısından sır saklama yükümlölüğü çok somut bir şekilde düzenleme altına alınmıştır. Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 23/1 maddesinde ise “*Sağıık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dişında, hiçbir şekilde açıklanamaz.*” denilmek suretiyle sır saklama yükümlölüğü özel olarak düzenlenmiştir.

Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans ve Kontrol Esasları Yönetmeliği’nin Kişisel Verilerin İşlenmesi kenar başlıklı 11. maddesi “*Epidemiyolojik sürveyans ve bildirim sistemi ile elde edilen bilgilerden kişisel verilerin işlenmesi sırasında kişinin*

⁹¹³ Mevzuat Türk Tabipler Birliği sayfasından alınmıştır. Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&task=view&id=65&Itemid=31, (10.05.2019).

dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı ile temel hak ve özgürlükleri korunur. Bu bilgi ve verileri toplayan, bildiren ve işleyen gerçek ve tüzel kişiler, bunları kişisel verilerin korunmasını düzenleyen mevzuata aykırı olarak kullanamazlar.” şeklindedir. Maddede bulaşıcı hastalıklara ilişkin bildirimler esnasında öğrenilen kişisel sağlık verilerinin işlenmesi sırasında, temel hak ve özgürlüklerin korumaya alındığı yine özel hayata ve hayatın gizli alanına saygının da korunma altına alınarak mahremiyete riayet edilmesi gerektiğine vurgu yapılması oldukça dikkat çekicidir.

Karşılaştırmalı hukuk açısından bakıldığında diğer ülkelerin mevzuatlarında da sır saklama yükümlülüğü ile ilgili düzenlemeler bulunmaktadır. İsveç Sırların Saklanması Dair Kanun’un 7. bölümünde hastanın yararını korumak amacıyla tıbbi verilerin açıklanamayacağı belirtilmiştir. Yine Finlandiya Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 17. bölümünün 23. maddesinde meslek sırrını koruma yükümlülüğü gereğince tıbbi verilerin gizliliği sağlanmak istenmiştir. Alman Ceza Kanun’unun 203 maddesi hekimin sır saklama yükümlülüğü geçmektedir. Bu kanuna göre sır saklama yükümlülüğü, hastanın teşhisi ve tedavisine ilişkin tüm kişisel bilgilerini veya verilerini içermektedir.⁹¹⁴

Bu konu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin de incelemesine konu olmuştur. Mahkeme, kişisel sağlık verilerinin korunmasını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesinde garanti altına alınan kişinin özel ve aile yaşamına saygı hakkının kullanılabilmesi bakımından önemini vurgulamakta ve Sözleşme’ye taraf ülkelerin yasal düzenlemelerinde sağlık kayıtlarının gizliliğinin sağlanmasının temel prensip olduğuna dikkat çekmektedir. Mahkeme bu kapsamda önemli olanın sadece hastanın gizliliğine saygı değil aynı zamanda tıbbi görevlilere ve sağlık hizmetlerine duyulan güvenin de korunması olduğunu ayrıca belirtmektedir.⁹¹⁵

1.2.6.1.3.2.1.3. Sır Saklama Yükümlülüğü Altında Bulunan Kişiler

KVKK’nin 6. maddesinde kişisel sağlık verilerinin sır saklama yükümlülüğü altında bulunanlar veya yetkili kurumu veya kuruluşları tarafından işlenebileceğinin belirtildiğine değinmiştik. Bu yönüyle bizzat Kanun ile kişisel sağlık verilerinin işlenmesinde görevlendirilebilecek kişilere dair bir sınırlandırma getirilmiş

⁹¹⁴ Sevik, *Tıp Ceza*, 792.

⁹¹⁵ Sevik, *Tıp Ceza*, 793.

bulunmaktadır. Bu anlamda sır saklama yükümlülüğü altında olan kişilerin kimler olduğunun somut olarak açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bu kişilerin kimler olduğunun tespitinde ise pozitif hukuka bakılması gerekmekte ve bu anlamda yürürlükteki mevzuatın gözden geçirilmesi gerekmektedir.

Bu başlık altında öncelikle bir hususun belirtilmesinde fayda bulunmaktadır. Bu yükümlülük altında bulunan kişiler sadece sağlık meslek mensupları değildir. Bu yükümlülük altında bulunanların bundan çok daha geniş bir kapsamı bulunmaktadır. Aynı şekilde düşünen Anayasa Mahkemesi de KVKK ilgili olarak verdiği bir kararında sır saklama yükümlülüğü altında olanları, “*sır saklama yükümlülüğü altında olan kişiler ise avukat, hekim veya mali müşavir gibi kendi kanunlarında görevleri dolayısıyla edindikleri bilgileri zamanla sınırlı olmaksızın açığa vurmaları yasak olan ve bu yasağın ihlali hâlinde hukuki ve cezai sorumluluğu olan kişiler*” olarak, oldukça geniş bir şekilde ifade etmiştir.⁹¹⁶ Bu yönüyle sağlık sektöründe çalışan herkes, sağlık meslek mensubu olup olmadıklarına bakılmaksızın görevleri gereği öğrendikleri sırları saklamakla yükümlüdürler. Ancak hekimler, yardımcı sağlık personeli ve bu alanda öğrenim yapmakta olan öğrenciler öncelikle bu yükümlülük altındadırlar.⁹¹⁷ Bu sayılanlar aynı zamanda bu yükümlülüğü taşıyan meslek mensupları arasında aynı zamanda en önemlileridir.⁹¹⁸

Tabipler ve diş tabipleri açısından Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’nin 4 maddesi gereğince bu yükümlülük somut olarak kayıt altına alınmıştır. Bu nedenle hekimler vazife gereği öğrendiği hastasına ve çevresine ait sırlarını saklamak, üçüncü kişilere açıklamamak mecburiyetindedirler.⁹¹⁹ Ayrıca aynı Nizamname’nin geçici maddesi gereğince bu nizamname hükümleri permili dişçiler hakkında da uygulanma kabiliyeti taşımaktadır. Permili dişçi diş hekimliği eğitimi almadan çalışan dişçilerin yasal olarak çalışmalarına olanak verecek bir sınavdan geçmeleri halinde onlara verilen unvandır. Bu

⁹¹⁶ Anayasa Mahkemesi, 28/09/2017, E. 2016/125, K. 2017/143, Resmî Gazete, Tarih 23.1.2018 Sayı 30310, Paragraf No:78, 19, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/01/20180123.htm>, E.T. 24.03.2020.

⁹¹⁷ Langmack, *Ceza Hukuku*, 452; Çakıroğlu, *Hekimin Borçlarından*, 164.

⁹¹⁸ Çakıroğlu, *Hekimin Borçlarından*, 164.

⁹¹⁹ Dolan, *Medical Records*, 53; Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet*, 116; Ayan, *Tıbbi Müdahaleden*, 97; Er, *Sağlık Hukuku*, 94; Nejdett Şatır, *Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu*, Yetkin Basım ve Dağıtım, Ankara 2015, 56; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 101; Tuğsan Yılmaz, *Hekimlerin Sır (Kişisel Verileri) Saklama Yükümlülüğü*; <http://www.tugsanyilmaz.av.tr/saglik-hukuku/hekimlerin-sir-kisisel-verileri-saklama-yukumlulugu>, (27/09/2017).

hüküm gereğince -halen varsa- bu şekilde dışçılık yapanlar sır saklamakla yükümlüdürler.

Bu konudaki bir başka düzenleme Türk Eczacıları Deontoloji Tüzüğü'nde bulunmaktadır. Bahse konu Tüzük'ün 4 maddesinde “*Eczacı, meslek ve sanatının icrası sırasında öğrendiği sırları, kanuni zorunluluk olmadıkça, ifşa edemez. Mesleki toplantı veya yayınlarda hastanın kimliği açıklanamaz*” denilmiş ve eczacılar içinde bu yükümlülük getirilmiş bulunmaktadır. Yani eczacılarda görevleri gereği olmak üzere öğrendikleri sırları saklama yükümlülüğü altındadırlar.⁹²⁰

Eczacılar, eczacılık faaliyeti kapsamında hastayla ilgili olarak öğrendikleri hususları açıklamaktan yasaklıdırlar.⁹²¹ Bununla birlikte, eczacıların yanlarında çalışan kalfaların yanı sıra, eczanede bulunan ziyaretçiler, özel şahıslar, diğer servis elemanları, ilaç mümessilleri ve eczane ile ilgili olmayan şahıslarda sır saklama yükümlüsü olduğu da öne sürülmektedir.⁹²² Bu kişiler sır saklamakla yükümlü olsalar da kalfalar hariç olmak üzere kişisel sağlık verilerini işleme yetkisine sahip değildirler. Bu durumda kişisel sağlık verilerini işlemek için sadece sır saklama yükümlülüğünün olması yeterli olmamaktadır.

KVKK'nın 12/4 maddesinde “*Veri sorumluları ile veri işleyen kişiler, öğrendikleri kişisel verileri bu Kanun hükümlerine aykırı olarak başkasına açıklayamaz ve işleme amacı dışında kullanamazlar. Bu yükümlülük görevden ayrılımlarından sonra da devam eder*” denilmek suretiyle veri işleyen ile veri sorumlularına da sır saklama yükümlülüğü getirilmiştir. Bu açıdan bakıldığında kişisel sağlık verilerini işleyen tüm sağlık meslek mensupları veya sağlık meslek mensubu olmasa bile kişisel sağlık verilerini bir şekilde işleyen tüm diğer sağlık çalışanları bu anlamda sır saklama yükümlülüğü altındadırlar.

Hemşirelik Kanunu'na dayanılarak çıkarılan Hemşirelik Yönetmeliği'nin Hemşirelerin Görev Yetki ve Sorumluluklarını düzenleyen 6 maddesinin 1/f bendinde “*hizmet sunumunda ...insan onurunu, mahremiyetini ve kültürel değerlerini azami ölçüde göz önünde bulundurur.*” hükmü bulunmaktadır. Bu hüküm gereğince

⁹²⁰ Aynı yönde bkz. Mebrure Değer, *Hastane Eczacılığında Sır*, Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, 1997;5(3):133-5, 135.

⁹²¹ Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet*, 154.

⁹²² Özdemir, *Teşhis ve Tedavi*, 158.

hemşirelerde sır saklama yükümlülüğü altındadır. Çünkü çalışmamızın başında ifade ettiğimiz üzere insan onuru ile mahremiyeti ve kişisel verileri arasında çok yakın ve sıkı bir ilişki bulunmaktadır. Bu anlamda kişisel sağlık verilerinin korunmaması yani ifşaa edilmesi kesinlikle insan onuruna aykırıdır ve aynı zamanda mahremiyetinin ihlali sonucunu doğurur.

Sır saklama yükümlülüğüne kimlerin sahip olduğunun ve Kanun’a göre kişisel sağlık verilerini işleme yetkisine kimlerin sahip olabileceğinin tespiti açısından Hasta Hakları Yönetmeliği büyük önem taşımaktadır. Yönetmelik’in kapsamını belirlediği 2. maddesi *“Bu Yönetmelik; sağlık hizmeti verilen resmi ve özel bütün kurum ve kuruluşları, bu kurum ve kuruluşlarda veya bunların dışında hizmete katılan her kademedeki ve unvandaki ilgilileri ve hizmetten faydalanma hakkını haiz olan bütün fertleri kapsar”* şeklindedir. Buna göre Yönetmelik, sağlık hizmeti verilen resmi ya da özel olup olmadığına bakılmaksızın tüm sağlık kuruluşlarını kapsamına almaktadır. Yine aynı madde gereğince, sağlık mesleği mensubu olup olmadığına bakılmaksızın sağlık hizmetinin sunulmasına katılan tüm görevliler, Yönetmelik’in kapsamına girmekte ve bu anlamda yönetmelik tarafından belirlenen tüm yükümlülüklerle riayetle görevli bulunmaktadırlar.

Yönetmelik’in 23. maddesinde sağlık hizmeti verilmesi dolayısıyla edinilen bilgilerin kanun ile müsaade edilen haller dışında hiçbir şekilde açıklanamayacağı düzenlenmektedir. Bu madde kapsamın düzenlendiği 2. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde sağlık hizmetinin sunulmasına herhangi bir şekilde katılan gerek sağlık mesleği mensupları gerekse sağlık mesleği mensubu olmayan diğer sağlık çalışanları olmak üzere tüm çalışanlar, (tüm sağlık çalışanları) sır saklama yükümlülüğü altındadır. Bu sebeple, sır saklama yükümlülüğü, sadece hekimler için öngörölmüş bir yükümlölük değil hekimlerle birlikte sağlık kurumları ve diğer sağlık çalışanları için de geçerli olan bir yükümlölüktür. Bu anlamda, tedaviyi yürüten hekimle birlikte, bilgisine müracaat edilen diğer hekim veya hekimler, ebe, hemşire, hasta bakıcı veya asistan gibi yardımcı şahıslar, laboratuvar elemanları, sosyal hizmet görevlileri, idarede görev yapan personel ile sağlık hizmetinde görev yapan diğer tüm kişiler de sır saklama yükümlölüğü altındadır.⁹²³

⁹²³ Küçükgüngör, *Tıbbi Kayıtlarda*, 556.

Hastayla doğrudan doğruya temasa geçen personel olduğu kadar, bunların dışında kalan personelde bu grup içinde düşünölmek⁹²⁴ zorundadır. Bu yönüyle bakıldığında örnek olarak saymak gerekirse hastane idare memurları, hekimlerin sekreterlik hizmetlerinde, sosyal hizmetlerde, hastalar için hazırlanan özel yemeklerin hazırlanmasında, tedavi hizmetlerinin hesap işleri konularında, hasta odalarının ve bölümlerinin temizlenmesinde görev alan tüm kişiler⁹²⁵ ile hastanın tıbbi görüntöleme faaliyetine katılan röntgen teknisyeni, radyoloji uzmanı, görüntölüme işlemi yapıldığı sırada hastaya yardımcı olması için görevlendirilen diğer kişiler, eğitim öğretim amacıyla orada bulunan stajyer öğrencilerde dâhil olmak üzere bu faaliyete bir şekilde katılan herkes sır saklama yükümlölüğü altındadır.⁹²⁶ Öyleyse doğrudan veya dolaylı olarak hasta ile ilgili bilgi ve belgelere ulaşan her yetkili, her düzeydeki sağlık çalışanı bu yükümlölüğün borçlusudur⁹²⁷ konumundadır.

Bu yükümlölüğe tabi kişileri daha geniş mahiyette anlayanlar da olmuştur. Bu kapsamda hastane işleticisi de hastanın sırlarını saklamakla yükümlü görölmüştür. Bu yönüyle onlar da saklanmasında hastanın çıkarı bulunan her türlü bilgiyi gizli tutmak, üçüncü şahıslara açıklamakla yükümlüdür.⁹²⁸ Yine bu kapsamda bir kaza dolayısıyla tesadüfen yardım eden kişilerin de yardımcı personel sayılacağı⁹²⁹ ve bu nedenle sır saklamakla yükümlü oldukları düşünölmüştür. Hatta bu kapsamda İngiltere'de bazı mahkeme kararlarında bir gazetecinin, hastanede çalışan bir personelden bir hastaya ait tıbbi kayıtları hukuka aykırı olarak elde edip yayınlaması halinde, gazete sır saklama yükümlölüsü olarak değeriendirilmekte ve hastanenin gazete aleyhine sır saklama yükümlölüğünün ihlali halinde dava açabileceğı kabul edilmiştir.⁹³⁰

Bazı yazarlar sağlık kurumlarında çalışan bazı personellerin bu kapsamda olmadığını düşünmüşlerdir. Bu kapsamda hastanenin diğer yardımcı personellerinden olan zanaatkarlar, mutfak personeli, bahçıvanlar ve öğretmenlerin sır saklama yükümlölüğü bulunmadığı⁹³¹ düşünölmüştür. Ancak biz bu düşünceye iştirak

⁹²⁴ Langmack, *Ceza Hukuku*, 454.

⁹²⁵ Karasu, *Hekimin Sır*, 115; Langmack, *Ceza Hukuku*, 454.

⁹²⁶ Benzer mahiyette bkz. Küçükgöngör, *Tıbbi Kayıtlarda*, 556.

⁹²⁷ Zeytin, *Hekimin Sır*, 80; Çakıroğlu, *Hekimin Borçlarından*, 172; Dölger, *Sağlık Hukukunda*, 60.

⁹²⁸ Özdemir, *Teşhis ve Tedavi*, 154; Karasu, *Hekimin Sır*, 116; Ayan, *Tıbbi Müdahaleden*, 162; Çakıroğlu, *Hekimin Borçlarından*, 172.

⁹²⁹ Langmack, *Ceza Hukuku*, 454.

⁹³⁰ Küçükgöngör, *Tıbbi Kayıtlarda*, 556.

⁹³¹ Langmack, *Ceza Hukuku*, 454.

etmemekteyiz. Düşüncemize göre, bu sayılanlar aslında tüm faaliyetlerinde hasta ile doğrudan temasa geçmeseler bile eğer icra ettikleri bir faaliyetin bir hastayla somut olarak ilişkilendirilmesi mümkün ise bunlarda kesinlikle sır saklama yükümlülüğü altındadırlar. Örneğin hastane aşçıları normal günlük yemek menüleri dışında belli hastalar için özel menüler hazırlamakla da görevlidirler. Bu nedenle bir hastanın alması gereken yemek türü nedeniyle hangi tür bir sağlık sorununa sahip olduğu rahatlıkla anlaşılabilir. Bu da başlı başına bireyle ilişkilendirilebilen ve bireyin diğerlerinden farkını ortaya koyan bir kişisel sağlık verisi niteliğindedir. Bu nedenle bu kimselerde icra ettikleri faaliyetler kapsamında bir şekilde hizmet alıcılarının kişisel verilerine ulaşabilecek durumdalar ise kesinlikle sır saklama yükümlülüğüne sahiptirler.

Netice itibariyle pozitif hukuka göre sağlık mesleği mensubu olmasa dahi sağlık hizmetinin sunulmasına bir şekilde katılan herkes sır saklamakla yükümlüdür. Bu yönden bakıldığında sağlık hizmetinin sunulmasına katılan herkesin kişisel sağlık verilerini işlemekle yetkili oldukları söylenebilecektir. Ancak bu tespit kişisel sağlık verilerinin oldukça geniş bir kesim tarafından işlenebilmesine imkân tanımış olmaktadır. Bu nedenle kişisel sağlık verilerini işleyebilecek kişiler belirlenirken kriter olarak sır saklama yükümlülüğü altındaki kişilerin esas alınmış olması amaca hizmet edici ya da kişisel sağlık verilerini koruyucu olmamıştır. Zira sır saklama yükümlülüğü olanlar çok geniş bir kapsamı ifade etmekte, sınılandırıcı bir fonksiyon görmemektedir. Bunun yerine kanunla tanınan görevlerinin ifası kapsamında ve görevlerinin sınırını aşmayacak şekilde sadece ve doğrudan hizmet alanla irtibata geçerek faaliyet yürüten meslek mensuplarınca işlenebilmek gibi daha somut ve dar bir çerçeve içeren bir tercih yapılırsa ve bunlar da işledikleri veriler ile ilgili olarak sadece sır saklamakla değil her yönden verilerin gizliliğine riayet etmekle yükümlü tutulsalar daha isabetli bir tercih olurdu. Çünkü gizliliğin korunmasında kanaatimizce en başarılı ölçüt kişisel verilerin hangi görevliler tarafından işlendiği değil ne kadar verinin ve nasıl (hangi şekilde) işlendiğidir. Bu nedenle hangi görevli işlerse işlesin görevinin gereklerini aşacak şekilde bir işleme yapıp yapmadığı, bu kapsamda bu sınırı aşacak kadar veriye erişip erişmediğinin denetlenmesi daha etkili bir koruma sağlayacaktır.

1.2.6.1.3.2.1.4. Sır Saklama Yükümlülüğünün Yöneltilileceği Kişiler

Genel olarak kişisel verilerle ilgili olarak yazılan eserlerde çoğunlukla kişisel verilerin korunması ile görevli olanlar, kişisel verilerin korunmasına dair ilkeler vb. üzerinde tartışmalar yoğunlaştırılmıştır. Ancak verilerin kimlere karşı korunacağı, daha özel bir şekilde ifade etmek gerekirse sır niteliğini haiz verilerin saklanmasına dair yükümlülük kapsamında korumanın kimlere karşı yöneltilileceği hususu genel manada ayrı tartışma konu yapılmamıştır. Biz kişisel sağlık verileri özelinde olmak üzere çalışmamızın kapsamı nedeniyle bu konuyu ayrıca incelemeyi lüzumlu görmekteyiz.

Kanaatimizce öncelikle sağlık çalışanlarının hastaya karşı sır saklama yükümlülüğü yoktur.⁹³² Yani hastanın bizzat kendisine karşı sır saklama yükümlülüğü yöneltililemez. Sır saklama yükümlülüğü kural olarak tüm üçüncü şahıslara karşı geçerlidir.⁹³³ Diğer hekimler, hastanın yakınları bu kapsamdadır.⁹³⁴ Bu nedenle diğer hekimlere ve hasta yakınlarına, tedavinin gereği zorunlu kılmadıkça sır sayılan hususlar açıklanmamalıdır.⁹³⁵ Hekimlerin ve sağlık çalışanlarının kendi aileleri de bu kapsamdadır ve onlara karşı da sır saklama yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu sebeple sağlık çalışanlarının hizmet sundukları kişilerle ilgili kişisel sağlık verilerini aileleriyle paylaşmamaları da gerekir.⁹³⁶ Örneğin bir hekimin, hastasına ait kişisel verileri kendi eşine açıklaması bu anlamda yükümlülüğün ihlalidir.⁹³⁷

Sır saklama yükümlülüğü hastane idaresine veya diğer idari personeline karşı da vardır. Sadece sağlık idaresinin görevi kapsamında kalan planlama, kontrol veya güvenlik gerekçeleriyle ve ancak bu amacın gerektirdiği kadar kişisel sağlık verisi sağlık idaresine aktarılabilirdir.⁹³⁸ Bu tip verilerin öncelikle anonimleştirilerek ya da kimliksizleştirilerek verilmesi uygun olanıdır.⁹³⁹ Ancak zorunluluk varsa kişisel sağlık verilerinin ancak idareyi ilgilendiren, idarenin görevi kapsamında kalan kadarı idareye aktarılabilir. Zaten meri Kişisel Sağlık Verileri Hakkındaki Yönetmelik'te "*Madde 6 (1) Sağlık hizmeti sunumunda görevli kişiler; ilgili kişinin sağlık verilerine ancak,*

⁹³² Langmack, *Ceza Hukuku*, 456.

⁹³³ Kızılyel, *İdarenin Sağlık*, 215; Çakıroğlu, *Hekimin Borçlarından*, 172; Özdemir, *Teşhis ve Tedavi*, 158; Ayan, *Tıbbi Müdahaleden*, 99.

⁹³⁴ Leung, *Law for Doctors*, 42; Ayan, *Tıbbi Müdahaleden*, 99.

⁹³⁵ Kızılyel, *İdarenin Sağlık*, 215.

⁹³⁶ Özalp ve Özalp, *Hekimin Cezai*, 141; Hakeri, *Tıp Hukuku*, 893.

⁹³⁷ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 893.

⁹³⁸ Aynı yönde Hakeri, *Tıp Hukuku*, 89; Sevük, *Tıp Ceza*, 792.

⁹³⁹ Leung, *Law for Doctors*, 43.

verilecek olan sağlık hizmetinin gereği ile sınırlı olmak kaydıyla erişebilir.” ve yine Hasta Hakları Yönetmeliği’nin Kayıtları İnceleme kenar başlıklı 16. maddesinde “*Bu kayıtlar, sadece hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olanlar tarafından görülebilir.*” denilerek sır saklama yükümlülüğünün bizzat sağlık hizmetini sunan diğer kişilere karşı dahi bulunduğu düzenlenmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla sağlık kurumu idaresinin hasta dosyasının tümünün idareye verilmesini yönelik talimatları bulunması durumunda bu hukuka aykırı bir talimat olacaktır. Bu kapsamda hekimlerin hastanede yaptıkları kişisel sağlık verilerini içerir bütün yazışmalar kural olarak hastane idaresinden saklanmalıdır.⁹⁴⁰

Kişisel Sağlık Verileri Hakkındaki Yönetmeliği’nin 5/4 maddesinde “*Sağlık hizmeti sunucuları tarafından; banko, gişe ve masa gibi bölümlerde yetkisi olmayan kişilerin yer almasını önleyecek ve aynı anda yakın konumda hizmet alanların birbirlerine ait kişisel verileri duymalarını, görmelerini, öğrenmelerini veya ele geçirmelerini engelleyecek nitelikte gerekli fiziki, teknik ve idari tedbirler alınır.*” denilerek sır saklama yükümlülüğünün sağlık hizmeti almak üzere sağlık kurumuna başvuran diğer kişilere de yöneltmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Yani kişisel sağlık verileri sağlık hizmeti almak üzere sağlık kurumlarına başvuran diğer kişilere karşı da korunacaktır. Bu anlamda bu kişiler sır saklama yükümlülüğünün yöneltileceği kişilerdendir.

Yükümlülük, Sağlık Bakanlığı’nın tüm çalışanlarına karşı da yöneltilebilir. Çünkü Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik’in 7/1 maddesi gereğince, kişisel sağlık verileri merkezi sağlık veri sistemine ancak kimliksizleştirilerek gönderilebilecek ve bu verilere ait oldukları kişilerle eşleştirme konusunda her birimden en fazla üç kişi yetkilendirilecek ve ancak bu kişiler bu anlamda kişisel sağlık verilerine kimlikli şekliyle erişebilecektir. Yetkilendirilen kullanıcılar bu yetkiyi, yalnızca sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi ile denetleme ve düzenleme görevleri kapsamında, kişisel veri koruma mevzuatı ilkelerine uygun olarak kullanabileceklerdir. Bu sınırlamanın dışında kalan, genel müdürlük tarafından yetkilendirilmemiş diğer tüm bakanlık çalışanı kişilere karşı sır saklama yükümlülüğü yöneltilebilecektir.

⁹⁴⁰ Benzer mahiyette bkz. Hakeri, *Tıp Hukuku*, 897.

Sır saklama yükümlülüğü, çocuklara ilişkin kişisel sağlık verileri açısından anne ve babaya karşı yöneltilemeyecektir. Yönetmelik'in 8. maddesi gereğince ebeveynler çocuklarına ait kişisel sağlık verilerin herhangi bir onaya tabi olmaksızın erişebileceklerdir. Ancak ayırt etme gücüne yani temyiz kudretine sahip çocuklar açısından bu konuda bir sınırlandırma getirilmiştir. Bu nitelikteki çocuklar kişisel sağlık verilerine ebeveynlerinin erişimini izne tabi tutabileceklerdir. Ayrıca çocuğun ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı medeni kanun hükümlerine göre saptanacaktır. Sonuç itibarıyla ayırt etme gücüne sahip olan bir çocuk ebeveynlerinin sağlık verilerine erişimini kendi iznine tabi tutmuşsa bu kapsamda anne ve babaya karşı da sır saklama yükümlülüğü yöneltilebilecektir. Ancak bu konu çok tartışmalıdır. Kanaatimizce her somut olayda işleme konusu olan kişisel sağlık verilerinin niteliğine bakılarak değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Bu yükümlülüğün yöneltilebileceği kişi gruplarından birisi de hasta yakınlarıdır. Kişisel Sağlık Verileri Hakkındaki Yönetmelik'in 9 ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 18/3 maddeleri birlikte değerlendirildiğinde hastanın yazılı bir onayı olmadığı sürece hiçbir hasta yakınına durumu hakkında bilgi verilemeyecek yani kişisel sağlık verileri paylaşılamayacaktır. Yönetmelik metni aksi yönde anlaşılmaya müsait olsa dahi, hasta birden fazla yakınının bilgilendirilmesini isteme hakkına sahiptir. Bu anlamda hasta tarafından yazılı olarak izin verilenler dışında tüm hasta yakınları açısından sır saklama yükümlülüğünün yöneltilmesi durumu geçerlidir. Yani tüm bu kişilere karşı sır saklama yükümlülüğü yöneltilebilecektir. Bu sebeple hastanın ailesi açısından da kural olarak kişisel verileri saklamak yükümlülüğü vardır. Bunun istisnası ailenin bazı tedbirler almasının gerektiği durumlar olabilir.⁹⁴¹

Kişisel sağlık verilerine ilişkin olarak sır saklama yükümlülüğünün yöneltilebileceği bir diğer meslek grubu ise avukatlardır. Kişisel Sağlık Verileri Hakkındaki Yönetmelik'in 10. Maddesi gereğince avukatlar müvekkillerinin kişisel sağlık verilerini ancak bu konuda kendilerine yetki veren bir özel vekâletname ile öğrenebilirler. Vekâletnamesi olmayan ya da sadece genel vekâletnameye sahip olan bir avukat, müvekkilinin kişisel sağlık verilerini öğrenemez. Özel vekâletname bu anlamda avukata doğrudan kişisel sağlık verilerini öğrenme hakkı tanıyan vekâletnamedir.

⁹⁴¹ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 893.

Yine Yönetmelik'in 11. maddesi gereğince ölen bir kişinin kişisel sağlık verilerini ancak veraset ilamı ibraz eden yasal mirasçılar öğrenebilirler. Bunların dışındaki kimseler bu anlamda bir ölü hakkındaki kişisel sağlık verilerini öğrenemezler. Örneğin cenazeyi yıkayan bir imam sadece kişinin ölü olduğunu bilecek ve belki yapacağı iş açısından önem arz ediyorsa ölüm nedeni ve belki vücudu üzerindeki yaraları bilecek ancak bunların oluşma şekli, yapılan müdahale, verilen ilaçlar vb. hakkında bilgi sahibi olamayacaktır. Sadece bilmesi gereken veriler yönünden sır saklama yükümlülüğünün muhatabı olacaklardır.

Özetle belirtmek gerekirse yukarıda sayılanlar dışında hiç kimse bir kişinin kişisel sağlık verilerini öğrenemez. Bu anlamda, gazeteciler kişisel sağlık verilerini öğrenemezler. Bunun dışında hastanede temizlik işlerini yapan görevliler, başka hastanede çalışan hekimler, o hastanede çalışan ancak bu hastaya bir şekilde tedavi yükümlülüğü kapsamında müdahalede bulunmayan hekimler hastayla ilgili sır saklama yükümlülüğünün yöneltileceği kişilerdir. Yani sayılanlar dışındaki kimse kişisel sağlık verilerini öğrenemez, öğrenmek istediklerinde ise sır saklama yükümlülüğünün muhatabı olmaları gerekmektedir.

Tartıştığımız bu konuda KVKK'ye yönelik bir eleştirinin dile getirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. KVKK, her ne kadar özel hayatın gizliliği esas olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla çıkartılmış olsa da Kanun'un metni incelendiğinde temel olarak kişisel verilerin işlenmesine ilişkin düzenlemelerin yapıldığını, ancak kişisel verilere erişmeye yetkili kişilere ilişkin olarak herhangi bir düzenleme yapılmadığını, buna dair kriterlerin konulmadığını, sadece 22. maddesi ile Kurul'a veri güvenliğine ilişkin olarak düzenleyici işlem yapmak yetkisi verildiğini görmekteyiz. Yani KVKK'de kişisel verilere kimlerin erişebileceği, bu anlamda kişisel verileri kimlerin görebileceği ve bu anlamda kişisel verilerin kimlere verilebileceği hususunun açıkça düzenlenmemiş olmasını önemli bir eksiklik olarak gördüğümüzü belirtmek durumundayız. Bu konuda en azından temel ilkeler belirlenmeliydi. Kişisel sağlık verilerine ilişkin olarak ise yönetmelikle düzenleme altına alınmaya çalışılan bu hususun, Kanun ile düzenlenmesinin, Anayasa'da temel hakların korunması konusunda yer alan kanunilik prensibine daha uygun olacağını düşünmekteyiz.

1.2.6.1.3.2.2. Kişisel Sağlık Verilerini İşlemeye Yetkili Kurum ve Kuruluşlar

KVKK'nın 6. maddesinde özel nitelikli kişisel verilerin sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler ile yetkili kurum ya da kuruluşlar tarafından işlenebileceği belirtilmekte ancak bu yetkili kurum ve kuruluşların bir tanımı yapılmadığı gibi hangi kuruluşlar oldukları da somutlaştırılmamıştır. Bu anlamda kişisel sağlık verilerini işlemeye yetkili kurum ve kuruluşların kimler oldukları belirlenmeye muhtaçtır.

KVKK'ye ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararın muhalefet şerhlerinden birinde, *“kapsamı belli olmayan “yetkili kurum ve kuruluşlar” tanımı altında gerek idarenin farklı birimlerine, gerek yetkilendirilebilecek diğer özel kurum ve kuruluşlara, ilginin açık rızası aranmaksızın cinsel hayata ait verileri işleme yetkisi verilebileceği, ancak bunların sağlık bakanlığına bağlı olmamaları nedeniyle sağlık bakanlığının verileri koruma yükümlülüğü kapsamında alacağı önlemleri uygulamak zorunda olup olmayacakları konusunda belirsizlik bulunduğu”* belirtilerek, bu yetkili kurum ve kuruluşun yeterince açık şekilde Kanun'da belirlenmemiş olması eleştirilmiş ve bu nedenle aslında bahse konu düzenlemenin iptaline karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁹⁴² Çalışmamızın kapsamı açısından da bu kavramın içeriğinin netleştirilmesi önem arz etmektedir.

Yetki, *“bir görevi, bir işi yasaların verdiği imkânlarla göre, belli şartlarla yürütmeyi sağlayan hak, salahiyet, mezuniyet”*⁹⁴³ anlamlarına gelmekte, yetkili ise *“herhangi bir işte yetkisi olan (kimse), salahiyetli, salâhiyettar, mezun”*⁹⁴⁴ anlamlarında kullanılmaktadır. Yetkili kelimesi sıfat olarak kullanıldığına göre yetkili kurum ve kuruluş, bir işte yetkisi olan yani bir işi yapmaya ya da yapmamaya salahiyeti olan kurum ya da kuruluş anlamına gelmektedir. Konumuz açısından meseleye bakıldığında yetkili kurum ya da kuruluş, kişisel sağlık verilerini işlemeye yetkili kurum ya da kuruluş olarak anlaşılmalıdır.

Kişisel sağlık verilerini işlemeye yetkili kurum ya da kuruluşların hangileri olduğu ise yine pozitif hukukumuzla göre belirlenecektir. Çünkü bu nitelikte temeli

⁹⁴² AYM, K. 2017/143, 47.

⁹⁴³ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, [https://sozluk.gov.tr/?kelime=YETK%C4%B0,\(04/11/2019\)](https://sozluk.gov.tr/?kelime=YETK%C4%B0,(04/11/2019)).

⁹⁴⁴ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, [https://sozluk.gov.tr/?kelime=YETK%C4%B0L%C4%B0,\(04/11/2019\)](https://sozluk.gov.tr/?kelime=YETK%C4%B0L%C4%B0,(04/11/2019)).

temel hak ve özgürlüklere dayanan bir hususa ilişkin olarak yetki verme gücü ancak kanunla ve sadece onun açıkça yetki verdiği daha alt düzeydeki düzenleyici işlemlerle mümkündür.

Yetkili kurum ya da kuruluşu belirlemeye yönelik olarak KVKK’de ya da Kanun’un gerekçesinde herhangi bir düzenleme mevcut değildir.

Bu konuda ilk olarak bakılacak mevzuat Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’dur. Kanun’un 1. maddesi ile *“memleketin sıhhi şartlarını ıslah ve milletin sıhhatine zarar veren bütün hastalıklar veya sair muzır amillerle mücadele etmek... umumi devlet hizmetlerindendir”* denilmiş ve böylelikle koruyucu sağlık hizmetleri ve hastalıklarla mücadele etmek görevi devlet hizmeti haline getirilmiştir. Kanun’un hemen ikinci maddesinde ise bunu takiben *“umumi sıhhat ve içtimai muavenet hizmetlerine ait devlet vazıfı sıhhat ve içtimai muavenet vekaleti tarafından ifa ...olunur”* ve hemen devamında *“bütün sıhhat ve içtimai muavenet işlerinin mercii ve murakıbu bu vekalettir”* denilerek devletin bu kapsamdaki görevlerinin Sağlık Bakanlığı tarafından yerine getirileceği hüküm altına alınmıştır. Bu konudaki diğer bir düzenleme ise Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’dur. Kanun’da bu konuda yetkili sağlık kurum ve kuruluşların tanımı yapılmamakta ancak sağlık kurum ve kuruluşlarının kurulması ve işletilmesi esasları düzenlenmektedir.⁹⁴⁵

Kişisel sağlık verilerini işlemeye yetkili kurum ve kuruluşları belirleme anlamında dikkate alınabilecek önemli kriterlerden birisi, kurum veya kuruluş yönünden kayıt tutma zorunluluğunun bulunup bulunmadığıdır.

Kayıt tutma zorunluluğu, Tababet ve Şuabatı Tarzı İcrasına Dair Kanun, Radyoloji Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun, Aile Hekimliği Kanunu ve Yönetmeliği, Radyoloji Radyom ve Elektrikle

⁹⁴⁵ 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’nun 3. maddesinde *“a) Sağlık kurum ve kuruluşları yurt sathında eşit, kaliteli ve verimli hizmet sunacak şekilde Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca, diğer ilgili bakanlıkların da görüşü alınarak planlanır, koordine edilir, mali yönden desteklenir ve geliştirilir”* denilmekte, yine aynı maddenin 1/c bendinde *“Sağlık kurum ve kuruluşlarının kurulması ve işletilmesi bu esas içerisinde Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca düzenlenir”* ibaresi bulunmaktadır. Ayrıca aynı maddenin f bendinde *“Herkesin sağlık durumunun takip edilebilmesi ve sağlık hizmetlerinin daha etkin ve hızlı şekilde yürütülmesi maksadıyla, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca gerekli kayıt ve bildirim sistemi kurulur. Bu sistem, e-Devlet uygulamalarına uygun olarak elektronik ortamda da oluşturulabilir. Bu amaçla, Sağlık Bakanlığınca, bağlı kuruluşları da kapsayacak şekilde ülke çapında bilişimsistemi kurulabilir”* denilmek suretiyle doğrudan olmasa da sağlık kurum ve kuruluşlarının kişisel sağlık verilerini işleyebileceği hüküm altına alınmış olmaktadır.

Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun, Özel Hastaneler Tüzüğü Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği, Yataklı Tedavi Kurumları Tıbbi Kayıt ve Arşiv Hizmetleri Yönergesi, Hasta Hakları Yönetmeliği, Özel Hastaneler Yönetmeliği, Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik, Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği, Ağız ve Diş Sağlığı Hizmeti Sunulan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik başta olmak üzere çeşitli mevzuat hükümleriyle düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerinden kanun niteliğinde olanların tamamı belli kurum ya da kuruluşlara değilde belli sağlık mesleklerinin mensuplarına kişisel sağlık verilerini işleme yetkisi vermektedir. Belki genel mahiyette yetkilendirme olarak kabul edilebilecek bir düzenleme Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nda bulunmaktadır. Kanun'un 3/1-f maddesinde *"Herkesin sağlık durumunun takip edilebilmesi ve sağlık hizmetlerinin daha etkin ve hızlı şekilde yürütülmesi maksadıyla, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca gerekli kayıt ve bildirim sistemi kurulur. Bu sistem, e-Devlet uygulamalarına uygun olarak elektronik ortamda da oluşturulabilir. Bu amaçla, Sağlık Bakanlığınca, bağlı kuruluşları da kapsayacak şekilde ülke çapında bilişim sistemi kurulabilir"* denilmekte, böylelikle Sağlık Bakanlığı'na kişisel sağlık verileri niteliğindeki kayıtlarla ilgili olarak ülke çapında ağ kurma yükümlülüğü getirilmektedir. Ancak bu düzenleme de esasında doğrudan kişisel sağlık verilerini işleme, bu anlamda kayda alma, nakletme veya aktarma gibi yetkileri tanımamaktadır.

Kişisel sağlık verilerinin işlenmesi konusunda yetkilendirme tanıyan en açık düzenleme Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkındaki 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 378. maddesinde bulunmakta olup düzenleme kapsamında kamu veya özel sağlık kurumları ile sağlık mesleği mensuplarına kişisel sağlık verilerini işleme yetkisi verilmiştir.⁹⁴⁶ Söz konusu maddeye göre *"(1) Sağlık hizmeti almak üzere, kamu*

⁹⁴⁶ İlgili madde metni şöyledir: *"Bilgi Toplama, İşleme ve Paylaşma Yetkisi Madde 378- (1) Sağlık hizmeti almak üzere, kamu veya özel sağlık kuruluşları ile sağlık mesleği mensuplarına müracaat edenlerin, sağlık hizmetinin gereği olarak vermek zorunda oldukları veya kendilerine verilen hizmete ilişkin kişisel verileri işlenebilir. (2) Sağlık hizmetinin verilmesi, kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi ile sağlık hizmetlerinin planlanması ve maliyetlerin hesaplanması amacıyla Bakanlık, birinci fıkra kapsamında elde edilen verileri alarak işleyebilir. Bu veriler, Kişisel Verilerin Korunması Kanununda öngörülen şartlar dışında aktarılamaz. (3) Bakanlık, ikinci fıkra gereğince toplanan ve işlenen kişisel verilere, ilgili kişilerin kendilerinin veya yetki verdikleri üçüncü kişilerin erişimlerini sağlayacak bir sistem kurar. (4) Üçüncü fıkraya göre kurulan sistemlerin güvenliği ve güvenilirliği ile ilgili standartlar Kişisel Verileri Koruma Kurulunun belirlediği ilkelere uygun olarak Bakanlıkça belirlenir. Bakanlık, ilgili mevzuat uyarınca elde edilen kişisel sağlık verilerinin güvenliğinin sağlanması için gerekli tedbirleri alır. Bu amaçla, sistemde kayıtlı bilgilerin hangi görevli tarafından ne amaçla*

veya özel sağlık kuruluşları ile sağlık mesleği mensuplarına müracaat edenlerin, sağlık hizmetinin gereği olarak vermek zorunda oldukları veya kendilerine verilen hizmete ilişkin kişisel verileri işlenebilir.” Bu hüküm doğrultusunda, kamu ve özel sağlık kuruluşları, müracaat edenlerin ve sağlık hizmetlerinin gereği olarak vermek zorunda oldukları kişisel sağlık verilerini işleme yetkisine sahiptirler. Bu anlamda tüm kamu ya da özel sağlık kuruluşları 6698 sayılı KVKK’nin 6/3 maddesi anlamında kişisel sağlık verilerini işlemeye yetkili kurum ve kuruluş konumuna getirilmiştir. Ayrıca Kararname’nin aynı maddesinin ikinci fıkrası gereği Sağlık Bakanlığı maddede sayılan amaçlara bağlı kalmak kaydıyla bu nitelikte toplanan verileri alarak işleyebilecektir.

Kararname’nin söz konusu maddesinin ikinci fıkrası: “(2) Sağlık hizmetinin verilmesi, kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi ile sağlık hizmetlerinin planlanması ve maliyetlerin hesaplanması amacıyla Bakanlık, birinci fıkra kapsamında elde edilen verileri alarak işleyebilir.” hükmünü içermektedir. Bu düzenleme gereğince yetkili kamu ya da özel sağlık kuruluşları tarafından kaydedilen kişisel sağlık verileri, sadece 6698 sayılı KVKK’nin koyduğu sınırlandırıcı amaçlara paralel olarak maddede belirlenen amaçlar doğrultusunda bakanlık tarafından da işlenebilecektir. Bu yönüyle Sağlık Bakanlığı da 6698 sayılı KVKK’nin 6/3 maddesi anlamında yetkili kurum ve kuruluş konumuna getirilmiştir.

Bu aşamada yukarıda yer verilen –isabetli- düzenlemeler bir yana bırakılarak, kişisel sağlık verilerini işleme yetkisi bulunan kurum ve kuruluşları belirleme yetkisinin bu kararnameler ile belirlenebilecek bir yetki olup olmadığının ortaya konulması gerekmektedir.

Anayasa’nın 20/3 maddesinde “Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir” hükmü bulunmaktadır. Konuya ilişkin 6698 sayılı KVKK’nin 5. maddesinde ise kişisel verilerin ancak kanunda açıkça öngörülmesi halinde işlenebileceği düzenlenmiştir. Yine Kanun’un 6. maddesinde kişisel sağlık

kullanıldığının denetlenmesine imkân tanıyan bir güvenlik sistemi kurar. (5) Sağlık personeli istihdam eden kamu kurum ve kuruluşları ile özel hukuk tüzel kişileri ve gerçek kişiler, istihdam ettiği personeli ve personel hareketlerini Bakanlığa bildirmekle yükümlüdür. (6) Kişisel sağlık verilerinin işlenmesi, güvenliği ve bu maddenin uygulanması ile ilgili diğer hususlar Bakanlıkça yürürlüğe konulan yönetmelikle düzenlenir.”

verilerinin nasıl ve hangi amaçlar doğrultusunda işlenebileceği düzenleme altına alınmış bulunmaktadır. Ancak bahsi geçen Kanun'da, kişisel sağlık verilerinin Sağlık Bakanlığı, kamu veya özel sağlık kuruluşları tarafından işlenebileceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Maddede sadece yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından kişisel sağlık verilerinin işlenebileceği belirtilmektedir. Hâlbuki bu yetkili kurum ve kuruluşların hangileri olduğuna dair belirlemenin dahi sadece kanunla yapılması, Anayasa hükmü nedeniyle zorunluluk taşımaktadır. Bu anlamda kanunda bu belirlemenin daha alt düzeydeki mevzuatla yapılabileceği ibaresi bulunsaydı dahi bu yaklaşım Anayasa'nın 7. maddesinde düzenlenmiş olan yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesine açıkça aykırılık taşıyacaktı. Bu nedenle bu verileri işlemeye yetkili kurum ve kuruluşlar ile sır saklamakla yükümlü kişilerin kimler olduğuna dair belirlemenin mutlaka şekli anlamda kanunla yapılması gerekmektedir. Bu kapsamda 6698 sayılı KVKK 5. maddesindeki *kanunla açıkça yetkilendirilmiş olma* ibaresinin, Kanunda bu yönde çok açık bir yetkilendirilmede bulunma olarak anlaşılması gerekmektedir. Bu nedenle bu alandaki yetkilendirmenin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile yapılması mümkün gözükmemektedir. Yani bizzat Anayasa'nın ve 6698 sayılı Kanunun açık hükmü gereğince kişisel verilerin işlenmesine ilişkin yetkilendirici düzenlemeler Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılamazlar. Bu nedenle bahse konu Kararname'nin özellikle 378. maddesinin Anayasa'ya ve 6698 sayılı Kanun'a açıkça aykırı olduğunu düşünmekteyiz.

Sonuç olarak, bu düzenlemelerin tamamı bir bütün halinde değerlendirildiğinde, mer-i mevzuata göre kişisel sağlık verilerini işlemeye yetkili kurum ve Kuruluşların *kamu sağlık kuruluşları* ile *özel sağlık kuruluşları* ve sadece belli amaçlar doğrultusunda olmak üzere *Sağlık Bakanlığı* olduğu rahatlıkla söylenebilir. Bu ifade edilen sağlık kurum ve kuruluşu kavramı ise Hasta Hakları Yönetmeliği'nde tanımlanmıştır. Buna göre *sağlık kurum ve kuruluşu*, sağlık hizmeti verilen kamu veya özel bütün kurum ve kuruluşları ile tababet icra edilen bütün yerleri ifade etmektedir.⁹⁴⁷ Bir konuda tanımlama yapılması, o konudaki yetkinin ve sınırların belirlenmesi anlamında büyük önem taşımaktadır. Çünkü tanım, bir kavramın ya da bir nesnenin sınırlanması, belirlenmesi; kavramın içeriğini kuran belirtilerin gösterilmesi, bir

⁹⁴⁷ Hasta Hakları Yönetmeliği madde 4/1-d.

kavramın ya da bir sözcüğün anlamının belirtilmesi⁹⁴⁸ anlamlarına gelmekte ve bu nedenle yetkilendirme ve sınırlarını çizme amaçlarına hizmet etmektedir. Bu nedenle Yönetmelik'te yer alan tanımlama, Yönetmelik'te tanımlanan kuruluşlara kişisel sağlık verilerini işleme yetkisinin verilmiş olması sonucunu doğurmakta ve yine bu nedenle bu tanımlamaların dahi kanunla yapılmayıp yönetmelikle yapılması Yönetmelik'i Anayasa'ya ve 6698 sayılı Kanun'a aykırı hale getirmektedir. Sonuç olarak kişisel sağlık verilerini işlemeye yetkili kurum ve kuruluşlara ilişkin belirlemeler anayasaya ve kanuna aykırı olarak yapılmıştır ve bu nedenle iptal edilmeleri gerekmektedir.

Sağlık hizmetinin ne olduğunun ise Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkındaki Kanun'da tanımlandığından yukarıda bahsetmiştik. Buna göre *sağlık hizmetleri*⁹⁴⁹, insan sağlığına zarar veren çeşitli faktörlerin yok edilmesi ve toplumun bu faktörlerin tesirinden korunması, hastaların tedavi edilmesi, bedeni ve ruhi kabiliyet ve melekeleri azalmış olanların işe alıştırılması (rehabilitasyon) için yapılan tıbbi faaliyetlerdir. Demek ki tüm bu faaliyetlerden bir ya da birkaç tanesini birden gerçekleştiren yerlerin tamamı kamuya yani devlete de ait olsa özel sektörde ait olsa sağlık kurum ve kuruluşu niteliğini taşımakta ve bu nedenle kişisel sağlık verilerini – koşullarına riayet etmek kaydıyla- işlemeye yetkili olmaktadır.

Belirtilen mevzuat hükümleri gereğince *sağlık mesleği mensupları* da kişisel sağlık verilerini işlemeye yetkili kılınmışlardır. Düzenlemeden yani Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ndeki madde metninden sır saklama yükümlüğü bulunup bulunmadığına bakılmaksızın tüm sağlık personellerinin kişisel sağlık verilerini işlemeye yetkili olduğu gibi bir anlam çıkmaya müsaittir. Ancak bu doğru bir çıkarım olmayacaktır. Çünkü kanunlar Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nden daha üst bir hiyerarşiye sahiptir ve özellikle de temel hak ve özgürlük alanına ait bir konuda, kanun tarafından düzenlenen temel hakkı korumaya ve haksız müdahaleleri kısıtlamaya yönelik bir düzenlemeyi etkisiz kılacak şekilde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenemezler ve bu tür bir sonuç doğuracak şekilde yorumlanamazlar. Dolayısıyla kararname metninde yazmasa da Kanun'un 6 maddesinde bu zorunluluk açıkça arandığından kişisel sağlık verileri ancak sır saklama yükümlüğü altındaki sağlık personeli tarafından işlenebileceği kabul edilmelidir.

⁹⁴⁸ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, *Felsefe Terimleri Sözlüğü*, <https://sozluk.gov.tr/>, (25.06.2020).

⁹⁴⁹ Bkz. Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkındaki Kanun'un 2/1-2 maddesi.

1.2.6.1.3.3. Kişisel Sağlık Verilerinin Güvenliğine Dair İlkeler

Özel ve kamusal faaliyetlerde kişisel verilerin işlenmesi gerçeği, toplanan kişisel verinin bizzat görevliler tarafında ifşa edilmese dahi bir şekilde yetkisiz kişilerin eline bir şekilde geçmesinin⁹⁵⁰, yok edilmesinin, şeklinin veya türünün değiştirilmesinin ya da zarar görmesinin önüne geçilmesi zorunluluğunu gündeme getirir. İşte kişisel verilerin korunması kapsamında bunların kazara veya insan kaynaklı tehlikelere karşı, her türlü idari ve teknik önlemin alınması amacını güden ilke, veri güvenliği ilkesi (verilerin muhafazası) olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu tehlikeler, verilerin ortadan kaldırılması, değiştirilmesi, silinmeleri, yayınlanmaları veya verilere yetkisiz erişimin gerçekleştirilmesi olarak meydana gelebilmektedirler.⁹⁵¹

Bu ilke Avrupa birliği müktesebatında kişisel verilerin işlenmesine dair genel bir ilke olarak kabul edilmekte ve genel itibariyle, işleme sürecine konu edinilen verilerin süreç boyunca maddi veya fiziki anlamda güvende olmasını temin etmeye yönelik olarak; kazara, yetkisiz veya yasadışı erişim, kullanım, değiştirme, ifşa, kayıp, imha veya hasara karşı korunma için uygun teknik veya organizasyonel önlemlerin uygulanmasını ifade etmektedir.⁹⁵²

İlke ile kişisel verilerin korunması -yaygın anlayışın aksine aynı şeyi ifade etmemektedir.⁹⁵³ Bu nedenle söz konusu kavramların birbiriyle karıştırılmaması gerekir.⁹⁵⁴ İki kavram özellikle konuları ve kapsamaları itibariyle farklıdır.⁹⁵⁵

Kişisel verilerin korunması çok daha geniş bir kavram olup kişilerin temel hakları arasında yer almaktadır.⁹⁵⁶ Veri öznesinin temel bir kişilik hakkı olması nedeniyle koruma alanı bu hakkın hukuksal sınırlarına bağlıdır.⁹⁵⁷ Bu anlamda kişisel verilerin korunmasının, kişilere ilişkin bilgilerin toplanması, saklanması, kullanılması

⁹⁵⁰ Ketizmen ve Ülküderner, *E- Devlet Uygulamalarında*, 2.

⁹⁵¹ Sedat Erdem Aydın, *AIHM İçtihatları Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 111-112.

⁹⁵² Handbook on European Data Protection Law, 131.

⁹⁵³ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 31.

⁹⁵⁴ Sedat Erdem Aydın, *AIHM İçtihatları*, 112.

⁹⁵⁵ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 32.

⁹⁵⁶ Sedat Erdem Aydın, *AIHM İçtihatları*, 112.

⁹⁵⁷ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 32.

gibi tüm veri işleme sürecinin bütün aşamalarını kapsar şekilde bireylerin denetim hakkını yeniden kazandırmaya yönelik olduğu kabul edilmektedir.⁹⁵⁸

Veri güvenliği ilkesi, dar anlamda başlı başına kişisel verilerin kendisinin korunmasını amaçlayan bir ilke olarak hukuk âleminde yer almaktadır. Dolayısıyla veri güvenliği ilkesinin bu özelliği dolayısıyla kişisel verilerin korunması hakkının sağlanmasında sadece bir araç konumunda olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.⁹⁵⁹ Bu yönüyle veri güvenliği, doğrudan verilerin bulunduğu ortam ve şekil itibarıyla tüm işleme faaliyetlerinde verilerin muhafazasını amaçlamaktadır. Bu açıdan ilk ve doğrudan hedef, kişilerin yani veri öznelerinin değil verilerin bizzat kendisinin korunmasıdır. Veriler, kişilerle ilgili olduğu ölçüde, veri güvenliği, kişisel verilerin korunmasına da hizmet edecektir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin pek çok hukuksal düzenlemede veri güvenliğinin temel yani ana ilkeler arasında sayılması da bu nedenledir.⁹⁶⁰

Veri güvenliği ilkesi; maddi ve şekli anlamda verilerin güvenliğini konu edinir ve bu nedenle kişisel verilerinin içinde yer aldığı taşıyıcı, sistem veya dokümanın korunmasını ve maddi anlamda veri güvenliğinin teminine ilişkin tedbirlerin sağlanmasını ifade etmektedir. Bu yönüyle veri güvenliği kişisel verilerin makul güvenlik tedbirleri alınarak kayıp, yetkisiz erişim, tahrip, kullanım, değiştirme ve verilerin ifşası gibi risklere karşı korunmasını güvence altına almaktadır. Bu ilkenin amaçladığı şekilde verilerin maddi anlamda güven içerisinde olmasının temini, esasında dolaylı olarak ve nihai anlamda veri öznesinin kişisel verilerinin korunmasına ilişkin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasına veya diğer bir deyişle hukuksal sınırlarıyla kişisel verilerinin korunmasına da hizmet etmektedir. Kısacası veri güvenliğinin sağlanması da kişisel verilerin korunmasının bir gerçekleştiriliş biçimlerinden biridir.⁹⁶¹ O halde veri güvenliği, kişisel verilerin korunmasına hizmet eden ancak ondan çok daha dar bir kavramdır. Verilerin tüm işleme faaliyetleri esnasında bulunduğu yerde ve bulunduğu şekilde muhafazasının devamını hedefleyen ve bu yönüyle kişisel verilerin korunmasına hizmet eden bir vazife görmektedir. Esasında kişisel verilerin korunması anlamında veri güvenliği çok önemli olan bir konudur. Bu yönüyle verilerin

⁹⁵⁸ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 15.

⁹⁵⁹ Sedat Erdem Aydın, *AİHM İçtihatları*, 112.

⁹⁶⁰ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 15.

⁹⁶¹ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 31- 32.

güvenliğinin sağlanabilmesini yani bulunduğu şekliyle muhafazasına dair kuralları bünyesinde barındırmakta⁹⁶² ve kişisel verilerin işlenmesine ilişkin ilkeler içerisinde önemli bir yer tutmaktadır.⁹⁶³

Kişisel verilerin korunmasından bahsedebilmek için öncelikle yukarıda tanımlanan verilen kişisel verilerin birtakım işlemlere tabi tutulması ve bunun sonucunda kullanılabilir, belli bir kişiyi tanımlayabilir, kendisinden anlamı sonuçlar çıkarılabilir hale gelmesi gerekir. Dolayısıyla kişisel verilerin işlenmesinin ne olduğunun da ortaya konulması gerekir.⁹⁶⁴

Kişisel verilerin toplanması, elde edilmesi, kaydedilmesi, düzenlenmesi, saklanması, değiştirilmesi, uyarlanması, birleştirilmesi, okunması, sorulması, kullanılması, açıklanması, erişilebilir hale getirilmesi, üçüncü kişilere aktarılması, yayılması, hazır bulundurulması veya anonimleştirilmesi için yapılan işlemlerin yanı sıra verilerin birleştirilmesi ya da ilişkilendirilmesi ve hatta bloke edilmesi, silinmesi ya da yok edilmesi suretiyle gerçekleştirilen her türlü işlem ya da işlemler bütünü kişisel verilerin işlenmesi tanımlı kapsamında değerlendirilmelidir. Bu yönüyle işleme, otomatik ya da otomatik olmayan prosedürler yoluyla gerçekleştirilen kişisel verilerle ilgili olabilecek her türlü süreci kapsamına almaktadır.⁹⁶⁵ Bundan da anlaşılacağı üzere, verilerin işlenmesi otomatik-dijital bir prosedür ile yerine getirilmesi zorunlu değildir. Örneğin, sorumlunun kişisel verileri ister yazılı belge üzerinden ister bilgisayar monitörü üzerinden okuması işleme kapsamında kalmaktadır.⁹⁶⁶

Otomatik işleme ise verilerin otomasyon sistemlerinin kullanıldığı yöntemlerle işlenmesidir. Otomasyon, mekanik aygıtlarla yapılan işlemlere verilen genel isimdir. Ancak bunun yasa kapsamında dijital (sayısal) işlemleri de içerecek şekilde anlaşılması gerekir. Örneğin bilişim sistemleriyle yapılan bu tür işlemler de (ki uygulamada sıklıkla görülen budur) kişisel verilerin işlenmesi olarak kabul edilir. Bu sayede verilerin toplanmasından başlayarak geçtiği tüm aşamaları kapsayan bütün işlem basamakları ve

⁹⁶² İzgi, *Mahremiyet Kavramı*, 31.

⁹⁶³ Ketizmen ve Ülküderner, *E- Devlet Uygulamalarında*, 2.

⁹⁶⁴ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 110.

⁹⁶⁵ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 112.

⁹⁶⁶ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 112.

yöntemleri koruma altına alınır. Nitekim 6698 sayılı Kanun ve ilgili yönetmeliklerle ulaşılmak istenen sonuç da budur.⁹⁶⁷

Veri güvenliğinin sağlanması, veri işleyen kişilere birçok açıdan yükümlülük getirmiştir. Bu yükümlüklerin en başta geleni kuşkusuz kişisel verilerin yetkisiz kişilerin eline geçmesinin önüne geçilmesi ve bu yönde tedbirlerin alınmasıdır. Buna ilişkin tedbirlerin niteliği kişisel verinin niteliği ve işleme amaçları ile doğrudan bağlantılıdır.⁹⁶⁸ Bu yönüyle kişisel sağlık verilerinin kişinin en özel bilgilerinden oluşması nedeniyle, korunmalarının da yüksek düzeyli olması gerekmektedir. Bu nedenle bu verilere kanuna aykırı olarak erişilememeli ve bu veriler açığa çıkmamalıdır. Bu tür verilerin gerçek anlamda korunduğundan söz edilebilmesi için bu verilere ilişkin olarak bu tür verilerin kayıt altına alındığı her ortamda erişme kontrolünü sağlayıcı tedbirler yeterli düzeyde alınmalıdır.⁹⁶⁹ Esasında tıbbi kayıtların yetkisiz kimselerin her ne surette olursa olsun erişimine kapalı olması gerekir.⁹⁷⁰

Kişisel sağlık verilerini işleyen birçok süreç ve bu verilere erişim sağlayan birçok kurum bulunmaktadır. Bu verilerin niteliği gereği paylaşılmasının zorunlu olduğu durumlar da bulunmaktadır. Bunlar özellikle bilimsel araştırmalar gibi belli amaçlar için paylaşılacak durumundadır. Böyle durumlarda ise veri güvenliği ilkelerine riayet edilmeli⁹⁷¹ ve verilerin mevcut durumu itibarıyla korunmasını ortadan kaldıracak bir duruma sebebiyet verilmemelidir. Zira sağlık hizmeti gibi güven değerinin temel olduğu alanlarda veri güvenliğinin sağlanması, hakkın elde edilebilmesi açısından büyük önem taşımaktadır.⁹⁷² Yani tıbbi gizlilik, kamunun menfaati, hastanın özgürlüğü ve mahremiyetine saygıyı artıran bir araçtır. Bu nedenle bu gizliliği sağlayıcı olmak üzere fiziki ve elektronik ortamda güvenlik sistemleri kurulmalı ve standartlar geliştirilmelidir.⁹⁷³

Sağlık kurum ve kuruluşlarının bilgi sistemlerinde fiziksel güvenlikten başlayarak siber güvenliğe kadar ayrıntılı önlemlerin alınması gerekmektedir.⁹⁷⁴ Bu

⁹⁶⁷ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 112.

⁹⁶⁸ Ketizmen ve Ülküderner, *E-Devlet Uygulamalarında*, 2.

⁹⁶⁹ Benzer mahiyette bkz. Ömür, *Kişisel Sağlık*, 176.

⁹⁷⁰ İstek, *Hasta Mahremiyeti*, 192.

⁹⁷¹ Karaarslan, Ergin, Turğut vd., *Elektronik Sağlık*, 7.

⁹⁷² İzgi, *Mahremiyet Kavramı*, 31.

⁹⁷³ İstek, *Hasta Mahremiyeti*, 192.

⁹⁷⁴ Karaarslan, Ergin, Turğut vd., *Elektronik Sağlık*, 7.

güvenlik önlemlerinin alınması sadece bakanlığın değil tüm sağlık kuruluşlarının sorumluluğunda olmalıdır. Bilgi teknolojisi sisteminin elektronik altyapısı, iletişim güvenliği, bilgi ve veri güvenliği, uygulama güvenliği konusunda standartlara uygun olarak hizmet vermelidir.

Tıbbi veri ve bilgilerin güvenliği için fiziksel güvenlik yanında (personel, alarm) e-imza, anti virüs yazılımları, parmak izi tarama vs. yöntemleri de kullanılmalıdır.⁹⁷⁵ Teknolojinin son dönemlerde ne denli geliştiği ve ilerlediği göz önüne alınırsa verilerin işlenmesi hususunda da söz konusu teknolojik gelişmeler göz önüne alınarak buna uygun sistemler kullanılmalıdır. Oluşturulacak sisteme yapılacak girişler kısıtlanmalı, kişisel verilere erişecek kısım belirlenmelidir. Kişisel sağlık verilerinin depolandığı alanda güvenlik yüksek derecede sağlanarak güvenlik ağı siber saldırılara karşı güçlü yapılandırılmalıdır.⁹⁷⁶

Zikrolunan tedbirlerin sınırını, korunmak istenen kişisel verinin özelliği, verinin işlenmesinin yaratacağı riskler ve modern teknoloji ve maliyet ilişkisinin hesaba katılarak uygun bir koruma seviyesinin sağlanması oluşturmaktadır.⁹⁷⁷ Bu yönden bakıldığında kişisel verilerin korunması, bilgi güvenliğinin sağlanması ve bireyin özgür hareket etmesi mahremiyet kavramının sağladığı durumlardır.⁹⁷⁸

Uygulamada fiziki güvenlik konusunda önemli aksaklıkların bulunduğu, arşivlerin kesinlikle kontrollü birimler olması gerektiği halde, hasta dosyaları arşivlerine rahatlıkla girilebildiği, arşivin herkese ve tüm kamu görevlilerine açık olduğu, çoğunlukla veri öznesiyle ya da verinin bizzat kendisiyle bir ilişkisi olmayan hekimlerin hiçbir gerekçe sunmaksızın rahatlıkla girip çıkabildiği, bu nedenle verilerin fiziken tutulduğu dosyalara erişimin rahat olduğu birimler olduğu ifade edilmektedir.⁹⁷⁹

Tıbbi kayıt yükümlülüğünün gereği olarak kişisel sağlık verilerin kayda alınması da esasında kişisel sağlık verilerinin muhafazasının gereklerinden biridir. Çünkü kayda alınmakla bir veri öncelikle yok olmasının önüne geçilmiş olmaktadır. Bu anlamda verinin güvenliği sadece yetkisiz ellere geçmesinin önlenmesini değil değişik nedenlerle

⁹⁷⁵ İstek, *Hasta Mahremiyeti*, 192.

⁹⁷⁶ Ömür, *Kişisel Sağlık*, 176.

⁹⁷⁷ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 31.

⁹⁷⁸ Karaarslan, Ergin, Turğut vd., *Elektronik Sağlık*, 2.

⁹⁷⁹ Afsun Ezel Esatoğlu, *Sağlık Kurumları Yönetiminin Tıbbî Kayıtlarda Sorumluluğu*, Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010 Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2011, 638.

yok olabilecek bir verinin yok olmasının önlenmesi de kapsamına almaktadır. Bu yönüyle bakıldığında tıbbi müdahale ve tedavi her bir aşamasında görev olan hekimin ya da diğer sağlık çalışanlarının kendi sorumluluk sahasına giren kayıtları tutmak zorunda olması⁹⁸⁰ kişisel sağlık verilerinin korumasına hizmet etmektedir.

Sağlık kurumları yönetimlerinin kişisel sağlık verilerinin muhafazası konusunda sorumlulukları bulunmaktadır. Bunlar, personelin temini ve eğitimiyle ilgili sorumluluk, gerekli dökümantasyonun oluşturulması, düzenlenmesi ve güvenli muhafaza koşullarına riayet ederek saklanmaları ile ilgili sorumluluk, dokümantasyon hizmetlerinden en etkin şekilde yararlanmasını sağlamakla ilgili sorumluluk, verilen bu hizmetlerin denetimiyle ilgili sorumluluk ve son olarak e-dosya, e-sağlık hizmetleriyle ilgili sorumluluk⁹⁸¹ olarak sayılabilir.

Ulusal mevzuatımızda, veri güvenliğinin sağlanması temel ve ana bir ilke olarak kabul edilmiş olmasa da kanuni güvenceye bağlanmıştır. KVKK, 12. maddesinde veri sorumlusunun yükümlülüklerini belirlerken kişisel verilere hukuka aykırı olarak erişilmesini ve işlenmesini önlemek ve verilerin korunmasını sağlamak amacıyla uygun güvenlik düzeyini temin etmek yükümlüğünü de yüklemiştir.⁹⁸² Yine aynı madde ile veri sorumlularına ve veri işleyenlere veri güvenliğini sağlamak adına öğrendikleri kişisel verileri başkalarına açıklayamama ve işleme amacı dışında kullanamama yükümlülüğünü de ayrıca yüklemiştir. Böylelikle kişisel verilerin korunmasına sağlamaya hizmet eden veri güvenliği ilkesi hayata geçirilmeye çalışılmıştır. Aynı şekilde Sağlık Bakanlığı'nca çıkarılan mülga Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik'in konuyla ilgili 6 maddesinde veri

⁹⁸⁰ Şenocak, *Özel Hukukta*, 625.

⁹⁸¹ Esatoğlu, *Sağlık Kurumları*, 638.

⁹⁸² Kişisel Verilerin Korunması Hakkındaki Kanun'un ilgili 12 maddesi şöyledir: “Veri sorumlusu; a) Kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini önlemek, b) Kişisel verilere hukuka aykırı olarak erişilmesini önlemek, c) Kişisel verilerin muhafazasını sağlamak, amacıyla uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik gerekli her türlü teknik ve idari tedbirleri almak zorundadır. (2) Veri sorumlusu, kişisel verilerin kendi adına başka bir gerçek veya tüzel kişi tarafından işlenmesi hâlinde, birinci fıkra da belirtilen tedbirlerin alınması hususunda bu kişilerle birlikte müştereken sorumludur. (3) Veri sorumlusu, kendi kurum veya kuruluşunda, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasını sağlamak amacıyla gerekli denetimleri yapmak veya yaptırmak zorundadır. (4) Veri sorumluları ile veri işleyen kişiler, öğrendikleri kişisel verileri bu Kanun hükümlerine aykırı olarak başkasına açıklayamaz ve işleme amacı dışında kullanamazlar. Bu yükümlülük görevden ayrılmalardan sonra da devam eder. (5) İşlenen kişisel verilerin kanuni olmayan yollarla başkaları tarafından elde edilmesi hâlinde, veri sorumlusu bu durumu en kısa sürede ilgisine ve Kurula bildirir. Kurul, gerekmesi hâlinde bu durumu, kendi internet sitesinde ya da uygun göreceği başka bir yöntemle ilan edebilir.”

işleme görevlisine kişisel sağlık verilerine hukuka aykırı olarak erişilmesini önlemek, kişisel sağlık verilerinin muhafazasını sağlamak amacıyla uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik gerekli her türlü teknik ve idari tedbiri almak yükümlülükleri yüklenmişti.⁹⁸³ Hatta bununla da kalınmamış bu sorumluluğun görevinden ayrılmasından sonrada devam edeceği açıkça vurgulanmıştı. Ancak 21.06.2019 tarihli ve yürürlükteki yeni Kişisel Sağlık Verileri Hakkındaki Yönetmelikte bu düzenleme bulunmamakta ve bu konu 5/4 maddesinde “(4) Sağlık hizmeti sunucuları tarafından; banko, gişe ve masa gibi bölümlerde yetkisi olmayan kişilerin yer almasını önleyecek ve aynı anda yakın konumda hizmet alanların birbirlerine ait kişisel verileri duymalarını, görmelerini, öğrenmelerini veya ele geçirmelerini engelleyecek nitelikte gerekli fiziki, teknik ve idari tedbirler alınır. (5) Sağlık hizmeti sunucuları, tahlil ve tetkik sonuçları gibi hastaya ait kişisel sağlık verilerini içeren basılı materyal üzerinde gerekli kısmî kimliksizleştirme veya maskeleyme tedbirlerini uygular ve söz konusu materyalin yetkisiz kişilerin eline geçmesi hâlinde kime ait olduğunun tespit edilmesini zorlaştıracak diğer tedbirleri alır” şeklinde düzenlenmektedir.

Yürürlükteki Yönetmelik’te açıkça yazmasa dahi genel anlamıyla KVKK’nın 12. maddesi ile tüm veri sorumlularına bu uygun güvenlik düzeyini sağlama sorumluluğu yüklenmiştir. Ancak yine de kişisel sağlık verileri gibi çok hassas bir alana ilişkin olarak ve bu hassasiyet nedeniyle çıkartılan bir yönetmelikte, bu anlamda somut sorumlulukların (ne gibi somut önlemlerin alınması gerektiğinin) tüm veri işleyenler yönüyle belirlenmemiş olmasının önemli bir eksiklik olduğunu düşünüyoruz.

⁹⁸³ Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmeliğin ilgili maddesi şöyleydi: “Kişisel sağlık verilerinin korunması Madde 6 – (1) (Değişik:RG-24/11/2017-30250) Veri işleyen; kişisel sağlık verilerinin hukuka aykırı olarak işlenmesini önlemek, kişisel sağlık verilerine hukuka aykırı olarak erişilmesini önlemek, kişisel sağlık verilerinin muhafazasını sağlamak amacıyla uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik gerekli her türlü teknik ve idari tedbiri almak, aldığı bu tedbirlerin veri sorumlusu tarafından denetlenmesine izin vermek zorundadır. Veri işleyen, bu görevinin gereği olarak öğrendiği kişisel verileri Kanun hükümlerine aykırı olarak başkasına açıklayamaz ve işleme amacı dışında kullanamaz. Bu yükümlülük görevden ayrılmasından sonra da devam eder. (2) (Değişik: RG-24/11/2017-30250) Kişisel sağlık verisi işleyenler, bu verilerin mahremiyetini sağlamak amacıyla Kanuna ve Kurul tarafından çıkartılan ikincil düzenlemelere uyar. Kurul tarafından belirlenen yeterli önlemleri alır ve Bakanlıkça belirlenen diğer kurallara riayet eder. (3) (Değişik: RG-24/11/2017-30250) Kişisel sağlık verilerinin kanuni olmayan yollarla işlenmesi hâlinde veri sorumlusu bu durumu en kısa sürede Kurula bildirir. (7) Kişisel sağlık verilerinin bulunduğu bilgi sistemleri, kullanıcı tanımlanması ve yetkilendirme dâhilinde kullanılır. Kullanıcı tanımlama ve yetkilendirmeye ilişkin her türlü işlem kayıt altına alınır ve bu kayıtlar muhafaza edilir. Yetkilendirme, kayıt altına alma ve verilerin muhafazasına ilişkin hususlar, Genel Müdürlükçe belirlenir. (8) Kişisel sağlık verilerinin bulunduğu bilgi sistemlerine erişen kullanıcıların erişim kaydı, sağlık hizmet sunucularının sistemlerinde Bakanlıkça belirlenen standartlara uygun olarak tutulur.”

Konuya ilişkin olarak Kişisel Verileri Koruma Kurulu’nun Banko, Gişe, Masa gibi Hizmet Alanlarında Kişisel Verilerin Korunmasına Yönelik Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 21/12/2017 Tarihli ve 2017/62 Sayılı İlke Kararında⁹⁸⁴ kişisel sağlık verilerinin işlendiği sağlık sektörüne özel bir vurgu yapılarak *“Bankacılık ve sağlık sektörleri başta olmak üzere birden fazla çalışan ile birlikte bitişik düzende hizmet veren kamu ve özel sektör kurum ve kuruluşlarında kişisel verilerin korunması ile ilgili olarak banko/gişe/masa gibi bölümlerde yetkisi olmayan kişilerin yer almasını önleyecek ve aynı anda birbirlerine yakın konumda hizmet alanların birbirlerine ait kişisel verileri duymasını, görmesini, öğrenmesini veya ele geçirmesini engelleyecek nitelikte gerekli teknik ve idari tedbirleri almasına ve buna aykırı davranışlar hakkında kanunun 18 maddesine göre idari işlem yapılmasına”* karar verilmiştir. Buna göre meri Yönetmelik hükmü Kurul ilke kararının gereğini yerine getirici şekilde kaleme alınmıştır.

Yeni Yönetmelik’te de veri güvenliğine ilişkin yükümlülükler ayrı bir madde halinde düzenlenmiş ve 18/1 maddesi ile *“Kanunun 12. maddesinde yer alan veri güvenliğine ilişkin yükümlülükler riayet edilir. Teknik ve idari tedbirlerin alınmasında, Kurum tarafından hazırlanan Kişisel Veri Güvenliği Rehberi esas alınır.”* denilerek veri güvenliğine ilişkin gerekli koruma önlemleri tek tek sayma ve sorumluları belirleme yolu tercih edilmeksizin doğrudan kanuna ve kişisel verileri koruma kurumunun çıkardığı rehber ilkelere atıf yapılması yolu tercih edilmiştir. İlgili Rehber İlkeler, Kişisel Verileri Koruma Kurumu’nca Ocak 2018 tarihinde basılı olarak yayınlanmış ayrıca elektronik sayfasında da erişmek isteyenlerin hizmetine sunulmuştur.⁹⁸⁵

Bahse konu Rehber İlkeler incelendiğinde düzenlenen ilkelerin tüm kişisel verilerin güvenliğinin sağlanmasına ilişkin genel bir rehber niteliği taşıdığı anlaşılmaktadır. Rehberin 2.1 maddesinde, mevcut risk ve tedbirler belirlenirken kişisel verilerin özel nitelikli kişisel veri olup olmadığı hususunun dikkate alınacağı belirtilmiş ve yine 2.2 maddesinde *“İzin Verilmedikçe Her Şey Yasaktır.”* prensibine uygun hareket edilmesine dikkat edilmesi hususu vurgulanmış ise de niteliği gereği hassas nitelikteki verilerle ilgili olarak somut olarak ilave nitelikte ne gibi hususlara dikkat edileceği ayrı bir başlık altında ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmemiştir.

⁹⁸⁴ Karar metni için bkz. [https://kvkk.gov.tr/Icerik/4114/2017-62,\(04/12/2019\).](https://kvkk.gov.tr/Icerik/4114/2017-62,(04/12/2019).)

⁹⁸⁵ Bkz. https://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/veri_guvenligi_rehberi.pdf (22.08.2019).

Bahse konu rehber tamamen temel ilkeleri belirleyici, genel, soyut bir nitelik taşımaktadır. Zira Türkiye’de tüm sektörlerde uygulanacak bir rehber olarak kaleme alınmıştır. Ancak Sağlık Bakanlığı çıkardığı Yönetmelik’te kişisel sağlık verilerinin güvenliğine ilişkin özel kısıtlamaları tek tek belirlemesi gerekirken bunu yapmayarak önemli bir boşluk bırakmıştır. Kanaatimizce bu tür bir düzenleme biçimi eksik ve hatalıdır. Çünkü kişisel sağlık verileri gibi çok önemli bir alana ilişkin olarak çıkarılan yönetmelik bu verilerle ilgili önem ve özellik arz eden tüm güvenlik önlemlerini somut bir şekilde ve asgari şekliyle belirlemeli ve böylelikle vatandaşların anayasa ile teminat altına alınan kişisel verilerinin korunmasını isteme hakkını kendi alanına özgü olmak üzere teminat altına almalıydı. Bu haliyle mevcut yönetmelik kişisel sağlık verilerinin hassas niteliklerine özgü şekilde muhafazası anlamında veri güvenliğini sağlayıcı teminattan yoksundur.

Doğrudan kişisel sağlık verilerine ilişkin olmasa bile özel nitelikli veri olması nedeniyle onu da içine alan Kişisel Verileri Koruma Kurulu’nun 31/01/2018 Tarihli ve 2018/10 Sayılı Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Veri Sorumlularınca Alınması Gereken Yeterli Önlemler⁹⁸⁶ isimli kararı bu anlamda önem taşımaktadır. Bu kararda biraz daha ayrıntılı bir şekilde özel nitelikli kişisel verilerin (bu arada tabii ki kişisel sağlık verilerinin) işlenmesi esnasında korunmasına yönelik olarak alınması gereken güvenlik tedbirleri biraz daha somutlaştırılmıştır. Karar ile bu yönde alınacak koruma önlemleri, verilerin güvenliğine yönelik önlemler, işlenmesi süreçlerinde yer alan çalışanlara yönelik önlemler, verilerin işlendiği, muhafaza edildiği ve/veya erişildiği elektronik ortamlara veya fiziksel ortamlara yönelik önlemler, özel nitelikli kişisel verilerin aktarılması esnasında uyulacak önlemler olarak beş ayrı kategori altında düzenleme altına alınmıştır. Bu isabetli bir yöntemdir ancak kişisel sağlık verilerinin yapısına özgü ve bu nedenle özel güvenlik önlemlerini belirlememektedir. Kaldı ki kanaatimizce kişisel sağlık verilerinin yapısına uygun, ayrıntılı ve somut tedbirleri içeren düzenlemenin Kurul tarafından değil Sağlık Bakanlığı tarafından yapılması daha doğru olacaktır. Zira bahse konu verilerle ilgili olarak doğrudan icracı konumunda olan ve tüm sorumlulukları üzerinde taşıyan Sağlık Bakanlığı’dır. Kurul ise denetleyici konumundadır. Bu konuları gereği uygulamada yaşanan problemler ile doğrudan

⁹⁸⁶ İlgili karar metni için Bkz. [https://kvkk.gov.tr/Icerik/4110/2018-10,\(04/12/2019\)](https://kvkk.gov.tr/Icerik/4110/2018-10,(04/12/2019)).

yüzleşmesi nedeniyle bilen Bakanlık'tır ve veri merkezli düşünerek somut önlemleri ilk aşamada alması gereken de bu nedenle Bakanlık'tır.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere sadece elektronik verilerin değil diğer bütün fiziki ortamlardaki verilerin muhafazası, verilerin korunmasını sağlama anlamında zorunluluk taşımaktadır. Bu yönden hüküm içeren bir düzenleme yeni yürürlüğe konulan Devlet Arşiv Hizmetleri Hakkında Yönetmelik'in, Belgelerin Korunması kenar başlıklı 5. maddesi şöyledir: “(1) *Yükümlüler;*

a) Ellerinde bulundurdıkları her türlü belgenin yangın, hırsızlık, rutubet, sıcaklık, su baskını, toz ve her türlü hayvan ve haşeratın tahribatına karşı korunmasından ve mevcut asli düzenleri içerisinde muhafaza edilmesinden,

b) Elektronik ortamda teşekkül eden ve/veya depolanan belgeler için her türlü afet, siber saldırı, yazılım/donanım kaynaklı veya olası diğer tehditlere/risklere karşı gerekli güvenlik önlemlerinin alınması ve olası belge kayıplarının engellenmesi amacıyla felaket kurtarma planlaması yapılması ve yürütülmesi ile yedekleme ünitelerinin tesis edilmesinden, sorumludur”.

Bu düzenleme ile kişisel sağlık verilerini de kapsamına almakta bu anlamada bu verilerin bulunduğu ortamların sadece yetkisiz kişilere karşı değil rutubet, su basması gibi verileri yok edebilen ya da bozabilen tüm tehlikelere karşı korunması gerektiği ifade edilmektedir. Yine Yönetmelik, elektronik ortamlarda bulunan verilere ilişkin olarak da her türlü tehditlere karşı gerekli önlemlerin alınmasını zorunlu kılmaktadır. Bu yönüyle bakıldığında bu düzenleme Sağlık Bakanlığı ya da Kişisel Verilerin Koruma Kurulu tarafından yapılması gerekenden daha büyük bir vazife görmekte ve kişisel verilerin güvenliğinin sağlanmasına daha büyük oranda hizmet etmektedir.

Kişisel sağlık verilerinin güvenliği ile ilgili kabul edilebilecek diğer bazı kurallar farklı mevzuatlar düzenlemiştir. Kamu hastanelerine yönelik Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin ilgili hükmü (m. 32) uyarınca, özellikle Sağlık Bakanlığı'na bağlı kamu hastanelerinde sunulacak tıbbi kayıt ve arşiv hizmetleri ile elektronik hastane kayıtları hakkında çıkartılmış iki önemli Yönerge bulunmaktadır.

Sözü edilen yönergelerden Sağlık Bakanı'nın 06.11.2001 tarih ve 10588 sayılı olurları ile yürürlüğe giren Yataklı Tedavi Kurumları Tıbbî Kayıt ve Arşiv Hizmetleri Yönergesi'nin 1. Maddesinde, Yönerge'nin tıbbi kayıt ve arşiv hizmetleri ile ilgili

olarak amacı, tıbbi kayıt ve arşiv yükümü çerçevesinde, hastaneye muayene, teşhis ve tedavi amacıyla gelen hastalar ve yaralılar ile acil ve adli vakalara ilişkin tıbbi kayıtların, süreçte düzenlenen ve kullanılan belgelerin toplanması ve bunların, hastalar ve ilgililer (araştırmacılar veya adli makamlar) tarafından incelenme istemli başvurularda derhal hazırda bulundurulmak üzere, merkezi bir kayıt ve arşiv sistemi içinde tüm belgelerin sınıflandırılması ve korunmasını sağlamak⁹⁸⁷ olarak gösterilmiştir. Yönerge’de kişisel sağlık verisi içeren evrakların muhafazasına yönelik olarak yataklı tedavi kurumlarında, olan bir merkezi tıbbî arşiv kurulacağı belirtilmekte ve arşivin birimleri ve bu kapsamda yapılacak faaliyetleri ayrıntılı bir şekilde anlatılmaktadır.

Özetle kişisel sağlık verilerini içeren tıbbi kayıtlar hiçbir şekilde açıkta bırakılmamalı, kişisel sağlık verilerinin kayıtlı olduğu elektronik dosya başkaları tarafından okunabilecek şekilde açık bırakılmamalıdır. Ayrıca kayıtlara internet ortamında denetimsiz ve izinsiz erişim de mümkün olamamalı; aynı şekilde elektronik kayıtların da gizliliği ve veri güvenliği sağlanmalıdır.⁹⁸⁸ Yine bu veriler özel nitelikli kişisel veriler oldukları için ayrı ve ek birtakım güvenceleri bünyesinde barındırması gereklidir. Örneğin kişisel sağlık verilerinin sadece ve sadece belli bir sistem üzerinden işlenebileceği ya da sadece böyle bir sistemde muhafaza edilebileceği yönündeki bir tercih ilave bir güvence niteliği taşıyacaktır. Zira kişisel sağlık verileri, sadece kanunun koyduğu istisna doğrultusunda işlenilebilmektedir. Dolayısıyla bu veri grubuna dâhil olan verilerin bir işleme faaliyetine konu edilip edilmemesi gerektiğinde daha temkinli yaklaşılmalıdır.⁹⁸⁹

Uluslararası hukuk yönünden konuya bakıldığında, verilerin güvenliği alanında bir düzenleme ise ABGVKT’de bulunmaktadır. Tüzük’ün 32. maddesi ile veri sorumlularına ve veri işleyenlere uygun veri güvenlik seviyesini sağlamak üzere gerekli tedbirleri alma, bunu yaparken de işlenen verilerin durumuna göre yapılan işleme faaliyetlerinin yol açtığı riskleri göz önünde bulundurma yükümlülüğünü yüklemiştir.⁹⁹⁰

⁹⁸⁷ Demir, *Hasta Tasarrufları*, 606.

⁹⁸⁸ Somer, *Tıbbi Kayıtlar*, 554.

⁹⁸⁹ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 33.

⁹⁹⁰ Tüzükün konuyla ilgili İşleme Güvenliği yan başlığını taşıyan 32. maddesi “İşleme güvenliği 1. Kontrolör ve işleyici, son teknoloji, uygulama maliyetleri ve işleme faaliyetinin mahiyeti, kapsamı, bağlamı ve amaçlarının yanı sıra gerçek kişilerin hakları ve özgürlükleri açısından çeşitli olasılıklar ve ciddiyetlere sahip riskleri dikkate alarak, risk açısından uygun bir güvenlik seviyesi sağlamak üzere, uygun olduğu hallerde, aşağıdakiler de dahil olmak üzere uygun teknik ve düzenlemeye ilişkin tedbirler uygular: (a) kişisel verilerde takma ad kullanımı ve şifreleme; (b) işleme sistemleri ve

Buna göre uygun güvenlik seviyesi belirlenirken işlem faaliyetin yapılış şekli, süresi, işlememin yapıldığı zaman gibi hususlar göz önünde bulundurulacaktır. Bu anlamda işleme faaliyetin bizzat kendisinin veri güvenliği konusunda doğurduğu riskler göz önünde bulundurulacaktır. Bu düzenleme tarzı kanaatimizce oldukça isabetli olup belirttiğimiz eleştirileri giderici mahiyet te taşımaktadır.

Bu başlık altında son olarak AİHM'nin konumuz açısından önemli bir kararına değinmekte fayda vardır. AİHM kişisel sağlık verilerinin güvenliği konusunda “*görev ile sınırlı işleme*” ilkesini kabul etmekte ve sır saklamak yükümlülüğü altında olsa bile o kişi yani mağdurla ilgili olarak görevli olmayan kişilerin kişisel verilere erişebilmesini ihlal sebebi olarak görmektedir.

Mahkeme konuya ilişkin olarak 17/07/2008 tarih ve 20511/03 Başvuru numaralı I. / Finlandiya kararında “*Başvurucunun hastalığı ile ilgili veriler, başvurucunun tedavisinde görev alan personelin yanında, tedavi ile doğrudan ilgisi olmayan tüm hastane personelinin serbest erişimine açık şekilde kayıt altına alınmıştır. Hastane personeli olan arkadaşlarının hastalığı hakkındaki bilgilere erişimi olduğunu öğrenmesi üzerine, başvurucu durumu doktoruna iletmış, bunu takiben hastanenin hasta sicili kayıt sistemi sadece tedavi kliniğinin personeli hastalarının kayıtlarına erişebilecek şekilde, değiştirilmiştir. Ne var ki başvurucu için bu önlem geç kalmıştır, hastane personeli hâlihazırda söz konusu kayıtları öğrenmiştir... sağlık verilerinin gizliliğine saygı göstermenin sözleşmenin tüm akit taraflarının hukuk sistemlerinde hayati bir ilke olduğu, sadece bir hastanın mahremiyetine saygı duymakla kalmayıp, aynı zamanda tıp mesleğine ve genel olarak sağlık hizmetlerine olan güvenini korumanın da önemli olduğu... kişisel sağlık verilerinin Sözleşme'nin 8. maddesindeki*

hizmetlerinin gizliliği, bütünlüğü, elverişliliği ve esnekliğinin sürekli olarak sağlanabilmesi; (c) fiziksel veya teknik bir olay halinde, kişisel verilerin elverişliliği ve kişisel verilere erişimin vakitlice eski haline getirilebilmesi; (d) işleme faaliyetinin güvenliliğinin sağlanmasına yönelik olarak teknik ve düzenlemeye ilişkin tedbirlerin etkililiğinin düzenli olarak sınanması, ölçülmesi ve değerlendirilmesine ilişkin süreç. 2. Uygun güvenlik seviyesi değerlendirilirken, iletilen, saklanan veya işlenen kişisel verilerin kazara veya yasa dışı olarak imha edilmesi, kaybi, değiştirilmesi, yetkisiz şekilde açıklanması veya bunlara erişim başta olmak üzere özellikle işleme faaliyetinin yol açtığı riskler göz önünde bulundurulur. 3. 40. maddede atıfta bulunulan onaylı davranış kuralları veya 42. maddede atıfta bulunulan onaylı belgelendirme mekanizmasına uygun hareket edilmesi bu maddenin 1. paragrafında ortaya konan gerekliliklere uygunluğun gösterilmesine ilişkin bir unsur olarak kullanılabilir. 4. Kontrolör ve işleyici kontrolör ya da işleyicinin yetkisi ile hareket eden ve kişisel verilere erişimi bulunan herhangi bir gerçek kişinin, Birlik ya da üye devlet hukuku çerçevesinde bu yönde hareket etmesinin gerekmemesi durumunda, kontrolörden aldığı talimatlar haricinde bu verileri işlememesini sağlamak üzere adımlar atar.” şeklindedir.

*güvenceler kapsamında olası ihlallere karşı, somut olaydaki gibi kişisel bilgilerin açığa çıkmasını engellemek adına iç hukukta uygun önlemler alınması gerektiği*⁹⁹¹ ” ifade etmiş ve ihlal kararı verilmiştir.

Kararda ihlale hükmedilmesinin sebebini sınırlı bir süre için olsa bile kişisel sağlık verilerine tüm sağlık personellerinin erişebilmesi oluşturmaktadır. Bu sonradan düzeltilmiş olsa dahi bu anlamda ihlal oluşumuna engel olmamaktadır. Bu nedenle her zaman ve her aşamada kişisel sağlık verilerine görev kapsamı ile sınırlı olmak üzere erişimin sağlanabildiği bir uygulama hayata geçirilmelidir.

1.2.6.1.3.4. Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesinde Rıza Meselesi

Kişisel verilerin korunması hukukunda kişisel verilerin işlenebilmesi için ilgili kişinin rıza beyanında bulunması veri işleme sürecine katılmasını sağlayan önemli unsurlardan birisidir. Nitekim ilgilinin rızası, verilerin işlenmesinin en önemli meşruiyet temelidir. Zira rıza, ahlaki olarak yasaklanmış bulunan bir eylemi, ahlaki olarak izin verilen bir eyleme dönüştürür ve bu dönüşüm hem ceza hukukunda hem de medeni hukukta tanınır.⁹⁹² Bu bağlamda “*rıza*” ilgili kişinin kendisiyle ilgili veriler üzerinde denetimini sağlamasının önemli bir aracı ve “*sahip olduğu bilgilerin geleceğini belirleme*” düşüncesinin önemli bir yansımasıdır.⁹⁹³ Kişisel verilerin işlenmesi kural olarak caiz olmayıp; veri sahibinin rızası, kişisel verilerin işlenebilmesinde hukuka uygunluk sebebi oluşturmur.⁹⁹⁴

Kişisel verilerin işlenebilmesi için gerekli şartların başında hukuka uygunluk sebebi olarak kabul ettiğimiz, ilgilinin rızası gelmektedir.⁹⁹⁵ İlgilinin rızası, verilerin işlenmesinin en önemli meşruiyet temellerinden biridir. Rıza, ilgili kişinin kendisiyle ilgili veriler üzerinde denetimini sağlamasının önemli bir aracı ve bilgilerin geleceğini belirleme düşüncesinin bir yansımasıdır.⁹⁹⁶ Bu yönüyle rızanın ahlaki temeli bireysel özerlik ilkesini dayanmaktadır.⁹⁹⁷ Bu anlamda kişisel verilerin korunması hukukunda ilgili kişinin rızasının alınması veri işleme sürecine katılmasını sağlayan önemli

⁹⁹¹ Ömür, *Kişisel Sağlık*, 150-151.

⁹⁹² Maclean, *Briefcase on Medical*, 21.

⁹⁹³ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 238.

⁹⁹⁴ Braun, *Kişisel Verilerin*, 15.

⁹⁹⁵ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 36.

⁹⁹⁶ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 101; Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 238.

⁹⁹⁷ Maclean, *Briefcase on Medical*, 19.

unsurlardan biridir.⁹⁹⁸ Bu yönüyle rızasıyla veri işleme esasında veri işleme faaliyeti bakımından veri öznesinin verilerinin geleceğini belirlemeye yönelik iradesinin bir değer kazanmasını ve veri işleme prosedüründe ilgilinin basit bir obje konumunda kalmaktan kurtulmasını sağlamaktadır.⁹⁹⁹ İşte bu anlamda kişisel sağlık verilerinin de ancak kişinin açık rızası ile işlenebilmesi gerekmektedir.¹⁰⁰⁰ Ancak pozitif hukukumuzdaki kabul şekli nedeniyle uygulamada bu yönde gelişmemiştir.

Veri öznesinin kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin verdiği rızanın muteber kabul edilebilmesi için pek çok nitelikte donatılmış olması gerekmektedir.¹⁰⁰¹ Bu anlamda rızanın taşınması gereken bazı nitelikleri bulunmaktadır. Bu anlamda zaten KVKK'de açık rızayı, “*belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rıza*” şeklinde tanımlamıştır.¹⁰⁰² Demek ki ilgili kişinin rızasının şüpheyeye yer bırakmayacak nitelikte, bir başka anlatımla kesin olması gerekmektedir. İlgili kişinin bu anlamdaki iradesinin açık ve kesin bir göstergesi bulunmalı, bir başka ifadeyle ilgili kişinin rıza gösterip göstermediği konusunda herhangi bir şüphe bulunmamalıdır.¹⁰⁰³ Ayrıca işleme ilişkin olarak verilen rıza, ilgili kişinin özgür iradesinin yansıması yani serbest ve özgür bir zihinsel etkinliğinin ürünü olmalıdır.¹⁰⁰⁴ Diğer bir deyişle, kişinin verilerinin işlenmesine rıza gösterip göstermeme konusunda gerçek bir seçim hakkı mevcut olmalı ve ayrıca kişi rıza göstermemesine ilişkin bir gerekçe sunma mecburiyetinde bırakılmamalıdır.¹⁰⁰⁵ Rıza genel nitelikli olmamalı, belirli bir duruma özgülenmiş olarak verilmelidir.¹⁰⁰⁶ Yani somut veri işleme faaliyetine ilişkin olmalıdır. Buna göre rızanın belirli bir duruma özgülenmiş olması gerekmektedir.¹⁰⁰⁷

⁹⁹⁸ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 101.

⁹⁹⁹ Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 36.

¹⁰⁰⁰ Bks. Kanun madde 5/1; ayrıca Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 101.

¹⁰⁰¹ Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 36.

¹⁰⁰² *Kişisel Verilerin Korunması Hakkındaki Kanun md 3/1-a*; aynı yönde bkz. Braun, *Kişisel Verilerin*, 18; Handbook on European Data Protection Law, 111.

¹⁰⁰³ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 239; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 102-103; Handbook on European Data Protection Law, 112.

¹⁰⁰⁴ Maclean, *Briefcase on Medical*, 21; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, Genel Hükümler, Turhan, 7. Baskı, Ankara 2006, 28; Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 240; Handbook on European Data Protection Law, 112.

¹⁰⁰⁵ Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 37.

¹⁰⁰⁶ Handbook on European Data Protection Law, 112; Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 241.

¹⁰⁰⁷ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 241; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 104.

Bu açıklamalardan sonra birazda açık rızanın nasıl olması gerektiğine değinmekte fayda vardır. Somut olarak bakılacak olursa açık rızanın üç unsuru vardır:

1. *Belirli bir konuya ilişkin olmalıdır.*¹⁰⁰⁸ Yani işleme amacına özel olarak verilmesi gereklidir.¹⁰⁰⁹ Bu kapsamda veri sorumlusu ve veri işleyenlerce açık rıza beyanının hangi konuya ilişkin olarak istenildiğinin açıkça ortaya konulması gerekmektedir. Buna göre, genel bir irade açıklaması ile “*kişisel verilerimin işlenmesini kabul ediyorum*” şeklindeki açık uçlu ve belirsiz bir rıza, tek başına Kanun’un istediği anlamda “*açık rıza*” olarak kabul edilemez.¹⁰¹⁰ Eğer birden çok kategoriye ilişkin verinin işlenmesine dair rıza beyanında bulunulacaksa, rızanın hangi verilerin ve ne amaçlarla işleneceği gibi hususları içerir şekilde gösterilmiş olmalıdır.

2. *Bilgilendirilmeye dayanmalıdır.* Rıza bir irade beyanı olup kişinin özgür bir şekilde rıza gösterebilmesi için neye rıza gösterdiğini de bilmesini gerektirir. Bunun içinde kararını vermeden önce yeterli bilgiye sahip olması gerekir.¹⁰¹¹ Bu durum Kanun’un 10. maddesinde düzenlenen “*aydınlatma yükümlülüğü*” kavramı ile de ilişkilidir. Kişinin sadece konu üzerinde değil aynı zamanda rızasının sonuçları üzerinde de tam bir bilgi sahibi olması gerekir. Bilgilendirme ise veri işleme ile ilgili bütün konularda yani onay- rıza gereken konularda tam, açık ve kolayca anlaşılır bir biçimde veri öznesinin aydınlatılmasıdır.¹⁰¹² Bilgilendirmenin mutlaka verinin işlenmesinden önce yapılması gerekir. İşlenecek verinin niteliği, aynı zamanda bilgilendirme düzeyini belirleyecektir. İlgili kişinin bilgilendirilmesi aynı zamanda kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının bir yansımasını oluşturmaktadır.¹⁰¹³

Kişinin veri işlemeye gösterdiği rızanın geçerli olabilmesi için yapılacak eylemin mahiyetini ve amacını anlamış olması, bu yönüyle belirli hususlarda yeterli düzeyde aydınlatılmış olması gerekmektedir. Ortada aydınlatılmış bir rıza beyanı bulunmalıdır. Yani kişinin neye rıza gösterdiği konusunda özel olarak bilgilendirilmiş olması gerekir. Bilgilendirmenin konusunu oluşturması gereken bu hususlar; kişinin kişisel verilerinin işlenip işlenmediği ve işlenmişse hangi kişisel verilerinin, kim

¹⁰⁰⁸ Açık Rıza, Kişisel Verileri Koruma Kurumu Yayını, 5.

¹⁰⁰⁹ Handbook on European Data Protection Law, 147.

¹⁰¹⁰ Açık Rıza, Kişisel Verileri Koruma Kurumu Yayını, 5.

¹⁰¹¹ Handbook on European Data Protection Law, 146.

¹⁰¹² Handbook on European Data Protection Law, 146.

¹⁰¹³ Açık Rıza, Kişisel Verileri Koruma Kurumu Yayını, 6.

tarafından, hangi amaç, yöntem ve hukuki düzenlemeye dayanılarak işlendiği, işlemenin muhtemel sonuçları ve bu verilerin kimlere verilebileceği ile veri doğrudan veri süjesinden alınmamışsa bu verinin kimden elde edildiği ve kişinin haklarının neler olduğu hususlarıdır.

Rızanın kapsamı sadece kişisel verisinin işlenmesine izinden vermekten ibaret değildir, aynı zamanda verisinin kim tarafından ve tam olarak hangi amaçla işleneceği, bu amaç için verinin hani işlemlere tabi tutulacağı ve nasıl kullanılacağı, bu işlemlerin kendisini nasıl etkileyebilecekleri de veri süjesine açıklanmalı bunların hepsi için rızası alınmalıdır. Aksi takdirde kişinin geçerli bir rıza beyanında bulunduğu söz edilemez.

3. *Özgür iradeyle açıklanmış olmalıdır.*¹⁰¹⁴ Kişinin irade beyanı olan rıza, kişinin yaptığı davranışın bilincinde ve kendi kararı ile olması halinde geçerlilik kazanacaktır. Kişinin iradesini sakatlayacak her tür fiil, kişisel verilerin işlenmesi için verdiği rızayı da sakatlayacaktır. Cebir, tehdit, hata ve hile gibi iradeyi sakatlayan hallerde, kişinin özgür biçimde karar vermesi mümkün değildir. Dolayısıyla bu gibi durumlarda rızanın özgür bir irade açıklamasından bahsedilemez. Ancak buradaki her sebep kendi içerisinde değerlendirilmeli, rızayı etkileme derecesi belirlenmelidir.¹⁰¹⁵ Eğer veri öznesinin samimiyeti veya özgür bir seçimi yoksa veya zararsız bir şekilde rızasını geri alamıyor veya rıza vermekten kaçınıyor veya rızanın serbest iradeye dayalı olarak verildiğinden bahsedilemez. Diğer bir deyişle, kişinin verilerinin işlenmesine rıza gösterip göstermeme konusunda gerçek bir seçim hakkı mevcut olmalı ve kişi, rıza göstermemesine ilişkin bir gerekçe sunma mecburiyetinde bırakılmamalıdır.

Rızanın, herhangi bir tereddüt yaşanmaksızın verilmiş olması da rızanın muteberliğine dair asli bir özelliktir.¹⁰¹⁶ Tarafların eşit konumda olmadığı veya taraflardan birinin diğeri üzerinde etkili olduğu durumlarda rızanın özgür iradeyle verilip verilmediğinin dikkatle değerlendirilmesi gerekir. Özellikle işçi-işveren ilişkisinde, işçiye rıza göstermeme imkânının etkin bir biçimde sunulmadığı veya rıza göstermemenin işçi açısından muhtemel bir olumsuzluk doğuracağı durumlarda, rızanın

¹⁰¹⁴ Leung, *Law for Doctors*, 41; Handbook on European Data Protection Law, 143; Açık Rıza, Kişisel Verileri Koruma Kurumu Yayını, 7.

¹⁰¹⁵ Açık Rıza, Kişisel Verileri Koruma Kurumu Yayını, 7.

¹⁰¹⁶ Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 37.

özgür iradeye dayandığı kabul edilemez.¹⁰¹⁷ Özetle açık rızanın geçerliliğinin temelini, kişinin serbest iradesi ile spesifik bir işleme faaliyetine veya veri öznesinin önceden bilgilendirilmiş olduğu, diğer bir söylemle aydınlatılmış olduğu, bir konuya ilişkin olarak verilmesi oluşturmaktadır.¹⁰¹⁸

Avrupa Birliği hukukunda rızanın bu niteliklerine ilaveten ayrı bir unsur daha haklı olarak aranmaktadır. Oda bu nitelikteki tüm rızaların “açık bir şekilde verilmesi” gerektiğidir. Bu unsur, veri öznesinin, verilerinin işlenmesine izin verdiğine ilişkin olarak hiçbir makul şüphenin olmaması, yani rızanın tereddütsüz bir şekilde anlaşılabilir olması¹⁰¹⁹ şeklinde ifade edilmektedir. Kanaatimizce açık rızayı açık yapan en temel unsur da budur.

Kişinin açık onayını gösteren rıza; sözlü, yazılı veya elektronik vasıtalarla oluşturulmuş olabilir.¹⁰²⁰ Bu anlamda rızanın şekli konusunda sınırlayıcı anlamda herhangi bir şekil şartı kural olarak öngörülmemiş olup rızanın ispatının kolaylığı yönünden yazılı şekilde alınmasında fayda bulunduğu¹⁰²¹ savunulmuştur. Ayrıca kişilik haklarına hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen müdahale niteliği taşıdığından kişisel verilerin işlenmesinin hukuka uygun hale gelebilmesi için, kişilik hakkı sahibinin müdahaleden önce ve en geç müdahale anında rıza vermesi gerekir. Başka bir ifadeyle, burada aranan rıza ancak izin şeklinde verilebilir, icazet/ onay şeklinde verilemez. Zira rızanın kişilik hakkını ihlâl eden davranıştan sonra verilmesi, hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz. Kişisel verilerin işlenmesine sonradan verilen rıza işlemeyi ancak rızanın verilmesi anından itibaren hukuka uygun hale getirir.¹⁰²²

Anayasa’nın 20. maddesinin 3. Fıkrasında bu konuya ilişkin olarak kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme hakkı olduğu belirtilmiş¹⁰²³ ve

¹⁰¹⁷ Açık Rıza, Kişisel Verileri Koruma Kurumu Yayını, 7.

¹⁰¹⁸ Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 36.

¹⁰¹⁹ Handbook on European Data Protection Law, 149.

¹⁰²⁰ Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 36.

¹⁰²¹ Aynı yönde bkz. Leung, *Law for Doctors*, 41; Güven, *Hasta Bilgilerinin*, 32.

¹⁰²² Braun, *Kişisel Verilerin*, 15-16.

¹⁰²³ Madde metni şöyledir: “*Ek fıkra: 7/5/2010-5982/2 mad.) Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.*”

bu hususa özel vurgu yapılmıştır.¹⁰²⁴ Anayasa'daki düzenlemede yer alan “*kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilmesi*” ibaresi, bilgilendirme yükümlülüğünün sadece veri işlendikten sonra söz konusu olacağı gibi bir izlenim yaratmakta ve bu nedenle söz konusu ilkenin sağlaması gereken korumayı tam olarak garantileme gücünden yoksun görüldüğünün¹⁰²⁵ düşünülmesine neden olmaktadır. Ancak biz bu kanaatte değiliz. Çünkü ilgili maddede bilgilendirmenin kişisel verilerin işlenmesinden sonra mı yoksa önce mi olacağına dair bir açıklık bulunmasa da fıkranın devamında “*kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir*” denilerek Kanun'da yer almayan hallerde ancak açık rızanın varlığı halinde kişisel verilerin işleneceği somut bir şekilde ve özellikle vurgulanmıştır. Bu da başlı başına rızanın işlenmeden önce alınması gerekliliğine işaret etmektedir.

ABGVKT'de veri işleme faaliyetindeki rıza (veri sahibinin rızası); “*veri sahibinin bir beyan yoluyla ya da açık bir onay eylemiyle kendisine ait kişisel verilerin işlenmesine onay verdiğini gösteren özgür bir şekilde verilmiş spesifik, bilinçli ve açık gösterge*” olarak tanımlanmıştır.

6698 sayılı KVKK'de ise tek başına rıza kavramına yer verilmemiş, “*açık rıza*” ifadesi kullanılmıştır. KVKK'ye göre açık rıza, *belirli bir konuya ilişkin bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rızadır*. Her ne kadar ABGVKT'de sözcük olarak “*açık rıza*” kavramına yer verilmediyse de KVKK ile karşılaştırmalı olarak bakıldığında alınan rızanın “*bilgilendirmeye dayalı bir rıza*” olması arandığı için oradaki rızanın da açık rıza olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.¹⁰²⁶

Veri rıza formu, veri kayıtları ile ilgili olarak ABGVKT'nin aradığı bir şekli şarttır. Bununla ilgili olarak Tüzük'te “*Veri işleminin rızaya dayalı olduğu hallerde, rıza talebi açık bir şekilde ayırt edilebilir, anlaşılır ve kolay erişilebilir bir biçimde açık ve sade bir dil kullanılmak suretiyle sunulmalıdır*” denilmektedir.¹⁰²⁷ Bu nedenle ABGVKT'de de rıza hususu çok daha ayrıntılı ve iradeyi esas alır şekilde düzenlenmiştir.¹⁰²⁸

¹⁰²⁴ Benzer mahiyette Akdağ, *Türk Ceza*, 76.

¹⁰²⁵ Akdağ, *Türk Ceza*, 77.

¹⁰²⁶ Murat Volkan Dülger, *Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması*, Yaşar Hukuk Dergisi, Cilt 1, Sayı 2, Temmuz 2019, 114.

¹⁰²⁷ Dülger, *Avrupa Birliği*, 111.

¹⁰²⁸ Dülger, *Avrupa Birliği*, 114.

Kişisel sağlık verilerinin kişisel verilerin bir alt grubu olan özel nitelikli veriler içerisinde yer aldığını yukarıda belirtmiştik. Öyleyse hukukun temel ilkelerinden olan evleviyetle kuralı gereği bu verilerinde ancak ilgilinin açık rızasıyla işlenebileceği söylenilebilir. Bunu doğrulayıcı şekilde Anayasa'nın 20. maddesinde kişisel verilerin ancak ilgilinin açık rızası ile işlenebileceği belirtilmiştir.¹⁰²⁹ Ancak kişisel sağlık verileri ile ilgili olarak durum böyle gelişmemiştir. 6698 sayılı KVKK'nin 6/1. maddesinde sağlık verileri özel nitelikli kişisel veriler olarak tanımlandıktan sonra, 2. fıkrada bunların ancak ilgisinin açık rızasıyla işlenebileceği belirtilmiştir. Buna göre bu tür verilerin işlenmesinin hukuka uygun olabilmesi için açık rızanın varlığı gerekir. Ancak aynı maddenin 3. fıkrasının 1. tümcesinde birinci fıkrada sayılan sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel verilerin kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebileceği düzenlenmiştir. 3. fıkranın 2. tümcesinde ise sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel verilerin ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebileceği belirtilmiştir. Buna göre kişisel sağlık verileri artık açık rıza aranmaksızın işlenebilecektir. Bu açık düzenlemeden sonra artık kişisel sağlık verileri anlamında genel geçerli olarak kabul edilegelmiş olan hasta bilgilerinin kaydı için varsayılan rıza teorisini kullanmaya gerek yoktur. Zira yasa bunu zaten istisnalar arasında tutarak rıza aranmasına gerek olmayan haller arasına açıkça dâhil etmiştir.¹⁰³⁰

Anayasa Mahkemesi'nin Kanun'un bu maddesine ilişkin olarak yaptığı inceleme sonrası verdiği kararda da belirtildiği üzere cinsel hayata ve sağlığa ilişkin kişisel verilerin işlenmesi bakımından ana kurala istisna getirilmiştir.¹⁰³¹ Çünkü kanunun bizzat kendisi kişisel sağlık verileri ile ilgili olarak “İlgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir” demek suretiyle bu şartı kaldırmıştır. Peki yasa koyucu bunu yaparken neyi amaçlamış ya da hangi gereklilikle bu tercihi yapmış olabilir? Bu konuda yasanın gerekçesinde bir açıklık ya da işaret bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin olarak verdiği kararın 76 nolu paragrafına göre, yasa koyucu düzenlemeyi bu şekilde yapmakla “halk sağlığının korunması ve geliştirilmesi, hastalık risklerinin

¹⁰²⁹ Ömür, *Kişisel Sağlık*, 140.

¹⁰³⁰ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 153.

¹⁰³¹ AYM, K. 2017/143, 19.

azaltılması ve önlenmesi suretiyle kamu sağlığının korunmasını; sağlık hizmetleri ile bu hizmetlerin finansmanının planlanması ve yönetimi amaçlarını gerçekleştirmek suretiyle, yani bizzat yasayla belirlenin kullanım amaçlarının hayata geçirilmesi suretiyle, teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerinin yürütülmesi, eğitim ve araştırma faaliyetlerinin geliştirilmesi, insan gücü ve maddi kaynaklarda tasarruf sağlanması ve verimin artırılmasını” amaçlamaktadır.¹⁰³² Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, Anayasa’da devlete verilen görevlerin gereği olarak kişilerin sağlıklı bir şekilde yaşam sürdürmeleri için genel sağlığın korunması amacıyla düzenlenen tartışma konusu kurala dayanılarak hakka yapılan müdahalenin, demokratik toplum düzeni bakımından alınması gereken tedbirler kapsamında kaldığını kabul etmektedir.

Mahkeme aynı kuralı, yani kişinin açık rızası olmaksızın kişisel sağlık verilerinin işlenebilmesi hakkının düzenleme şeklini özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkının özüne dokunup dokunmadığı konusunda da süzgeçten geçirmiş ve “amaç bakımından sınırlandığı dikkate alındığında, getirilen sınırlamanın mezkûr hakların kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılamaz duruma düşüren kayıtlara bağlandığı söylenemeyeceğinden hakkın özüne dokunmadığı” kanaatine varmıştır. Ayrıca söz konusu kararın 80. paragrafında aynen “6698 sayılı kanun, 5237 sayılı kanun ve ilgili diğer kanunlarda yer alan düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde dava konusu kural kapsamında işlenecek verilerin amacı dışında kullanılmasını ve kişilerin özel hayatına dair bilgilerin ve kişisel verilerin ifşa edilmesini önleyecek yasal güvencenin sağlandığı görülmektedir. Bu bağlamda dava konusu kuralda kişisel verilerin korunması hakkına sınırlama yapılırken Kanun’da sınırlama aracının sınırlama amacına uygun ve orantılı şekilde kullanılmasını sağlayacak yasal güvencelere de yer verildiği, böylece hem özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması haklarının özünün zedelenmesinin önlendiği, hem de bu haklar ile toplum sağlığının korunmasına yönelik önlemler arasındaki makul dengenin kurulduğu görülmektedir. Dolayısıyla dava konusu kuralla kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının özüne dokunan ya da bu hakkı ölçüsüz şekilde sınırlandıran bir husus bulunmadığı gibi kuralın demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık teşkil ettiği de söylenemez” denilerek düzenleme Anayasaya aykırı görülmemiş ve iptal isteminin

¹⁰³² AYM, K. 2017/143, 19.

reddine karar verilmiştir. Ancak karar oy çokluğu ile çıkmış ve dört üye bahse konu karara muhalif kalmışlardır.

İlgili üyeler, muhalefet gerekçesi olarak kamu yararı ile kişi hak ve hürriyetleri arasında anayasal ölçütlere göre kurulması gereken adil ve makul dengeyi kişi aleyhine bozan, bu verileri korumak amacıyla getirilen düzenlemelerin açık, net ve etkili olduğundan söz edilemeyeceği, kapsamı belli olmayan “*yetkili kurum ve kuruluşlar*” tanımı altında gerek idarenin farklı birimlerine gerek yetkilendirilebilecek diğer özel kurum ve kuruluşlara, ilginin açık rızası aranmaksızın cinsel hayata ait verileri işleme yetkisi verilebileceği¹⁰³³, kişi hakkında sağlık bilgilerine sahip olup bunu kayıtlı yükümlü olan ilgili hekim ve sağlık kuruluşu dışında merkezi bir kayıt tutma (işleme) ve bunu başka kişi veya birimlerle paylaşma gibi istisnalar (imtiyazlar) getirmesi itibarıyla Anayasa’nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırılıkla malûl olduğu¹⁰³⁴, sağlık ve cinsel hayatla ilgili özel nitelikli hassas kişisel verilerin ilgili kişinin açık rızası olmadan toplanması, işlenmesi ve aktarılması, kişinin basit bir veri nesnesi olarak değerlendirilmesine yol açtığından insan haysiyetini zedelediği, dava konusu kural sağlık ve cinsel hayatla ilgili özel nitelikli hassas kişisel verilerle ilgili olduğundan bunların toplanması, aktarılması ve işlenmesinde ilgili kişinin açık rızasının aranmaması demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırılık taşıyacağı, Anayasa’nın 20. maddesindeki “*kanunda öngörülen haller*” ibaresinin her türlü kişisel verinin rıza olmadan işlenmesine imkân tanıyan açık bir çek olarak yorumlanmaması gerektiği¹⁰³⁵, sağlık ve cinsel hayata ilişkin verilerin belirtilen hallerde ilgilinin açık rızası olmadan işlenebileceğini düzenleyen kuralla özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması haklarına bir müdahalede bulunulduğu, devletin kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi amaçlarıyla bazı verilere ihtiyaç duyması ve bunun için ilgili kişilerin açık rızasını aramaması bir an için kabul edilebilir olsa bile aynı şeyi sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amaçları doğrultusunda kişilerin sağlık ve cinsel hayatlarına ilişkin hassas kişisel verilerin açık rıza olmadan işlenmesi için söylenemeyeceği, bu nedenle cinsel hayata ve sağlığa ilişkin özel nitelikli hassas veriler kişinin özel hayatına ait en mahrem bilgileri de içerdiğinden bunların ancak açık rıza ile

¹⁰³³ AYM, K. 2017/143, 44.

¹⁰³⁴ AYM, K. 2017/143, 41.

¹⁰³⁵ AYM, K. 2017/143, 39.

işlenmesi gerektiği, kişilerin bu tür bilgilerin kendi rızaları dışında kaydedilmesinden, toplanması, aktarılması ve işlenmesinden endişe duyarak bazı temel hak ve hürriyetlerini kullanmaktan kaçınabilecekleri gibi sağlık hizmeti almakta tereddüt yaşayabileceklerini¹⁰³⁶ isabetli bir şekilde belirtmişlerdir.

Biz de karara muhalif kalan üyeler gibi düşünmekteyiz. İşleme kavramı Kanun'da ve Yönetmelik'te çok geniş tanımlanmış olup, ilgili kişi ile sınırlı olmaksızın veri üzerinde yapılabilecek çok sayıda işlemi içermektedir. Bu anlamda bu veriler Bakanlık'a aktarılabilir. Bu da kişinin özellikle cinsel sağlığı ile ilgili önemli bir sorun yaşayan bir kimsenin bu nedenle sağlık kurumuna başvurusunun önüne geçebilecektir. Ayrıca bu verilerin kullanılabileceği amaçlarda çok geniş tutulmuştur. Bu kapsamda çok normal gibi görünen sağlığın korunması ibaresi bile çok geniş anlamlara gelebilir. Bunun yerine salgın hastalıkların önlenmesi gibi daha somut, içeriği belirgin kavramlar kullanılması amaca hizmet etmesi açısından daha uygun olurdu. Bu nedene kullanım amaçlarının aslında oldukça geniş olacak şekilde belirlendiğini, bu kapsamda Sağlık Bakanlığı'nın neredeyse tüm görev alanlarını içerecek şekilde kişisel sağlık verilerinin kullanılabileceğinin düzenleme altına alınmış olduğunu belirtmek istiyoruz.

Sonuç olarak Kanun'da açıkça belirtilmese de bu şekilde verileri kullanımına imkân tanınması ile aslında sağlık hizmetlerinin daha etkin verimli bir şekilde yürütülmesi amaçlanmaktadır. Yine izin ve onay işlemleri nedeniyle gereksiz zaman kayıplarının önlenmesi, seri bir hizmet sunma amaçlarıyla bu şekilde bir düzenleme yapılma yolunun tercih edildiğini söyleyebiliriz. Her ne kadar bu düzenleme tarzı bu anlamda olumlu sonuçlar verecek nitelikte olsa da tereddütsüz bir şekilde kötüye kullanılmaya müsaittir. Bu anlamda düzenleme tarzı nedeniyle kötü niyetli bir kişi oldukça geniş bir çerçevede hareket etmek özgürlüğünü bir anlamda kazanmış bulunmaktadır.

Netice itibarıyla sağlık bakımı uzmanlık gerektiren ve hizmet alanın tek başına ve kendi kendine sağlamayacağı bir hak olduğundan ötekinden talep edilen bir haktır. Bu nedenle zaten sağlık hakkı pozitif statü hakkıdır.¹⁰³⁷ Sağlık kurumuna giden kişinin kişisel sağlık verilerinin işlenmesine rıza gösterdiğinin varsayılmasında ve bu nedenle

¹⁰³⁶ AYM, K. 2017/143, 38.

¹⁰³⁷ İzgi ve Oğuz, *Türk Ceza*, 20.

ayrıca bir rıza aranmamasında hukuken bir sıkıntı bulunmamaktadır. Bu yönüyle Kanun'da ve Yönetmelik'te kişisel sağlık verilerinin işlenmesi anlamında açık rıza aramaması uygundur ancak bu tüm sağlık verileri yönünden böyle olmamalıdır. Çok özel nitelik taşıyan belli sağlık verileriyle ilgili alt ve çekirdek bir kategori oluşturulmalı ve bunların işlenmesinin gerekmesi durumunda açık rızanın alınması zorunlu tutulmalıdır. Çünkü bir cinsel sağlık sorunu nedeniyle sağlık kurumuna müracaat eden kişi buna ilişkin verilerinin çok özel olması nedeniyle kaydedilmeyeceğini, merkezi bir sisteme aktarılmayacağını düşünebilir. Bu tip işleme faaliyetleri öncesinde kendisinden izin alınacağını da haklı olarak düşünebilir. Toplumların genelinde bu inanç tarzı geçerlidir. Ancak rızası alınmadan bu tip tüm faaliyetlerin gerçekleştirilebileceğini bilirse sağlık hizmeti almaktan büyük olasılıkla vazgeçecektir. Bu da en baştan belirttiğimiz sakıncaları hem fert hem de toplum açısından doğurabilecek bir potansiyele sahiptir. Bu nedenle en azından bu tip verilere ilişkin olarak açık rızanın bir zorunluluk olarak öngörülmesi hem yasanın amaçlarına hem de kişisel verilerin koruması amacına daha uygun olacaktır.

İKİNCİ BÖLÜM

KİŞİSEL SAĞLIK VERİLERİNİN CEZA HUKUKUNDA KORUNMASI

2.1. Kişisel Sağlık Verilerinin Korunmasını İhlal Edici Davranışların Ceza Hukuku Kapsamında Yaptırım Altına Alınması Gerekliği

Tek başına yaşayamadığı, toplu halde yaşamak onun için zorunluluk taşıdığı¹ için insanoğlu toplumsal bir varlıktır.² Toplu halde yaşayabilmek ise toplumun fertleri arasındaki ilişkilerin uyum içinde devamını³ başka bir deyişle toplumsal barışı gerektirir.⁴ İnsanların dilekleri gibi davranmaları, toplumsal barışın devamı açısından önem arz eden kurallara uymamaları sosyal barışı bozar ve toplumda karmaşa, huzursuzluk ve düzensizlik başlar.⁵ Sosyal düzenin sağlanamaması ise neticede toplumun dağılmasına neden olur.⁶ Zira böyle bir ortamda toplum oluşturan fertlerin huzurlu olmalarına ve kendilerini güvende hissetmelerine imkân yoktur.⁷ İşte tamda bu nedenle insanların mensup oldukları toplumdaki ortak yaşantıları sosyal düzeni sağlamayı amaçlayan kurallara tabi tutulur.⁸ Bu kuralları ihlal edenler toplum nezdinde saygılığını yitirir ve bu nedenle toplumun diğer fertleri ile ilişkileri sınırlanır, toplumdan dışlanır.⁹ Esasında bu durum bile başlı başına bu kurallara uymayı sağlayan bir bir

¹ Kayıhan İçel ve Süheyl Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım*, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1. Bası, İstanbul Mayıs 1987, 5.

² Sedat Bakıcı, *5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuk Genel Hükümleri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, 9.

³ Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, Siyasal Kitapevi, Dördüncü Baskı, Eylül 1994, Ankara, 1.

⁴ İçel ve Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı*, 5.

⁵ Fatih Birtek, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara Ekim 2018, 22; Bakıcı, *5237 Sayılı*, 9.

⁶ İçel ve Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı*, 5.

⁷ Bakıcı, *5237 Sayılı*, 9.

⁸ Birtek, *Ceza Hukuku*, 22; İçel ve Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı*, 5.

⁹ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2007, 35; İçel ve Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı*, 5.

yaptırım niteliği taşır.¹⁰ Bu şekilde toplumsal düzeni sağlamayı amaçlayan mekanizmaya sosyal kontrol denilse de bu mekanizma başlı başına sosyal düzeni sağlamaya yetmez ve bu nedenle hukuk düzeni ile desteklenmesi gerekmektedir.¹¹

İnsanların toplumsal yaşantılarının düzen içinde olmasını ifade eden sosyal barış sadece sosyal kontrol ile sağlanamaz. Sosyal düzenin, devlet tarafından yaratılan hukuk düzeni ile tamamlanması, düzeltilmesi ve güçlendirilmesi zorunluluk taşır.¹² Bu nedenle çağdaş toplumlarda sosyal hayat düzeninin hukuk aracılığıyla sağlandığı kabul edilir.¹³ Bu kabul bizi esasında hukukun ne olduğuna ya da hukuktan ne anlaşılması gerektiğine kadar götürür. Bu yönüyle hukuk, toplum hayatında kişilerin birbirleriyle ve toplumla olan ilişkilerini düzenleyen ve uyulması zorunlu olan kurallar bütünü olarak kabul edilir.¹⁴ Yani hukuk bizatihi toplum hayatı ile ilgili bir husustur ve toplumsal düzeni sağlamak amacı bizatihi onun varlık nedenidir.

Hukukun alt dallarından biri olan “ceza hukuku” da esasında aynı amaca hizmet eder ve toplumsal yaşamın temel şartlarını teminat altına almaya çalışır.¹⁵ Zira hukukun önemli bir parçasını oluşturan önleyici, koruyucu, cezalandırıcı, zarar giderici kurallar, bozulan toplumsal düzeni eski haline getirmeye hizmet eder.¹⁶ Yani bu nitelikteki kurallar toplumsal düzeni sahip olduğu cezalandırma gücüyle temin etmeye çalışırlar.¹⁷ Zira ceza, devletin sosyal hayatı etkilemek ve onu değiştirmek, toplumda var olan ortak değerleri korumak için başvurabileceği araçların en önemli ve etkili olanlarından birisidir.¹⁸ Bu nedenle modern toplumlarda dahi cezalandırma sosyal düzeni sağlayıcı en önemli hukuksal araçlardan¹⁹, en güçlü resmi kınama²⁰ araçlarından bir olarak görülmektedir. Bu nedenle toplumsal düzenin sağlanmasına yönelik olarak en büyük ve nihai katkıyı veren hukuk dalının bu hukuk dalı olduğu rahatlıkla söylenebilir. Çünkü

¹⁰ İçel ve Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı*, 5.

¹¹ Özgenç, *Genel Hükümler*, 35; İçel ve Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı*, 5; Birtek, *Ceza Hukuku*, 22.

¹² İçel ve Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı*, 6; Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan vd., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, Eylül 2014 Ankara, 48.

¹³ Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, 1.

¹⁴ Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, 14.

¹⁵ Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku*, Dördüncü Baskı, Savaş Yayınevi, Ocak 1998, 5.

¹⁶ Bakıcı, *5237 Sayılı*, 10.

¹⁷ Bakıcı, *5237 Sayılı*, 10.

¹⁸ Thomas J. Gardner and Terry M. Anderson, *Criminal Law*, Wadsworth Cengage Learning, Eleventh Edition, 7; Toroslu, *Ceza Hukuku*, 6; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 31.

¹⁹ Sururi Aktaş, *Cezalandırmanın Amacı Üzerine*, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XIII, Sayı 1–2, yıl 2009, 24.

²⁰ Herring, *Criminal Law*, 4.

ceza hukuku kendisini en temelde cezalandırma işlevi ile gösterir.²¹ Bu kapsamda bir kişiye ceza verilmesi uslandırılmasına hizmet ederek suç işlenmesini önler ve bu sayede toplumsal düzenin etkin bir şekilde korunmasını sağlar.²² Faili toplumsal yaşamında daha dikkatli hareket etmeye zorlar ve diğer toplum üyelerini korkutarak aynı zararlı davranışı tekrarlamalarını önleyici bir etkiye bulunur.²³ Buna göre ceza hukuku, sosyal düzenin ve sosyal barışın sağlanmasına yönelik olan görevini iki ayrı işlevi yerine getirerek yapar: Bunlardan ilki cezalandırma işlevi, ikincisi ise koruma işlevidir. Bu kapsamda suçun işlenmesi halinde suç işleyeni cezalandırır ve bunu yaparak aynı zamanda toplumu (diğer kişilerin suçu işlemekten sakınmalarını sağlayarak) korur.²⁴ Bu nedenle teknik anlamda cezaların amacının suçlunun kendi yaşadığı toplumun diğer fertlerine zarar vermesini²⁵ ve toplumda yaşayan diğer fertlerin toplumun diğer üyelerine karşı benzer eylemleri gerçekleştirmelerini önlemekten başka bir şey olmadığı²⁶ ifade edilmiştir. Buna göre ceza hukuku kendisinden beklenen özel görevini, bir yandan ceza yaptırımının korkutucu niteliği sayesinde suç işlenmesini önlemek (genel önleme), diğer yandan bizzat suçlunun kendisini uslandırmak, yaptığından pişmanlık duymasın sağlamak ve onun yeniden toplumun uyumlu bir parçası haline gelmesini sağlamak²⁷, toplum ile yeniden bütünleşmesini sağlamak²⁸ (özel önleme) suretiyle yerine getirmektedir.²⁹

Tamda bu noktada belirtilmesi gerekir ki toplumun varlığını ve düzenini sağlamaya çalışan yasa koyucunun hangi eylemleri ceza hukuku kapsamına dâhil edeceğini belirleme konusunda serbest olup olmadığı ayrı bir tartışma konusu olmuştur. Esasında bu yönüyle ceza hukukunun sınırlarının nerede olduğu, duruma göre ceza hukukunun aşırı kullanımının söz konusu olup olmadığı tartışılmıştır.³⁰ Bu tartışmalar kapsamında ceza hukukun temel nitelikleri olarak kabul edilecek bazı ilkeler ortaya

²¹ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 52.

²² Benzer mahiyette bkz. Bakıcı, *5237 Sayılı*, 10.

²³ Noel Cross, *Criminal Law & Criminal Justice An Introduction*, Sage Publications Ltd, First published 2010 Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washinton DC., 11; Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet*, 59.

²⁴ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 49.

²⁵ Cross, *Criminal Law*, 11.

²⁶ Cesare Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, İtalyanca Aslından Çeviren Sami Selçuk, İmge Yayınevi, 4. Baskı, 69-70.

²⁷ İçel ve Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı*, 13.

²⁸ Gardner and Anderson, *Criminal Law*, 9; Beccaria, *Suçlar ve Cezalar*, 69-70; Cross, *Criminal Law*, 11; Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 566.

²⁹ İçel ve Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı*, 13.

³⁰ Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku*, Genel Hükümler, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, 38.

çıkıştır: bu kapsamda ilk olarak toplumda yaşanan olaylara ceza hukuku mümkün olduğunca az müdahale etmelidir.³¹ Yine ceza hukuku toplumun bütününe savunma amacına hizmet edecek şekilde fonksiyon görmelidir. Toplumun fertleri ancak dışa yansıyan davranışlarından dolayı ceza hukuku anlamında sorumlu tutulmalıdır. Ölçülü olmak ve zorunlu olmak ceza hukuku kurallarının uygulanmasına yön veren temel ilkeler olarak işlev kazanmalıdır.³²

Bu temel prensipler çerçevesinde ceza hukuku, toplum hayatı bakımından önem arz eden toplumsal değerlerin ihlal edildiği durumlarda kendini gösteren ve sahip olduğu ceza verme gücü sayesinde bu değerlere zarar verici davranışların devamına engel olan bir hukuk dalı olarak kendini göstermektedir.³³ Hukuk tarafından önemli görülen bu temel toplumsal değerler, menfaatler ceza kanunlarıyla korunma altına alındığı zaman “*hukuki değer*” niteliği kazanır.³⁴ Ceza hukuku da diğer hukuk dalları gibi toplumsal gerçeklikten bulup çıkardığı bir değeri önce hukukileştirir, sonra da bunu korumak için bu değere zarar veren davranışları belirleyerek suç haline getirir. Ceza normu, söz konusu değeri ihlâl eden bu davranışlar için ceza öngörür.³⁵ İşte bu nedenle esasında her ceza kuralının temelinde, toplumsal yaşam için büyük bir önem taşıyan bir menfaat hakkındaki olumlu bir değer yargısı, bulunmaktadır.³⁶ Buna göre kanunların arkasındaki değerler olmadan toplumsal düzeninin sağlanması ve etkin bir şekilde sürdürülmesi mümkün değildir.³⁷

Toplum açısından önem arz eden hukuksal değerlerin ceza hukuku yaptırımları ile koruma altına alınması önem taşımakla birlikte, bu niteliği bulunan hemen her hukuksal değer bu şekilde ceza hukuku ile korunmaya çalışılmasında zorunluluk bulunmamaktadır.³⁸ Bu yönüyle hangi hukuksal değer ceza hukuku vasıtasıyla korunmayı gerektirecek nitelikte üstün değerler olduğunun belirlenmesi başlı başına ayrı bir konudur. Esasen kanun koyucu istediği her fiili suç olarak tanımlama

³¹ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 41.

³² Hakeri, *Ceza Hukuku*, 41-42.

³³ Birtek, *Ceza Hukuku*, 22; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 32.

³⁴ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 32.

³⁵ Selahattin Keyman, *Hekimin Cezaî Sorumluluğu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 35, Sayı: 1-4, 61.

³⁶ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 32.

³⁷ Gardner and Anderson, *Criminal Law*, 8.

³⁸ Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara, 2003, 712; Birtek, *Ceza Hukuku*, 23.

özgürlüğüne sahiptir ancak her türlü fiilin suç haline getirilmesinde bir yarar bulunmamaktadır.³⁹ Zira ceza hukuku kendisinden beklenen işlevleri toplumsal yaşama zarar verici hemen her ihlal edildiği duruma müdahale ederek değil ancak özel bir önem taşıyan, toplumun varlığı için zorunlu ve temel olan toplumsal değerlerin ihlal edildiği durumlarda devreye girerek yerine getirmektedir.⁴⁰ Bu nedenle bir eylem, ancak toplumsal düzenin sağlanması ve korunması bakımından vazgeçilmez nitelikteki yararların korunmasına yönelik genel bir kabulün oluşmasına bağlı ve son çare olarak suç haline getirilmedi.⁴¹

Bu çerçevede hukuki değerler hukuk düzeninin benimsediği ve ulaşmak istediği idealleri göstermekte ve toplum hayatında hürriyet, eşitlik, adalet, kamu düzeni, kişinin bağımsız değer olması, ahlaklılık, söze bağlılık ve benzeri hukuki değerlerden söz edilmektedir.⁴² Buna göre yasama organının belirli bir davranışı suç olarak belirlemesinin daha somut nedenleri olarak, halkı şiddet içeren veya tehlikeli davranışlardan korumak, halk sağlığını korumak, kamu düzenini devam ettirmek, bireylerin mahremiyet hakkını ve genel ahlakı korumak⁴³ ifade edilmiştir. Yine anayasaların düzenleme altına aldığı insan onuru için vazgeçilmez nitelikteki temel hakların ceza hukuk tarafından korunmaya layık hukuki değerler olduğu savunulmaktadır.⁴⁴ Zira toplumsal düzen kişi hak ve özgürlüklerin teminat altına alınması ile sağlanabilecek olup sosyal düzenin sağlanması amacı temel hak ve özgürlüklerin korunması amacına ters düşmez⁴⁵ ancak kanaatimizce insan hak ve özgürlüklerini belirttiğimiz toplumsal değerlerden farklı görmek yanlıştır. Bu bakış açısı, hak ve özgürlüklere verdiği değer nedeniyle önemli olsa da insan haklarını yanlış bir yere oturtmaya çalışmaktadır. Çünkü insan hakları da bireye müdahale etmeme, saygı duyma, ona özgürlük alanı tanıma yönleriyle toplumsal düzenin varlığını sağlamaya yöneldiğinden zaten belirtilen toplumsal yaşantı yönünden önem arz eden değerler arasından yer almaktadır. Bu nedenle değerler toplumu olmak aynı zamanda insan haklarına saygılı toplum olmak anlamına gelmelidir.

³⁹ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 42.

⁴⁰ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 32.

⁴¹ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 42.

⁴² Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, 23.

⁴³ Gardner and Anderson, *Criminal Law*, 7.

⁴⁴ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 32; Benzer mahiyette bkz. İçel ve Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı*, 5; Özgenç, *Genel Hükümler*, 35.

⁴⁵ İçel ve Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı*, 7.

Ceza hukukunun devreye mümkün olduğunca en son devreye girmesi gerektiği ilkesi gereğince herhangi bir hukuksal değeri ihlal eden bir davranış için diğer hukuk dalları tarafından sağlanan koruma yetersiz kalır ise ceza hukuku devreye girmelidir. Yine ceza hukukunu devreye girmesinde ilaveten ihlal edilen bahse konu değer niteliği, toplumsal hayat bakımında önemi ve bu nedenle değer ihlali halinde ortaya çıkan zararların türleri, boyutu, bahse konu ihlallerin tekrarlanma sıklığı gibi özellikleri göz önünde bulundurularak davranışın cezayı gerektirip gerektirmediği, yani teknik anlamda cezaya muhtaçlık⁴⁶ durumu belirlenmelidir.⁴⁷ Bu kapsamda yasa koyucu zaman zaman bir olayda hem cezai hemde tazmini yaptırımın her ikisini de ya da sadece birini tercih edebilmektedir.⁴⁸ Yani bir olayda cezai ve hukuki sorumluluk birleşebileceği gibi bazı yanlışlar sadece medeni yaptırımlara maruz bırakılabilir.⁴⁹ Buna göre önemli hukuksal değerleri ihlal edenler, bazen hem cezai yaptırma maruz kalırlar hem de fiilin maddi ve manevi neticelerinin tamir veya tazminle yükümlü tutulabilir.⁵⁰ Bu yönüyle ceza hukuku esasen haksızlık teşkil eden insan davranışlarından hangilerinin suç olarak tanımlanması gerektiğine ve bu davranışların hangi koşullar altında işlenmesi halinde suç oluşturacağına dair esasları belirler. İşte bu esas ve prensiplerin sınırları suç siyaseti ile belirlenmektedir.⁵¹ Suç siyaseti, ceza hukukunun toplumu koruma ve kollama görevini en iyi biçimde yürütebilmesi için hangi ilke ve hedefler içinde şekillendirilmesi gerektiği sorunu ile ilgilenir.⁵² Bu sorunu çözümllemek amacı ile suçun nedenlerini ve uygulanan yaptırımların etkinlik derecelerini araştırdıktan sonra, hukuk düzenini ihlâl eden davranışların etkili biçimde önlenmesi için kanun koyucunun ceza hukukunun sınırlarını nereye kadar genişletebileceğini

⁴⁶ Ünver'e göre "Cezaya liyakat kavramı; bir kınamaya ifade eder ve ancak bir davranışın toplumsal etik açıdan haksızlık olarak nitelendirilip kınanmasını gerektirmişse cezalandırılmasını gerektirdiğini ortaya koyan ve suçun bütün unsurlarıyla ilişkili kabul edilen bir kavramdır. Cezaya muhtaçlık kavramı ise; toplum için önem taşıyan bir hukuksal değer ihlalinin suç olarak ihdas edilip edilmemesi konusundaki değerlendirmedir. Bu yönüyle, cezaya muhtaçlık, bir eylem suç olarak ihdasıyla ilgili iken; cezaya liyakat, işlenen suç/eylem bakımından failin cezalandırılıp cezalandırılmayacağına ilişkin değerlendirilmesiyle ilgilidir". Açıklama için bkz. Ünver, *Hukuksal Değer*, 683, 688, 710 vd.

⁴⁷ Birtek, *Ceza Hukuku*, 24; Ünver, *Hukuksal Değer*, 172- 173.

⁴⁸ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 39

⁴⁹ Gardner and Anderson, *Criminal Law*, 6

⁵⁰ Herring, *Criminal Law*, 25; Gardner and Anderson, *Criminal Law*, 7; Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet*, 60.

⁵¹ Özgenç, *Genel Hükümler*, 35.

⁵² Kayıhan İçel, *Çağdaş Ceza Hukukunun Evrensel İlkelerinin Kabahat Türünden Eylemler Alanındaki Boyutları*, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 2016, Sayı 7, 621-622; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 42.

ortaya koyar .⁵³ Yani barış temeline dayalı toplumsal düzeninin devamı için hukuka aykırı fiillerin hangilerinin suç olarak tanımlanması gerektiğinin belirlenmesinde kabul edilerek hayata geçirilen yolu ifade etmektedir.⁵⁴

Meseleye normatif yönüyle bakıldığında Kanun'un amacının somut olarak TCK'de düzenlendiğini görmekteyiz. Bu amaç, Sovyetler Birliği'nin dağılmasından sonra Rusya Federasyonu tarafından hazırlanıp 01.01.1997 tarihinde yürürlüğe giren ceza yasasından esinlenerek⁵⁵ belirlenmiştir. TCK'nin 1. maddesinde bu amaçlar *“Ceza kanununun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir. Kanunda, bu amacın gerçekleştirilmesi için, ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, ceza ve güvenlik tedbirlerinin türleri düzenlenmiştir.”* şeklinde ifade olunmuştur. Düzenleme daha çok suç ve ceza siyasetinin temel esaslarını⁵⁶ ortaya koymaktadır.⁵⁷

Düzenleme ile kişi hak ve özgürlüklerinin korunması çağdaş ceza hukuku anlayışına paralel olarak ceza kânununun ilk ve öncelikli amacı olduğu vurgulanmış, ceza kanunun temel amaçları arasında sayıldığı belirtilerek korunan hukuki değerlerin merkezinde bireyin bulunduğu açıkça belirtilmiştir.⁵⁸ Böylece yasa koyucu ceza kanunun amacını ortaya koyarken ilk sırada kişi hak ve özgürlükleri sayarak bunlara toplumsal düzenin devamı açısından bir değer atfetmiş ve ceza kanununun koruyacağı en temel değer olarak bunu görmüştür.

İnceleme konumuz açısından bakıldığında kişisel verilerin korunmasının Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında temel bir kişi hakkı olarak düzenlendiğini görmekteyiz. Öyleyse kişisel verilerin en önemli ve hassas kısımlarından birini oluşturduğu için kişisel sağlık verileri bizzat KVKK'de özel olarak korunması gereken

⁵³ İçel, *Çağdaş Ceza*, 621.

⁵⁴ Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu Tarafından Hazırlanan Türk Ceza Kanunun Tasarısına ilişkin 03 Ağustos 2004 tarihli ve esas 1/593, karar 60 sayılı rapor, bkz. İzzet Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Üçüncü Baskı, Ocak 2006, 44

⁵⁵ Bakıcı, 5237 Sayılı, 8.

⁵⁶ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 51.

⁵⁷ Konuya ilişkin olarak Adalet Komisyonu Raporunda *“bireyin sahip olduğu hukuki değerlerle, hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması, tasarı metninde ceza kanunun amacı olarak belirlenmiştir. Böylece kanunun özgürlükçü karakteri vurgulanmıştır”*⁵⁷ denilmektedir. Bkz. Özgenç, *Gazi Şerhi*, 45.

⁵⁸ Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2010, 1. Cilt, 56-57.

veriler kategorisine alınmıştır. Bu nedenle kişisel sağlık verilerinin korunması, ceza hukuku yönüyle toplumun varlığı ve devamı açısından korunması gereken önemli bir toplumsal değer vasfı taşımaktadır. Bu nedenle de söz konusu toplumsal/ hukuki değeri ihlal edici davranışların ceza hukuku ile yaptırım altına alınarak cezalandırılması, ceza hukukunun belirtilen amaçlarını gerçekleştirmeye hizmet edebilmesini sağlayacaktır.

Genel manada bakıldığında kişisel verilerin korunması konusu günümüzde gittikçe önem kazanmakta hem bireyler günlük yaşamlarında bu konuda pek çok yakınmada bulunmakta hem de konu üst düzey yargı organlarının hukuksal tavır almalarına neden olmaktadır.⁵⁹ Kişisel verilerin işlenebilmesi açısından öngörülen meşru sınırlar çerçevesinden hukuka uygunluk sınırının dışına çıkılmasıyla kişisel verilerin kişilik haklarına özellikle de kişilerin maddi ve manevi varlığını serbestçe geliştirebilme hakkı ve özel yaşamın gizliliği bakımından arz ettiği önem dolayısıyla bazı cezai düzenlemeleri de gerekli kılmaktadır.⁶⁰ Bu verilerin ifşa olması, çeşitli analizlere ve yorumlara konu edilmesi, veri sahibinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme özgürlüğünü kısıtlayabilmekte, bedensel bütünlüğünün veya sağlığının bozulmasına ya da ölümüne bile yol açabilmekte, onu malvarlığı kayıplarıyla da karşı karşıya bırakabilmektedir.⁶¹ Bu nedenle veri koruma hukuku, hangi kişisel verilerin kim tarafından ve kimin için elde edildiğinin, kim tarafından hangi amaçla ve ne süreyle işleneceğinin, kim ya da kimlere aktarılacağı ve ne zaman yok edileceğinin öğrenilmesi hakkını içerir.⁶²

Ülkemizde uzun bir süre boyunca kişisel verilerin korunması alanında yeterli yasal düzenlemelerin bulunmaması nedeniyle bu konu önceleri kişilik haklarının korunması konusunun altında ele alınmıştır. Bu bağlamda kişisel verilerin korunması genel olarak Medeni Kanun'un 24. maddesi altında değerlendirilmiş ve kişisel verilerin izinsiz ele geçirilmesi dolayısıyla kişilik hakkının ihlalinin bahsedilmiş ve ihlalin özel hukuk açısından sonlandırılması ve var ise zararın tazmini Medeni Kanun'un 25. ve Borçlar Kanunu'nun 41. vd. maddelerine göre istenilmiştir. Kişilik hakkı ihlali ve bunun sonuçlarıyla ilgili Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu hükümleri, kişilik haklarına dair ihlaller hangi araçla ve hangi alanda gerçekleşirse gerçekleşsin uygulama imkânına

⁵⁹ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 118.

⁶⁰ Ömür, *Kişisel Sağlık*, 158.

⁶¹ Gürpınar, *Kişisel Verilerin*, 684.

⁶² Dülger, *Kişisel Verilerin*, 115.

sahiptir.⁶³ Ancak işte bu nedenle esasında kişisel verilerin korunmasına özgü ve gerçekten etkin koruma sağlayıcı bir niteliğe sahip bulunmamaktadır. Çünkü kişisel veriler çok özel bir alan olup kendine özgü yani diğer hukuk alanlarında bulunmayan birçok müesseseyi bünyesinde barındıran bir alandır.

Eylemlerin sonuçları (netice), cezai sorumluluğun belirlenmesinde önemli bir rol oynar.⁶⁴ Konumuz açısından önem taşıyan TCK'nin 135. madde gerekçesinde kişisel verilerin gizliliğinin ihlali ve bu verilere müdahalenin olası önemli sonuçları şu şekilde ortaya konulmuştur: *“Çağımızda kişilerle ilgili kayıtların bilgisayar ortamlarına geçirilip muhafaza edilmesi uygulamasına bazı kurum ve kuruluşlar tarafından başvurulmaktadır; hastanelerde hastalara, sigorta şirketlerinde sigortalılara, bankaların ve kredili alışveriş yapılan mağazaların müşterilerine ilişkin kayıtlar, böylece tutulmaktadır. Bu bilgilerin amaçları dışında kullanılmasından veya herhangi bir şekilde **üçüncü şahısların eline geçerek** hukuka aykırı olarak yararlanılmasından dolayı hakkında bilgi toplanan **kişiler büyük zararlara uğrayabilmektedirler**. Bu bakımdan, kişilerle ilgili bilgilerin hukuka aykırı olarak kayda alınması suç olarak tanımlanmıştır.”*

Söz konusu gerekçede, kişilerin verilerinin hukuka aykırı olarak üçüncü kişilerin eline geçmesinden bahsedilmektedir. Ancak verilerin yetkisiz üçüncü şahısların eline geçmesini önlemeyi amaçlayan ele geçirme, verme ve yayma suçlarında bu gerekçe doğrultusunda nitelikli hal oluşturulmamıştır. Yine gerekçede bu haksız ele geçme nedeniyle kişilerin büyük zararlara uğrayabildikleri, bu nedenle kişisel verilerin kayda alınmasının suç olarak düzenlendiği belirtilmiştir. Öyleyse ceza kanunumuzda gerçek kişiler üzerinde zarar oluşturma olasılığı bir davranışın suç olarak düzenlenmesine gerekçe almaktadır. Bu da haklı bir yaklaşım tarzıdır, zira J.S. Mill'in de ifade ettiği üzere *“medeni bir toplumun herhangi bir üyesi üzerinde, onun iradesine aykırı olarak bir yaptırım gücünün meşru olarak kullanılabileceği tek amaç, başkalarının zarar görmesini önlemek”* olabilir.⁶⁵ Öyle ki başkalarına verilen zarar ceza hukukunda belirli bir eylemin suç sayılması için yeterince zararlı olup olmadığını belirlemek amacıyla olduğu kadar, suçun ağırlığının tespitini yapmak için de kullanılır. Bu yönüyle genel

⁶³ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 116.

⁶⁴ Herring, *Criminal Law*, 53.

⁶⁵ Herring, *Criminal Law*, 5.

olarak bir davranış ne kadar zararlı olursa onun suçunun o kadar ciddi ve cezasının da o kadar yüksek olması beklenir.⁶⁶

Çalışmamızın kapsamı nedeniyle konuya tıp hukuku açısından da bakılması gerekmektedir. Çünkü çalışma konumuz kişisel sağlık verilerine özgü olarak cezai koruma sistemini ortaya koymak amaçlanmaktadır. Bu yönüyle kişisel sağlık verilerinin hukuk dışı işlenmelerinde toplumun selameti açısından önem arz eden değerlerin bulunup bulunmadığına bakılması gerekmektedir.

Toplumsal yaşamın devamı yönünden en önem arz eden değerleri özel bir biçimde korumanın⁶⁷, tıp (ceza) hukukunun günümüzdeki en temel amacı olduğunu ifade edebiliriz. Buna bağlı olarak sağlık kişisel verilerine karşı gerçekleştirilen tipik hareketlerin mağdur üzerinde büyük zararlar doğurma potansiyelini kuvvetli bir şekilde taşıdığı ve buna bağlı olarak toplumsal yaşamın devamı açısından büyük önem taşıyan kişisel verilere ve daha özel nitelikli verilere özellikle saygı duyulması yönündeki temel değeri ihlal ettiği her türlü izahtan varestedir. Çünkü kişisel verilerin gizliliğine/ mahremiyetine yönelik hukuka aykırı müdahaleleri gören diğer toplum üyeleri nezdinde de tıp kurumlarına (ve sağlık çalışanlarına) karşı saygı ve güven duygusunu sarsarak bu kurumlara müracaat oranlarını düşürücü bir etki doğurmaktadır. Buda özellikle cinsel yolla bulaşan hastalıklar gibi hastalıkların geç teşhis edilmesi veya hiç edilememesi ve buna bağlı olarak bu hastalıkların inanılmaz boyutlarda yayılması sonuçlarına neden olabilecek bir potansiyele sahiptir. Bu durumda basit gibi görünen toplumsal düzen kuralı ihlali ile toplumun önemli bir zarar görmesine ve toplum düzeninin ciddi şekilde bozulmasına neden olabilecektir. Bu nedenle tıp ceza hukukunun amacı da öncelikle bu düzenin bozulması engellemek, bozulma ortaya çıkmış ise düzenin yeniden ve özel niteliklerine uygun şekilde tesisini etkili bir şekilde sağlamaktır.

Tıp ne kadar ilerlemiş olursa olsun, ilerlemelerin uygulama alanına geçiş koşullarını hukuk belirlemektedir. Hukukun uygulamaya yönelik sınırlarının oluşmasında da felsefe bilimi ve ahlak kuralları yol gösterici nitelik taşımaktadır.⁶⁸ Bu nedenle tıp ceza hukukunda suç oluşturacak davranışların belirlenmesinde en önemli etkenlerden, yönlendiricilerden birisi tıp etiğidir. Zira tıp etiği ilkeleri, tıp hukukuna

⁶⁶ Herring, *Criminal Law*, 5.

⁶⁷ İçel ve Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı*, 13.

⁶⁸ Benzer mahiyette bkz. Elçioğlu, *Hasta Hakları*, 17.

ilişkin ilke ve kuralların oluşturulmasında temel hareket noktasını oluşturmaktadır. Bu nedenle etik kuralları bugün tıp hukukunun önemli bir bölümünü oluşturmaktadır.⁶⁹ Bu yönüyle tıp hukuku, kendi etik ilkelerinden hareketle kendi alanına özgü düzenlemelerin yapıldığı ve icra edildiği kendine özgü bir hukuk disiplindir.

Kendine özgü karakteri nedeniyle tıp hukuk yönüyle bakıldığında TCK'nin 135 maddesinde ifade edilen ve fiilin suç olarak düzenlenmesine gerekçe teşkil eden “zarar” kavramının (verilerin gizliliğinin ihlaliyle ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçların) birey/ hasta üzerindeki etkilerini ayrıca tıp etiği yönüyle de incelemek gerekmektedir. Zira tıp uygulaması içinde etkinlik gösteren ve tıpta yer alan değer sorunlarının ele alındığı alan da tıbbi etik ya da tıp etiği olarak adlandırılmaktadır.⁷⁰ Yani yukarıda bahsettiğimiz toplumsal değerlerin tıp alanında ele alındığı etik alanına bu isim verilmektedir. Etik kuralları yalnız ve yalnız hukuku oluşturmakta ya da kusurun saptanmasında etkili olmamakta, aynı zamanda suçların meydana gelip gelmemesinde de önemli oranda etkili olabilmektedirler.⁷¹ Bu değerlerin hukuk kuralları şeklinde belirmeye başladığı noktada ise karşımıza deontoloji kavramı çıkmaktadır. Bu anlamda deontoloji, “*ne yapmalı*” ya da “*ne yapmamalı*” sorularına toplumun belirlediği ve ayrıca yaptırımlarla donattığı kuralların bilgisi olarak görülmektedir.⁷² Bu yönüyle deontoloji, bir eylemin özünde yanlış olup olmadığına odaklanır⁷³ ve deontolojinin dile getirdiği yükümlülükler önemli oranda tartışmasız ve zorlayıcı bir nitelik taşımaktadır.

Etik de esasında tartışmaya açık bir alandır. Zira belli bir problematik konusunda henüz çözümü ortaya konulmamış, yerleşik hale gelmiş kuralların ilgi dışında kalan sorunlarla ilgilenir. Bu aşamada sorunlar henüz çözülememiş açık uçlu sorunlardır. Etiğin konusunu oluşturan problemler bir nebze çözüme ulaştığında, yani bu sorunu ilgilendiren kurallar somutlaştığında konu artık deontolojinin konusu, ilgi alanı haline getir. Bu nedenle etik esasında deontolojiyi besleyen bir kaynak vazifesi görmektedir.⁷⁴ Ancak belirtilen mekanizma sadece bu yönlü ve tek yönlü olarak işlemez bazen mevcut deontoloji ve hatta hukuk kuralları etik açıdan eleştirilebilir ve bu yönüyle tartışılabilir.

⁶⁹ Köksal Bayraktar, *Tıp Etik Kurallarının Hukuka Etkisi*, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 30.

⁷⁰ Berna Arda, *Etik nedir? Tıp Etiği, Temel İlkeleri, Etik Değerler ve Kural Önerme Üzerine*, IV. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayını, Ankara 2012, 18.

⁷¹ Bayraktar, *Tıp Etik*, 31.

⁷² Arda, *Etik Nedir*, 19.

⁷³ Carr, *Beginning Medical*, 9.

⁷⁴ Arda, *Etik Nedir*, 19.

Yani zaman zaman mevcut hukuk kuralları bile etik açıdan ele alınabilir. Özellikle hizmet ettiği toplumda yaşanan gelişmeler ve değişimler nedeniyle bazı hukuk kuralları toplumundan uzaklaşmasına bağlı olarak etik yönüyle yeniden değerlendirilebilir.⁷⁵

Etik de hukuk da tündengelim şeklindeki akıl yürütme yöntemini kullanır. Yöntem özel bir yargıya ulaşabilmek için genel kurallardan hareket edilmesini gerektirir. Bu genel kurallar ise yüzyıllar boyunca insan toplumlarının oluşturduğu kaidelere, prensiplere ilişkin en temel bilgilerdir. Bahse konu mekanizmanın işleyişi kuralların oluşturulmasına ilişkin mekanizmayı da ifade etmektedir. Sağlık bilimleri açısından da aynı genel mekanizma geçerli olup, bu nedenle bi bilimlerle uğraşanlar da temel etik kaideleri bu nedenle kullanmaktadırlar.⁷⁶

Bu tespitleri yaptıktan sonra günümüzde tıp etiği çerçevesinde çok sayıda ilkeden bahsedilmekle ⁷⁷ birlikte genel olarak tıp etiği dört temel ilkeye dayandırılmaktadır: *Zarar vermeme, yararlı olma, özerklik ve adalet.*⁷⁸ Bazı tıp etikçileri buna *dürüstlük* ilkesini de ilave etmektedirler.⁷⁹

Çalışmamız açısından en önemlisi olan *zarar vermeme* ilkesi, temelde hekimin hastasında hastalığın bizzat kendisinin doğurduğu dışında zarara neden olmama yükümlülüğü⁸⁰ olup, bu nedenle hastasına kendisinden kaynaklı bir şekilde zarar vermeden müdahale etmesini ifade etmektedir. Bu zarar hatalı, yanlış ya da yetersiz bir müdahaleden kaynaklı olabileceği gibi doğrudan müdahale kaynaklı olmaksızın hekimin tavır ve davranışlarından, gizliliğe riayet etmemesinden vb. kaynaklanabilir. Tüm bu davranışlardan doğan zararlar bu kapsamdadır. Bu yönüyle hekimin hastasına meşru bir müdahalede bulunabilmesinin ön koşulu, “*öncelikle zarar verme!*” ilkesidir.⁸¹ Bu kapsamda hekim, hastasını sağlığına kavuşturmak için tıp biliminin kuralları içinde hareket ederken davranış biçimi itibariyle de onun onurunu kırmayacak, şefkatli ve merhametli davranacak ve etik deyişi içinde hastanın mahremiyetine saygı gösterecektir. Çeşitli deontoloji tüzüklerinde ve hasta hakları yönetmeliklerinde hekimin sır saklama

⁷⁵ Arda, *Etik Nedir*, 19.

⁷⁶ Arda, *Etik Nedir*, 20.

⁷⁷ Cin, *Tıp Etiği*, 10.

⁷⁸ Maclean, *Briefcase on Medical*, 3, Bayraktar, *Tıp Etik*, 24; Arda, *Etik Nedir*, 21.

⁷⁹ Maclean, *Briefcase on Medical*, 3.

⁸⁰ Maclean, *Briefcase on Medical*, 8.

⁸¹ Cin, *Tıp Etiği*, 14.

yükümlülüğü olarak da belirtilen bu kavram, hastanın mahremiyetinin ihlal edilmemesi olgusunda ifadesini bulmaktadır.⁸²

İşte bu etik ilkenin hayata geçirilmesi yani hukuk düzeni tarafından tanınarak hukuki bir düzenleme haline getirilmesi sonucu inceleme konumuzu oluşturan davranışlar suç olarak tanımlanmış ve yaptırım altına alınmıştır. Dolayısıyla bir hekimin mesleki faaliyeti sırasında hastası veya yakınları hakkında öğrendiği kişisel bilgileri açıklaması, sır saklama yükümlülüğünün ihlali olup cezai yaptırıma tabi olabilecektir.⁸³ Öyleyse tıp etiği toplum düzeni için bir önem taşıyan tıp hukuku alanına özgü değerlerin tespiti anlamında önemli bir vazife görmektedir ve bu yönüyle ceza hukukuna bir nevi rehberlik etmektedir. Çok eski zamanlardan beri bir temel tıp etiği ilkesi haline gelmiş olan *zarar vermeme* ilkesi, sadece tıbbi müdahale esnasında zarar vermemeyi değil aynı zamanda tıp hukukunun kapsamına aldığı tüm faaliyetler esnasında göz önünde bulundurularak hareket edilmesi gereken bir nitelik taşımaktadır. Bu nedenle zarar vermemek hastanın mahremiyetine dâhil olan kişisel sağlık verilerinin hastaya zarar verebilecek şekilde kullanılmamasını da kapsamına almaktadır. Aksi yöndeki davranışlar toplumsal yaşam açısından önem taşıyan zarar vermeme ilkesinin (hukuksal değerinin) ihlali anlamına gelecektir. Böylelikle bu nitelikteki davranışların tıp etiği yönüyle de cezalandırılması gerektiğini de ifade etmek gerekmektedir.

Kişisel sağlık verileri açısından kişi ancak teşhis ve tedaviden ötürü kendisi bakımından bir zararın, zorunlulukların, hoşnutsuzluk duymayacağı hususların ortaya çıkmaması halinde hekime müracaat edebileceğinden bahsetmiştik. Bu yönüyle hekimler ve diğer sağlık çalışanları, hasta olarak kendilerine başvurulması zorunlu olan ve alternatifi de bulunmayan bir mesleği icra etmektedir. Bu kapsamda gerek hukuk gerek cezai yaptırımlarla korunan bireyin özel hayatı ve sırları, hasta-hekim ilişkisi çerçevesinde önemli bir yer tutmaktadır. Zira hekimlik gibi kişinin gizli yaşam alanına giren mesleklerde hastanın güveni ve teslimiyeti özel olarak korunmalıdır. Şüphesiz, söz konusu ilişki tıbbi bir zarurete dayanmaktadır. Bir başka ifadeyle hekim, şahsın gizli hayat alanına ve sırlarına mesleği nedeniyle ve mesleğinin icrası esnasında vakıf olmaktadır. Hasta, mahremiyetini açma iradesiyle değil tedavi olma iradesiyle hekime gizli alanına girme yetkisini vermektedir. Bu zaruri sır paylaşımının hasta için kötü

⁸² Bayraktar, *Tıp Etik*, 25.

⁸³ Özdemir, *Hadım Etme*, 199-200.

sosyal sonuçlar doğurmaması, hekimin bu sırları başkalarına açıklamamasıyla mümkün olabilecektir.⁸⁴ Buradan hareketle; bir mesleğin icrası sırasında öğrenilen, sır sahibi tarafından açıklanmaması hususunda makul/ haklı beklenti içerisinde olunan ve objektif olarak başkaları tarafından bilinmeyen, bireyin özel hayatına ilişkin bilgi ve olayların açıklanması ceza hukukunda yaptırım altına alınması gerektiği kabul edilmektedir.⁸⁵ Konumuz açısından da bu kabuller geçerliliğini korumaktadır. Bu yönüyle günümüzde hekimin sır saklama yükümlülüğüne aykırı olarak kabul edilen davranışları, kendisinin cezai ve hukuki sorumluluğuna neden olmaktadır.⁸⁶ Bu kapsamda edindikleri bilgilerin hukuka aykırı olarak kullanılacağı ya da açıklanacağı endişesine neden olmadıklarında ancak toplumda yaşayan kişilerin sağlık hakkını kullanmaları sağlanmış olabilecektir. Aksine davranışların sadece hasta kişilerin değil toplumda yaşayan herkesin sağlık hakkının zarara uğramasına neden olabileceğinden yukarıda ayrıntılı olarak bahsedilmişti.

Alternatifsiz oluşu nedeniyle güvenilmek zorunda olunan bu tür mesleklerin tanıdığı yetkilerin sadece bireye değil topluma dahi büyük zararlar verme potansiyeli doğuracak şekilde kullanılması halinde kanundaki düzenlemede bahsi geçen büyük zararlar doğduğunda bu türden eylemlerin ceza yaptırımına tabi tutulması gerektiği hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Bu nedenle hekimlerin ve diğer sağlık çalışanlarının sır saklama yükümlülüklerinin ihlal etmeleri ahlaka ve kendi iç meslek mevzuatlarına aykırılık teşkil ettiği gibi aynı zamanda ceza kanununa göre suç teşkil etmelidir.⁸⁷ Ancak bu yolla, suç teşkil eden eylemleri işleyen sağlık çalışanları uygun şekilde cezalandırılabilir ve cezalandırmadan beklenen temel amaç olarak gelecekte benzer olayların yaşanma ihtimali en aza indirilebilecektir.⁸⁸ Böylelikle eskiden sadece ahlaki bir sorumluluk olarak kabul edilen hasta sırlarını saklama mecburiyeti, artık ceza ile teyit edilen ve korunan, riyeti zorunlu kanuni bir mecburiyet haline gelmiş⁸⁹ olacaktır.

Konuya meslek sırrının koruması yönüyle de bakmak gerekmektedir. Buna göre bir sağlık çalışanının öğrendiği bir sırrı ifşa etmesi, ağır bir kusurdur. Bu kusurundan

⁸⁴ Cin, *Tıp Etiği*, 136.

⁸⁵ Cin, *Tıp Etiği*, 136.

⁸⁶ Büyükay, *Hekimin Sır*, 383.

⁸⁷ Benzer mahiyette bkz. Özalp ve Özalp, *Hekimin Cezai*, 139.

⁸⁸ Leung, *Law for Doctors*, 47.

⁸⁹ Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet*, 145.

dolayı hakkında tatbik olunacak cezaya halel gelmemek üzere sırrı ifşa edilenin uğradığı maddi ve manevi zarardan dahi ayrıca sorumlu olması gerekir.⁹⁰ Yani kişisel verilerin korunmasına aykırılık teşkil eden davranışlar ayrıca tazminat sorumluluğunu da gerektirmektedir.⁹¹ Çünkü bu alanda düzenlemiş bulunan hakların hukuki temelinde insan onuru bulunmakta⁹² ve insan onurunun ihlali ile kişinin manevi bütünlüğüne karşı bir haksız fiil gerçekleştirilmiş olmaktadır.⁹³ Ancak tıbbi müdahalenin hastanın rızasına bağlı oluşu itibarıyla hastanın rızası ile yapılan müdahalede rıza, eylemi hukuka uygun hale getirdiğinden çoğu tıbbi müdahale yönüyle hekimin veya diğer sağlık çalışanlarının cezai değil hukuki sorumlulukları söz konusu olmaktadır.⁹⁴

Buraya kadar yapılan bütün bu değerlendirmeleri özetleyecek olursak: Kişisel sağlık verilerinin korunması, sosyal düzenin sağlanması ve devamı açısından büyük önem taşımakta, buna aykırı davranışlar veri öznelere yani toplumun fertleri üzerinde düzen bozucu nitelikte büyük zararlar doğurabilmektedir. Yine bu nedenle tıp etiğinin yüzyıllardır kabul ettiği en önemli ilkelerden biri, sağlık çalışanlarının tüm faaliyetleri esnasında zarar vermemesi gerektiğidir. Genel anlamda ceza hukukunun, özel anlamda tıp ceza hukukunun amaçları ortak olup bu amaç sosyal düzenin sağlanmasına kendi araçları ile katkı vermektir. Diğer hukuk dalları da bu amaca hizmet etse bile sahip olduğu ceza verme gücünün toplum ve birey üzerindeki etkilerinin boyutu nedeniyle ceza hukuku bu düzenin sağlanmasında en etkili araç konumundadır.

Bu çizdiğimiz çerçeve dahilinde somut olarak bakıldığında, çalışmanın en başında verilen örnekte olduğu gibi mağduru toplumdan kopma noktasına getiren, toplumunu diğer fertlerinin sağlık sektörüne bakışı üzerinde olumsuz etkiler doğurarak toplumun diğer fertlerinin sağlık hizmetlerden faydalanmaktan kaçınmasına neden olan ve bu nedenle sadece mağduru üzerinde değil doğrudan toplum üzerinde önemli zararlar doğurarak neticede toplumun zarar görmesine, toplumsal düzenin bozulmasına neden olan bir davranış niteliği taşıyan kişisel sağlık verilerinin korunmasına dair temel değerlere aykırı davranışlar, ceza hukuku ile yaptırım altına alınması mutlak surette gerekli olan davranışlardır. Hatta bu nedenle sadece genel kişisel verilerle birlikte değil

⁹⁰ Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet*, 145.

⁹¹ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 888.

⁹² Sert, *Tıp Hukuku*, 13.

⁹³ Sert, *Tıp Hukuku*, 12.

⁹⁴ Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet*, 61.

özel nitelikleri gereği kendine özgü ve etkili bir cezalandırma sistemine kavuşturulmaları, kanaatimizce zorunluluk taşımaktadır.

TCK’de, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi, kullanılması veya açıklanması ve verilerin yok edilmemesi gibi eylemler ayrı ayrı maddeler halinde suç olarak düzenlenmiştir. Böylelikle ülkemiz ceza hukuku düzeni açısından önemli bir boşluk da giderilmiştir.⁹⁵ Fakat meselenin bir de öteki yüzü vardır. Hekim veya diğer sağlık çalışanlarının gösterdikleri tüm faaliyetlerin sebep olduğu her zarardan özellikle de cezai anlamda mesul tutulmaları sağlık mesleklerini çekilmez hale getirir ve bu gidişat neticede yine hastaların aleyhine dönerek sağlık hizmeti olarak ulaşacakları durumun gereklerine aykırılık oluşturabilir. Buna karşılık sağlık çalışanlarının ağır kusur içeren davranışlarına müsamaha gösterilmesi, onların menfaatlerinin hastalarından üstün tutulup korunmaları rasyonel ve akılcı bir yaklaşım olmaz.⁹⁶

Netice itibarıyla kişisel sağlık verilerinin korunmasını ihlal edici nitelik taşıyan davranışlar, kişisel sağlık verilerin özelinde olmayıp genel olarak normal kişisel veriler ile ilgili olarak kaleme alınmış olsa dahi pozitif hukukumuzda suç olarak düzenlenmiştir. Hatta bu şekilde suç olarak düzenleme yaklaşımı sadece TCK’de gösterilmemiş, 6698 sayılı KVKK, 1489 Sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu (UHK) ve 5502 Sayılı Sosyal Güvenlik Kurumuna İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun (SGKİBDHK) gibi pek çok mevzuatta gösterilmiştir. Söz konusu mevzuat hükümleri aşağıda ayrı başlıklar altında ele alınacaktır.

2.2. TCK Kapsamındaki Koruma

Yürürlükteki mevzuatımızda kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından sağlık personeline yönelik özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple, mevzuatımızdaki ceza hukuku düzenlemeleri herkes için olduğu gibi sağlık çalışanları için de uygulama alanı bulmaktadır.⁹⁷

TCK’de, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi, kullanılması veya açıklanması ve verilerin yok edilmemesi eylemleri ayrı maddeler halinde (ayrı suçlar

⁹⁵ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 119.

⁹⁶ Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet*, 15.

⁹⁷ Harun Tuğcu, Coşkun Yorulmaz ve Sermet Koç, *Hekim Sorumluluğu ve Tıbbi Malpraktis*, Birinci Basamakta Adli Tıp, Türk Tabipleri Birliği- İstanbul Tabip Odası Yayını, 2. Baskı, Mart 2011, 10; Çakmut, *Hekimin Cezai*, 276.

olarak) düzenlenmiştir. Bu suçlar, benzer hukuksal değerlerin korunduğu diğer suçlarla birlikte “*özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar*” bölümünde düzenleme altına alınmıştır. Bu durum sistematik açıdan bakıldığında yasa koyucunun isabetli bir düzenleme yaptığını göstermektedir.⁹⁸

Yasa koyucu kişisel verilere ilişkin suç tiplerini temelde “*serbest hareketli*” suçlar olarak düzenlemiştir. Bu kapsamda yasa koyucu, kişisel verilerin haksız bir şekilde kaydedilmesi suç olarak düzenlenmiş ancak hangi yöntemle, elektronik olarak mı yoksa fiziksel olarak mı yani yazmak ya da not almak suretiyle kaydedilmesi mi ayrıca belirtilmemiştir. Yasa koyucunun tercihi isabetli olmuştur. Zira böyle bir yöntem benimsenmeseydi gelişen teknoloji nedeniyle kısa sürede aynı amaçlara erişme imkânı sağlayan yeni yöntemler ortaya çıkacak ve kanunilik ilkesi gereğince bu eylemler suç olarak değerlendirilemeyecekti.

Kişisel sağlık verilerinin gizliliğinin korunmasına aykırı davranışlar sadece sağlık çalışanlarının sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranışları olarak ceza kanununda düzenlenmemiş olup, isabetli bir tercihle “*genel suç tipi*” olarak düzenlenmiştir.

6698 sayılı KVKK’nin 17/1 maddesinde de “*Kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı TCK’nin 135 ila 140. madde hükümleri uygulanır*” denilmek suretiyle TCK’ye göndermede bulunulmuştur. Bu Kanun kişisel sağlık verilerini de kapsamına aldığından ve bunlara özgü olarak bir istisna öngörmediğinden, düzenleme kişisel sağlık verileri bakımından da geçerli olacaktır. Bu nedenle kişisel sağlık verilerine ilişkin olarak işlenen suçlar bakımından da tereddütsüz olarak TCK’deki suçlar uygulanma imkânı bulacaktır.

Esasında TCK’de kişisel verileri korumaya hizmet edecek düzenlemeler sadece göndermede bulunulan maddelerden ibaret değildir. 5237 sayılı TCK’nin dokuzuncu bölümünde “*Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*” bölüm başlığı altında düzenlenen m. 132-138 hükümleri aynı amaca hizmet etmektedir.

Çalışmamızın kapsamı gereği sayılan bu suçlardan üç tanesi üzerinde daha ayrıntılı bir şekilde durmayı uygun bulduk. Bunlar; kişisel verilerin kaydedilmesi, hukuka aykırı olarak verilmesi ve ele geçirilmesi ile kişisel verilerin yok edilmemesi.

⁹⁸ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 119.

Bu suç tipleri, kişisel sağlık verilerini doğrudan ilgilendiren ve bu anlamda kişisel sağlık verileri üzerinde doğrudan işlenebilecek suçlardır.

Devletin hem kişilerle ilgili bilgi toplama hakkı vardır hem de kişilerin özel yaşamlarını koruması gerekmektedir; bu ikisi arasında dengeyi kurabilmek gerekir.⁹⁹ Bu dengeyi kurarken kişisel sağlık verilerin korunması büyük önem taşımaktadır. İşte bu kapsamda sağlık çalışanlarının kişisel verileri korumaya hizmet eden sır saklama yükümlülüğünü ihlal edici davranışları da ahlaka ve meslek kurallarına aykırı olduğu gibi aynı zamanda suç oluşturan eylemlerdir.¹⁰⁰ Bu nedenle örneğin sır saklama yükümlülüğünü ihlal eden hekim, TCK 135 ve devamı maddelerine göre cezalandırılır. Yine TCK m. 136 hükmüne göre kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren yayan veya ele geçiren hekim ya da diğer sağlık çalışanları cezalandırılacaktır.¹⁰¹ Aşağıda bu suç tipleri ayrı başlıklar altında ve ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

2.2.1. Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu

2.2.1.1. Genel Olarak

Temel hak ve özgürlüklerin korunması büyük önem taşımakla birlikte kamusal ve özel faaliyetlerin sürdürülebilmesi açısından kişisel verilere ihtiyaç bulunmaktadır.¹⁰² Özellikle de devletin, kamu güvenliği ve huzuru, suçların önlenmesi ve iyi bir kamu yönetimi için kişilerle ilgili ayrıntılı bilgilere ihtiyaç duyması olağan bir “*gereklilik*”tir. Bu çerçevede, devlet egemenlik yetkisine dayanarak söz konusu bilgileri toplar, derler, saklar, kullanır ve değerlendirir. Esasında bu bilgiler sadece devlet için değil, diğer özel kurum ve kuruluşlar içinde faaliyetlerin yürütülebilmesi için gereklilik taşımaktadır.¹⁰³ Bu kapsamda kamu ve özel sektörde kişisel verilerin işlenmesine izin verilmesi kaçınılmaz olmaktadır.

Kişisel verilerin işlenmesine izin verildiğinde ise en doğal/ makul beklenti, bu bilgileri işleyen ve saklayan kurumun, özellikle de devletin bu tür verilerin güvenliğini sağlamasıdır.¹⁰⁴ Fakat keyfilik riskinin yüksek olduğu bu alanda söz konusu yetki çok

⁹⁹ Tütüncübaşı, *Kişilerin Kendisine*, 79.

¹⁰⁰ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 888.

¹⁰¹ Zeytin, *Hekimin Sır*, 82.

¹⁰² Bük, *Elektronik Ortamda*, 86.

¹⁰³ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Yedinci Baskı, Eylül 2014 Ankara, 554.

¹⁰⁴ Bük, *Elektronik Ortamda*, 86.

serbest ve sınırsız bir şekilde kullanıldığında temel insan haklarından sayılan kişilerin özel yaşamına saygı hakkı ciddi ölçüde zedelenir.¹⁰⁵

Özellikle son zamanlarda internetin yaygınlaşması sayesinde kişilerle ilgili bilgilere erişimin çok kolaylaşması, bu verilerin hukuka aykırı olarak, yetkisiz ve çoğu durumda kötü niyetli kişilerin eline geçmesi tehlikesi ortaya çıktığından, toplanan verilerin korunması, bu verilerden yararlanılarak kişilerin özel hayat alanına tecavüzün önlenmesi ve kişilik hakları ihlallerinin engellenmesi zorunluluk halini almıştır.¹⁰⁶ O halde devletin bilgi toplama hakkı ile kişilerin özel yaşamını koruma arasında sağlıklı bir denge kurabilmek gerekir.¹⁰⁷ Bu kapsamda belli bir amaçla kullanılması için açıklanan veya işlenmesine izin verilmiş bulunan veriler o amaç dışında kullanılamamalıdır.

Kişisel verilerin amaç dışında kullanılmasını önlemenin bir yolu meşru sınırları aşar şekilde kaydedilmelerini engellemektir.¹⁰⁸ Bu bilgilerin amaçları dışında kullanılmasından veya herhangi bir şekilde üçüncü şahısların eline geçerek hukuka aykırı olarak yararlanılmasından dolayı hakkında bilgi toplanan kişiler büyük zararlara uğrayabilirler. İşte bu nedenle, kişilerle ilgili bilgilerin hukuka aykırı olarak kayda alınması suç olarak tanımlanmıştır.¹⁰⁹

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçu, TCK'nin 135'inci maddesinde “(1) *Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye (Değişik ibare: 6526- 21.2.2014 / m.3) bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.*

(2) (Değişik ibare: 6698- 24.3.2016 / m.30/2) *Kişisel verinin, kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırkı kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin (Değişik ibare: 6698- 24.3.2016/ m.30/2) olması durumunda birinci fıkra uyarınca verilecek ceza yarı oranında artırılır.*¹¹⁰ şeklinde düzenlenmiştir.¹¹¹

¹⁰⁵ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 554.

¹⁰⁶ Bük, *Elektronik Ortamda*, 86-87.

¹⁰⁷ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 554.

¹⁰⁸ Gürpınar, *Kişisel Verilerin*, 683.

¹⁰⁹ Ergün, *Siber Suçların*, 113.

¹¹⁰ Mevzuat metni Kazancı Hukuk Otomasyon, Mevzuat Bilgi Bankası, Kazancı Elektronik ve Basılı Yayıncılık AŞ. Programı'ndan alıntıdır.

¹¹¹ Bu maddenin gerekçesi şöyledir: “Çağımızda kişilerle ilgili kayıtların bilgisayar ortamlarına geçirilip muhafaza edilmesi uygulamasına bazı kurum ve kuruluşlar tarafından başvurulmaktadır;

Kişisel verilerin kayda alınması eylemleri 765 sayılı mülga TCK’de düzenleme altına alınmamıştı. Bu nedenle suçun eski TCK’de tam anlamıyla bir karşılığı yoktur.¹¹² Mülga 765 sayılı TCK’nin 198. maddesinde “Bir kimse resmi mevki veya sıfatı veya meslek ve sanatı icabı olarak ifşasında zarar melhuz olan bir sırra vakıf olup da meşru bir sebebe müstenit olmaksızın o sırrı ifşa ederse mahkûm olur.” düzenlemesi bulunmaktaydı. Bu düzenleme hukuka aykırı şekilde kayıt altına alma eylemlerini yaptırım altına almamakta, belki ifşa amacına yönelik olarak gerçekleştirildiği sübut bulan kaydetme eylemlerini bu yönüyle sınırlı olmak üzere cezalandırmaya imkân tanımaktaydı. Bu nedenle ilk bakışta yeni TCK anlamında meslek faaliyeti nedeniyle hastaya ait bir sırra vakıf olan sağlık çalışanlarının bu sırla ilgili davranışlarının cezai sorumluluğu doğurmayacağı öne sürülmüştür.¹¹³ Fakat belirttiğimiz üzere 5237 sayılı TCK’de kişisel verilerin ifşasına konu alan suçlarla birlikte kişisel verilerin kaydedilmesi bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir.¹¹⁴ Bu nedenle sağlık çalışanlarının kişisel sağlık verilerinin gizliliğini ihlal edici davranışları da genel suç tipi içerisinde yaptırım altına alınmıştır.

hastanelerde hastalara, sigorta şirketlerinde sigortalılara, bankaların ve kredili alışveriş yapılan mağazaların müşterilerine ilişkin kayıtlar, böylece tutulmaktadır. Bu bilgilerin amaçları dışında kullanılmasından veya herhangi bir şekilde üçüncü şahısların eline geçerek hukuka aykırı olarak yararlanılmasından dolayı hakkında bilgi toplanan kişiler büyük zararlara uğrayabilmektedirler. Bu bakımdan, kişilerle ilgili bilgilerin hukuka aykırı olarak kayda alınması suç olarak tanımlanmıştır. Suçun konusu, kişisel verilerdir. Gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgi, kişisel veri olarak kabul edilmelidir. Söz konusu suç tanımında kişisel verilerin bilgisayar ortamında veya kağıt üzerinde kayda alınması arasında bir ayırım gözetilmemiştir. Bu bakımdan, söz konusu suç tanımı ile Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan Türkiye’nin de 28 Ocak 1981 tarihinde imzalamakla taraf olduğu “Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tâbi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme”nin ilgili hükümlerine geçerlilik tanınmıştır.

Bu suçun oluşabilmesi için, kişisel verilerin hukuka aykırı bir şekilde kayda alınması gerekir. Kişinin rızası ile kendisiyle ilgili bilgilerin kayda alınmasının suç oluşturmayacağı muhakkaktır. Belirli nitelikteki kişisel verilerin kayda alınması kanun hükmünün gereği olarak yapılmaktadır. Bu bakımdan, çeşitli kamu kurumlarında verilen kamu hizmetinin gereği olarak kişilerle ilgili bazı bilgiler ilgili kanun hükümlerine istinaden kayda alınmaktadırlar. Bu durumlarda söz konusu suç oluşmayacaktır. Maddenin ikinci fıkrasında, kişilerin siyasî, felsefî veya dinî görüşlerine, ırkî kökenlerine, ahlâkî eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kayda almak, suç olarak tanımlanmıştır. Ancak, bunlardan kişilerin ahlâkî eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgilerin kayda alınmasına kanunlarda özellikle suçlulukla mücadele bağlamında, suç ve suçluların ortaya çıkarılmasını sağlamak amacıyla belli ölçüde izin verilebilir. Bu durumlarda söz konusu suç oluşmayacaktır”. Gerekçe metni Adalet Bakanlığı resmi sayfasından alınmadır. Bkz. [https:// www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc](https://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc), (05/12/2019).

¹¹² Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2087; Özdemir, *Hadım Etme*, 199.

¹¹³ Aynı önde bkz. Özdemir, *Hadım Etme*, 199.

¹¹⁴ Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2087.

Yapılan düzenlemeye bakıldığında TCK'nin 135. maddesinin ilk fıkrası ile tüm kişisel verilerin korunmasını amaçlayan hukuka aykırı kaydetme yasağı genel bir yaptırım ile düzenleme altına alınmış, ikinci fıkra ise sınırlı sayıdaki hassas kişisel verilerin kaydedilmesine ilişkin olarak cezayı ağırlatıcı bir nitelikli hale yer verilmiştir.

Yasa koyucunun, hassas kişisel verilere ilişkin eylemleri daha ağır cezalandırması isabetli bir tercihtir. Zira çalışmamızın başından bu yana özellikle üzerinde durduğumuz üzere özel nitelikli kişisel verilere yönelik ihlallerin kişiler üzerinde doğurabileceği zararlar çok daha ağırdır. Bu kapsamda sayılan veri çeşitleri içerisindeki ahlaki eğilim, cinsel yaşam ve sağlık durumuna ilişkin tüm veriler sağlık kavramının kapsamı içinde yer aldığından tümü kişisel sağlık verisi niteliği taşımaktadır. Bununla birlikte maddenin yürürlüğü giren ilk şeklinde bu kişisel verilerle ilgili olarak bizzat verinin niteliğinden kaynaklanan ağırlatıcı bir neden öngörülmemiş, söz konusu fıkra 6698 sayılı Kanun değişikliği ile benimsenmiştir.

07/04/2016 tarih ve 29677 sayılı Resmî Gazete'de (RG) yayımlanan 24/03/2016 tarih ve 6698 sayılı KVKK'nin 30. maddesi ile ikinci fıkra da yer alan “*Kişilerin*” ibaresi “*Kişisel verinin, kişilerin*” şeklinde; “*bilgileri kişisel veri olarak kaydeden kimse, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır*” ibaresi “*olması durumunda birinci fıkra uyarınca verilecek ceza yarı oranında artırılır*” şeklinde değiştirilmiştir. Böylece suçun sayılan diğer özel nitelikli verilerle birlikte kişisel sağlık verilerine ilişkin olarak işlenmesi hali ağırlatıcı bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle artık suç kişisel sağlık verilerine ilişkin olarak işlenir ise cezası yarı oranında arttırılarak hükmolunacaktır.

2.2.1.2. Suçla Korunan Hukuksal Değerler

Her hukuk kuralının temelinde kanun koyucunun korumak istediği toplumsal düzenin devamı açısından önem taşıyan bir hukuksal değer bulunduğundan üst bölümlerde bahsetmiştik. Çünkü hukuk normları kişilerin belli davranışlarının toplumsal düzen açısından doğru olmadıklarını, bu nedenle haksızlık teşkil ettiklerinin tespit edilmesini sağlamaktadır.¹¹⁵ Bu nedenle hukuki değerler suça ilişkin kanuni ifade tarzının yorumunda başvurulacak önemli araçlardan¹¹⁶ biridir ve hukuk toplumundaki

¹¹⁵ Özgenç, *Genel Hükümler*, 164.

¹¹⁶ Bük, *Elektronik Ortamda*, 9.

toplumsal düzenin devamı için bulunması zorunlu olan ideal ve manevi değerleri ifade ederler.¹¹⁷ Yasa koyucuyu suç oluşturan tipi düzenlemeye iterler¹¹⁸ ve bu nedenle suç oluşturan davranış ile ihlal edilen hukuki varlık veya menfaatler olarak ifade edilirler.¹¹⁹ Buna göre hukuki değer suçun toplumsal düzeni ihlal edici yönünün kaynağını oluştur ve her suçta mutlak surette bir fail olduğu gibi o suçla korunmaya çalışılan hukuki bir değer de vardır.¹²⁰ Bu kapsamda bir hukuki değerle ilişkilendirilmeyen herhangi bir suçtan bahsedilemez.¹²¹

“*Kişisel Sağlık Verilerinin Korunmasını İhlal Edici Davranışların Ceza Hukuku Kapsamında Yaptırım Altına Alınmasının Gerekliliği*” başlığı altında toplumsal düzen açısından kişisel sağlık verilerinin özel bir önem taşıyıp taşımadığı incelenerek bir çerçeve çizilmeye çalışılmıştı. Bu başlık altında ise daha somut olarak incelenen suçla bağlantılı bir şekilde suç oluşturan tipik hareketlerin, toplumsal değerlerden hangilerini ihlal ettiği incelenecektir.

Suç işleyen kişi bahse konu ideal değeri tanımadığını, ona karşı çıktığını göstermiş olur.¹²² Bu yönüyle yani hukuki değeri yönüyle suç kavramı ayrıca tanımlanmış ve “*toplumsal düzenin devamı açısından koruması gereken hukuki değerlerin açık ve bilinçli bir ihlali veya en azından bu değerleri korumaya matuf kurallara özensizlik niteliği taşıyan insan davranışları*”¹²³ olarak ifade edilmiştir. İşte bu sayede ceza hukuku üstlenmiş olduğu toplumsal düzenin sağlanmasına hizmet eden hukuki değerleri koruma görevini, sahip olduğu en önemli araç olan cezalandırma vasıtasıyla gerçekleştirir.¹²⁴ Buna göre bir fiilin kanunda suç olarak düzenlenmesiyle bir veya birden çok hukuki değer koruma altına alınmış olur.¹²⁵

Kişisel verilerin içeriklerinin çok geniş ve çeşitli olabilmesi dolayısıyla incelenen suçların koruduğu hukuki değer de oldukça büyük oranda değişkenlik gösterebilir.¹²⁶ Ancak konu ele alınırken en temel ve genel olandan başlamak en doğru

¹¹⁷ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 33; Özgenç, *Genel Hükümler*, 166; Bük, *Elektronik Ortamda*, 9.

¹¹⁸ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 222.

¹¹⁹ Toroslu, *Ceza Hukuku*, 40.

¹²⁰ Keyman, *Hekimin Cezai*, 59; Toroslu, *Ceza Hukuku*, 40; Özgenç, *Genel Hükümler*, 167.

¹²¹ Özgenç, *Genel Hükümler*, 167.

¹²² Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 33.

¹²³ Özgenç, *Genel Hükümler*, 164.

¹²⁴ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 33.

¹²⁵ Özgenç, *Genel Hükümler*, 167.

¹²⁶ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 122; Sedat Erdem Aydın, *AIHM İçtihatları*, 117.

tercih olacaktır. Bu yönüyle konuya bakıldığında artık yaşadığımız çağın hak ve özgürlükler çağı olduğunu belirterek başlamak gerekir. Zira günümüzde toplum hayatını ilgilendiren pek çok konu özgürlükleri merkeze alan yaklaşımla ele alınmakta¹²⁷ ve hemen her konu insan hakları ile ilişkilendirilmektedir. İnsan hakları sosyal düzenin devamını sağlayan en temel değerler olarak görülmektedir. Zira insan ister biyolojik, ister felsefi ya da ister dini açıdan tanımlansın, kendi varlığından bir doğan kutsallık taşıdığı ve bu nedenle sahip olduğu haklarının ihlalinin kabul edilemeyeceği¹²⁸ ifade edilmektedir. Buna göre diğer varlıklardan farklı olarak insanın insan olmasından doğan bazı kendine özgü hakları vardır ve bunların hepsinin ortak bir kriter olarak yine insanın sahip olduğu onuruna uygun şekilde korunması gereklidir. Yani bir nevi insan haklarının temelinde insanın onurlu bir yaşam sürme hakkının bulunduğu¹²⁹ ifade edilmiştir. Bu yönüyle insan onuru¹³⁰, insanın en yüksek akli değere sahip olması nedeniyle sahip olduğu vazgeçilemez bir öz değer¹³¹, bir anlamda insan haklarının korunmasının nihai gerekçesi¹³² olarak kabul edilir. Buna göre insan onuru temel haklara bazı nitelikler katmakta ve bu hakları insanın doğasına daha uygun hale getirmektedir. Bu nedenle önemli bir fonksiyon görür.

Bu yönüyle adil ve eşit bir sağlık hizmeti almak doğruluk ve hak kavramlarının gereği olsa¹³³ da tüm bireysel farklılıklarına rağmen tüm insanların bu hizmetten eşit olarak yararlanmasını sağlayan ana unsur insan onurudur. Bu nedenle tüm sağlık uygulamalarında insan onurunun bir çerçeve esas olarak ele alınması artık bir zorunluluk niteliği taşımaktadır.¹³⁴ Bu nedenle sağlık hakkında da insan onurunu ön

¹²⁷ Nazmi Zengin, *Sağlık Hakkı ve Sağlık Hizmetlerinin Sunumu*, Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi, <https://dergi.park.org.tr/en/download/article-file/303589> (12/12/2019), 45.

¹²⁸ Reyhan Oksay, *İnsan, Nasıl Tanımlanırsa Tanımlansın, Hakları Kutsal*, New Scientist, 6 Ağustos 2016, <https://www.herkesebilimteknoloji.com/haberler/toplum/insan-nasil-tanimlanirsa-tanimlansin-haklari-kutsal>, (15/10/2018).

¹²⁹ Enver Bozkurt, *İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı*, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara Barosu Yayını, Birinci Baskı Ankara 2008, 14; Mehmet Ali Zengin, *Biyoloji Uygulamaları*, 88; Alptekin, *Sağlık Hakkı*, 135.

¹³⁰ Anayasa Mahkemesi de insan onurunu insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değerini tanımasını ve sayılmasını anlatan bir kavram olarak görmektedir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, 05.07.2012, E. 2012/7, K. 2012/102, 4, Resmi Gazete, Sayı: 28433, T. 06.10.2012, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/10/20121006.htm>, E.T. 24.03.2020.

¹³¹ Kahan Onur Arslan, *İnsan Onuru Kavramı ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 2015, Sayı: 120, 156.

¹³² Mehmet Ali Zengin, *Biyoloji Uygulamaları*, 88.

¹³³ Carr, *Beginning Medical*, 7.

¹³⁴ Mehmet Ali Zengin, *Biyoloji Uygulamaları*, 84.

plana çıkarmaktadır.¹³⁵ Bu kapsamda olmak üzere en temel haklardan olan sağlık hakkına erişim, kullanım düzey ve şekilleri de insan onuruna göre belirlenmelidir. Bu yaklaşım tarzı çok yeni bir yaklaşım olmayıp daha on sekizinci yüzyıldaki tıbbi gizlilik anlayışları dahi toplumdaki saygın bir beyefendiye yakışan düzeydeki insan onuru kavramına dayandırılmıştır.¹³⁶

Bu çerçeveden bakıldığında toplumdaki herkesin her yönüyle saygınlığının korunması gerekmekte ve bu durum insanın onurlu yaşamasının bir gereği olarak görülmektedir. Saygınlığın korunması yönüyle en önemli noktalardan birini ise mahremiyet hakkına saygı gösterilmesi oluşturmaktadır. Yani insan onurunun neredeyse en önemli parçasını özel hayatın gizliliğine saygı gösterilmesi oluşturmaktadır. Çünkü hekim ve diğer sağlık çalışanları teşhis ve tedavi sürecinde, hastanın o aşamaya kadar kimse tarafından bilinmeyen, hatta kimi zaman hastanın kendisinin dahi bilmediği sır niteliği taşıyan bilgilerine rahatlıkla erişebilmektir.¹³⁷ Bu yönüyle zaten kişinin mahremiyetiyle ilgili en önemli hususlar gizlilik ve sır saklamadır. Bunlar ise mahremiyetin bir hak olarak en fazla önem taşıdığı alanlardan birinin sağlık hizmetleri alanı olması nedeniyle¹³⁸ hekim-hasta ilişkisinde olması gereken en temel, en evrensel ve en merkezi olgudur¹³⁹ ve iki taraf arasındaki güven ilişkisinin kurulmasını sağlar. Zira gizliliğin bulunduğu bu ilişkide, mahrem bilgilerin başka bireylere aktarılmayacağı bilinir.¹⁴⁰ İncelenen suç bu ilişkide var olan mahremiyetin korunmasını sağlamaya hizmet ettiğinden tereddütsüz bir şekilde temel bir insan hakkı olan sağlık hakkını ve bu hakkından kişilerin insan onuruna uygun şekilde faydalanmaları hakkını koruma altına almaktadır.

Çağımızda tıp alanında yaşanan önemli gelişmeler daha önce örneği görülmemiş bir şekilde insan haklarının ve tabiki sağlıklı yaşam hakkının insan onuruna uygun şekilde kullanımını tehdit etmektedir. Zira sağlık bakımından son derece önemli olan

¹³⁵ Enver Bozkurt, *İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı*, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara Barosu Yayını, Birinci Baskı Ankara 2008, 14.

¹³⁶ Ferguson, *Should A Doctor*, 5.

¹³⁷ Elif Türkan Arslan ve Hüseyin Demir, *Sağlık Çalışanlarının Hasta Mahremiyetine İlişkin Tutumu: Nitel Bir Araştırma*, AİBÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2017, Cilt:17, Yıl:17, Sayı: 4, Yıl: 2017, 195.

¹³⁸ Arslan ve Demir, *Sağlık Çalışanlarının*, 193.

¹³⁹ Carr, *Beginning Medical*, 22; Hope, Savulescu and Hendrick, *Medical Ethics*, 95; Çobanoğlu, *Tıp Etiği*, 515.

¹⁴⁰ Çobanoğlu, *Tıp Etiği*, 515.

mahrem bilgilerin kötüye kullanılması riski daimî olarak bulunduğu¹⁴¹ gibi bu risk önemli bir oran ile giderek artmaktadır. Bu nedenle sağlıkla ilgili olup gizli kalması gereken bir kişisel sağlık verisinin, inceleme konusu suçu oluşturacak şekilde hukuka aykırı olarak kayda alınması, kişinin sahip olduğu insan onuruna uygun bir şekilde sağlık hakkından yararlandırılamaması sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle inceleme konusu suç sağlık hizmetlerinden faydalanma özelinde olmak üzere insan onurunu da korumaktadır.

Konu sadece insan onuru özelinde değerlendirilmemelidir. Konu esasında yaşam hakkı bağlamında da önem taşımaktadır.¹⁴² Zira kişisel sağlık verilerinin başkaları tarafından da öğrenilebileceği endişesi taşıyan hastaların sağlık kurumlarına gitmekten çekinmeleri veya teşhis veya tedavi sürecinde eksik veya yanlış bilgi vermeleri nedeniyle vazgeçilemez ve devredilemez en temel hak olan yaşam hakkı da tehlikeye girecektir.¹⁴³ Bu hem kişinin yaşadığı travmaya bağlı olarak intihar etmesini sonuçlamak suretiyle olabilir, hem de verilerin korunmaması nedeniyle devam eden süreçte hayati tehlike doğurabilecek sağlık soruları yaşayan kişilerin korkarak sağlık kurumlarından hizmet almaktan vazgeçmeleri ya da hizmet alırken tüm bilgileri aktarmamalarına bağlı olarak sağlık sorunlarının doğru ve etkili bir şekilde tedavi edilmemesi neticesinde hayatını kaybetmesi suretiyle olabilir. Çünkü kişi sağlık hakkından layıkıyla yararlanamamakta ve buna bağlı olarak hayatını kaybetmekte ve bu nedenle bireyin aynı zamanda yaşama hakkının da ihlaline neden olunmaktadır. Buna göre yaşam hakkı ile sağlık hakkı arasında doğrudan ve bir anlamda zorunlu bir ilişki bulunmaktadır. Bu kabul tarzı, uluslararası insan hakları hukukunda önemli oranda kabul görmektedir.¹⁴⁴

Son yıllarda, sağlığın giderek artan bir biçimde insan hakları bağlamında ele alınması sonucu sağlık hakkı kavramı doğmuş¹⁴⁵ ve zamanla bu hak, uluslararası hukukla dahi korunan temel bir insan hakkı olma¹⁴⁶ niteliği kazanmıştır. Bu hak toplumda yaşayan her bireyin talep edebileceği temel bir hak olma niteliğini

¹⁴¹ Yavuz Kaplan, *Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 24, Sayı: 1-2, Ocak 2004, 523.

¹⁴² Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 78.

¹⁴³ Yüksel, *Kişisel Sağlık*, 9.

¹⁴⁴ Öznur Vuran Doğan, *Bir İnsan*, 343.

¹⁴⁵ Nazmi Zengin, *Sağlık Hakkı*, 45.

¹⁴⁶ Nazmi Zengin, *Sağlık Hakkı*, 45.

taşımaktadır.¹⁴⁷ Sağlık hakkı aynı zamanda ilgili metinlerde sayılarak teminat altına alınan hemen hemen diğer tüm insan haklarının hayata geçirilebilmesi için zorunluluk taşıyan bir temel haktır.¹⁴⁸

Bakıldığında “sağlık hakkının”, sağlık standartları anlamında mümkün olan en yüksek bedensel ve ruhsal sağlık düzeyine sahip olma¹⁴⁹, “sağlıklı bireyler ve toplum hedefine ulaşabilmek için gerekli tesislere ve şartlara ulaşma, bunları kullanma hakkı”¹⁵⁰ olarak tanımlandığı görülmektedir. Toplumun tüm fertlerinin sağlığının korunması ve geliştirilmesini kapsamına alan bir haktır.¹⁵¹ Kişinin mensubu olduğu ve yaşadığı toplumdan (ya da devletten) sağlığının öncelikle korunmasını, ilaveten geliştirilmesini, bu kapsamda hastalık, sakatlık vb. durumlarda nitelikli, eşit tıbbi bakım ve tedavi edilmesini isteme, bu tüm sağlık kuruluşlarından yararlanmayı isteme¹⁵² haklarını tanıır. Yani, sağlık hakkı, sağlık hizmetlerinin tümünü ve sağlığın tüm belirleyicilerini kapsamına alan, etkili ve kapsayıcı bir sağlık sistemi hakkı¹⁵³ olarak görülmektedir. Biz de sağlık hakkını, gerek hasta olmadan önceki gerekse hasta olduktan sonraki dönemleri kapsamına alan ve insan onuruna uygun şekilde sağlıklı birey ve toplum hedefine ulaşabilmeye yönelik olarak gerekli tüm imkanlara, hiçbir ön şart ya da kısıtlama olmaksızın ulaşma ve bu araç ve imkanları amaca uygun olmak kaydıyla sınırsız şekilde kullanma hakkı olarak görüyoruz.

Normal şartlarda sağlık hakkını kullanmak isteyen bir birey ancak teşhis ve tedaviden ötürü kendisi veya yakınları bakımından kişisel zararların doğmayacağından ve özel hayatıyla ilgili bilgilerin hukuksuz bir şekilde kayıt edilmediğinden emin olması halinde sağlık kurumuna müracaat edecektir.¹⁵⁴ Yani kişisel sağlık verilerinin kanunla izin verilen sistem dışında bir sisteme kayıt edileceğini ya da kaydedilmemesi gereken, o günkü sağlık problemi ile ilgili olmayan ancak bir şekilde sağlık görevlilerinin öğrendiği kişisel diğer sağlık verilerinin sisteme kaydedileceğini bilen bir kişi, bu durumda sağlık kurumuna müracaat etmeyecek¹⁵⁵ ve bu kapsamda tedaviden

¹⁴⁷ Alptekin, *Sağlık Hakkı*, 137.

¹⁴⁸ Öznur Vuran Doğan, *Bir İnsan*, 354.

¹⁴⁹ Nazmi Zengin, *Sağlık Hakkı*, 45.

¹⁵⁰ Nazmi Zengin, *Sağlık Hakkı*, 45.

¹⁵¹ Bozkurt, *İnsan Hakkı*, 14; Elçioğlu, *Hasta Hakları*, 17.

¹⁵² Türkmen, *Hekim- Hasta*, 4; Öznur Vuran Doğan, *Bir İnsan*, 354; Alptekin, *Sağlık Hakkı*, 134.

¹⁵³ Nazmi Zengin, *Sağlık Hakkı*, 45.

¹⁵⁴ Sevük, *Tıp Ceza*, 794; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 122.

¹⁵⁵ Sevük, *Tıp Ceza*, 794.

kaçınabilecektir.¹⁵⁶ Bu da kişinin en temel metinlerle teminat altına alınan sağlık hakkına erişimini engellemiş olacaktır. Bu ise incelenen suçun bu yönüyle koruduğu hukuksal değerlerden birinin kişinin sağlık hakkına¹⁵⁷ erişimi olduğunu göstermektedir.

Sağlık hakkı, Anayasa'nın 56. Maddesinde güvence altına alınmıştır. Maddenin 1. Fıkrasına göre *“Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir”*. Yine aynı maddenin 3 fıkrasına göre *“Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; İnsan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, iş birliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenlemekle yükümlüdür”*. Buna göre Anayasa'mız sağlık hakkını vatandaş olup olmadığına bakılmaksızın herkese tanımış ve sağlık hakkının temini konusunda devleti esas sorumlu haline getirmiştir. Bu yönüyle incelenen suç yaşadığımız toplumdaki herkesin Anayasa ile tanınan sağlık hakkını korumaktadır.

İncelenen suç ile kişilerin kişisel sağlık verilerinin gizli kalması konusundaki toplum yararı da korunmaktadır.¹⁵⁸ Yani sadece bireyin değil toplumun sağlık hakkı ya da toplum sağlığı da incelenen suçla korunmaktadır. Çünkü toplumun sağlığı, öncelikle sağlıklı bireylere bağlıdır. Bu nedenle öncelenen suçun konusunu kişisel sağlık verilerinin oluşturması haline özgü olmak üzere toplumun sağlık hakkı da korunmuş olmaktadır.¹⁵⁹ Zira kişisel sağlık verilerinin suçun konusunu oluşturacak şekilde kayda alınması nedeniyle önemli zararlar gören toplumun diğer fertleri yani esasında toplumun bizzat kendisi sağlık meslek mensuplarına duydukları güveni kaybedecek¹⁶⁰ ve buna bağlı olarak sağlık kuruluşlarına benzer konular için başvurmayacaklardır. Bu nedenle özellikle bulaşıcı niteliğe sahip hastalık taşıyanlar toplum açısından ayrı ve önemli bir tehdit haline gelecektir. Bu durum incelenen suçun aynı zamanda toplum sağlığını korumakta olduğu rahatlıkla söylenebilir. Zaten bu nedenle 6698 sayılı Yasa'nın 30. maddesi yle TCK'nin 135. maddesine eklenen 2. fıkra ile özel nitelikli kişisel veri olan sağlık verilerine karşı suçun işlenmesi, cezayı artıran nitelikli bir hal olarak ayrıca düzenlenmiştir. Çünkü bu takdirde daha nitelikli verilere karşı suç işlenmiş olmakta ve

¹⁵⁶ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 122.

¹⁵⁷ Bozkurt, *İnsan Hakkı*, 14; Elçioğlu, *Hasta Hakları*, 17.

¹⁵⁸ Sevük, *Tıp Ceza*, 794-795.

¹⁵⁹ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 122.

¹⁶⁰ Hope, Savulescu and Hendrick, *Medical Ethics*, 96.

bi nedenle suçun haksızlık içeriği daha ağır olmaktadır. Bu nedenle diğer verilere göre daha ağır bir cezayı gerektirir.¹⁶¹

Hukuki değerler kendi aralarında bir derecelendirmeye tabi tutulmakta ve bu yönüyle suçların tasnifinde kullanılan önemli bir ölçüt olma özelliği taşımaktadır.¹⁶² Bu kapsamda incelenen suçun koruduğu hukuki değerın tespiti açısından ceza kanunu sistematüğinde bulunduğı yer önem taşımaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) da suçların tasnifinde hukuki değer ölçütünü esas almış yani sistemini buna göre kurmuştur. Bu yönüyle yani sistematik yorum yöntemi esas alınarak¹⁶³ inceleme konumuza bakıldığında suçun TCK'nin “*Kişilere Karşı Suçlar*” başlıklı İkinci Kısmında ve “*Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*” başlıklı Dokuzuncu Bölümünde düzenlenmiş olduğunu görmekteyiz. Bu sistematik bize kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun, öncelikle kişilere karşı suçlardan¹⁶⁴ olduğunu gösterse de buna ek olarak suçla korunmak istenen bir diğer hukuksal yararın sadece kişilerin kendisi olmadığı, aynı zamanda suçun özel hayata karşı işlenen suçlar bölümünde düzenlenmiş olması nedeniyle bu ve aynı bölümde düzenlenen diğer suçların ana hukuksal değer olarak, öncelikle hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesinde, hem de Anayasa'nın 20. Maddesinde teminat altına alınmış bulunan kişilerin özel hayatının gizliliğinin¹⁶⁵, yani ferdin hayatının özel bölümünün¹⁶⁶, mahrem alanların toplamı olan özel hayatının¹⁶⁷ korunmakta olduğunu göstermektedir. Böylelikle hem AİHS hem de Anayasa'da düzenlenen bir insan hakkı ve temel hak ve özgürlük somut bir ceza hukuku normu ile korunma altına alınmıştır.¹⁶⁸ Zira düzenleme ile Anayasa'nın bir hükmü bir yönüyle olmak üzere somut hale getirilmektedir.¹⁶⁹ Yani bu suçla anayasa ile de teminat altına alınmış temel haklardan olan özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı¹⁷⁰ kişisel veriler açısından güvence altına alınmaktadır. Bu yönüyle düzenleme, kişisel verilerin

¹⁶¹ Aynı yönde Dölger, *Kişisel Verilerin*, 122.

¹⁶² Özgenç, *Genel Hükümler*, 1168; Bük, *Elektronik Ortamda*, 9.

¹⁶³ Sedat Erdem Aydın, *AİHM İctihatları*, 115.

¹⁶⁴ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 124.

¹⁶⁵ Sevük, *Tıp Ceza*, 794; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 124; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 129; Bük, *Elektronik Ortamda*, 10; Dölger, *Kişisel Verilerin*, 121; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2087; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 640; Sedat Erdem Aydın, *AİHM İctihatları*, 116.

¹⁶⁶ Akdağ, *Türk Ceza*, 37; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 640; Dölger, *Kişisel Verilerin*, 120.

¹⁶⁷ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 555; İstek, *Hasta Mahremiyeti*, 184; Sevük, *Tıp Ceza*, 794.

¹⁶⁸ Dölger, *Kişisel Verilerin*, 121.

¹⁶⁹ Ergün, *Siber Suçların*, 115.

¹⁷⁰ Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2087.

korumasının kaynağını öncelikle özel hayatın gizliliğinin korunması hakkından alan uluslararası düzenlemeler ile paralellik taşımaktadır.¹⁷¹

Konuya sadece mevzuat sistemi açısından değil de genel anlamda bakıldığında da kişisel verilerin korunması konusunun ilk ve en yakın olarak özel yaşamın gizliliği hakkı içinde değerlendirilmesi gerektiği¹⁷² geleneksel olarak söylenmiştir. Ancak gelişen teknoloji nedeniyle bu geleneksel yaklaşım kişisel verilerin korunmasında yetersiz kalmıştır. Bu nedenle kişisel verilerin korunması hakkı tarihsel süreç içerisinde kendisinden daha köklü bir hak alanı olan özel yaşamın gizliliği hakkından ayrılmaya¹⁷³ başlamıştır. Buna bağlı olarak bu suçların bizzat kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin hem bireysel hemde toplumsal hukuki yararı da muhafaza ettiği¹⁷⁴ savunulur olmuştur. Buna göre suç ile korunan bir başka hukuki yarar, özel hayatın gizliliğinin korunmasının yanında, özel olarak ve özellikle kişisel verilerin korunması hakkı olarak ifade edilebilir.¹⁷⁵ Toplumsal yarar bireylerin her birinin ayrı ayrı yararlarının toplamı olduğuna göre ve kişisel veriler özel yaşamı önemli bir parçasını oluşturduğu için biz de böyle düşünmekte ve kişisel verilerin korunması anlamında bireysel ve toplumsal yararın bu suçun koruduğu hukuki yararlardan biri olduğuna inanmaktayız.

Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin olarak Anayasa’da 2010 yılında yapılan değişiklikten önceki kararlarında kişisel verilerin korunmasını öncelikli olarak özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında¹⁷⁶ görmekteydi. Konuya ilişkin olarak önem arz eden bir kararında¹⁷⁷ yüksek mahkeme “*özel hayat bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak kadar geniş bir kavram olup devletin yetkili temsilcileri tarafından ilgililer hakkında rızası olmaksızın bilgi toplanmasının her zaman söz konusu kişinin özel hayatını ilgilendireceği kuşkusuzdur. Anket formlarında yer alan bazı sorular özel yaşamın gizliliği ile düşünce ve kanaatin açıklanması sonucunu doğurabilir. Bir ülkede en güçlü veri tekeli idaredir. Bu gücün sınırlandırılması özel yaşamın ve düşünce ve kanaat*

¹⁷¹ Murat Volkan Dülger, *Bilişim Suçları*, 1. Baskı, Ankara 2004, Seçkin Yayınevi, 267; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 129.

¹⁷² Benzer mahiyette Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 78-79.

¹⁷³ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 78-79.

¹⁷⁴ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 139.

¹⁷⁵ Sedat Erdem Aydın, *AİHM İçtihatları*, 117.

¹⁷⁶ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 132.

¹⁷⁷ Anayasa Mahkemesi, 20.03.2008, E. 2006/167, K. 2008/86, Resmî Gazete, Tarih 25.06.2008, Sayı: 26917, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2008/06/20080625-8.htm>, E.T. 23.03.2020.

özgürlüğünün korunması bakımından önemlidir. Anayasa'nın 20. ve 25. maddelerinde yer alan güvencelere rağmen itiraza konu 8. madde hükmüyle kişiler, bilgi toplama, saklama, iletme ve değiştirme tekeli olan idareye ve diğer kişilere karı korumasız bırakılmış, veri toplamanın sınırlarına yasal düzenlemede yer verilmemiştir. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kuralların Anayasa'nın 20. ve 25. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir” demiş ve bu anlamda kişisel verilerin korunması hakkını özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında görerek değerlendirmesini yapmıştı. 2010 yılında Anayasa’da yapılan değişiklikler sonucunda mahkemenin içtihat yolu ile geliştirdiği bu normatif temel, artık doğrudan anayasal dayanağa sahip hale gelmiştir. 1982 Anayasa’sının 20. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği hakkına 2010 yılında eklenen hüküm ile kişisel verilerin korunması hakkı, Türk hukuk sistemine “özel hayatın gizliliği kapsamında olmak üzere bağımsız bir anayasal hak alanı olarak”¹⁷⁸ girmiş oldu.

Anayasa’da yapılan bu değişiklik ile kişisel verilerin özel hayatın gizliliği hakkı ile olan doğrudan bağlantısı da açıkça ortaya konulmuştur.¹⁷⁹ Bu kapsamda kişisel verilerin korunması hakkı her ne kadar özel hayatın gizliliği kapsamında ele alınmış olsa da artık kendine özgü özellikleri olan ve özel bir önem taşıyan bir hak olarak görülmek zorundadır. Bağımsız bir temel hak olarak Anayasa’da yerini alması, yavaş yavaş ona bireyin hayatında önemli bir yer teşkil eden bağımsız bir kimlik kazandıracak ve bu nedenle özel bir temel hak olarak görülmek zorunda kalınacaktır. Bu da zamanla diğer hukuk dallarında ve bu arada tabii ki ceza hukukunda kendine özgü yönlerinin ortaya çıkmasına ve önem kazanarak yapısına daha uygun düzenlemeler yapılmasına hizmet edecektir. İnceleme konumuz olan suçlar Anayasa’da özel olarak düzenleme altına alınan kişisel verilerin korunmasını sağlayıcı özel bir nitelik taşımaktadır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu suçlar korunan hukuki değer konusunda Dülger’e¹⁸⁰ atıfla “TCK’nin 136. maddesinde tıpkı 135. maddesinde olduğu gibi korunan hukuki değer genel olarak kişilerin özel hayatı ve hayatın gizli alanı, özelde ise

¹⁷⁸ Anayasanın 20 maddesine eklenen fıkra şöyledir: “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir”. Ayrıca bkz. Dülger, *Kişisel Verilerin*, 121.

¹⁷⁹ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 132.

¹⁸⁰ Dülger, *Bilişim Suçları*, 579.

kişisel verilerdir. Bu düzenlemeler ile tüm kişisel veriler koruma altına alındığından kişisel verilerin mutlaka gizli olması zorunlu değildir. Gizli olmayan ve herkes tarafından bilinen kişisel veriler de hukuka aykırı eylemlere karşı korunmalıdır. Zira kişisel verilerin korunmasına ilişkin suçlarda korunan hukuki değer "sır" olmayıp, verinin ilgilisi olan kişinin kişilik haklarıdır... TCK'nin 135 ve 136. maddelerindeki kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemelerde sadece sır niteliğinde kişisel verilerin korunacağına ilişkin bir hükmün bulunmaması ve aksine 135. maddenin gerekçesinde gerçek kişiyle ilgili her türlü bilginin kişisel veri olarak kabul edilmesi gerektiğinin belirtilmesi karşısında, her türlü kişisel verinin hukuka aykırı olarak başkasına verilmesi, yayılması ve ele geçirilmesi fiillerinin kanunun 136. maddesindeki suçu oluşturduğu kabul edilmelidir.¹⁸¹” demekte ve suçla korunan hukuki değer özel hayatın gizliliğinin yanında özel olarak kişisel verilerin korunduğunu düşünmektedir. Karar metninde açıkça yazmasa da Yargıtay’a göre suçla korunan sadece sır niteliğindeki veriler olmayıp sır niteliği taşımasa bile tüm kişisel veriler bu suçun koruduğu bir değer niteliği taşımaktadır.

Yargıtay kararındaki algıya benzer şekilde bu suç tipleriyle özel olarak kişisel verilerin korunduğu¹⁸² yönünde doktrinde görüşler çıkmıştır. Ancak kanaatimizce bu suçun koruduğu hukuki değer kişisel verilerin bizzat kendisi olmayıp kişisel veriler ile bağlantılı olmak ve kişisel verilerinin korunmasını isteme hakkı özelinde olmak üzere özel hayatın gizliliğine saygı hakkı olmalıdır. Bu nedenle bu suçun hukuksal değer olarak bizzat kişisel verilerin kendisini koruduğuna dair fikirlere katılmıyoruz. Kişisel veriler üzerinden özel hayatın gizli alanına saygı duyulmasına dair gerekliliği ifade eden bir hukuki değer olan kişisel verilerin korunmasına dair hakkı korunduğunu düşünüyoruz. Bu nedenle bu suç tipi ile korunmak için mutlak manada gerçek bir sırrın varlığı gerekmemektedir. Yani doğrudan ve başlı başına sırrın korunması, bu suçlarla korunan hukuksal değer niteliği taşımaz.¹⁸³ Ancak genellikle sır niteliğindeki bilgiler aynı zamanda kişisel veri niteliği taşırlar. Aynı anda hem kişisel veri hem de sır

¹⁸¹ YCGK., 17.06.2014, E. 2012/12-1510, K. 2014/331, Kazancı Hukuk Otomasyon İçtihat, [http. // www. kazanci. com/ kho2/ ibb / files/ dsp. php? fn= cgk- 2012- 12- 1510. htm &kw= +`2012/ 12- 1510`# fm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2012-12-1510.htm&kw=), E.T. 06/12/2019.

¹⁸² Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 640; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 120.

¹⁸³ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 122.

niteliğinde olan bir bilginin suç tipinin maddi konusunu oluşturması halinde sır, korunan hukuksal bir değer niteliği taşır.¹⁸⁴

Sonuç olarak TCK'nin 135. maddesinde düzenlenen kişisel verilerin kaydedilmesi suçu ile korunmak istenen hukuksal değerler yüzeysel bakış açıları ile sunulanlardan daha derinde yer alır ve bunun insan olmaya ilişkin felsefi temelleri bulunur. İşte tüm bu nedenlerle denilebilir ki bu suçla ve aynı bölümde düzenleme altına alınan diğer suçlarla koruma altına değerler, insan olarak bireyin kendisi, insan olması nedinle sahip olduğu onuru ve bu onurun belirlediği çerçeve kapsamında olmak üzere yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme, özel hayatının gizliliğine saygı ve sağlık hakları ile kişisel verilerinin korunması haklarıdır. Bu kapsamda kişinin yaşadığı toplumla bağlarını sürdürebilmesi ve ondan kopmaması ve bu anlamda bir birey olarak toplumda varlığını devam ettirebilmesine yönelik tüm değerler incelenen suçla korunmaya çalışılmaktadır.

2.2.1.3. Suçun Unsurları

2.2.1.3.1. Maddi Unsurlar

2.2.1.3.1.1. Fail

Suç devletin ülkesinde yaşayanlara yüklediği bir emrin ihlali olduğuna göre, insan tarafından işlenmeyen bir suç düşünülemez.¹⁸⁵ Ceza hukukunda hukuka aykırı fiili işleyen kimse suçun failidir.¹⁸⁶ Her suçun mutlaka bir faili, yani suç teşkil eden fiili işleyen bir kişisi vardır.¹⁸⁷ Fiili işleyen, fiili gerçekleştiren kimseye fail denilmektedir.¹⁸⁸

TCK'nin 37. maddesine göre fail: “*Suçun kanuni tarifindeki fiili gerçekleştiren kişi*”dir. Buna göre suçun kanun tarifinde yer alan fiil üzerinde hakimiyet kuran, kanuni tanıma uygun haksızlığı gerçekleştiren kişi faildir.¹⁸⁹

Suçun faili ancak bir gerçek kişi olabilir.¹⁹⁰ Zira belli bir gayeye yönelik bir irade ile hareket edebilme yeteneği sadece insanlara özgüdür. Bu nedenle ceza

¹⁸⁴ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 122.

¹⁸⁵ Toroslu, *Ceza Hukuku*, 40.

¹⁸⁶ Toroslu, *Ceza Hukuku*, 41.

¹⁸⁷ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 105; Toroslu, *Ceza Hukuku*, 40.

¹⁸⁸ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 134.

¹⁸⁹ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 105.

hukukunun bağlantı noktasını oluşturan fiil ancak bir insan tarafından gerçekleştirilebilir¹⁹¹. Hayvanlar ceza hukuk anlamında fail olarak değerlendirilemezler.¹⁹² Yine tüzel kişiler adına işlenen suçlarda da suçu işleyen bir gerçek kişi vardır. Tüzel kişiler de fail olamazlar. Ancak özel hukuk tüzel kişilerinin güvenlik tedbiri sorumluluğu vardır.¹⁹³

Ceza kanunlarındaki suçların çoğu, kural olarak herhangi bir insan tarafından başka bir deyişle herkes tarafından işlenilebilen suçlardır.¹⁹⁴ Kanuni tarifte faille ilgili olarak “*kişi, kimse, her kim*” gibi ifadelerle yer veriliyor ise hareket yeteneğine sahip olan her gerçek kişi bu suçların faili olabilecektir. Bu tür suçlara “*genel suçlar*” da denilmektedir.¹⁹⁵ Ancak bazı suçların kanuni tanımında, failde insan olmanın dışında başka özellikler de aranabilir.¹⁹⁶ Bu suçlar ise ancak özel bir yükümlülük altında bulunan ve belli faillik özelliklerini, özel faillik vasıflarını¹⁹⁷ taşıyan kişiler tarafından işlenilebilecektir.¹⁹⁸ İşte bu şekilde herkes tarafından işlenmesi mümkün olmayan ancak belirli bir sığata veya niteliğe sahip kimseler tarafından işlenebilen suçlara “*mahsus (özü) suçlar*” adı verilmektedir.¹⁹⁹ Yani kanuni tarifinde fail ile ilgili olarak herhangi bir insan olmasının ötesinde belli özel ve objektif vasıflardan söz edilen²⁰⁰, bu nedenle ancak belli özelliğe sahip olanların fail olabileceği, herkes tarafından işlenemeyen²⁰¹ suçlar özü suç olarak kabul edilmektedir. Gerçekten de kanun bazı hallerde suçun varlığı için failin belli bir hukuki veya fiili durumda bulunmasını şart koşmaktadır.²⁰² Bu yönüyle suçun faili diğör insanlara nazaran özel bir yükümlülük altında bulunmaktadır. Bu nedenle bu suçlara “*yükümlülük suçları*” da denilmektedir.²⁰³

¹⁹⁰ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 140.

¹⁹¹ Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 105; aynı mahiyette bkz. Malkoç, *5237 Sayılı*, 5.

¹⁹² Hakeri, *Ceza Hukuku*, 135.

¹⁹³ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 140.

¹⁹⁴ Özgenç, *Genel Hükümler*, 188; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 221; Toroslu, *Ceza Hukuku*, 41; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 105.

¹⁹⁵ Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 105.

¹⁹⁶ Malkoç, *5237 Sayılı*, 10.

¹⁹⁷ Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 106.

¹⁹⁸ Özgenç, *Genel Hükümler*, 188; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 105.

¹⁹⁹ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 140.

²⁰⁰ Özgenç, *Genel Hükümler*, 188.

²⁰¹ Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 105; Toroslu, *Ceza Hukuku*, 41; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 221.

²⁰² Toroslu, *Ceza Hukuku*, 41.

²⁰³ Özgenç, *Genel Hükümler*, 188-189.

Bu tür suçları bazı yazarlar kendi içinde ikiye ayırarak incelemektedir. Tüm halleri sadece özel faillik vasfını taşıyanlar tarafından işlenebilen türüne “*gerçek özgü suçlar*”, temel şekli herkes tarafından işlenebilmekle birlikte nitelikli şekli özel faillik vasfını taşıyanlar tarafından işlenebilen türüne ise “*görünüşte özgü suçlar*” denilmektedir.²⁰⁴ Yani herkes tarafından işlenebilmekle birlikte, failin kişisel niteliğinin bazen suçun ağırlatıcı sebebini bazen de hafifletici sebebini oluşturduğu suçları ifade etmek için görünüşte özgü suç tabiri kullanılır.²⁰⁵ Demek ki özgü suçlardan bazıları münhasıran özel faillik vasfını taşıyan kimseler tarafından işlenebilirlerken bazı özgü suçlar suçun nitelikli şekli olarak karşımıza çıkmaktadırlar. Suçun basit yani temel şekli herkes tarafından işlenebilirken nitelikli şekli ancak belli özel faillik vasfını taşıyan kişi tarafından işlenebilir.²⁰⁶ Bu ikinci tür özgü suç, inceleme konumuz suç açısından özel bir önem taşımaktadır. Bu ayrımın önemi kendisini iştirak kurallarının uygulanmasında göstermektedir. Bu yönüyle gerçek özgü suçlara özel faillik vasfını taşımayan kişiler fail olarak katılamazlar. Bu nitelikteki kişiler bu suçlara ancak şerik olarak katılabilirler. Fakat görünüşte özgü suçlara, özel faillik vasfını taşımayan kişiler, bu sıfatı taşıyan kişilerin eylemlerine müşterek fail olarak katılabilirler.²⁰⁷ Bu kısmın ayrıntılarına iştirak başlığı altında ayrıca ve daha ayrıntılı olarak değineceğiz.

765 sayılı TCK inceleme konumuz eylemlere yönelik olarak sadece belirli bir meslek icra edenler tarafından işlenebilmeyi yani failin belli bir hukuki statü içinde olmasını aramıştı. Buna göre sırrın meslek sahibine mesleği dolayısı ile verilmesi ve bu sırrın da meslek sahibi tarafından açıklanması ile suç oluşmaktaydı. Yani mülga TCK'deki suç gerçek özgü suç olarak kaleme alınmıştı.²⁰⁸ Ancak hangi meslek grupları olduğu somut olarak belirtilmemişti. 198. madde düzenlemesinde, “*resmi mevki veya sıfatı veya meslek ve sanatı icabı*” demekle belirli bir faaliyet kastedilmekteydi.²⁰⁹ Bu nedenle kanun hükmü kapsamında bir faaliyet icra etmeyen kişiler tarafından suç işlenememekteydi.

İnceleme konumuz olan suçun temel şeklindeki faile ilişkin olarak 5237 sayılı TCK 135. Maddesinde “*...kimseye...*” ibaresi geçmektedir. Bu nedenle suçun temel

²⁰⁴ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 106.

²⁰⁵ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 221.

²⁰⁶ Özgenç, *Genel Hükümler*, 189.

²⁰⁷ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 105.

²⁰⁸ Aynı yönde Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 77- 78.

²⁰⁹ Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 77.

şeklinde herhangi bir özel faillik vasfının aranmadığı rahatlıkla söylenebilir. Bu anlamda birinci fıkrada düzenlenen suçun faili herkes olabilir²¹⁰ ve bu suç fiil işleme yeteneği olan herhangi bir kimse tarafından işlenebilir.²¹¹ Kanun koyucu, fail bakımından bir sınırlamaya gitmeyerek fail kategorisini geniş tutmaktadır.²¹² Özetle 765 s. TCK’de fail sınırlanmışken 5237 sayılı TCK’de failin sınırlanmadığı görülmektedir.²¹³

Sağlık çalışanları yönüyle bakıldığında tüm suçlar ve suçların sorumluları bakımından da ayırım gözetilmeksizin TCK’de yer alan düzenlemeler hüküm ve sonuç doğuracaktır.²¹⁴ Buna göre incelediğimiz suç açısından hekim ve hekim dışındaki tüm sağlık personeli: hemşire, ebe, sağlık memuru, hasta bakıcı, eczacı, sigorta şirketlerinde çalışan personel, türlü tıbbi tetkikleri gerçekleştiren teknisyen veya laborantlar, hekimin yardımcısı olarak nitelendirebileceğimiz herkes, temizlik görevlileri, suçun faili olabileceklerdir. Aslında hekim dışındaki diğer sağlık personelinin anılan suçun faili olabilmeleri tarihi gelişimin bir sonucudur. Gerçekten de meslek sırrının açıklanmasının yasaklanması geçmişte hekimlerle başlamaktadır.²¹⁵ Ancak zamanla bu anlayış gelişmiş, bu konuda sadece hekimlerin sorumlu tutulmalarının amaca hizmet etmediği anlaşılmış ve diğer sağlık personellerinin ve hatta diğer sağlık çalışanlarının da sorumlu olmaları gerektiği düşüncesi yerleşmiştir.

Suça ilişkin düzenlemenin ikinci fıkrası sadece suçun hukuki konusunu oluşturan kişisel veri türlerine ilişkin olarak kaleme alınmıştır. Failliğe ilişkin olarak bir düzenleme içermemektedir. Bu anlamda ikinci fıkranın faili de bir özellik taşımayacak ve m. 135/2 hükmünde düzenlenen suçun faili de herkes olabilecektir.²¹⁶

İnceleme konumuz suçun fail yönüyle özellik arz eden nitelikli hali TCK’nin 137. maddesinde düzenlemiştir. Aşağıda ayrıca açıklanacağı üzere, suçun kamu

²¹⁰ Aynı yönde Sevrük, *Tıp Ceza*, 793; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 128; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 138; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 78; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2088; Bük, *Elektronik Ortamda*, 178; Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 122; Akdağ, *Türk Ceza*, 91; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 123; Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2744; Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 18; Sedat Erdem Aydın, *AIHM İctihatları*, 118; İstek, *Hasta Mahremiyeti*, 197.

²¹¹ Gökcen, *Tıbbi Müdahaleden*, 641; Sedat Erdem Aydın, *AIHM İctihatları*, 118.

²¹² Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 19.

²¹³ Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 78.

²¹⁴ Özlem Yenerer Çakmut, *Tıbbi Uygulamalarda Ebelerin Cezai Sorumluluğu*, Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Mayıs 2010 Ankara Barosu Yayınları, 2011, 502.

²¹⁵ Cin, *Tıp Etiği*, 137.

²¹⁶ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 558; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 128.

görevlisi tarafından ve görevin sağladığı yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenilmesi hali bu kapsamda olup bu düzenleme suç tipini görünüşte özgü suç haline getirmektedir.²¹⁷ Anılan düzenleme gereğince, kişisel verileri kaydetme suçu, fail açısından, temel şekli herkes tarafından işlenebilen, ancak belli kişiler tarafından işlendiğinde suçun nitelikli halinin olduğu bir görünüşte özgü suçtur.²¹⁸ Yukarıda saydığımız tüm sağlık çalışanları bu kapsamdadır. Yani sağlık mesleği mensuplarının hastalarına (daha doğru bir tabirle sundukları hizmetten faydalananlara) ait bilgileri hukuka aykırı olarak kaydetmeleri halinde maddedeki suç tipi oluşacak ve suçun konusu mağdurunun sağlık durumuna ilişkin olduğu için daha ağır bir ceza söz konusu olacaktır.²¹⁹ Bu anlamda esasından suçun meslek mensupları ve diğer sağlık çalışanları tarafından işlenmesi durumlarına ayrı ayrı bakılması gerekecektir. Ancak ceza itibarıyla suçun nitelikli halini oluşturduğu için bu konuya suçun nitelikli haline ilişkin başlıkta değinmeyi daha uygun bulmaktayız.

2.2.1.3.1.2. Mağdur

Her suçun pasif süjesi yani bir mağduru vardır. Çünkü her suç bireysel, sosyal veya kamusal nitelikteki belirli varlık veya menfaatleri ihlal etmek suretiyle, dolaylı olarak bu varlık veya menfaatlerin bir sentezi olan ve cezai korumanın konusunu oluşturan genel menfaati ihlal eder.²²⁰ Mağdur kelimesi, kadre uğramış/ haksızlığa uğramış kişi anlamına gelmektedir.²²¹

Teknik anlamda ise mağdur, “ceza normu tarafından korunan ve suç sayılan fiil ile ihlal edilen, suçun hukuki konusunu oluşturan varlık veya menfaatin sahibi”²²², “suçla korunmak istenen hukuki yararın sahibi gerçek kişi”²²³, “işlenen fiil nedeniyle haksızlığa uğramış kişi, suçun zarar verdiği değer sahibi, kendisine karşı suç işlenen kimse, suçun konusunun ait olduğu kimse”²²⁴, “suçu oluşturan fiilden doğrudan tecavüze uğrayan kimse”²²⁵ olarak farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Bu tanımların

²¹⁷ Aynı yönde Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 128.

²¹⁸ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 128.

²¹⁹ Erbaş, *Sağlık Mesleği*, 34.

²²⁰ Toroslu, *Ceza Hukuku*, 42-43.

²²¹ Özgenç, *Genel Hükümler*, 206.

²²² Akdağ, *Türk Ceza*, 89; Toroslu, *Ceza Hukuku*, 42.

²²³ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 222.

²²⁴ Özgenç, *Genel Hükümler*, 206; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 141; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 107

²²⁵ Toroslu, *Ceza Hukuku*, 42.

hepsindeki ortak özellik mağdurun “suçtan doğrudan zarar gören” kimse olmasıdır.²²⁶ Mağdur sadece gerçek kişi olabilir. Tüzel kişiler, devlet vb. ise sadece suçtan zarar gören olabilir.²²⁷

Suçun konusu belli bir kişi veya kişilere aitse mağdur bu kişi veya kişilerdir. Buna karşılık suçun konusu belli bir kişiye değilde toplumu oluşturan fertlerin hepsine ait bir şey oluştuyorsa mağdur toplumu oluşturan herkeştir.²²⁸

Kişisel verilere ilişkin suçların mağduru, kişisel veri kendisiyle ilgili olan kişidir.²²⁹ Bu suçlarda kişiler, ancak kendileriyle ilgili bir kişisel veri söz konusu olduğunda kişisel verilere ilişkin suçların mağduru olabilirler. Ancak bu kişilere yakın olan diğerlerinin de bu suçlardan dolayı suçtan zarar gören sıfatını kazanması (dolaylı olarak zarar görmesi) mümkündür. Ayrıca kişisel verinin birden fazla kişiyle ilişkilendirilebiliyor olması da mümkündür. Bu durumda, ilgili kişilerin her biri mağdur durumundadır.²³⁰

Bir kimse mağduru olduğu suça iştirak nedeniyle sorumlu tutulamaz. Yine bir kimse bir suçta hem fail hem mağdur olamaz.²³¹ Ancak bunun tersini düşünenler de bulunmaktadır. Bunlara göre bazı suçlarda suçun mağduru failin kendisi olabilir. Örneğin uyuşturucu kullanma ya da askerlikten kurtulmak için kendisini askerlik yapmaya elverişsiz hale getirme suçunda suçun mağduru, aynı zamanda failin kendisidir.²³²

İnceleme konumuz suç, mağdur bakımından bir özellik göstermez, herkes yani toplumdaki herhangi bir kimse bu suçun mağduru olabilir.²³³ Mağdurun tayini açısından bu noktada önemli olan, veriler ile kişi arasında bağlantının kurulabilmesi yani kaydedilen kişisel verilerin bireyle ilgili olmasının gerekmesidir.²³⁴ Bu yönüyle mağdur,

²²⁶ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 507.

²²⁷ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 142.

²²⁸ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 107.

²²⁹ Akdağ, *Türk Ceza*, 89.

²³⁰ Akdağ, *Türk Ceza*, 89.

²³¹ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 142.

²³² Malkoç, *5237 Sayılı*, 11.

²³³ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 641; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2088; Akdağ, *Türk Ceza*, 89; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 122; Bük, *Elektronik Ortamda*, 195; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 138; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 129; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 558; Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2744; Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 19; İstek, *Hasta Mahremiyeti*, 197.

²³⁴ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 138.

kişisel verilerin sahibi olan gerçek kişiler yani veri öznesi olarak karşımıza çıkmaktadır.²³⁵

Kişisel sağlık verileri yönüyle inceleme konumuz suç bakımından ancak hasta olarak nitelendirilebilecek kişilerin mağduru oluşturduğu²³⁶ da öne sürülmektedir. Ancak biz bu düşünceye katılmamaktayız. Zira çalışmamız kapsamında zaman zaman da değindiğimiz üzere sağlık hizmetlerinden sadece hastalar yararlanmazlar. İşe giriş raporu almak isteyenler, evlenme muayenesi olmaya gelenler, bilirkişi raporu almak isteyenler, genel sağlık kontrolünden geçmek isteyenler gibi pek çok insan sağlık hizmetlerinden faydalanan konumundadır. Bu nedenle inceleme konumuz yönüyle sağlık hizmetlerinden faydalanan herkesin suçun mağduru olarak görülmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Çünkü her ne şekilde faydalanırsa faydalansın sağlık hizmetlerinden bir şekilde istifade eden herkesin kişisel sağlık verileri işlenmekte ve kayıt altına alınmaktadır.

Bu suçların koruduğu değere bakarak toplumda yaşayan tüm bireylerin bu suçun mağduru olduğu da öne sürülmektedir. Bu düşünceyi savunanlara göre, bu suç tiplerinde hem kişilerin verileri hem de bunların korunmasına ilişkin toplumda idareye duyulan güven korunduğu için suçun konusunu oluşturan verilerin öznesi konumundaki bireylerin yanında toplumu oluşturan her birey de suçun mağduru²³⁷ olmaktadır. Biz de bu kanaati paylaşmaktayız. Zira üst bölümlerde de kısaca belirttiğimiz üzere suç nedeniyle toplumun diğer tüm fertlerinin sağlık kurumlarına ve görevlilerine olan güveni zedelenmekte ve bu nedenle tüm toplumun sağlığa erişme hakkı zarar görmektedir. Bu nedenle doğrudan mağdur niteliği taşımasa da dolaylı olarak toplumu oluşturan tüm fertlerin bu suçtan mağdur olduklarını düşünmekteyiz.

Tüzel kişilerin veya tüzel kişiliği olmayan kişi topluluklarının bu suçların mağduru olup olamayacağı tartışmalıdır.²³⁸ Kanun'un lafzında suçun mağduruna ilişkin bir sınırlandırma bulunmadığı gerekçesiyle bir kısım yazarlar gerçek veya tüzel kişi herkesin bu suçun mağduru olabileceği görüşündedir.²³⁹ Bunun aksine kanuni

²³⁵ Sedat Erdem Aydın, *AIHM İctihatları*, 122.

²³⁶ Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 19.

²³⁷ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 125.

²³⁸ Akdağ, *Türk Ceza*, 89; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 122.

²³⁹ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 123.

düzenlemede bir özgüleme yapılmasa da bu suçun mağdurunun ancak gerçek bir kişi olması gerektiğini düşenler de bulunmaktadır.²⁴⁰

TCK'nin 135. maddesinin gerekçesi “*kişisel verileri*”, yalnızca “*gerçek kişilerle ilişkilendirilebilen veriler*” olarak kabul ettiğinden ve KVKK'nin 3. maddesinde “*ilgili kişi*” kavramı, “*kişisel verisi işlenen gerçek kişi*” olarak; “*kişisel veri*” kavramı da “*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*” şeklinde tanımlandığından, kanun koyucunun tüzel kişiler açısından bir koruma öngörmediği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla tüzel kişilerin suçun mağduru olabilmesi mümkün değildir.²⁴¹ Bunlar bu nedenle sadece suçtan zarar gören olarak karşımıza çıkabilirler²⁴² ve buna bağlı olarak suçun mağduru sadece gerçek kişiler olabilir.²⁴³

Kanaatimizce de bu suçun mağduru yalnızca gerçek kişiler olabilecektir. Çünkü suçun konusunun yani kişisel verilerin sahibi ancak gerçek kişiler olabilmektedir. Nitekim bu suça ilişkin ikinci fıkrafta kişilerin “*ırkı kökenlerine, ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına ilişkin*” bilgilerden bahsedilmekte olup bu tür bilgiler yalnızca gerçek kişilere ait olabilecek bilgilerdir. Bu düzenleme de korunmak istenen süjenin gerçek kişiler olduğu gerçeği ortaya çıkarmaktadır.²⁴⁴

Ölmüş kişilerin bu suçun mağduru olup olmayacağı da tartışılmıştır. Bu yönüyle bakıldığında bu kişilere ait kişisel verilerin suçun konusunu oluşturup oluşturamayacağına dair ulusal veri koruma mevzuatımızda ve ceza mevzuatımızda açıklık bulunmadığı görülmektedir.²⁴⁵ 2016/679 Sayılı ABGVKT’de merhum kişilere ait verilerin, düzenleme kapsamında sağlanan korumanın dışında tutulduğunu özellikle

²⁴⁰ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 641.

²⁴¹ Aynı yönde Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 123; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 641.

²⁴² Farklı gerekçe ile aynı yönde Yavuz Erdoğan, *Kişisel Verilerin Korunması Bakımından Türk Ceza Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi (Madde 135,136,137,138)*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof Dr. Doğan Soyaslan Armağanı, Cilt: 8 Sayı: 2 Yıl: 2013 Aralık 2013 Kayseri, <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/dsp.php?fn=makale-yavuzerdogan-1.htm&kw=K%C4%B0%C5%9E%C4%B0SEL+VER%C4%B0LER%C4%B0N+KORUNMASI+BAKIMINDA+N+T%C3%9CRK+C+EZA+KANUNU+H%C3%9CK%C3%9CMLER%C4%B0N%C4%B0N+DE%C4%9EE+R+LEND%C4%B0R%C4%B0LMES%C4%B0+#fm>, (15/11/2019), 13.

²⁴³ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 139.

²⁴⁴ Aynı yönde Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 129.

²⁴⁵ Hasta hakları yönetmeliğinin 21/2 maddesinde “*Ölüm olayı, mahremiyetin bozulması hakkını vermez*” düzenlemesi bulunsu da bu düzenleme ölümden sonra dahi hastanın mahremiyetinin bu kapsamda kişisel sağlık verilerinin gizliliğinin korunmasının süreceği, sırf ölüm gerçekleşti diye bu bilgilerin artık aleni hale gelmeyeceği ile ilgili bir düzenlemedir. Bu haliyle ve yöntemelik hükmü olması, kanun hükmü olmaması nedeniyle kanunda düzenlenmiş bulunan bir suçun mağdurunun kapsamını genişletici bir güce sahip değildir.

belirtmiştir. Fakat ulusal mevzuatımız bakımından bu düzenlemenin bir bağlayıcılığı elbette yoktur. Bu konuda ceza hukukumuzdaki “suç mağduru olabilecek kişilerin suçun işlendiği sırada hayatta olması gerektiği” prensibinden yola çıkılarak ölen kişilerin kişisel verilerinin bu suçun mağduru olamayacağı genel anlamda söylenebilir. Ancak verilerin işlenme şekline göre ölenin yakınlarının da bu suç bakımından mağdur olabilmesi ayrıca tartışılabilir bir konudur. Bu kapsamda ölmüş bir kişinin kişisel verilerinin kayda alınması ile hayatta olan yakınları üzerinde bir zarar doğuyor ise (doğrudan doğruya zarar görmeleri söz konusu ise) ölmüş kişinin kişisel verilerin suçun konusunu oluşturabilir ve bu nedenle bu kişiler suçun mağduru olabilirler. Kişisel verilerin kaydedilmesi fiilinin aynı zamanda kişinin şeref ve haysiyetini rencide edebilecek nitelik de taşıması halinde, ölen kişi bakımından ölünün hatırasına hakaret suçu işlenmiş olacaktır. Bu durumda da suçun mağdurları ölenin yakınları olacaktır.²⁴⁶

Netice itibariyle suçun mağduru ancak gerçek kişiler olabilir. Bu kişi suç teşkil eden fiilin işlendiği sırada hayatta olan kişidir. İnsan dışında, aile, devlet, tüzel kişi, kişi toplulukları, devlet topluluğu gibi kurum ve organlar suçtan zarar gören olabilirse de suçun mağduru olamazlar.²⁴⁷

2.2.1.3.1.3. Suçun Konusu

Suç teşkil eden her hareketin mutlaka bir konusu vardır. Konusu bulunmayan bir suçun varlığından bahsetmek mümkün değildir.²⁴⁸ Yani konusuz suç olmaz.²⁴⁹ Suçun konusunun değişik tanımları yapılmakla birlikte genel anlamda tipik hareketin üzerinde icra edildiği, hareketin yöneldiği yani suçun üzerinde işlendiği kişi veya şey²⁵⁰ olarak tanımlanmaktadır. Bu yönüyle tipe uygun hareketin üzerinde gerçekleştirildiği maddi şeydir²⁵¹, suçun tanımında belirtilen nesnedir.²⁵² Suçun konusu, eşya veya sahsın fizik, maddi yapısıdır, bünyesidir.²⁵³

²⁴⁶ Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 123-124.

²⁴⁷ Aynı yönde Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 108.

²⁴⁸ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 109; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 143.

²⁴⁹ Özgenç, *Genel Hükümler*, 203.

²⁵⁰ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 109; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 143.

²⁵¹ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 222.

²⁵² Malkoç, *5237 Sayılı*, 11.

²⁵³ Özgenç, *Genel Hükümler*, 203.

Bazen bu kavram yani suçun maddi unsurlarından biri olan suçun konusu ile suç teşkil eden fiilin ihlal ettiği hukuki değer birbirleriyle ile karıştırılır.²⁵⁴ Hatta öyle ki bazı bilimsel yayınlarda ve yüksek mahkeme kararlarında dahi karıştırıldığı görülmektedir.²⁵⁵ Hukuki değerler, ceza hukuku tarafından koruma altına alınmış yaşamsal değerler olup elle tutulur, gözle görülür maddi varlıklar olmayıp toplumdaki güvenliğe, sükuna ve var olmanın onuruna dayanan toplumsal düzenin manevi değerleridir. Ancak suçun konusu (maddi konu), tipe uygun hareketin üzerinde icra edildiği gerçek, somut konudur.²⁵⁶ Hukuki değer, belli bir kişiden ayrı, soyut bir kavram iken konu ise somut bir kavramdır.²⁵⁷ Yani sadece maddi veya fiziki yapıya sahip varlıklar suçun maddi konusu olabilir.²⁵⁸

İnceleme konusu suç açısından bakıldığında suçun konusunu ikiye ayırarak incelemek uygundur. Zira suçun düzenlendiği 135. maddenin her iki fıkrasının konusu farklıdır. Buna göre suçun temel şeklinin hukuki konusu kişisel verilerdir.²⁵⁹ Kişisel veri, “gerçek kişilere ait her türlü bilgi” şeklinde tanımlandığına göre suçun konusu, 765 sayılı Kanun’un 198. maddesinde düzenlenen suç konusuna göre oldukça genişletilmiştir.²⁶⁰ O halde birinci fıkra düzenlenmiş suç açısından suçun konusu, gerçek kişiyle ilgili olup hukuka aykırı olarak kaydedilen her türlü bilgi kişisel veri olarak kabul edilmelidir.²⁶¹

Suçun düzenlendiği maddenin gerekçesinde “...suçun konusu, kişisel verilerdir. Gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgi, kişisel veri olarak kabul edilmelidir”²⁶² ” denilmektedir. Bu kapsamda suç tipinin maddi konusunun sadece kişisel veriler olduğu söylenebilir. Bu nedenle suçun konusu, doğrudan kişiye ait olan ve kişinin üzerinde tek

²⁵⁴ Aynı yönde bkz. Özgenç, *Genel Hükümler*, 204.

²⁵⁵ Örneğin bkz. Akdağ, *Türk Ceza*, 32 vd. Yüksek mahkeme kararı örneği için bkz. YCGK., K. 2014/331.

²⁵⁶ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 109; Toroslu, *Ceza Hukuku*, 40.

²⁵⁷ Malkoç, *5237 Sayılı*, 12.

²⁵⁸ Toroslu, *Ceza Hukuku*, 40.

²⁵⁹ Aynı yönde Ergün, *Siber Suçların*, 114; Tütüncübaşı, *Kişilerin Kendisine*, 80; Sevik, *Tıp Ceza*, 795; Güven, *Hasta Bilgilerinin*, 61; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 117; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 133; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 129; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2087; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 130; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 641; Sedat Erdem Aydın, *AIHM İçtihatları*, 118; İstek, *Hasta Mahremiyeti*, 197; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 126; Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2744; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 556; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2087.

²⁶⁰ Erbaş, *Sağlık Mesleği*, 36.

²⁶¹ Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2087; Ergün, *Siber Suçların*, 114.

²⁶² Türk Ceza Kanunu Madde Gerekçeleri, [http:// www. ceza-bb. adalet. gov.tr/ mevzuat/ maddegerekce. doc](http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc), (14/12/2017), 220.

başına tasarrufta bulunabileceği veriler olarak anlaşılmalıdır. Gerçekten bazı bilgiler veri niteliğinde olmakla birlikte kişisel olmaktan çok kurumsal olabilir. Örneğin bir anonim şirketin ticari sırları gibi. Bu nedenle bunlar bu suçun ve hatta devamı maddelerde yer alan suçların konusunu oluşturmaz.²⁶³

Suçun konusu oluşturması bakımından genel olarak kişisel verilerin özel olarak ise kişisel sağlık verilerinin fail tarafından mutlaka mesleği ile bağlantılı olarak edinilmiş olması gerekmemektedir.²⁶⁴ Yani kişisel verilerin tamamen tesadüfen öğrenilmiş olması halinde dahi tipik hareket gerçekleştirilirse suç oluşacaktır.

Kişisel verinin ne olduğu ya da bundan ne anlaşılması gerektiği konusunda suç tipinde bir açıklık bulunmamaktadır. Bu yönüyle düzenlememin kanunilik ilkesinin bir gereği olarak açıklık ve belirlilik ilkelerine uygunluğu tartışmalıdır.²⁶⁵ Ancak suçun kapsamına gerçek kişinin tanımlanması için kullanılabilecek her türlü bilgi girmektedir. Aslında bu nedenle suçun konusu oldukça geniş bir alanı kapsamaktadır ve kişiyi diğer kişilerden ayıran tüm özellikler bu kapsamdadır.²⁶⁶ Ancak çalışmamız kapsamında kişisel verilerin ne anlama geldiklerini ve neleri kapsadıkları yukarıda açıklanmıştı. Bu nedenle konuya ilişkin tartışmalara bu kısımda tekrar yer verilmeyecektir. Ancak önem arz etmesi nedeniyle kişisel sağlık verilerinin bu suçun konusu olup olmadıklarına ve Yargıtay'ın bu anlamda kabulüne değinilecektir.

TCK m. 135/2 bakımından, kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırkı kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, “*sağlık durumlarına*” veya sendikal bağlantılarına ilişkin kişisel verilere yönelik eylemler cezayı ağırlaştıran nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.²⁶⁷ Yani ikinci fıkradaki nitelikli halde suçun konusu bu nitelikteki verilerdir. Bu düzenleme çalışmamız açısından özel bir önem taşımaktadır. Çünkü çalışmamız kişisel sağlık verilerine hasredildiğinden kişisel sağlık verilerine yönelik eylemlerin ayrıca açıklanması önem taşımaktadır. Sağlık kişisel verilerine yönelen eylemlerin suçun temel şeklini oluşturan genel kişisel verilere göre daha ağır şekilde cezalandırılması gereklidir. Bu sebeple Kanun'un m. 135/2 hükmünde ortaya koyduğu yaklaşım, kişisel sağlık verileri ile ilgili genel kabul

²⁶³ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 557.

²⁶⁴ Sevik, *Tıp Ceza*, 795.

²⁶⁵ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 556.

²⁶⁶ Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2744.

²⁶⁷ Aynı yönde Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2087; Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 122.

de uyumludur. Zira kişisel sağlık verileri haksız işlenmeleri halinde diğer veri türlerine göre kişilerin daha ağır zararlar ile karşı karşıya kalmalarına neden olabileceklerinden ulusal ve uluslararası düzenlemelerde özel nitelikli veri kategorilerinden sayılmış ve özel olarak korunmalarına dair düzenlemeler yapılması gerektiği kabul edilmiştir.²⁶⁸ Mevcut düzenlemede de kişisel sağlık verilerinin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi, ikinci fıkradaki cezayı ağırlaştıran nitelikli hali oluşturacaktır.

Maddenin ikinci fıkrasında yapılan değişiklikten önceki halinde bu nitelikteki kişisel verilere ilişkin olarak işlenen suçlarda yaptırım olarak birinci fıkradaki cezanın uygulanması öngörülmüştü. Bu nedenle söz konusu hassas verilerin kaydedilmesi ile diğer kişisel verilerin kaydedilmesi eylemleri için aynı cezanın öngörülmüş olması yerinde görülmemekte, bu tür verilerin bireyler açısından taşıdıkları önem ve verilecekleri zarar nedeniyle daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmeleri gerektiği²⁶⁹ yönündeki eleştirilere konu olmaktaydı. Bu kapsamda maddede yapılan değişiklik isabetli olmuş ve bu yöndeki haklı eleştirilerin son bulmasını sağlamıştır.

Kişisel verinin ve kişisel sağlık verisi kavramlarının neleri ifade ettiği konusuna çalışmamızın üst kısımlarında ayrıntılı bir şekilde değinilmişti. İlgili başlıkta açıklandığı üzere kişisel sağlık verileri belirli ya da belirlenebilir bir gerçek bir kişi hakkında ayırt edici bir nitelik taşıyan ve kişinin sağlık durumuna ilişkin hususları içeren bilgilerdir. Bu özellikleri taşıyor olmaları nedeniyle sağlık kurumlarının tuttuğu neredeyse tüm kayıtlar kişisel sağlık verilerini içerir. Genel ve daha somut olarak bakıldığında hastanın adı, soyadı, baba adı, doğum tarihi, açık adresi ve varsa sosyal güvenlik durumu bilgisi²⁷⁰, yaş, cinsiyet, iş, eğitim gibi kimliği ilişkin bilgiler²⁷¹, hastanın hekime ilk müracatı üzerine tutulmaya başlayan hastanın mevcut yakınması, öyküsünü, şikâyetlerini, semptomları, hastanın ilişkili özgeçmişini, soy geçmişini, vücut sistemlerinin tek tek muayene bulgularını içeren anamnez kayıtları, rıza ve aydınlatma formlarındaki bilgiler, hastanın sağlık kuruluşunda izlendiği sürecin kayda alındığı formlardaki bilgiler, hastalığın türünün, hangi aşamada olduğu ile uygulanan tedaviyi gösteren kayıtların tutulduğu hekim orderlarındaki bilgiler, laboratuvar kayıtları ve

²⁶⁸ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 137.

²⁶⁹ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 138.

²⁷⁰ Somer, *Tıbbi Kayıtlar*, 538.

²⁷¹ Karaarslan, Ergin, Turğut vd., *Elektronik Sağlık*, 2.

raporlarındaki bilgiler, konsültasyon raporlarındaki bilgiler, epikrizlerdeki bilgilerin²⁷² tamamı kişisel sağlık verileridir.

Bütün kişisel sağlık verilerinin TCK m. 135 hükmünün konusunu oluşturup oluşturmadığı ile kişisel sağlık verisi niteliğini taşımayan ancak görevlerinin ifası esnasında sağlık çalışanlarınca öğrenilen ve hastanın başkalarınınca öğrenilmesini istemeyeceği diğer veriler bu kapsamda gizli kalması gereken veriler olarak kabul edilip edilemeyeceği hususunun ayrıca ele alınması gerekmektedir.

İlk olarak belirtmek gerekir ki; kişisel verilerin açıklanması ile korunan hukuki değer aynı zamanda kişinin özel hayatının gizliliğinin korunması olduğundan, kişisel sağlık verileri yönüyle bakıldığında hastanın özel yaşamı ve gizli alanına giren bilgiler bu anlamda kişisel veri kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle -hastanın- aile, iş, sosyal ve ekonomik durumuna ilişkin bütün veriler de kişisel veri olarak değerlendirilecektir. Ayrıca hastanın sağlık harcamaları da kişisel veridir.

Hekim veya diğer sağlık görevlisi kişilerin, meslekleri sebebiyle hastanın sağlık durumuna ilişkin edindikleri bilgileri ile hastanın kendilerine aktardığı başkalarının bilinmesini istemediği diğer bilgiler, hastanın sağlık kurumuna verdiği herkesçe bilinemeyecek bilgiler bu anlamda kişisel veri olarak kabul edilmelidir.²⁷³ Bu sebeple hastanın sadece sağlık durumuna ilişkin verilen bilgiler değil o anki sağlık durumuyla ilgili olduğu değerlendirilerek sağlık çalışanlarına verilen bu bilgiler kişisel veri olarak kabul edilmeli ve korunmalıdır. Örneğin bir hastaneye parmaklarından geçirdiği bir kaza nedeniyle başvuran çok ünlü bir iş adamının boş kaldığı zamanlarda özel bir koroda piyanistlik yaptığına dair bilgi sağlık çalışanları tarafından öğrenilebilir. Bu kişinin boş zamanlarında piyanistlik yapması bilgisi kişisel sağlık verisi değildir. Ancak parmaklarındaki rahatsızlığın ileride piyano çalmasını engelleyebileceğinden korkan bu kişi bu hususu sağlık çalışanlarıyla paylaşmak zorunda kalmış olabilir. Kişinin bu şekilde bir faaliyet gösterdiği bilgisinin kamuoyunda paylaşılması iş adamının ticari ilişkilerini ciddi anlamda zedeleyebilir. Özellikle de uluslararası ticarete bu tip durumlar önem arz edebilir. Çünkü ticarete aynen tıp ilişkisi gibi güven temellidir. Bu nedenle her ne kadar bu bilgi kişisel sağlık verisi olmasa da sağlık çalışanları tarafından

²⁷² Somer, *Tıbbi Kayıtlar*, 538.

²⁷³ Sevük, *Tıp Ceza*, 797.

ve kişi ile ilgili bir tıbbi mşdahale esnasında (tıbbi mşdahaleyle bağlantılı bir şekilde) řęrenilmiřtir. Bu anlamda bu verinin de kişisel sağlık verileri ile doğrudan bağlantısı nedeniyle aynen kişisel sağlık verisi olarak kabulş ve bu şekilde korunması gerektiğinde kanaatimizce hiçbir şşphe bulunmamaktadır.

Suçun konusu oluşturacak kişisel verilerin kapsamının belirlenmesi konusunda ise değişik tartişmalar yapılmıştır. Tartışmalar ęoęunlukla kişisel verilerin geniş yorumlanması gerekip gerekmediği hususlarında yoğunlaşmaktadır. Bu yaklaşımlardan ilki, suçun konusunu oluşturan kişisel verilerin geniş yorumlanmasına karşı ęıkmaktadır. Bu gşrşş açısından bakıldığında TCK'de dşzenlenen kişisel verilerin kaydedilmesi ve ihlali suçlarının gerekęesindeki yaklaşım nedeniyle kişisel veri teriminin kapsamını daraltmak gerekmektedir. Buna gşe kişiye ait her tşrlş bilgi veri olmamalıdır. Yani veri öznesinin başkalarının duymasını, bilmesini istemediği, dış gşrşnşşşnden anlaşılmayan bilgiler bu anlamda suçun konusunu oluşturan kişisel veri olarak kabul edilmeli ve korunmalıdır.²⁷⁴ Yine suçun konuluş amacı gşzetilerek kişiye ilişkin her tşrlş verinin değil ancak kişinin başkalarının duymasını, őęrenmesini istemeyeceği bilgilerin bu kapsamda değerlendirilmesi ve bu kavramın sınırlandırılmasını gerektiği, TCK'de esasen verilerin gizli olmasının aranmadığı, verinin kişisel olmasının yeterli gřrřldřęi ancak herkes tarafından bilinen veya kolaylıkla bilinmesi mşmkşn olan verilerin bu kapsamda kabul etmenin maddenin kapsamını oldukęa genişleteceği belirtilmiştir.²⁷⁵ Bu nedenle hastanın belli ve sınırlı kişilere bu veriyi bildirmesi durumunda TCK anlamında kişisel veri olarak kabul edilebileceęi²⁷⁶, kişinin gizli tutma noktasında bir beklentisinin olmadığı alenileşmiş verilerin bu alana girmeyeceği ve kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun konusunu oluşturmayacağı dşşşnşlmşştir.²⁷⁷ Yani hastanın herkese anlattığı ya da doğası itibariyle herkesin őęrenmesine açık olan (felęli olma gibi) bilgiler bu anlamda kişisel veri olarak değerlendirilmemelidir.²⁷⁸ O halde bizzat veri sahibi tarafından alenileştirilmiş ya da mahiyeti gereği aleni olan veriler bu anlamda suçun konusunu oluşturan kişisel veri olarak kabul edilmemelidir. ęřnkř bunların korunmasını gerektiren bir hukuki yarar (mahremiyet beklentisi) bulunmamaktadır.

²⁷⁴ Dşlger, *Kişisel Verilerin*, 125; İtişgen, *Tşrk Ceza*, 184.

²⁷⁵ Dşlger, *Kişisel Verilerin*, 125.

²⁷⁶ özalp ve özalp, *Hekimin Cezai*, 140.

²⁷⁷ Sedat Erdem Aydın, *AİHM İçtihatları*, 121.

²⁷⁸ Sevşk, *Tıp Ceza*, 796; Hakeri, *Tıp Hukuku*, 893.

Bu düşünceye göre sadece hastanın özel yaşam ve gizli alanına ilişkin veriler²⁷⁹ suçun konusunu oluşturabilecektir. Bu yönüyle kişisel sağlık verileri genellikle karşımıza bir sır olarak çıkmaktadır.²⁸⁰ Bu kapsamda herkese açık olan verilerin korunmasında bir yarar olmayacağına göre artık sağlık çalışanlarının sır saklama yükümlülüğünün veri saklama yükümlülüğüne dönüşmüş olduğu²⁸¹, yani eskiden beri tartışılabilen sağlık çalışanlarının sır saklama yükümlülüğünün artık kişisel sağlık verilerinin korunması yükümlülüğü şeklini aldığı, esasında kişisel sağlık verileri kavramının meslek sırrı kavramından geniş olduğu ancak onu her yönleriyle kapsamına aldığı, bu açıdan sağlık çalışanlarının görevleri gereği öğrendiği fakat gizli kalması gereken sağlıkla ilgili bilgilerin açıklanmasının bu anlamda konusunu oluşturacağı, herkes tarafından bilinen ve kolaylıkla bilinmesi mümkün olabilecek verileri söz konusu suç kapsamında değerlendirmenin maddenin kapsamını dayanılmaz ölçüde genişletmek²⁸² sonucunu doğuracağı²⁸³ öne sürülmüştür. Ancak TCK'de düzenlenen kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından suçun konusunun mutlaka bir sır niteliği taşıması zorunluluğu bulunmamaktadır.²⁸⁴ Bu nedenle suçun konusu sır kapsamındaki kişisel verileri de kapsamına almakla birlikte ondan çok daha geniş olmalıdır. Aksinin kabulü, yasa koyucunun iradesine aykırılık taşıyacaktı. İşte tam da bu noktada konuya daha geniş yönüyle bakan oldukça geniş bir kabul de gören diğer görüş ortaya çıkmaktadır.

İkinci görüşe göre, kişisel verilerin herkesçe bilinen veya fazla bir çaba göstermeksizin erişilebilen bilgileri kapsam dışı bırakacak bir şekilde daraltıcı yorumla içeriğini sınırlamak yerinde olmaz.²⁸⁵ Zira maddede geçen sağlıkla ilgili kişisel bilgi kavramı, sır kavramından daha geniş yorumlanmaya müsaittir.²⁸⁶ Yine kişisel verilerin korunmasındaki esas amaç özel yaşamın gizliliğinin hukuki güvence altına alınmasıdır.²⁸⁷ Bu nedenle kişisel veri kavramının sınırlandırılmasına gerek yoktur. Bu düşüncedeki yazarlara göre bu sınırlandırmanın kime ve neye göre yapılacağı belli

²⁷⁹ İstek, *Hasta Mahremiyeti*, 186.

²⁸⁰ Sedat Erdem Aydın, *AIHM İctihatları*, 119.

²⁸¹ Tabir için bkz. Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 11.

²⁸² Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 17.

²⁸³ Çakmut, *Hekimin Cezai*, 285.

²⁸⁴ Sedat Erdem Aydın, *AIHM İctihatları*, 119.

²⁸⁵ Sedat Erdem Aydın, *AIHM İctihatları*, 121.

²⁸⁶ Özdemir, *Hadım Etme*, 200.

²⁸⁷ Sedat Erdem Aydın, *AIHM İctihatları*, 121.

değildir, böyle bir sınırlama suçta ve cezada kanunilik ilkesinin zorunlu sonucu olan belirlilik ilkesine aykırılık oluşturabilir. Öte yandan mağdurun rızası zaten bir hukuka uygunluk nedeni olduğu için, mağdurun saklanması ve bilinmesinde yarar görmediği bir verinin kaydedilmesi veya verilmesi konusundaki rızası, eylemi suç olmaktan çıkaracaktır.²⁸⁸

Bu iki görüşü bir şekilde birleştirmeye çalışan (üçüncü) görüşe göre ise kaydedilmek suretiyle işleme konusu yapılan kişisel veriler bakımından mağdurun, yani verinin ilişkilendirilebildiği kişinin, işlenmesinden rahatsız olacağı nitelikte bir kişisel veri olması bu suçun oluşması için yeterlidir. Suçun oluşması için ayrıca bu verinin gizli ya da aleniyete kavuşmamış olması gibi bir niteliğe sahip olması aranmamalıdır.²⁸⁹ Bu kapsamda örneğin tıp hukuku bakımından, hastaya ait olup hekim ve diğer sağlık personeline aktarılan veya herhangi bir şekilde başkaları tarafından öğrenilmesi istenilmeyen, öğrenildiğinde ilgisine zarar verebilecek nitelikteki bilgilerin kişisel veri olarak kabul edilmesi gerekir. Ayrıca sadece sağlık personeline aktarılan kişisel verilerin değil kişinin bir hekimi, hastaneyi vs. ziyaret etmesinden kaynaklanan kayıtların da bu kapsamda kabul edilmesi gerekir. Bunun kapsamı her somut olayda, verinin niteliği ve ilgisinin verinin korunmasına ilişkin iradesini yansıtan hareketlerine göre belirlenmelidir. Dolayısıyla soyut genel bir sınırlama değil her olayın özelliğine göre bir yorum ve gerekirse somut sınırlama yapılmalıdır.²⁹⁰

Yargıtay'ın bu konuda kafası karışık gibi görünmekte olup bu nedenle konuya ilişkin yaklaşımını ölçütlere bakarak belirlemek amaca daha uygun olacaktır. Zira kararlarından her üç görüşe de yaklaşan kabulleri bulunmaktadır. Buna göre herkesçe bilinen ve/veya kolaylıkla ulaşılması veya bilinmesi mümkün olan verilerin suçun konusunu oluşturup oluşturmayacağı konusunda Yargıtay ilgili ceza dairesi üçüncü yani karma görüşe yakın görünmektedir. Çünkü konuya ilişkin olarak Yargıtay yakın tarihli bir kararında *“herkes tarafından bilinen ve/veya kolaylıkla ulaşılması ve bilinmesi mümkün olan kişisel bilgiler de yasal anlamda “kişisel veri” olarak kabul edilmektedir. Ancak, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunun uygulama alanının amaçlanandan fazla genişletilerek, uygulamada belirsizlik ve hemen her*

²⁸⁸ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 126.

²⁸⁹ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 121-122.

²⁹⁰ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 126.

eylemin suç oluşturması gibi olumsuz sonuçların doğmaması için, somut olayın özellikleri dikkate alınarak titizlikle değerlendirme yapılması, olayda herhangi bir hukuk dalı tarafından kabul edilebilecek bir hukuka uygunluk nedeni veya bu kapsamda nazara alınabilecek bir hususun bulunup bulunmadığının saptanması ve sanığın eylemiyle hukuka aykırı hareket ettiğini bildiği ya da bilebilecek durumda olduğunun da tespit edilmesi gerekir²⁹¹ ” tespitinde bulunulmuştur.

Yargıtay’ın zikrolunan kararına göre suçun konusunu oluşturan kişisel verilerin hemen her davranışı suç haline getirecek kadar geniş yorumlanmaması gerekmele birlikte, bir verinin kolay ulaşılabilir olması veya herkesçe biliniyor olması bu anlamda veriyi suçun konusu olmaktan çıkarmaması gerekmektedir. Yani Yargıtay suçun konusunun aşırı geniş kabulüne de amacı aşacak kadar daraltılmasına da karşıdır. Yine bu karar kapsamında Yargıtay’a göre bu sınırların çizilmesinde hukuka uygunluk nedenlerinin bulunup bulunmaması kriter olarak alınmalıdır.

Kanaatimizce hukuka uygunluk nedeni suçun konusunun tespitinde bir ölçüt olamaz. Hukuka uygunluk nedeni tamamen farklı bir amaca hizmet eden ve sanığın fiilini tüm hukuk sistemine uygun kılan bir hukuki kurumdur. Bir olayda hukuka uygunluk nedeni varsa zaten verinin suçun konusunu oluşturup oluşturmadığını araştırmaya gerek yoktur. Çünkü verinin niteliği ne olursa olsun zaten eylem suç teşkil etmeyecektir.

İncelenen kararda suçun konusunu oluşturan veri, kişinin telefon numarası olup olayda kişinin izni ve rızası olmaksızın üçüncü kişilere aktarılmaktadır. Tartışılan veri, kişisel bir sağlık verisi niteliği taşımasa da karar kişisel sağlık verilerine de rahatlıkla uygulanabilecek önemli tespitler içermektedir. Buna göre bir kişisel sağlık verisi kolaylıkla ulaşılabilecek nitelikte bile olsa ya da herkesçe biliniyor olsa bile ilgili kişinin izni, onayı olmaksızın bir başka kişiye aktarılıyor ya da kayda alınıyorsa suçun konusunu oluşturacaktır. Bu anlamda bu kararın önemli bir ilerleme olduğu söylenebilir. Örneğin mahallede karın bölgesinde son zamanlarda bir büyüme görülen bir kadına ilişkin olarak hastanede yapılan tespitlerin neticesi gereği hamile olduğu ortaya çıksa dahi bu veri kişisel sağlık verisi niteliği taşıyacak ve yetkisiz kişilerce bu yönde bir kayıt işlemi yapılamayacaktır. Yine tamamen çevrede yaşayan kişilerin yorumu ile bu

²⁹¹ Y. 12. CD, K. 2019/9054.

sonuca ulaşılmış olsa bile bu bilgi kesinlikle kayda alınmayacaktır. Bu nedenle kişinin hamile olduğunun herkesçe görülebilir olduğu gerekçesi, yapılan kaydetme işlemini bu anlamda hukuka uygun kılmayacak ve kayıt suçun hukuki konusunu oluşturacaktır. İşte bu nedenle birinci görüşe katılmamaktayız.

Yargıtay'ın Ceza Genel Kurulu ise suçun konusunu oluşturan kişisel verilerin “sır kapsamındaki verilere” ilişkin kabulü ile ikinci görüşe daha yakın gözükmektedir. Zira kapsamı geniş olarak algılasa da sınırları belirlemekte güçlükler yaşamaktadır. Buna göre Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2014 yılında verdiği başka bir kararında suçun konusu oluşturan kişisel verilerle ilgili olarak: “Suç tanımında kişisel verilerin bilgisayar ortamında veya kâğıt üzerinde kayda alınması arasında bir ayırım gözetilmemiştir. TCK'nin 136. maddesinde tıpkı 135. maddesinde olduğu gibi korunan hukuki değer genel olarak kişilerin özel hayatı ve hayatın gizli alanı, özelde ise kişisel verilerdir. Bu düzenlemeler ile tüm kişisel veriler koruma altına alındığından kişisel verilerin mutlaka gizli olması zorunlu değildir. Gizli olmayan ve herkes tarafından bilinen kişisel veriler de hukuka aykırı eylemlere karşı korunmalıdır. Zira kişisel verilerin korunmasına ilişkin suçlarda korunan hukuki değer “sır” olmayıp, verinin ilgilisi olan kişinin kişilik haklarıdır.”²⁹²” diyerek suçun konusunun sadece sır niteliğindeki bilgiler olmadığını daha geniş bir alanı ifade ettiğini kabul etmiştir. Yine Yargıtay 12. Ceza Dairesi (CD) yakın tarihli başka bir kararında “TCK'nin 135 ve 136. Maddelerindeki kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemelerde sadece sır niteliğinde kişisel verilerin korunacağına ilişkin bir hükmün bulunmaması ve aksine 135. Maddenin gerekçesinde gerçek kişiyle ilgili her türlü bilginin kişisel veri olarak kabul edilmesi gerektiğinin belirtilmesi karşısında, her türlü kişisel verinin hukuka aykırı olarak başkasına verilmesi, yayılması ve ele geçirilmesi fiilleri TCK'nin 136. Maddesindeki verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu oluşturur.”²⁹³” denilerek aynı yönde bir kabul ortaya konulmuştur. Bu kabul her türlü veriyi kapsamın aldığı için ikinci görüşe yaklaşıyor. Zaten bu nedenle konuya ilişkin olarak Yargıtay'ın kafasının karışık olduğunu düşünüyoruz. Yine söz konusu kararlara göre suçun konusunu oluşturan kişisel veriler sadece sır niteliğindeki kişisel veriler olmayıp daha geniş bir kapsamı bünyesinde taşımaktadır. Ancak Yargıtay'ın geniş yorumladığı bu

²⁹² YCGK., K. 2014/331.

²⁹³ Y. 12. CD., 18.09.2019, E. 2018/8360, K. 2019/9056, www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2018-8360.htm&kw=`136.+maddedeki`#fm, E. T. 28.04.2020.

kavramın suçun konusunu oluşturması anlamında sınırlarını belirlemekte güçlükler yaşanmaya devam etmektedir. Bu kapsamda öncelikle kişisel veri kavramının çok geniş yorumlanmasına karşı çıkmaktadır. Zira Yargıtay Ceza Genel Kurulu yukarıda zikredilen kararında “*kavramın gereğinden daha geniş anlaşılması, dolayısıyla korumanın imkânsız hale gelmesi riskini doğurur. ayrıca, kavramın sınırlarının çok geniş kabul edilmesi, bir noktadan sonra bu sınırların belirsizleşmesine ve kavramın anlamını yitirmesine yol açar ki bu durumda kişiler önceden sahip oldukları güvenceden bile yoksun kalırlar... herkes tarafından bilinen veya kolaylıkla bilinmesi mümkün verileri bu kapsamda kabul etmek, maddenin kapsamının dayanılmaz ölçüde genişletmek anlamına geleceğinden 'kişisel veri' kavramını bu anlamda dar yorumlamakta zorunluluk vardır... kişisel verilerin ceza hukuku anlamında suç konusu olabilmeleri, hassas kişisel bilgiler (veriler) hariç, şu şekilde bir sınırlamaya tabi tutarak suçta ve cezada kanunilik ve belirlilik ilkesine uymayan hükmü kısmen adaletli bir uygulamaya sokabiliriz. O da suç düzenlemelerinin yer aldığı bölüm başlığından hareketle özel hayata ve hayatın gizli alanına ait olup, kişinin başkaları ile paylaşmadığı ve alenileştirmedeğ i kişisel bilgiler olarak anlamak gerekir... buna göre kişilerle ilgilin bilginin; ilgili kişi tarafından alenileştirilmemiş, üçüncü kişilerle paylaşılmamış, bilinmesinin kişinin yaşam şekline, ekonomik ve finansal ve bilişim alanına zarar verme ihtimali bulunan bilgiler olması halinde kişisel verilerle ilgili suçların konusunu oluşturmalı, bunun dışında kalan kişilerle ilgili diğ er bilgiler ise ancak kullanılış amacına göre hakaret, dolandırıcılık gibi suçların konusu olmalı ve hukuki ve idari yollarla korunmalıdır.*²⁹⁴ ” denilmiştir. Buna göre Yargıtay, suçun konusu olan kişisel verilerin sır niteliğ i taşıyan verilerden daha geniş olduğ unu kabul etmekle birlikte, kapsama girecek verilerin belirlenmesini kişilere zarar verme ihtimali bulunmasına ve alenileştirilmemiş olmasına bağ lamaktadır. Bu yönüyle kriter olarak aldığı zarar verme olasılığ ı, yasada açıkça yazmayan ancak tipikliğ in belirlenmesi ile ilgili olarak yasanın gerekçesinde belirtilmiş olan yasa koyucunun iradesine uygun gözük mektedir. Bu yaklaşım esasında zarar verme olasılığ ını iç ermesi nedeniyle isabetli bir yaklaşımdır ancak kararda belirtilen alenileştirilmemiş olması hususu tartışmaya açıktır. Bu yönüyle bu kez Yargıtay birinci görüşe yaklaşmış olmakta ve bu nedenle de bu görüşe yöneltilmiş olan eleştirilere maruz kalmaktadır. Bu anlamda kişi tamamen

²⁹⁴ YCGK., K. 2014/331.

başka mülahazalarla ve kendisinde bir zarar oluşturmayacağına inanarak bir veriyi üçüncü kişilerle paylaşmış ancak bu paylaşım dolayısıyla kendisinde ağır zararların doğmasına neden olacak şekilde tipikliği oluşturan fiiller gerçekleştirilmiş ise, üzerinde oluşan ağır zarara rağmen bu kabule göre faillerin hiçbir şekilde cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Bir toplumda yaşayan kişiler, davranışlarını gerçekleştirirken bu fiilleri nedeniyle kişiler üzerinden ağır zararlar doğurup doğurmayacaklarını düşünmek zorundadırlar. Bu nedenle kanaatimizce burada verinin niteliği ve kapsamı gereği zarar verici bir vasfının bulunup bulunmadığı, daha önce paylaşılmış olup olmamasına bakılmaksızın suçun konusunu oluşabilecek verilerin tespiti anlamında bir ölçüt olarak kabul edilmelidir. Bu nedenle somut olaydaki kullanım şekline göre bizzat verinin niteliğine bakan üçüncü görüşe daha yakın durmaktayız. Somut olayda verinin kullanım şeklinin zarar doğurma potansiyeline sahip olup olmamasına göre bir belirleme yapılmalıdır. Mutlak surette değil ancak potansiyel olarak buna sahip olması yeterli görülmelidir. Somut olarak zarar doğurmuş olması, ayrıca nitelikli hal kapsamında değerlendirilmelidir. Bu yaklaşım yasa koyucunun madde gerekçesinde belirtilen iradesine daha uygun bir yaklaşım tarzı olacaktır.

Yargıtay'ın geniş yorumladığı bu kavramın suçun konusunu oluşturması anlamında sınırlarını belirlemekte güçlükler yaşadığını belirtmiştik. Bu yönüyle bakıldığından bazı kararlarında hatalı ölçütler kabul etmeye çalışsa da pek çok kararında somut hiçbir bir ölçüt ortaya koyamamaktadır. Bu yönüyle bakılabilecek bir kararda 12. CD'si *"kişisel veri" kavramından...kişinin kimliğini belirleyen veya belirlenebilir kılan, kişiyi toplumda yer alan diğer bireylerden ayıran ve onun niteliklerini ortaya koymaya elverişli, gerçek kişiye ait her türlü bilginin anlaşılması gerekir. Herkes tarafından bilinen ve/veya kolaylıkla ulaşılması ve bilinmesi mümkün olan kişisel bilgiler de, yasal anlamda "kişisel veri" olarak kabul edilmekte ise de; anılan maddenin uygulama alanının amaçlanandan fazla genişletilerek, uygulamada belirsizlik ve hemen her eylemin suç oluşturması gibi olumsuz sonuçların doğmaması için, maddenin uygulamasında, somut olayın özellikleri dikkate alınarak titizlikle değerlendirme yapılması...*²⁹⁵ " gerektiğini belirtmektedir. Buna göre Yargıtay suçun konusunu oluşturacak kişisel verilerin tespitinde kesin ve net sınırlar çizilmesinin zorluklar

²⁹⁵ Y. 12. CD., 08.09.2014, E. 2014/1553, K. 2014/17260, www.kazanci.com/kho2/ibb/f/iles/dsp.php?fn=12cd-2014-1553.htm&kw=`meslek``sanat``kolaylık`#fm, E. T. 19.03.2020.

taşıdığını ve bu nedenle somut olaya göre bir değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmekte ancak hangi somut kritere göre bunun yapılması gerektiğini belirtmemektedir. Bu kabulü ile de Yargıtay üçüncü (karma) görüşe yaklaşmakta ancak somut kriter koyamamaktadır. Yani Daire'ye göre suçun konusunu oluşturma anlamında verinin alenileştirilmiş olup olmaması başlı başına bir ölçüt niteliği taşımamaktadır. Ancak Daire kararında bu anlamda belirleme yapılabilmesine hizmet edecek hiçbir somut ölçüte işaret edilmemiştir. Bu nedenle Yargıtay'ın uygulaması isabetli değildir.

Somut bir ölçüt belirleyememiş olması bizzat Yargıtay'ın hatalı değerlendirmeler yapmasına neden olmaktadır. Hatta bunlardan bazıları büyük hatalı yaklaşımları bünyesine alabilmektedir. Bu yönden bakıldığında örneğin 2014 yılında verdiği bir kararında *“bir banka görevlisi hakkında banka müfettişlerince yürütülen bir soruşturmada, sanık doktorlardan, hakkında soruşturma yürütülen banka görevlisinin sanıklara ait klinikten aldığı hizmetlerin (epilasyon, cilt bakımı, lazer vb.) dökümünün alındığı, soruşturma sonucunda klinikten alınan bir kısım hizmetler için ücret ödenmediği, karşılıksız menfaat sağlandığının tespiti üzerine banka yönetimince katılanın işine son verildiği olayda; mağdurun klinikten aldığı hizmetlerin dökümünün yasal anlamda kişisel veri kapsamında kabul edilemeyeceği”*²⁹⁶ gibi çok önemli bir hata içeren bir sonuca varılmıştır. Bu gerekçeye ulaşmasında maddenin uygulama alanının amaçlanandan fazla genişletilerek uygulamada belirsizlik ve hemen her eylemin suç oluşturmaları gibi olumsuz sonuçların doğmaması için daraltıcı değerlendirme yapılması yaklaşımı etkili olmuştur. Ancak karardaki çıkarım kesinlikle hatalıdır. Çünkü bir kişinin bir sağlık kliniğinden aldığı hizmetlere ilişkin tüm bilgiler, tamamen ve saf haliyle kişisel sağlık verisi niteliği taşımaktadır. Kişisel sağlık verilerinin özel niteliği gereği ayrıca karara konu olan bir kişinin epilasyon yaptırap yaptırmadığı, yaptırmış ise hangi vücut bölgelerine ve kaç defa yaptırıldığı bilgisi, bu hizmetler için ücret ödenip ödenmediği, ödenmiş ise nekadarklık bir ödeme yapıldığı bilgilerinin tamamı kişinin sağlık durumuna işaret edici bir nitelik taşıdıkları için kişisel sağlık verisi niteliğindedirler ve yetkisiz kişilerin eline geçmesi halinde mağduru üzerinde çok ciddi zararlar doğurma potansiyeli taşırlar. Neticeten Yargıtay yaptığı hatalı bir değerlendirme sonucu, çok açık bir şekilde kişisel sağlık verisi olan ve bu nedenle kesinlikle inceleme konumuz suçun konusunu oluşturmaları gereken bir veriyi, suçun

²⁹⁶ Y. 12. CD., K. 2014/17260.

konusu kapsamında kabul etmemiştir. Kararın geneli bir bütün halinde incelendiğinde esasında bu şekilde görevli kişiler tarafından ve görevleri kapsamında istenilen bilgilerin bu görevlilerle paylaşılması halinde suçun oluşmayacağı vurgulanmak istenmekte ise de hukuka uygunluk nedeninden çıkılarak hatalı bir şekilde suçun konusunun kapsamına girmediği sonucuna varılmaktadır. Yani yine hukuka uygunluk nedeni ile suçun konusunun sınırları çizilmeye çalışılmaktadır.

Suçun hukuki konusuna ilişkin olarak ayrıca yalnız gerçek kişiler hakkındaki değil, tüzel kişiler hakkındaki kişisel verilerin de bu suçun konusunu teşkil edebileceği düşünülmüştür.²⁹⁷ Ancak biz görüşe katılmamakta ve veri öznesi olarak yalnızca gerçek kişilerin düşünülebileceğini, tüzel kişiler için ise sadece ticari sır kavramının benimsenebileceğini²⁹⁸ düşünmekteyiz. Çünkü kişisel verilerin tanımını yaptığımız kısımda da ayrıntılı bir şekilde üzerinde durulduğu üzere kişisel veriler gerçek kişilere ait verilerdir. Bu nedenle tüzel kişiler ile ilgili bilgiler 135. maddenin konusunu oluşturmazlar. Kaldı ki bu veriler bakımından yasa koyucu özel hayatın gizliliğinden çok toplumun korunması ile ekonomi, sanayi ve ticaret alanındaki güvenliği korunan hukuksal değer olarak kabul etmiş ve bu amaçla da TCK'nin 239. Maddesinde “*Topluma Karşı Suçlar*” kısmında “*Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar*” bölüm alt başlığı altında ayrıca düzenlenmiştir.²⁹⁹

Kişisel sağlık verilerinin suçun konusunu oluşturabilmesi açısından, bu bilgilerin bir bilişim sisteminde yer alan, kullanılan ve aktarılan dijital (sayısal) veri formunda olması şart değildir. Çünkü maddenin gerekçesinde “*verilerin sanal ortamda ya da somut kâğıt üzerinde kayda alınması açısından fark gözetilmediği*³⁰⁰” açıkça belirtilmiştir. Yani bu suç tiplerindeki veri kavramı dar anlamda “*bir bilişim sisteminde ya da veri taşıma aracında bulunan ve üzerinde işlem yapılan sayısal kod halinde bilgi*” değil, geniş anlamda her formda kayıt altına alınabilen her türlü bilgidir.³⁰¹

Kamuya mâl olmuş kişisel verilerin suçun konusunu oluşturup oluşturmayacağı ayrıca tartışılmış, 6689 sayılı Kanun'un 28/2 maddesinde belirtilen ve istisnai nitelik taşıyan hallerde alenileşmiş kişisel veri suçun konusunu oluşturmayacağı, ancak

²⁹⁷ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 130.

²⁹⁸ Aynı yönde Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 130; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 135.

²⁹⁹ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 135.

³⁰⁰ Türk Ceza Kanunu Madde Gerekçeleri, 220.

³⁰¹ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 125

alenilemiş de olsa istisna kapsamına girmeyen veya Kanun'un amacına ve temel ilkelerine uygun ve orantılı olmayan bir kişisel veri işlenmesi halinde (örneğin alenilemiş bir resmin arkadaş bulma ya da porno sitesinde kullanılması gibi), bu veri kişisel verilerin korunmasına ilişkin suçların konusunu oluşturmaya devam edeceği savunulmuştur.³⁰² Bu yaklaşım tarzı kanaatimizce haklıdır ve yukarıda Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararını eleştirirken belirttiğimiz görüşümüze de uygundur. Zira bu yaklaşım tarzına göre bir kişisel veri alenileştirilmiş olsa dahi veri öznesine zarar verebilecek bir tarzda kullanılırsa, örneğin kayda alınırsa yine suçun konusunu oluşturabilecektir.

2.2.1.3.1.4. Hareket

Ceza hukuku, insanların şeytanca düşüncelerini veya niyetlerini cezalandırmaz.³⁰³ Bu nedenle kanunlardaki suç tanımlarında mutlaka bir fiil tanımlanmaktadır.³⁰⁴ Yani dış âlemden bir değişiklik meydana getirmeye yönelik icrai veya ihmali bir hareket bulunmadıkça bir suçun varlığı ileri sürülmez.³⁰⁵ Öyleyse suç, her şeyden önce bir fiilden ibarettir.³⁰⁶ İşte tipikliğin maddi unsuru dediğimiz şey ortada bir fiilin bulunması şartından başka bir şey değildir.³⁰⁷ Hiçbir suç tanımı yoktur ki kapsamında bir insan fiiline yer vermiş olmasın.³⁰⁸ Bu yönüyle hareket suçun temel unsuru, adeta belkemiğidir. Hareket olmayan bir şeyin ceza hukuku açısından hiçbir önemi yoktur. Yani hareketsiz suç olmaz. İcrai veya ihmali bir hareketin mutlaka bulunması gerekir.³⁰⁹

Hukukta bir fiilden bahsedildiğinde ise söz konusu olan mutlaka bir insan davranışıdır. Yani hukukun devreye girebilmesi için ortada mutlaka insandan kaynaklanan bir davranışın var olması gerekir.³¹⁰ Bu nedenle hukukun konusunu herhangi bir doğal veya hayvansal fiil değil, kaynağını insandan alan bir fiil oluşturmaktadır.³¹¹ Hareket mutlaka dış dünya da tezahürü olan bir insan davranışıdır.

³⁰² Dülger, *Kişisel Verilerin*, 126.

³⁰³ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 148.

³⁰⁴ Özgenç, *Genel Hükümler*, 169.

³⁰⁵ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 148.

³⁰⁶ Toroslu, *Ceza Hukuku*, 46.

³⁰⁷ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 148.

³⁰⁸ Özgenç, *Genel Hükümler*, 169.

³⁰⁹ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 222; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 155.

³¹⁰ Özgenç, *Genel Hükümler*, 172.

³¹¹ Toroslu, *Ceza Hukuku*, 46.

Bu itibarla salt düşünce hiçbir zaman ceza hukukunun konusu olmaz ve sorumluluk sebebi teşkil etmez.³¹² Hareket, kişinin iradesiyle kaim olduğu belli bir neticeyi gerçekleştirmeye matuf ve harici dünya da cereyan eden bir davranışı³¹³ yani insan vücudunun bir faaliyetinden ibarettir. Yine hareket kural olarak belli bir hedefe yönelmiş bir insan fiilidir. Çünkü hareket etmek özünde bilinçli hedefler için faaliyette bulunmayı ifade eder.³¹⁴

Suç teorisinde önem taşıyan hareket ise bir suçun tarifinde yer olan ve esas itibariyle haksızlık teşkil eden fiil³¹⁵ olup kanunun suç saydığı neticeye sebep olmak şeklinde dış dünya da beliren insan bedeninin iradi bir davranışdır.³¹⁶ Bu yönüyle ceza hukukunda tipe uygun haksızlığın gerçekleşebilmesi için suçun kanuni tanımında belirtilen şekil ve tarzda insandan kaynaklanan hareket ya da hareketlerin yapılması gerekmektedir.³¹⁷

Hareketin kanuni tipteki tanımlanışına göre suçlar çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır. Buna göre suçlar tek hareketli suçlar, çok hareketli suçlar, serbest hareketli suçlar, bağlı hareketli suçlar, seçimlik hareketli (ya da seçenek hareketli) suçlar, mütemadi suçlar ve icrai-ihmalî suçlar olarak bir ayrıma tabi tutulmaktadır.³¹⁸ Yine hareketi esas alan bir başka sınıflandırmaya göre suçlar, bağlı hareketli suçlar ve serbest hareketli suçlar olarak ikiye ayrılmaktadır.³¹⁹ Bu ayrımlarla kastedilen suçların tanımlamalarını ayrı ayrı yapmak çalışmamızın kapsamını aşırı genişleteceği için harekete ilişkin genel açıklamalarımızı bu kadarlı sınırlı tutmanın uygun olacağını düşündük. Ancak incelediğimiz suç türleri açısından özel bir önem taşıyan durumlar olur ise sadece kısımla ilgili olarak ayrı bir izahata girilecektir.

TCK'nin 135. maddesi yle düzenlenen suçun hareket unsuru, "*hukuka aykırı olarak kaydetmek*" biçiminde gösterilmiştir. Bu nedenle suçun hareket unsurunu kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi oluşturmaktadır.³²⁰ Yani bu suç kişisel

³¹² Özgenç, *Genel Hükümler*, 172.

³¹³ Özgenç, *Genel Hükümler*, 169.

³¹⁴ Toroslu, *Ceza Hukuku*, 49.

³¹⁵ Özgenç, *Genel Hükümler*, 169.

³¹⁶ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 155; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 222.

³¹⁷ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 112.

³¹⁸ Özgenç, *Genel Hükümler*, 173; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 234-237; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 163; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 113.

³¹⁹ Toroslu, *Ceza Hukuku*, 51.

³²⁰ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 643; Malkoç, 5237 Sayılı, 912; Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2,

verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesini yasaklamakta, bunun aksine nitelik arz eden davranışları cezalandırmaktadır.³²¹ Yani suçun oluşması açısından önemli olan ise sadece bir kişisel verinin kaydedilmesidir, kaydetmenin hangi hareketle gerçekleştirileceğinin önemi yoktur dolayısıyla da suç, bir serbest hareketli suçtur.³²² Bu nedenle verilerin kaydını sağlayan herhangi yöntemle işlenebilir.³²³ Ancak aksini düşünen yazarlar da bulunmaktadır. Bu yazarlara göre hareketin şekli tipte ayrıca belirtilmiştir. Yani kişisel verilerin kaydedilmesi suçu bakımından kanun koyucu tarafından yapılan bir özelleştirme bulunmamakla birlikte, madde metninde sadece “*kaydetmek*” fiili ifade edilmektedir. Burada hukuki anlamda tek bir hareket bulunmaktadır ve kişisel verilerin kaydedilmesi fiilinin tek bir hareketle işlendiği kabul edilmelidir.³²⁴ Bu nedenle bu suç bağlı hareketli olup bu yönüyle aynı konuyu düzenleyen m. 136 ve 138’den ayrılmaktadır.³²⁵ Biz bu düşünceye katılmamaktayız. Zira hareketin yani kaydetmenin şekline dair bir kayıtlama kanun tarafından yapılmamıştır. Bu nedenle hangi yöntemle kaydın yapıldığının bir önemi bulunmamaktadır. Bu sebeple suç, tipik bir serbest hareketli suçtur.

Bu suç hareketin şekli bakımından ani bir suçtur; kaydedilmenin gerçekleşmesi ile tamamlanır. Bunun için belli bir süre geçmiş olması, kişisel verinin belli bir süre kayıtlı bulunması şart değildir. Bu nedenle suçun oluşabilmesi açısından zorunlu olarak kesintisiz bir suç niteliği de taşımaz.³²⁶ Ancak işleme şekline göre kesintisiz bir şekilde de işlenebilir. Kesintisiz bir şekilde işlendiğinde de esasında ilk kaydın yapıldığı anda suç işlenmiştir.

Uygulamada ve doktrinde suçun neticesi itibariyle mütemadi bir nitelik taşıyıp taşımadığı tartışılmış ve 135. maddede öngörülen kaydetme hareketinin belirli bir süre devam etmesi zorunluluğu aranmadığından ve kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesiyle suç oluşmuş olacağından, bu suçun normal koşullarda ani bir suç olduğu³²⁷, mütemadi bir suç olarak düzenlenmediğini³²⁸ savunulmuştur. Yargıtay da

2745; Bük, *Elektronik Ortamda*, 119; Akdağ, *Türk Ceza*, 93; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2088; Sedat Erdem Aydın, *AIHM İçtihatları*, 122.

³²¹ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 127.

³²² Akdağ, *Türk Ceza*, 95; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 139.

³²³ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 643.

³²⁴ Sedat Erdem Aydın, *AIHM İçtihatları*, 123.

³²⁵ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 558.

³²⁶ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 559; Sedat Erdem Aydın, *AIHM İçtihatları*, 124.

³²⁷ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 128.

böyle düşünülmektedir. Konuyu ilişkin olarak bir kararında “*silinen video görüntüsü 5 başlığı altındaki görüntüde bir kadının tuvalet kabini içerisinde görüntülerinin yer aldığı tespit edilmekle, sanığın eyleminin tamamlanmış olduğu gözetilmeksizin teşebbüs aşamasından kaldığı kabul edilerek eksik ceza tayini*³²⁹” bozma nedeni yapılmıştır. Yani çok kısa bir süre sonra silinmiş bile olsa bir an için kaydın yapılmış olması suçun tamamlanması için yeterli kabul edilmiştir. Yani belli bir süre kayıtlı olarak tutulması gerekmemektedir. Yani neticenin belli bir süre devamı zorunlu değildir.

Biz yukarıda da belirttiğimiz üzere işlenme şekline göre bu suçun da mütemadi bir suça zaman zaman dönüşebileceğini düşünmekteyiz. Yani bu suç işleniş şekline göre ani bir şekilde de mütemadi bir şekilde de işlenebilir. Örneğin bir belgenin fotoğrafını çekmek ani iken, bir hastanın tüm tedavi evraklarını kamera ile video kaydına almak mütemadi bir nitelik taşır. Belli bir sisteme yüklenen kişisel verilerin belli bir süre ile kayda alınmasına yönelik bir kasıtlı bir ay boyunca özel bir sisteme yüklenmekte olan verilerin hukuka aykırı şekilde başka bir kayıt ortamına aktarılmasının sağlanması durumunda suç mütemadi bir suç niteliği kazanmış olacaktır. Çünkü bu sistem normal koşullarda sürekli olarak veri kaydı yapılmakta olan bir sistemdir ve bu kayıtlı birlikte sürekli olarak yani kesintisiz olarak hukuka aykırı şekilde yedeklenmiş de olmaktadır. Bu anlamda verilerin aynı kişiye ya da birden fazla farklı kişiye ait olması bir önem taşımamaktadır. Bir kişiye ilişkin bir verinin kaydedilmesi bile en azından belli bir süre devam edebilir. Veri içeriği itibarıyla çok fazla miktarda bilgi içeriyorsa bu süreç ister istemez uzayacaktır. Özellikle elektronik aktarmak suretiyle değil yazma fiziksel olarak kaydetmek suretiyle fazla bilgi içeren verilerin kaydedilmesinde bu süreç daha çok uzayabilir. Elektronik ağlardan alınan verilerde elektronik ağın ve ana kayıt ortamının veri aktarma hızlarının farklılıkları nedeniyle bir kişiye ait verilerin aktarılması günlerce sürebilir. Netice itibarıyla inceleme konusu suçun kesintisiz suç şeklinde işlenmesi mümkündür. Dolayısıyla bu suçun tamamlanma anı ile sona erme anı farklı olabilir. Mütemadi suçlara ilişkin özellikler bu suçlar açısından geçerlilik kazanabilir.³³⁰

³²⁸ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 643.

³²⁹ Y. 12. CD., 16.05.2012, E. 2012/12221, K. 2012/12232, Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökcan ve A. Caner Yenidünya, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, 3.Cilt, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2014, 4626.

³³⁰ Aynı yönde Dülger, *Kişisel Verilerin*, 160-161.

Suçun oluşabilmesi için, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak bir şekilde kayda alınması gerekmektedir.³³¹ Sadece kaydedilmesi cezayı gerektiren bir eylemdir ve suçun oluşum için yeterlidir. Başkaca bir eyleme ayrıca gerek yoktur.³³² Bu yönüyle kişisel verilerin nereye ya da neyle kaydedilmiş olduğu önemsizdir. Ancak bazı yazarlar kişisel verilerin elektronik (cd gibi) ya da manyetik olarak (video kaset veya teyp kaseti gibi) veya doğrudan görülebilir olmayan bir ortamda kayda alınmış olması gerektiğini³³³ öne sürmektedir.

Kaydetmek kelimesi Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük'te “*yazmak, bazı önemli noktaları tespit etmek, herhangi bir şeyi bir yere mal etmek, bir şeyin tarih, numara veya adını bir deftere geçirmek, hatırlamak için yazmak, not etmek, belirtmek, söylemek, sesi veya resmi manyetik bant üzerine geçirmek, olumlu sonuç almak, sıcaklık, basınç gibi bir niceliğin değişkenliğini tespit etmek, bilişim elektronik veya sayısal araçlarda bilgiyi korumaya almak.*”³³⁴ gibi çok çeşitli anlamlara gelecek şekilde tanımlanmıştır.

Hukuk sözlüğünde ise kaydetmek, “*kayıt, yazım, kütüğe geçirim, sınır, şart, koşul*”³³⁵ olarak tanımlanmaktadır. Kaydedilmiş veri kayıtlı veridir. Kayıtlı kelimesi ise bir yere yazımlı, şerhli³³⁶ anlamlarında kullanılmaktadır. Yine kaydetmek, “*en basit anlamda, bir bilgisayar ortamına veya kâğıt üzerine kişisel verilerin yerleştirilmesi veya işlenmesi*” olarak³³⁷ da tanımlanmıştır. Başka bir yönden kaydetmek, “*kışisel veriyi tekrar kullanmak veya başkalarının gerektiğinde kullanabileceği şekilde hazır etmek*” demektir.³³⁸ Öyleyse kişisel verilerin kaydedilmesi fiilinden söz edilebilmesi için bu verilerin bir araç vasıtasıyla veya araç kullanmaksızın herhangi bir yere yazılması, saklanması, depolanması gerekmektedir. Böylelikle kişisel verilerin daha sonra gerekmesi halinde başkaları tarafından kullanılabilecek bir şekilde hazır bulundurulması sağlanacaktır.³³⁹ Kanaatimizce ayırt edici yönü buradadır. Yani kaydetmenin varlığından söz edebilmek için bilgilerin bir yere yazılması, ses veya görüntü araçlarına

³³¹ Ergün, *Siber Suçların*, 115.

³³² Er, *Sağlık Hukuku*, 381.

³³³ ÖzbeK, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 558.

³³⁴ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <https://sozluk.gov.tr/?kelime=kaydetmek> (09/12/2019).

³³⁵ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 456.

³³⁶ *Hukuk Sözlüğü*, İleri Kitapevi, 440.

³³⁷ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 124.

³³⁸ Gerçek, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2745.

³³⁹ Sedat Erdem Aydın, *AİHM İçtihatları*, 122.

ya da bilgisayar ortamına aktarılması ve böylece kullanılabilecek şekilde saklanması, korunması gerekmektedir.³⁴⁰ Verilerin kaydedilmesi halinde, bu kayıtların başkasına verilmesi ve hukuka aykırı amaçlarla kullanılması olanaklı hale gelmektedir.³⁴¹ Bu yönüyle verilerin mutlaka elektronik, yazılı ya da görsel ortamlarda depolanmasını sağlayan bir şekilde aktarılması gerekmektedir.³⁴²

Kısaca kaydetmenin kişisel veriyi, bir araç kullanarak ya da kullanmayarak daha sonra ulaşılabilir bir şekilde saklamak üzere hazırlanması olduğunu söyleyebiliriz. Kanun metninde kişisel verinin kaydedileceği yer ile ilgili bir ayırım yapılmamış, gerekçede de bunun bilinçli bir tercih olduğu vurgulanmıştır. Verilerin kâğıt üzerine yazılmasının bu anlamda “kaydetmek” olarak kabul edilemeyeceğine ilişkin bir görüş bulunsa da bilişim ortamları sadece bu suçun işlenmesinin en muhtemel olduğu yerlerdir ancak suçun sadece bu alanda işleneceği iddia edilemez.³⁴³ Bu yönüyle kaydetme, bilgisayar ortamına olabileceği gibi herhangi bir fiziki ortama ilişkin de olabilir. Ancak, veri kaydetmenin gerçekleşmesi için, mutlaka bir yere bilgilerin yazılması, depolanması, saklanması veya şerh düşülmesi gerekir.³⁴⁴ Bir kimsenin kişisel verileri daha sonra kullanmak üzere ezberlemesi durumu, buradaki kaydetme olarak algılanamaz.³⁴⁵

Bazı yazarlar suç tipinde özellikle belirtilmiş olmasa da kaydetme sırasında mutlaka bir araç kullanılması gerektiğini düşünmektedirler. Bu nedenle böyle düşünenlerce verilerin okunması ya da dinlenilmesi suretiyle kişinin hafızasına alınması – tutulması ya da ezberlenmesi kaydetmek olarak anlaşılmamalıdır.³⁴⁶ Bu nedenle ezberlemek suçu oluşturmayacaktır.³⁴⁷ Ancak bunun tam aksine suçun oluşabilmesi için verilerin kaydedilmesinde bir aracın kullanılmasının gerekmediğini, kaydetme eyleminin verilerin saklanması ve tekrar kullanılmasına elverişli şekilde gerçekleştirilmiş olmasının bu anlamda yeterli ve yerinde olduğunu düşünenler de olmuştur.³⁴⁸ Fakat bu ikinci fikre sahip olanlar tekrar kullanmaya elverişli bir şekilde

³⁴⁰ Malkoç, 5237 Sayılı, 912; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 643.

³⁴¹ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 643.

³⁴² Benzer mahiyette Sedat Erdem Aydın, *AIHM İctihatlari*, 123.

³⁴³ Akdağ, *Türk Ceza*, 96.

³⁴⁴ Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2745; Bük, *Elektronik Ortamda*, 120.

³⁴⁵ Bük, *Elektronik Ortamda*, 120.

³⁴⁶ Malkoç, 5237 Sayılı, 912; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 558.

³⁴⁷ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 644.

³⁴⁸ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 125.

kaydetmenin nasıl yapılabileceğini somut olarak izah edememişlerdir. Bu nedenle bu konuda biz ilk görüşe katılmaktayız. Çünkü tekrar kullanılmaya müsait olarak bulundurabilmek, kâğıt, kalem, bilgisayar, taşınabilir kayıt diski gibi mutlaka birtakım araçları zorunlu kılmaktadır.

Hatta bazı yazarlar buna kâğıt üzerine yazmayı dahi dâhil etmekte ve bunu kaydetmek olarak kabul etmemektedir.³⁴⁹ Ancak biz bu kanaate kâğıda yazma kısmını hariç olarak katılmaktayız. Çünkü kâğıda yazmak da tereddütsüz bir şekilde yeniden kullanılabilirliği sağlayıcı niteliktedir. Zira kaydetmekteki amaç tekrar kullanılabilirliği, kaydedilebilirliği ve sağlanabilirliği sağlamaktır.³⁵⁰ O nedenle de verilerin kâğıt üzerinde yazmak da³⁵¹ kesinlikle kaydetmektir. Dolayısıyla bu eylem, maddede belirlenen kanuni tanıma uygun bir eylemdir.³⁵² Yasa koyucu bu yönde düşünmektedir. Çünkü 135. maddenin gerekçesinde “(s)öz konusu suç tanımında kişisel verilerin bilgisayar ortamında veya kâğıt üzerinde kayda alınması arasında bir ayrım gözetilmemiştir” denilmektedir.³⁵³ Her ne kadar kişisel verilerin korunmasına ilişkin hukuksal düzenlemelerin kabulünde bilgisayar ve diğer bilişim sistemlerindeki gelişmeler etki etmişse de hukuksal açıdan kâğıt üzerindeki veriler ile elektronik ortamda yer alan veriler arasında bir ayrım bulunmamaktadır. Yasada bu konuda bir ayrım yapılmaması da yerindedir. Buna göre suçun oluşabilmesi için verilerin sistemli olarak kayıt edilmesi, bu kayıtların bilişim sistemlerinde tutulması gibi koşullar aranmamaktadır. Öyleyse suçun kişisel verilerin herhangi bir şekilde kayıt edilmesi ile gerçekleşmesi olanaklıdır.³⁵⁴ Bu nedenle suç, verilerin kaydedilmesini sağlayacak her türlü hareketle ve vasıta ile işlenebilecek, serbest hareketli bir suç olup³⁵⁵ verilerin kaydedilmesi işlemi nasıl yapılırsa yapılsın sonuç değişmez ve suç oluşur.³⁵⁶ Hatta bu kadar serbest ve geniş bir şekilde işlenebilecek olması nedeniyle kanunilik ilkesine aykırı görenler dahi olmuştur. Bu kapsamda kaydetmekten kanunilik ilkesinin bir

³⁴⁹ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 558.

³⁵⁰ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 558.

³⁵¹ Malkoç, *5237 Sayılı*, 912.

³⁵² Akdağ, *Türk Ceza*, 97.

³⁵³ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 139.

³⁵⁴ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 127; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 139; Güven, *Hasta Bilgilerinin*, 63; Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 311; Akdağ, *Türk Ceza*, 96; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 127.

³⁵⁵ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 124; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 128.

³⁵⁶ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 128.

sonucu olarak ne anlaşılabacağına dair suç tipinde ayrı bir düzenlemeye yer verilmesi gerektiğini³⁵⁷ savunulmuştur.

Suçun serbest hareketli oluşuna katılmayıp tersini düşünenler de olmuştur. Buna göre kişisel verilerin kaydedilmesi suçunda, suç teşkil eden harekete de maddede yer verilmiş olduğu ve bunun dışındaki bir hareketle bu suçun işlenmesinin mümkün olmadığı, bu sebeple de suçun bağlı hareketli suç grubuna girdiği yönünde bir görüş³⁵⁸ mevcuttur. Ancak kaydetmek belirli bir hareket olarak görülemez. Çünkü bir kişisel verinin pek çok şekilde kaydedilmesi mümkündür.³⁵⁹

Suçun oluşması için kişisel verilerin bilgisayar ortamında veya kâğıt üzerinde kayda alınması arasında herhangi bir fark gözetilmemiştir.³⁶⁰ Bu yönüyle kayıt biçimi de önemli olmayıp mekanik, manyetik, elektronik veya başka herhangi bir yöntemle veya kâğıt üzerinde kayda alınması arasında bir ayrım gözetilmemiştir.³⁶¹ Yine mekanik, manyetik, elektronik veya başka bir yöntemle veya kâğıt üzerine kayda alınması arasında bir ayrım gözetilmemiştir.³⁶² Gerekçede belirtildiği üzere; verileri kaydetme, bir CD, flash bellek, harici disk veya ses kayıt cihazına verilerin kopyalanması, depolanması, dijital ortama yerleştirilmesi suretiyle gerçekleştirilebileceği gibi, kâğıt üzerine kalemle veya başka şekilde not almak, çizmek, işaretlemek şeklinde de gerçekleştirilebilir.³⁶³ Kaydetme ile suç tamamlandığından daha sonra silinmesi suçun oluşumunu engellemeyecektir. Bu kapsamda ne kadar süreyle kayıtlı kaldığının suçun oluşumuna etkisi bulunmamaktadır.³⁶⁴

Verilerin bilişim sistemine, veri taşıma aracına veya bir kâğıda işlenmesiyle kaydetme işlemi de gerçekleşmiş olur. Genellikle bu veriler ya bir bilgisayar klavyesi ya da bir daktilo kullanılarak öncelikle yazıya dökülür; bilişim sistemlerinde bu yazma işleminin bitip kayıt tuşuna basıldığı, klasik yöntemde ise yazma işleminin bittiği anda suç gerçekleşmiş olur. Benzer şekilde kişinin fotoğrafının çekildiği ya da sağlık test sonuçlarının alındığı ve sisteme aktarıldığı anda eylem gerçekleşmiş olur. Buna göre her

³⁵⁷ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 558.

³⁵⁸ Gökcen, *Tıbbi Müdahaleden*, 643.

³⁵⁹ Akdağ, *Türk Ceza*, 95; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 139.

³⁶⁰ Ergün, *Siber Suçların*, 114; Malkoç, *5237 Sayılı*, 912.

³⁶¹ Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2088.

³⁶² Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2088.

³⁶³ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 124-125; Bük, *Elektronik Ortamda*, 119; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 127; Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2745.

³⁶⁴ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 22.

somut olayda gerçekleştirilen harekete göre suç oluşturan eylemin gerçekleşme ânı değişir. Ayrıca suçun oluşması için söz konusu kişisel verilerin yayınlanması ya da başkasının kullanımına açılması gerekmez.³⁶⁵ Yani suçun oluşması için kişisel verilerin yayınlanması, başkasının kullanımına açılması ya da bir zararın oluşması gerekmez. Suçun gerçekleşmesi için kayıt etme işleminin gerçekleşmesi yeterlidir.³⁶⁶ Ancak her somut olayda gerçekleştirilen harekete göre suç oluşturan eylemin sonuçlanma ânı değişecektir.³⁶⁷

İnceleme konumuz açısından, hastaya ait kişisel verilerin, hastaya bakmakla görevli olmayan sağlık personeli tarafından özel ve ayrı kayıt altına alınması TCK m. 135 bakımından suç teşkil edecektir.³⁶⁸ Yani bu bilgilerin yasadan ya da kişinin verdiği izinden kaynaklanmayan bir şekilde kaydedilmesi TCK m.135 kapsamındadır.³⁶⁹ Günümüzde hastaneler, adli tıp kurumu, sendikalar vb. pek çok kurum tarafından kişilerin sağlık durumları, cinsel yaşamları, DNA örnekleri ya da siyasal düşünceleri gibi özellikle gizli kalmasını isteyeceği bilgiler veri halinde kaydedilmekte ve arşivlerde bulunmaktadır. İşte bu bilgilerin yasadan ya da kişinin verdiği izinden kaynaklanmayan bir şekilde hukuka aykırı olarak bilişim sistemine kaydedilmesi bu düzenlemeyle suç haline getirilmiştir.³⁷⁰ Bu nedenle bu suç tipi bazı yazarlarca bir tür “*veri hırsızlığı*” olarak nitelendirilmektedir.³⁷¹

Suç tipine ilişkin olarak verilerin işlenmesi türlerinden sadece kaydetmenin suç olarak düzenlenmiş olması eleştirilmiştir. Buna göre kişisel verilerin işlenmesi yalnızca kayıt etmeyi değil, toplanma, kullanılma, aktarılma, saklama, bekletme gibi çeşitli birçok eylemleri içeren bir süreçtir. TCK’nin 136. maddesinde bu eylemlerin bir kısmına ilişkin cezai düzenlemeler bulunmakla birlikte, özellikle kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kullanılmasına ilişkin düzenlemeye yasada yer verilmemekte, bu durumda hukuka uygun şekilde toplanan ve kayıt altına alınan kişisel verilerin sonraki kullanımlarında oluşabilecek hukuka aykırılıkların yaptırımsız kaldığı sonucu

³⁶⁵ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 129.

³⁶⁶ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 312.

³⁶⁷ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 141.

³⁶⁸ İstek, *Hasta Mahremiyeti*, 197.

³⁶⁹ Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 65.

³⁷⁰ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 129.

³⁷¹ Özбек, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 558.

çıkılmaktadır.³⁷² Yine bir şekilde elde edilen verilerin rızaya aykırı olarak saklanması ayrı bir suç olarak düzenlenmemiştir. Ancak İngiliz hukuk sisteminde bu davranış müstakil bir suç olarak düzenlenmiş ve yaptırım altına alınmıştır.³⁷³ Ülkemizdeki mevcut düzenleme kişisel verilerin korunması açısından kişisel verilerin meşru olmayan ikincil bir amaç için işlenmesine yönelik olan amaca bağlılık ilkesine aykırılık teşkil edeceği ve bu nedenle maddenin meşru olmayan ikincil ve daha sonraki işlemleri sınırlandırmaya yönelik işlevi görmediği³⁷⁴ belirtilerek haklı bir eleştiri getirilmiştir. Bu nedenle daha etkin bir koruma için artık özel yasasıyla daha belirgin hale getirilmiş kişisel verilerin işlenmesine ilişkin koşullara aykırı davranılması yani kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesinin de suç olarak tanımlanması gerekmektedir.³⁷⁵

Kaydetme eylemi, bir bilişim sisteminde ya da yazılı ortamda bulunmayan bir bilginin sisteme girilmesi ya da yazılı hale getirilmesi şeklinde olabileceği gibi aslında başka bir kaynaktan hukuka uygun olarak bulunan bir bilginin bir bilişim sistemine ya da kişisel dosyaya hukuka aykırı şekilde girilmesi suretiyle de gerçekleştirilebilir.³⁷⁶ Yani suçun oluşması için mutlaka yeni ve kaydedilmemiş bir verinin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi şart olmayıp daha önce hukuka uygun bir şekilde kaydedilmiş olan bir verinin, o kaynaktan alınarak hukuka aykırı olarak herhangi bir sisteme veya fiziksel ortama kaydedilmesi durumunda da bu suç oluşacaktır.³⁷⁷ Ancak bu görüşe karşı çıkanlar olmuş ve kişisel verinin dijital olan ya da olmayan ortama sadece ilk kez kaydedilmesinin kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu oluşturabileceği, bu yönüyle hukuka uygun olarak kaydedilmiş kişisel verinin daha sonraki kullanımlarının engellenmesinin ya da cezalandırılmasının ise bu bağlamda mümkün olmayacağı savunulmuştur. Bu görüşe göre sadece ilk kaydetmeden habersiz ve tamamen bağımsız şekilde, başka bir yerden öğrendiği veriyi kaydeden kişinin kişisel verileri kaydetme suçunu işlemiş olacağının söylenebileceği, hukuka uygun kaydedilen veriyi başka bir ortama kaydetmenin ise kişisel verilerin kaydedilmesi kapsamında suç olmayacağı³⁷⁸ savunulmuştur. Ancak kanaatimizce bu görüş hatalıdır. Çünkü suçun konusunu

³⁷² Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 312; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 140.

³⁷³ Data Protection Act 2018, Chapter 12, Section 170/1-c, 98.

³⁷⁴ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 312; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 140.

³⁷⁵ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 140.

³⁷⁶ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 128.

³⁷⁷ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 127.

³⁷⁸ Akdağ, *Türk Ceza*, 100.

oluşturan kişisel verinin tipik hareketin oluşumu açısından kaçınıcı kez ve hangi kaynaktan edinildiği önemli olmayıp hukuka aykırı şekilde kaydedilmesi önem arz etmektedir. Bu yönüyle bir veri hukuku uygun şekilde kaç kez ve nereye kaydedilirse kaydedilsin, bu veriyi hukuk aykırı şekilde kaydeden kişinin hareketi tipiktir. Bu kişi kaydı nereye yaparsa yapsın kayıt işlemi hukuka aykırı olduğu sürece eylem tipik hareketi oluşturacaktır. Bu nedenle ilk görüşün daha isabetli olduğunu düşünmekteyiz.

Maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen suçun hareket unsurunu ise “*kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırkı kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına*” ilişkin verilerin kaydedilmesi oluşturmaktadır. Bu fıkra düzenlenme tarzı nedeniyle suçun daha fazla cezayı gerektiren nitelikli halini oluşturmaktadır. Bu nedenle ilgili kısımda daha ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Ancak bu kısımda bu fıkarda düzenlenen suçun oluşumu için bu sayılan hususların tümüne ilişkin bilgilerin değil de bunlardan sadece bir ya da birkaçına ilişkin bilginin kişisel veri olarak kaydedilmesinin yeterli olduğunu³⁷⁹ belirtmeyi zorunlu görmekteyiz.

Düzenlemenin eski halinde, yasa koyucunun hükmün birinci fıkrasında ve ikinci fıkranın belirtilen bölümünde suçun oluşabilmesi için kaydın “*hukuka aykırı*” olarak yapılmasını ararken “*kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırkı kökenlerine*” ilişkin bilgilerin kayıt edilmesi açısından bu ibareye yer vermemiş olması ayrıca dikkat çeken bir husus olarak algılanmış ve tartışma konusu olmuştur. Bu nedenle belirtilen türdeki bilgilerin kaydının her durumda hukuka aykırı olacağını³⁸⁰ düşünenler dahi olmuştur. Ancak maddede düzenlenen suçun temel şekline ilişkin olarak suçun oluşması için kaydı yapılan verinin türüne bakılmaksızın tüm verilerin hukuka aykırı bir şekilde kaydedilmesi şartı aranmıştır. Esasında biz düzenlemedeki verilerin hukuka aykırı bir şekilde kaydedilmesi şartının madde de özel olarak aranmasını gereksiz buluyoruz. Çünkü hukukun evrensel ilkesi olan, ceza hukukun temel ilkelerinden ve suçun asli unsurlarından olan hukuka aykırılık unsuru, kanun maddesinde bu şekilde yazmasa bile geçerli olduğu durumlarda zaten eylemi hukuk uygun hale getirecek ve fiil suç olmayacaktır. Hukuk düzeninin tekliği ilkesi gereği bir kimsenin belli bir davranışta bulunmak bakımından kanun tarafından yetkilendirilmiş olması, diğer taraftan böyle bir

³⁷⁹ Aynı yönde Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2088; Güven, *Hasta Bilgilerinin*, 63.

³⁸⁰ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 309.

davranışta bulunması nedeniyle cezalandırılması söz konusu olamaz.³⁸¹ Daha somut bir deyişle kanundan doğan bir yetkisini kullanan kişinin fiili, bu yetkisinin sınırlarını aşmadığı sürece suç tipinde bu unsur açıkça yazılı olmasa dahi eylem hukuka uygun olacak ve suç oluşturmayacaktır.

Hukuka uygun olarak alenileşmiş kişisel verilerin kaydedilmelerinin de suç sayılmayacağını savunanlar olmuştur. Buna göre kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmelerinin kişilerin özel hayatını korumak maksadı taşıması nedeniyle artık bu tür bir kişisel verinin kaydedilmesinin kişilerin özel hayatına müdahale olduğunun kabul edilmesi mümkün olmamalı ve dolayısıyla kişisel verilerin kaydedilmesi suç oluşturmamalıdır.³⁸² Ancak biz bu görüşe katılmamaktayız. Yukarıda da değindiğimiz üzere, amaçsal yorum yapıldığında alenileştirilmiş bile olsa öznesine zarar verebilecek şekilde bir veri kayda alınırса kanaatimizce suç oluşturur. Bu ve benzeri yorumlar halen daha mülga TCK'nin konuya ilişkin mahremiyet yaklaşımından kurtulunamadığının göstergeleridir. 5237 sayılı TCK, incelediğimiz suç tipini, özel hayata karşı suçlar başlığı altında düzenlemiş olsa da bu suçun hukuki konusunun mutlaka mahrem (özel hayatın sır alanına ilişkin) verilere ilişkin olmasını zorunlu kılmaz. Aksinin kabulü için yasanın bizatihi verinin gizli ya da mahrem nitelik taşımasını tipiklikte düzenlemesi gerekirdi.

Yapılan bir kaydın tipik hareketi oluşturabilmesi için kişisel veri yani belli bir kişi ile ilişkili ya da ilişkilendirilebilecek şekilde yapılması gerekmektedir. Bu kapsamda örneğin sağlık durumuna ilişkin bir bilginin bir kişiye yönelik olarak değil “*x bölgesinde ...hastalığı yaygındır*” şeklinde anonim veri olarak kaydedilmesi durumunda (istatistiki bir bilgi niteliğinde) göre suç oluşmaz. Çünkü bu durumda bilgi, kişisel veri niteliğinde kayıt edilmemiştir.³⁸³ Bu durumda bilgi kişisel bir unsur taşımamakta ve “*kimliksizleştirmiş/ anonim*” olarak kayda alınmış olmaktadır.

Aynı kapsamda olmak üzere hareket hususunda değinilmesi gereken son bir konu da ikinci fıkrada sayılan hassas nitelikteki verilerin de kişisel veri olarak kaydedilmesinin suçun oluşumu için zorunlu olmasıdır. Buna göre, kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine, ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına,

³⁸¹ Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 257.

³⁸² Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 147.

³⁸³ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 137.

sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgilerinin, ancak “*bir gerçek kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılacak şekilde kaydedilmesi*” halinde suç teşkil eden tipik bir fiilden söz edilebilecektir. Bu bağlamda, bu verilerin anonimleştirilerek (isimsizleştirilerek- kimliksizleştirilerek) diğer bir anlatımla bir gerçek kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılmayacak herhangi bir şekilde kaydedilmeleri halinde, 135. maddenin ikinci fıkrası kapsamında bir suç oluşmayacaktır.³⁸⁴

Netice itibariyle inceleme konusu suçun işlenebilmesi için failin aktif bir harekette bulunarak başkasının kişisel verilerini kaydetmesi gerekmekte, bu nedenle sadece icrai hareketle işlenebilecek³⁸⁵, ihmali hareketle işlenmesinin mümkün olmayan³⁸⁶ bir suç niteliği taşımaktadır. Yine suç, sırf hareket suçu (şekli suç) şeklinde düzenlenmiştir.³⁸⁷ Neticesi harekete bitişik olduğundan kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi anında tamamlanır.³⁸⁸ Suç serbest hareketli bir suç olup kaydetmek neticesini doğurmaya elverişli her türlü hareketle işlenebilir. Kanuni tipte birden çok hareketin birlikte yapılması zorunluluğu bulunmadığı için tek hareketli suçtur. Yine birbirinin alternatifi olabilecek nitelikte hareketler belirlenmemiş olduğu için seçimlik hareketli suç niteliği taşımamaktadır. Yasal tipikliği itibariyle ani suç niteliği taşısa ve bu nedenle zorunlu olarak mütemadi suç niteliği taşımasa da, tipik hareketin devamlılık gösterir şekilde gerçekleştirilmesi mümkün olduğundan gerçekleştirilme şekline göre mütemadi suç olarak işlenmesi mümkündür.

2.2.1.3.1.5. Netice

Her insan davranışı, kural olarak ve başlı başına bir suçun maddi unsurunu oluşturamaz. Normal hayatta bu insan davranışının ayrıca bir sonucu olması gerekir. Yani yani söz konusu insan hareketi ile dış dünyada bir değişikliğin meydana gelmesi de gerekmektedir.³⁸⁹ İşte insan hareketinin dış dünyada meydana getirdiği bu değişiklik neticeyi ifade eder. Ancak ceza hukuku açısından haketin dış dünyada oluşturduğu her değişiklik değil sadece kanuni tarifte suçun unsuru olarak yer alan değişiklik teknik

³⁸⁴ Sedat Erdem Aydın, *AIHM İctihatlari*, 128-129.

³⁸⁵ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 127.

³⁸⁶ Akdağ, *Türk Ceza*, 93.

³⁸⁷ Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2745; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 558; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 643.

³⁸⁸ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 558; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 643.

³⁸⁹ Toroslu, *Ceza Hukuku*, 47.

anlamda neticedir.³⁹⁰ Bu çerçevede suçun kanuni tarifinde unsur olarak neticeye yer verilmiş ise suçun tamamlanmış sayılabilmesi için bu neticenin de gerçekleşmesi gerekmektedir.³⁹¹ Buna karşılık çoğu suç açısından kanuni tarifte neticeye bir unsur olarak yer verilmemiştir ve bu nedenle sadece fiilin icra edilmesiyle suç tamamlanmış olur.³⁹² İşte bu özelliğine yani kanuni tarifte netice aranıp aranmamasına göre suçlar ikiye ayrılmaktadır: sırf hareket suçları (neticesi harekete bitişik suç) ve neticesi hareketten ayrılabilen suç (maddi suç). Bu ayrım incelediğimiz suç açısından özel bir önem taşımaktadır.

Suçun tamamlanması için tipiklikte sadece icrai ya da ihmali bir hareketin yapılmasının yeterli olduğu, ayrıca dış dünyadaki bir değişikliğin yani neticenin gerçekleşmesinin aranmadığı suçlar, sırf hareket suçları (şekli suçlar/ neticesiz suçlar) olarak adlandırılmaktadır.³⁹³ Bu özellikleri gereği bu tür suçlar sadece belirli bir hareketin veya ihmalin gerçekleştirilmesiyle tamamlanırlar.³⁹⁴

Esasında nasıl hareketsiz suç olmaz ise neticesiz suç diye bir şeyde yoktur.³⁹⁵ Şekli suçlarda sadece netice ve hareket birbirinden ayrı olmayıp bunlar birbirine bitişiktir.³⁹⁶ Yani aslında bu tür suçlarda da netice vardır.³⁹⁷ Neticenin maddi olarak ortaya çıkmaması o suçu neticesiz hale getirmez. Tehlike de başlı başına neticedir. Bu anlamda hareketin olası sonuçları da netice kavramı içinde kabul edilmelidir.³⁹⁸ Bu nedenle bu tür suçlarda hareketin yapılması ile netice de gerçekleşmiş olur ve zaman ve yer bakımından hareket ile neticenin birbirinden ayrılması mümkün olmaz.³⁹⁹

Kanuni tanımında hareketten ayrı olarak hareketin konusu üzerinde, ondan yer ve zamansal olarak ayrılabilir bir dış etkiyi gerektiren⁴⁰⁰, yani kanuni tanımında dış dünyada hareketten ayrılabilen bir neticenin meydana gelmesini arandığı suçlara ise

³⁹⁰ Özgenç, *Genel Hükümler*, 178; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 237; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 119; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 176.

³⁹¹ Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 119; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 176.

³⁹² Özgenç, *Genel Hükümler*, 178; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 119.

³⁹³ Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 120; Akdağ, *Türk Ceza*, 93.

³⁹⁴ Toroslu, *Ceza Hukuku*, 55; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 237.

³⁹⁵ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 237; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 177.

³⁹⁶ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 177; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 237.

³⁹⁷ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 177; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 237.

³⁹⁸ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 237.

³⁹⁹ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 176; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 237.

⁴⁰⁰ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 239.

neticeli suçlar denir.⁴⁰¹ Buna göre bu suçlarda suçun tamamlanabilmesi için salt hareketin icra edilmesinden ayrı olarak kanuni tarifte belirtilen neticenin de meydana gelmesi gerekir.⁴⁰² Bu suçlara sonuç suçları veya maddi suçlarda denilmektedir.⁴⁰³

Suçlar neticeleri bakımından, daha doğru bir tabirle hareketin yönelik olduğu konunun, suç oluşturan hareketten zarar görüp görmemesine göre zarar (netice) ve tehlike suçu olarak ta bir tasnife tabi tutulmaktadırlar.⁴⁰⁴ Bu ayırım hukuken korunan menfaatin veya varlığın ihlalini esas almaktadır.⁴⁰⁵ Zarar suçlarında hareketin yönelmiş olduğu konuda bir zararın meydana gelmesi⁴⁰⁶, yani korunan varlık veya menfaatin tahrip olması⁴⁰⁷ ya da değerinin azalması durumu aradığı halde, tehlike suçlarında suçun sonucunda bir zararın doğması zorunlu bir unsur olarak aranmamakta⁴⁰⁸, suçun konusu üzerinde zarar tehlikesinin meydana gelmesi netice olarak yeterli⁴⁰⁹ görülmektedir. Bu yönüyle tehlike suçları korunan varlık veya menfaatin sadece tehdit edilmiş olmasının yeterli sayıldığı suçlardır.⁴¹⁰ Bu nedenle hareketin yönelik olduğu konunun gerçekten zarara uğramış olması şart değildir. Zarar tehlikesi yaratabilme imkanının varlığı, yani eylemin bizzat kendisinin varlığı suç tipinin ihlali için yeterlidir.⁴¹¹

Tehlike suçları kendi içinde somut – soyut tehlike suçları ayırımına tabi tutulmaktadır. Soyut tehlike suçlarında tipik fiil, korunan değeri somut bir tehlikeye düşürüp düşürmediği, ya da bu kudrette olup olmadığı değerlendirilmeksizin tehlikeli sayılmakta ve cezalandırılmaktadır.⁴¹² Bu nedenle hareketin yönelik olduğu konu üzerinde somut bir tehlike yaratmış olup olmadığı araştırılmaz. İcrai ya da ihmali hareketin yapılması yeter ayrıca somut bir tehlikenin gerçekten meydana gelmiş olmasına gerek yoktur.⁴¹³ Hareketin yapılmasıyla tehlikenin ortaya çıktığı normatif

⁴⁰¹ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 120; Toroslu, *Ceza Hukuku*, 55.

⁴⁰² Özgenç, *Genel Hükümler*, 178.

⁴⁰³ Toroslu, *Ceza Hukuku*, 55.

⁴⁰⁴ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 131; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 238.

⁴⁰⁵ Toroslu, *Ceza Hukuku*, 56.

⁴⁰⁶ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 131; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 178.

⁴⁰⁷ Toroslu, *Ceza Hukuku*, 56.

⁴⁰⁸ Akdağ, *Türk Ceza*, 94.

⁴⁰⁹ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 178; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 131.

⁴¹⁰ Toroslu, *Ceza Hukuku*, 56.

⁴¹¹ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 238.

⁴¹² Akdağ, *Türk Ceza*, 94.

⁴¹³ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 178.

olarak kabul edilir.⁴¹⁴ Ancak somut tehlike suçlarında, gerçek bir zarar tehlikesinin meydana gelmiş olması gerekir.⁴¹⁵

Neticesinin bir anda gerçekleşerek suçun tamamlanıp tamamlanmaması yönüyle suçlar ani suç-kesintisiz suç ayrımına tabi tutulmaktadır. Hareketten doğan neticenin gerçekleşmesi ile tamamlanan ve biten, hareketten doğan neticenin devam etmeyip derhal sona erdiği suçlar ani suçlardır.⁴¹⁶ Netice bu suçlar da zaman içinde devam edip gitmez.⁴¹⁷ Buna mukabil hareketten doğan neticenin bir süre devam ettiği, yani neticenin gerçekleşmesine rağmen devam ettiği suçlara ise kesintisiz (mütemadi) suçlar denmektedir.⁴¹⁸ Bu ayrımda inceleme konumuz suç açısından zaman zaman önem taşıyan bir niteliğe bürünebilmektedir.

İnceleme konumuz suça bakılacak olursa; suçun hareket unsuru hukuka aykırı olarak başkasına ait kişisel verileri kaydetmek olduğundan, suçun oluşması için kişisel verilerin kaydedilmesi yeterlidir.⁴¹⁹ Bu kapsamda kayıt etme işleminin gerçekleşmesiyle suç meydana gelmiş, tamamlanmış olur.⁴²⁰ Bu nedenle suç, sırf hareket suçudur. Verilerin daha sonra kullanılmaması veya onlardan bir yarar sağlanmaması önemli değildir.⁴²¹ Suçun oluşması için veri öznesi kişinin ayrıca zarara uğramış olması şartı aranmamaktadır.⁴²² Bu nedenle bu suç bir zarar suçu değil; bir tehlike suçudur.⁴²³

Suç tipinde hareket ile tehlike neticesi arasında bir nedensel ilişkinin varlığını araştırmak yönünde zorunluluk bulunduğu dair bir ifadenin yer almaması, diğer bir deyişle suçu tipide hareketin bir tehlike yaratabilecek nitelikte olması gerektiğine ilişkin düzenlemenin bulunmaması suçun soyut tehlike suçu olarak kabul edilmesini

⁴¹⁴ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 240.

⁴¹⁵ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 178.

⁴¹⁶ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 181; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 240.

⁴¹⁷ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 240.

⁴¹⁸ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 181.

⁴¹⁹ İstek, *Hasta Mahremiyeti*, 199; Güven, *Hasta Bilgilerinin*, 62; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2088; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 141; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 129; Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2745; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 559; Sedat Erdem Aydın, *AIHM İçtihatları*, 124.

⁴²⁰ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 643; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 141; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2088; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 129; Sedat Erdem Aydın, *AIHM İçtihatları*, 124; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 559; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 131.

⁴²¹ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 141; Akdağ, *Türk Ceza*, 93.

⁴²² İstek, *Hasta Mahremiyeti*, 199; Güven, *Hasta Bilgilerinin*, 62; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2088; Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2745; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 559; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2088; Sedat Erdem Aydın, *AIHM İçtihatları*, 124.

⁴²³ Güven, *Hasta Bilgilerinin*, 62; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 131; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 559; Akdağ, *Türk Ceza*, 94.

sonuçlar.⁴²⁴ Bu sebeple inceleme konumuz olan suç, soyut tehlike suçudur.⁴²⁵ Kişisel verilerin kaydedilmesinin cezalandırılması için bir menfaatin gerçekten tehlikeye düşmüş olması şart değildir.⁴²⁶ Ancak suçun hareket unsurunu oluşturan fiil, bilgisi kaydedilen kişiler açısından, verilerin amaçları dışında kullanılması veya herhangi bir şekilde üçüncü şahısların eline geçerek bunlardan hukuka aykırı olarak yararlanılması ve kişinin bu suretle büyük bir zarara uğratılması tehlikesini bünyesinde taşımaktadır.⁴²⁷

Bir görüşe göre bu suç kişisel verilerin kaydedilmesi işleminin gerçekleşmesiyle tamamlanmış olan ve somut başkaca bir sonuç doğurması aranmayan neticesiz bir suç-sırf hareket suçu olarak kabul edilmektedir.⁴²⁸ Bu suçlarda hareketin yapılmasıyla suç gerçekleşir ve tamamlanır. Bu itibarla suçun tamamlanması için neticenin ortaya çıkmasına gerek yoktur.⁴²⁹ Kaydetme eylemi neticeyi içinde barındırır ve hareketin yapılmasıyla netice eş zamanlı olarak gerçekleşir. Bu nedenle hareketin neticeden yer ve zaman bakımından ayrılması mümkün değildir ve bu nedenle neticesi harekete bitişik bir suç olarak da ifade edilir.⁴³⁰ Yani böyle düşünenlere göre bu suç, netice olarak kaydetmenin gerçekleşmiş olmasını gerektiren, neticesi harekete bitişik bir suçtur. Bu nedenle bu suç ancak kaydetmenin gerçekleşmemiş olduğu bir aşamada teşebbüs halinde kalacaktır. Yine bu fikri savunanlar göre böyle bir durumla karşılaşılması ise bu tip suçlar bakımından oldukça istisnai⁴³¹ olarak görülmektedir. Bu suçlarda hareketin yapılmasıyla suç gerçekleşir ve tamamlanır. Bu itibarla suçun tamamlanması için sadece kişisel verilerin kaydı suçun oluşması için yeterli olacak, ayrıca failin bu verileri kullanması veya bunlardan bir fayda sağlaması aranmayacaktır.⁴³²

Bu konudaki diğer görüşe göre, kişisel verilerin kaydedilmesi zaten bir netice olarak karşımıza çıkmakta olup bu nedenle suç neticeli bir suçtur. Zira kişisel verilerin kaydedilmesi fiilinin gerçekleştirilmesi için ister dijital ortamda ister yazılı metin

⁴²⁴ Özbeke, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 559.

⁴²⁵ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 643; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 141; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2088; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 129; Sedat Erdem Aydın, *AIHM İçtihatları*, 124; Özbeke, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 559; Akdağ, *Türk Ceza*, 94; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 131.

⁴²⁶ Aynı yönde Akdağ, *Türk Ceza*, 94.

⁴²⁷ Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2088.

⁴²⁸ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 131-132; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 125.

⁴²⁹ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 131-132.

⁴³⁰ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 126; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 131-132.

⁴³¹ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 126.

⁴³² Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 131-132.

üzerinde olsun bu verilerin öncelikle anılan ortamlarda ve ortam diliyle yazıya dökülmek suretiyle kaydedilmesi gerekmektedir. Failin elinde olmayan nedenlerden dolayı, yazıya dökülmekte olan bu verilerin kayıt işleminin gerçekleştirilememiş olması halinde teşebbüs aşamasında kalmış bir suç söz konusu olacaktır. Çoğu zaman bu yazıya döküm işlemi ile kayıt işlemleri eş zamanlı gerçekleşmektedir ancak bu durum kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun neticeli bir suç olmadığını göstermez.⁴³³ Biz de değişik gerekçeyle olmak üzere bu görüşe katılmakta ve suçun neticeli bir suç olduğunu düşünerek sırf hareket suçu olduğuna dair görüşe karşı çıkmaktayız. Çünkü netice hareketin dış dünyada meydana getirdiği bir değişiklik olduğuna ve kaydetme de tekrar kullanmak üzere hazır etmek olduğuna göre bir kişisel kişisel verinin bir kâğıda not alınması ile ya da bir kayıt cihazına kaydedilmesi ile dış dünyada bir değişiklik olmuştur. Yani boş bir kâğıt yazılı hale getirilmiş ya da boş bir kayıt cihazı bazı verilerle doldurulmuştur. Bu suç tipi dış dünyadaki değişikliği cezalandırmaktadır. Bahse konu kayıtlarla dış dünyada değişiklik yapıldığında bu nedenle tereddüt yoktur. Aslında biraz da bu nedenle ezberlenmek kaydetmek olarak kabul edilmemektedir. Çünkü dış dünyada kalıcı bir değişikliği içermez. İşte bu nedenle bu suç tipinin neticeli bir suç olduğunu, sırf hareket suçu olmadığını düşünüyoruz. Buna bağlı olarak da teşebbüs, illiyet bağı gibi konularda hâkim görüşten ayrılıyoruz.

Suçun sadece tehlike suçu olarak düzenlenmiş olması kanaatimizce isabetli olmamıştır. Bu kişisel verilerin kaydedilmesi eylemi nedeniyle mağdur üzerinde çok ağır zararlar doğmuş olabilir. Maddenin gerekçesinde açıkça, hastanelerde hastalara veya sigorta şirketlerinde sigortalılara ilişkin kayıtların bilgisayar ortamına geçirilip muhafaza edildiği ve bu bilgilerin amaçları dışında kullanılmasından veya herhangi bir şekilde üçüncü kişilerin eline geçerek hukuka aykırı olarak yararlanılmasından dolayı hakkında bilgi toplanan kişilerin büyük zararlara uğrayabileceği ve bu bakımdan da kişilerle ilgili bilgilerin hukuka aykırı olarak kayda alınmasının suç olarak tanımlandığı ifade edilmiştir.⁴³⁴ Yani yasa koyucu bu anlamda doğabilecek zararın büyüklüğünü göz önüne alarak kaydetme fiilini suç haline getirmiştir ancak yaptırımını belirlerken zarar doğmuş olması ya da doğabilecek olması hususunu hiç dikkate almamıştır. Bu da yasa koyucunun esasında kendisi ile çeliştiğinin bir göstergesidir. Sahip olduğu zarar

⁴³³ Sedat Erdem Aydın, *AİHM İçtihatları*, 130.

⁴³⁴ Güven, *Hasta Bilgilerinin*, 62.

doğurma potansiyeli nedeniyle suç olarak düzenlenen bir hareket, çok ağır zararlar doğursa dahi hiç zarar doğurmayan şekliyle ve aynı şekilde cezalandırılacaktır. Bu yönden bakıldığında çok ağır zararlar doğursa dahi ceza hükmünün kurulmasında hiçbir etkisi olmayacaktır. Bu da ceza adaletinin sağlanması ve cezanın önleme etkisi anlamında önemli bir eksiklik niteliği taşımaktadır. Bu eksikliğin giderilmesi ise eylem nedeniyle doğan zararın, boyutuna göre değişik oranlarda olmak üzere eylemin cezalandırılmasında ağırlatıcı bir nitelikli hal olarak düzenlenmesi ile olabilir. Bu tercih ceza adaleti ve suçun koruduğu hukuksal değere hizmet etmesi açısından daha olumlu sonuçlar alınmasına da hizmet edeceği gibi yasa koyucunun baştaki iradesine de daha uygun olacaktır. Bu sebeple suçun sadece tehlike suçu olarak düzenlenmesi, doğan zararların en azından cezalandırma aşamasında göz önünde bulundurulamayacak olması nedeniyle doğru bir tercih olmamıştır.

2.2.1.3.1.6. Nedensellik (İllyet) Bağı

Dış dünyada meydana gelen bir değişikliğin bir insana bağlanabilmesi için, bu değişiklik o bir insanın davranışından kaynaklanmış⁴³⁵, bir insan davranışının eseri olmalıdır. Buna göre gerçekleştirilen insan davranışı ile dış ortamda gerçekleşen değişiklik arasında bir bağın, yani bir nedensellik ilişkisinin bulunması gerekir.⁴³⁶ Bu anlamda hiç kimse kendi hareketinin neden olmadığı, kendi hareketinin sonucu olmayan bir neticeden sorumlu tutulamaz.⁴³⁷ Aynı kural ceza hukuku yönünden de geçerli olup tipe uygun eylemin gerçekleştiğinin kabulü için neticenin yapılan hareketin sonucu olması, diğer bir deyişle hareket ile netice arasında sebep-sonuç ilişkisinin (nedensellik bağının) bulunması gerekir.⁴³⁸ Nedensellik bağı yoksa faile yüklenemez.⁴³⁹ Çünkü ceza hukukunda geçerli olan şahsılık ilkesi⁴⁴⁰ nedeniyle failin cezai sorumluluğunun bulunabilmesi için neticenin failin kendisinin eseri olması zorunlu bir gerekliliktir.⁴⁴¹ Bu yönüyle nedensellik bağı, bir eylemden dolayı sorumluluk alanındaki

⁴³⁵ Toroslu, *Ceza Hukuku*, 56.

⁴³⁶ Toroslu, *Ceza Hukuku*, 47.

⁴³⁷ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 121.

⁴³⁸ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 242; Toroslu, *Ceza Hukuku*, 56, Özgenç, *Genel Hükümler*, 178.

⁴³⁹ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 121.

⁴⁴⁰ Konunun düzenlendiği Anayasa'nın 38/7. Maddesi "Ceza sorumluluğu şahsidir" şeklindedir.

⁴⁴¹ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 192; Özgenç, *Genel Hükümler*, 179.

davranışların ve bu eylemden dolayı kimlerin sorumlu tutulacağına ilişkin belirlemenin yapılabilmesine hizmet eder.⁴⁴²

Nedensellik bağı, kanuni tanımda hareketin yanı sıra neticeye de yer verilen suçlarda gerekli ve hatta zorunlu olan bir olgudur.⁴⁴³ Bu nedenle nedensellik bağının maddi unsurlar içinde incelenebilmesi için işlenen suçun neticeli bir suç olması, yani suçun kanuni tanımında neticenin belirtilmesi gerekmektedir. Suçun kanuni tanımında bir netice aranmamışsa nedensellik bağının tespiti de söz konusu değildir.⁴⁴⁴ Dolayısıyla tıp hukuku yönüyle de hekimlerin ve diğer sağlık çalışanlarının işlemiş oldukları suçlardan dolayı sorumlulukları yoluna gidilebilmesi için neticeli suçlarda meydana gelen netice ile hareketleri arasında nedensellik bağı kurulmalıdır.⁴⁴⁵

İnceleme konumuz olan suç açısından hâkim görüşün suçu sırf hareket suçu olarak kabul ettiğine, bu anlamda suçun oluşumu için bir netice aranmadığına bir üst başlık altında değinmiştik. Görüşe göre sırf hareket suçları bakımından herhangi bir neticenin gerçekleşmesi söz konusu olmadığından nedensellik bağından da bahsedilemeyeceği⁴⁴⁶ için bu tip suçlarda suçun oluşumu için hareketin yapılması yeterli kabul edilmekte ve nedensellik bağı problemi ortaya çıkmadığı kabul edilmektedir. Yine suç soyut tehlike suçu niteliğinde olduğu için herhangi bir başka sonuç doğmasa dahi kişi eyleminden sorumlu tutulacak ve sonuçta meydana gelen netice yönünden nedensellik bağı aranmayacağı düşünülmüştür.⁴⁴⁷ Buna göre netice ve illiyet her suçta bulunması gereken unsurlar değildir.⁴⁴⁸

Suçun sırf hareket suçu olduğunu savunan görüşe katılmadığınızı ve her suçun bir neticesinin mutlaka bulunduğunu düşünümüzü belirtmiştik. Bu nedenle bu suçun da neticeli bir suç olduğunu düşünüyoruz. İnceleme konumuz suçun neticesi ise bir verinin kaydedilmiş olmasıdır. İşte bu açıdan açısından illiyet bağının araştırılması gerektiğini düşünüyoruz. Bu anlamda öncelikle kişisel verilerin kaydedilmesinin failin hareketi

⁴⁴² Malkoç, 5237 Sayılı, 9.

⁴⁴³ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 121.

⁴⁴⁴ Berrin Akbulut, *Tıp Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı*, V. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Birinci Baskı, Nisan 2008, Ankara, 210-211.

⁴⁴⁵ Akbulut, *Tıp Ceza*, 210-211.

⁴⁴⁶ Burak Boz, *Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı*, Yüksek Lisans Tezi, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Mayıs 2016, 41.

⁴⁴⁷ Bük, *Elektronik Ortamda*, 146; Selim Erdin, *Ceza Hukukunda İlliyet*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013, 36.

⁴⁴⁸ Erdin, *Ceza Hukukunda*, 36.

sonucu olması gerekmektedir. Yani kaydetme eyleminin failin eseri olması gerekmektedir. Kaydetme neticesine dair failin kastı olsa dahi kayıt failin herhangi bir hareketi sonucu olmamışsa illiyet bağı yoktur ve fail cezalandırılmaz. Zira insanın zihninde yaptığı tasavvurlar ve hazırlık hareketleri ceza sorumluluğunu doğurmazlar. Çünkü netice insanın hükmedebileceği alanın dışında kalıyorsa veya genel hayat riskleri içinde ise kasta rağmen netice faile yüklenemez. Bu çerçevede failin kastı olmasına rağmen, failin hareketinin sonucu olmayan kaydetmeler olabileceği gibi, kastı olmamasına rağmen kendi hareketinin sonucu olan kaydetmeler de olabileceğini düşünüyoruz. Örneğin hukuka aykırı kaydetme kastıyla hareket ederek kamerayı açan ama eline aldığı dosyanın hedeflediği kişinin dosyası çıkmaması, başka birinin dosyası çıkması durumunda vazgeçerek kamerayı açık bırakarak odadan çıkan bir faille ilişkin olarak başka biri aynı kasıtle aynı kişinin verisini ilk failin bıraktığı kayıt cihazını kullanarak yapmış ise ilk failin kaydetme neticesi ile illiyet bağı yoktur. Ama kaydetmeye dair enazında olası düzeyde bir kastı vardır. İlk failin hareketi ile kaydetme neticesi arasındaki illiyet kesildiği için ilk failin sorumlu olmaması gerekir. Yine örneğin daha somut olarak hemşire odasında bulunan hasta tabelasındaki kişisel sağlık verileri, odada açık unutulmuş bir görüntülü kayıt cihazı ile kaydedilmiş olsun. Kayıt cihazının sahibi olan hekim tamamen başka bir amaçla örneğin yaptığı bir bilimsel araştırmada önemli bazı bulguları kayda almaya yönelik olarak cihazı kullanmaya başlamış iken, ani gelişen bir durum karşısında bu cihazı açık olarak odada bırakıp gitmiş, odaya sonra giren bir başka sağlık çalışanı cihazı merak ederek eline almış ve çalışıp çalışmadığını incelerken çok önemli ve hekimin yaptığı çalışmayla hiçbir ilgisi olmayan bambaşka kişisel sağlık verilerini içeren dokümanlara cihazı yöneltmiş olsun. Böylelikle ilgisiz kişilere ait kişisel sağlık verileri kayda alınmış oldu. Yani kaydetme neticesi gerçekleşmiş oldu. Bu durumda hekimin fiili ile ortaya çıkan kaydetme neticesi arasında uygun illiyet bağının bulunmadığından bahsedilebilir. Dolayısıyla neticede hekimin davranışının etkisi olsa da neticeye olan etkisinin düşüklüğü nedeniyle uygun illiyet kesilmekte ve netice cezai anlamda hekimin eseri olarak kabul edilememektedir. Örnekte hekimin açık bıraktığı cihazın ortamda bulunan belli verileri kayda alabileceğine dair bir öngörüsü vardı bu anlamda en azından olası kast düzeyinde de olsa sübjektif sorumluluğu vardır. Ancak oluşan netice ile hekimin davranışı arasında illiyet bağı bulunmamakta, başka bir deyişle illiyet bağı kesilmiş bulunmaktadır.

2.2.1.3.2. Manevi Unsurlar

Ceza hukukuna hâkim olan fiilin sübjektifliği ilkesi, suçtan söz edebilmek için failin tipe uygun bir fiili gerçekleştirmesini yeterli görmemekte, ayrıca bu fiilin psikolojik yönden de faile bağlanabilmesi gerektiğini, yani suçun oluşturan fiil ile fail arasında sadece nedensel bir bağın değil aynı zamanda psişik, manevi bir bağın da bulunmasını gerektiğini ifade etmektedir.⁴⁴⁹ Bu yönüyle bir kimsenin işlediği fiilden dolayı cezai sorumluluğunun bulunabilmesi için faille fiil arasında manevi bir bağın bulması da gerekir.⁴⁵⁰ İşte bu nedenle tipikliğin manevi unsuru denilince kişi ile işlediği fiil arasındaki manevi bağ anlaşılır.⁴⁵¹ Kişi ile gerçekleştirdiği davranış arasında bu manevi bağ yoksa davranış ceza hukuku anlamında fiil niteliği taşımaz ve dolayısıyla bir suçun varlığından söz edilemez.⁴⁵² Bu yönüyle manevi unsur da haksızlığın bir parçasıdır.⁴⁵³ Öyleyse failin fiili nedeniyle cezalandırılabilmesi için yapılan hareketin objektif olarak tipe uygun olması yetmez; sübjektif olarak da tipi kapsamaması yani tipte yer alan unsurların fail tarafından bilinmesi ve istenmesi gerekir. Buna sübjektif tipe uygunluk ta denebilir.⁴⁵⁴

Tipikliğin manevi unsurlarının varlığı halinde ancak o fiil sübjektif olarak da failine isnat edilebilir.⁴⁵⁵ Bu yönüyle ceza sorumluluğu için öncelikle hareketin iradi olması gerekmektedir. İradi olarak gerçekleştirilmeyen hareketlerde artık manevi unsuru araştırmaya gerek yoktur. Zira ceza hukuku sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.⁴⁵⁶ Ayrıca failin tipik haksızlık unsurlarının tümü bakımından kasten veya taksirle hareket ettiğinin de belirlenmiş olması gerekir.⁴⁵⁷ Yani suçun manevi unsuru olarak kabul edilen bu unsur iki biçimde ortaya çıkar. Bunlar, kast ve taksirdir.⁴⁵⁸ O halde failin hareketinde kast ve taksirden söz edilemiyorsa bu kişinin ceza hukuku bakımından sorumluluğu düşünülemez.⁴⁵⁹ Zaten bu nedenle sübjektif sorumluluk, kasttan doğan sübjektif

⁴⁴⁹ Toroslu, *Ceza Hukuku*, 83.

⁴⁵⁰ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 217.

⁴⁵¹ Bakıcı, 5237 Sayılı, 276; Özgenç, *Genel Hükümler*, 223; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 135.

⁴⁵² Özgenç, *Genel Hükümler*, 223; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 135.

⁴⁵³ Malkoç, 5237 Sayılı, 13.

⁴⁵⁴ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 265.

⁴⁵⁵ Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 135-136.

⁴⁵⁶ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 215.

⁴⁵⁷ Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 135-136.

⁴⁵⁸ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 261; Toroslu, *Ceza Hukuku*, 88; Özgenç, *Genel Hükümler*, 223; Bük, *Elektronik Ortamda*, 163; Malkoç, 5237 Sayılı, 13.

⁴⁵⁹ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 215.

sorumluluk ve taksirden doğan subjektif sorumluluk olmak üzere iki ayrı kategoriye ayrılır.⁴⁶⁰

TCK'nin 21. Maddesinde “*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır.*” denilmektedir. Ayrıca TCK'nin 22/1 maddesinde “*taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır*” hükmü bulunmaktadır. Buna göre kanunun başka şekilde belirtmediği hallerde özel hükümler kısmında düzenlenmiş bir suçun oluşması için failin kasten hareket etmesi şarttır. Bu nedenle ilgili özel düzenlemede ayrıca fiilin kasten işleneceğinin açıkça belirtilmesine gerek yoktur. Taksirin cezalandırılabilmesi için kanunda açıkça cezalandırılması yönünde düzenleme bulunması gerekir.⁴⁶¹

Öğretide kast suçun kanuni tanımında yer alan objektif unsurların bilinmesi ve istenmesi veya tipikliğin bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi şeklinde tanımlanmaktadır.⁴⁶² Yani tipiklikte yer alan objektif unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştirmektir.⁴⁶³ Kanun'da da öğretime benzer şekilde tanımlanmıştır.⁴⁶⁴ Kast doğrudan (direkt) kast -dolaylı (muhtemel, olası, gayrimuayyen) kast, genel kast- özel kast, zarar kastı- tehlike kastı gibi bazı ayrımlara tabi tutulmaktadır.⁴⁶⁵

İnceleme konumuz suçun manevi unsuru kasttır.⁴⁶⁶ Genel kastın varlığı suçun oluşumu için yeterlidir.⁴⁶⁷ Yani genel kastla işlenebilir.⁴⁶⁸ Bu nedenle suç oluşumu için özel kast aranmaz.⁴⁶⁹ Buna göre fail, kişisel verileri hukuka aykırı şekilde kaydettiğini bilerek ve isteyerek hareket etmesi halinde suçun manevi ögesi de oluşmuştur.⁴⁷⁰ Bu

⁴⁶⁰ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 209.

⁴⁶¹ Malkoç, *5237 Sayılı*, 13.

⁴⁶² Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 145.

⁴⁶³ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 221; Özgenç, *Genel Hükümler*, 232; Malkoç, *5237 Sayılı*, 14; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 264; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 145.

⁴⁶⁴ TCK'nın 21/1 maddesine göre kast, suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.

⁴⁶⁵ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 159.

⁴⁶⁶ Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2090; Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2745; Bük, *Elektronik Ortamda*, 165; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 136; Akdağ, *Türk Ceza*, 100; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 126; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 81; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 142; Güven, *Hasta Bilgilerinin*, 67; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 140; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 645; Sedat Erdem Aydın, *AIHM İçtihatları*, 130.

⁴⁶⁷ Güven, *Hasta Bilgilerinin*, 64; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 142; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 645.

⁴⁶⁸ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 566; Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2745; İstek, *Hasta Mahremiyeti*, 199.

⁴⁶⁹ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 645; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 81; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 136.

⁴⁷⁰ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 142.

anlamda failin, kaydettiği verinin kişisel veri olduğunu bilmesi ve bu veriyi kaydetmeyi istemesi gerekmektedir. Verinin niteliğini veya gerçekleştirdiği hareketin sonucunda bu veriyi kaydetmiş olacağını bilmeyen veya bu fiili gerçekleştirmeyi istemeyen kişinin kastının varlığından söz edilemez.⁴⁷¹ Yani suçun oluşumu için failin kişisel verileri kaydetmeye yönelik hareketinin iradi olarak yapılmış yani istemiş olması gerekli ve yeterlidir. Özel kast aranmadığından kayıt sonrası kişisel verinin yok olması veya bir daha kullanılmayacak ya da erişilemeyecek hale gelmesinin istenmesi gerekmemektedir. Bu anlamda failin kastının böyle bir neticeyi kapsayıp kapsamaması suçun oluşumu açısından bir önem taşımamaktadır. Böyle bir kastın bulunması durumunda zarar kastından⁴⁷² bahsedilir ve kanaatimizce genel kasttan ve tehlike kastından daha nitelikli bir durumdur. Böyle bir zararın netice olarak ortaya çıkmasının istenilmesi bu nedenle suçun ağırlatıcı bir nitelikli hali olarak düzenlenebilirdi. Mevcut durumda failin böyle bir neticeyi istediği ortada ise ancak hâkim tarafından hüküm kurulurken alt sınırdan uzaklaşılmasına gerekçe yapılabilir. Bu şekildeki uygulama da ceza adaleti açısından uygun olacaktır.

Suçun oluşumu açısından saik de önem taşımamaktadır.⁴⁷³ Suçun taksirle işlenebileceği yönünde özel bir düzenleme yapılmamış olduğundan, taksirle işlenemeyecek bir suçtur.⁴⁷⁴

Suçun oluşabilmesi için suçun bilerek ve istenerek işlenmesi gerekmektedir.⁴⁷⁵ Yani failini kastı, tipte yer alan unsurları kapsamalıdır.⁴⁷⁶ Daha somutlaştırarak söylemek gerekirse failin, mağdurun kişisel verilerini kaydedecek nitelikteki davranışları bilerek ve isteyerek gerçekleşmesi suçun oluşması için gereklidir. Ancak bazı yazarlar bu anlamda isteme unsurunu, kastın zorunlu bir parçası olarak

⁴⁷¹ Akdağ, *Türk Ceza*, 100.

⁴⁷² Tabir ve kapsamı için bkz. Toroslu, *Ceza Hukuku*, 95.

⁴⁷³ Gerçeker, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2745; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2090; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 645; Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, III. Cilt, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ocak 2014, 4121; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 136; Bük, *Elektronik Ortamda*, 165; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 142.

⁴⁷⁴ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 140; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 136; Güven, *Hasta Bilgilerinin*, 67; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 645; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2090; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 126; Güven, *Hasta Bilgilerinin*, 64; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 142.

⁴⁷⁵ Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 81.

⁴⁷⁶ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 566.

görmemektedir. Onlara göre kastın varlığı için suçun maddi unsurlarının fail tarafından bilinmesi yeterlidir.⁴⁷⁷

Suçun olası kasıtlı işlenmesinin mümkün olduğunu düşünenler bulunmaktadır.⁴⁷⁸ Buna göre genel kastla işlenebilen suçun kural olarak olası kastla işlenmesi de mümkündür. Bu kişisel verilerin kaydedilmesi suçu bakımından da geçerlidir. Olası kast, failin neticeyi öngörmesi ancak meydana gelmesi konusunda kayıtsız kalması; meydana gelememesi için çaba sarf etmemesi, neticeyi göze alması olarak anlaşılmalıdır.⁴⁷⁹ Yani olası kastta, failde kastın bilme unsuru bulunmakta olup isteme unsuru net bir şekilde bulunmamaktadır, ancak failde ayrıca netice açısından bir kabullenme veya umursamama hali söz konusudur. Dolayısıyla failin olası kastla hareket ettiğinin söylenebilmesi için suçun faili kanunda geçen kişisel verileri kaydettiğini bilecek, bunları kaydetmeye ilişkin doğrudan açık bir isteği bulunmayacak; ancak bunları kaydetmeyi umursamayacak veya kabullenecektir. Yalnızca başka bir amacına ulaşabilmek için bu verileri de kaydetme olasılığının yüksek olduğunu bilecek ve kaydetmeyi umursamayacak, ortaya çıkabilecek olan “verileri kaydetme” neticesini kabullenecektir.⁴⁸⁰

Suçun olası kasıtlı işlenemeyeceğini düşünenler de bulunmaktadır. 135. maddenin metninde yer alan suç tanımındaki “*hukuka aykırı olarak*” ifadesiyle kişisel verilerin kaydedilmesi fiiline özellikle işaret edilmiş olması nedeniyle, bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilecek olup olası kastla işlenemeyecektir.⁴⁸¹ Ancak biz suça ilişkin olarak bu kabulün doğru olmadığını düşünmekteyiz. Zira bu tabiri kastı belirleyici bir unsur olarak görmemekteyiz. İncelenen görüşe göre maddenin ikinci fıkrasında hukuka aykırılık unsurunu özel olarak aradığı, cinsel yaşam, sağlık durumu gibi konulara ilişkin kişisel verilerin kaydedilmesi durumlarına özgü olarak olası kasıtlı işlenemezler. Çalışmamızın konusu kişisel sağlık verileri olduğuna ve sağlık durumu kavramı kişisel sağlık verilerinden daha geniş bir kavram olduğuna göre bu suçun inceleme konumuz olan kişisel sağlık verileri açısından olası kastla işlenilmesi mümkün değildir. Ancak doğrudan kastla işlenebilir. Bu anlamda failin suçun maddi unsurları

⁴⁷⁷ Özgenç, *Genel Hükümler*, 232-233.

⁴⁷⁸ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 645; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 126; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 142.

⁴⁷⁹ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 566; Güven, *Hasta Bilgilerinin*, 64-65.

⁴⁸⁰ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 137.

⁴⁸¹ Sedat Erdem Aydın, *AİHM İçtihatları*, 130-131.

hakkındaki bilgisinin tam ve kesin olması gerekmektedir. Bu anlamda doğrudan kastta kastın bilmek unsuru daha belirgin bir unsurdur. Öyleyse suçun işlenmesini kararlaştıran failin bu suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların mevcut olduğunu veya fiilin icrası sırasında gerçekleşeceğini kesin olarak öngörmüş olması gerekmektedir.⁴⁸²

Biz suçun olası kastla da işlenebileceğın düşünmekteyiz. Bu anlamda failin mutlaka doğrudan kastının bulunması gerekmemektedir. Örneğın tıbbı görüntüleme görevlisi bir kişi görevinin belli bir hasta açısından kendisine tanıdığı sınırları aşacak şekilde bir görüntüleme yaparsa örneğın kolayına geldiğı için hastanın sadece istenilen organını değil çevresindeki tüm organları içerecek şekilde ya da tüm vücudunun kaydını yaparak hekime gönderirse bu anlamda olası kastı vardır. Çünkü esasında kendisi de böyle bir kayıt yapmaması gerektiğini bilmekte, böyle bir kayıt yapmayı doğrudan istememekte, o şekilde bir görüntüleme yapması halinde kişisel verilerin kaydına ilişkin ölçülülük ilkesini aşabileceğın öngörmekte ve belki yorgunluktan veya başka bir nedenle kaydın bu şekilde yapılmasına kayıtsız kalmakta olursa olsun demektedir. Bu anlamdaki yaklaşımı nedeniyle kayıt neticesini taksirle gerçekleştirmediğı gibi neticeyi doğrudan istememesi nedeniyle doğrudan kasıtlı da hareket etmiş olmamaktadır. Yani olaya olursa da olsun çerçevesinde yaklaşmakta ve bu neticeyi engellemeye gayret göstermemektedir. Bu nedenle olası kastı vardır, görevin sağladığı yetkinin sınırlarını aşmaktadır. Bu nedenle kişisel verilerin kaydedilmesi suçundan sorumluluğı bulunmalıdır.⁴⁸³

Bu suçun özellikle 1. fıkrası ve 2. fıkrasında sayılan bazı veri türleri için, özel olarak hukuka aykırılık unsurunun aranmasının yani düzenlemede hukuka aykırılık ibaresinin özel olarak konulmuş olması doktrinde ayrıca tartışılan bir konu olmuştur. Bu durumlara özel hukuka aykırılık da denilmektedir.⁴⁸⁴ Bunun bir yönü de suçun manevi

⁴⁸² Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 159.

⁴⁸³ Suçun işlenebilmesi için özel kast gerekli değildir. Ancak bazı yazarlar 135. maddenin ikinci fıkrasında yer alan “*kışisel veri olarak kaydeden*” ifadesinden yola çıkılarak, kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırkı kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgilerin kaydedilmesinden dolayı failin sorumluluğının doğabilmesi için ayrıca bu bilgilerin kişisel veri amacıyla kaydedilmesi gerektiğı ileri sürülmektedir (Bkz. Sedat Erdem Aydın, *AIHM İctihatları*, 131). Ancak biz ikinci fıkrada yer alan bu ifade dolayısıyla suçun kanuni tarifinde, kastın yanında ayrı bir manevi unsur olarak bir “*amaç*” unsurun arandığını düşünmemekteyiz. Aynı yönde bkz. Sedat Erdem Aydın, *AIHM İctihatları*, 131.

⁴⁸⁴ Bkz. Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 19; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel*

unsuruna olan etkisi olarak görülmüştür. Bu yönüyle hukuka özel aykırılık hallerinin genel olan hukuka ayıklıktan farkını manevi unsurda gören yazarlar bulunmaktadır. Bunlara göre kanunda ayrıca gösterilmeyen hallerde failin yaptığı hareketin hukuka aykırı olduğunun farkında bulunup bulunmaması önemli değildir. Hukuka özel aykırılık hallerinde ise keyfiyet ayrı ve özel bir unsur sıfatını alacağı için failin hukuka aykırılığı da bilmiş ve istemiş olmasını, yani kastın hukuka özel aykırılığı da kapsamına almasını gerektir.⁴⁸⁵ Öyleyse failin tipte yer alan diğer unsurlar yanında yine tipte özellikle ve ayrıca belirtilmiş bulunan hukuka aykırılık unsurunu da biliyor ve istiyor olması gerekir.⁴⁸⁶ Suç tipinde “*hukuka aykırılık*” özel olarak yer almaktaysa hukuka aykırılığın tipikliğin bir unsuru olarak ele alınması ve failin suçu bu bilinçle işlemiş olmasının aranması gerekmektedir.⁴⁸⁷

Özel hukuka aykırılık hallerine ilişkin olarak yapılan diğer tartışmaları hukuka uygunluk halleri başlığı altında incelemek sistemsel olarak daha uygun olacaktır. Bu nedenle bu hususa ilişkin olarak diğer tartışmalara o başlık altında ayrıca değineceğiz. Ancak burada bir hususa daha değinmekte fayda vardır ki o da hukuka özel aykırılık kabulü ile yasaklılık yanılması yani hukuka aykırılık bilincinin birbirine girdiğini belirtmek gerekiyor. TCK 30/4 maddesi konuyu “*İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz*” şeklinde ifade etmiştir. Hukuka aykırılık bilinci ile ifade edilmek istenen failin, fiili işlediğini biliyor ve istiyor; ancak fiilin hukuka aykırı olmadığını, haklı olduğunu, yasal olduğunu düşünüyor yani meşru sanıyor olmasıdır. Başka bir deyişle fail, fiilin hukuka aykırı olduğu bilincini taşıyor; hukuka aykırı olduğu hususunda hataya düşüyor, yasal olmadığını düşünüyor olmasıdır. Yasaklılık yanılması olarak da adlandırılabilir olan bu durum kastı değil kusurluluğu ortadan kaldırır. Ancak bunu için hatanın kaçınılmaz olması gerekir.⁴⁸⁸ Ancak failin kastı özel hukuka aykırılığı kapsamına almıyorsa fail kasten hareket etmiş kabul edilemeyecektir. Yani fail hukuka uygun hareket ettiğini düşünüyorsa kastının bulunmadığı kabul edilecektir. Esasında aynı iki durum, iki farklı kabulle fakat aynı neticeye götürmektedir. Bu da özel hukuka aykırılık halinin kastın kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşünün hatalı olduğunu göstermektedir.

Hükümler, 563.

⁴⁸⁵ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 19; Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 127.

⁴⁸⁶ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 563.

⁴⁸⁷ Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 127.

⁴⁸⁸ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 564.

Yargıtay da manevi unsur itibariyle kararlarında sanıkların kasten hareket edip etmediklerine bakmakta ve kasıt görmediği durumlarda suçun oluşmadığına karar vermektedir. Örneğin 12. CD. bir kararında serbest çalışan bir psikiyatri hekiminin hastasına ait kişisel sağlık verilerini hastanın eşine vermekle suçlanan sanıkla ilgili olarak *“katılanın daha önce de sanık doktora eşi ile birlikte gittiklerine ilişkin beyanları, sanığın kişisel veri niteliğindeki katılanın hastalığına ilişkin kendi el yazısı içeren belgeyi suç işleme kastıyla hareket ederek üçüncü kişiye verdiğine dair dosya kapsamında bilgi ve belge de bulunmadığı anlaşılmakla⁴⁸⁹”* diyerek sanığın anladığımız anlamda suç işleme kastıyla hareket etmemiş olduğunu kabul ederek yerel mahkemece verilen beraat kararını onamıştır. Yargıtay’ın yaklaşımı isabetlidir. Zira bu olayda kastın bilme ve isteme unsurlarının ikisi de sanıkta bulunmamaktadır. Çünkü daha önce eşiyle birlikte gelerek muayene olan bir hastasına ilişkin olarak hekim zaten bu bilgileri eşin bildiğini düşünmektedir ve bu nedenle kasten hareket etmemektedir.

Yargıtay, hukuka aykırılık bilincini suçun subjektif unsurları arasında görmekte ve kastın kapsamında kalıp kalmadığına bakmaktadır. Bu yönüyle 12. CD. konuya ilişkin olarak bir kararında *“devlet hastanesinde tıbbi teknolog olarak çalışan sanığın, hastane otomasyon sistemine giriş yaparak, katılanın, 18.02.2009- 17.12.2009 tarihleri arasında, psikiyatri ve genel muayene polikliniklerinde, “depresif” teşhisi ile tedavi gördüğüne dair 7 adet epikriz bilgi formunu ele geçirip, bu belge örneklerini, katılana hakaret ettiği iddiasıyla katılan tarafından açılan tazminat davasına delil olarak sunduğu olayda, gerektiğinde ilgili hastaneden mahkemece temin edilebilecek nitelikteki belge örneklerini, üçüncü kişi ya da kişilerle paylaştığı ve/veya çoğaltarak dağıttığına dair hakkında bir delil bulunmayan sanığın, katılanda mevcut psikolojik rahatsızlıkların ona hakaret etmesinden kaynaklanmadığına dair açıklamalarını ispatlama amacını taşıyan eylemlerinde, hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle davranmadığı anlaşıldığından, sanık hakkında verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan dolayı beraat kararı verilmesine dair yerel mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiş sanığın atılı suçtan mahkumiyeti yerine beraatine karar verilmesi sebebiyle hükmün bozulmasını öneren tebliğnamedeki görüşe iştirak*

⁴⁸⁹ Y. 12. CD., 03.10.2013, E. 2012/32302, K. 2013/22504, Artuk, Gökcen ve Yenidünya, *Türk Ceza*, 3. Cilt, 4660.

*edilmemiştir*⁴⁹⁰ ” diyerek sanığın suç işleme kastıyla hareket etmediğini, kastının bulunmadığını kabul etmiştir. Kanaatimizce burada netice isabetli olsa da gidilen yol hatalıdır. Zira olaydaki sanık kendisine karşı açılmış bulunan davada, şikâyetçinin sağlık sorunlarının kendisine yöneltilen hakaret iddiasından kaynaklanmadığını ispat etme amacı ile yani Anayasa’nın kendisine tanıdığı savunma hakkı kapsamında hareket ettiğini, bu hakkın kendisine bu yetkiyi verdiğini düşünerek ve hukuka aykırı olarak kişisel verileri ele geçirmek amacıyla hareket etmemekte, bu anlamda hukukun kendisine tanıdığı sınırlar içinde hareket ettiğini düşünmektedir. Zira kendisini bahse konu kayıtları tutma yetkisine sahip bulunmasa da bu kayıtlara görevi nedeniyle erişim yetkisi bulunmaktadır. Bu yönüyle eyleminin kastının bunu içerip içermediği kapsamında değilde hukuka uygun olup olmadığı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu anlamda sanık bu iradeyle hareket etmiş olmasa dahi kendisini savunma amacıyla hareket ettiği ve eylemi ile savunma hakkının sınırlarını aşmadığı için eylemi hukuka uygundur. Bu nedenle ayrıca kastının bunu kapsayıp kapsamadığının bir önemi bulunmamaktadır. Yani neticeten Yargıtay yanlış yolu kullanmış ancak doğru neticeye ulaşmıştır denilebilir.

Savunma hakkının sınırlarının bu kadar genişletilemeyeceği, bu nedenle bahse konu yaklaşımın isabetli olmayacağı düşünülebilir. O ahvalde dahi bu sefer konu TCK 30/4 maddesi kapsamında haksızlık yanılığı olarak değerlendirilebilir. Sanığın görevi kapsamında tutmadığı, uhdesinde muhafaza edilmeyen ancak erişim yetkisi bulunan kayıtlara erişerek yetkisini aşmak suretiyle bunu mahkemeye sunması durumu, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir yanılı olarak da değerlendirilebilir. Yani Yargıtay’ın ulaştığı netice, Yargıtay’ın gerekçesinden çok daha farklı gerekçelerle savunulabilir.

2.2.1.3.3. Nitelikli Unsurlar

Cezaya layık haksızlığın oluşması için varlığı zorunlu olan temel unsurları taşıyan suç tipi, o suçun temel şeklini oluşturur.⁴⁹¹ Ancak kanun koyucu, temel suç tipine eklediği bazı unsurlarla, suçun daha ağır veya daha hafif cezalandırılmasını uygun görmüş olabilir. İşte suçun temel şekline ilave edilen ve cezanın arttırılmasını veya

⁴⁹⁰ Y. 12. CD., 24.01.2018, E. 2016/10581, K. 2018/809, [www.kazanci.com / kho2/ İbb / files / dsp.php?Fn= 12cd- 2016 -10581. Htm & kw= `meslek``sanat`` kolaylık`# fm](http://www.kazanci.com/kho2/İbb/files/dsp.php?Fn=12cd-2016-10581.Htm&kw='meslek''sanat''kolaylık'#fm), E.T. 19.03.2020.

⁴⁹¹ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 131.

indirilmesini gerektiren bu hallere suçun nitelikli unsurları⁴⁹² denilir. Bu hallere suç etkileyen haller⁴⁹³, suça etki eden sebepler⁴⁹⁴, nitelikli haller⁴⁹⁵ veya suçun türemiş şekilleri⁴⁹⁶ gibi değişik isimler de verilmektedir. Bunlar suçun varlığı için bulunması zorunlu olan kurucu unsurlara eklenen ve suçun daha ağır veya daha hafif sayılmasını ve bunun sonucun olarak da temel cezanın arttırılıp indirilmesini gerektiren, fakat bulunmamaları halinde suçun varlığına zarar vermeyen ve bulundukları zaman da suçun hukuki vasfının değişmesine yol açmayan sebepler⁴⁹⁷ olarak da tarif edilmektedir.

Suçun nitelikli halinde suçun temel şeklinin bütün unsurları vardır ve ayrıca temel suç tipinin cezasını ağırlaştıran veya hafifleten en az bir sebep de bulunmaktadır.⁴⁹⁸ Bu yönüyle temel şekli gerçekleşmeyen bir suçun nitelikli halinden de söz edilemez.⁴⁹⁹

Suç tipini ağırlaştıran veya hafifleten bu haller, failin veya mağdurun sıfatından, fail ile mağduru arasındaki ilişkilerden ve özellikle de akrabalık ilişkisinden doğan, suçun konusuna ait bir özellikten kaynaklanan, fiilin işlendiği yer ve zamana göre oluşan, fiilin işleniş şeklinden kaynaklanan, fiilin işlenişiyile güdülen amaç veya saikten kaynaklanan nitelikli haller olarak tasnif edilebilirler.⁵⁰⁰

İnceleme konumuz olan suçun nitelikli unsurlarının neler oluşunu ortaya koyabilmek için TCK'nin 135/2 ve 137. maddelerinin incelenmesi gerekmektedir. Buna göre suçun özel nitelikli bir kısım kişisel verilere ilişkin olarak işlenmiş olması, kamu görevlisi tarafından ve görevinin sağladığı yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi veya suçun belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi suçun nitelikli unsurlarını oluşturmaktadır. Çalışmamızın kapsamı gereği aşağıda bu nitelikli haller ayrıca incelenecektir.

⁴⁹² Bakıcı, 5237 Sayılı, 1169; Özgenç, *Genel Hükümler*, 209; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 132.

⁴⁹³ Dönmez ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 338.

⁴⁹⁴ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 14.

⁴⁹⁵ Karadağ, *Tıp Hukukunda*, 71; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 142.

⁴⁹⁶ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 285.

⁴⁹⁷ Dönmez ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 338; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 14.

⁴⁹⁸ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 144; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 132.

⁴⁹⁹ Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 132.

⁵⁰⁰ Özgenç, *Genel Hükümler*, 209-212; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 133-134.

2.2.1.3.3.1. Suçun Özel Nitelikli Kişisel Verilere (Kişisel Sağlık Verilerine) İlişkin Olarak İşlenmesi

TCK'nin 135/2 maddesinin son şekli “*Kişisel verinin, kişilerin siyasî, felsefî veya dinî görüşlerine, ırkî kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlâkî eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin olması durumunda birinci fıkra uyarınca verilecek ceza yarı oranında artırılır*” şeklindedir.

07/04/2016 tarih ve 29677 sayılı RG’de yayımlanan 24/03/2016 tarih ve 6698 sayılı KVKK’nin 30. maddesi ile ikinci fıkra da yer alan “*Kişilerin*” ibaresi “*Kişisel verinin, kişilerin*” şeklinde; “*bilgileri kişisel veri olarak kaydeden kimse, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır*” ibaresi “*olması durumunda birinci fıkra uyarınca verilecek ceza yarı oranında artırılır*” şeklinde değiştirilmiştir. Yani maddenin önceki halinde ceza miktarı itibarıyla ilk fıkraya gönderme yapılmakta ve suçun temel şeklindeki ceza ile failin cezalandırılması esas alınmakta idi. Bu nedenle ikinci fıkra 2016 değişikliklerine kadar suçun temel şeklinin değişik bir versiyonu gibi düzenlenmiş ve nitelikli bir hal olarak görülmemiştir. Bu tabii ki önemli bir eksiklikti ve ciddi eleştirilere konu olmaktadır.⁵⁰¹ Çünkü bu fıkra da sayılan kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kayda alınmasının mağdura ve topluma vereceği zararlar, verilerin özel nitelikli veriler olması nedeniyle ilk fıkradakilere göre çok daha ağırdır. Başka bir deyişle özel nitelikli verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesinin, diğer verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesine göre veri öznesi üzerinde daha ağır sonuçlar yaratmaya elverişli olması bu verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi karşısında uygulanacak olan yaptırımının özel olarak düzenleme altına alınmasını gerektirmiştir.⁵⁰² O halde bu tür kişisel verilerin niteliği gereği bunları konu alarak işlenen suçların haksızlık içeriği de daha fazladır.⁵⁰³ Bu kapsamda yapılan değişiklik ile daha ağır cezayı gerektiren bir hal haline getirilmiş olması isabetli olmuştur. Bu haliyle, TCK’nin 135. maddesinin 2. fıkrasında suçun “*nitelikli kişisel veriler*” hakkında yani belli türdeki kişisel verilere ilişkin olarak işlenmiş olması suçun cezasının arttırılmasını gerektiren nitelikli unsuru haline gelmiştir.⁵⁰⁴ Bu kapsamda özel nitelikli verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi

⁵⁰¹ Bkz. Dülger, *Kişisel Verilerin*, 137.

⁵⁰² Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 143.

⁵⁰³ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 137.

⁵⁰⁴ Zaten bahse konu değişikliğin yapıldığı 6698 sayılı Kanun’un 30. madde gerekçesinde “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 135 inci maddesinin ikinci fıkrasında değişiklik yapılmak suretiyle, birinci

fiilinden ötürü failin daha ağır cezalandırılmasını öngörmüş olması, kişileri bu verileri hukuka aykırı olarak işlenmekten daha fazla caydırma ve bu verileri özellikli olarak koruma amacını sağlamaya yönelik bir güvencedir.⁵⁰⁵

TCK'nin 135. maddesinde sayılan ve hukuka aykırı olarak kaydedilmeleri daha ağır cezalandırılan özel nitelikli veriler ise kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine, ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin kişisel verilerdir. Bu veri türleri 6698 sayılı KVKK'de de özel nitelikli veri olarak sayılan verilerdir.⁵⁰⁶ Bu veri kategorisine dahil tutulan veriler sınırlı olarak sayma yoluyla belirlenmiştir. Dolayısıyla bu veri grubuna dahil olan bilgilerin herhangi bir şekilde genişletilebilmesi mümkün değildir.⁵⁰⁷

Her iki düzenleme mukayese edildiğinde birbirine yakın düzenlemeler oldukları, KVKK'deki sayma yönteminin biraz daha ayırtılı olmakla birlikte kapsamlarının hemen hemen aynı olduğunu görmekteyiz. TCK'deki düzenlemede, kılık kıyafet, dernek vakıf üyeliği, mezhebi, ceza mahkumiyeti ve güvenlik tedbiri bilgileri ibareleri bulunmamakla birlikte bunların önemli bir kısmı sayılan kısmın kapsamına girmektedir. Örneğin mezhebi ibaresi bulunmasa bile buna ilişkin bilgi dini görüş kapsamına girmekte, yine kılık kıyafet ibaresi veya mahkûmiyet bilgileri belirtilmemiş olsa bile bunlara ilişkin bilgiler aynı zamanda ahlaki eğilimin bir göstergesi olabileceğinden duruma göre bu kapsama dahil olarak görülebilir. Sadece dernek ve vakıf üyeliği ve ceza mahkumiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili bilgiler bu anlamda nitelikli hal olarak sayılmamışlardır. Bunların sayılmamış olmasını bu anlamda önemli bir eksiklik olarak görmemekteyiz. Zira örneğin kişinin üyesi olduğu eşcinsel haklarını savunan bir dernek üyeliği aynı zamanda kişinin cinsel yaşamlarına ilişkin bir bilgi niteliği taşıdığı için bu kapsamda özel olarak korunması gerekecektir.

fıkra ile işlenen suçun konusunun özel nitelikli (hassas) veriler olması halinde verilecek cezanın yarı oranında artırılması öngörülmektedir” denilmektedir; Dülger, Kişisel Verilerin, 137; Sevik, Tıp Ceza, 797; Sariusta, Kişisel Verilerin, 144.

⁵⁰⁵ Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 143.

⁵⁰⁶ 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkındaki Kanunun 6/1 maddesinde özel nitelikli kişisel veriler “*Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri*” olarak sayılmıştır.

⁵⁰⁷ Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 143.

Bu anlamda konumuzu ilgilendiren kişisel sağlık verilerine ilişkin olarak bu suçun işlenmesi halinde de ceza yarı oranında arttırılacaktır. Yani suçun konusunu oluşturan kişisel verilerin, kişinin sağlık alanına ilişkin olması halinde de bu nitelikli hal geçerli olacaktır.⁵⁰⁸ Maddenin bu fıkrasında sayılan verilerin neler olduklarını çalışmamızın üst kısımlarında inceledik. Gereksiz tekrarlardan kaçınmak adına burada yeniden bu hususları tartışmayacağız. Bu yönüyle kişisel sağlık verilerinin bu nitelikli unsuru oluşturan kişisel veriler kategorisine girdiğinde hiçbir tereddüt bulunmamaktadır.

Günlük hayatta kişisel veriler en fazla sağlık hizmetlerinden yararlanılması sırasında işlenmektedir ve bu hizmetlerden faydalanmak için yetkililerle paylaşılan kişisel veriler genellikle kişilerin sağlık durumlarına ilişkin özel nitelikli verilerdir. Bu yönüyle kişisel sağlık verileri, kimliği belirli veya belirlenebilir bir hastayla ilişkilendirilebilen ve bu kişilerin sağlık durumuyla ilgili ayırt edici bir nitelik taşıyan her türlü kişisel veri olarak görülebilir. Buna göre hastanın, bir sağlık kurumuna başvurduğu andan tedavisi ve hatta tedavi sonrası kontrolleri tamamlanıncaya kadar geçen süreç içerisinde yetkili kişilerle paylaştığı bilgi, kan, doku, film, reçete gibi şeylerin içerdikleri verilerinin tamamı hastaya ait özel nitelikli veridir.⁵⁰⁹

Maddede geçen sağlıkla ilgili kişisel bilgi, sır kavramından daha geniş yorumlanmaya müsaittir.⁵¹⁰ Zira madde de kişisel sağlık verilerine sır niteliğinde olanları da içine alacak şekilde fakat çok daha geniş bir anlam verilmektedir.⁵¹¹ Yine üst bölümlerde tartışıldığı üzere TCK, suçun oluşumu açısından verilerin gizli olmasını aramamış, verilerin kişisel olmasını yeterli görmüştür.⁵¹² Bu anlamda gizli olmasa alenileşmiş bile olsa bir sağlık verisi kişisel olma niteliğini taşıyor ise hukuka aykırı şekilde kaydedilmesi suçun nitelikli halinin oluşmasını sağlayabilecektir. Burada önem arz eden bir diğer husus suçun temel cezasının yani maddenin birinci fıkrasındaki cezanın alt sınırının bir yıl olması nedeniyle bu verilerin suçun konusunu oluşturması durumunda cezanın yarı oranında artırılması gerektiği için bu verilere ilişkin olarak işlenen suçun alt sınırının 18 ay hapis cezası olacak olmasıdır.

⁵⁰⁸ Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 71; Sevik, *Tıp Ceza*, 797; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 144.

⁵⁰⁹ Sevik, *Tıp Ceza*, 797; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 144.

⁵¹⁰ Özdemir, *Hadım Etme*, 200.

⁵¹¹ Aynı yönde bkz. Erbaş, *Sağlık Mesleği*, 19.

⁵¹² Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 17.

Özel nitelikli verilerin sınırlı olarak sayma suretiyle belirlenmesi usulü uluslararası düzenlemelerde de genellikle benimsenmiş olan bir yöntem olmakla beraber, öğretilde özel nitelikli verilerin bu şekilde sınırlandırılmasının çok da yerinde olmadığı belirtilmiştir. Yine bu kapsamda sınırlı olarak sayılan özel nitelikli veri kategorisi içerisinde kabul edilmeyen basit bir kişisel verinin de zaman zaman kullanılma amaç, içerik veya sonuç itibarıyla özel nitelikli bir veri korumasına sahip olmayı gerektirebileceği belirtilmiştir. Hatta bu fikre normalde özel nitelikli bir kişisel veri olarak kabul edilmeyen bir fotoğrafın, kişinin toplum içerisinde ayrımcılığa maruz kalması neticesi yaratabilecek ten rengi gibi fiziksel bir özelliğini göstermesi halinde ve kullanılma amacı veya şekline göre özel olarak korunması gereken veri kategorisi içerisine dahil edilmesi gerekebileceği örneği verilmiştir.⁵¹³ Ancak biz bu kanaate katılmamaktayız. Zira veriler sınıflandırılırken verinin dış aleme yansıma şekline yani kâğıt üzerine yazılı olması veya resim şeklinde basılı olması gibi yönetime göre sınıflandırılması uygun görülmemiş, verinin içerdiği bilginin hangi hususa ilişkin olduğuna yani maddi yönüne göre sınıflandırma yapılmıştır. Bu nedenle bir kişinin resmi, kişinin ten rengini gösteriyor ve bu anlamda ayrımcılığa maruz kalma sonucu doğurabilecek bir nitelik taşıyorsa bu resim, içerdiği bilgiler itibarıyla kişinin ırkı kökenine ilişkin bilgi verdiği için zaten özel nitelikli kişisel veri sayılmaktadır. Bu sınıflandırma yöntemi gelişen teknoloji karşısında daha isabetli bir tercih niteliği taşımaktadır.

2.2.1.3.3.2. Suçun Kamu Görevlisi Tarafından ve Görevinin Sağladığı Yetki Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi

TCK'nin 137. maddesinde sayılan nitelikli haller inceleme konumuz suç açısından da ağırlatıcı neden niteliği taşımaktadır. Zira 137 maddede “*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 artırılır.” denilmektedir.

⁵¹³ Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 144.

Maddede “*yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların*” ibaresine herhangi bir kısıtlama getirilmediğinden, bu nitelikli haller inceleme konumuz suç açısından da geçerlilik taşımaktadır.⁵¹⁴ Zira maddede özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar bölümünde yer alan suçlar için failin sıfatından kaynaklanan cezayı artırıcı nitelikli haller öngörülmüştür.⁵¹⁵ Bu nedenle cezada artırım yapılmasını gerektiren halleri özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suçların tamamı bakımından “*ortak nitelikli haller*” olarak isimlendirenler de bulunmaktadır.⁵¹⁶ Ancak bu madde, lafzı nedeniyle “*özel hayata ve hayatın gizli alanına suçlar*” başlığı altındaki tüm suçlar açısından uygulanma kabiliyeti taşımamaktadır. 137. madde, ancak “*haberleşmenin gizliliğini ihlal*” (TCK m.132), “*kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması*” (TCK m.133), “*özel hayatın gizliliğini ihlal*” (TCK m.134), “*kişisel verilerin kaydedilmesi*” (TCK m.135) ve “*verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme*” (TCK m.136) suçları açısından uygulanabilme imkânı taşımaktadır. Aynı başlık altında yer alan “*verileri yok etmeme*” (TCK m.138) suçu açısından bu nitelikli hallerin uygulanması mümkün değildir.⁵¹⁷ Çünkü madde metnindeki “*yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların*” ibaresi bu 138. maddeyi kapsamına almamaktadır. Zira yukarıdaki madde niteliği taşımamaktadır.

Maddede belirtilen “*Kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle*” suçun işlenmesi halinin nitelikli hal olarak düzenlenmesinin nedeni, kamu görevlisinin kamu otoritesini temsil etmesi, kamu otoritesinden sağladığı güç ile suçu kolaylıkla işleyebilmesi ve işlediği suçla kamu otoritesine duyulan güvenin de sarsılmasına sebep olmasıdır.⁵¹⁸ Zira bir kamu görevi ile görevlendirilen kişi, bu kamu faaliyetinin yürütülmesi sırasında, görevin gerekli kıldığı yükümlülöklere uygun hareket etmek zorundadır.⁵¹⁹ Kamu görevlilerine yönelik bu türden bir cezayı ağırlaştırıcı neden olarak belirlenmesi kişisel verilerin kaydedilmesinde kişi ve kamu görevlisinin karşı karşıya geldiği zamanlarda kişinin yönetime güveninin sağlanmasını sağlamaya hizmet edecektir.⁵²⁰

⁵¹⁴ Aynı yönde Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 14.

⁵¹⁵ Dölger, *Kişisel Verilerin*, 137.

⁵¹⁶ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 14.

⁵¹⁷ Aynı yönde bkz. Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 132.

⁵¹⁸ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 15.

⁵¹⁹ Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2096.

⁵²⁰ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 151.

Düzenlemeye göre suçun yani kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun kamu görevlisi tarafından ve görevin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenilmesi halinde temel ceza yarı oranında arttırılacaktır. Temel cezanın alt sınırı bir yıl hapis cezası olduğuna göre bu şekilde gerçekleştirilmesi halinde ise ceza en az on sekiz ay hapis cezası olarak uygulanabilecektir.

Bu nitelikli halin geçerlilik kazandığı durumlarda fail bakımından özgü suç söz konusudur.⁵²¹ Zira özgü suçlar kendi içerisinde ikiye ayrılır. Sadece özel faillik vasfını taşıyanlar tarafından işlenebilen suçlara “*gerçek özgü suçlar*” ve herkes tarafından işlenebilmekle birlikte nitelikli şekli özel faillik vasfını taşıyanlar tarafından işlenilebilen suçlara ise “*görünüşte özgü suçlar*” denilmektedir. Özgü suçların bu şekilde kendi içinde ikiye ayrılması iştirak kullarının uygulanması bakımından özel bir önem taşımaktadır. Gerçek özgü suçlara özel faillik vasfını taşımayan kişilerin fail olarak katılması mümkün değildir. Bu sıfatı taşımayan kişiler ancak şerik olarak bu suça katılabilirler (TCK m 40/2). Buna karşılık görünüşte özgü suçlar özel faillik vasfına taşımayan kişilerle, bu sıfatı taşıyan kişiler tarafından müşterek fail olarak birlikte işlenebilirler.⁵²²

İnceleme konumuz itibariyle de kanun koyucu suçların nitelikli hali bakımından kamu görevlisi sıfatını haiz olma şartını aramış ve bu nedenle bu nitelikli hali görünüşte özgü suç olarak düzenlemiştir.⁵²³ Buna göre temel şekli herkes tarafından işlenilebilmesine rağmen suç kamu görevlisi tarafından ve görevin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenmiş ise ancak nitelikli hal gerçekleşebilecektir.⁵²⁴

Nitelikli hal kapsamında fail, kamu görevlisidir.⁵²⁵ Kamu görevlisi kamu kesiminde çalışan herkes olarak anlaşılmaya müsaittir. Ancak genel anlamıyla kamu görevlisi kamu tüzel kişileri tarafından bir kamu hukuku rejimine göre çalışan herkesi kapsamaktadır. İdare hukuku anlamında bir kişinin kamu görevlisi olması için kamu kesimindeki bir örgüte bağlı olarak çalışması gerekir. Anayasa’nın 128. maddesine göre, kamu görevlilerinin ayırt edici niteliği, bunların genel idare esaslarına göre yürütülen

⁵²¹ Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 92.

⁵²² Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 106.

⁵²³ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 133.

⁵²⁴ Aynı mahiyette bkz. Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 106.

⁵²⁵ Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 92.

kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri görmeleridir.⁵²⁶ Ceza hukuku anlamında olup maddede kastedilen “*kamu görevlisi*” kavramı ise TCK’nin 6. maddesinin c bendinde tanımlanmıştır. Buna göre kamu görevlisi, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli ya da geçici olarak katılan kişidir. Bu kapsamda bir kimsenin kamu görevlisi sayılabilmesi için; a- yapılan faaliyetin kamusal bir faaliyet olması, b- yürütülen bu kamusal faaliyete failin herhangi bir suretle katılması⁵²⁷ şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Buna göre kamu görevlisi, eski TCK’deki memur kavramından daha geniş bir kavramdır. Kamusal faaliyete katılan herkes, statüsüne ve faaliyete sağladığı katkının niteliğine bakılmaksızın kamu görevlisi sayılmaktadır.⁵²⁸ Bu anlamda Cumhurbaşkanından kamu işçisine kadar herkes kamu görevlisi sayılabilmektedir. Bu kapsama gönüllü veya zorla hizmete alınanlar, ücret karşılığında çalışanlar, kadrolu veya kadrosuz çalışanlar, idare hukukuna tabi olarak çalışanlar, silahlı kuvvetler mensupları, üniversite öğretim üyeleri, memurlar, işçiler, kamu hizmetinin gerektirdiği, sürekli ve asli işlerde çalışanlar ve sözleşmeleri personel girmektedir.⁵²⁹

Kamusal faaliyetten ne anlaşılması gerektiği ise TCK’nin 6. maddesinin gerekçesinde açıklanmıştır. Buna göre “*Anayasa ve kanunlarla belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesi*” kamusal faaliyeti ifade etmektedir. Bu hizmetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret ve sair bir maddi karşılık alıp almamalarının bir önemi bulunmamaktadır.⁵³⁰ Bu bakımdan TCK’ye göre kişinin kamu görevlisi sayılmasının ölçütü, yürüttüğü faaliyetin niteliğidir.⁵³¹ Yani bu anlamda ayırıcı ölçüt yaptığı faaliyetin kamusal bir nitelik taşıyor olmasıdır.⁵³² Bu yönüyle az veya çok kamusal görev yürüttüğü, kamu adına hizmet gördüğü kabul edilen her kişi kamu görevlisi olarak kabul edilecektir.⁵³³ Buna göre TCK kapsamında kamu görevlisi kamusal faaliyeti yürüten⁵³⁴ veya bir şekilde buna

⁵²⁶ Bük, *Elektronik Ortamda*, 183.

⁵²⁷ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 15; Hüseyin Aydın, *Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı*, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:68, Sayı: 2010/1, 119.

⁵²⁸ Hüseyin Aydın, *Ceza Hukukunda*, 127.

⁵²⁹ Hüseyin Aydın, *Ceza Hukukunda*, 118.

⁵³⁰ Cumhur Şahin ve İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı*, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını, 1. Baskı Mart 2007, 112.

⁵³¹ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 150.

⁵³² Bük, *Elektronik Ortamda*, 183; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 560.

⁵³³ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 145.

⁵³⁴ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 150.

katılan kişidir. Neticeten ceza yasası, idare hukuku anlamındaki kamu görevlisi yerine daha geniş anlamda bir kamu görevlisi kavramını esas almaktadır.⁵³⁵ Bu nedenle TCK anlamında kamu görevlisi, geniş anlamda tüm kamu görevlilerini (memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yanında kamu hizmetlerinin yürütülmesine katılan asli ve sürekli diğer çalışanlar da dahil) kapsamına almaktadır.⁵³⁶ Hatta gerekçeye göre bu yönüyle avukatlar veya noterler de kamu görevlisi niteliği taşımaktadırlar. Keza bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında görevi ifa eden kişinin (bu görevler süresince) kamu görevlisi niteliğinde olduğu kabul edilmektedir.⁵³⁷ Bu bağlamda kamuda çalışan tüm hekimler ve diğer sağlık çalışanları da bu nitelikli halin muhatabı olabileceklerdir. Hatta bunlar açısından hemen bütün olaylarda bu nitelikli halin gerçekleşmesinin söz konusu olabileceği ifade edilmiştir.⁵³⁸

Madde metnindeki “ve” bağlacı nedeniyle kamu görevlisi ve görevin verdiği yetkinin kötüye kullanılması unsurlarının birlikte gerçekleşmesi halinde ancak nitelikli hal uygulanma alanı bulabilecektir.⁵³⁹ Bu yönüyle eylemin kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilmesi yeterli değildir. Aynı zamanda kamu görevlisinin bu eylemi görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanılmak suretiyle hareket etmiş olması gerekmektedir.⁵⁴⁰ Suçun göreviyle bağlantılı olarak işlenmiş olması aranacaktır.⁵⁴¹ Yani kamu görevlisinin görevinin sağladığı yetki ile işlenen suç arasından doğrudan bir nedensellik bağı bulunmalıdır. Başka bir anlatımla yetki, maddelerde sayılan suçların işlenmesi için kullanılacak, yani kötüye kullanılacaktır.⁵⁴² Buna göre kamu görevlisinin aynı zamanda bu hususta bir yetkisi olması gerekmektedir.⁵⁴³ Somut olayda kişi kamu görevlisi ancak görevin sağladığı yetkiyi kötüye kullanmamışsa ya da görevin sağladığı yetkiyi kötüye kullanan kişi kamu görevlisi değilse bu nitelikli halin uygulanma imkânı

⁵³⁵ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 560; Bük, *Elektronik Ortamda*, 183; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 145.

⁵³⁶ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 15.

⁵³⁷ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 150.

⁵³⁸ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 138; Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 66.

⁵³⁹ Aynı yönde Bük, *Elektronik Ortamda*, 183; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 92; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 150; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 145; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 15.

⁵⁴⁰ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4121; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2096; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 651; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 133.

⁵⁴¹ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 133; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4121.

⁵⁴² Malkoç, 5237 Sayılı, 914.

⁵⁴³ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 133; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4121.

bulunmamaktadır. Kamu görevlisi kendisine verilen görev gereği sahip olduğu yetkiye uygun davranmamalı veya bu yetkinin dışında hareket etmelidir.⁵⁴⁴

Yapılan hareketin ne zaman görevin gereklerine aykırı olacağı konusu ise özellikle idare hukuku esasları ve kuralları çerçevesinde göreve ilişkin mevzuat değerlendirilerek belirlenmesi gereken bir durumdur.⁵⁴⁵ Bu anlamda 6698 sayılı KVKK de büyük önem taşımaktadır. Yani kamu görevlisinin sahip olduğu kaydetme yetkisini bu kanunun koyduğu koşullara aykırı olarak yerine getirmesi halinde de bu nitelikli hal uygulanma kabiliyeti bulunmaktadır.⁵⁴⁶

Fiilin kamu görevi sırasında işlenmesi sıklıkla mümkün ise de suçun oluşumu anlamında tek başına belirleyici değildir. Bu yönüyle fiilin görevin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi daha büyük önem arz etmektedir.⁵⁴⁷ Bu nedenle failin görevi sırasında suçu işlemesi şart olmayıp görevinin verdiği yetkinin kötüye kullanılmış olması yeterlidir. Yani failin eylem sırasında kamu görevlisi olması ve görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanması yeterli olup fiilin mutlaka görevi başında olduğu esnada gerçekleştirilmesi şart değildir.⁵⁴⁸ Esasında TCK m. 137. maddede tanımlanan bu nitelikli hal, genel nitelikteki görevi kötüye kullanma suçuna göre, daha özel nitelikteki bir görevi kötüye kullanma suçudur.⁵⁴⁹ Yani bu düzenleme TCK'nin 257. maddesinden önce gelen bir özel hüküm niteliğindedir.⁵⁵⁰

Esas alınması gereken kriter görevin verdiği yetkinin kötüye kullanılması olduğuna göre bundan ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmalıdır. Bu kapsamda kötüye kullanmayı ifade eden hareketin kamu görevlisinin görevine giriyor olması gerektiği, bu nedenle yapılan hareket kamu görevlisinin görev alanına girmiyorsa bu nitelikli halin uygulanmasının mümkün olmadığı⁵⁵¹ düşünülmüştür. Yine kamu görevinin kötüye kullanıldığının tespitinin, kişilerin yürütmekle görevli olduğu kamu hizmeti ile gerçekleştirilen hukuka aykırı eylemin ilişkisine göre yapılacağı, buna göre

⁵⁴⁴ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 150.

⁵⁴⁵ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 15; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 560.

⁵⁴⁶ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 560.

⁵⁴⁷ Aynı yönde Sedat Erdem Aydın, *AIHM İctihatları*, 150; Bük, *Elektronik Ortamda*, 183; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 560.

⁵⁴⁸ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 15; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 560.

⁵⁴⁹ Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 92; Bük, *Elektronik Ortamda*, 183.

⁵⁵⁰ Malkoç, *5237 Sayılı*, 914.

⁵⁵¹ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 150; Bük, *Elektronik Ortamda*, 184; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 560.

fiil kamu görevlisinin görev alanıyla bağlantılı değilse bu nitelikli halin kapsamına girdiğinin söylenemeyeceği⁵⁵² ifade edilmiştir. Kanaatimizce her iki yaklaşım da isabetli olup meselenin bir kısmına ilişkin çözüm içermektedir.

Kanaatimizce görev alanıyla ilişkili olarak meseleye bakılmalı ve belirleme görevin sağladığı yetkinin sınırları kapsamında çözümlenmelidir. Zaten kullanılan görev alanı tabiri de esasında görevin sağladığı yetkinin sınırları anlamında kullanılmaktadır. Yani bir kimseye yasal görevi bazı yetkiler verir ya da vermez. Verdiği yetkiler ise esasında kişinin görev alanının sınırlarını çizer. Yani görevin verdiği yetkilere göre kişinin görev alanı belirlenir. Bu yönüyle belli bir davranışta bulunma konusunda kamu görevlisinin yetkili olup olmadığı, görevinin bu yetkiyi kendisine verip vermediği hususu ise konuyu düzenleyen mevzuata, özellikle idare hukuku kuralları ve bu doğrultuda oluşmuş genel uygulamaya göre belirlenecektir.⁵⁵³ Buna göre bir kişisel verinin kaydedilmesi bir görev olarak verilmemiş olsa dahi görevlinin bu kişisel veriyi görme ya da ulaşma yetkisi var olabilir. Böyle bir durumda görevin kendisine sağlamadığı bir yetkiyi kullanarak kişisel verilerin kaydedilmesi hukuka aykırı kayıt olacak ve nitelikli hal oluşturacaktır. Örneğin, kamu görevlisi olan bir hekimin hastasına ait laboratuvar sonuçlarını görme yetkisi vardır. Ancak bu laboratuvar sonuçlarını bulunduğu ortam dışında başka bir ortama kaydetme yetkisi yoktur. Bu yetki sadece laboratuvar personeline ve sadece söz konusu tahlil sonuçlarına ilişkin olarak vardır. Hekim bu sonuçları sadece kişinin hasta olup olmadığını değerlendirme açısından görebilir ancak hasta izin vermediği sürece hiçbir şekilde kayda alamaz. Sonuçların fotoğrafını çekemeyeceği gibi bambaşka bir siteme, örneğin üniversite öğrencilerinin inceleyeceği bir sisteme veya kitaba koyamaz. Aksine davranışlar kişisel verilerin kayda alınması niteliğinde davranışlar olup suçun nitelikli halini teşkil ederler. Zira fail hekim bu kişisel veriye görevin sağladığı bir yetki sayesinde ulaşmakta (kişisel verileri görebilmekte) ancak bu yetkinin sağlamadığı bir davranış gerçekleştirmekte, fakat bu davranışı kendisine sağlanan yetkiyi kullanarak yerine getirmektedir. Yani görevi tarafından kendisine sağlanan kişisel verileri görme yetkisini kötüye kullanarak mevcut neticeye (kaydetme) neden olmaktadır. Bu nedenle meseleye doğrudan görevin sağladığı yetkinin sınırları kapsamında bakmak belirleme yapılmasını kolaylaştıracaktır.

⁵⁵² Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 145.

⁵⁵³ Bük, *Elektronik Ortamda*, 184.

Zira kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi zaten hiçbir görev kapsamında kalamaz. Yani böyle bir (yasaya aykırı) görev olamaz.

Sonuç olarak bu nitelikli halin somut bir olayda uygulanabilmesi için: 1- Bir kamu görevlisinin bulunması, 2- Kamu görevlisinin kişisel verilere yönelik olarak ulaşma, görme vb. yetkilerinin olması, 3- Yetkinin kullanılması suretiyle verilere ulaşılması, 4- Yetkinin sınırları aşılarak kişisel verilerin kayda alınması şartlarının birlikte gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Yargıtay da bazı kararlarında bu nitelikli halin uygulanmasına yönelik olarak belirlemenin yetkiye bakılarak yapılmasını istemektedir. Bir kararında *“Belediye Başkanlığında zabıta komiseri olarak görev yaptığını beyan eden sanığın, olay tarihi itibarıyla görevi ve görevinin kapsamı, katılanın amiri konumunda bulunup bulunmadığı, görevi gereğince katılanın özlük dosyasına erişim imkanının olup olmadığı araştırılıp, atılı suçun, görevin verdiği yetkiyi kötüye kullanarak işlenip işlenmediği belirlendikten sonra, sanık hakkında TCK’nin 137/1-a maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi”⁵⁵⁴* ” bozma gerekçesi yapılmış ve kişisel verilere erişme anlamında sanığın görevinin sanığa bir yetki verip vermediğinin araştırılmasını istemiştir. Buna göre bu kişinin böyle bir yetkisi varsa ve bu yetkisi kapsamında mağdurun kişisel verilerine ulaşmış ise nitelikli hal uygulanacaktır. Yine aynı kapsamda bir başka kararında *“kendisine verilen görev gereği sahip olduğu yetkinin dışına çıkıp, görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanması halinde TCK’nin 137/1-a madde, fıkra ve bendinin uygulanacağı”⁵⁵⁵* ” diyerek doğru bir yaklaşımla görevi kapsamında bu alanda belli faaliyetlerde bulunmakla yetkilendirilen sanığın bu yetkisini aşmış olması halini nitelikli halin uygulanmasına esas almıştır. Bu yaklaşımı doğru olsa da Yargıtay’ın aksi yönde kararları da yok değildir.

Esasında Yargıtay’ın bu konudaki yaklaşımı tam olarak oturmamıştır. Zira oldukça yeni olan bir kararında *“Doktor olan sanığın hastane otomasyon sisteminden mağdurun cep telefonu numarasını rızası dışında ele geçirdiği şeklinde sübutu kabul edilen eyleminin verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu oluşturduğuna ilişkin yerel mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiş ancak, sanığın eyleminin görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanması kapsamında olmadığı*

⁵⁵⁴ Y. 12. CD., 13.1.2014, E. 2013/8389, K. 2014/62, www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2013-8389.htm&kw=`137/1`#fm, E. T. 28.02.2020.

⁵⁵⁵ Y. 12. CD., 12.12.2018, E. 2018/3553, K. 2018/12027, www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2018-3553.htm&kw=`137/1`#fm, E.T. 28.02.2020.

gözetilmeden sanık hakkında TCK 137/1-a. madde ve fıkrası gereğince artırım yapılarak sanık hakkında fazla ceza tayini⁵⁵⁶,” denilerek yerel mahkeme kararı bozulmuş ve nitelikli halin somut olayda geçerli olmayacağı kabul edilmiştir. Bu karara katılmak mümkün değildir. Çünkü sanık hekim sıfatına sahip olması nedeniyle bu otomasyon sistemine girme yetkisine sahip birisidir. Yani hekim olmasaydı bu sisteme giremeyecek ve bu kadar kolay bir şekilde mağdurun telefon numarasını elde edemeyecekti. Bu anlamda o hastanede hekim olarak görevli olması, bu nitelikteki verilere ulaşılabilmesi açısından sanığa yetki vermektedir. Ancak bu hekimin bu verileri başka ortamlara aktararak ya da yedekleyerek kayda alma yetkisi bulunmamaktadır. Yani görevi kendisine böyle bir yetki vermemektedir. Olayın oluşum şekli tam da yukarıda belirttiğimiz sistematığe, yetkilerin sınırlarına ilişkin belirlemeye uygundur. Bu kapsamda sanık görevinin sağladığı yetkiyi kullanarak, fakat tamamen görevsel olmayan kişisel amaçlarla bu verilere oldukça kolay ulaşmış ve hukuka aykırı bir şekilde bu veriyi kayda almıştır. Yani görevinin kendisine sağladığı yetkiyi, hukuka aykırı bir amaca ulaşmak için kullanmış ve nitelikli halin getirilmesine gerekçe alınan kendisine olan güveni bu anlamda zedelemiştir. Bu nedenlerle tam anlamıyla nitelikli halin koşulları oluşmuş bulunmaktadır. Ancak Yargıtay hatalı bir yaklaşımla sanığın kişisel verilere ulaşmasını görevin verdiği yetki kapsamında görmemiştir.

Konuya ilişkin olarak bir başka kararında ise “*askerlik hizmetini yerine getirmekte olan ve çevre emniyet nöbetçisi olarak görevlendirilen sanığın, kendisine verilen görev gereği sahip olduğu yetkiyi kötüye kullanarak üzerine atılı özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu işlemesinden dolayı sanığa hükmedilen cezada TCK’nin 137/1-a madde, fıkra ve bendi gereğince yarı oranında artırım yapılmasında bir isabetsizlik görülmemiştir⁵⁵⁷*” demekte ve görevin tanımadığı bir yetkiyi dahi kullanan sanığa nitelikli hali uygulamıştır. Zira bu olayda sanık güvenlik nöbetçisi olup bu görevi, kendisine güvenliğe aykırı davranış gösterip göstermedikleri yönüyle yetki alanı içinde bulunan kişileri izleme yetkisi vermekte ancak o bölgedeki kişilere ait konutların içerisini gözlemlleme yetkisi vermemektedir. Ancak sanık nöbet bölgesindeki bir lojmanın penceresine, üzerine çıktığı bir bisiklet sayesinde ulaşmakta ve konutun

⁵⁵⁶ Y. 12. CD., 13.06.2018, E. 2018/1187, K. 2018/6760, www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2018-1187.htm&kw=`137/1`#fm, E. T. 28.02.2020.

⁵⁵⁷ Y. 12. CD., 27.9.2017, E. 2016/1129, K. 2017/6742, www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2016-1129.htm&kw=`137/1`#fm, E. T. 28.02.2020.

içerisini izlemektedir. Bu anlamda o bölgede bulunan konutların içlerine bakma, izleme yetkisini görevi kendisine tanımamaktadır. O an orada nöbetçi olması da kendisine bir kolaylık tanımamakta, bu yönüyle aynı nitelikte davranışı orada buluna herhangi bir kimsenin gerçekleştirmesi ile sanığın gerçekleştirmiş olması arasında bir fark bulunmamaktadır. Yani o sitede oturan herhangi bir vatandaşta bu davranışı gerçekleştirirken aynı zorluk derecesi ile karşılaşacaktır. Sanığın o esnada o bölgede nöbetçi olması bu anlamda kişisel verilere erişimi konusunda sanığa ekstra bir yetki veya kolaylık tanımamıştır. Bu anlamda nitelikli halin uygulanması kesinlikle mümkün görünmemekte ancak Yargıtay hatalı bir şekilde bu nitelikli hali sanığa uygulamaktadır. Netice itibarıyla Yargıtay her ikisinde de hatalı şekilde; ilk olayda görevin tanıdığı bir yetkiyi kötüye kullanarak suçu daha kolaylıkla işleyen sanığa nitelikli hali uygulamazken, görevi tarafından tanımış bir yetki kullanmamasına rağmen sırf o esnada görevli (nöbetçi) diye sanığa nitelikli hali uygulama gereği duymuştur. Özetle Yargıtay görevde yetki kavramını doğru şekilde yerine oturtamamakta ve sınırları bu anlamda doğru şekilde tayin edememektedir.

Bu başlık altında TCK'nin 266. maddesine değinmeyi de faydalı buluyoruz. Madde de *“Görevi gereği olarak elinde bulundurduğu araç ve gereçleri bir suçun işlenmesi sırasında kullanan kamu görevlisi hakkında, ilgili suçun tanımında kamu görevlisi sıfatı esasen göz önünde bulundurulmamış ise, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır.”* düzenlemesi bulunmaktadır. Buna göre ilk bakışta herhangi bir kamu görevlisi görevi gereği kendisine emanet edilmiş bir cihazı görev sınırlarının dışında ve suç oluşturacak şekilde örneğin kişisel sağlık verilerini kayda almak için kullanırsa bu maddedeki nitelikli halin uygulanması gerekecekmiş gibi gözükmemektedir. Hatta bu konuda Yargıtay'ın vermiş olduğu oldukça ilginç bir karar da bulunmaktadır. Karara göre *“Özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun, kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak ya da belli bir meslek ve sanatın, sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle gerçekleşmesi hali, TCK'nin 137. maddesinde cezada artıran nedeni olarak öngörülmüştür. Kamu görevlisinin, görevinin verdiği yetki kötüye kullanması halinde, TCK'nin 137/1-a maddesinin uygulanacağı ve görevi dışında bir meslek veya sanata sahip olamayacağı nazara alındığında, kamu görevlileri hakkında, TCK'nin 137/1-b maddesi gereğince cezada artırımı gidilemeyeceği gözetilmeden, sanıkların eylemlerinin görevleriyle ilgili olmadığı ve görevleri gereği sevk ve*

idarelerinde bulunan resmi aracı özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun işlenmesi sırasında kullandıklarının kabul edilmesi karşısında, sanıklar hakkında TCK'nin 266/1. maddesinin, 'Görevi gereği olarak elinde bulundurduğu araç ve gereçleri bir suçun işlenmesi sırasında kullanan kamu görevlisi hakkında, ilgili suçun tanımında kamu görevlisi sıfatı esasen göz önünde bulundurulmamış ise, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır.' hükmü yerine, TCK'nin 137/1-b maddesinin tatbik edilmesi suretiyle sanıklara fazla ceza verilmesi⁵⁵⁸” denilmiş ve bu tip suçlarda (özel hayatın gizliliğinin ihlali) bu nitelikli halin uygulanabileceği kabul edilmiştir. Hatta bu nitelikli hal 137. maddeye göre daha sanık lehine görülmüş ve bu nedenle uygulanmıştır. Ancak biz bu kanaate katılmamakta bu değerlendirmeyi oldukça hatalı bulmaktayız. Zira bizzat yasa koyucu aynı maddede “*ilgili suçun tanımında kamu görevlisi sıfatı esasen göz önünde bulundurulmamış ise*” demektedir ve burada suçun temel şeklinde veya nitelikli hallerine dair bir ayırım yapmamaktadır. Bu anlamda kamu görevlisi sıfatı herhangi bir şekilde özel suç tipinde dikkate alınarak düzenleme yapılması yolu tercih edilmiş ise ayrıca bu bahsi geçen madde uygulanma kabiliyeti kazanamayacaktır. Yine görevi kapsamında bir kamu görevlisine herhangi bir araç veya gereç tahsis edilmişse aynı zamanda bu kamu görevlisine tamamen görev sınırları içinde olmak kaydıyla bu cihazı kullanma yetkisi de tanınmış demektir. Yani bu cihazları görev sınırlarını aşarak kullanma yetkileri bulunmamaktadır. Bu kapsamda 137/1 maddesindeki kamu görevlisinin kendisine görevi gereği tahsis edilen bir cihazla kişisel verileri hukuka aykırı olarak kayda alması halinde, görevin verdiği yetkiyi kötüye kullanarak kişisel verileri kaydetme durumu mevcuttur ve ayrıca 266. maddenin hiçbir şekilde uygulanma imkânı yoktur. Esasında burada özel/genel hüküm çalışması dahi yoktur. Zira bizzat yasa koyucunun kendisi bu çatışmayı istememiş ve 266. maddeye belirtilen istisnai ibareyi koymuştur.

Yine aynı yaklaşım çerçevesinde her ne kadar bir kamu görevlisinin yetkisini kötüye kullanarak TCK m.135 veya m.136'da tanımlanmış olan inceleme konumuz suçları işlemesi hali aynı zamanda TCK'nin 257. maddesindeki kamu görevlisinin görevini kötüye kullanması suçunu oluştursa da görevi kötüye kullanma suçunun genel nitelikte bir suç olması ve bu nedenle sadece başka bir suç oluşturmayan fiillerin bu madde kapsamında cezalandırılacak olması sebebiyle, TCK m.135 ve m.136'daki

⁵⁵⁸ Y. 12. CD., 03.02.2014, E. 2013/8447, K. 2014/2291, www.kazanci.com/kho2/İbb/files/dsp.php?Fn=12cd-2013-8447.Htm&kw='meslek''sanat''kolaylık'#fm, E. T. 19.03.2020.

suçların kamu görevlileri tarafından ve kendilerine tanınan yetkileri kötüye kullanarak işlemeleri halinde m.257 değil, m.135 veya m.136 ve m.137 uygulanacak⁵⁵⁹, m. 257 uygulanamayacaktır.

Konumuzu ilgilendiren yönüyle somut olarak bakıldığında bahsi geçen nitelikli hali üzerinde barındıran fail öncelikle hekimler olabilir.⁵⁶⁰ Yine hekim dışındaki sağlık personelleri⁵⁶¹ ve diğer sağlık çalışanları⁵⁶² de suçun faili olabilirler. Örneğin hemşire, ebe, hasta bakıcı, intörn hekimler, eczacılar suçun faili olabilirler.⁵⁶³ Yine sağlık personeli olmayan hekim sekreteri, hastanenin hasta kayıtlarına ulaşması mümkün diğer personeli ve hatta sağlık sigortası çalışanları bu suçun faili olabilirler.⁵⁶⁴ Bu nedenlerle tüm hekimler ve diğer sağlık meslek mensupları, mesleklerinin icrası sırasındaki yetkileri kapsamında öğrendikleri kişisel verileri hukuka aykırı olarak kaydedersen (bu arada başkalarına verir veya yayarlarsa) haklarındaki ceza yarı oranda artırılacaktır.⁵⁶⁵ Ancak suçun nitelikli halinin faili olabilecek kamu görevlileri bu kapsamda bulunanlardan ibaret değildir. Zira kişisel sağlık verilerini sadece sağlık meslek mensupları ya da diğer sağlık çalışanları işlememektedir. Aynı zamanda diğer tüm kamu görevlileri de zaman zaman kişisel sağlık verilerine yönelik birtakım işleme faaliyetlerinde bulunabilmektedirler. Bu nedenle nitelikli halin faillerinin temelde sağlık kamu görevlileri ve diğer kamu görevlileri olarak ikiye ayrılarak incelenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Sağlık kamu görevlileri ise ilgili mevzuatı gereği sağlık meslek mensupları, sağlık alanında çalışan diğer meslek mensupları ve diğer sağlık çalışanları olarak üçe ayrılmaktadır. Çalışmamızın kişisel sağlık verilerine özgü olması ve bu verilerin en çok da bu görevliler tarafından işleniyor olması nedeniyle tüm bunların ayrı ayrı incelenmeleri çalışma açısından önem taşımaktadır.

2.2.1.3.3.2.1. Sağlık Kamu Görevlileri

Uygulamada sağlık alanında çalışanlar için kullanılan çok değişik kavramlar bulunmaktadır. Sağlık kamu görevlisi kavramı herhangi bir mevzuatta tanımlanmamıştır. Ancak sağlık personeli kavramı tanımlanmıştır. Sağlık personeli geniş anlamda sağlık

⁵⁵⁹ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4122; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 134

⁵⁶⁰ Özkan ve Akyıldız, *Hasta- Hekim*, 141; Hakeri, *Tıp Hukuku*, 895.

⁵⁶¹ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 895.

⁵⁶² Çakmut, *Hekimin Cezai*, 285.

⁵⁶³ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 895.

⁵⁶⁴ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 895.

⁵⁶⁵ Aynı yönde Yeşilyurt, *Hastanın Kişisel*, 4.

hizmeti sunan sistemlerde çalışan kişiler olarak tanımlanmıştır.⁵⁶⁶ Personel kavramı ayrıca Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4. Maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre personel hizmetin, resmi veya özel sağlık kurumlarında ve kuruluşlarında veya serbest olarak sunulmasına bakılmaksızın, sağlık hizmetinin verilmesine iştirak eden bütün sağlık meslekleri mensuplarını ve sağlık meslekleri mensubu olmasa bile sağlık hizmetinin verilmesine sorumlu olarak iştirak eden kimselerdir. Bu yönüyle bakıldığında temelde bu alanda çalışan kişiler sağlık meslek mensupları, sağlık hizmetlerindeki diğer meslek mensupları olarak ikili bir ayırım yapılmıştır. Yine bu alandaki en temel düzenlemelerden biri olan Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik'in 4. Maddesi de bu konuda sağlık meslek mensupları ve sağlık hizmetlerinde çalışan diğer meslek mensupları şeklinde ikili bir ayırım yapmıştır. Ancak maddede yapılan bu iki mesleğe ilişkin tanımlar birlikte değerlendirildiğinde sağlık alanında çalışan temizlik görevlileri, getir götür işi yapanlar, şoförler ile idari birimlerde çalışan büro personelleri, kantin çay ocağı gibi birimlerin görevlileri gibi birtakım görevlileri kapsam dışında kalmış görülmektedir. Ancak bu kişilerde görevleri kapsamında önemli oranda kişisel sağlık verileri ile karşılaşabilmektedirler. Bu anlamda bu kişilerinde suçun nitelikli faili olabilecekleri değerlendirilmelidir. Bu nedenle burada biz üçlü bir ayırımın yapılması gerektiğini yönetmelikle sayılan bu iki meslek grubuna diğer sağlık çalışanları şeklinde ifade edilebilecek üçüncü bir grubun daha eklenmesi gerektiğini düşünüyoruz. Bu kapsamda tüm bu sayılan gruplardaki meslek mensuplarının suçun nitelikli halinin faili olup olamayacakları değerlendirilmelidir.

2.2.1.3.3.2.1.1. Sağlık Meslek Mensupları

Hastaya sunulan sağlık hizmeti sürecine doğrudan katılan, bu süreçte bizzat rol alan kişiler sağlık mesleği mensuplarıdır. Ceza hukukunda sağlık mesleği mensuplarının kimler olduğunun belirlenmesi, suçu işleyen sağlık mesleği mensubu olması halinde ayrıca bir nitelikli hal olarak sayıldığı durumlarda özellikle önem arz etmektedir. Sağlık mesleği mensupları kavramından kimlerin anlaşılacağı mevzuatta genel itibariyle sayma yoluyla belirlenmeye çalışılmıştır. Bu yönüyle bu meslek mensuplarının kimler olduğunun belirginleştirilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda TCK'nin 280. maddesinde

⁵⁶⁶ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 121.

“Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır.” denilmekte ise de yasa koyucu maddede sınırlı sayma yöntemine gitmemiş, madde metninde “sağlık hizmeti veren diğer kişiler” ibaresini kullanmayı tercih etmiştir.⁵⁶⁷ Konuya dair bir diğer tanımlama 1489 sayılı UHK’nin 303. maddesinde bulunmaktadır. Buna göre “bu kanunda zikredilen sıhhat memurları; devlet, belediye ve idarei hususiye işlerinde kullanılan tabipler ve sıhhat ve içtimai muavenet vekaletinin lüzum göreceği ve mezuniyet vereceği hususlarda tabiplerin maiyetinde bulunan küçük sıhhat memurlarıdır”. Yani bu kanun sağlık meslek mensuplarını, hekimler ile sağlık bakanlığının gerekli gördüğü ve izin verdiği hususlarda hekimlerin mahiyetinde çalışan diğer sağlık personeli olarak görmektedir. 1219 sayılı TŞSTİHK ise sağlık meslek mensuplarını ayrıca tanımlama gereği duymamakta ancak doğrudan bu kapsamda kabul ettiği personelleri tabipler, diş tabipleri, ebeler, hemşireler gibi ayrı ayrı isimler altında her birinin görev ve yetkilerini belirleyerek saymaktadır.⁵⁶⁸ Dolayısıyla bu kanunda sayılan tüm meslek mensupları sağlık meslek mensupları sınıfına dahildir. Bu anlamda TCK, UHK ve TŞSTİHK’nin hükümleri birlikte değerlendirildiğinde iki temel kriterin ortaya konulduğu anlaşılmaktadır: sağlık hizmeti vermek ve sayılan belli mesleklerin mensubu olmak.⁵⁶⁹ Yani teknik anlamıyla sağlık hizmeti verenler ve özel olarak mevzuatında sayılanlar bu anlamda sağlık meslek mensuplarıdır.

Bu yönünde başka bir düzenleme 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda bulunmaktadır. Kanun’un 36/1-III maddesinde devlet memurluğunun bir sınıfı olan sağlık hizmetleri sınıfı ile ilgili olarak “Bu sınıf, sağlık hizmetlerinde (Hayvan sağlığı dahil) mesleki eğitim görerek yetişmiş olan tabip, diş tabibi, eczacı, veteriner hekim gibi memurlar ile bu hizmet sahasında çalışan yüksek öğrenim görmüş fizikoterapist, tıp teknolojisi, ebe, hemşire, sağlık memuru, sosyal hizmetler mütehassısı, biyolog, psikolog, diyetçi, sağlık mühendisi, sağlık fizikçisi, sağlık idarecisi ile ebe ve hemşire, hemşire yardımcısı, (Fizik tedavi, laboratuvar, eczacı, diş anestezi, röntgen teknisyenleri ve

⁵⁶⁷ Erbaş, *Sağlık Mesleği*, 12.

⁵⁶⁸ Belirtilen kanunun 1 vd. maddelerinde tabipler, 29 vd. maddelerinde diş tabipleri, 47 vd. maddelerinde ebeler, 63 vd. maddelerinde hemşireler, ek 7. Maddede diş protez teknikerleri, ek 13. Maddede klinik psikoloğ, fizyoterapist, odyoloğ, diyetisyen, dil ve konuşma terapisti, podoloğ, sağlık fizikçisi gibi (ayrıtılı olarak çalışmanın devamında belirtilecek olan diğer meslekler) meslekler tek tek isim zikredilerek sayılmış olup bu nedenle bu meslekleri icra edenler sağlık meslek mensupları olarak kabul edilecektir.

⁵⁶⁹ Erbaş, *Sağlık Mesleği*, 12.

yardımcıları, çevre sağlığı ve toplum sağlığı teknisyeni dahil) sağlık savaş memuru, hayvan sağlık memuru ve benzeri sağlık personelinin kapsar.” denilmekte ve sınıfa dahil olan devlet memurları sınırlı olmaksızın sayılmaktadır. Maddede esasında sağlık meslek mensupları sayılmıştır. Bu yönüyle sağlık hizmetleri sınıfına dahile olmak demek sağlık meslek mensubu olmak demektir. Düzenlemeye göre tüm sağlık meslek mensuplarının ortak özelliği *“sağlık hizmetlerinde mesleki eğitim görerek yetişmiş”* olmalarıdır. Öyleyse sağlık meslek mensubu olabilmek için öncelikle bu alanda mesleki bir eğitim görerek yetişmiş olmak zorunludur.

Sağlık meslek mensupları ile ilgili bir diğer düzenleme, Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik’in (kısaca Sağlık Görev Tanım Yönetmeliği) 4/1-b maddesinde bulunmaktadır. Maddede sağlık meslek mensupları; *tabip, diş tabibi, eczacı, hemşire, ebe ve optisyen ile 1219 sayılı Kanunun ek 13. maddesinde tanımlanan diğer meslek mensuplarını ifade eder* şeklinde tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere bu mevzuatta da sağlık meslek mensupları saymak suretiyle tanımlanmaya çalışılmıştır. Buna göre bahsi geçen Yönetmelik ve 1219 sayılı Kanun birlikte değerlendirildiğinde sağlık meslekleri olarak tabip, uzman tabip, diş tabibi ve uzman diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire, klinik psikolog, fizyoterapist, fizyoterapi teknikeri, odyolok, odyometri teknikeri, diyetisyen, dil ve konuşma terapisti, podolog, sağlık fizikçisi, radyoterapi teknisyeni / teknikeri, anestezi teknisyeni / teknikeri, tıbbi laboratuvar teknisyeni, tıbbi laboratuvar ve patoloji teknikeri, tıbbi görüntüleme teknisyeni / teknikeri, ağız ve diş sağlığı teknikeri, diş protez teknikeri, tıbbi protez ve ortez teknisyeni/teknikeri, ameliyathane teknikeri, adli tıp teknikeri, diyaliz teknikeri, perfüzyonist, eczane teknikeri⁵⁷⁰, iş ve uğraşı terapisti (ergoterapist), iş ve uğraşı teknikeri (ergoterapi teknikeri), elektronörofizyoloji teknikeri, mamografi teknikeri, optisyen, acil tıp teknikeri, acil tıp teknisyeni, hemşire yardımcısı, ebe yardımcısı, sağlık bakım teknisyeni sayılmıştır.

Bu mesleklere ilişkin olarak kapsamı geniş tutmak gerekmektedir. Her ne kadar sağlık meslek mensubu kavramının içerisine hangi mesleklerin girdiğini bu şekilde tek

⁵⁷⁰ Eczacı kalfası da bazı yazarlara göre bu kapsamda değerlendirilmelidir. Bu yönde bkz. Karadağ, *Tıp Hukukunda*, 57-58. Ancak biz kanaate katılmamaktayız. Zira bu alanda eğitim almamıştır. Eğitim almışsa unvanı zaten eczane teknikeri olacak ve bu sayılanlar arasında bulunacaktır. Ancak bu alanda eğitim almamış olan kalfa meslekten yetişecek ve bu anlamda da bir mesleki yeterlilik belgesine sahip olmayacaktır. Bu nedene bunlar sağlık meslek mensupları değil de diğer sağlık çalışanları kategorisine dahi olacaklardır.

tek sayılmış olsa da teknoloji ve bilimdeki gelişmelerin hızlılığı nedeniyle bu da kısa zaman sonra yeterli olmayacaktır. Hiç adını duymadığımız bir sağlık mesleği bir anda ortaya çıkabilecektir. Zaten sayılan meslekler içerisinde podolog, sağlık fizikçisi gibi meslekler oldukça yeni mesleklerdir. Yine bu kapsamda bu mesleklerin bir kısmı zamanla önemini yitirebilmekte ve bu listeden çıkartılabilmektedir. Örneğin geçmişte önemli olarak görülen ve yine çok önemli görevleri yerine getirmiş olan sıtma savaş teknisyenleri / teknikerleri, küçük cerrahlar, sağlık memurluğu meslekleri artık bu listede bulunmamaktadır. Bu nedenle, tek tek saymak yerine alanında eğitim alarak sağlık hizmeti sunan sistemlerde çalışanlar veya bizzat sağlık hizmeti sunanlar gibi bir nitelendirme yapılması daha doğru bir tercih olacaktır.⁵⁷¹ Zira kanun ve yönetmelik gibi düzenlemelerin yenilenmesi zaman almakta, gecikebilmekte ancak uygulamada problemler asla gecikmemektedir. Bu nedenle uygulamada çıkan sorunların, açmazların önüne yorumla geçilebilmesini sağlamaya yönelik olarak bu yönde bir kabulün yapılması zorunluluk taşımaktadır.

Kapsamın ne kadar genişletileceği ise ayrı bir tartışma konusu olabilir. Zira sağlık meslek mensuplarını sağlık hizmeti sunan sistemlerde çalışan kişiler olarak oldukça geniş kapsamlı bir şekilde nitelendiren bir yaklaşım⁵⁷² da bulunmaktadır. Ancak bu yaklaşım sınırları aşırı genişletmemekte ve bu nedenle kapsamı belirsiz bir hale sokmaktadır. Bu nedenle bu yaklaşım eleştirilerek sadece doğrudan tıbbi nitelikli faaliyet gösteren kişilerin sağlık personeli olarak anlaşılması gerektiği öne sürülmüştür.⁵⁷³ Bu yaklaşıma göre sağlık meslek mensupları, “*insanların sağlığını korumak ve geliştirmek, hastalıkların teşhis ve tedavi etmek, ruhen, bedenlen ve sosyal yönden tam bir iyilik halinin oluşturulmasını ve devamını sağlamak amaçlarıyla, doğrudan çalışan kişiler*⁵⁷⁴” olarak tanımlanmış ve bu yönüyle ancak tıbbi müdahaleye yetkisi olan sağlık çalışanlarının sağlık meslek mensubu olarak görülmesi gerektiği⁵⁷⁵ ifade edilmiştir. Tıbbi müdahale ise resmi olarak müdahalede bulunmaya ehliyetli kimse tarafından, mesleki bilgi sınırları içinde kalmak kaydıyla ve doğrudan veya dolaylı olarak tedavi etme amacına yönelik olarak yapılan tüm müdahaleler⁵⁷⁶ olarak

⁵⁷¹ Aynı yönde Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 68.

⁵⁷² Hakeri, *Tıp Hukuku*, 121.

⁵⁷³ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 122.

⁵⁷⁴ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 122.

⁵⁷⁵ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 122.

⁵⁷⁶ Fatih Birtek, *Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon- Malpraktis Ayırımı*, İstanbul Barosu

ifade edilmektedir. Bu anlamda tıbbi müdahaleye yetkili kişilerin kimler oldukları ise mevzuata göre belirlenecektir. Bu konudaki temel mevzuat ise yukarıda da belirttiğimiz üzere 1219 sayılı TŞSTİHK'dir. Bahse konu Kanun'da tıbbi müdahale yapmaya yetkili kılınan kişiler sınırlayıcı bir şekilde sayılmış⁵⁷⁷ olup bu nedenle genişletici bir yorumla bu kişilere yenileri katılamaz. Buna göre kanunlarla veya kanunlara dayanılarak çıkartılan diğer mevzuatla açıkça yetkilendirilmiş olmak kaydıyla belirtilen şekilde tıbbi müdahalede bulunma yetkisine sahip olan görevliler bu anlamda sağlık meslek mensubu olarak kabul edileceklerdir.

Kanaatimizce bu yaklaşım isabetli bir yaklaşım olup kapsamın fazla genişletilmesini de önleyecektir. Bununla bağlantılı olarak 765 sayılı TCK döneminde yürürlükte olan 198. madde kapsamında meslek sırrının ifşası suçuna ilişkin olarak öğrenim gören kişilerin örneğin tıp öğrencilerinin bu suçun faili olup olamayacakları tartışılmış ve sorumluluk alanını aşırı genişleteceğinden bahisle fail olarak kabul edilmelerinin doğru olmadığı savunulmuştur.⁵⁷⁸ Bu yönüyle inceleme konumuz suç açısından da tıp ya da diğer sağlık mesleklerine ilişkin olarak eğitim gören kişiler açısından bu nitelikli hal uygulanma kabiliyetinin bulunup bulunmadığı tartışılmalıdır. Kanaatimizce öğrencilik kamu hizmeti sunumu değildir. Yine bir meslek ya da sanat değildir. Ancak bunlar da bazı kişisel verilere gördükleri öğrenim faaliyeti kapsamında kolaylıkla ulaşabilirler. Fakat bunların eğitim gördükleri alanda özgür olarak karar almak ve uygulamak yetkileri yoktur. Sadece başlarındaki eğitimcilerin izin verdikleri kadar kişisel verileri görebilir ve yine onların denetiminde belki işleyebilirler. Bu anlamda suçun temel şeklinin failli olabilecekleri açık olsa da nitelikli halinin faili olmayacaklarını düşünmekteyiz. Bu yönüyle bakıldığında belki de suçun taksirli bir halinin bunların eğitimcileri açısından ve sadece eğitim sorumluluğu bulunan meslek mensupları açısından düzenlenmesi gerektiği savunulabilir. Bu eğitim sorumlularının görevlerini layıkıyla yerine getirmemeleri, bu kapsamda öğrencileri yeterli düzeyde ikaz etmemeleri, yeterince denetlememeleri nedeniyle kişisel verilerin kayda alınması veya yayılması halleri söz konusu olduğunda özellikle mağdur açısından ağır zararlar da doğmuşsa bu anlamda denetim sorumluluğu olan eğitimcin suçun taksirli hali nedeniyle cezalandırılması uygun olurdu. Ancak bu yönde bir düzenleme TCK'de bulunmadığı

Dergisi, Cilt: 81, Sayı: 5, Yıl 2007, 1999.

⁵⁷⁷ Birtek, *Tıbbi Müdahaleler*, 1999.

⁵⁷⁸ Görüş için bkz. Cin, *Tıp Etiği*, 138; Sevük, *Tıp Ceza*, 794.

için şimdilik bu nitelikteki eylemlerde eğitimcilerin suçun temel şeklinden dahi taksire dayalı cezai bir sorumluluğu bulunmamaktadır.

Tüm sağlık meslek mensuplarının görevleri, birtakım kişisel verilere ulaşma ve yerine göre kişisel verileri işleme yetkisini vermektedir. Bu yetkinin sınırları yine Sağlık Görev Tanım Yönetmeliği ve bu alandaki diğer mevzuata göre belirlenecektir. Bu anlamda görevlerinin tanıdığı yetkiyi aşar şekilde kişisel verileri kaydederlerse suçun nitelikli hali haklarında uygulanacaktır. Öyleyse kişisel sağlık verilerine ilişkin olarak sadece hekimler değil diğer tüm sağlık meslek mensupları da suçun nitelikli halini işleyebilecektir.⁵⁷⁹ Hatta hekimin kişilerin verilerin korunması konusunda çoğunlukla daha dikkatli davrandıkları ancak diğer yardımcı sağlık meslek mensuplarının bu konuda daha özensiz tavırlar sergiledikleri⁵⁸⁰ öne sürülmektedir.

Sayılan sağlık meslek mensuplarının ceza sorumluluğu altında olmalarının nedeni sanılanın aksine icracı- yardımcı ilişkisi değildir. Hekimler dışındaki diğer sağlık meslek mensupları ile hekimler arasındaki ilişki, icracı-yardımcı ilişkisi değildir ve bu sağlık mesleği mensuplarının sorumluluğu sadece TCK m. 39 hükmü kapsamında yardım etme ile sınırlı değildir. Hekimler dışındaki sağlık personelinin her biri, bağımsız olarak meslekleri nedeniyle hastanın kişisel verilerine vakıf olabilirler⁵⁸¹ ve bu nedenle suçun hem temel halinin hem de nitelikli halinin “*faili*” olarak da sorumlu tutulabilecektir.

Sağlık meslek mensuplarının görevleri sona erdikten sonra bu suçun nitelikli halinin faili olup olamayacakları tartışılmıştır. Bu kapsamda kişisel verilerin aktarılması suçu kapsamında kişinin sağlık personeli sıfatının sona ermesinin suç vasfı açısından herhangi bir önemi bulunmadığı, sağlık personeli görev sırasında hastaya ilişkin öğrendiği bilgileri görevi sona erdikten, mesela emekli olduktan sonra açıklar ise bu halde de sağlık personeli bu suçun nitelikli faili olacağı⁵⁸² söylenmiştir. Ancak kaydetme suçu açısından bir şekilde görev sona erdikten sonra mesleğinin bir kolaylık sağlamaması gerekmektedir. Zira bu anlamda hiçbir şekilde kişisel verilere ulaşma yetkileri bulunmamaktadır. Yine görevi sona erdiğine göre elinde kişilere ait hiçbir

⁵⁷⁹ Er, *Sağlık Hukuku*, 93.

⁵⁸⁰ Aynı yönde Hakan Hakeri, *Tıbbi Uygulamalardan Hemşirelerin Cezai Sorumluluğu*, Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Mayıs 2010 Ankara Barosu Yayınları, 2011, 445.

⁵⁸¹ Cin, *Tıp Etiği*, 137.

⁵⁸² Karadağ, *Tıp Hukukunda*, 60.

verinin bulunmaması gerekmektedir. Bu yönüyle hiçbir yetkisi kalmadığından olmayan yetkinin kötüye kullanılması da söz konusu olamayacaktır. Bu nedenle suça ilişkin olarak bir şekilde görevden ayrıldıktan sonra kaydetme işlemi yapılırsa kanaatimizce bu nitelikli hal uygulamamalıdır.

2.2.1.3.3.2.1.2. Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensupları

Sağlık Görev Tanım Yönetmeliği'nin 4. maddesi bu meslek mensuplarını sağlık meslek mensubu olmadığı halde, sağlık hizmet sunumu çerçevesinde özgün görevi olan ve bu alanda çalışan “*diğer meslek mensupları*”nı ifade eder şeklinde tanımlamıştır. Yönetmelik aynen sağlık meslek mensuplarında olduğu gibi bu alanda çalışan diğer meslek mensuplarını da Ek 2’de tek tek saymayı tercih etmiştir. Zira Yönetmelik’in 6/2 maddesinde “*Sağlık hizmetlerinde çalışan diğer meslek mensuplarının unvanlara göre iş ve görev tanımları Ek 2’de düzenlenmiştir*” denilerek sınırlandırıcı bir kabul yapılmıştır. Yani bizzat Yönetmelik’in kendisini yaptığı tanıma rağmen bu sayılanların dışındakiler bu kapsamda değerlendirilemeyeceklerdir. Yapılan bu sayma işlemine göre ise psikolog, biyolog, çocuk gelişimcisi, sosyal çalışmacı/ sosyal hizmet uzmanı, sağlık eğitimcisi/ tıbbi teknolog, sağlık idarecisi, çevre sağlığı teknisyeni/ teknikeri, yaşlı bakım teknikeri/ evde hasta bakım teknikeri, tıbbi sekreter, biyomedikal cihaz teknikeri meslekleri sağlık hizmetlerinde çalışan diğer meslek mensuplarını ifade etmektedir. Bu sayılanların tamamı görevleri kapsamında kişisel sağlık verilerine ulaşma ve yerine göre işleme yetkisine sahip bulunmaktadır.⁵⁸³ Yani görevleri onlara bu nitelikteki kişisel sağlık verilerine ulaşma imkânı sunmaktadır. Sundukları hizmet anlamında kamu hizmetinin sunulmasına katılmış olmaktadır. Bu nedenle bunlar görevleri kapsamında ulaştıkları kişisel sağlık verilerini başka ortamlarda yedeklerler ya da kayda alırlarsa suçun nitelikli halinin uygulanması gerekecektir.

Yapılan bu sayma kanaatimizce yine yeterli değildir. Örneğin sağlık hizmetlerinde çalışan biyomedikal cihaz teknikeri bu kapsama alınmış ancak biyomedikal mühendisleri kapsama alınmamıştır. Yine aynı kapsamda sosyal çalışmacı sayılırken hemen hemen aynı işi yapan sosyolog sayılmamıştır. Ancak bu görevliler farklı boyutlarıyla sağlık hizmetlerinde etkin şekilde faaliyet gösterebilmektedir. Öyleyse sayma yöntemiyle belirleme değil de bir kriter getirerek tanımlama yöntemiyle

⁵⁸³ Zira Sağlık Görev Tanım Yönetmeliği'nin m. 5/1-ğ maddesine göre sağlık meslek mensupları ile sağlık hizmetlerinde çalışan diğer meslek mensupları “*Görevi ile ilgili kayıtları tutar*”.

belirleme daha sağlıklı bir kabul olacaktır. Bu kabul çerçevesinde ayrıca bir nitelikte hal olarak “sağlık hizmetlerinin sunumuna özgün görevleriyle doğrudan katkı veren meslek mensupları” şeklinde bir kabul tarzının daha sağlıklı bir yol olacağını düşünmekteyiz. Ancak mevcut durum itibariyle bahsi geçen örneğin biyomedikal mühendisi kamu görevlisi ise veya mesleğinin sağladığı bir kolaylaktan istifade ediyor ise zaten 137/1-a ve b maddeleri kapsamında nitelikli halden zaten sorumlu olacaktır. Buradaki tespit ile amaçlanan aynı anda birbirine çok ve benzer yakın işleri yapan ve kişisel sağlık verilerine bu işleri nedeniyle ulaşabilen görevliler arasında ileride oluşması muhtemel yorum ve kabul farklılıklarının önüne geçmektir.

2.2.1.3.3.2.1.3. Diğer Sağlık Çalışanları

Sağlık Görev Tanım Yönetmeliği’nin sağlık hizmetlerinde çalışan diğer meslek mensuplarını sağlık meslek mensubu olmadığı halde, sağlık hizmet sunumu çerçevesinde özgün görevi olan ve bu alanda çalışan diğer meslek mensupları olarak tanımladığını ve tanımın kapsamında gördüklerin tek tek sayma yoluyla belirlediğini, saymanın dışında kalanların bu nedenle bu kapsamda değerlendirilemeyeceğini üst başlık altında belirtmiştik. Ancak sağlık alanında çalışan temizlik görevlileri, getir götür işi yapanlar, şoförler ile idari birimlerde çalışan büro personelleri, tamir tadilat işlerini yapan teknik personel, kantin çay ocağı gibi birimlerin görevlileri, hastanenin mali işlerini takip eden personel ile hastanenin teknik personeli⁵⁸⁴ gibi birtakım görevlilerin kapsam dışında kaldığı görülmektedir.

Hastanenin teknik personeli teknik ve fiziksel tüm altyapıyı ilgilendiren hususlarda bakım ve temizlik işlerini yerine getirmektedirler. Tüm bu altyapı içerisine, tıbbi cihazlar ile bilgisayarlar da girmektedir.⁵⁸⁵ Yani sağlık kurumları, sadece sağlık hizmeti ile doğrudan bağlantılı mesleklerin mensuplarından oluşmaz. Bu kişiler, tıbbi müdahale sürecinde doğrudan rol almasalar da hastanın tıbbi müdahalesi dolayısıyla öğrenilen kişisel sağlık verilerine erişebilmektedir.⁵⁸⁶ Yani görevleri bazı kişisel sağlık verilerine erişme yetkisini bunlara tanımaktadır. Bu anlamda bu kişilerinde suçun nitelikli halinin faili olabileceklerinde şüphe bulunmamalıdır.⁵⁸⁷ Örneğin acil bir hastaya tıbbi müdahalede bulunulurken hastadan akan kan nedeniyle zemin kaygan hale

⁵⁸⁴ Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 69.

⁵⁸⁵ Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 69.

⁵⁸⁶ Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 58.

⁵⁸⁷ Aynı yönde fakat tıp meslek mensupları açısından bkz. Sevük, *Tıp Ceza*, 794.

gelmiş olabilir. Bu anlamda hastaya sağlıklı bir şekilde müdahale daha devam edilebilmesi için yerlerin temizlenmesi zorunluluk arz edebilir. Bu yönüyle bu işi yapan kişi TCK anlamında kamu hizmetinin sunulmasına katılan kişi konumundadır. Zira kamusal faaliyetin yürütülmesine herhangi bir şekilde katılan kişiye kamu görevlisi denilmektedir. Bu yönüyle Cumhurbaşkanı'ndan kamu işçisine kadar herkes kamu görevlisi sayılabilmektedir. Bu kapsama gönüllü veya zorla hizmete alınanlar, ücret karşılığında çalışanlar, kadrolu veya kadrosuz çalışanlar, idare hukukuna tabi olarak çalışanlar, silahlı kuvvetler mensupları, üniversite öğretim üyeleri, memurlar, işçiler, kamu hizmetinin gerektirdiği, sürekli ve asli işlerde çalışanlar ve sözleşmeli personel de dahildir.⁵⁸⁸ Yani bahse konu temizlik işlerini yapan kişilerinde bu görevleri ifa ettikleri esnada kamu görevlisi olduklarında tereddüt bulunmamaktadır. Bu nedenle görevi kapsamında mağduru ve ona yapılan müdahaleyi görebilecektir. Yukarıdaki tartışmalar çerçevesinde bakıldığında bu görevlilerin bu bilgileri görmeleri bir anlamda görevlerinin verdiği yetki kapsamında kalmaktadır. Zira hiçbir görevliden bu nitelikteki bir görevi yerine getirirken gözlerini kapatmaları beklenemez. Bu hayatın olağan akışına da aykırıdır. Görevini daha dikkatle yapabilmesi için zaten etrafını dikkatle gözlemlemesi gerekmektedir. Bu yönüyle bu nitelikteki verileri görmesi yani bir anlamda bu verilere ulaşması, ölçüyü aşmamak kaydıyla görevinin tanıdığı yetki kapsamında kalmaktadır. Bu kapsamda (özellikle elektronik sistemlerle görevli diğer personel bakımından) mesleği önemli sayılabilecek oranda sağlık verisine ulaşma yetkisi tanınmaktadır. Bu da kendisine bu anlamda bir güven duyulduğunu göstermektedir. Ancak kendisine duyulan güveni zedeleyerek bu verileri kayda alması suçun nitelikli halinin oluşmasına neden olacaktır. Yine aynı kapsamda örneğin, bilgisayarların bakımı gerektiğinde, kendisine verilen şifre ile hastaların kişisel verilerine ulaşan ve bu verileri kayda alan ya da başka bir yere yedekleyen teknik personel suçun nitelikli halinin faili olabilecektir.⁵⁸⁹

Tüm bu nedenlerle sağlık alanında çalışan herkes, hizmet alıcılarının kişisel sağlık verilerinin korunması anlamında gerekli özeni göstermelidir.⁵⁹⁰ Zira TCK hükmü bu konuda bir sınırlama getirmemekte kişisel verilerle ilgili olarak herkesin suçun faili olabileceğini kabul etmektedir. Ayrıca bu eylemleri gerçekleştiren kişi suçu görevin

⁵⁸⁸ Hüseyin Aydın, *Ceza Hukukunda*, 118.

⁵⁸⁹ Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 69.

⁵⁹⁰ Sır saklama yükümlülüğü anlamında bkz. Cahid Doğan, *Sağlık Haklarından*, 107.

sağladığı yetkiyi bir şekilde kötüye kullanılarak işliyor ise suçun ağırlatıcı nitelikli hali gerçekleşmiş olacak ve fail daha ağır bir şekilde cezalandırılacaktır. Bu türden bir düzenleme isabetlidir. Zira sağlık alanında çalışanlar bahse konu sağlık verilerine diğer kişilerden çok daha kolaylıkla erişebilmektedirler.

Yargıtay da sağlık sektöründe bir şekilde çalışanlar özgün bir meslek sahibi olsalar da olmasalar da kişisel sağlık verilerine bu görevin sağladığı yetki sayesinde ulaşabiliyorlar ise nitelikli hali uygulamaktadır. Bu kapsamda 12. CD bir kararında *“eylemin; kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak ya da belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle gerçekleşmesi hali, aynı kanunun 137. maddesinde cezada artırım nedeni olarak öngörülmüştür... açıklamalar ışığında incelenen dosyada, elektronik mühendisi olan sanığın, teknik servis elemanı olarak çalıştığı sırada, t.. ö.. tıp merkezi psikiyatri anabilim dalında tedavi gören mağdure hemşirenin, c.. adlı bilgi sisteminde bulunan muayene bilgilerini okuyup, hastane çalışanlarına, mağdurenin intihar girişiminde bulunduğunu anlattığı olayda⁵⁹¹ ...”* denilerek sanık hakkında nitelikli halin uygulanması hukuka uygun görülmüş ve karar sadece tartışmalı olan suç türünden bozulmuştur. Yani Yargıtay’a göre sağlık sektöründe bir şekilde faaliyet gösteren ve tamamen farklı, sağlık sektörü ile doğrudan bağlantılı olmayan bir mesleğe (elektronik mühendisliğine) mensup sanığın mesleğinin sağladığı yetki sayesinde kişisel sağlık verilerine ulaşması nitelikli halin uygulanması için yeterli kabul edilmiştir.

2.2.1.3.3.2.2. Diğer Kamu Görevlileri

Suçun nitelikli halini gerçekleştirebilecek kamu görevlileri kanaatimizce sadece sağlık alanında çalışan görevliler değildir. Çünkü kişisel sağlık verilerine ilişkin olarak işleme faaliyetleri sadece sağlık sektöründe çalışanlarca yerine getirilmemektedir. Farklı sektörlerde çalışan pek çok kamu görevlisi de kişisel sağlık verileri ile çalışmaktadır. Bu kapsamda örneğin sosyal güvenlik kurumu görevlileri, gençlik ve spor bakanlığı çalışanları, milli savunma bakanlığı çalışanları hepsi bir şekilde kişilerin sağlık verileri ile ilgili bir takım işleme faaliyetlerini yerine getirebilmektedirler. Bu nedenle görevleri kapsamında kişisel sağlık verilerin erişme yetkisi buluna tüm kamu görevlileri,

⁵⁹¹ Y. 12. CD., 27.10.2014, E. 2014/3107 K. 2014/20959, www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2014-3107.htm&kw='meslek''sanat''kolaylık'#fm, E.T. 19.03.2020.

görevlerinin kendilerine tanıdığı bu yetkiyi aşarak bu verileri ayrıca kaydedelerse suçun nitelikli halinin muhatabı olacaklardır. Bunda tereddüt bulunmamaktadır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 332. maddesi gereğince suç soruşturması ve kovuşturması sırasında savcı, hâkim ve mahkeme tarafından istenen bilgilere on gün için cevap verilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Bu kapsamda böyle bir yazılı taleple karşı karşıya kalan sağlık çalışanının bu bilgileri vermek, kanunun emri olan görevini yerine getirmek niteliğini taşıyacağı için bu vesileyle yetkili makamlara açıkladığı kişisel sağlık verileri nedeniyle bu suçun faili olmayacaklardır. Ancak bu verileri alan hâkim, savcı ve mahkemedeki diğer çalışanlar bu verileri mahiyetlerine uygun şekilde korumakla yükümlü hale gelecektir. İşte bu nedenle bu verilerle bir şekilde temasa geçebilen tüm adli görevlilerin de kişisel sağlık verilerini görevlerinin tanıdığı yetkiyi aşarak kayda almaları durumunda nitelikli hal uygulanabilecektir.

2.2.1.3.3.3. Suçun Belli Bir Meslek ve Sanatın Sağladığı Kolaylıktan Yararlanmak Suretiyle İşlenmesi

TCK'nin 137. maddesinin “b” bendine göre belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle bu suçun işlenmesi halinde ceza aynı şekilde artırılarak verilecektir. Nitelikli halin uygulanabilmesi için, kamu görevlisi olmayan failin, suçu icra etmekte olduğu belli bir meslek veya sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanarak işlemiş olması gerekmektedir.⁵⁹²

Bu başlık altında öncelikle maddede geçen “ve” ibaresinin “veya” olması gerektiğine⁵⁹³ değinmekte fayda vardır. Çünkü maddedeki “meslek ve sanat” ibaresi yapılan uğraşının her iki niteliğe de sahip olması gerektiği gibi bir anlam çıkarmaktadır.⁵⁹⁴ Bu nedenle haklı olarak hem meslek hem de sanat niteliği taşımayan bir mesleği yerine getirirken bahse konu suçu işleyen bir kimse bakımından nitelikli halin uygulanamayacağı⁵⁹⁵ ciddi şekilde savunulmuş, bu kapsamda kanun koyucunun “ve” bağlacını özellikle kullanmış olabileceği ifade edilerek, ressamlık, bilgisayar tamirciliği⁵⁹⁶ gibi her iki özelliği de bünyesinde taşıyan meslekler örnek olarak

⁵⁹² Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2097; Güven, *Hasta Bilgilerinin*, 69; Birtek, *Haberleşmenin Gizliliğini*, 278.

⁵⁹³ Birtek, *Haberleşmenin Gizliliğini*, 280.

⁵⁹⁴ Bük, *Elektronik Ortamda*, 185.

⁵⁹⁵ Birtek, *Haberleşmenin Gizliliğini*, 280.

⁵⁹⁶ Birtek, *Haberleşmenin Gizliliğini*, 280.

verilmiştir. Aynı nedenle sekreterlik gibi mesleklerin bahse konu suçun nitelikli halilinin faili olamayacakları ifade olunmuştur.⁵⁹⁷ Ceza hukukunda genişletici yorum yapılamayacağından, belirtilen düşüncenin haklılık tarafı bulunmaktadır.⁵⁹⁸ Ancak yaklaşım tarzı TCK'nin 137/1-b maddesinin uygulanma kabiliyetini neredeyse hiç bırakmayacak bir yönü de bulunmaktadır. Bu nedenle kanunda değişikliğe gidilmelidir. Aksi taktirde her iki koşulu birlikte taşımayan meslekler açısından failin bahse konu nitelikli halden sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır.⁵⁹⁹ Aksi kabul edilerek söz konusu nitelikli hal, *"meslek veya sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanma"* olarak kabul edilir ise kıyas yapılmış olur.⁶⁰⁰ Bu nedenle bu konudaki hâkim görüş haklı olarak düzenlemedeki *"ve"* yerine *"veya"* kelimesinin kullanılmış olması gerektiği⁶⁰¹ yönünde⁶⁰² gelişmiştir. Buna göre söz konusu nitelikli halin uygulanması bakımından yapılan uğraşının hem meslek hem de sanat niteliğinde olması gerekmez; bunlardan sadece birinin bulunması yeterlidir.⁶⁰³ Yeter ki söz konusu meslek veya sanat suçu işlemeye elverişli ve bunun icrası ile suçun işlenmesi arasında bir sebep sonuç ilişkisi bulunmasına imkân tanısın.⁶⁰⁴ Bu nedenle Kanun'da yer alan hükmün konuluş amacından da hareketle, *"düzeltici yorum"* yapmak suretiyle kanun metnindeki *"ve"* bağlacının *"veya"* şeklinde anlaşılması ve hatalı değerlendirmeye mahal verilmemesi için metindeki bağlacın değiştirilmesi gerekmektedir.⁶⁰⁵

Meslek ve sanat kavramlarından ne anlaşılması gerektiği 137. madde metninde belirtilmediği gibi madde gerekçesinde de açıklanmamıştır. Bu nedenle öncelikle meslek ve sanat kavramlarının içeriklerinin belirginleştirilmesi⁶⁰⁶ gerekmektedir. Meslek kavramı hukuk sözlüğünde *"iş, zanaat, uğraş"*⁶⁰⁷ olarak, Türk Dil Kurumu (TDK) sözlüğünde ise *"belli bir eğitim ile kazanılan, sistemli bilgi ve becerilere dayalı, insanlara yararlı mal üretmek, hizmet vermek ve karşılığında para kazanmak için"*

⁵⁹⁷ Birtek, *Haberleşmenin Gizliliğini*, 280.

⁵⁹⁸ Aynı yönde Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 16.

⁵⁹⁹ Birtek, *Haberleşmenin Gizliliğini*, 280.

⁶⁰⁰ Birtek, *Haberleşmenin Gizliliğini*, 280.

⁶⁰¹ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 135.

⁶⁰² Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 16.

⁶⁰³ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 561; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 135; Bük, *Elektronik Ortamda*, 185.

⁶⁰⁴ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 135.

⁶⁰⁵ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 16.

⁶⁰⁶ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 561; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 151; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 16.

⁶⁰⁷ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 539.

yapılan, kuralları belirlenmiş iş⁶⁰⁸” şeklinde tanımlanmıştır. Yine, “İnsanın yaşamını sürdürebilmek için icra ettiği ve genellikle yoğun bir eğitim, çalışma, bilgi birikimi, seçilen mesleğe bağlı olarak yetenek geliştirmeyi gerektiren ve tüm bu sürecin sonunda kişilerin kazandığı unvanın adı” olarak tanımlanmıştır.⁶⁰⁹ Ancak, bir işin meslek olarak kabul edilebilmesi için, o işin herhangi bir mevzuatta doğrudan ya da dolaylı olarak meslek niteliğinde tanınması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, herhangi bir mevzuatta meslek olarak değerlendirilmeyen hiçbir iş, meslek olarak kabul edilemez. Örneğin uyuşturucu satıcılığı meslek olarak kabul edilemez.⁶¹⁰

Sanat ise çok değişik anlamlara gelecek şekilde tanımlanmakla birlikte konumuzu ilgilendiren yönüyle TDK Sözlüğünde “bir duygu, tasarı, güzellik vb.nin anlatımında kullanılan yöntemlerin tamamı veya bu anlatım sonucunda ortaya çıkan üstün yaratıcılık, bir şey yapmada gösterilen ustalık, bir meslekte uyulması gereken kuralların tümü, zanaat⁶¹¹” olarak, TDK Felsefe Terimleri Sözlüğü’nde ise en geniş anlamıyla “belli bir yetkinliğe eriştirilmiş olma (ör. yemek pişirme sanatı), bir şeyi kendi iç yasalarına göre özgürce biçimlendirme yeteneği, insanın, yarattığı yapıtlarla kendisini yücelten ve ölümsüzleştiren yaratıcı yeteneği, sanatın temel türleri, mimarlık, resim, plastik sanatlar, musiki, söz-yazı sanatı: yazın, sahne oyunu (tiyatro)⁶¹²” olarak tanımlanmıştır. Osmanlıca Sözlük’te “ustalık, hüner⁶¹³, marifet⁶¹⁴” olarak, Edebiyat ve Söz Sanatı Terimleri Sözlüğü’nde “İnsanda estetik duyguyu heyecana getirecek eserler meydana getirme işi⁶¹⁵” olarak tanımlanmış ve bu işi yapan kişide sanatçı olarak nitelendirilmiştir.

Söz konusu tanımlardan hareketle, kavramın kapsamını netleştirebilmek amacıyla “sanatçı” kavramının da belirginleştirilmesi gerekmektedir. Sanatçı TDK Güzel Sanatlar Terimleri Sözlüğü’nde “sanatla uğraşan kişi”⁶¹⁶, Güncel Türkçe Sözlük’te ise “güzel sanatların herhangi bir dalında yaratıcılığı olan, eser veren kimse, sanat adamı, sanat eri, sanatkâr, artist, sinema, tiyatro, müzik vb. sanat eserlerini

⁶⁰⁸ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <http://sozluk.gov.tr/> (19/03/2020).

⁶⁰⁹ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 561.

⁶¹⁰ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 16.

⁶¹¹ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <http://sozluk.gov.tr/> (19/03/2020).

⁶¹² Türk Dil Kurumu, *Felsefe Terimleri Sözlüğü*, <http://sozluk.gov.tr/> (19/03/2020).

⁶¹³ *Luggat Osmanlıca Türkçe Sözlük*, <https://www.luggat.com/index.php#ceviri> (19/03/2020).

⁶¹⁴ *Osmanlıca Türkçe Sözlük*, <http://www.osmanlicaturkce.com/?k=sanat&t=%40> (19/03/2020).

⁶¹⁵ Türk Dil Kurumu, *Edebiyat ve Söz Sanatı Terimleri Sözlüğü*, <http://sozluk.gov.tr/> (19/03/2020).

⁶¹⁶ Türk Dil Kurumu, *Güzel Sanatlar Terimleri Sözlüğü*, <http://sozluk.gov.tr/> (19/03/2020).

oyunayan, yorumlayan, uygulayan kimse⁶¹⁷” olarak tanımlanmaktadır. Nitekim san'at kelimesi, Arapça "amel, iş yapma" anlamlarına gelen "san'a" kökünden türeyen bir kelime olup, Osmanlıcada değişikliğe uğramış ve yaygın olarak, "yapılan iş, alet yardımıyla, belirli bir el becerisiyle sürdürülen marangozluk, duvarcılık gibi meslek dallarını" kapsayan⁶¹⁸ bir tarzda "zanaat'ın" karşılığı olarak kullanılmıştır.⁶¹⁹ Görüldüğü üzere bu kelime Arapçada, insanın akıl ve zekâsını kullanarak yaptığı işleri anlatır.⁶²⁰

Bu açıklamalardan hareketle, sanat kelimesini, "insanın akıl yordamıyla ve kişisel maharet göstererek, belli bir ustalık, "profesyonellik" gerektiren tarzda bir işi yapması" (ya da zanaat) olarak tanımlamak gerek kelimenin etimolojik kökenine ve gerekse yaygın kullanımına daha uygundur.⁶²¹ Bazı yazarlar burada geçen sanat teriminin bu şekilde kullanılmasının yerinde olmadığını düşünmekte ve burada kastedilenin "zanaat" olduğunu ifade etmektedirler.⁶²² Bu açıdan bakıldığında zanaat "insanların maddeye dayanan gereksinmelerini karşılamak için yapılan, öğrenimle birlikte deneyim, beceri ve ustalık gerektiren iş, sanat; el ustalığı isteyen işler" anlamlarına gelmektedir.⁶²³ Yani sanat ya da zanaat her ikisinde de öne çıkan yapılan işlerin beceri, el ustalığı, kişisel marifet gerektiren işler olmasıdır. Bu nedenle sanat ya da zanaat zaten kanaatimizce meslek kavramından ayrılmaktadır. Zira meslek daha çok bilgi gerektiren ve belli bir eğitimle elde edilerek yapılabilirken sanatta eğitimden ziyade beceri gerekmekte, bu yönüyle şahsi deneyim ve beceri ön plana çıkmaktadır. Bu yönüyle mesleğin icrası her zaman bir ustalık gerektirmemekte ancak sanat için belli bir ustalığın yani deneyim ve becerinin birleşimi gerekmektedir.⁶²⁴ Yine bir meslek sanat niteliğinde olmak zorunda değil iken bir sanat meslek niteliğine sahip olabilir.⁶²⁵

Nitelikli halin düzenlendiği madde metninde belli bir meslek ve sanattan söz edilmekte ancak bunun hangi meslek ve sanat olduğuna ilişkin bir açıklık yer almamaktadır. O halde herhangi bir meslek ve sanat bu nitelikli halin uygulanması

⁶¹⁷ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <http://sozluk.gov.tr/> (19/03/2020).

⁶¹⁸ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 561.

⁶¹⁹ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 16.

⁶²⁰ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 561.

⁶²¹ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 16.

⁶²² Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 562.

⁶²³ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 562.

⁶²⁴ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 16.

⁶²⁵ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 562.

bakımından gerekli ve yeterlidir.⁶²⁶ Burada nitelikli halin uygulanması bakımından önem arz eden meslek veya sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanılmasının gerekli olduğudur. Bu nedenle bu meslek ve sanatın söz konusu suçu işlemek yönünde elverişli olması gerekir.⁶²⁷ Bunlar inceleme konusun suçun işlenmesinde önemli oranda kolaylık sağlayabildiği için yasada bu nitelikli hale yer verilmesi isabetli olmuştur.⁶²⁸

Belli bir meslek ve sanat kavramından kişisel veri kaydeden, işleyen ve aktaran her türlü iş kolu anlaşılabilir; bunun içine özellikle sağlık/medikal, finans, sigorta, perakende, her sektörün insan kaynakları ve bilişim sektörü girebilir.⁶²⁹ Bu nedenle “bir meslek ve sanat” kavramı her somut olay açısından ayrıca değerlendirilerek bir belirleme yapılmalıdır.⁶³⁰ Bu yapılırken de sağlık hizmetlerinin devletin asli vazifelerinden olduğu düşüncesinden hareketle bu hizmetlerin sunumuna ilişkin olarak bir şekilde katılanların kamu hizmeti gördükleri kabul edilmeli ve buna göre özel sektörde çalışan sağlık personelinin dahi görevlerinin icrası kapsamında işledikleri bu nitelikteki suçlarda nitelikli hali kapsamında değerlendirilmeleri gerekmektedir.⁶³¹ Hatta 3359 sayılı Kanun’un Ek Madde 12/3 maddesindeki “*Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personel, bu görevleriyle bağlantılı olarak kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun uygulanmasında kamu görevlisi sayılır.*” düzenlemesi bu anlamda bir kabul tarzının yasa koyucu tarafından da gösterildiğini ifade temektir. Düzenlemeye göre yasa özel sağlık kurumundaki bir sağlık personeline karşı bir suç işlenmesi halinde suçun nitelikli halleri olan kamu görevlisine karşı işlenmiş gibi işlem yapılmasını ve failin cezasının ağırlaştırılmasını istemektedir. Bu çerçeveden bakıldığında mağdur olduğunda kamu görevlisine karşı işlenen suçlar gibi kabul edilen sağlık çalışanları kendileri tarafından ve yine aynı görev kapsamında işledikleri suçlar bakımında da bu anlamda kamu görevlisi gibi ya da “bir meslek ve sanat” icra eden olarak kabul edilmelidirler.

Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için failin, icra ettiği mesleği ve sanatı ile gerçekleştirdiği hukuka aykırı kaydetme fiili arasında bir bağ bulunması (meslek veya

⁶²⁶ Bük, *Elektronik Ortamda*, 185; Güven, *Hasta Bilgilerinin*, 70; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 562.

⁶²⁷ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 562.

⁶²⁸ Aynı yönde Malkoç, *5237 Sayılı*, 914.

⁶²⁹ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 138.

⁶³⁰ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 151.

⁶³¹ Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 68; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 138.

sanatın icrası ile suçun işlenmesi arasında nedensellik bağının bulunması) gerekir⁶³² „⁶³³ Bu da söz konusu meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak kişisel verilere ulaşabilmesini ve kaydedilebilmesini gerektirir.⁶³⁴ Bu kapsamda öncelikle meslek ve sanatın söz konusu suçu işlemek yönünde elverişli olması⁶³⁵ ve meslek ve sanatın faile kolaylık sağlaması gerekmektedir.⁶³⁶ Fail suça konu kişisel verilere meslek ve sanatı sayesinde ulaşmış ise bu bağın kurulabilmiş olduğu söylenebilir.⁶³⁷ Örneğin, avukatın kamu görevlisi sıfatıyla hareket etmediği bir esnada, mesela hukuki bir konu ile ilgili kitap ya da makale yazarken avukat olmasının sağladığı kolaylıkla görev üstlendiği davalardaki kişilerin kişisel verilerini bu çalışmaya alması halinde bu nitelikli hal gerçekleşmiş olur.⁶³⁸ Yine bir hastanede çalışan ve bilgisayar ortamına girebilen hemşire ya da doktor burada kayıtlı hastalara ait verilere kolaylıkla ulaşabilir.⁶³⁹ Bu kapsamda bunların mesleklerinin sağladığı bu kolaylıktan yararlanarak elde ettiği hastasının özel hayatına ilişkin bilgi ve görüntüleri hukuk dışı bir amaç için başka ortamlara kaydederek biriktirmesi durumlarında TCK'nin 137. maddesindeki nitelikli hal uygulanacaktır.⁶⁴⁰

Yargıtay da kararlarında bu nitelikli halin uygulanabilmesi için failin mesleğinin sağladığı kolaylıktan ve avantajdan yararlanarak atılı eylemi gerçekleştirmesi gerektiğini düşünmektedir. Bu kapsamda mesleğin suçun icrasına ne gibi bir kolaylık sağladığını değerlendirme konusu yapmaktadır. Örneğin 2019 yılında verdiği bir kararında *“gazeteci sanığın, mesleğinin icrası dolayısıyla sağladığı kolaylıktan ve avantajdan yararlanarak atılı eylemi gerçekleştirmede, basın ve yayın araçlarını kullanabilmek ve bu araçların kolaylığından faydalanabilmek için mutlaka gazeteci olunması gerekmeyeceği ve suçun gazeteciler tarafından basın ve yayın yoluyla işlenmesinin daima anılan maddenin uygulanması sonucunu doğurmayacağı*

⁶³² Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 146.

⁶³³ Bük, *Elektronik Ortamda*, 185; Güven, *Hasta Bilgilerinin*, 70; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 151.

⁶³⁴ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4122; Güven, *Hasta Bilgilerinin*, 70; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 15; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 562; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 651.

⁶³⁵ Bük, *Elektronik Ortamda*, 185; Güven, *Hasta Bilgilerinin*, 70.

⁶³⁶ Güven, *Hasta Bilgilerinin*, 70; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 16; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4122; Bük, *Elektronik Ortamda*, 185.

⁶³⁷ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 146.

⁶³⁸ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 138.

⁶³⁹ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 562.

⁶⁴⁰ Bük, *Elektronik Ortamda*, 186.

*gözetilmeden sanık hakkında anılan kanun maddesinin uygulanması*⁶⁴¹”nı hatalı bularak, somut olayda icra edilen mesleğin suçun işlenmesinde bir kolaylık sağlamadığını tespit etmiş ve yerel mahkeme kararını bozarak bahse konu nitelikli halin uygulanmasına izin vermemiştir. Kanaatimce bu yaklaşım tarzı kanun koyucunun amacında uygundur. Zira yasa koyucu, madde metninde sağlanan kolaylıktan özel olarak bahsetmiştir. O halde mesleğin bu anlamda bir kolaylık sağlayıp sağlamadığının mutlak surette ortaya konulması gerekmektedir.

Kanun metninde düzenlenen, “*mesleğin ya da sanatın sağladığı kolaylığı*” neyi ifade ettiği hususuna de değinmekte fayda vardır. Kolaylık, sözlüklerde “*kolay olma durumu, işlerin kolayca yapılmasını sağlayan şey, bir işi yapabilme durumu veya imkânı*”⁶⁴² anlamlarına gelmektedir. Tanımda geçen kolay kelimesi ise “*sıkıntı çekmeden, yorulmadan yapılabilen, emeksiz, zahmetsiz, güç ve zor karşısı, kolayca, sıkıntısız bir biçimde, basitçe*”⁶⁴³ manalarını ifade etmektedir. Öyleyse maddedeki kolaylık ise suçun maddi unsurunu oluşturan tipik hareketin yorulmadan, zahmetsiz bir şekilde, herhangi bir sıkıntı çekilmeksizin gerçekleştirilmesi hallerini ifade etmek üzere kullanılmış olmalıdır. Bu yönüyle kişinin meslek ya da sanatı kişiye kişisel verileri hukuka aykırı bir şekilde kayda alabilmesini fazlaca yorulmadan zahmetsiz ve sıkıntısız bir şekilde yapabilmesine imkân veriyor ise meslek ya da sanat kolaylık sağlıyor demektir ve nitelikli halin kapsamına girecektir. Buna göre sağlık kurumlarında çalışan bir hekim, diğer sağlık meslek mensupları ve hatta diğer sağlık çalışanları elektronik ortamda veya fiziki ortamda kayıtlı olan hizmet alıcılarının kişisel verilerine herhangi bir zorlukla karşılaşmadan ulaşabilir ve farklı bir ortamda kayda alabilirler.⁶⁴⁴ Bu kapsamda bir hekimin mesleğinin sağladığı kolaylıktan yararlanarak ulaştığı hastasına ait kişisel sağlık verilerini kendi bilgisayarına ya da başka bir kayıt ortamına atması durumunda bu nitelikli hal uygulanacaktır.⁶⁴⁵

Yargıtay uygulaması da benzer mahiyettedir. Bu kapsamda 4. CD 14 Nisan 2010 tarihli kararında, sağlık ocağında hasta kabul görevlisi olan failin, tuvalete kamera

⁶⁴¹ Y. 12. CD., 06.03.2019, E. 2018/8108, K. 2019/3141, [www.kazanci.com / kho2/ ibb/ files/ dsp. php? fn= 12cd- 2018- 8108. htm& kw =`meslek``sanat`kolaylık`#fm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2018-8108.htm&kw='meslek'`sanat`kolaylık`#fm), E.T. 19.03.2020.

⁶⁴² Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, [https:// sozluk.gov.tr/](https://sozluk.gov.tr/), (06.07.2020).

⁶⁴³ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, [https:// sozluk.gov.tr/](https://sozluk.gov.tr/), (06.07.2020).

⁶⁴⁴ Elektronik ortamdaki verilere ilişkin olarak Güven, *Hasta Bilgilerinin*, 70; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 151.

⁶⁴⁵ Benzer bir örnek için bkz. Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2097.

yerleştirmesi eylemine de TCK m. 137. maddesindeki nitelikli halin uygulanmasına karar vermiştir.⁶⁴⁶ Aynı şekilde 12. CD bir kararında “*katılanların görevli olduğu okulda hizmetli olarak çalışan sanığın bayan öğretmenlerin kullandığı tuvalete görevinin sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle gizli kamere yerleştirdiği anlaşılmasına rağmen sanık hakkında TCK’nin 137/1-b maddesinin tatbik edilmemesi*⁶⁴⁷” bozma nedeni yapılmıştır. Yine bir başka kararında “*kardiyoloji servisinde faaliyet yürüten temizlik şirketinde temizlik elemanı olarak çalışan sanığın, mesleğinin sağladığı kolaylıktan yararlanarak hemşire odasına yerleştirdiği cep telefonunun görüntü kaydetme özelliğini kullanarak*⁶⁴⁸” kayıt yaptığı olayda mesleğin sağladığı kolaylığın varlığını kabul ederek nitelikli halin uygulanması gerektiğine karar vermiştir. Kararlar isabetlidir zira fail kişisel verilerin kayda aldığı yerlere görevinin sağladığı kolaylık sayesinde zorlanmadan girmiş ve kişisel verilere ulaşmıştır. Bu mesleğin mensubu olmasaydı bu odaya girmesi izne tabi ya da yasak olacağından kişisel verilere ulaşabilmek için önemli zorluklarla karşılaşacaktı.

Bu nitelikli hale ilişkin olarak; kişisel verilerin kaydedilmesinin kolaylaşmasının daha ziyade failin bilişim sektöründe faaliyet göstermesinden kaynaklı olabileceği doktrinde ileri sürülmektedir.⁶⁴⁹ Esasında bilişim sektörü bu anlamda bir kolaylık sağlasa da kişisel verilerin kaydedilmesi ve kişisel verileri verme veya ele geçirme suçları açısından, bu suçların işlenmesini kolaylaştıracak tek meslek ve sanatın bilişim sektörüyle ilgili olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira bu yaklaşım 137. maddenin kapsamını anlamsız bir şekilde daraltmak olacaktır. Madde gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere, kişisel verilerin kaydedilmesi suçu yalnızca bilişim sistemi aracılığıyla değil kâğıt üzerine kaydetmek şeklinde de işlenebilmektedir. Bir hemşirenin veya hekimin hastaların bilgilerine sadece bilişim sistemlerinden ulaşılması değil fiziki dosyalara da ulaşmada da kolaylıkları bulunmaktadır. Bu nedenle fiziki dosyaya ulaşarak not almak şeklinde yapılan kayıt etme fiili de suçun nitelikli halinin kapsamına tereddütsüz girmektedir.⁶⁵⁰ Kaldı ki fail bilişim sektöründe faaliyet göstermese dahi bilişim araçlarını kullanmak suretiyle de eylemini işleyebilecektir. Bilişim sistemlerinin/ araçlarının kullanılması bu sektörde faaliyet gösteren kişilere mahsus değildir.

⁶⁴⁶ Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 93.

⁶⁴⁷ Y. 12. CD., K. 2012/12232.

⁶⁴⁸ Y. 12. CD., 13.01.2014, E. 2013/8861, K. 2014/156, Artuk, Gökçen ve Yenidünya, *Türk Ceza*, 4616.

⁶⁴⁹ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 146.

⁶⁵⁰ Aynı yönde Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 135.

Bir meslek ve sanat icra etmenin hem kişisel verileri elde etmeyi hem de kaydetmeyi fail bakımından kolaylaştırdığı durumlarda failin bu kolaylık nispetinde daha fazla cezalandırılması gerekecektir.⁶⁵¹ Ancak yasal düzenleme bu yönde bir bireyselleştirme yapılmasına müsait değildir. Zira maddede sabit bir artırım oranı öngörülmüş ve duruma göre artırım oranını belirlemek konusunda hâkime takdir yetkisi tanınmamıştır. Bu nedenle güven duygusuna bağlı olarak kişisel bilgilerin verildiği, kanunda belirtilen kişilerin daha ağır ceza ile cezalandırılması cezanın önleyicilik fonksiyon anlamında olumlu bir düzenleme⁶⁵² olsa da cezanın bireyselleştirilmesi özelliğine yeteri kadar hizmet edici bir nitelik taşımamaktadır.

Nitelikli hale ilişkin olarak özellikle hekimler açısından hekimin kamu görevlisi olmayan bir serbest çalışan ya da özel bir sağlık kurumunda çalışan bir hekim olması durumu için bu tespitlerin geçerli olacağı, kamu görevlisi olan hekim açısından maddenin “a” bendindeki nitelikli hal uygulanma alanı bulacağı⁶⁵³ ifade olunmuştur. Buna da örnek olarak serbest olarak çalışan bir hekimin kendisine muayeneye gelen ve tahlil yaptıran kimselerin tahlil sonuçlarını ve genetik yapılarını, şahsi bilgisayarında depolaması durumu verilmiştir. Buna göre bu kapsamdaki bir hekime inceleme konusu nitelikli hal uygulanacaktır.⁶⁵⁴ Yine aynı kapsamda meslek ve sanatın kamusal ya da özel olmasının suçun oluşumuna etkisi olmadığını ve bu nedenle buradaki nitelikli halin TCK’nin 137/1-a bendine girmesin de mümkün olduğunu ve bu durumda hâkim birden fazla nitelikli hallin gerçekleşmesi nedeniyle cezayı belirlerken (takdirden) alt sınırdan uzaklaşabileceğini⁶⁵⁵ düşünenler de bulunmaktadır. Yani aynı eylemle her iki nitelikli halin birden gerçekleştirilebileceği düşünülmekte ve bu durumda ceza adaleti açısından hâkimin cezayı tayin ederken en baştaki temel cezada alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayini yolunu tercih etmesinin uygun olacağı söylenmektedir. Ancak Yargıtay bu kanaatte değildir. Zira bir kararında “*kamu görevlisinin, görevinin verdiği yetki kötüye kullanması halinde, TCK’nin 137/1-a maddesinin uygulanacağı ve görevi dışında bir meslek veya sanata sahip olamayacağı nazara alındığında, kamu görevlileri hakkında, TCK’nin 137/1-b maddesi gereğince cezada artırımı gidilemeyeceği gözetilmeden*⁶⁵⁶”

⁶⁵¹ Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 146.

⁶⁵² Bük, *Elektronik Ortamda*, 88.

⁶⁵³ Ayrım için bkz. Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4122.

⁶⁵⁴ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4122.

⁶⁵⁵ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 16.

⁶⁵⁶ Y. 12. CD., K. 2014/2291.

denilmek suretiyle kamu görevlileri hakkında meslek ve sanata dair bu nitelikli halin uygulanma imkanının bulunmadığını, yani iki nitelikli halin birlikte bir suçta bulunma imkanının bulunmadığını belirtilmiştir. Buna göre maddenin her iki fıkrasındaki nitelikli haller bir olayda birleşemezler. Bu yönüyle bir kişi hem kamu görevlisi hem de meslek ya da sanat icra eden kişi olarak görülemezler. Bu kapsamda bir kamu görevlisi mesleği aynı zamanda kişinin sanatı ise örneğin kişi devlet sanatçısı olarak görev yapıyorken kişisel verilerle ilgili olarak bu suçlardan birini işlerse hakkında sadece maddenin birinci fıkrasındaki nitelikli hal uygulanacak ve 137. madde kapsamında cezası sadece bir kez artırılabilir. Bu yönüyle temel cezada ayrıca bir artırım yapılması da uygun olmayacaktır.

Kanaatimizce de böyle durumlarda mesleğin niteliği ve tanıdığı yetkilerin sınırları kapsamında bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Zira bir meslek aynı anda hem kamuda hem de özel olarak yerine getirilme imkânı tanıyor olabilir. Çalışma konumuzu yakından ilgilendiren hekimlik mesleği de aynen böyle bir meslektir. Zira 1219 sayılı TŞSTİHK'nin 12/3 maddesinde *“Kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan ve yöneticilik görevi bulunmayan tabipler ile aile hekimleri, kurum ve kuruluşlarındaki çalışma saatleri dışında ve kurumlarının izniyle aylık otuz saati geçmemek üzere iş yeri hekimliği yapabilir.”* hükmü bulunmaktadır. Buna göre kamuda çalışan ve kamu hizmeti gören hekimler mesai saatleri dışında kamu hizmeti görmeyen özel işyerlerinde işyeri hekimliği yapabilmektedirler. Yani yerine göre aynı anda hem özel hem kamu sektöründe çalışabilmektedirler. Bu durumlarda suçun işlendiği koşullara göre hangi nitelikli halin uygulanacağına özel olarak bakılması gerekmektedir. Buna göre fail suçunu kamu görevi ile bağlantılı olarak işlemişse ve bu kapsamda kişisel verilere kamu görevi dahilinde ulaşmışsa 137/1-a maddesi, serbest ya da özel olarak çalıştığı görevi kapsamında ulaşmışsa 137/1-b uygulanma imkânı kazanacaktır. Fakat aynı suç kapsamında her ikisini de kullanarak kişisel verilere ulaşılmış ve kayıt altına alınmış ve bu ikisi ayrı ve bağımsız suç olarak kabul edilemiyor, başka bir deyişle hepsi aynı kasıt altında işlenmiş ise işte o zaman ceza adaleti açısından bir problem ortaya çıkmaktadır. Zira 137. maddede arttırım oranı “ceza yarı oranında” şeklinde net ve tam bir oran olarak belirlenmiştir. Bunun yerine örneğin altıda birinden yarı oranına gibi bir arttırım oranı belirlenmiş olsaydı, yani yapılacak arttırımın düzeyini belirleme konusunda hâkime bir taktir yektisi tanınmış olsaydı daha isabetli olacaktı. Zira hâkim bu gibi

durumlarda arttırım oranını daha yüksek tutarak ceza adaletini daha isabetli bir şekilde tayin edebilecektir. Ancak mevcut düzenleme bu şekilde olduğu için bu gibi durumlara özel olarak ceza adaleti anlamında uygulamaya geçirilebilecek özel bir yol bulunmamaktadır. Bu açıklamalardan hareketle Yargıtay'ın görüşündeki gibi kamu-özel ayrımının kesin bir çizgi ile yapılamayacağını, kamu görevlisinin görevi dışında meslek ya da sanatla uğraşamayacağı yaklaşımının isabetli olmadığını ve somut olarak olayın gerçekleştirilme şekline ve mesleğin tanıdığı yetkilere göre özel bir değerlendirme yapılması gerektiğini düşünüyoruz.

2.2.1.3.4. Hukuka Aykırılık

Hukuka aykırılık en genel şekliyle hukuka (hakka) karşı gelme, onunla çatışma halinde bulunma demektir.⁶⁵⁷ Belli bir hukuk normunda belirtilen emir veya yasağa uygun hareket edilmesi kuralına aykırılıktır.⁶⁵⁸ Bir suçun unsuru olması özelliği açısından ise failin gerçekleştirdiği davranışa hukuk düzeni tarafından izin ya da onay verilmemesi⁶⁵⁹, fiilin sadece ceza hukuku ile değil bütün hukuk düzeni ile uyumsuzlukta bulunması anlamına gelmektedir.⁶⁶⁰ Kanunda düzenlenmiş bulunan suç tipleri başlı başına işlenen fiilin aynı zamanda hukuka aykırı olduğunun karinesini oluşturur.⁶⁶¹ Ancak bu durum bir karinedir ve bu nedenle aksi durumlar da geçerli olabilir. Buna bağlı olarak bundan sonraki aşamada isnat olunan fiille ilgili olarak hukuka aykırılık yönünden bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.⁶⁶² Bu değerlendirme ise hukuka aykırılığın niteliği gereği sadece ceza hukuku yönünden değil bütün hukuk düzeni bakımından yapılacaktır.⁶⁶³ Çünkü hukuka aykırılık parçalı olarak düşünülebilecek bir kavram değildir ve bir fiilin belirli bir hukuk dalına göre hukuka uygun, başka bir hukuk alanında ise hukuka aykırı sayılması hukukun tekliği ve yeknesaklığı özelliğine ters düşer.⁶⁶⁴ Yine hukuka uygunluk nedenleri, tipik fiile bizzat ceza öngören normun için yer almayıp bunun dışında başka bir yerden ve pozitif başka bir hukuk kuralından

⁶⁵⁷ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 249.

⁶⁵⁸ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 286.

⁶⁵⁹ Sunay Akyıldız, *Uygulamada Hekimin Cezai Sorumluluğu Yönünden Ortaya Çıkan Sorunlar*, Uluslararası 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu, XII. Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, 326.

⁶⁶⁰ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 2; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 286; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 249.

⁶⁶¹ Özgenç, *Genel Hükümler*, 277; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 562.

⁶⁶² Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 249.

⁶⁶³ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 7; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 256.

⁶⁶⁴ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 9; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 256.

kaynaklanabilirler.⁶⁶⁵ Bu niteliği itibariyle hukuka aykırılık, ceza kanunu tarafından yasaklanmış olan bir fiilin, bu fiilin işlenmesine yetki veren veya onun gerçekleştirilmesini emreden başka bir normun varlığı nedeniyle suç sayılmasını engelleyen özel durumları⁶⁶⁶ kapsamına almaktadır. Bu nedenle failin isnat olunan fiili nedeniyle cezalandırılabilmesi, fiilin suç olduğunun kabul edilebilmesi için fiili hukuk düzenine uygun hale getirecek bir sebebin bulunmaması gerekmektedir.⁶⁶⁷

İnceleme konumuz suçun düzenlendiği 135. maddenin birinci fıkrasında tüm durumlar için, ikinci fıkrasında ise bazı veri türleri için, özel olarak hukuka aykırılık unsurunun aranmakta olduğu, yasada bu yönde özel olarak hukuka aykırılıktan bahsedildiğini görmekteyiz. Bu durumlara özel hukuka aykırılık da denilmektedir.⁶⁶⁸

Kanuni düzenlemeye hukuka aykırılık ibaresinin özel olarak konulmuş olması doktrinde tartışılan bir konu olmuştur. Bu anlamda bu tip düzenlemeler ile amaçlananın ne olduğuna bakılması gerekmektedir. Bazı düşünürlere göre yasa koyucu bu şekilde hareket ederek bazı suçlar hakkında özel hukuka uygunluk sebepleri yaratmak istemiştir. Çünkü kanunun bazı maddelerinde hukuka aykırılık unsurunu ayrıca göstermesi sebepsiz olamaz.⁶⁶⁹ Bu gibi durumlarda fiilin tipe uygun olmakla doğrudan hukuka da aykırı olduğunu söyleyebilmek mümkün olmaz. Bu hallerde hâkim fiilin hukuka aykırı da olduğunu ayrıca belirlemek zorundadır.⁶⁷⁰ Görüşe göre şüphesiz ki bu gibi hallerin dışında da hukuka aykırılık aranacak ve fiil hukuk aykırı olmadığı takdirde fail cezalandırılmayacaktır. Bu yönüyle bu iki hukuka aykırılık arasında esas ve nitelik itibariyle fark yoktur. Bu görüşte olanlar hukuka özel aykırılık hallerinin genel olan hukuka aykırılıktan ayrılmasının sebebini manevi unsurda görmektedirler.⁶⁷¹ Hukuka özel aykırılık hallerinde var olan genel hukuka aykırılık unsuruna yeni bir unsur eklenmemekle beraber, failin bu şekilde hareket ettiğini bilmesini ve hareket etmeyi

⁶⁶⁵ Keyman, *Hekimin Cezai*, 60.

⁶⁶⁶ Toroslu, *Ceza Hukuku*, 65.

⁶⁶⁷ Özgenç, *Genel Hükümler*, 277; Uğur Uruşak, *Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Bir Hakkın Kullanılması*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul 2008, 96; Akyıldız, *Uygulamada Hekimin*, 326; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 250.

⁶⁶⁸ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 19; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 563.

⁶⁶⁹ Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 127; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 289; Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 19-20.

⁶⁷⁰ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 563.

⁶⁷¹ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 19-20; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 289; Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 127.

istemmesini de aramış olduğunu⁶⁷² düşünmektedirler. Çünkü özel olarak belirtilmiş olan hukuka aykırılık artık suçun işlenmesi bakımından, failde özel hukuka aykırılık bilincinin aranacağını göstermekte, bu da tipikliğin içerisinde değerlendirilmesi gerektiği⁶⁷³ anlamını doğurmaktadır. Buna göre keyfiyet ayrı ve özel bir unsur sıfatını alacağı için failin hukuka aykırılığı da bilmiş ve istemiş olması, bu yönüyle kastının hukuka özel aykırılığı da kapsamına almasının aranması gerekmektedir.⁶⁷⁴ Öyleyse bu tip suçlarda failin kusuru hukuka aykırılığı da kapsamalıdır.⁶⁷⁵ Bu tür suçlar bakımından, suçun maddi unsurlarının yanı sıra failin bu fiilinin hukuka aykırılığının bilincinde olup olmadığı ayrıca araştırılmadığıdır.⁶⁷⁶ Çünkü görüşe göre fail bu bilince sahip değilse kasten işlenen bir haksızlıktan bahsetmek mümkün olmayacaktır.⁶⁷⁷ Hatta failin tipte yer alan diğer unsurlar yanında, yine tipte özellikle ve ayrıca belirtilmiş bulunan hukuka aykırılık unsurunu da biliyor ve istiyor olması gerektiğinden⁶⁷⁸, hukuka özel aykırılığın tipikliğin bir unsuru olarak ele alınması ve failin suçu bu bilinçle işlemiş olması gerekmektedir.⁶⁷⁹ Bu nedenle bu tip suçlar sadece doğrudan kastla işlenebilir⁶⁸⁰ ve bu nedenle failin, hukuka aykırı olarak hareket ettiğine ilişkin bilinci tam olmalıdır.⁶⁸¹ Yani failin kastının bilme unsurunun, bu özel hukuka aykırılığı da kapsaması gerekecek ve bu nedenle suç yalnızca doğrudan kastla işlenebilecektir.⁶⁸² Bunun içindir ki hukuka özel aykırılık hallerinde hâkim sadece hukuka aykırılığın varlığını saptamakla yetinmemeli, ayrıca failin bu özel aykırılığı bilip bilmediğini ve böylece hareket etmeyi isteyip istemediğini, ayrıca araştırmalıdır.⁶⁸³ Öyleyse kanunda ayrıca gösterilmeyen

⁶⁷² Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 289; Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 20.

⁶⁷³ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 139.

⁶⁷⁴ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 19; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 127.

⁶⁷⁵ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 289.

⁶⁷⁶ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 141; Akdağ, *Türk Ceza*, 101; Özgenç, *Genel Hükümler*, 278; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 156; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 289.

⁶⁷⁷ Akdağ, *Türk Ceza*, 101; Özgenç, *Genel Hükümler*, 278; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 156; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 289.

⁶⁷⁸ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 563.

⁶⁷⁹ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 127.

⁶⁸⁰ Özgenç, *Genel Hükümler*, 278; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 127; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 156; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 289.

⁶⁸¹ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 127.

⁶⁸² Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 139.

⁶⁸³ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 289; Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 20.

hallerde failin yaptığı hareketin hukuka aykırı olduğunun farkında bulunup bulunmaması önemli değildir.⁶⁸⁴

Yargıtay da bu şekilde düşünmektedir. Zira kişisel verileri yayma suçuna ilişkin olarak verdiği bir kararında sanıkların *“şahsın siz akrabalarımızı tanıdığını hatırlatır ve şahsın saldırgan olduğunu bilmenizi isterim. Şahıs tehdit edip, kız kardeşim ve ailemizi tanıyanların başına kötü şeyler yapacağını sözlü ve yazılı dile getirmiştir. Bu belgelerde savcılıkta mevcuttur”* yazılı bir mesajı akrabalarına atmak şeklindeki eylemlerine ilişkin olarak *“katılanın, psikolojik rahatsızlığı sebebiyle akrabalarına karşı saldırgan tutum ve davranışlar sergileyebileceği endişesini taşıyan sanıkların, katılan tarafından yayılan dedikoduların asılsız olduğunu ispatlama amacını taşıyan eylemlerinde, hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle hareket ettikleri kabul edilemeyeceğinden”⁶⁸⁵*” denilerek mağdurun kişisel sağlık verilerini yayan sanıkların hukuka aykırılık bilinci ile hareket etmedikleri gerekçesiyle eylemleri hukuka uygun görülerek beraatlerine karar verilmesi gerektiğine hükmedilmiştir.

Yargıtay hukuka aykırılık bilincini tipikliğin bir unsuru olarak görmekte ve failin kastının bu bilinci kapsamadığı olaylar bakımından manevi unsurun oluşmadığından bahisle beraat kararı verilmesi gerektiğini kabul etmektedir. İnceleme konusu karara konu somut olayda esasında zorunluluk halinin bulunması ve bu nedenle faillerin kusurlu kabul edilemeyeceklerinden bahisle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekmektedir. Buna dair eleştirilerimize ilgili konuda daha ayrıntılı olarak yeniden değinilecektir.

Yukarıda yer verilen görüşe bahse konunun hukuka aykırılığın araştırılmasının gereksiz olduğu, bunun yargılamada ispatının ispatı oldukça güç birden fazla hususun ispatı konusunda yargıca büyük külfetler yükleyerek yargılamaları kitleyeceği⁶⁸⁶, suç tanımındaki bu ifadenin özel bir anlam taşımadığı, bu nedenle suç tipine dahil olmadığı⁶⁸⁷, yasa koyucunun bu şekilde düzenleme yapmaktaki amacının bu şekilde ayrı bir unsur oluşturmak olmadığı, sadece hakimlerin tarihi sebeplerle dikkatini çekmek için bu şekilde bir düzenleme yapma yolunu tercih ettiği, bu nedenlerle hukuka özel

⁶⁸⁴ Dönmez ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 19; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 127.

⁶⁸⁵ Y. 12. CD., 24.02.2014, E. 2013/9912, K. 2014/4422, www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2013-9912.htm&kw=kast+yoklugu%20kişisel+veri%20fm, E.T. 20.04.2020.

⁶⁸⁶ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 140.

⁶⁸⁷ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 140.

aykırılık hali ile genel aykırılık arasından teknik anlamda bir fark bulunmadığından⁶⁸⁸ bahisle karşı çıkanlar olmuştur.

İnceleme konumuz suç açısından somut olarak bakılacak olursa fikirlerin genel teoriye ilişkin fikirler doğrultusunda çeşitlendiği görülmektedir. Bir kısım düşünür, kanuni düzenlemede hukuka aykırılığa özel olarak yer verilmiş olmasını, suç tipindeki fiilin hukuka uygun olarak da gerçekleştirilebileceğini belirtmek amacıyla açıklamaktadır.⁶⁸⁹ Buna göre fiiller hukukun değişik dallarındaki düzenlemeler nedeniyle hukuka uygun olabilir. İşte bu hallerde yasa koyucu o fiili suç haline getirmek için hukuka aykırı olarak şeklinde bir ifadeye suç tipinde yer vermek zorundadır. Aslında tipte yer olan fiil mevzuata uygun ise hukuka aykırı değildir. Tipin cezalandırıldığı husus mevzuata aykırı olan fiildir. İşte 135. maddedeki hukuka aykırı olarak ibaresine verilecek anlamı bu şekilde ifade etmek mümkündür.⁶⁹⁰ Bu kapsamda 135. madde de suç olarak düzenlenmiş olan kişisel verilerin kaydedilmesi fiilinin, hukuka uygun olarak da gerçekleştirilebilmesi mümkündür ve kanun lafzında özel olarak belirtilmiş olması nedeniyle hukuk düzenine bir aykırılık bulunmadıkça suç da oluşmayacaktır.⁶⁹¹ O halde kişisel veri hukukuna aykırı olarak kaydedilmediği sürece suç oluşturmaz ve hâkim mevzuatta buna imkân veren düzenlemelerin mevcut olup olmadığını araştırmak zorundadır.⁶⁹²

Hukuka özel aykırılığın bu suç kapsamında da kastın içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini düşünenler de bulunmaktadır. Bu düşünceye göre maddenin birinci fıkrasında düzenlenen genel olarak kişisel verilerin kaydedilmesi ve ikinci fıkrasında düzenlenen hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgilerin kişisel veri olarak kaydedilmesi bakımından hukuka özel aykırılığın var olduğu kabul edildiği takdirde sorun, manevi unsur içerisinde değerlendirilecek; yani failin kastının hukuka aykırılığı da kapsamı gerekecektir. TCK'nin 135. maddesindeki kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine ilişkin bilgilerin kişisel veri olarak kaydedilmesi başlı başına hukuka aykırılığın karinesini oluşturacaktır. Bu türden veriler

⁶⁸⁸ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 19.

⁶⁸⁹ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 127; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 563.

⁶⁹⁰ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 563.

⁶⁹¹ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 127.

⁶⁹² Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 563.

için ise TCK'nin 24 vd. maddelerinde düzenlenen genel hukuka uygunluk nedenleri geçerli olacaktır.⁶⁹³ Bu nedenle bu veriler açısından bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilecek; olası kastla işlenmesi söz konusu olamayacaktır. Bu durumda bu nitelikteki kişisel verileri hukuka aykırı olarak kaydeden kimselerin, kişisel verileri hukuka aykırı olarak kaydettiklerini bilmeleri ve istemeleri gerekecektir. Ancak maddenin 2. fıkrasının “*hukuka aykırı olarak*” kaydetmeyi özel olarak aramadığı veriler açısından ise suçun doğrudan kastla işlemek mümkün olacağı gibi olası kastla işlemek de mümkün olabilecektir.⁶⁹⁴

Konuya ilişkin olarak bazı düşünürler bu fikre inceleme konusu suç yönünden karşı çıkmış ve özel hukuka aykırılık konusunda kanuni düzenleme şekline göre ikili bir ayırım yapılması gerektiğini savunmuştur. Buna göre bu kavram suçun münferit bir unsurunun sıfatı olarak görünüyorsa gerçek bir tipiklik unsuru söz konusudur. Bu durumda kastın bu hukuka aykırılığı da kapsaması gerekir. Örneğin 244/4 maddesindeki “*haksız*” kelimesi yalnızca suçun çıkar sağlama unsuruna ilişkin bir vasıftır. Bu itibarla failin sağladığı çıkarın haksız olduğunu bilmesi de gerekir. Yani tipikliğin unsuru olan hukuka aykırılık ancak bu gibi durumlarda kastın kapsamında değildir.⁶⁹⁵ Buna karşılık hukuka aykırılık kavramı tüm suçun değerlendirmesiyle ilgili bulunuyorsa bu durumda sadece gereksiz ve fazladan olarak hukuka aykırılığın genel bir suç unsuru olduğuna işaret söz konusudur. Kanun koyucu bu şekilde hâkimi özellikle olayda bir hukuka uygunluk nedeninin var olabileceğini düşünmesi noktasında ikaz etmektedir. Bu nitelikteki bir hukuka aykırılığın kastın kapsamında olması gerekmez. 135. maddedeki kişisel verilerin kaydedilmesi ve 136. maddedeki verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçlarının kanuni tanımında geçen “*hukuka aykırı olarak*” ifadesi suçun tümünü nitelendirdiği için kast değil kusur alanına ilişkindir.⁶⁹⁶ Dolayısıyla bu yönde düşünenlere göre bu tür hukuka aykırılıkların kastın kapsamında bulunması gerekmemektedir. Böyle düşünenlere göre özel olarak hukuka aykırılığın aranmadığı verilerin kaydedilmesi eylemi açısından failin yaptığı hareketi hukuka aykırı olduğunu bilmesi hali ayrıca aranmayacaktır. Böyle düşünenlere göre düzenlemenin şekli dahi 1.

⁶⁹³ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 144-145.

⁶⁹⁴ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 137.

⁶⁹⁵ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 109.

⁶⁹⁶ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 109.

fıkra kullanılarak “*hukuka aykırı olarak*” ibaresinin gereksiz yere kullanıldığını göstermektedir.⁶⁹⁷

Bu konudaki diğer bir görüşe göre ise siyasi, felsefi veya dini görüşler ve ırkı kökenlerle ilgili kişilere ait verilerin kaydedilmesi ile ilgili yasal düzenlemede “*hukuka aykırı olarak*” kaydedilmelerinin özel olarak aranmamış olması, bu verilerin hukuka uygun olarak kaydedilseler dahi bunun suç teşkil edeceğini değil bu verileri kaydeden kimselerde özel bir hukuka aykırılık bilinci aranmayacağına işaret etmektedir. Dolayısıyla bu veriler açısından yapılacak kaydın da hukuka aykırı olması gerekecek, ancak failde hukuka aykırılık bilinci özel olarak aranmayacaktır.⁶⁹⁸ Yani bu görüş aynen hâkim görüşteki gibi hukuka özel aykırılık halinin inceleme konumuz suç açısından da manevi unsur kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu görüş doğrultusunda failin hukuka aykırılık bilinciyle hareket etmediğini ispat etmesi, aynı zamanda suçun manevi unsurunun bulunmadığının da ispatlanmış olduğu anlamına gelecektir.⁶⁹⁹

İncelenen suça ilişkin olarak bir kısım düşünür “*nispi dokunulmaz veriler*” ve “*mutlak dokunulmaz veriler*” ayrımı yapmakta ve konuya ilişkin yaklaşımlarını bu ayrım çerçevesinde şekillendirmektedirler. Böyle düşünenlere göre konumuzu oluşturan suç tipinde “*hukuka aykırı olarak*” kayıtlaması bulunmayan kişisel verilerin mutlak dokunulmaz kişisel veriler niteliğinde olduğu ve bunların hiçbir şekilde kaydının yapılamayacağı belirtilmek istenilmektedir.⁷⁰⁰ Bu nedenle bu türdeki bilgilerin hangi şekilde olursa olsun kaydının yapılması hukuka aykırı olacak hukuka uygunluk nedenleri kapsamında değerlendirilemeyecektir.⁷⁰¹ Zira burada bazı veri türleri özel nitelikte görülmüş ve farklı bir düzenlemeye tabi tutulmuştur.⁷⁰² Düzenlemede yer alan diğer tür kişisel veriler ise yani “*hukuka aykırı olarak*” kayıtlaması bulunan veriler ise hukuk düzeni tarafından çeşitli gerekçelerle kaydedilmesi mümkün görülen kişisel verilerdir.⁷⁰³ Kanun koyucu bu veri grupları bakımından hukuka uygunluk sebeplerine

⁶⁹⁷ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 140.

⁶⁹⁸ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 140.

⁶⁹⁹ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 128.

⁷⁰⁰ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 644; Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 68.

⁷⁰¹ Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 68; Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 309-310.

⁷⁰² Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 309-310.

⁷⁰³ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 644.

ayrıca vurgu yapma gereği duymamıştır.⁷⁰⁴ Bunlara bu nedenle “*nispi dokunulamaz kişisel veriler*” denilebilir. Bu verilerle ilgili olarak kaydetme eyleminin suç oluşturabilmesi için eylemin hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Ancak “*mutlak dokunulmaz kişisel verilerin*” kaydedilmesi doğrudan hukuka aykırı sayılmaktadır.⁷⁰⁵ Öyleyse hâkim kararını vermeden önce nispi dokunulmaz kişisel veri suçun konusunu oluşturuyorsa failin davranışının hukuka uygun olup olmadığı ayrıca araştırılacaktır.

Fakat biz bu yaklaşımların hiçbirine katılmamakta, düzenleme tarzının amacını daha farklı yorumlamaktayız. Bu konuda öncelikle kanun metnindeki hiçbir ibarenin gereksiz yere konulmadığını belirtmek gerekmektedir. Bu anlamda yasa metnindeki hukuka aykırı olarak ibaresinin özel bir fonksiyonu olmalıdır. Bu fonksiyonda kendisini kişisel verileri işleme yetkisi veren mevzuatın niteliğinde göstermelidir. Her ne kadar doktrinde hâkim görüş hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiş olan kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk sebebinin şekli ya da maddi anlamdaki tüm kanunlara, yani tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici diğer mevzuata uygunluk olarak yorumlasa⁷⁰⁶ da TCK’nin 24/1 maddesinde “*Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez*” hükmü bulunmakta ve bu maddenin gerekçesinde yasa koyucunun kanun ibaresi ile neyi kastettiğine dair bir açıklık bulunmamaktadır. Bu çıkarım tamamen öğretinin konuya bakış açısıyla ve yorumlarıyla oluşturulmuş gözükmektedir. Maddenin gerekçesi tamamen amirin emrinin icrasına ilişkin olarak kaleme alınmış olup kanun hükmünden ne anlaşılması gerektiğine dair bir açıklama yapılmamıştır. Bu anlamda kanaatimizce madde metnindeki “*kanun*” ibaresinin gayet açık bir ibare olması nedeniyle yasa koyucu burada kasıtlı olarak susma yapmaktadır. Bu nedenle yasa koyucunun iradesini ortaya çıkarmaya yönelik olarak faaliyet göstermemiz gerekmektedir. Ancak bunu yaparken ceza hukukuna hâkim olan kanunilik prensibi gereği suçun kapsamını genişletemeyeceğimiz gibi daraltma dahi yapamayız. Bu anlamda hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin olarak yasa koyucunun açıkça belirtmediği bir hususu hukuka uygunluk nedeni haline getiremeyiz. Bunu devletin

⁷⁰⁴ Sedat Erdem Aydın, *AIHM İctihatları*, 133-134.

⁷⁰⁵ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 644.

⁷⁰⁶ Özgenç, *Genel Hükümler*, 287; Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 83; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 296; Bakıcı, 5237 Sayılı, 475; Toroslu, *Ceza Hukuku*, 67; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 312; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 258; Akdağ, *Türk Ceza*, 112; Bük, *Elektronik Ortamda*, 156.

yürütme organı dahi yapamaz. Daha açık bir deyişle yasa koyucu isteseydi yönetmeliğe ya da tüzüğe uygun şekilde hareket etmeyi TCK’de genel hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eder veya gerekçesinde bu kabulüne dair bir işaret verirdi. Ancak bunu yapmamış ve özellikle yasa metninde “kanun hükmü” vurgusunu yapmıştır. Bu nedenle yasa koyucunun hukuka uygunluk nedeni olarak kabul ettiği husus şekli anlamıyla bir kanun hükmünün icrasıdır. Kanun, Anayasa’nın 87. maddesi gereğince sadece yasama organı olan TBMM tarafından çıkarılabilen bir düzenlemedir. Kanun anayasa hukukunda da zaten yasama organı tarafından yapılan ve parlamento kararları dışındaki yasama işlemleri⁷⁰⁷, yasama organlarının irade açıklamalarının en genel biçimi⁷⁰⁸ olarak görülmektedir. Yasama organı anayasayla kendisine verilmiş olan yasama yetkisini bir başka devlet organına devredemez.⁷⁰⁹

Tartışma konumuz açısından bakıldığında ise yasa ile açıkça yetkilendirilmedikçe hiçbir zaman suç niteliği taşıyan tipik bir fiili hukuka uygun hale getirici düzenleme yapılamaz. Bu yasa ile açıkça yetkilendirilince suç ihdas edilebileceği anlamına gelmemelidir. Yasa ile açıkça yetkilendirilmek kaydıyla ceza yasaları ile suç olarak düzenlenmiş bir fiilin tüzük, yönetmelik gibi diğer düzenlemelerle idari düzenlemelerle hukuka uygun hale getirilmesi haline ilişkindir. Bu kapsamda pozitif hukuk sistemimiz bir bütün olarak değerlendirildiğinde yasa tarafından açıkça yetkilendirilmemiş olsa dahi yönetmelik, tüzük, kararname gibi düzenlemelerle kamu görevlilerine pek çok görevler yüklendiği görülmektedir. O halde bir kamu görevlisi kararnameden, tüzükten veya yönetmelikten kaynaklanan bir görevi yerine getirmesi dolayısıyla tipik bir fiili gerçekleştirmiş olabilir ve bu nedenle cezalandırılabilir. Açıklanan nedenlerle tüzük ya da yönetmelik hükmü bu anlamda kanundaki tipik bir fiili hukuka uygun hale getirme gücüne sahip değildir. İşte tam da bu noktada özel hukuka aykırılık halinin önemi ortaya çıkmaktadır. Yasa koyucu tarafından özel olarak suç tipinde izin verilmediği hallerde, yani hukuka özel aykırılık

⁷⁰⁷ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Ekin Basım Yayın, Yedinci Baskı, Temmuz 2015, 354; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Basım Yayın, Onsekizinci Baskı, Şubat 2015, 250.

⁷⁰⁸ Gözler, *Anayasa Hukukunun*, 354.

⁷⁰⁹ Anayasa 7. Maddesinde “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez” düzenlemesi bulunmakta ve yasama yetkisinin devri kesin olarak yasaklanmaktadır. Öyleyse yasalar sadece yasama organı tarafından çıkarılabilirler. Bu kapsamda idari nitelikteki organlar kesinlikle yasa ismini taşıyan bir işlem yapamayacakları gibi yasa koyucu tarafından açıkça yetkilendirilmedikçe yasa gücünde işlemlerde yapamazlar.

halleri bulunmayan durumlarda tüzük ve yönetmelik gibi düzenleyici idari işlemlerle tipik fiilin hukuka uygun hale getirilmesine izin verilmesi suç ve cezalar gibi temel hak ve özgürlüklerle yakından bağlantılı olması nedeniyle çok hassas bir alana ilişkin olarak yürütme organına yasama yetkisinin devri anlamına gelecektir. Yani yerine göre yürütme organı yapacağı basit bir işlemle kanundaki tipik bir fiili, bir kamu görevlisinin görevi haline getirebilecek ve bu nedenle suç işleyen kamu görevlilerini cezadan kurtarabilecektir. İşte bu nedenle zaten yasa koyucu TCK'nin 24/1 maddesinde özellikle kanun hükmünün yerine getirilmesinden bahsetmekte, yani özellikle kanun ibaresini tercih etmekte ve bununla da şekli anlamda kanunları kastetmektedir. Daha açık bir deyişle belli suç tiplerine bu şekilde *“hukuka aykırı olarak”* ibaresi koyan yasa koyucu aslında bizlere şunu ifade etmeye çalışmaktadır: Bu fiili suç tipi olarak belirledim ama uygulayıcılar sadece şekli anlamda kanunlarda bu suçun hukuka aykırılığını aramayacaklar, aynı zamanda hukuk sistemini oluşturan diğer tüm düzenleyici işlemlerde de bu fiile ilişkin olarak bir görevlendirme yapıp yapılmadığını, yani kamu görevlisine bu anlamda bir sorumluluk yüklenip yüklenmediğini araştırarak ve fiilin hukuka uygunluğunu buna göre belirleyeceklerdir. Yani belli suç tipleri için kanun koyucu yürütme organı tarafından yapılan idari nitelikteki düzenlemelerle bile bir görevlendirme yapılabileceğini öngörmekte, buna bir anlamda izin vermekte ve bu durumda sanığın cezalandırılması halinin adaletsiz sonuçlara yol açabileceğini düşünerek bu ibareyi özellikle yasa metnine koymayı tercih etmektedir. Bu nedenle uygulayıcılar böyle bir suça ilişkin olmak üzere değerlendirme yaparken hukuk sisteminde var olan tüm düzenlemeler ile hukuka uygun kılınıp kılınmadığına özel olarak bakacaklardır. Bu anlamda suçun düzenlediği 135. madde gerekçesinde bulunan *“Belirli nitelikteki kişisel verilerin kayda alınması kanun hükmünün gereği olarak yapılmaktadır.”* cümlesi ile devam eden paragraftaki *“Bunlardan kişilerin ahlâkî eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgilerin kayda alınmasına kanunlarda özellikle suçlulukla mücadele bağlamında, suç ve suçluların ortaya çıkarılmasını sağlamak amacıyla belli ölçüde izin verilebilir. Bu durumlarda söz konusu suç oluşmayacaktır.”*⁷¹⁰ ibareleri birlikte değerlendirildiğinde bu kanaatimizi tasdikleyici/ doğrulayıcı bir nitelik taşımaktadır. Yani belli nitelikteki kişisel verilerin kayda alınması ancak kanun hükmünün gereği

⁷¹⁰ Şahin ve Özgenç, *Türk Ceza*, 265; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu TBMM Adalet Komisyonunca Kabul Edilen Madde Gerekçeleri, 220.

olarak yapılabilmekte iken, sayılan türdeki kişisel verilerin belli amaçlarla işlenmesine idari düzenlemelerle izin verilebilecektir. Bu yönüyle yasada sayılan verilerden işlenme ve kaydedilmesi olasılığı daha yüksek olan veriler için “*hukuka aykırı olarak*” ibaresinin kullanıldığı görülmektedir. Zira mahiyeti gereği kişisel sağlık verileri, ırkı kökene ilişkin verilere göre işlenme olasılığı daha yüksek verilerdir ve gerekçedeki “*bunlardan... sağlık durumlarına İlişkin bilgilerin kayda alınmasına kanunlarda... amacıyla izin verilebilir*” ibaresi bu kanaatimizi destekleyici bir nitelik taşımaktadır. İki veri türü karşılaştırıldığında yasa koyucunun ırka ilişkin verilerin işlenmesi yasaklamak istemesi ancak sağlık durumuna ilişkin verilerin işlenmesine belli sınırlar dahilinde izin vermek istemesi hayatın olağan akışına daha uygundur. Bu nedenle bu nitelikteki bir kısım verilerin işlenmesi için şekli anlamda kanunun bulunması zorunluluğu aranmamıştır. Aynı nedenle gerekçenin bu kısmında diğer kısmının aksine tekil olarak “*kanun*” ibaresi değil “*kanunlarda*” şeklinde çoğul bir ibare kullanılmıştır. Bu çoğul ifade, şekli anlamda değilde maddi anlamda kanun algılamamızı doğrulayıcı bir nitelik taşımaktadır.

Özetle bazı kişisel veriler konusunda kamu görevlilerine kişisel verileri işleme yetkisi veren pek çok idari düzenleyici işlem bulunmakta ve bu nedenle yasa koyucu failin eyleminin haksızlığını değerlendirirken bahse konu düzenleyici işlemlerin de dikkate alınmasını amaçlamaktadır. Bu nedenle de tipiklikte yer alan “*hukuka aykırı*” ifadesi manevi unsurla ilgili olmayıp doğrudan hukuka uygunluk nedenlerinin hukuk sisteminde düzenlenmiş bulunduğu nesnel hukuki mevzuatın kapsamı ile ilgilidir. Fail eylemini kasıtlı olarak gerçekleştirse dahi bir hukuka uygunluk nedeni olarak tüzük ya da yönetmelik gibi bir pozitif mevzuata dayanarak işlem tesis etmiş ise eylemi hukuka uygun sayılacaktır. Neticeten yasal mevzuattaki bu “*hukuka aykırı*” ifadesi hukuka uygunluk sebeplerinin daha geniş anlaşılmasına hizmet edici bir fonksiyon görmektedir.

Bu görüşümüz hukuka özel aykırılığın failin kastı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği düşüncesine aykırılık taşımaktadır. Çünkü bir davranışın hukuka aykırı olup olmadığının tespiti kişinin iradesine yani kastına göre değil hukuki düzenlemelere uygun olup olmasına göre yapılır. Buna göre bir kişi hukuka aykırı davrandığını ya da suç işlediğini düşünerek bir davranışı gerçekleştirse bile davranışı kanuni tipikliğe uymadığı sürece suç oluşmayacaktır. Yine hukuka uygun davrandığını düşünerek hareket ediyorsa ancak davranışı tipe uygunsa ve tasavvur ettiği gibi hukuka uygunluk

nedeni de fiilen bulunmuyorsa eylemi suç olacaktır. Bu nedenlerle tipiklikte bulunan özel hukuka aykırılığın kastın kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve bu anlamda suçun ancak doğrudan kastla işlenebileceği düşüncesine katılmamaktayız. Kast ve hukuka uygunluk tamamen farklı amaçlara hizmet eden, fiilin farklı farklı yönlerinin değerlendirilmesini sağlayan kurumlardır. Bu anlamda fail bir kişisel sağlık verisini kaydederken kaydın görevinin kapsamında kaldığını düşünmesi başlı başına hukuka uygunluk sebebi de olmayacaktır. Bu kapsamda kaydın belli bir düzeyde yapılması gerekirken amacı aşan şekilde yapıldığında görevin sınırları dahilinde kalındığı düşünülse dahi fiilen görevin sınırları aşıldığından cezai sorumluluk doğacaktır. Örneğin tıbbi görüntüleme teknisyeni bir görevli, sadece karın bölgesini kayda alması gerekirken kayıt cihazını yeterince düzgün ayarlamayarak hastanın genital bölgesini dahi kayda alırsa ve kendisinin görüntüleme görevlisi olmasının bu anlamda kendisine bu yetkiyi tanıdığını düşünse dahi sorumluluktan kurtulamayacaktır. Örneğin çift cinsiyetli insanlar olabilmekte. Bu anlamda fiziken kadın gibi görünen ancak fiilen erkek olan bir hastanın mide rahatsızlığıyla ilgili olarak kendisinden istenen bir röntgen filmini, sadece midesini içerecek şekilde değil de genital bölgesini de içerecek şekilde kayda alması halinde hekim ve hemşire gibi birçok diğer görevli bu görüntüleme nedeniyle hastanın durumunu öğrenebilecektir. Bu anlamda her görevli görevinin sınırlarını iyi bilmekle ve buna göre hareket etmekle yükümlüdür. Bu görevli görüntüleme esnasında bu şekilde bir kaydı yaptığını görmekte ancak müdahale etmeyerek kaydın sınır aşan şekilde yani ölçüsüz bir şekilde yapılmasına bir anlamda onay vermektedir. Bu nedenle doğrudan kastı yoktur ancak olası kastı vardır. Bu olası kastla tam anlamıyla tipik bir hareket gerçekleşmiş olduğu için cezalandırılacaktır. Neticeten suç olası kastla da işlenebilir ve tipteki özel hukuka aykırılık halinin failin kastının kapsamının belirlenmesine bir özel bir etkisi bulunmamaktadır.

Netice itibarıyla incelenen suçun oluşabilmesi için kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi gerekir.⁷¹¹ Hukuka uygun olarak yapılan bir kayıt suç oluşturmaz⁷¹² ancak bu suç için öngörülmüş özel ve karakteristik bir hukuka uygunluk nedeni bulunmamaktadır.⁷¹³ Bu nedenle genel hükümler doğrultusunda

⁷¹¹ Bük, *Elektronik Ortamda*, 120; Güven, *Hasta Bilgilerinin*, 64; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2088.

⁷¹² Güven, *Hasta Bilgilerinin*, 64; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2088.

⁷¹³ Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2080; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt,

hukuka uygunluk nedenleri belirlenecektir.⁷¹⁴ Yani genel hukuka uygunluk nedenleri bu suç için de geçerlidir.⁷¹⁵ Ayrıca kişisel verilere ilişkin olarak işleme koşullarını düzenleyen 6698 sayılı KVKK'nin hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin düzenlemeleri de bu konuda önem taşımaktadır. Çalışmamızın birinci bölümünde ayrıntılı bir şekilde izah etmeye çalıştığımız üzere bahse KVKK'nin 5. maddesinde kişisel verilerin işleme şartları, 6 maddesinde ise özel nitelikli kişisel verilerin işleme şartları düzenleme altına alınmıştır. Bu yönüyle kişisel verilerin kaydedilmesi suçuna ilişkin olarak bu Kanun'daki koşullara ilişkin olarak yapılacak tüm işleme faaliyetleri kanun hükmünün yerine getirilmesi anlamında hukuka uygun olacaktır.⁷¹⁶

Tüm bu açıklamalardan sonra bir hususu belirtmekte fayda vardır ki hukuka uygunluk nedenleri sağlık çalışanlarının faaliyetlerinde de geçerli olacaktır.⁷¹⁷ TCK'de düzenlenen ve inceleme konumuz olan suç açısından sağlık çalışanları yönüyle özellikle hakkın kullanılması ve ilgilinin rızasının önem taşıdığı düşünülmüş⁷¹⁸ ise de biz bu açıdan tüm hukuka uygunluk nedenlerinin söz konusu olabileceğini düşünmekteyiz. Bu anlamda göz önünde bulundurulması gereken hukuka uygunluk nedenleri ise dört tanedir. Bunlar kanunun hükmünün icrası yani görevin ifası, meşru savunma, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızasıdır. Aşağıda her bir hukuka uygunluk sebebi yönünden ayrı başlıklar altında inceleme yapılacaktır.

2.2.1.3.4.1.1. Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi

Bu hukuka uygunluk nedeni TCK'nin 24/1 maddesinde *“kanun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez”* şeklinde düzenlenme altına alınmıştır.

Kanun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmemesinin nedeni, kişinin böyle bir davranışta bulunmak bakımından kanun tarafından yetkilendirilmiş olmasıdır.⁷¹⁹ Bu da doğal bir sonuçtur.⁷²⁰ Zira bu hukuka uygunluk nedeni, hukuk düzeninin kendisiyle çelişkiye düşmezliği ilkesinin tipik bir ifadesidir.⁷²¹ Hukuk

4121.

⁷¹⁴ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4121.

⁷¹⁵ Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2745.

⁷¹⁶ Benzer mahiyette bkz. Bük, *Elektronik Ortamda*, 150-152.

⁷¹⁷ Çakmut, *Hekimin Cezai*, 278; Çakmut, *Tıbbi Uygulamalarda*, 502.

⁷¹⁸ Çakmut, *Tıbbi Uygulamalarda*, 502; Çakmut, *Hekimin Cezai*, 278.

⁷¹⁹ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 257.

⁷²⁰ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 310.

⁷²¹ Toroslu, *Ceza Hukuku*, 66.

düzenin tekliği ilkesi evrensel bir hukuk ilkesidir ve bu ilke gereği bir kimsenin bir taraftan belli bir davranışta bulunmak bakımından kanun tarafından yetkili kılınması, diğer taraftan ise böyle bir davranışta bulunmasından dolayı cezalandırılması söz konusu olamaz.⁷²² Zira suç teşkil eden fiile izin veren bir hukuk normunun mevcut olması, fiil ile hukuk düzeni ile arasındaki çatışmayı ortadan kaldıracaktır. Böylelikle eylem hukuka uygun hale gelmiş olacaktır ve bu durum, ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmiş olan her türlü eylem için söz konusu olabilir.⁷²³ Bu nedenle bir kanun hükmü, kişiye herhangi bir davranışta bulunmak konusunda bir hak veya yetki vermişse bunun öngörüldüğü şekilde yani usulüne uygun olarak icra edilmesi durumunda, hukuka aykırılıktan söz edilemez.⁷²⁴ O halde kanun belli kişilere belirli bir davranışta bulunması konusunda doğrudan yetki vermesine kanun hükmünü yerine getirme denir.⁷²⁵

Kanun hükümlerini yerine getirme görevi çoğu kez kamu görevlilerine aittir. Ancak özel kişilerin de kanunen belli konularda kamu göreviyle yetkili kılındığı haller olabilir. Örneğin CMK'nin 90. maddesindeki vatandaşın yakalama yetkisine ilişkin düzenleme böyledir.⁷²⁶

Bu hukuka uygunluk nedeninin kaynağı doğrudan doğruya kanundur ve bu nedenle kişi kanundan aldığı yetkisini kullanmaktadır. Burada geçen kanun kelimesini, hâkim görüşe göre şekli anlamda kanunla sınırlı olarak değil herhangi bir yazılı hukuk kuralı (başka bir deyişle hukuk normu) olarak anlamak gerektiği ifade edilmiştir.⁷²⁷ Buna göre buradaki kanun hükmü terimi hem şekli hem de maddi anlamda kanunu⁷²⁸ kapsamına almaktadır. Pozitif hukuk metinlerini yani yazılı hukuk kurallarını bu kapsamda anlamak gerekmektedir.⁷²⁹ Bu nedenle kanuna uygun şekilde yürürlüğe konulan kanun hükmünde kararname, tüzük ve yönetmelikler gibi düzenleyici

⁷²² Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 82; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 257; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 310; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 128.

⁷²³ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 128.

⁷²⁴ Özgenç, *Genel Hükümler*, 287; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 257; Bük, *Elektronik Ortamda*, 156.

⁷²⁵ Özgenç, *Gazi Şerhi*, 331; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 564.

⁷²⁶ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 83; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 258; Bakıcı, 5237 Sayılı, 476.

⁷²⁷ Özgenç, *Genel Hükümler*, 287; Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 83; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 296; Bakıcı, 5237 Sayılı, 475; Toroslu, *Ceza Hukuku*, 67; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 312; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 258; Akdağ, *Türk Ceza*, 112; Bük, *Elektronik Ortamda*, 156.

⁷²⁸ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 564.

⁷²⁹ Özgenç, *Gazi Şerhi*, 335.

nitelikteki işlemlerinde bu kanun kapsamında kabul edilmesi gereklidir.⁷³⁰ Buna göre tüzük ve yönetmelikler kanuna aykırı olmadıkları sürece fiili hukuka uygun hale getirebilecekleridir.⁷³¹ Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere⁷³² biz bu kanaatte değiliz ancak burada bu hususa ayrıca değinmeyi gereksiz bulmaktayız. Sadece bir hususu belirtmekte fayda bulunmaktadır. Yasa koyucu tarafından özel olarak suç tipinde izin verilmediği hallerde, yani hukuka özel aykırılık halleri bulunmayan durumlarda tüzük ve yönetmelik gibi düzenleyici idari işlemlerle tipik fiilin hukuka uygun hale getirilmesine izin verilmesi suç ve cezalar gibi temel hak ve özgürlüklerle yakından bağlantılı olması nedeniyle çok hassas bir alana ilişkin olarak yürütme organına yasama yetkisini devri anlamına gelecektir. Yani yerine göre yürütme organı yapacağı basit bir işlemle kanundaki tipik bir fiili bir kamu görevlisinin görevi haline getirebilecek ve bu nedenle suç işleyen kamu görevlilerini yargılanmaktan kurtarabilecektir. İşte bu nedenle zaten yasa koyucu TCK'nin 24/1 maddesinde özellikle kanun hükmünün yerine getirilmesinden bahsetmekte, yani özellikle kanun ibaresini tercih etmekte ve bununla da şekli anlamda kanunları kastetmektedir. Hâkim görüşünün aksine kabul Anayasa'ya göre devredilemeyen bir yetki olan yasama yetkisinin devri anlamına gelmektedir.

Yine hâkim görüşüne göre buradaki kanun kavramı sadece ceza kanunlarını içermez. Aynı zamanda ceza kanunları dışındaki diğer tüm kanunları da kapsamına alır.⁷³³ Yani yerine getirilen hükmün mutlaka ceza kanununda yer alması gerekmediği gibi kanun şeklinde olmayan diğer metinlerde yer alması da mümkündür. Ancak burada yer alan önemli husus, emri yerine getirilen normun din veya ahlaki nitelikte olmaması gereğidir.⁷³⁴ Öyleyse bu norm mutlaka yazılı hukuk kuralı olarak ifade edilen normları kapsamına almalıdır.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki hukuk kuralının belli bir şekilde hareket etme görevini sadece belli kişi ya da kamu görevlilerine yüklemesi halinde, sadece bu kişiler bakımından hukuka uygunluk sebebi geçerli olabilir. Bunlar dışında kalan kişiler, kanun hükmünü yerine getirdiklerini ileri sürerek hukuka uygun hareket ettiklerini iddia

⁷³⁰ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 258; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 134.

⁷³¹ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 296; Bük, *Elektronik Ortamda*, 156; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 564.

⁷³² Bkz. Hukuka uygunluk nedenleri başlığı altındaki özel hukuka aykırılık durumuna ilişkin tartışmalar.

⁷³³ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 258.

⁷³⁴ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 83; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 312.

edemezler.⁷³⁵ Öyleyse bu hukuka uygunluk sebebinin somut bir olayda geçerli olabilmesi için kişinin kanun hükmünü yerine getirmeye yetkili olması, kanun hükmü çerçevesinde hareket etmesi ve orantılılık ilkesine riayet etmesi gerekmektedir.⁷³⁶ Bu kapsamda fiilin görevin kaynağını oluşturan hukuk normunun belirlediği bütün şartlara uygun bir biçimde gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir.⁷³⁷ Yani failin izin veya yetki veren normların muhatabının kendisi olması ve fiilin de bu normlarda belirtilen tüm şartları taşıması gerekmektedir.⁷³⁸

İşte belli bir konuda kişiye kanun tarafından verilen bir yetki aynı zamanda o kişinin görevini oluşturmaktadır.⁷³⁹ Yani kanun hükmünün yerine getirilmesinin söz konusu olduğu hallerde aslında kişi açısından bir görev söz konusu⁷⁴⁰ olup bu kimse esasen bu görevi ifa etmektedir. Zaten bu nedenle kanun hükmünü yerine getirmek, görevin ifası veya görevin yerine getirilmesi olarak da ifade edilmektedir.⁷⁴¹ Hatta bu hukuka uygunluk nedenini görevin ifası veya görevin yerine getirilmesi olarak ifade etmenin daha doğru olacağını düşünenler bulunmaktadır.⁷⁴²

Çalışmamız kapsamında ayrı bir önemi bulunması nedeniyle bu hususa biraz daha yakından değinmekte fayda bulunmaktadır. Bu kapsamda bir davranışın hukuka uygun olup olmadığını belirlerken yerine getirilen görevin mahiyeti daima göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak o zaman yürütülen görevle bağlantılı olarak, bu hukuka uygunluk nedeninin sınırlarının aşılp aşılmadığını belirlemek mümkün olabilecektir.⁷⁴³

Kişisel veriler kaydedilmeksizin günlük hayatın devam edebilmesi neredeyse imkânsızdır, bu yüzden kişisel verilerin kaydedilmesinin tamamen yasaklanması mümkün değildir. Önemli olan, bu kaydetme faaliyeti sırasında, kişisel verilerin işlenmesiyle ilgili ilkelere uygun davranılmasıdır. Bu da kural olarak kişisel verilerin

⁷³⁵ Toroslu, *Ceza Hukuku*, 67; Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 84; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 312, Bakıcı, *5237 Sayılı*, 476; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 258.

⁷³⁶ Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 258; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 312; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 565.

⁷³⁷ Toroslu, *Ceza Hukuku*, 68.

⁷³⁸ Akdağ, *Türk Ceza*, 112.

⁷³⁹ Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 257; Bük, *Elektronik Ortamda*, 156.

⁷⁴⁰ Özgenç, *Gazi Şerhi*, 336; Özgenç, *Genel Hükümler*, 287.

⁷⁴¹ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 564; Özgenç, *Gazi Şerhi*, 336.

⁷⁴² Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 257; Özgenç, *Genel Hükümler*, 288.

⁷⁴³ Özgenç, *Genel Hükümler*, 288; Bük, *Elektronik Ortamda*, 156.

kaydedilmesini yasaklayıp işlenebilecekleri istisnai durumları dikkatli bir şekilde düzenlemekle mümkün olacaktır. Bu düzenleme de kanunlar eliyle yapılacaktır.⁷⁴⁴

TCK'nin 135. maddesinde suç olarak düzenlenen, kişisel verilerin kaydedilmesi fiiline de tipiklikte hukuka aykırılığın özel olarak yer alıp almamasına bakılmaksızın, hukuk düzeni içerisindeki bir normla izin verilebilmesi mümkündür.⁷⁴⁵ İşte bu nedenle inceleme konumuz suç açısından ilk akla gelen hukuka uygunluk sebebi kanun hükmünün yerine getirilmesidir.⁷⁴⁶ Bu nedenle yasanın verdiği bir yetkiye dayanılarak kişisel verilerin kaydedilmesi hukuka uygunluk sebebidir.⁷⁴⁷ Bu durum TCK'nin 135. maddesinin gerekçesinde ve 6698 sayılı Yasa'nın 5. maddesinde belirtilmiştir.⁷⁴⁸ Buna kapsamda 135. madde gerekçesinde *“Belirli nitelikteki kişisel verilerin kayda alınması kanun hükmünün gereği olarak yapılmaktadır. Bu bakımdan, çeşitli kamu kurumlarında verilen kamu hizmetinin gereği olarak kişilerle ilgili bazı bilgiler ilgili kanun hükümlerine istinaden kayda alınmaktadırlar. Bu durumlarda, söz konusu suç oluşmayacaktır.”*⁷⁴⁹ denilmekte ve bu hukuka uygunluk nedenine açıkça bir vurgu yapılmaktadır. Yine 6698 sayılı KVKK'nin 5/2 maddesinde *“Aşağıdaki şartlardan birinin varlığı hâlinde, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin işlenmesi mümkündür: a) Kanunlarda açıkça öngörülmesi”* denilerek bu kişisel verilerin işlenebilmesi açısından kanunlarda açıkça öngörülmüş olması zorunluluğu getirilmiştir. Bu ifadeye mefhumu muhalifinden anlam çıkartma yöntemiyle bakıldığında kanun gereği kişisel verilerin kaydedilmesi bir hukuka uygunluk nedenidir. Buna göre eğer mevzuatta kişisel verilerin kaydedilmesine imkân veren bir hukuk kuralı bulunmakta ise ve bu hükme uygun şekilde hareket ediliyorsa kanun hükmünün yerine getiriliyor olması nedeniyle suç oluşmayacak⁷⁵⁰ ve eylem hukuka uygun olacaktır.⁷⁵¹ Bu hallerde

⁷⁴⁴ Akdağ, *Türk Ceza*, 111.

⁷⁴⁵ Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 128.

⁷⁴⁶ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 564; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4121.

⁷⁴⁷ Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2080; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 146.

⁷⁴⁸ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 146.

⁷⁴⁹ 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu TBMM Adalet Komisyonunca Kabul Edilen Madde Gerekçeleri, 220.

⁷⁵⁰ Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:67, Sayı: 4, Güz 2009, 20; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 146; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, s 142; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4121; Ergün, *Siber Suçların*, 115.

⁷⁵¹ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 644.

ilgilinin rızası olmasa dahi eylem suç oluşmayacaktır.⁷⁵² Yani kanunun verdiği yetkiye dayanıldığı sürece veri öznesinden izinsiz şekilde kişisel verilerin kaydedilmesi halinde dahi suç oluşmayacaktır.⁷⁵³ Bu kabul kamu ya da özel ayrımı yapılmaksızın herkes için geçerlidir. Yani özel veya kamu kurumlarının, veri görevlilerinin hukuki bir düzenlemenin amir hükmüne dayanarak kişisel verileri kaydetmiş olması durumunda suç oluşmayacaktır.⁷⁵⁴

Özetle kişisel verilerin bir hukuk normuna uygun olarak kaydedilmesi, işlenen hukuka aykırı fiili, suç olmaktan çıkarmaktadır⁷⁵⁵ ve böylelikle konumuz açısından kanun hükmünün gereğini yerine getiren hekimler ve ya diğer sağlık çalışanları cezai bir yaptırımla karşılaşmayacaktır.⁷⁵⁶

Kanunun hükmünün yerine getirilmesi, özellikle kamu otoritelerinin veri kaydetmeleri açısından önem taşımaktadır. İdarenin kanuniliği ilkesi gereğince, bu otoritelerin tüm işlemleri kanundan kaynaklanmakta dolayısıyla da kişisel verileri hukuka uygun olarak kaydetmelerine imkân vermektedir.⁷⁵⁷ Fakat yetkili makama, kanun tarafından açıkça verilmiş bir yetki olmadığı sürece, kişisel verilerin kaydedilmesinde hukuka uygunluktan bahsedilemeyecek ve fiil suç teşkil edecektir.⁷⁵⁸ Yine kanunla verilen görevin ve mesleğin sınırlarını yani amacını aşan bir kayıt yapılması durumunda da suç oluşacaktır.⁷⁵⁹ Bu nedenle sağlık mesleği mensuplarının görevli oldukları süreçler dolayısıyla zorunlu olarak kaydedilen bilgileri, sunduğu hizmetin gereği olarak kaydetmiş olmaları halinde ancak eylemleri hukuka uygun olacaktır.⁷⁶⁰

Bununla bağlantılı olarak kanun ancak ilgili kamu otoritesinin kurulma amaçlarıyla bağlantılı konularda ve gerekli oranda veri işlemesine izin verebilir ve bu iznin sınırları belli olmalıdır. Bu anlamda, kanunun bir kamu otoritesine amacını gerçekleştirmesi için gerekli tüm verileri işleme yetkisi vermesi, şüphesiz kişisel

⁷⁵² Akyıldız, *Uygulamada Hekimin*, 326.

⁷⁵³ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 19.

⁷⁵⁴ Bük, *Elektronik Ortamda*, 156.

⁷⁵⁵ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 134.

⁷⁵⁶ Gülsün Ayhan Aygörmez, *Hukuki Kurum Rızanın, Tıp Ceza Hukukunda Geçerli Olarak Kurulması*, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:VI, Sayı 2, Yıl 2009, 143.

⁷⁵⁷ Akdağ, *Türk Ceza*, 112.

⁷⁵⁸ Akdağ, *Türk Ceza*, 113.

⁷⁵⁹ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 644.

⁷⁶⁰ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 652.

verilerin korunması hakkının ölçüsüzce sınırlandırılması anlamına gelecektir. Kanun kişisel verilerin işlenmesi ile ilgili yetki verirken hangi verilerin hangi işlemlere konu olabileceğini, bu işlemlerin hangi amaçlarla yapılabileceğini ve verilerin kurum tarafından saklanabileceği azami süreyi de belirtmelidir. Kurumun amacıyla bağlantılı verinin sadece bu amacın daha kolay gerçekleştirilmesi için gereken veri değil, amaç için zorunlu olan veri olduğu ve imkân olduğu sürece verilerin kişisel değil, anonim şekilde tutulmasının tercih edilmesi gerektiği de göz önünde bulundurulmalıdır.⁷⁶¹

Mevzuatımızda kişisel verilerin kaydedilmesi sonucunu doğuran işlemlere yetki veren pek çok düzenleme mevcuttur⁷⁶² ve düzenlemelerin hepsi kanuna aykırı olmadıkları sürece eylemleri hukuka uygun hale getirir. Zira hukuka özel aykırılık hali, bahsedildiği üzere bu suçta geçerlilik taşımaktadır. Bu nedenle hangi düzeyde bir düzenleme olursa olsun sağlık çalışanlarına kişisel sağlık verilerini kaydetme yetkisi veren tüm düzenlemelerin bu anlamda incelenmesi gerekmektedir. Bu yönüyle sağlık çalışanlarını kayıt tutmak yükümlülüğünden bahsedilmesi çalışmamızın kapsamı itibarıyla uygun olacaktır. Çünkü sağlık çalışanlarının tuttukları kayıtların neredeyse tamamı kişisel sağlık verilerini içermektedir. Ayrıca sağlık çalışanı olmayan kişilerde bazen kişisel sağlık verilerini kayda almak kanuni görevlerinin gereği olabilir. Bunlarda kanuni görevlerinin gereğini yerine getirdiklerinden eylemleri hukuk uygun olacaktır.

2.2.1.3.4.1.1. Sağlık Çalışanlarının Kayıt Tutma Yükümlülüğü

Kişisel sağlık verisi kavramı ile sağlık hizmeti esnasında sağlık hizmeti sunucuları tarafından hukuka uygun şekilde elde edilen, kaydedilen ve ayırt edici bir nitelik taşıyan her türlü bilgi anlatılmak istenmiştir ve bu bilgilere tıp hukukunda tıbbi kayıt da denilmektedir.⁷⁶³ Tıbbi kayıtları ifade etmek için “*kişisel sağlık kayıtları*” terimi de kullanılmış ve: “*Bireylerin sağlıkla ilgili kararlar almaları için ihtiyaç duydukları, evrensel olarak elde edilebilen, ömür boyu sürececek bir sağlık bilgisi kaynağı*”⁷⁶⁴ olarak tanımlanmıştır. Bu tip kayıtlar artık yoğun şekilde elektronik ortamlarda tutulmaya başlanmış ve yeni bir kavram olarak “*Elektronik Sağlık Verisi/ Kayıtları*” kavramı geliştirilmiştir. Elektronik sağlık verisi ise “*bir bireyin tıbbi tedavi*

⁷⁶¹ Akdağ, *Türk Ceza*, 113-114.

⁷⁶² Sedat Erdem Aydın, *AIHM İctihatları*, 143.

⁷⁶³ İstek, *Hasta Mahremiyeti*, 203.

⁷⁶⁴ AHIMA e-HIM Personal Health Record Work Group, *The Role of the Personal Health Record in the EHR.*, Journal of AHIMA 76, no.7, July-August 2005, 25.

ve diğer yakın amaçlar için geçmiş ve mevcut fiziksel ve ruhsal sağlık durumuna ilişkin gerekli bilginin her an hazırda bulundurulmasını özel, güvenli ve gizli bir ortamda erişebilmesini, yönetebilmesini ve paylaşabilmesini sağlayan⁷⁶⁵, elektronik ortamdaki kapsamlı bir tıbbi kayıt veya benzeri dokümantasyonu” olarak ifade edilmektedir.⁷⁶⁶

Genel anlamda tüm kamu ya da özel sağlık kurum ve kuruluşları kendilerine müracaat ederek hizmet alanların tıbbi kayıtlarını tutmak ve arşiv altına almakla yükümlüdürler.⁷⁶⁷ İşte sağlık hizmeti sunucuları tarafından tutulan neredeyse tüm kayıtlar teknik anlamda sağlık kayıtlarıdır⁷⁶⁸, kişisel sağlık verileridir. Sağlık çalışanları, tedavisini üstlendiği hastayla ilgili olarak öğrendiği bilgileri düzenli bir şekilde kayda geçirmek ve bu kayıtları ilgili belgeleriyle birlikte muhafaza altına almakla yükümlüdürler.⁷⁶⁹ Bu kapsamda artık sağlık hizmetinin yürütüldüğü tüm süreçlerde sağlık verilerinin kayıt altına alınması birçok açıdan fiili bir ihtiyaç haline gelmiştir.⁷⁷⁰ Kayıt tutma yükümlülüğünün zorunluluk haline gelmesine neden olan öncelikli amaç ise hastanın tedavisinin güvenli şekilde yapılması ve sürdürülmesinin sağlanmasıdır.⁷⁷¹ Bu yönüyle kayıt tutma, tedavi sürecinin sürekliliğinin sağlıklı bir şekilde yürütülmesinin sağlanması amacına hizmet etmesi itibarıyla önemli bir fonksiyon görmektedir.⁷⁷² Bunun yanında bu bilgilerin hukuksal anlamda belge- delil niteliği taşıması⁷⁷³ nedeniyle ileride doğabilecek ihtilaflar bakımından delillerin güvence altına alınması ve gereğinde hesap sorabilme imkânını oluşturulması⁷⁷⁴, tıbbi verilerin kaydedilmesinin başka bir amacıdır. Ayrıca bilimsel ve istatistiksel değerlendirmeler için de önemli kaynak işlevi görmesi yönüyle toplum sağlığına önemli katkılarda bulunma⁷⁷⁵ fonksiyonu da görmektedir. Yine bu kayıtların daha pek çok potansiyel faydaları vardır. Örneğin kronik hastaların bir sorunla karşılaştıklarında daha erken müdahale almaları kolaylıkla sağlanacak ve sağlık hizmeti sunucuları ile birlikte

⁷⁶⁵ Paul C. Tang, Joan Ash, David W. Bates at al., *Personal Health Records: Definitions, Benefits, and Strategies for Overcoming Barriers to Adoption*, Journal of the American Medical Informatics Association, Volume 13, Number 2, Mar / Apr 2006, 122; AHIMA e-HIM Personal Health Record Work Group., 24.

⁷⁶⁶ Handbook on European Data Protection Law, 338.

⁷⁶⁷ Akyıldız, *Uygulamada Hekimin*, 335.

⁷⁶⁸ A Dictionary Of Law, Oxford University Press, 228.

⁷⁶⁹ Karasu, *Hekimin Sır*, 139; Cin, *Tıp Etiği*, 62; Özdemir, *Teşhis ve Tedavi*, 150.

⁷⁷⁰ Yüksel, *Kişisel Sağlık*, 3.

⁷⁷¹ Somer, *Tıbbi Kayıtlar*, 529; Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 70.

⁷⁷² Yüksel, *Kişisel Sağlık*, 3; Benzer mahiyette Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 106.

⁷⁷³ Yüksel, *Kişisel Sağlık*, 3.

⁷⁷⁴ Somer, *Tıbbi Kayıtlar*, 529; Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 70.

⁷⁷⁵ Yüksel, *Kişisel Sağlık*, 3.

hastalıklarını oldukça kolay bir şekilde takip edebileceklerdir.⁷⁷⁶ Bu yönüyle kişisel sağlık verilerinin kayda alınmasının birincil ve en temel amacı hastanın tedavi sürecine ilişkin bilgilerin muhafazasının ve gerekli olduğunda kolaylıkla ulaşılmasının garanti altına alınmasını sağlamaktır.⁷⁷⁷ Kişisel sağlık kayıtlarının belki de en kritik bir faydası, hasta ve hekim arasındaki ilişkiyi bölümsellikten başka bir deyişle kesintililikten çıkartarak sürekliliğe doğru değiştirmesi sayesinde ortaya çıkabilecek sorunları ele alma süresini önemli ölçüde kısaltmalarıdır.⁷⁷⁸

Kayıt tutma yükümlülüğü günümüzde o kadar büyük bir önem kazanmıştır ki hekimin ve sağlık çalışanının yükümlülükleri arasında ayrı ve özel bir yükümlülük olarak anılır olmaya başlamıştır.⁷⁷⁹ Akademik çalışmalarda ayrı başlıklar altına incelenir hale gelmiştir.⁷⁸⁰ Ayrıca tıbbi verilerin kaydedilmesi yükümlülüğü öngören düzenlemeler pozitif hukuka girmiş ve bu nedenle hukuki bir zorunluluk haline gelmiştir. Bu anlamda hukuk sistemimizde sağlık bakanlığına ve sağlık çalışanlarına kişisel sağlık verilerini toplama, kaydetme ve işleme yetkisi veren birçok düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemeler değişik seviyelerde olmak üzere yürürlüktedir.⁷⁸¹

Esasında çalışmamızın en başından beri kişisel sağlık verilerine ilişkin olarak yaptığımız açıklamalar kişisel sağlık verilerinin işleme yetkisine ilişkindir ve ilgili bölümlerde ayrıntılı bir şekilde değinilmiştir. Bu bölümde önemi nedeniyle Sağlık Bakanlığı'na ve sağlık görevlilerine kişisel verileri toplama ve kaydetme yetkisi veren düzenlemelere daha ayrıntılı bir şekilde değinmek gerekmektedir. Bu kapsamda üzerinde durulması gereken belki de ilk düzenleme devlet teşkilatının yeniden yapılandırıldığı ve görevlerinin belirlendiği oldukça yeni bir düzenleme olan 10/07/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'dir.

Söz konusu Kararname'nin 352. Maddesi ile Sağlık Bakanlığı'na, "*Herkesin bedenî, zihnî ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hâli içinde hayatını sürdürmesini sağlamak amacıyla: Halk sağlığının korunması ve geliştirilmesi, hastalık risklerinin*

⁷⁷⁶ Tang, Ash, Bates at al., *Personal Health*, 123.

⁷⁷⁷ Somer, *Tıbbi Kayıtlar*, 529; Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 70.

⁷⁷⁸ Tang, Ash, Bates at al., *Personal Health*, 123.

⁷⁷⁹ Somer, *Tıbbi Kayıtlar*, 529; Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 70.

⁷⁸⁰ Yüksel, *Kişisel Sağlık*, 3.

⁷⁸¹ Yüksel, *Kişisel Sağlık*, 3.

azaltılması ve önlenmesi için çalışmalar yapmak, teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerinin yürütmek, uluslararası önemi haiz halk sağlığı risklerinin ülkeye girmesini önlemek, sağlık eğitimi ve araştırma faaliyetlerini geliştirmek, sağlık hizmetlerinde kullanılan ilaçlar, özel ürünler, ulusal ve uluslararası kontrole tâbi maddeler, ilaç üretiminde kullanılan etken ve yardımcı maddeler, kozmetikler ve tıbbî cihazların güvenli ve kaliteli bir şekilde piyasaya sunulması, halka ulaştırılması ve fiyatlarının belirlenmesi için çalışmalar yapmak, insan gücünde ve maddî kaynaklarda tasarruf sağlamak ve verimi artırmak, sağlık insan gücünün ülke sathında dengeli dağılımını sağlamak ve bütün paydaşlar arasında işbirliğini gerçekleştirmek suretiyle yurt sathında eşit, kaliteli ve verimli hizmet sunumunu sağlamak, kamu ve özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişiler tarafından açılacak sağlık kuruluşlarının ülke sathında planlanması ve yaygınlaştırılması için çalışmalar yapmak, kanunlarla ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile verilen diğer görevleri yapmak” görevleri verilmiştir.

Tüm bu sayılanlar Kararname hükmünde açıkça yazdığı üzere hem bir görev hem de bir yetki olarak düzenlenmiştir. Bu anlamda bu sayılan görevlerin yerine getirilebilmesi için birtakım kişisel verilerin toplanması, kaydedilmesi ve yerine göre aktarılması da gerekmektedir. Aynı kararname’nin 355. maddesi ile Bakanlık’a verilen bu görevler kapsamında olmak üzere Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü’ne *kişisel verilerin korunmasına ve veri mahremiyetinin sağlanmasına yönelik düzenleme yapmak*, 358. maddesi ile Sağlık Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğü’ne *kişisel sağlık verileri ile ülke düzeyinde sağlık durumu ve sağlık hizmetlerine ilişkin veri ve bilgi akışını içeren her türden bilgi sistemleri ve projelerini yapmak ve yaptırmak*, 361. maddesi ile Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü’ne *bulaşıcı, bulaşıcı olmayan, kronik hastalıklar ve kanser ile anne, çocuk, ergen, yaşlı ve engelli gibi risk gruplarıyla ilgili olarak izleme, sürveyans, inceleme, araştırma, bağışıklama ve kontrol çalışmaları yapmak, bunlarla ilgili verilerin toplanmasını sağlamak, yaşam kalitesini yükseltecek alışkanlıkları kazandırarak toplumdaki tüm bireylerin sağlığını geliştirmek; hatalı beslenme alışkanlıkları, obezite, sigara ve benzeri zararlı maddelerin yol açtığı sağlık riskleri ve tehditleri ile mücadele etmek, bu hususları izlemek, araştırmak, veri toplanmasını sağlamak ve değerlendirmek yetki ve görevleri verilmiştir.*

Tüm bu görevler yürütülebilmeleri açısından veri toplamayı ve işlemeyi mahiyeti itibariyle zorunlu kılan bu nedenle de açıkça veri toplama ve işleme yetkisi veren görevlerdir. Aynı kapsamda Kararname'nin 365. maddesi ile Bakanlık Strateji Geliştirme Başkanlığı'na 5436 sayılı Kanun'un 15 maddesi ile verilen görevleri yapmak yetkisi verilmiştir. Kanun'un 15/2-c maddesinde ise idarenin yönetimi ile hizmetlerin geliştirilmesi ve performansla ilgili *bilgi ve verileri toplamak, analiz etmek, yorumlamak* görevi verilmiştir.⁷⁸² Açıkça görüleceği üzere bu düzenleme de kişisel verilerin toplanması ve kaydedilmesi yetkisini bünyesinde barındırmaktadır.

Bunun yanında Sağlık Bakanlığı'na ve bağlı birimlerine verilen ve burada ayrıca belirtmediğimiz, sağlık tehditlerine yönelik erken uyarı ve cevap geliştirilmesi amacıyla gerekli organizasyonu sağlamak, birey, toplum ve çevre sağlığını etkileyen ve genel sağlığı ilgilendiren her tür etkeni incelemek, teşhis etmek, değerlendirmek ve kontrol etmek üzere tedbir almak ve buna yönelik her türlü iş ve işlemi tesis etmek, her türlü koruyucu, teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerini planlamak, bu nitelikteki hizmetlerin yürütülmesini sağlamak, teknik düzenleme yapmak, standartları belirlemek ve bu hizmetler ile sunucularını sınıflandırmak, bununla ilgili iş ve işlemleri yaptırmak, tüm bu faaliyetleri izlemek ve değerlendirmek, iyi uygulama örneklerini yaygınlaştırmak gibi görevler açıkça düzenleme metninde belirtilmese dahi yürütülebilmeleri için önemli oranda kişisel veri kaydetme ve işlem faaliyetlerini zorunlu olarak bünyesinde barındırmaktadır.

Bunların dışında 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin konumuzla ilgili en önemli maddesi Bilgi Toplama, İşleme ve Paylaşma Yetkisi kenar başlıklı 378. maddesi dir. Maddede “(1) *Sağlık hizmeti almak üzere, kamu veya özel sağlık kuruluşları ile sağlık mesleği mensuplarına müracaat edenlerin, sağlık hizmetinin gereği olarak vermek zorunda oldukları veya kendilerine verilen hizmete ilişkin kişisel verileri işlenebilir.* (2) *Sağlık hizmetinin verilmesi, kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi ile sağlık hizmetlerinin*

⁷⁸² Mülga 663 sayılı KHK'nin 12 maddesi ile bu bakanlığa bağlı olarak faaliyet yürütecek olan Sağlık Araştırmaları Genel Müdürlüğü'ne yurt içinde ve yurt dışında üretilen sağlık istatistiklerinin derlenmesi, veri kalitesinin değerlendirilmesi, yayımlanması, *ulusal ve uluslararası kurumlarla paylaşılması*, uluslararası kurumlar tarafından ülkemiz ile ilgili yayımlanan istatistiklerin izlenmesi ve değerlendirilmesini sağlamak, sağlık istatistikleri ile ilgili konularda koordinasyonu sağlamak, görevleri verilmişti.

*planlanması ve maliyetlerin hesaplanması amacıyla **bakanlık**, birinci fıkra kapsamında elde edilen verileri alarak işleyebilir.”* denilmektedir.

Bu düzenleme gereğince kamu ve özel sağlık kuruluşlarına kendilerine verilen görevleri yerine getirebilmek adına kişisel sağlık verisi işleme genel yetkisi verilmiştir. Bu veri işleme yetkisi doğal olarak bünyesinde toplama ve kaydetme yetkilerini barındırmaktadır. Bu anlamda sağlık hizmeti faydalanıcılarının hizmetin gereği olarak paylaşmak zorunda oldukları bilgiler ile ilgili, kamu ya da özel sağlık kuruluşlarının görev sınırları kapsamında kalmak kaydıyla yapılacak tüm kaydetme faaliyetleri, yetkili ve görevli kişiler tarafından yapılmak kaydıyla hukuka uygunluk nedeni kapsamında kalacaktır. Yine bu kapsamda kaydedilen veriler kişisel sağlık verilerinin işlenmesine yönelik 6698 sayılı KVKK’nin koyduğu sınırlandırıcı amaçlara paralel amaçlar doğrultusunda bakanlık tarafından da işlenebilecektir. Yani Bakanlık örneğin özel bir sağlık kurumundaki bir kişi ile ilgili kişisel sağlık verisini maliyetlerin hesaplanması amacıyla alabilecek kaydederek işleyebilecektir. Bu hizmet kapsamında görev yapan kişiler 6698 sayılı KVKK’nin özel şartlarına da riayet etmek şartıyla görevin ifası hukuka uygunluk nedeninden yararlanacaklardır. Bu kapsamda örneğin sır saklama yükümlülüğü bulunmayan bir görevli Sağlık Bakanlığı’nda da görevli olsa ve bu verilerin işlendiği bir birimde de görevlendirilse bu anlamda kişisel sağlık verisini işleme yetkisini taşımadığı için hukuka uygunluk nedeni kapsamında kalmayacaktır.

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri tüm ülkede uygulanma kabiliyetini sahip, bağlayıcılığı haiz, yönetmelikler ve diğer genel idari düzenlemelerin hemen üstünde yer alan icrai bir norm niteliği taşımasına rağmen kişisel sağlık verilerine işlemeye yetkili kurum ve kuruluşları belirleme gücüne sahip olmayan ve bu nedenle Anayasa’nın 20/3 ve 6698 sayılı KVKK’nin 5. maddelerine aykırılık taşıyan bir nitelik taşımaktadır. Ancak kişisel sağlık verilerini kaydetme yetkisi tanıyan düzenlemeler sadece bu Kararname’de bulunmamakta, birçok kanunda, tüzük ve yönetmeliklerde bu konuda düzenlemeler bulunmaktadır. Bu yönüyle kanuni düzenlemeler belli kurum ya da kuruluşlara veya Sağlık Bakanlığı’na kişisel verileri işleme yönünde yetki vermemekte, fakat daha çok belli sağlık meslekleri mensuplarına yönelik olarak bu yetkiyi vermektedir. Bu nedenle bu düzenlemeler sadece yetkiyi tanıdığı meslek mensupları açısından yetkilendirme yapmaktadır. Bu anlamda ilk olarak bakılacak düzenleme 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’nun 3/1-f maddesindeki “*Herkesin sağlık*

durumunun takip edilebilmesi ve sağlık hizmetlerinin daha etkin ve hızlı şekilde yürütülmesi maksadıyla, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca gerekli kayıt ve bildirim sistemi kurulur. Bu sistem, e-Devlet uygulamalarına uygun olarak elektronik ortamda da oluşturulabilir. Bu amaçla, Sağlık Bakanlığınca, bağlı kuruluşları da kapsayacak şekilde ülke çapında bilişim sistemi kurulabilir.” hükmüdür. Düzenleme gereğince ve aynı maddenin ikinci fıkrasında öngörülen amaçlarla kişisel sağlık verileri Sağlık Bakanlığı tarafından toplanmaktadır.⁷⁸³ Bu hüküm, konumuz açısından oldukça önemli bazı uygulamalara hukuksal dayanak oluşturmaktadır. Sağlık Bakanlığı’nın Sağlık.Net, e- nabız gibi uygulamaları ve elektronik sağlık kaydı sistemleri bu kapsamda⁷⁸⁴ faaliyet gösterebilmektedirler. Ancak kanaatimizce bu düzenleme Sağlık Bakanlığı’na sadece kayıt ve bildirim sistemi kurma yetkisi tanımakta ancak kişisel sağlık verilerin toplama ve kaydetme yetkisi tanımamaktadır. Belirttiğimiz üzere kişisel verileri işleme yetkisi sadece açık bir kanun hükmüyle verilebilecek bir nitelik taşımaktadır. Bu sebeple kanunlardaki yoruma açık ibarelerin yorumlanması suretiyle dahi bu yetki tanınmaz. Söz konusu hükümden hareketle yorum yoluyla Bakanlık’a kişisel verileri toplama, kaydetme gibi yetkileri tanınmaz. Bu maddenin Sağlık Bakanlığı’na kişisel verileri işleme, kaydetme, depolama vb. hiçbir yetki vermediğini düşünüyoruz. 3359 sayılı Kanun’da başkaca bir düzenleme de bulunmadığı için Sağlık Bakanlığı’nın, kişisel sağlık verilerine Anayasa ve Kanun’a aykırı olan bir Kararname’nin verdiği yetkiye istinaden müdahalede bulunduğu söylenmelidir.

Konumuza ilişkin olarak 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrası Hakkında Kanun’un 72. maddesinde “*İcrayı sanat eden tabipler, dış tabipleri, dışçiler ve ebeler numunesi veçhile Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekaleti tarafından tertip ve mahalli sıhhiye memurlarınca musaddak, hastaların isim ve hüviyetlerini kayda mahsus bir protokol defteri tutmağa mecburdurlar. Bu defterlerin kuyudu ücretten mütevellit davalarda sahibi lehine delil ittihaz olunabilir. Şu kadar ki müstenidi iddia olan kaydın hilafı vesaik veya delaili muteberei saire ile ispat edilebilir.*” düzenlemesi bulunmakta ve sayılan sağlık meslek mensuplarına görevleri kapsamında ulaştıkları kişisel sağlık verilerin kayda alınma zorunluluğu getirmektedir.

⁷⁸³ Aynı yönde bkz. Yüksel, *Kişisel Sağlık*, 3.

⁷⁸⁴ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 364.

3153 sayılı Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun 5. maddesinde “*Röntgen ve radyom ve elektrikle tedavi müesseselerinde buraya kabul edilen hastaları kayde mahsus ve Sıhhat ve İctimai Muavenet Vekaletince hazırlanan örneklere protokol defterleri tutulması mecburidir.*” düzenlemesi, 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun 10/II maddesinde “*Sağlık ocakları ve evleri her türlü koruyucu hekimlik hizmetleri, hastaların muayene ve tedavisi ile sağlık ocağına kayıtlı şahısların sağlık sicillerini tutmakla mükelleftir...*” düzenlemesi, 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu’nun 5/I maddesinde “*Aile hekimliği uygulaması kapsamında kişilerin aile hekimine kaydı yapılır*” düzenlemesi ve 5/III maddesinde “*Aile hekimlerinin şahsî kayıtları ilgili il ve ilçe sağlık idare birimlerinde tutulur. Aile hekimlerinin kullandığı basılı veya elektronik ortamda tutulan kayıtlar, kişilerin sağlık dosyaları ile raporlar, sevk belgesi ve reçete gibi belgeler resmî kayıt ve evrak niteliğindedir. Bu kayıt ve belgeler, hekimin ayrılması veya kişinin hekim değiştirmesi halinde eksiksiz olarak devredilir. İlgili mevzuatta birinci basamak sağlık kuruluşları ve resmî tabiplerce düzenlenmesi öngörülen her türlü rapor, sevk evrakı, reçete ve sair belgeler, aile hekimliği uygulamasına geçilen yerlerde aile hekimleri tarafından düzenlenir.*” hükmü bulunmaktadır.

Söz konusu düzenlemeler kapsamında yapılan kayıtlar kanun hükmünü yerine getirme olacağı için hukuka uygunluk nedeni mevcuttur. Ancak belirtilen kanunlarda bu defterlere yapılacak kayıtların neleri ve ne kadar derinlikle içermesi gerektiğinin açıkça ifade edilmemiş olması önemli bir eksikliktir. Bu nedenle idari bir organ olan Sağlık Bakanlığı’nın şekli anlamda olmak üzere bu defterler üzerinde değişiklik yapmak yetkisi bulunmaktadır. Bu kapsamda özel nitelikli kişisel verilerden olan kişisel sağlık verilerinin kaydedildiği bu deftere yeni ve çok ayrıntılı haneler ekleyerek kişisel sağlık verilerini çok geniş bir kapsamda olmak üzere kayda aldırma yetkisi de bir anlamda Bakanlık’a tanınmış olmaktadır. Temel hak ve özgürlüklere ve özellikle mahremiyet gibi çok hassas bir alana ilişkin bu şekilde düzenleme yapılması kanaatimizce isabetli değildir. En azından sunulan hizmetin amacını ve sınırlarını aşmayacak şekilde bu anlamda kayıt yapma yetkisinin sınırlarının kanun ile çizilmesi gerekmektedir.

Sağlık çalışanlarına kayıt tutma yükümlülüğü yükleyen düzenlemeler sadece kanunlarda bulunmamaktadır. Tüzükler ve yönetmeliklerde de bu konuda çok sayıda düzenlemeler bulunmaktadır.

Özel Hastaneler Tüzüğü'nün 29. Maddesi, Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliği'nin aile hekiminin görev, yetki ve sorumlulukları kenar başlıklı 4. Maddesi , Tutulacak Kayıtlar kenar başlıklı 30. maddesi , Kayıtların Tutulma Şekli ve Muhafazası kenar başlıklı 31. maddesi, Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik'in 17. ve Kayıt ve Defterler kenar başlıklı 27. Maddesi , Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği md. 8/c maddesi ile 33 maddesi, Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin mesul müdürün görev, yetki ve sorumluluklarını düzenleyen 17/1-h maddesi ile Tıbbi Kayıt ve Arşiv, Faturalandırma ve Hastaya Verilecek Belgeler başlığını taşıyan altıncı bölümündeki tıbbi kayıt kenar başlıklı 48, Tıbbi Arşiv ve Bakanlık'a Yapılacak Bildirimler kenar başlıklı 49, Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 12/4, 15/2, 17/3, 20/1, 27, 66, 67, 71, 72, 76, 82, 91. madde hükümleri bulunmaktadır. Bu nedenle görev icra eden sağlık çalışanlarının ayrı ayrı ve birçok kayıt görevi ve sorumluluğu bulunmaktadır. Yönetmelik bu anlamda yapılacak kayıtları belirlemekle kalmamış ayrı ayrı sağlık personellerine göre bu anlamda görev ataması da yapmıştır. Örneğin baş tabiplerle ilgili olarak 110. maddesinde, servis şef ve uzmanı olan hekimlerle ilgili olarak 114. maddesinde, hemşirelere ilişkin olarak 132. maddesinde, ebelerle ilişkin olarak 133. maddesinde çok sayıda kayıt görevi belirtilen personellere yüklenmektedir.

Yukarıda sayılan mevzuat hükümleri dışında da sağlık kişisel verilerine müdahale yetkisi tanıyan pek çok düzenleme bulunmaktadır. Bu nedenle bu görevlilerin yine bu görevleri kapsamında olmak üzere yerine getirecekleri kişisel sağlık verilerine ilişkin kayıt ve arşiv oluşturma faaliyetleri ilgili mevzuatın gereği olduğundan hukuka uygun olacak⁷⁸⁵ ve eylem suç teşkil etmeyecektir.

Tüm bu düzenlemelere bir bütün halinde bakıldığında çok değişik alanlarda ve inanılmaz sayıda bir verinin kaydının tutulmasının zorunluluk taşıdığını görmekteyiz. Bu yönüyle sağlık kayıtları artık muazzam miktarda tedavi bilgisinin yanı sıra bir hastanın yakınları, mali durumu, eğitimi ve istihdamı hakkında bilgiler de dâhil olmak üzere tedaviyle ilgili olmayan daha birçok bilgileri dahi içerdiği görülmektedir.⁷⁸⁶ Bu kapsamda ülkemizde de Sağlık Bakanlığı tarafından kurulmuş olan çeşitli bilgi sistemleri (Hayat Eve Sığar, Sağlık.NET, USBS, USS, HBYS, MHRS, e-Nabız gibi)

⁷⁸⁵ Aynı yönde Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 645.

⁷⁸⁶ Encyclopedia Of Privacy, 270.

bulunmakta ve bu sistemler vasıtasıyla çok sayıda veri toplanmaktadır. Toplanan verilerin (Ulusal Sağlık Veri Sözlüğünde tanımlı) türleri şu şekildedir: Hasta muayene bilgisi, Hastaya verilen malzeme/ ilaç bilgisi, Hasta laboratuvar sonuç bilgisi, Hasta patoloji sonuç bilgisi, 15-49 yaş kadın izlem verisi, Ağız ve diş sağlığı bilgisi, Gebelik izlem bilgisi, Anne ve bebek sağlık verisi, Kadına yönelik şiddet verisi, Aşı takip sistemi, Bulaşıcı hastalıklara ait veri setleri, İntihar vakalarına ait bilgiler, Hamilelik testleri, Gebelik tespiti sonuçları, Kullanılan aile planlaması yöntemi, Özürlülük durumu, Sağlık geçmişi, Alkol- madde- sigara kullanımı vs. tüm bu veriler kişisel sağlık verisi olarak toplanmakta ve kaydı tutulmaktadır.⁷⁸⁷

Tam bu noktada bahse konu kaydı tutucak olan hekimler ve diğer sağlık çalışanlarının her ahvalde ve herkez için belirtilen kayıtların tamamını tutmakla yükümlü olup olmadıkları tartışması çıkmaktadır. Bu konuda net olarak belirtilmesi gereken husus ilgili görevlilerin bu sayılanların hepsini gerekli olup olmadığına bakılmaksızın her durumda ve herkes için kayıt altına almakla yükümlü olmadıklarıdır. Tıbbi anlamda kayıt altına alınması gerekli olmayan kayıtlar hukuki anlamda da gerekli olmayan kayıt niteliği taşır.⁷⁸⁸ Bu nedenle bu sayılan veri türleri içinde kaydı yapılacak olanlar tıbben gerekli olduğu kişi hakkında ve yine tıbben gerekli olduğu kadarıyla kayıt altına alınabileceklerdir.⁷⁸⁹

Hasta kayıtlarının tutulması ve saklanması hekim ve hastalarının menfaatleri gereği olsa da sağlık kurum ve kuruluşlarında hasta mahremiyetini en önemli unsurlarından biri olan veri güvenliğinin gerçekleşmesi için sağlıklı bir dokümantasyon alt yapısının oluşturulması⁷⁹⁰ gerekmektedir. Bu kapsamda özellikle elektronik ortamlarda bulunan hastaya ait kayıtların dahi tıbbi gizlilik ilkesine uygun şekilde muhafaza edilmesi gerekmektedir.⁷⁹¹ Çünkü tıp bilişim teknolojileri alanında yaşanan gelişimlere bağlı olarak, sağlık hizmetleri sektöründe gittikçe daha da yoğun bir biçimde uygulanan modern tıbbi bilişim sistemleri de kurulmaktadır. Ancak, hastaların kişisel sağlık verilerinin kapsamı ve korunmalarına ilişkin hukuk normları nedeniyle bu kayıtların tutulduğu sanal ortamların yani sağlık kaydı sistemlerinin sahip olmaları

⁷⁸⁷ Yüksel, *Kişisel Sağlık*, 4.

⁷⁸⁸ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 553.

⁷⁸⁹ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 553.

⁷⁹⁰ Cahid Doğan, *Tıbbi Kayıtların*, 680.

⁷⁹¹ Benzer mahiyette bkz. Cahid Doğan, *Tıbbi Kayıtların*, 682.

gerekli birtakım özellikler bulunmaktadır. Bu özellikler arasında belki de en önemlisi, verilere kolayca erişim ve kullanabilme olanağının yaratılması fakat sağlam bir elektronik veri güvenliği temeli kurmak suretiyle, tıbbi bilişim sistemine yetkisiz girişlere ve verilerin haksız kullanımına karşı korunmanın sağlanmasıdır.⁷⁹² Bu anlamda hastane yönetimi tüm dokümantasyon sistemi için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.⁷⁹³ Çok fazla sayıda veri toplanması bunların korunmasına yönelik sorunları peşinden getirmekte ve yerine göre üst düzeyde bir elektronik koruma önlemlerinin alınamamasına bağlı olarak hastane bilgi sistemlerinde yaşanabilecek güvenlik açıkları sonucunda, bu bilgilerini yok edilmesi veya yetkisiz kişilerin eline geçmesi söz konusu⁷⁹⁴ olabilmektedir.

Kişisel sağlık verilerini kaydetme yetkisi sadece Sağlık Bakanlığı'na verilmiş de değildir. Aynı zamanda Sosyal Güvenlik Kurumu da bu konuda yetkilendirilmiştir. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 78 inci maddesinde *“Kurum ile sözleşmesi olan, sağlık hizmeti sunucuları, sağlık hizmeti sunduğu tüm kişilere ait sözleşme hükümlerinde yer verilen bilgileri, belirlenen yöntemlere ve süreye uygun biçimde elektronik ortamda veya yazılı olarak Kuruma göndermek zorundadır. Bu bilgiler gönderilmeksizin talep edilen sağlık hizmeti bedelleri, bilgiler gönderilinceye kadar ödenmez. Genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişinin sağlık bilgilerinin gizliliği esastır. Kurum, genel sağlık sigortası hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili olarak işverenler, sağlık hizmeti sunucuları ve diğer gerçek ve tüzel kişiler nezdindeki defter, belge ve bilgileri inceleyebilir, ibrazını isteyebilir. Kurum, bu Kanunda belirtilen görevleriyle ilgili olarak sağlık hizmeti sunucularının yürüttüğü hizmet ve işlemleri kontrol yetkisine sahiptir.”*⁷⁹⁵ hükmü bulunmaktadır. Bu yetkiye istinaden Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK), MEDULA sistemi ile ödeme kapsamı içindeki bireylerin sağlık bilgilerini elektronik ortamda kayıt altına almaktadır.

SGK tarafından toplanıp kendi sistemlerinde kayda alınan verilerden bazıları hasta kabul kayıt, hizmet kayıt, e-reçete web servisi, fatura bilgisi kayıt, rapor bilgisi

⁷⁹² Demir, *Hasta Tasarrufları*, 607.

⁷⁹³ Hakan Hakeri, *Hastane Yönetiminin Sorumluluğu*, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları 2008, 166.

⁷⁹⁴ Karaarslan, Ergin, Turğut vd., *Elektronik Sağlık*, 2.

⁷⁹⁵ Mevzuat metni Kazancı Elektronik ve Basılı Yayımcılık AŞ. Mevzuat Bilgi Bankası Programı'ndan alınmıştır.

kayıt, takip formu kayıt gibi verilerdir.⁷⁹⁶ Bu kapsamda kanunla açık yetkilendirilme koşulu gerçekleşmiş olduğu için bu işlemleri yaparak kişisel sağlık verilerini kayıt altına alan kurum görevlileri için hukuka uygunluk nedeni var olacaktır.

Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik'in 17. maddesinde “*Mahkûmiyet kararı verilmesi hâlinde bu Yönetmelik'in 15 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkraları uyarınca elde edilen veriler kolluk tarafından, üçüncü fıkrasında belirtilen dış izleri ise bu işlemi yapan sağlık kuruluşu tarafından arşivlenir.*” denilmesi nedeniyle bu arşivlemeyi ve dolayısıyla arşivlemenin ön aşaması olan kaydetmeyi yapan sağlık kuruluşlarındaki görevliler için hukuka uygunluk nedeni bulunmaktadır. Ancak mahkûmiyet kararı olmadan bu şekilde bir kayıt ve arşivleme yapanlar için hukuka uygunluk nedeni söz konusu olmayacaktır.⁷⁹⁷

Tutulan sağlık kayıtları ile ilgili olarak ayrıca şu hususu belirtmekte fayda vardır: Hastanelerde sağlık bakımı ve tıbbi tedavi hizmetlerinden yararlanan hastalarla ilgili olmak üzere, hastane personeli tarafından düzenlenen her türlü tıbbi belge ve sağlık kayıtları (hastane dosyası) bunları düzenleyen personele ve hastaya ait olmayıp doğrudan hastane işletmecisinin mülkiyeti ve kontrolü altındadır. Dolayısıyla, hastane işletmecisi tüzel kişinin mülkiyetindeki tıbbi kayıt ve belgelerin, ileri süreçlerde aynı hastanın, daha sonra hastanede görevli diğer tıbbi personel tarafından teşhis ve/veya tedavi edimleri ifa edilirken dahi yeniden kullanılabilmesi mümkün olabilmektedir.⁷⁹⁸

2.2.1.3.4.1.1.2. Sağlık Çalışanı Olmayan Diğer Görevlilerin Kayda Alma Yükümlülükleri

5271 sayılı CMK'nin 134. maddesinde düzenlenen “*Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma*” koruma tedbirinin uygulanması sonucunda pek çok kişisel verinin ele geçirilmesi mümkündür.⁷⁹⁹ Bu koruma tedbirinin icrası sırasında çok sayıda kişisel sağlık verisinin de ele geçirilmesi mümkündür. Dolayısıyla bu koruma tedbiri ile bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılması, bu kayıtların çözülerek metin haline getirilmesi, sistemdeki verilerin yedeklemesinin

⁷⁹⁶ Yüksel, *Kişisel Sağlık*, 4.

⁷⁹⁷ Benzer mahiyette bkz. Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 565.

⁷⁹⁸ Demir, *Hasta Tasarrufları*, 604- 605.

⁷⁹⁹ Sedat Erdem Aydın, *AIHM İçtihatları*, 144.

yapılması gibi işlemleri gerçekleştiren tüm görevliler, örneğin polis memurları, kâtipler vb. görevliler kendilerine tanınan bu görev sınırlarını aşmadıkları, örneğin veriyi izin verilen dışında bir yere kaydetmedikleri sürece eylemleri suç, daha doğrusu kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu oluşturmayacaktır. Bu yönüyle eylemleri görevin ifası hukuka uygunluk nedeni kapsamında kalacaktır.

Yine 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 135. vd. maddelerinde, “*Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*” başlıklı beşinci bölümünde düzenlenen bir koruma tedbiri olan “*İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması*” ile şüphelinin telekomünikasyon yoluyla yaptığı iletişimi denetleyerek işlenen suçun aydınlatılmasına yönelik olarak delil temin etme yetkisi verilmiştir. Bu kayıtların yapılması aşamasında kişilere ait çok sayıda kişisel sağlık verilerine ulaşılabilecek ve bunlar kayda alınabileceklerdir. Örneğin bir cinayet suçuna ilişkin olarak yapılan bir soruşturma kapsamında yapılan telefon dinlemeleri esnasında, maktulün cinsel tercihleri, cinsel soruları, bu yönüyle gördüğü tedavilere ve hatta yaptığı doğumlarda doğurduğu çocuğun soy bağına ilişkin olarak çok ayrıntılı bilgilere ulaşılabilmesi mümkündür. Bu anlamda bu verileri kaydeden görevliler de kanunla kendilerine tanınan görevi ifa ettikleri için eylemleri hukuka uygundur.

2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilâtı Kanunu’nda, Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Milli İstihbarat Başkanlığı’na, istihbari amaçlı olarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimi tespit edebilme, dinleyebilme, sinyal bilgilerini değerlendirebilme, kayda alabilme yetkisi verilmiştir. Bu kapsamda gerçekleştirilen bu kayıtlar hakkında da görevin tanıdığı sınır aşılmadığı sürece kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni söz konusu olacaktır.

Bu sayılanlar dışında herhangi bir kanun tarafından kişisel sağlık verilerinin kaydedilmesine yönelik olarak özel bir yetkilendirme yapılmış olabilir. Bu anlamda görevlendirilen kişiler de kanundan doğan yetkilerinin sınırını aşmadıkları sürece bu hukuka uygunluk nedeninde yararlanacaklardır. Burada önemli olan kişisel sağlık verilerinin işlenmesinin temel hak ve özgürlükler alanına ait olması ve bu anlamda hem Anayasa hem de 6698 sayılı Kanun’un açık hükümleri kapsamında kalması nedeniyle bu yetkilendirilmenin kanunla yapılmış ve ayrıca açık bir yetkilendirme niteliğinde

olmasıdır. Kanun'da açıkça yetkilendirilmediği, sadece bir yönetmelik hükmüne dayanılarak bu işlemlerin yapıldığı durumlar, görevin ifası hukuka uygunluk nedeni kapsamında kalmayarak ilgilinin sorumluluğunu doğurabilir. Bu kanaatimizce önemli bir tehlike olarak hukuk sistemimizde varlığını korumaktadır. Bu nedenle kişisel sağlık verilerine ilişkin olarak bir işlem tesisi yapması istenilen kişilerin kanuni güvence istemelerini gerekli ve haklı kılmaktadır.

2.2.1.3.4.1.2. Meşru Savunma

Meşru savunma (meşru müdafaa, haklı savunma, yasal savunma) çok eski zamanlardan beri hemen hemen bütün ceza yasalarınca kabul edilen bir hukuka uygunluk nedenidir.⁸⁰⁰ Genel olarak bütün hukuk sistemleri, meşru savunma halinde gerçekleştirilen fiil dolayısıyla kişiye ceza verilemeyeceğini kabul etmektedir.⁸⁰¹ Hukukun kanaatimizce en temelinde haksızlığı yenmek, adaletsizliği, haksız saldırıları yasaklamak amacı bulunmaktadır.⁸⁰² Bu nedenle kişiyi suça karşı korumak devletin temel bir görevi olmakla birlikte, kişinin kendisini ve haklarını koruması da suçla mücadelede etkin yollardan biridir. Bu kapsamda kendisine veya hukuki haklarına yönelen bir saldırıyı ortadan kaldırmak için gereken oranda tepki göstererek savunmada bulunan kişi, tüm hukuk düzenlerinde haklı kabul edilmektedir.⁸⁰³ Bu nedenle hukuk sistemleri, gerçekleşmesi mutlak olan bir saldırının önlenmesi veya mevcut olan bir saldırının devam etmesini önlenmesi için gerektiğinde güç kullanarak insanların kendilerini korumalarına ya da üçüncü bir tarafın bir kişiyi saldırıdan korumak için müdahale etmesine izin verir⁸⁰⁴, bu tepkiyi mazur değil, meşru yani haklı, hukuka uygun görür.⁸⁰⁵ Öyleyse meşru savunmanın özünde, insanda var olan kendini veya mensup olduğu türü koruma içgüdüsüne hukuk sistemi tarafından geçerlilik tanınması bulunmaktadır.⁸⁰⁶

⁸⁰⁰ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 97; Toroslu, *Ceza Hukuku*, 70; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 1. Cilt, 435.

⁸⁰¹ Özgenç, *Gazi Şerhi*, 364.

⁸⁰² Hakeri, *Ceza Hukuku*, 318; Özgenç, *Genel Hükümler*, 311; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 260.

⁸⁰³ Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, 1. Cilt, Adalet Yayınevi, 2.Baskı, Ocak 2014, 617.

⁸⁰⁴ Herring, *Criminal Law*, 275; Bakıcı, *5237 Sayılı*, 483; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 318; Özgenç, *Genel Hükümler*, 311; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 260.

⁸⁰⁵ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 260; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 1. Cilt, 617.

⁸⁰⁶ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 105; Toroslu, *Ceza Hukuku*, 71.

Dolayısıyla insanın bir tehlikeye karşı kendini koruması dolayısıyla giriştiği eylemler cezalandırılmaz.⁸⁰⁷ Kaldı ki hukuk düzeni bir yandan bir varlığı korurken diğer yandan bunun sahibine söz konusu varlığın tahribine katlanma yükümlülüğü getirmez.⁸⁰⁸ Buna bağlı olarak meşru savunma: Bir kimsenin kendisini veya başkasını hedef alan haksız bir saldırı (tecavüz) karşısında, içinde bulunulan zorunluluk nedeniyle ve bu saldırıyı defedecek ölçüde ve saldırıyı gerçekleştiren kişiye karşı saldırıyı uzaklaştırma amacıyla hemen o anda yapılan güç/kuvvet kullanılmasını ifade eder.⁸⁰⁹ Meşru savunma halinde saldırıyı defetmek amacına yönelik olarak işlenen fiil, esasında dış görünüşü itibariyle bir suç oluşturmaktadır. Ancak suç oluşturan bir fiilden en önemli farkı, gerçekleşmekte olan bir tecavüzü uzaklaştırmak amacıyla işlenmekte⁸¹⁰ olmasıdır.

Bir olayda meşru savunmanın geçerli olabilmesi için belli şartların birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu anlamda ortada bir saldırının mevcut veya gerçekleşmesi muhakkak olarak bulunması, saldırının haksız olması, saldırının bir hakka yönelmiş olması, savunmanın zorunlu olması, savunmanın saldırıya ve saldırana karşı yapılması, savunmanın saldırı ile orantılı olması şartlarının bulunması gerekmektedir.⁸¹¹ Başka bir deyişle savunma acil ve zorunlu değilse kullanılan güç orantılı değilse ve saldırı haksız değilse saldırgan yasal bir hakkını kullanıyorsa savunma amaçlı saldırı intikam almak ya da misilleme yapmak amacıyla yapılıyorsa yapılacak savunma meşru olmayacaktır.⁸¹² Bunlar çok önemli hususlar olsa da çalışmamızın kapsamı ve amacı doğrultusunda bu aşamada bunların ayrıntılarına girmeyi çok doğru bulmamaktayız. Ancak inceleme konumuz suçlar itibariyle önem taşıması nedeniyle bir hususu belirtmeden geçmeyi uygun görmedik. Savunma eylemi saldırıyı yapana karşı gerçekleştirilmek zorundadır ancak bu savunma kapsamında işlenecek suçun mağdurunun mutlaka saldırgan olmasının zorunlu olması demek

⁸⁰⁷ Benzer mahiyette bkz. Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 309.

⁸⁰⁸ Toroslu, *Ceza Hukuku*, 71; Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 104.

⁸⁰⁹ Aynı yönde Cross, *Criminal Law*, 55; Bakıcı, *5237 Sayılı*, 483; Gardner and Anderson, *Criminal Law*, 134; Herring, *Criminal Law*, 267; Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 97; Özgenç, *Genel Hükümler*, 311; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 261; Bük, *Elektronik Ortamda*, 155; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, I. Cilt, 617; Özgenç, *Gazi Şerhi*, 364.

⁸¹⁰ Benzer mahiyette Özgenç, *Genel Hükümler*, 311; Özgenç, *Gazi Şerhi*, 364.

⁸¹¹ Herring, *Criminal Law*, 275; Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 105-119; Özgenç, *Genel Hükümler*, 312-322; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 309-320; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 321-345; Bakıcı, *5237 Sayılı*, 483-488; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, I. Cilt, 437-449; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, I. Cilt, 618-634; Cross, *Criminal Law*, 56.

⁸¹² Gardner and Anderson, *Criminal Law*, 140.

değildir. Yani savunma kapsamında işlenen suçun mağduru tamamen başka üçüncü bir kişi olabilir. Zira TCK'nin 25/1 maddesinde bu yönde bir açık hüküm bulunmadığı gibi bu maddenin gerekçesinde meşru savunmasının unsurları tek tek sayılmasına rağmen böyle bir kayıtlama yapılmamış⁸¹³ ve sadece savunmanın saldırı ile orantılı olmasından bahsedilmiştir. Bu yönüyle burada önemli olan savunma hareketinin saldırıyı önleyici nitelikte olması gerekmekte ancak savunma hareketinden zarar görenin kim olduğu önem taşımamaktadır. Bu kanaatimize katılanlar⁸¹⁴ olduğu gibi karşı çıkanlar da⁸¹⁵ bulunmaktadır. Bu kanaatimizin önemi aşağıda vereceğimiz örnekte daha iyi görülecektir.

Zamanımızda modern hukuk sistemlerinde meşru savunmayı kabul etmeyen bir hukuk düzeni bulunmamakta olup hemen her hukuk sisteminde en temel hukuka uygunluk nedenlerinden biri olarak kabul edilmektedir.⁸¹⁶ Ceza yasalarının çoğunda meşru müdafaa genel kısımda ve savunma dolayısıyla işlenebilecek tüm suçlara uygulanabilecek şekilde düzenleme altına alınmıştır. Buna uygun şekilde 5237 sayılı TCK'de de genel kısımda ve 25/1 maddesinde⁸¹⁷ düzenlenmiştir. Buna göre Türk hukuk sisteminde de evrensel hukuk sistemleri gibi meşru savunma halinde işlenen fiilin hukuka aykırılık niteliği bulunmamakta⁸¹⁸, meşru savunma hali fiildeki hukuka

⁸¹³ Aynı yönde Dilek Güler, *Meşru Savunma*, Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Şubat 2017, 75.

⁸¹⁴ Bkz. Hakeri, *Ceza Hukuku*, 342; Mehmet Şahin, *Yasal (Meşru) Savunma*, TBB Dergisi, Sayı: 75, yıl: 2008, 326; hedefte sapma yönüyle bkz. Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 318; Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 117 ve 28, İdris Ermeydan, *Yargıtay Kararları Işığında Meşru Savunmada Sınırın Aşılması*, FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, Sayı: 3, Yıl: 2014 Bahar, 147; Güler, 76.

⁸¹⁵ Bkz. Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 264; Özgenç, *Genel Hükümler*, 314.

⁸¹⁶ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, I. Cilt, 617.

⁸¹⁷ Meşru savunma belirtilen maddede “Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hâl ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.” şeklinde düzenlenmiştir. Maddenin bulunduğu ikinci bölümün başlığı “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” şeklinde olduğu için ilk bakışta meşru savunmanın ceza sorumluluğunu kaldıran bir neden olduğu şeklinde anlaşılmasına müsait ise de maddenin gerekçesindeki “Maddenin birinci fıkrasında bir hukuka uygunluk nedeni olarak meşru savunma düzenlenmiştir.” ibaresi nedeniyle meşru savunmanın bir hukuka uygunluk nedeni olduğu tereddütsüz bir şekilde ortaya çıkmaktadır.

⁸¹⁸ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 318; Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 105; Bük, *Elektronik Ortamda*, 155.

aykırılığı kaldırmakta, fiili hukuka uygun hale getirerek⁸¹⁹ faile ceza verilmesinin önüne geçmektedir.⁸²⁰

Pozitif hukukumuz meşru savunma konusu olabilecek hakları sınırlamamıştır. Pek çok batı ülkelerinin yasalarında da meşru savunmanın her türlü hakka saldırı halinde uygulanma imkânı bulmaktadır. 5237 sayılı yeni TCK de bu yöntemi benimsemiş⁸²¹ ve meşru savunmanın konusu olabilecek hakları sınırlandırmamıştır. Bu nedenle hayata, vücut bütünlüğüne, cinsel özgürlüğe karşı saldırılarda olduğu gibi, hürriyete karşı saldırı halinde ve keza malvarlığı haklarına yönelik saldırılarda da meşru savunma hükümlerinin uygulanması olanağı bulunmaktadır.⁸²² Bazı yazarlar bu kabul tarzını, mülkiyete ya da zilyetliğe yönelik saldırıları da meşru savunma kapsamına alması itibariyle aşırı bir düzenleme olarak görmekte ve karışıklıklara neden olabileceğini⁸²³ belirterek eleştirmektedirler.

Öğretide inceleme konumuz olan suç yönüyle meşru savunmanın bir hukuka uygunluk nedeni olarak gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini değerlendiren yazar oldukça az olmuştur. Genel olarak tüm yazarlar bu suç açısından ilgilinin rızası ve kanun emrini yerine getirmeyi hukuka uygunluk nedeni olarak görmüş ve inceleme konusu yapmışlardır. Bu konuda nadir şekilde görüş ortaya koyan yazarlara göre kişisel verilerin kaydedilmesi suçunda meşru savunma mümkündür.⁸²⁴ Böyle düşünenlere göre kişinin kendisine veya başka bir kimseye yönelik tehdit, hakaret veya şantaj gibi bir saldırının gerçekleşmesi muhakkak ise kişinin yetkili makamlara bildirmek üzere delil elde etmek amacıyla söz konusu saldırıyı gerçekleştirenler ile ilgili kişisel verileri kaydetmesi, meşru savunma kapsamında değerlendirilerek hukuka uygun bir fiil teşkil edecektir.⁸²⁵ Bu kapsamda örneğin internet üzerinden yapılan sohbet sırasında cinsel tacize uğrayan mağdurun saldırıyı yapan kişinin cinsel tercihlerine dönük beyanlarını, telefon numarasını, cinsel bölgelerinin fotoğraflarını kaydetmesi halinde eylemi suç

⁸¹⁹ Bakıcı, 5237 Sayılı, 483.

⁸²⁰ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 318; Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 105; Bük, *Elektronik Ortamda*, 155.

⁸²¹ Erdener Yurtcan, *Yargıtay Kararları Işığında TCK Genel Hükümler*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Cilt 1. İkinci Bası, Kasım 2015, Ankara, 420.

⁸²² Hakeri, *Ceza Hukuku*, 319.

⁸²³ Yurtcan, *Yargıtay Kararları*, 1. Cilt, 421.

⁸²⁴ Akyıldız, *Uygulamada Hekimin*, 326; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 20.

⁸²⁵ Sedat Erdem Aydın, *AİHM İçtihatları*, 149.

teşkil etmeyecektir.⁸²⁶ Bu türden kayıtların meşru müdafaa dışında zorunluluk hali, iddiayı ispat amaçlı delil elde etme, suç kastının yokluğu nediniyle hukuka aykırı sayılmaması gerektiği yönünde çok farklı görüşler de⁸²⁷ öne sürülmüştür.

Kanaatimizce bu durumda meşru savunma geçerli olmayıp Anayasa ile tanınan iddia ve savunma hakkının kullanılması çerçevesinde hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni geçerli olmalıdır. Çünkü kişinin sahip olduğu bir hakka yönelen bir saldırı esnasında kayıt yapması saldırıyı önleyecekse ancak o zaman eylem meşru savunma kapsamında kalabilir. Ancak ileride açılacak soruşturmada kullanılmak üzere delil toplama amacıyla hareket ediliyorsa bu taktirde meşru savunma geçerli olamaz. Bu durum ancak Anayasa ile tanınan iddia ve savunma hakkı kapsamında değerlendirilebilir ve o kapsamda hareket hukuka uygun kabul edilebilir. Aynı yönde düşünen Birtek ilave olarak bu tip kayıtların sadece delil elde etmek amacıyla plan kurarak yapılmaması, ani gelişen durumlarda delillerin şikâyet hakkının veya hukuk davasında delil olarak kullanılmak üzere yapılması durumunda ancak dava veya şikâyet hakkının kullanılması kapsamında olduğunu⁸²⁸ ifade etmektedir.

Bu konudaki diğer görüşe göre bu şekildeki hareketler, birtakım savunma hareketleriyle bertaraf edilebilecek nitelikte değildir. Meşru müdafaa'nın bu suç tiplerinde hukuka uygunluk nedeni olarak kullanılması düşünülemez.⁸²⁹ Görüşe göre tehdit, hakaret veya şantaj suçları ani hareketli suçlar olup bu kapsamdaki ifadelerin söylendikleri anda suç tamamlanmış olacaktır ve meşru savunma hükümlerinden yararlanılabilmesi için aranan koşullardan biri olan mevcut bir saldırının varlığı şartının gerçekleştiğinden söz edilemeyecektir. Dolayısıyla yetkili makamlara bildirmek üzere delil elde etmek amacıyla anılan saldırıyı gerçekleştirenler ile ilgili kişisel verileri kaydetmesi bir savunma hareketi olarak değerlendirilemeyecek ve fail, TCK'de yer alan meşru savunma hükümlerinden yararlanamayacaktır. Bu durumda ancak ihbar ve şikâyet hakkı veya savunma hakkı kapsamında bir hukuka aykırılık değerlendirmesi gündeme gelebilecektir.⁸³⁰ Ayrıca kendine karşı işlenen veya işlenecek olan bir suçun engellenmesi amacı ile kişisel verilerin kaydedilmesi veya bunların ele geçirilmesi ve

⁸²⁶ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 20.

⁸²⁷ Görüşler için bkz. Birtek, *Ceza Muhakemesinde*, 320 vd.

⁸²⁸ Fatih Birtek, *Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ekim 2012, 385; Birtek, *Ceza Muhakemesinde*, 321.

⁸²⁹ Bük, *Elektronik Ortamda*, 155; Sedat Erdem Aydın, *AİHM İçtihatları*, 149.

⁸³⁰ Sedat Erdem Aydın, *AİHM İçtihatları*, 149.

kullanılması ancak şantaj vb. ayrı bir suç oluşturacağından meşru savunma hakkı kullanıldı denilemeyecektir.⁸³¹ Yine bu varsayımdaki yaklaşım, bilişim suçlarının işlenmesini teşvik eder. Çünkü bilişim suçunu işleyen hemen herkes, “*Uğramış olduğum saldırıya karşılık veriyordum.*” savunmasına yönelebilecektir.⁸³²

Bu konuya ilişkin olarak söyle bir örnek olay kurgulanabilir. Fiilen aynı hastanede görev yapan bir hemşire ve uzman hekim aynı gün aynı birimde nöbetçiler. Nöbetleri esnasında birime getirilen bir hasta, hekimin şahsi sağlık sorunlarına bağlı olarak yetersiz ve hatalı tıbbi müdahalesine ve hastanın geldiğindeki durumunun ağırlığına, geç kalınmış olmasına bağlı olarak iyileşemez ve sakat kalır. Hekim bunun üzerine sorumluluğu hemşireye yıkmaya ve onun verdiği talimatları yerine getirmediğini, beceriksiz olduğunu, yapması gereken müdahaleleri hep hatalı yaptığını belirterek sorumluluğu üzerinden atmaya çalışır. Bunları duyan hasta ve yakınları büyük bir hiddete kapılır ve sakat kalmasının acısı da eklenince hemşireye saldırırlar. Kapıyı kapatarak kendini savunmaya çalışan hemşire bir taraftan da kendini savunmak, hekimin söylediklerinin gerçeği yansıtmadığını ortaya koyarak hasta yakınlarının saldırılarından vazgeçirmek düşüncesiyle hekimin sağlık problemlerine dair kayıtlar ile hatalı müdahalesini gösterir, kayıtları ve hastanın kuruma geldiği andaki durumuna ilişkin kayıtları telefonu ile fotoğraflar. Yani hastanın ve hekimin kişisel sağlık verilerini kayda alır. Ancak bunu bu kişilere göstermesine gerek kalmaksızın güvenlik görevlilerinin müdahalesiyle olay bir şekilde resmi mercilere intikal eder ve hemşire bu bilgileri kullanmadan sadece kaydederek kendine ait bir hakka yönelmiş saldırıyı def etmeye matuf olarak başkasına ait kişisel sağlık verilerini kayda almış olur. Bu kapsamda hemşirenin bizzat hasta tarafından kendisine yönelen bir saldırıyı önlemek amacıyla, hastaya ait kişisel sağlık verilerini yasa ile kendisine tanınan kayıt ortamının dışında bir ortama kaydetmesi hukuka uygundur ve suç oluşturmaz. Yine hekime ait kişisel sağlık verilerini kayda alması, TCK 25/1 maddesi gereğince savunma kapsamında işlenecek suçun mağdurunun mutlaka ve bizzat saldırganın kendisi olması zorunluluğu bulunmadığından, mağduru üçüncü bir kişi olan bir suç dahi işlenebileceğinden bahse konu eylemler meşru savunma kapsamında kalacaktır.

⁸³¹ Bük, *Elektronik Ortamda*, 156.

⁸³² Bük, *Elektronik Ortamda*, 155.

Yargıtay da benzer durumlarda meşru savunmanın gerçekleşebileceğini düşünmektedir. Zira Yargıtay 18. Ceza Dairesi bir kararına konu olan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itiraz metninde “*Meşru müdafaa olarak değerlendirilebilecek, örneğin hakaret, tehdit veya şantaj suçlarına muhatap olan ve o an konuşmaları kayıt altına alan mağdurun elde ettiği bu delil hukuka uygun sayılacaktır. Kayıt altına alma, gerçekleşen bir haksız saldırıya karşı, kayıtları takip organlarına verme ise tekrarı muhakkak bir haksız saldırıya karşı yapılmaktadır. Yani her ikisi de meşrudur. Netice olarak, meşru savunma çerçevesinde hareket ettiğinden, üzerinde durulan sorunda mağdurun eyleminin haberleşmenin gizliliğini ihlal veya kişiler arasındaki konuşmaların kayda alınması ya da benzeri başka bir suça vücut vermediği gibi, yapmış olduğu kayıtların da hukuka uygun olarak ele geçirilmiş olduklarından pekâlâ delil olarak değerlendirilebileceği söylenebilir.*⁸³³” denilmiştir. Buna göre savcılık kişisel verilerin kayda alınmasına ilişkin bir yargılamada failin meşru savunma sınırları içinde hareket ettiğini düşünmüş ve bu yönde karar verilmesini istemiştir. Bu talebin değerlendirildiği karar metninde ise “*Temel sorun kaydedilen görüşme/ konuşma içeriğinde, kaydeden kişiye yönelik suç teşkil eden bir ifade içeriği olması durumunda, bu kaydın hukuka uygun olup olmayacağı ve ceza yargılamasında hükme esas olup olmayacağı her somut olaya göre değerlendirilmelidir.*⁸³⁴” denilmektedir. Yani peşinen bu yönüyle kişisel verilerin kaydedilmesi suçu yönüyle meşru savunmanın bulunamayacağı gibi bir ön kabul yapılmamakta, olayın oluşum ve gelişim şekline göre meşru savunma halinin bulunabileceği kabul edilmektedir. Ancak iş bu karar konusu olayda kişisel verileri elektronik aletle kaydeden kişi fiilen kendisine yönelik bir saldırı bulunmamasına rağmen sırf bu kaydı yapabilmek için kişiyi hakaret niteliğindeki davranışını gerçekleştirmeye teşvik etmesi ve suçu işlemesi üzerine kaydı yapmasını “*katılanın amacının bir gün öncesinde sanığın kendisine hakaret ettiği iddiasını delillendirmek olduğu, ihlal edilen menfaat ile korunan menfaat dengesinde, sanığın özel hayatının gizliliğinin ve hayatının gizli alanının korunması hakkının ağır basan menfaat olduğu dolayısıyla Mahkeme tarafından hükme esas alınan görüşme kaydının hukuka uygun bir delil olmadığından hükme esas alınamayacağı*

⁸³³ Y. 18. CD., 18.12.2017, E. 2017/6841, K. 2017/15004 kararına konu savcılık talebi. Erişim https://kapagan-kocabey.com/dosyalar/dosya_10049_KENDiSiNE-KARSI-isLENEN-HAKARET-VE-TEHDiT-OLAYLARINDA-SES-KAYDI-ALINMASI-SUC-DEgiL-VE-HUKUKA-UYGUN-DELiL.pdf, E.T. 24.03.2020.

⁸³⁴ Y. 18. CD., K. 2017/15004.

anlaşılmaktadır.⁸³⁵ ” denilerek neticede davranışı meşru savunma kapsamında görülmemiştir.

Kanaatimizce bu yaklaşım isabetlidir. Çünkü bir kişinin meşru savunma kapsamında olduğunun kabul edilebilmesi için saldırıya haksız bir hareketiyle sebebiyet verilmemiş olması gereklidir. Bu olayda da fail karşı tarafı haksız bir şekilde tahrik ederek kendisine mevcut saldırının yapılmasını sağlamıştır. Yargıtay kişisel verilerin kayda alınması suçu yönünden olayın niteliğine göre meşru savunmanın koşullarının oluşabileceğini düşünmekte ve olayın oluşum ve gelişim şekli itibarıyla meşru savunmanın tüm koşullarının bulunup bulunmadığını incelemektedir.

2.2.1.3.4.1.3. Hakkın İcrası

Hukuk sistemi tarafından bizzat tanınan ve korunan hak veya yetkinin kullanılması halinde hak veya yetki sahibinin cezalandırılmayacağı prensibi çok eskiden beri kabul edilmekte⁸³⁶ ve bu kural geçerliliğini çağdaş ceza hukuku sistemlerinde de sürdürmektedir.⁸³⁷ Buna göre hukuk düzeni kişilere herhangi bir konuda belirli bir hak tanımış, bu hakkın kullanıma kapsamında ve sınırları içerisinde bir fiil gerçekleştirilmişse artık hakkın kullanılması durumu söz konusudur ve bu fiiller hakkında hukuka aykırılık değerlendirmesinde bulunulamaz.⁸³⁸ Bu nedenle bir davranış gerçekleştirilirken bir hakkını kullanılıyor olması başlı başına hukuka uygunluk nedeni teşkil eder.⁸³⁹ Bu nedenle hakkını kullanan kişinin davranışı, toplumun diğer üyelerinin zarar görmesine neden olsa dahi, hukuk düzeni eylemin gerçekleştirilmesine esas olan hakkın kullanılıyor olmasını üstün tutar. Zira hukuk düzeninin bir taraftan bir fiilin işlenmesine cevaz vererek, diğer taraftan onu yasaklayarak kendi içinde çekişkiye düşmemesi gerekir.⁸⁴⁰

Hakkın kullanılması, sahip olunan subjektif bir hakkın veya hukuken tanınmış olan bir yetkinin koşulları çerçevesinde kullanılması sırasında işlenen fiillerin hukuka uygun sayılması olarak⁸⁴¹ tanımlanmıştır. Bahsi geçen hak ise hukuk düzeni tarafından

⁸³⁵ Y. 18. CD., K. 2017/15004.

⁸³⁶ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 29.

⁸³⁷ Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 1.Cilt, 467.

⁸³⁸ Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 267-268; Özgenç, *Genel Hükümler*, 281; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İctihatlı*, 1. Cilt, 663.

⁸³⁹ Özgenç, *Gazi Şerhi*, 381; Özgenç, *Genel Hükümler*, 281.

⁸⁴⁰ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 29; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 267-268.

⁸⁴¹ Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 1.Cilt, 467.

çerçevesi belirlenmiş olan ve bireye özgür iradesiyle kendi kaderini belirlemek ve kendi çevresini şekillendirme yeteneği veren gücü ifade eder.⁸⁴² Yani hak hukuk tarafından korunan menfaat olarak bir yapabilme yetkisidir.⁸⁴³ Bir hakkın varlığından bahsedilebilmesi için, hukuken korunmuş ve bu korunmadan yararlanılması hak sahibine bırakılmış bir menfaatin söz konusu olması ve hak sahibinin hakkın sınırları içinde, iradi bir şekilde harekete geçmek konusunda bir yetkiye sahip bulunması gereklidir.⁸⁴⁴

Hakkın kullanılması TCK'nin 26/1 maddesinde "*Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.*" şeklinde düzenleme altına alınmıştır.⁸⁴⁵ Düzenlendiği yer nedeniyle hakkın kullanılması hukuk sistemimizde genel bir hukuka uygunluk nedenidir. Bu kapsamda TCK'deki ve özel kanunlardaki tüm suçlarda bu madde geçerlilik taşımaktadır.⁸⁴⁶ Maddenin kaleme alınış şekli nedeniyle TCK söz konusu hakla ilgili şekli bir sınırlandırma getirmemiş ve hakkın doğabileceği bütün kaynakları kapsamına almıştır. Yani kanun metninde sahip olunan bu hakkın doğabileceği kaynaklar tek tek belirtilmemiş böylece hakkı doğurabilen bütün kaynaklar kapsama alınmıştır.⁸⁴⁷ Bu kapsamda hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilip kullanılmasına izin verilen bir hak, hukuk düzeninin herhangi bir yerinde bulunabilir. Bu nedenle kullandığı öne sürülen bir hak anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik, genelge gibi düzenlemelerden kaynaklanabilir.⁸⁴⁸ Yine hakkın kaynağını, kamu hukuku veya özel hukuk normları, idari veya özel hukuka ait bir işlem ve hatta örf ve âdet hukuku ya da yargı kararı dahi oluşturabilir.⁸⁴⁹ Yani sadece ceza hukuk bakımından etkisini doğurmayıp tüm hukuk dalları bakımından etkisini gösterir ve hakkını kullanan kişinin fiili tüm hukuk sistemi bakımından hukuka uygundur.⁸⁵⁰ Hukuken tanınmış ve düzenlenmiş olmak kaydıyla bir

⁸⁴² Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 268.

⁸⁴³ Uruşak, *Ceza Hukukunda*, 5.

⁸⁴⁴ Uruşak, *Ceza Hukukunda*, 169.

⁸⁴⁵ Madde gerekçesinde "*Maddenin birinci fıkrasında hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni düzenlenmiştir*" (Bkz. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu TBMM Adalet Komisyonunca Kabul Edilen Madde Gerekçeleri, 170) denilerek hakkın kullanılmasının hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiği açıkça vurgulanmıştır (aynı yönde Özgenç, *Genel Hükümler*, 281; Özgenç, *Gazi Şerhi*, 381).

⁸⁴⁶ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İctihatlı*, 1. Cilt, 663; Özgenç, *Genel Hükümler*, 281.

⁸⁴⁷ Uruşak, *Ceza Hukukunda*, 141.

⁸⁴⁸ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 346; Bakıcı, *5237 Sayılı*, 511.

⁸⁴⁹ Bakıcı, *5237 Sayılı*, 511; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 268; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 1.Cilt, 468.

⁸⁵⁰ Uruşak, *Ceza Hukukunda*, 98.

mesleğin icrasından da doğabilirler.⁸⁵¹ Bu anlamda bir meslek veya sanatın icrası, sportif faaliyetler, basın özgürlüğünün sağladığı haklar, ticari ve sınai faaliyette bulunma hakkı kapsamındaki davranışlar bu hukuka uygunluk nedeninin konusunu oluştururlar.⁸⁵² İşte tüm bu nedenlerle hakkın kullanılması durumları sınırlı sayıda değildir.⁸⁵³

Kanun bu hukuka uygunluk sebebinin uygulanma koşullarının neler olduğunu genel bir düzenleme ile kendisi belirlemek yerine, bu yöndeki tespitlerin yapılmasını uygulamaya ve öğretiyi bırakmıştır.⁸⁵⁴ Bu kapsamda öğreti tarafından genel olarak kabul edildiği üzere, hakkın kullanılmasının hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilmesi için öncelikle hukuk düzenince kabul edilmiş bulunan sübjektif bir hakkın (kişisel hakkın) bulunması⁸⁵⁵, bu hakkın fail tarafından doğrudan doğruya kullanılabilir⁸⁵⁶ olması, failin hakkını bu hakkı doğuran mevzuatın tanıdığı sınırlar içinde yani hakkın tanınmasını gerektiren sebebin sınırları içerisinde kullanması⁸⁵⁷, hakkın kullanılması ile işlenen suç arasında fikri bir bağlantının⁸⁵⁸ yani nedensellik bağının bulunması⁸⁵⁹ olarak sayılmaktadır.⁸⁶⁰ Bu nedenle bir meslek veya sanata ilişkin hukuk kuralının tanıdığı yetki çerçevesinde sübjektif bir hakka dayalı olarak mesleği icra eden kimsenin bu davranışları hakkın kullanılması sayılır ve bu nedenle hukuka uygun kabul edilir.⁸⁶¹ Bu kapsamda değerlendirilecek en yaygın davranışlar arasında hekimlik ve diğer sağlık mesleklerinin icrası bulunmaktadır. Bu yönüyle hekimlik ve

⁸⁵¹ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 346; Koca ve Üzülmmez, *Türk Ceza*, 268.

⁸⁵² Koca ve Üzülmmez, *Türk Ceza*, 268; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 346-354.

⁸⁵³ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 323.

⁸⁵⁴ Bakıcı, 5237 Sayılı, 511; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 322.

⁸⁵⁵ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 31; Özgenç, *Genel Hükümler*, 281; Koca ve Üzülmmez, *Türk Ceza*, 268; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 322; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 1.Cilt, 468; Bük, *Elektronik Ortamda*, 153; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İctihatlı*, 1. Cilt, 663; Özgenç, *Gazi Şerhi*, 381.

⁸⁵⁶ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 346; Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 31; Koca ve Üzülmmez, *Türk Ceza*, 268; Özgenç, *Genel Hükümler*, 281; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 322; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İctihatlı*, 1. Cilt, 663; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 1.Cilt, 468; Bük, *Elektronik Ortamda*, 153; Özgenç, *Gazi Şerhi*, 381.

⁸⁵⁷ Bük, *Elektronik Ortamda*, 153; Bakıcı, 5237 Sayılı, 511; Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 31; Özgenç, *Genel Hükümler*, 281; Koca ve Üzülmmez, *Türk Ceza*, 268; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 1.Cilt, 469; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İctihatlı*, 1. Cilt, 663; Özgenç, *Gazi Şerhi*, 381.

⁸⁵⁸ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 36.

⁸⁵⁹ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 322; Koca ve Üzülmmez, *Türk Ceza*, 269; Bakıcı, 5237 Sayılı, 511.

⁸⁶⁰ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İctihatlı*, 1. Cilt, 663; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 1.Cilt, 468; Uruşak, *Ceza Hukukunda*, 168-188.

⁸⁶¹ Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 1.Cilt, 471.

diğer sağlık meslekleri açısından bu hukuka uygunluk nedeni geçerlilik taşımaktadır. Zira hekimler ve diğer sağlık meslek mensupları tıbbi bir işlem yaparken çeşitli kanunlardan kaynaklanan mesleklerini icra yetkisi veren mesleki haklarını⁸⁶², yani bu tür müdahaleleri gerçekleştirmek konusundaki subjektif haklarını kullanmaktadırlar.⁸⁶³ Bu nedenle bunlar kendilerine devletin yasalarının tanıdığı bir hakkı kullanan kişi konumundadırlar.⁸⁶⁴ Bu nedenle hukuka uygunluk sebebi içinde hareket etmektedirler.⁸⁶⁵ Dolayısıyla bu tıp mesleği mensuplarının bu kapsamda yapmış oldukları müdahaleler suç olarak değerlendirilemez.⁸⁶⁶

Bu konuda farklı görüşler de bulunmaktadır. Yani genel olarak tıp mesleklerinin icrasının temelinde tedavi etme hakkının bulunduđu⁸⁶⁷ düşünülse de buna karşı çıkarak müdahalenin hukuka uygunluğunun temelinde ilgilinin razısının bulunduđunu⁸⁶⁸ savunanlar da olmuştur. Yine rıza alınmasının mümkün olmadığı hallerde hekimlik mesleğini icra etmek hususunda yetkiyle donatılan kişinin, tıbbi müdahaleye ihtiyaç duyan bir kimseye iyileştirmek amacına matuf olmak üzere gerekli müdahalelerde bulunmakla yükümlü olduğu, bu yükümlülük nedeniyle gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin görevin yerine getirilmesi nedeniyle hukuka uygun olduđu⁸⁶⁹ öne sürülmüştür. Ayrıca yapılacak müdahaleyi, müdahalenin hastanın sağlığı için derhal gerekli ve zorunlu olması nedeniyle zorunluluk hali kapsamında değerlendirenler de bulunmaktadır.⁸⁷⁰

Ne var ki biz sağlık mesleklerinin icrasının, hakkın kullanılması niteliğinde olduğunu düşünmekteyiz. Bize göre yapılan bu değerlendirmelerde kanun emrini icra yani görevin ifası ile hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedenleri karıştırılmaktadır. Bu kapsamda yorum yapabilmek için öncelikle bu mesleklerin yasa koyucu tarafından nasıl değerlendirildiğinin ortaya konulması gerekmektedir. Yani bu meslek

⁸⁶² Mehmet Nihat Kanbur, *Türk Ceza Kanunu Hükümleri erevesinde Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Genel Değerlendirme*, Türkiye Acil Tıp Dergisi, 2009;9 (1), 45; Bakıcı, 5237 Sayılı, 511.

⁸⁶³ Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 1. Cilt, 468.

⁸⁶⁴ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 51.

⁸⁶⁵ mit Kocasakal, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Hekimin Cezai Sorumluluğu*, 2. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: III, Sayı: 2, Yıl: 2006, 152; Bakıcı, 5237 Sayılı, 511; zbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 323.

⁸⁶⁶ Kanbur, *Türk Ceza*, 45.

⁸⁶⁷ zbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 323.

⁸⁶⁸ zbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 324.

⁸⁶⁹ zgen, *Genel Hükümler*, 333.

⁸⁷⁰ Herring, *Criminal Law*, 306.

mensuplarının faaliyetlerini, hakkın kullanılması mı yoksa görevin ifası mı hukuka uygunluk nedeni kapsamında yürüttükleri somut olarak yasa koyucunun yaklaşımından hareketle ortaya konulabilecek bir durum niteliği taşımaktadır. Bu yönüyle bakıldığında hekimlik mesleği için 1219 sayılı Tababet Ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrası Hakkında Kanun'un 28. Maddesi gibi yeni yeni tarihli düzenlemelerde “*Hekimlik mesleğinin icrası*” gibi ibareler kullanılsa da, oldukça eski tarihli olan ve Kanun'un yürürlüğe konulduğu tarihteki iradesini de ortaya koyan 2. Maddesinde “*Tababet sanatını icra etmek isteyen*”, 12. Maddesinde “*Sanatını icra etmek üzere*”, 5. Maddesinde “*sanatını icra eylemek isteyen her tabip*”, 72. Maddesinde “*İcrayı sanat eden tabipler, dış tabipleri, dışçiler ve ebeler*” ibareleri kullanılmıştır. Bu yaklaşım yasanın hemen her yerinde aynı şekilde sergilenmiş olup bu kapsamda yasa koyucu tarafından hekimlik mesleği (dışçiler, ebeler gibi diğer sağlık meslekleri de hariç bırakılmaksızın) en baştan beridir sanat olarak nitelenmiştir. Yasa koyucunun bu tavrı yakın zamanlara kadar sürmüş ve bu meslekler birer sanat olarak görülmüştür. Konuya ilişkin olarak ayrıca aynı Kanun'un 8. Maddesinde “*Türkiye’de icrayı tababet için bu kanunda gösterilen vasıfları haiz olanlar umumi surette hastalıkları tedavi hakkını haizdirler.*” denilerek bu sanatın icrasının yasa koyucu tarafından bir hak olarak görüldüğü ve bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği açıkça belirtilmiştir. Öyleyse yasa koyucu sanat olarak nitelendirdiği bu mesleklerin icrasını aynı zamanda bir hak olarak görmektedir.⁸⁷¹ Buna göre bu mesleklerin icrası kapsamında yapılan işlemlerin hukuka uygun sayılmalarının nedeni, yasa koyucunun tıp mesleklerini kurallar koymak suretiyle tanımış, düzenlemiş ve ilgili meslek mensuplarına bahse konu işlemleri gerçekleştirme konusunda sübjektif bir hak ve bu hak kapsamında belli davranışlarda bulunma konusunda yetki tanınmış olması nedeniyle hakkın (yetkinin) kullanılmasıdır.⁸⁷² Tüm bu nedenlerle bahse konu tüm mesleklerin icrası bir hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmelidir.

Esasında hakkın kullanılması kavramsal olarak çok geniş bir hukuka uygunluk nedenidir ve bünyesine görevin ifasını da alır. Bu yönüyle çalışma, kendini geliştirme hakları kapsamında tanınmış bir yetkinin ifasını⁸⁷³ içine almasının yanında, tıbbi

⁸⁷¹ Aynı yönde fakat farklı gerekçe için bkz. Keyman, *Hekimin Cezai*, s 68.

⁸⁷² Keyman, *Hekimin Cezai*, 68.

⁸⁷³ Keyman, *Hekimin Cezai*, 68.

müdahalede bulunma konusunda mesleki ve hukuki bir görevin yerine getirilmesini⁸⁷⁴ de ifade eder.

Kişisel sağlık verilerinin kaydı bakımından hakkın kullanılmasının hukuka uygunluk nedeni olup olmadığına bakılacak olursa bir kısım yazarlar, hekimlerin mesleki gereklerden kaynaklanan mecburiyetle kişisel verileri kayda almaları durumunda, hakkın icrası hukuka uygunluk nedeninin geçerli olacağını savunmakta⁸⁷⁵ ve bu nedenle maddede düzenlenen kişisel verilerin kaydedilmesi suçu oluşmayacağını⁸⁷⁶ düşünmektedirler. Bu kapsamda burada önemli olan noktanın mevcut hakkın sınırları içinde kullanılmış olması gerektiğini⁸⁷⁷ belirtmektedirler.

Ancak bu yaklaşımı kabul etmeyip tersini düşünenlerde vardır. Bunlara göre mağdurun üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği bir hakkın var olup olmadığının fiilin şikâyeteye tabi olup olmadığına bakılarak belirlenmesi gerekmektedir. Bu yönüyle kural olarak soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye tabi suçlar bakımından mağdurun üzerinde tasarrufta bulunabileceği bir hakkın var olduğu kabul edilmelidir. “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmiş bulunan suçlardan kişisel verilerin kaydedilmesi suçu şikâyeteye tabi tutulmamıştır. Bu durumda yasa kişisel veriler bakımından bireyin değil kamunun menfaatinin daha ağır bastığını kabul ettiği söylenebilir. O halde kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi suçu bakımından ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi uygulanabilir değildir.⁸⁷⁸

Bu konuda her iki hukuka uygunluk nedeninin birden oluştuğunu düşünenler de bulunmaktadır. Görüşe göre mesleki gereklerden kaynaklanan sebeplerle kişisel verilerin kayıt altına alınması mümkün olduğuna göre hekimlik mesleğinin icrası kapsamında kişisel verilerin öğrenilmesi ve kayda alınması söz konusu olmaktadır. Bu durumda da hem mesleğin yerine getirilmesi hem hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedenleri geçerlilik kazanmamakta ve eylemi hukuka uygun hale getirmektedir.⁸⁷⁹

⁸⁷⁴ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 51.

⁸⁷⁵ Akyıldız, *Uygulamada Hekimin*, 326.

⁸⁷⁶ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 146.

⁸⁷⁷ Akyıldız, *Uygulamada Hekimin*, 326.

⁸⁷⁸ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 146.

⁸⁷⁹ Görüş için bkz. Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 21.

Kanaatimce bu meselede de yasa koyucunun iradesine öncelik tanınarak sonuç çıkarılmalıdır. Zira yasa koyucunun bahse konu görevlerin niteliğine ilişkin değerlendirmesi, değişiklik arz etmektedir. 1219 sayılı Kanun'un 72. maddesinde *"İcrayı sanat eden tabipler, dış tabipleri, dişçiler ve ebeler numunesi veçhile Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekaleti tarafından tertip ve mahalli sıhhiye memurlarınca musaddak, hastaların isim ve hüviyetlerini kayda mahsus bir protokol defteri tutmağa mecburdurlar."* denilmekte ve bu yönüyle kişisel sağlık verilerine kayıt altına almakla bu görevliler zorunlu tutulmaktadırlar. Düzenleme ile görevlilere bu konuda bir takdir hakkı tanınmamakta ve ifası zorunlu bir görev kendilerine yüklenmiş bulunmaktadır. Öyleyse kişisel verilerin kayda alınması yönüyle iş, hak olmaktan çıkmakta ve daha çok zorunlu bir görevin ifasına dönüşmektedir. Yine aynı Kanun'un 69. maddesindeki *"Tabipler, dış tabipleri, dişçiler ve ebeler bu kanunda tasrih edilmeyen ve sair kavanin ve nizamât ile kendilerine tevdi edilmiş olan bilcümle vezâifin ifasıyle mükelleftirler."* düzenlemesi gereğince, hekimler ve sağlık personelleri bu Kanun'da yazmayan ancak diğer mevzuatlarda belirtilen kendilerine yüklenilen görevlerle ilgili olarak vazife görmekle görevli kılınmışlar ve bunlar yönüyle iş hakkın icrası niteliğinden çıkıp görevin ifasına dönüşmüştür.⁸⁸⁰

Sonuç itibariyle yasa koyucunun iradesini belirginleştirme yaklaşımı çerçevesinde konuya baktığımızdan, hekimler ve diğer sağlık meslek mensuplarının mesleklerinin sanat olarak tanımlandığı ve çok önemli bir kısım durumlar dışında ifası zorunlu tutulmamış olduğunu dikkate alarak kişisel verilerin kaydını bir hak olarak görmekteyiz. Kural olarak bu mesleklerin yerine getirilmesi hakkın icrası hukuka uygunluk nedeni kapsamında kalacaktır. Ancak özellik arz eden bazı durumlarda konu hak olmaktan çıkmakta ve ifası zorunlu bir göreve dönüşmektedir. Bu türden durumlarda, kişisel sağlık verilerinin kayda alınması da bir hak olarak değil ifası zorunluluk taşıyan bir görev niteliği taşımaktadır. Bu nedenle görevin yerine getirilmesi kapsamındaki kayda almaların hakkın icrası hukuka uygunluk nedenini oluşturmayacağını düşünmekteyiz. Bu durum zaten adından da anlaşılacağı üzere görevin ifası hukuka uygunluk nedenine vücut verecektir. Ancak görev dışındaki ve görev sınırlarını aşan kayda almalarda savunma hakkı gibi saiklerle hareket edilen durumların olabileceğini ve bu nedenle zaman zaman hakkın icrası hukuka uygunluk

⁸⁸⁰ Benzer mahiyette Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 51.

nedeninin kişisel sağlık verilerinin kaydı açısından da geçerlilik kazanabileceğini düşünmekteyiz.

Yargıtay da kişisel verilerin kayda alınmasına ilişkin olarak hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin geçerlilik kazanabileceğine zaman zaman kararlarında işaret etmektedir. Örneğin bir kararında “*doktor olarak çalışan sanığın... şikayetçi olarak aleyhine tazminat davası açması üzerine, tazminat davasına dair olarak vekili aracılığıyla verdiği cevap dilekçesinde müştekinin davadan 1 yıl önce kullandığı kişisel veri niteliğindeki ilaçların listesini yazarak, müştekideki şikayetlerin kullandığı ilaçların yan etkisi olabileceğini savunması şeklinde gelişen eyleminde... savunmasını kanıtlama amacını taşıyan eyleminde, hukuka aykırı hareket etmek bilinciyle hareket etmediği, eylemin savunma sınırı kapsamında kaldığı anlaşıldığından*⁸⁸¹ ” demek suretiyle savunma hakkı kapsamında yapılan ve savunma hakkı sınırını aşmayan eylemleri hakkın icrası kapsamında hukuka uygun görmüştür. Karardaki kayda almada esasında yetkili olmadığı şekilde farklı bir kayıt ortamına kaydetme şekli itibariyle tipe uygun gözükmemektedir. Görevin sınırları aşıldığı görevin ifası hukuka uygunluk nedeni geçerlilik taşıyamayacaktır. Ancak fail burada Anayasa ile kendisine tanınan savunma hakkını kullanmaya yönelik olarak tipik hareketi gerçekleştirmektedir. Savunma sınırını aşmadığı için eylemi savunma hakkı özelinde olmak üzere hakkın icrası hukuka uygunluk nedeni kapsamında kalmaktadır. Yani kişisel veriler bir hakkın kullanılmasına yönelik olarak kayda alınıyorlar ise hukuka uygun kabul edilecektir.

2.2.1.3.4.1.4. İlgilinin Rızası

Aynen hakkın kullanılmasında olduğu gibi kendisine karşı gerçekleştirilen bir davranışa mağdur razı olduğu zaman, fiilin suç teşkil etmeyeceği esası çok eskiden beri öne sürülen temel bir hukuk prensibidir.⁸⁸² Zira hukuk düzenleri kişiyi kendisiyle ilgili belli konular üzerinde, başkaları tarafından belli tasarruflarda bulunmak hususunda, rıza göstermeye yetkili kılarlar.⁸⁸³ Bu kapsamda hukuki yetkisini kullanmak suretiyle açıklamış bulunduğu rızaya dayalı olarak toplumun diğer üyeleri tarafından gerçekleştirilen davranışlar hukuka aykırı olmazlar.⁸⁸⁴ Bu nedenle ilgilinin rızası bir

⁸⁸¹ Y. 12. CD., 31.03.2014, E. 2013/12495, K. 2014/7889, www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2013-12495.htm&kw=%2014/7889%20fm, E.T. 04.05.2020.

⁸⁸² Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 269; Dönmez ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 62.

⁸⁸³ Özgenç, *Genel Hükümler*, 324; Özgenç, *Gazi Şerhi*, 388.

⁸⁸⁴ Özgenç, *Gazi Şerhi*, 388; Özgenç, *Genel Hükümler*, 324.

hukuka uygunluk sebebidir.⁸⁸⁵ Bu yönüyle davranışta var olan hukuka aykırılığı giderici bir vazife görür.⁸⁸⁶ Hukuka aykırılığı etkilemediği durumlarda ceza hukuku bakımından önemsiz bir irade beyanı niteliği taşır.⁸⁸⁷ İşte bu nedenle suçla korunan hukuki yararın sahibinin rıza göstermesi durumunda, bu rızanın fiili hukuka uygun hale getirmesine mağdurun (ilgilinin) rızası denir.⁸⁸⁸

Rıza gösterme ise, bu konuda ehliyet sahibi kişinin, hukuk düzeni tarafından tasarruf yetkisi kendisine bırakılmış bir hukuksal değerine karşı gerçekleştirilecek ve söz konusu hukuksal değeri tehlikeye düşürecek ve/veya zarar uğratacak bir fiili, kabul etme, onaylama⁸⁸⁹ yönündeki irade beyanıdır.⁸⁹⁰ Bu nedenle sahibi olduğu hukuksal bir değer üzerindeki soyut hukuksal korumadan kişinin somut olaya ilişkin olarak vazgeçmesini ifade eder.⁸⁹¹

İlgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni 765 sayılı TCK'nin aksine 5237 sayılı TCK'nin 26/2 maddesinde açıkça düzenleme altına alınmıştır. 5237 sayılı TCK'nin 26/2 maddesinde “*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez*” şeklinde ve açıkça düzenleme altına alınmıştır.⁸⁹² Düzenleme rızanın taşınması gereken bazı özelliklere de işaret etmektedir.⁸⁹³ Buna göre mağdurun rızasının ceza hukuku alanında bir hukuki işlem halini alabilmesi ve bu sıfatla fiilin hukuka uygun sayılmasını sağlayabilmesi için belli şartları taşınması gerekmektedir. Bunlar: 1- Rıza açıklama yeteneğine sahip olmak⁸⁹⁴, rızaya ehil olmak⁸⁹⁵, 2- Rızanın konusunun yani mağdurun üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği kendisine ait bir hakkın⁸⁹⁶ başka bir deyişle

⁸⁸⁵ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 346.

⁸⁸⁶ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 68.

⁸⁸⁷ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 68.

⁸⁸⁸ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 345.

⁸⁸⁹ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 355.

⁸⁹⁰ Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 1.Cilt, 474.

⁸⁹¹ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 356.

⁸⁹² Maddenin gerekçesinde “*Maddenin ikinci fıkrasında ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni düzenlenmiştir*” denilmek suretiyle yasa koyucu bir teorik tercihte bulunmuş ve ilgilinin rızasını bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmiştir (5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu TBMM Adalet Komisyonunca Kabul Edilen Madde Gerekçeleri, 170; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 272).

⁸⁹³ Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 129.

⁸⁹⁴ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 360; Özgenç, *Gazi Şerhi*, 389.

⁸⁹⁵ Maclean, *Briefcase on Medical*, 21; Bakıcı, *5237 Sayılı*, 514; Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 69; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 276; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 1.Cilt, 475; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 1. Cilt, 679.

⁸⁹⁶ Bakıcı, *5237 Sayılı*, 513; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 274; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 365; Özgenç, *Genel Hükümler*, 324 Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 1.Cilt, 476; Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 129;

sahibi olduğu bir hukuki yararının varlığı⁸⁹⁷, 3- Bu hukuki yararının korunmasına ilişkin olmak⁸⁹⁸ üzere vazgeçmeyi içerir rızanın açıklaması yani rıza beyanında bulunulmasıdır.⁸⁹⁹ Öyleyse ilgilinin rızasının bu temel üç şartı aynı anda bünyesinde taşıması gerekmektedir.⁹⁰⁰

Rızanın hak sahibi kişi tarafından açıklanması şart olmakla⁹⁰¹ birlikte, buna ilişkin olarak her durumda geçerli genel bir şablon bulunmadığı⁹⁰² için rızanın açıklanma biçimi önemli değildir⁹⁰³, herhangi bir şekil şartına bağlı değildir.⁹⁰⁴ Anlaşılır olmak, şüpheye yer bırakmayacak nitelikte olmak kaydıyla; açık, kapalı, yazılı veya sözlü herhangi bir şekilde yapılabilir.⁹⁰⁵ Bu nedenle mağdurun ses çıkarmaması, fiile engel olmaması yerine göre rıza olarak kabul edilebilir.⁹⁰⁶ Rıza örtülü yani zımni de olabilir. Hatta rıza yerine göre mefruz dahi olabilir.⁹⁰⁷ Çünkü mefruz rızanın dahi işlenen fiili hukuka uygun hale getireceği kabul edilmektedir.⁹⁰⁸ Mefruz rıza somut olarak bulunmayan ancak bulunduğu varsayılan⁹⁰⁹, normal rızanın özellikle fiili nedenlerden dolayı alınamadığı durumlarda gündeme gelen ve normal rızaya göre ikincil bir nitelik taşıyan rızadır.⁹¹⁰ Bu kapsamda hal ve şartlar işlenen fiile mağdurun

Özgenç, *Gazi Şerhi*, 389; Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 73.

⁸⁹⁷ Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 1.Cilt, 475; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 357; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 359; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 1. Cilt, 679.

⁸⁹⁸ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 346.

⁸⁹⁹ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 277; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 362; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 1.Cilt, 475.

⁹⁰⁰ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 68; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 274-277; Bakıcı, *5237 Sayılı*, 513; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 359; Bük, *Elektronik Ortamda*, 160; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 1. Cilt, 679-683; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 18; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 564; Kanbur, *Türk Ceza*, 46.

⁹⁰¹ Ceren Yıldız, *Ceza Hukuku Açısından Tıbbi Müdahalede Mağdurun Rızası*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Haziran 2012, 22; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 20.

⁹⁰² Yener Ünver, *Türk Tıp Hukukunda Rıza*, 2. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: III, Sayı: 2, Yıl: 2006, 238.

⁹⁰³ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 71; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 361.

⁹⁰⁴ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 1. Cilt, 683; Akdağ, *Türk Ceza*, 105.

⁹⁰⁵ Bakıcı, *5237 Sayılı*, 514; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 1.Cilt, 475; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 371; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 358; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 277; Akdağ, *Türk Ceza*, 106; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 1. Cilt, 683; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, s 18; Ünver, *Türk Tıp*, 252.

⁹⁰⁶ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 362.

⁹⁰⁷ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 356; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 361.

⁹⁰⁸ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 277; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 358 Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 1.Cilt, 475.

⁹⁰⁹ Aynı yönde Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 358.

⁹¹⁰ Henning Rosenau, *Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza*, Çeviren: Ahmet Hulusi Akkaş, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof Dr. Doğan Soyaslan Armağanı, Cilt: 8 Sayı: 2 Yıl: 2013 Aralık 2013 Kayseri, 653.

razı olacağını kabule elverişli ise yani koşullar itibariyle ilgiliye usulünce aydınlatma yapılarak sorulabilseydi rıza göstereceğinin kabul edilebildiği hallerde⁹¹¹ failin mefruz rızaya dayanarak hareket ettiği, sonuç olarak fiilin hukuka uygun olduğu⁹¹², neticenin haksızlık oluşturmadığı⁹¹³ kabul edilir.

Rıza açıklamasının ciddi olması, tamamen özgür bir irade ile açıklanmış olması⁹¹⁴ ve rızayı bozan sebeplerden biriyle sakatlanmamış bulunması gereklidir.⁹¹⁵ Bu yönüyle genel olarak rızayı bozan sebeplerin bulunması; yani ciddi olmadığı hal ve durumda anlaşılan latifeler, hata, hile ve ikrah halinde rıza geçerli değildir⁹¹⁶ ve bu nedenle hiçbir hukuki sonuç doğurmaz ve fiili de hukuka uygun hale getirmez. Yine rıza açıklanmasının mutlaka suçtan önce veya engeç suçun icra hareketlerinin yapılması sırasında⁹¹⁷, suç teşkil eden fiil sona ermeden yapılması⁹¹⁸ ve icra hareketleri tamamlanana kadar devam etmesi gerekmektedir.⁹¹⁹ Bu aşamadan sonra açıklanan rıza hukuka uygunluk hali olarak kabul edilmez.⁹²⁰ Zira icazet verilmesi anlamına gelir ve fiili suç olmaktan çıkarmaz⁹²¹, hukuka uygun hale getirmez.

Rızanın geçerli bir rıza olarak kabul edilebilmesi açısından önemli hususlardan biri de rızanın konusunun kanuna, ahlaka ve adaba aykırı olmaması gerektiğidir.⁹²² Rızanın konusu kanuna ahlaka ve adaba (genel edep kurallarına) aykırı ise kişinin bu hak üzerinden mutlak tasarruf yetkisi bulursa bile rıza geçerli değildir, fiil hukuka

⁹¹¹ Rosenau, *Ceza Hukukunda*, 647; Rosenau, *Ceza Hukukunda*, 658.

⁹¹² Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 72; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 358; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 278.

⁹¹³ Rosenau, *Ceza Hukukunda*, 654.

⁹¹⁴ Leung, *Law for Doctors*, 41; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 364; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 1. Cilt, 682.

⁹¹⁵ Bakıcı, *5237 Sayılı*, 514; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 364; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 358; Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 72.

⁹¹⁶ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 72 Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 1.Cilt, 475; Kocasakal, *Yeni Türk*, 153; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 277; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 1. Cilt, 683.

⁹¹⁷ Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 1.Cilt, 475; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 277; Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 71, 73; Ceren Yıldız, *Ceza Hukuku*, 23.

⁹¹⁸ Bakıcı, *5237 Sayılı*, 514; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 129; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 1. Cilt, 683.

⁹¹⁹ Akdağ, *Türk Ceza*, 108.

⁹²⁰ Bakıcı, *5237 Sayılı*, 514.

⁹²¹ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 1. Cilt, 683; Akdağ, *Türk Ceza*, 108; Ceren Yıldız, *Ceza Hukuku*, 23.

⁹²² Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 275; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 1.Cilt, 476; Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 81; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 1. Cilt, 683.

aykırı olma niteliğini taşı⁹²³ ve bu tür bir rızaya dayanılarak yapılan eylemler de suç teşkil edecektir.⁹²⁴

Bazı hallerde rıza açıklanmasına hukuki değer izafesi usule ilişkin belli koşulların gerçekleşmesine bağlı kılınabilir.⁹²⁵ Bu yönüyle hukuk düzeninin rıza açıklanmasının usulüne, o konu üzerindeki tasarrufun şekline, ilişkin getirdiği kurallara uygun olarak rızanın açıklanması gerekir.⁹²⁶ Bir tıbbi müdahaleye ilişkin olarak açıklanan rızanın hukuki geçerliliğinin aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesine bağlı kılınması bu bakımdan önemli bir örnek oluşturmaktadır.⁹²⁷

Bu başlık altında çalışma konumuzun kapsamı gereği üzerinde durulması gereken önemli bir konu da tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunun nasıl sağlandığı hususudur. Zira tıbbi müdahaleler kapsamında önemli oranda kişisel veriler kayda alınmakta ve bu kapsamda tıbbi müdahaleye gösterilen rızanın kişisel sağlık verilerinin kayda alınmasına ya da paylaşılmasına da gösterilmiş olduğu düşünülmektedir.⁹²⁸ Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için ilk şart, tıp mesleğini icraya kanunen yetkili olmaktır. Bu ön şartın dışında, yetkinin (hakkın) kullanılmasının önemli bir şartı vardır: Hastanın rızası.⁹²⁹ Hastanın rızası kanunen aranan temel bir şarttır⁹³⁰ (TŞSTİHK m. 70). Bu yönüyle tıbbi müdahaleleri hukuka uygun kılan temel bir şart hastanın rızasıdır.⁹³¹

Tıbbi müdahaleye gösterilen rıza, aydınlatılmış onama dayalı bir rıza ise tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirir.⁹³² Oysa ki hastanın rızası, yetkinin (hakkın) icrasının mantıkî ve vazgeçilmez sınırı olarak kabul edilmekle, soruna tasarruf yetkisi açısından değil de amaçsal bakımdan bakmak mümkün olabilmektedir. Nitekim bu durumda, kendi üzerinde tıbbi/ cerrahi müdahaleler yapılmasına izin veren kimsenin rızasının konusu, hayat veya vücut bütünlüğünün ihlâl edilmesi değil de bilâkis bunların korunmasıdır. Vücut bütünlüğünü ihlâl için işlenmiş hafif bir fiile ses çıkarmamak ile sağlığına kavuşmak için bedeni üzerinde bazı işlemlere izin vermek arasında önemli

⁹²³ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 81.

⁹²⁴ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, I. Cilt, 683.

⁹²⁵ Özgenç, *Genel Hükümler*, 324.

⁹²⁶ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 277.

⁹²⁷ Özgenç, *Genel Hükümler*, 324.

⁹²⁸ Hope, Savulescu and Hendrick, *Medical Ethics*, 98.

⁹²⁹ Carr, *Beginning Medical*, 22; Keyman, *Hekimin Cezai*, 68.

⁹³⁰ Keyman, *Hekimin Cezai*, 68.

⁹³¹ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 374.

⁹³² Özgenç, *Genel Hükümler*, 331.

farklar vardır. Hastanın rızasının bu şekilde anlaşılması, hekimin hasta karşısında bazı açıklamalar yapmak yükümlülüğünü doğurmaktadır. Bu açıklamalar olmaksızın hastanın kendi üzerinde yapılacak müdahalenin tehlikelerini anlayabilmesi ve hayatı, sağlığı konusunda serbestçe karar verebilmesi mümkün değildir. Öyleyse tıbbi müdahaleler alanında hukuken geçerli bir rızadan söz edebilmek için hastanın tıbbi müdahalenin anlam ve önemi bakımından kesin bilgilere sahip bulunması gerekir.⁹³³ Bu nedenle bir kısım yazarlar, tıbbi müdahalelere ilişkin olarak varsayılan rıza (mefruz rızanın) geçerli bir rıza niteliği taşıyacağını⁹³⁴ düşünmektedir. Ancak buna katılmayıp rıza bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul ediliyorsa bu rızanın açıkça beyan edilmediği, ancak olayın koşullarından rızanın bulunduğu varsayılabildiği hallerde hukuka uygunluk sebebinin bulunduğunu kabul etmenin bir zorunluluk olduğunu düşünen⁹³⁵ yazarlar da bulunmaktadır.

Bu açıklamalardan hareketle tıbbi müdahaleye yönelik olarak verilen rızanın kişisel sağlık verilerinin kayda alınmasına yönelik olarak rızayı da kapsamına alıp almadığına ele almak gerekmektedir. Kanaatimizce kişi kendisine bir tıbbi müdahalede bulunulurken bu müdahale kapsamında kişisel verilerini kayda alınacağına rıza vermektedir. Zira kayda alınmayan bir tıbbi müdahale zaten söz konusu olamaz. Bu nedenle bu şekilde mevzuata uygun şekilde tıbbi bir müdahaleye verilen rıza bu müdahalenin sınırları ile sınırlı olmak üzere kişisel verilerin kayda alınmasına da verilen bir rıza niteliği taşır.

Kişisel verilerin korunması hukukunda ilgili kişinin rıza beyanında bulunmasının veri işleme sürecine katılmasını sağlayan önemli unsurlardan biri olduğundan yukarıda ayrıntılı bir şekilde bahsetmiş idik.⁹³⁶ Yine inceleme konumuz olan TCK'nin 135. maddesindeki kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi suçunda korunan hukuksal yarar, genelde özel yaşamın gizliliği özelde ise kişisel verilerin korunması hakkı ve bu hakların temelini de kişilerin kendi kaderini tayin edebilme özgürlüğü oluşturmaktadır. Bu nedenle bu suç bakımından ilgilinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkının bulunduğu rahatlıkla söylenebilir.⁹³⁷

⁹³³ Keyman, *Hekimin Cezai*, 69-70.

⁹³⁴ Özgenç, *Genel Hükümler*, 337.

⁹³⁵ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 372.

⁹³⁶ Bkz. Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesinde Rıza Meselesi başlığı.

⁹³⁷ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 130.

Öyle ise kişisel sağlık verilerinin kaydına ilişkin olarak ilgilinin rızasının bulunması eylemi hukuka uygun hale getirir ve söz konusu suç oluşmaz.⁹³⁸ Yani veri öznesinin kişisel verilerinin kaydedilmesine ilişkin olarak açıkladığı rızası, kaydetme fiili açısından bir hukuka uygunluk sebebi teşkil edecektir.⁹³⁹ Hatta bu suç açısından kişisel verilerin, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği haklardan olduğundan bu hukuka uygunluk nedenini en temel hukuka uygunluk nedeni olarak görenler⁹⁴⁰ bulunmaktadır.

İlgilinin rızası, doktrinde “*tipikliği kaldıran rıza*” ve “*hukuka aykırılığı kaldıran rıza*” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kişisel verilerin kaydedilmesi suçu bakımından bu yönde bir değerlendirme yaptığımızda, tipiklikte söz konusu suçun oluşabilmesi için rızanın bulunmamasının gerektiği yönünde bir unsura rastlamamaktayız. Bu nedenle ilgilinin rızası, kişisel verilerin kaydedilmesi suçu bakımından hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle failin rızaya ilişkin bilgisizliği kastının yokluğuna neden olmayacaktır.⁹⁴¹

135. maddenin gerekçesinde “*Kişinin kendi rızası ile, kendisiyle ilgili bilgilerin kayda alınmasının suç oluşturmayaacağı muhakkaktır.*” ifadesi yer almaktadır. Ancak madde gerekçesinin kaleme alınış tarzı itibarıyla bu ibarenin hükmün birinci fıkrasına ilişkin olarak kaleme alındığını düşünenler olmuştur.⁹⁴² Ancak madde metninde 6698 sayılı KVKK ile yapılan değişiklikten sonra bu tartışmanın kanaatimizce yeri kalmamıştır. Çünkü ikinci fıkra artık sadece birinci fıkra düzenleneni suçun nitelikli halini oluşturduğundan gerekçede birinci fıkra için belirtilen tüm hususlar ikinci fıkra için de geçerlidir. Bu nedenle bu hukuka uygunluk nedeninin burada da geçerli olduğunda tereddüt hasıl olmaması gerekir.⁹⁴³

Öğretideki bir düşünceye göre, mağdurun üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği bir hakkın var olup olmadığı konusunda esas alınabilecek bir kriter fiilin

⁹³⁸ Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2090; Ergün, *Siber Suçların*, 115; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4121; Hafızoğulları ve Özen, *Özel Hayata*, 20.

⁹³⁹ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 146; aynı mahiyette Akyıldız, *Uygulamada Hekimin*, 326; Sedat Erdem Aydın, *AİHM İçtihatları*, 135; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 130.

⁹⁴⁰ Görüş için bkz. Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 18.

⁹⁴¹ Sedat Erdem Aydın, *AİHM İçtihatları*, 136.

⁹⁴² Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 310.

⁹⁴³ Aynı yönde Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 311.

şikâyeteye tabi olup olmadığıdır.⁹⁴⁴ Bu yaklaşıma göre şikâyeteye tabi suçlar bakımından mağdurun üzerinde tasarrufta bulunabileceği bir hakkın var olduğu kabul edilebilecektir. İncelenen kişisel verilerin kaydedilmesi suçu şikâyeteye bağlı bulunmamaktadır. Bu nedenle yasa koyucunun bu suçlar bakımından kişisel veriler yönüyle, bireyin değil kamunun menfaatinin daha ağır bastığını kabul ettiği söylenebilecektir.⁹⁴⁵ O halde kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi suçu bakımından ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi uygulanabilir değildir.⁹⁴⁶ Yani hukuka uygun olarak gerçekleşmeyen kaydı, ilgilinin rızası hukuka uygun hale getirmez.⁹⁴⁷ Ancak biz bu fikre katılmamaktayız. Zira mağdurun rızası suç türüne göre etkili olan bir hukuka uygunluk nedeni olmayıp kural olarak tüm suç tipleri açısından geçerlilik taşıyan genel bir hukuku uygunluk nedenidir. Ayrıca suçla korunan hukuksal yararlarından en öncelikli ve önem arz edeni, özel yaşamın gizliliği ile kişisel verilerin korunması hakkıdır. Bu hakların temelini ise kişilerin kendi kaderini tayin edebilme özgürlüğü oluşturmaktadır. Bu nedenle incelenen suç bakımından ilgilinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkının bulunduğu rahatlıkla söylenebilir ve ilgilinin rızası bu nedenle eylemi hukuka uygun hale getirir.⁹⁴⁸ Yine bir suçun şikâyeteye bağlı olup olmaması ile rızanın hukuka uygunluğu sağlaması birbirinden farklı olup farklı amaçlara hizmet etmektedir. Bu kapsamda şikâyet bir ceza usul hukuku müessesesidir ve tamamen soruşturmaya başlanılmasının ön şartıdır. Ancak rızanın hukuka uygunluk nedeni olması ise tamamen maddi ceza hukuku kurumudur ve yapılan davranışın hukuk düzeni ile çelişip çelişmediğini belirlemeye yarar. O halde bir suç şikâyeteye bağlı olmasa bile bu suçun mağdurunun rıza göstermesi davranışı hukuka uygun hale getirmelidir.

Kişisel verilerin kaydedilmesine ilişkin rızanın geçerliliğine ilişkin olarak rızanın sınırları olması gerektiği öne sürülmüştür. Bu yönüyle rıza ancak sınırları belli bir fiil için verilebilecektir. Bu bağlamda kişinin, belirli bir kişisel verisinin, belirli bir kaydetmeye konu olmasına ilişkin açıkladığı rıza geçerli olacakken sınırları belirli olmayan, örneğin bir kişinin kendisiyle ilgili tüm verileri, istediği zaman

⁹⁴⁴ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 565.

⁹⁴⁵ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 146; Bük, *Elektronik Ortamda*, 161; Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 130; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 565.

⁹⁴⁶ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 565; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 146; Bük, *Elektronik Ortamda*, 161; Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 130.

⁹⁴⁷ Bük, *Elektronik Ortamda*, 161.

⁹⁴⁸ Aynı yönde Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 130.

kaydedebileceğine ilişkin gösterdiği rıza, geçerli bir rıza olarak kabul edilemeyecektir.⁹⁴⁹

6698 sayılı KVKK'ye göre de kişisel verilerin işlenmesi yasağına ilişkin temel istisna veya işlemeyi hukuka uygun kılan temel sebep, ilgilinin “*belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan*” açık rızasının bulunmasıdır. Bu düzenlemeye göre, ilgili tarafından verilebilecek rıza, aynı zamanda veri sorumlusunun verileri hangi sınır, kapsam, şekil ve süre koşullarında işleyebileceğine ilişkin yol göstericilik niteliği de taşımaktadır. 6698 sayılı Kanun'un veri işlemeye ilişkin verilebilecek açık rızanın taşıması gereken unsurlarının, TCK'nin 26. maddesine göre daha sınırlandırıcı olduğu şüphesizdir. Hukuka uygun veri işlemenin temel koşulları arasında sayılan ilgilinin rızasına ilişkin aranan bu özellikler çalışmamızın ilk bölümünde kapsamlı olarak ele alındığından burada söz konusu başlığa atıf yapmakla yetiniyoruz. Ancak her iki düzenleme bakımından da rızanın geçerliliğinin ortak koşulları: İlgilinin rıza göstererek üzerindeki haklarından vazgeçtiği değerlerin anlam ve içeriğinin farkında olması, her ne şekilde verilirse verilsin fark etmeksizin verilen rızanın serbest iradeye dayanması ve kişisel verilerin kaydedilmesine ilişkin rızanın en geç eylemin gerçekleştirildiği sırada verilmiş olmasıdır.⁹⁵⁰ Bu kapsamda rızanın hukuka uygunluk nedeni olabilmesi için rızaya ilişkin iradenin şiddet, hata, hile gibi iradeyi bozan nedenlerle sakatlanmamış olması gereklidir.⁹⁵¹

Yine rızanın mutlaka fiilden yani veri üzerinde herhangi bir işlem yapılmadan önce⁹⁵² veya en geç icra hareketlerinin yapıldığı sırada açıklanması gerekmektedir.⁹⁵³ Bu yönüyle mağdurun rızasının kişisel verinin kaydından önce alınması gereklidir.⁹⁵⁴ İcra hareketleri tamamlandıktan sonra başka bir ifadeyle kişisel veriler kaydedildikten sonra gösterilen rıza ise bir hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilemeyecektir. Zira bu aşamada artık kişisel verilerin kaydedilmesi suçu oluşmuştur ve bu andan itibaren açıklanan rıza doktrinde icazet olarak adlandırılmakla birlikte tipik haksızlık üzerinde herhangi bir etki yaratmayacak⁹⁵⁵, yani suçun oluşmasına engel teşkil

⁹⁴⁹ Akdağ, *Türk Ceza*, 110.

⁹⁵⁰ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 131.

⁹⁵¹ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 145.

⁹⁵² Akdağ, *Türk Ceza*, 108.

⁹⁵³ Sedat Erdem Aydın, *AİHM İçtihatları*, 140.

⁹⁵⁴ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 20.

⁹⁵⁵ Sedat Erdem Aydın, *AİHM İçtihatları*, 140.

etmeyecektir.⁹⁵⁶ İcra hareketlerinin tamamlanmasından sonra açıklanan rıza ancak bir dava koşulu olan “şikâyet” konusu altında tartışma konusu yapılabilecektir fakat yukarıda da defaten belirtildiği üzere kişisel verilerin kaydedilmesi suçu TCK’nin 139. maddesi kapsamında şikâyet tabi bir suç olarak yer almamaktadır.⁹⁵⁷

Rızaya ilişkin irade, kişisel verilere özgü kriterlerden olan dürüstlük kuralı çerçevesinde de yorumlanmalıdır. Buna göre hangi tür kişisel verinin kaydedildiği, kayıt amaç veya amaçları ile ilgili olarak kişinin yanıltılmaması gerekmektedir.⁹⁵⁸ Ayrıca rızanın geçerliliği ancak hangi eyleme ilişkin olduğu belirlenebilir ve açık olmasına bağlıdır.⁹⁵⁹ Rıza, hataya yer bırakmayacak şekilde açık olarak dışa vurulmuş olmalıdır.⁹⁶⁰

Rızanın zımni, örtülü ya da mefruz da olabileceğinden, işaretle dahi rıza gösterilebilir. Ancak kişisel verilerin kaydedilmesi suçu söz konusu olduğunda, hareketsiz kalmanın rıza kabul edilmesi ya da rızanın sadece varsayılması mümkün görülmemektedir. 6698 sayılı KVKK’de yapılan “açık rıza” vurgusu da bunu destekler niteliktedir.⁹⁶¹ Bu yönüyle hem 6698 sayılı Kanun’a hem de TCK’ye göre kişilerin herhangi bir şekle bağlı kalmaksızın rıza beyanında bulunmaları mümkündür. Bu kapsamda ceza hukukuna göre de rızanın açık veya zımni, yazılı veya yazısız olarak verilebilmesi mümkündür. Ancak açık rızanın geçerliliği, en azından kişinin rıza gösterdiğine ilişkin tereddüt bırakmayacak belli emarelerin mevcut olmasına bağlı kabul edilmelidir.⁹⁶² Yani rıza, tereddüt bırakmayacak şekilde anlaşılabiliriyorsa geçerli bir rıza olarak kabul edilmelidir. Çünkü kişisel verilerin kaydedilmesi de kişisel verilerin işlenmesinin bir türüdür. Bu anlamda hukuka uygun bir kaydetme için dahi açık rıza gerekirken bundan çok daha ağır olan hukuka aykırı kaydetmeye ilişkin olarak evleviyetle açık rıza niteliğinde olması gereklidir. Bu yönüyle ancak ilgilinin kişisel verilerinin kaydedilebileceğine yönelik “açık rızasının” bulunması halinde bir hukuka uygunluk sebebinin varlığından söz edilebilecektir. Kişisel verilerin kaydedilmesi suçu bakımından örtülü veya varsayılan rızaya geçerlilik tanınması, kişisel verileri ve

⁹⁵⁶ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 20.

⁹⁵⁷ Sedat Erdem Aydın, *AİHM İçtihatları*, 140.

⁹⁵⁸ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 145.

⁹⁵⁹ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 146.

⁹⁶⁰ Aygörmez, *Hukuki Kurum*, 161.

⁹⁶¹ Akdağ, *Türk Ceza*, 106.

⁹⁶² Benzer mahiyette Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 132.

mahremiyeti olumsuz yönde etkileyen pek çok fiilin yaptırımsız kalması sonucunu doğuracaktır.⁹⁶³

Konuya kişisel sağlık verileri açısından bakıldığında ise karşımıza Hasta Hakları Yönetmeliği'nin “*Rıza Alınmasının Usulü ve Şekli*” başlıklı 34. maddesindeki “*Tıbbi araştırma hakkında yeterince bilgilendirilmiş olan gönüllünün rızasının maddi veya manevi hiçbir baskı altında olmaksızın, tamamen serbest iradesine dayanılarak alınmasına azami ihtimam gösterilir.*” düzenlemesi ile 15. maddede yer alan “*Mevzuatta öngörülen durumlar ile uyumsuzluğa mahal vermesi tıbben muhtemel görülen tıbbi müdahaleler için sağlık kurum ve kuruluşunca 15 inci maddedeki bilgileri içeren rıza formu hazırlanır.*” düzenlemeleri çıksa ve bu nedenle pozitif hukukumuz gereği getirilen istisnalardan başka uyumsuzluğa mahal vermesi tıbben muhtemel görülen tıbbi müdahaleler için rızanın yazılı olarak alınması zorunluluğu getirildiği⁹⁶⁴ düşünülse de bu yazılı rıza yaklaşımının inceleme konumuz suç açısından geçerli olamayacağını düşünmekteyiz. Zira bizzat 6698 sayılı Kanun, kişisel sağlık verileri ile ilgili olarak belli amaçlar doğrultusunda rıza aranmaksızın işleme sistemini kabul etmiştir. Bu nedenle kişisel sağlık verilerinin belirtilen amaçlar dışında işlenebilmesi için ancak açık rıza gerekmektedir. Ancak bu açık rızanın şekline ilişkin olarak bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bu kapsamda suçun konusunu oluşturan kaydetme hukuka aykırı olarak kaydetme olacağı için hukuka uygunluk nedeninin de geçerli olabilmesi ancak açık rıza bulunması halinde olabilecektir. Fakat bu konuda herhangi bir şekil şartı bulunmamaktadır. Bu nedenle ne şekilde yapılırsa yapılsın rıza verildiği tereddütsüz anlaşılabiliyorsa hukuka uygunluk nedeni olarak geçerli olacaktır.

Yargıtay'ın kabulü de kanaatimiz doğrultusunda olup Yargıtay konuya daha esnek yaklaşmaktadır. Zira 12. CD. bir kararında “*aralarındaki ilişki çerçevesinde, birbirlerine internet şifrelerini verdiklerini ve birbirlerinin hesaplarına girmelerine rıza gösterdiklerini beyan etmeleri karşısında, sanığın tanık ...'e yönelik olarak, onun kişisel veri sayılan internet hesap bilgilerini “hukuka aykırı olarak” elde etmediğinden ve atılı suçun unsurlarının oluşmadığından beraatine karar verilmesi gerekirken*”⁹⁶⁵ demiş ve

⁹⁶³ Sedat Erdem Aydın, *AİHM İçtihatları*, 137.

⁹⁶⁴ Pervin Yıldız, *Rıza ve Rıza Formlarının Hukuksal Niteliği*, VI. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayını, Ankara 2017, 78.

⁹⁶⁵ Y. 12. CD., 17.02.2014, E. 2013/14988, K. 2014/3720, www.kazanci.com/kho2/İbb/fİles/dsp.php?fn=12cd-2013-14988.htm&kw='meslek''sanat''kolaylık'#fm, E.T. 19.03.2020.

herhangi bir şekle bağlı olmaksızın sözlü olarak verilen rızayı bu anlamda yeterli saymıştır. Hatta inceleme konusu karara konu olayda şahsi elektronik hesaplarının şifrelerini verirken bu hesapla ilgili olarak suç niteliği taşıyan bir davranış gerçekleştirmeyeceğine inanarak vermektedir. Bu nedenle bu sayfaya girebileceğine dair açık rızası var kabul edilebilir ancak bu verileri keyfi bir şekilde kayda alabileceği ya da suç niteliğindeki diğer fiilleri gerçekleştireceğine dair bir rızası yoktur. Bu anlamda Yargıtay rızayı sanık lehine olacak şekilde daha geniş yorumlamış ve şekle bağlı olmadığını da vurgulamıştır. Ancak rızanın bu kadar geniş kapsamlı yorumlanması kanaatimizce hatalıdır. Zira bu yaklaşım kişilerin bir şekilde kandırılarak ya da başka amaçla ikna edilerek rızalarının alınması ve suç niteliğindeki davranışların bu kapsama sıkıştırılmasının yaygınlaştırılmasına hizmet edecek niteliktedir.

Yargıtay da rızanın suç oluşturan fiilin gerçekleştirildiği anda var olması gerektiğini düşünmektedir. Konuya ilişkin olarak bir kararında *“Katılan tarafından kaldırılması istenilmesine ve bu konuda daha önce şikayette bulunulmasına rağmen reklam filmlerini aynı şekilde yayımlamaya devam ederek, katılanın kişisel veri niteliğindeki görüntüsünü hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması nedeniyle hukuka aykırı olduğunda tereddüt bulunmayan bir yöntemle başkalarının görgüsüne sunmaya devam eden sanıkların sübut bulan eylemlerinden dolayı... suçundan mahkumiyet kararı verilmesi gerektiği gözetilmeksizin... sanıkların kastının bulunmadığına dair yasal ve yeterli olmayan yazılı gerekçelerle sanıklar hakkında CMK’nin 223/2-a-c madde, fıkra ve bentleri gereğince beraat kararı verilmesi”⁹⁶⁶* bozma nedeni yapılmış ve karar sanıklar aleyhine olarak bozulmuştur. Yani veri öznesi başta var olan rızasını sonradan kaldırmış ancak bu dikkate alınmayarak kişisel verileri işlenmeye devam olunmuştur. Rıza kaldırıldığı andan itibaren rızanın hukuka uygun hale getirici etkisi de kalkmakta, bu nedenle bu tarihten itibaren gerçekleştirilen suç niteliğindeki eylemler hukuka uygun değildir. Yargıtay’ın bu kabulü de bu nedenle isabetlidir.

Kaydetmeye yönelik olarak alınan rıza, sadece kişisel veriler kaydedilirken bildirilen kaydetme amaçları için geçerli olacak, bunların dışındaki amaçlarla kişisel verilerin kaydedilmesi açısından, veri süjesinin rızasından

⁹⁶⁶ Y. 12. CD., 10.07.2019, E. 2018/8144, K. 2019/8317, www.kazanci.com/ kho2/ İbb/ files/ dsp.php? Fn= 12cd-2018- 8144 .htm&kw =`136.+ maddedeki`#fm, E.T. 28.04.2020.

bahsedilemeyecektir.⁹⁶⁷ Çünkü kişinin sadece kendisine açıklanan amaçlar için veri işlenmesine izin verdiği kabul edilebilir. Rıza verilmeden önce veri süjesine açıklananlar dışında bir amaçla veya böyle şartlar altında veri işlenmesi halinde hukuka uygunluktan bahsedilemez çünkü kişinin rızası bu işlemler için geçerli değildir.⁹⁶⁸ Bu yönüyle ilgili kişinin rıza gösterdiği amaç dışında kişisel verilerinin toplanmasının ya da kanun tarafından gösterilmiş olan amaç dışında kaydedilmesinin 135. madde kapsamında suç olarak kabul edilebileceği muhakkaktır.⁹⁶⁹

Kişisel verilerin işlenebilme amaçlarına ilişkin olarak hukukumuzda, hukuka uygun kaydedilen verinin kaydedilme amacı dışında kullanılmasını engelleyen bir hüküm bulunmadığını, bunun da kişinin verisinin kaydedilmesine bir kere rıza gösterdikten sonra korumasız kalması sonucunu doğuracağını⁹⁷⁰ düşünenler olmuştur. Ancak bu kanaate kesinlikle katılmamaktayız. Kanaatimizce böyle düşünenler kişisel verilerin işlenebilme amaçlarına dair kanunla düzenleme altına alınmış veri işleme ilkelerini gözden kaçırmaktadırlar. Çünkü 6698 sayılı KVKK'nin 4/2 maddesi gereğince kişisel veriler ancak belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenebilecek ve işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olarak işleme tabi tutulabilecektir. Bu kapsamda aynı Kanun'un 12. maddesi gereğince veri sorumlusu kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini önlemek ve kişisel verilere hukuka aykırı olarak erişilmesini önlemekle yükümlü olup bu ilkelere aykırı davrananlara Kanun'un 18. maddesi gereğince Kurul, ciddi idari yaptırımlar uygulama yetkisine sahiptir. Yine Kurul, kişisel verileri işleme amaçları dışında kullandığını tespit ettiği veri işleyen kişilere de idari yaptırım uygulama yetkisine sahiptir. Kişisel verilerin hukuka uygun ya da aykırı şekilde kayda alınmasının işlemenin bir türü olduğuna değinmiştik. Bu nedenle işleme için geçerli olan tüm kurallar kaydetme içinde kesinlikle geçerlidir ve hiçbir kaydetme işlemi işledikleri amaçla bağlantılı olmaksızın yapılamaz ve suç oluşturur.

Kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesine ilişkin ilgilinin göstermiş olduğu rızaya ilişkin tartışma uygulamada en çok genellikle kişilerin kendi iradeleriyle sosyal medya üzerinden ve herkese açık olarak paylaştıkları kişisel verilerinin, bu şekilde paylaşılmış olmasının, başkaları tarafından işlenmesine ilişkin rızayı da

⁹⁶⁷ Akdağ, *Türk Ceza*, 106.

⁹⁶⁸ Akdağ, *Türk Ceza*, 108.

⁹⁶⁹ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 147.

⁹⁷⁰ Akdağ, *Türk Ceza*, 107.

kapsamına alıp almadığı noktasında karşımıza çıkmaktadır.⁹⁷¹ Bir görüşte buna olumsuz yanıt verilmiştir. Buna göre kişinin kendisi hakkında herkese açık olarak paylaştığı bilgilerin başkaları tarafından işlenmesine ilişkin rızasının bulunduğu kabul edilebilmesi için en azından somut olayda buna ilişkin belli ipuçlarının bulunması gerekmektedir. Bu görüşte olanlara göre kişilerin bu eyleminin kişisel verilerin işlenmesine yönelik genel geçer bir rıza beyanı olarak kabul edilmesi, aynı zamanda kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini suç olarak düzenleyen maddelerin konuluş amacı ve ruhuna da aykırılık teşkil edecektir.⁹⁷² Bu tartışmayla ilgili olarak kişinin kendisiyle ilgili kişisel verileri internet ortamına koyması durumunda, bu verilerin başkalarınca alınıp kaydedilmesinin suç oluşturmayacağını düşünenler olmuştur. Buna göre kişisel verilerini internet ortamında paylaşan kişinin bunun başkalarınca kaydedilmesine de rıza göstermiş olduğu kabul edilmelidir. Ancak kişinin internet ortamında paylaştığı kişisel verileri herkes için değil de yalnızca belli kişiler için paylaşması durumunda, bu kişilerin haricindeki kişilerin bir şekilde (örneğin İnternet sayfasının şifresini kırarak) kişisel verileri elde edip kaydetmesi halinde yine suçun olduğu kabul edilmelidir.⁹⁷³ Ancak kanaatimizce kişisel verilerini bu tip ortamda paylaşan kişiler bu şekilde bir sınırlandırmada bulunmamış dahi olsalar kişisel verilerinin hukuka aykırı olarak kayda alınmasına rıza göstermiş sayılamazlar. Bu kapsamda bir kişi kişisel verisini paylaşırken açıkça belirtmediği sürece, 6698 sayılı Kanun anlamında açık rızada bulunmamış olacaktır. Yani bu nitelikteki bir işlemeye dair verilmemiş olan rıza, suç niteliğini taşıyan işleme faaliyetlerine ilişkin olarak evleviyetle verilmemiş sayılır. Kişi açıkça belirtememişse bu nitelikteki bir veri kesinlikle kayda alınamaz ve aksine davranışlar suç oluşturur. Bu yönüyle bu davranış kesinlikle hukuka uygunluk nedeni olan rıza olarak kabul edilmezler.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bu konuda bizim gibi düşünmektedir. Bir kararında, kişinin köşe yazarlığı yaptığı gazetede herkesin erişimine açık olarak yer alan resminin başkaları tarafından işlendiği olayda resmini kendi rızasıyla herkese açık olarak internete yüklemiş olması sebebiyle ilgilinin zımni olarak daha sonraki bu resimden kaynaklı olarak kişisel verilerinin işlenmesi niteliğindeki tüm eylemlere de rıza göstermiş bulunduğu çıkarımı kabul edilmeyerek bu eylemlerin bu nedenle suç

⁹⁷¹ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 132; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 145.

⁹⁷² Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 132.

⁹⁷³ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 18.

oluşturduğu kabul edilmiştir.⁹⁷⁴ Yani bir veri yükleme faaliyeti, açıkça belirtilmediği sürece o veriyle ilgili olarak başka bir kayda alma işlemine hem de hukuk aykırı olarak yapılacak bir veri işleme faaliyetine yönelik bir açık rıza olarak değerlendirilemez. Aksine kabul zaten açık rıza kavramının mahiyetine aykırıdır.

6698 sayılı KVKK'ye uyarınca kişisel verilerin işlenmesi için açık rıza aranmayan hallerde işlenen fiiller TCK açısından suç olup olmadığının ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Kanun'un "*kişisel verilerin işlenme şartları*" başlıklı 5/1. maddesinde kişisel verilerin ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemeyeceği düzenlenmiştir. Bu maddede sayılan şartlardan en azından birinin varlığı hâlinde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin işlenmesi mümkündür. Kanun'da açıkça öngörülmesi bu hallerden biridir. İşte bu maddede sayılan hallerden her biri yine madde de belirtilen sınırlar kapsamında kalmak suretiyle inceleme konumuz suç bakımından da hukuka uygunluk nedeni oluşturmaktadır.⁹⁷⁵ Yani daha somut olarak belirtmek gerekirse bu durum, kişisel sağlık verilerinin sadece ilgili mevzuat kapsamında kaydının yapılması hukuka uygunluk nedeni oluşturacaktır. Bu yönüyle kaydın sadece ilgili sağlık kuruluşlarının veri kayıt sistemlerine ve yine görevin gerektirdiği kadarıyla yapılmış olması halinde hukuka uygunluk nedeni oluşturmaktadır. Yoksa rıza alınmasının gerekmemesi, bu kişisel sağlık verilerinin her istenilen yere ve bir ölçü aranmaksızın kayda alınabileceği anlamına gelmemektedir. Bu yönüyle sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında

⁹⁷⁴ YCGK., K. 2014/331. İlgili karar metninde konuya ilişkin olarak "*somut olayda, sanığın genel yayın yönetmenliğini yaptığı gazetede köşe yazarı olarak çalışan katılanın yazdığı köşesinde kullanılan fotoğrafın, hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması nedeniyle hukuka aykırı olduğunda tereddüt bulunmayan bir yöntemle Sanık tarafından internetteki özel bir arkadaşlık sitesine kimlik, adres ve telefon bilgileri verilmeksizin ve erkek arkadaşı aradığı açıklamasıyla konulması eylemi, TCK'nun 136. Maddesinde düzenlenen kişisel verileri hukuka aykırı olarak yayma suçunu oluşturmaktadır*" denilmektedir. İlgili karara muallif kalan bir kısım üyeler yazdıkları muhalefet şerhlerinde muhalif kalmalarıyla çelişkili ancak çoğunluk görüşü ile uyumlu bir şekilde "*Katılanın resminin sadece gazete köşesine yayınlanmasına rızası vardı, dolayısıyla bu gibi yerlerde rızası yoktur, o nedenle kişisel verileri yayma suçu oluşur düşüncesi de ileri sürülemez. Bu suçlarda ilgilinin rızası önemli değildir (TCK, m.26/2), suç soruşturması ve kovuşturması şikâyeteye Tabi olmadığından mağdurun üzerinde tasarrufta bulunabileceği bir hakkın var olduğu söylenemez. Bu suçlar bakımından bireyin değil, kamunun menfaatlerinin ağır bastığı kabul edilmiştir. Dolayısıyla bu suç bakımından ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi değildir*" demişlerdir.

⁹⁷⁵ Aynı yönde Dülger, *Kişisel Verilerin*, 145.

bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilirler.

Ayrıca belirtmeliyiz ki hak sahibinin faile kişisel verilerinin bir kısmını kaydetmesine rıza göstermesine rağmen, failin rıza dışına çıkarak başka kişisel verileri de kaydetmesi halinde, rıza bulunmayan kişisel veriler bakımından suç oluşacaktır. Örneğin veri sahibinin telefon numarasının kaydına izin vermesine rağmen, failin adres bilgilerini de kaydetmesi halinde adres kaydı nedeniyle suç oluşacaktır.⁹⁷⁶

Bu başlık altında değinilmesi gereken hususlardan birisi de varsayılan rızanın bu suç açısından da uygulanıp uygulanamayacağıdır. Hastanın rızasını bildiremeyecek bir durumda olması (akıl hastalığı ve bitkisel hayat gibi haller) sebebiyle tıbbi müdahale yapılması ve bu esnada kişisel verilerine ulaşılmış olması halidir. Bu haller bireyin akli melekelerini kullanma yeteneğinin olmadığı hallerdir. Bu durumda hastanın rızasının alınması mümkün olmadığından, kişisel verilerinin korunmasına yönelik bir yararın varlığı da söz konusu olmayacağından ve zamanında sorulma imkânı da bulunmadığından bu gibi durumlarda bireyin rızasının var olduğu kabul edilmelidir.⁹⁷⁷ Yani bu halde, müdahalenin konusu dışında bir kişisel sağlık verisine ulaşırsa ve bunun normal koşullarda kaydı zorunlu olan bir veri niteliğinde olmasa dahi bunu kayda alınmasına rıza verdiği kabul olunacaktır. Ancak bunda elbette bir ölçü bulunmalıdır. Ölçü de o anda kayda alınmadığında kaybolma ve bir daha ulaşılamama gibi bir durum ortaya çıkmasıdır. Bu durumda bu verilerin kayda alınması suç oluşturmaz ve hukuka uygun kabul edilebilir.

2.2.1.3.5. Kusurluluk

Kişinin gerçekleştirdiği bir davranıştan sorumlu tutulabilmesinin temel şartı, kişinin bu davranışını iradi olarak gerçekleştirmiş olmasıdır. Bu nedenle, iradi olarak gerçekleştirilmeyen insan davranışı hukuk aykırı olsa bile, bu kişi bu fiilinden dolayı sorumlu tutulmayacaktır.⁹⁷⁸ Bu yönüyle suçun konusunu oluşturan fiilin, bizzat onu gerçekleştiren kişi yani fail bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir. İşte işlenen fiilin fail bakımından değerlendirilmesine geçilen safhada karşımıza kusur

⁹⁷⁶ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 19.

⁹⁷⁷ Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 23.

⁹⁷⁸ Özgenç, *Genel Hükümler*, 340.

çıkılmaktadır.⁹⁷⁹ Kusursuz ceza olmaz ilkesi ceza hukukunun temel ilkelerinden biri⁹⁸⁰ olduğu için bir kişinin ceza sorumluluğunun bulunması için o eylemi kapsamında kusurunun da bulunması gerekmektedir. Kusurun bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi ise kusur değerlendirmesi, başka bir ifadeyle kusur yargısıdır.

Kusur yargısının konusunu niteliği gereği, failin gerçekleştirdiği haksızlıktan dolayı failin kişisel olarak (bireysel olarak) kınanıp kınanamayacağı oluşturmaktadır.⁹⁸¹ Buna göre failin bahse konu fiilden dolayı cezai olarak sorumlu tutulabilmesi için mutlaka hakkında kınanmasının gerekli olduğu yönünde kişisel bir yargıda bulununması⁹⁸² gerekir. Bu çerçevede kusurlu olmak, hukuk normu tarafından söz konusu kişiyi de kapsamına alacak şekilde konulmuş bulunan yasaklar veya yüklenmiş bulunan ödevler bulunmasına rağmen, faili aksi yönde davranmayı seçmeye⁹⁸³ götüren iradesinin oluşum şartları itibarıyla⁹⁸⁴ incelenerek gerçekleştirdiği haksızlık nedeniyle şahsen kınanması, ayıplanması yönündeki kanaate götüren değerlendirmeyi ifade eder.⁹⁸⁵ Bu değerlendirmeye göre fail, hukuka uygun hareket edebilme akıl, irade ve imkanına sahip olduğu halde, kendisinde bahse konu eyleme ilişkin olarak oluşmuş bulunan kusurlu zihniyet veya anlayış nedeniyle⁹⁸⁶ hukuka aykırı bir davranışı tercih ederek⁹⁸⁷ neticeyi gerçekleştirmiş olması sebebiyle kınanmakta ve bahse konu fiili cezai sorumluluk anlamında sübjektif olarak kendisine yüklenebilmektedir.⁹⁸⁸

Bu ilke pozitif hukuk sistemimizde de bu kural geçerliliğini korumakta ve Anayasa'nın 38/7. Maddesinde “*Ceza sorumluluğu şahsidir.*” şeklinde ve 5237 sayılı TCK'nin 23, 25/2, 30/3-4, 31,32, 61/1-f maddelerinde değişik yönleriyle düzenleme altına alınmış bulunmaktadır. Böylelikle Türk ceza hukukunda kusursuz sorumluluk kesin olarak ortadan kaldırılmıştır.⁹⁸⁹

⁹⁷⁹ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 288.

⁹⁸⁰ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 289.

⁹⁸¹ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 378; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 288.

⁹⁸² Aynı yönde Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 288.

⁹⁸³ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 203.

⁹⁸⁴ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 289.

⁹⁸⁵ Özgenç, *Genel Hükümler*, 340.

⁹⁸⁶ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 290.

⁹⁸⁷ Özgenç, *Genel Hükümler*, 342.

⁹⁸⁸ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 379; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 290; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 369.

⁹⁸⁹ Aynı yönde bkz. Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 42 ve 189.

Bir kimsenin işlediği fiilden dolayı kınanabilmesi, yani kusurlu olduğundan bahsedilebilmesi için öncelikle kişinin kendisine isnad olunan fiili işlediği sırada kusur yeteneğine, başka bir deyişle kusurlu davranabilme yeteneğine sahip olması gerekir.⁹⁹⁰ Bu yetenek, kişinin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını *algılama (algılama yeteneği – idrak kabiliyeti)*, daha teknik bir deyişle yaptığı davranışın hukuken tasvip edilmeyen bir davranış olduğunu anlama ve bu doğrultuda *davranışlarını yönlendirme kabiliyetini (irade yeteneği)* ifade eder.⁹⁹¹ Kısaca doğruyu yanlıştan, haklıyı haksızdan ayırabilme ve ayrıca buna göre davranabilme kabiliyetidir.⁹⁹² Bu nedenle kusur yeteneğinin iki ayrı unsuru bünyesinde barındırması gerekmektedir. Bunlardan *algılama yeteneği* yani haksızlığı algılayabilme, yaptığı hareketin toplum içindeki değerini bilme, bu bakımdan etki ve önemini anlayabilmeyi ifade ederken; *irade yeteneği* iradesinin isteklerini kontrol ederek yerine göre engelleyebilme⁹⁹³, sınırlandırabilme yönüyle hareketlerini kendi özgür iradesi ile belirleyebilmeyi ifade eder.⁹⁹⁴ Bu nedenle bir kişinin bir fiilinden dolayı kınanabilmesi ve kusurlu olduğundan söz edilebilmesi için öncelikle kişinin hareketinin toplum bakımından etki ve önemini anlayabilmesi gerekmekte ve ilaveten zihninde oluşan bu anlamaya uygun şekilde hareket edebilmesi gerektiğinde iradesinin isteklerini engelleyebilmesi gerekmektedir.⁹⁹⁵ Bunun kişinin öncelikle irade özgürlüğüne sahip olması gerekmektedir. Bu neden kusur yeteneğinin varlığı öncelikle irade özgürlüğüyle açıklanabilir. İrade özgür ise hareketi yönlendirme yeteneği var demektir.⁹⁹⁶

Bir kişinin işlemiş olduğu fiilden dolayı kınanabilmesi, hakkında kusur yargısında bulunulabilmesi, neticeten kusurlu olduğundan söz edilebilmesi için kişinin hukuka uygun hareket edebilmesinin beklenilebilmesi gerekir⁹⁹⁷ demiştik. Bunun için de kişinin kusur yeteneğine sahip olması, haksızlık bilincinin bulunması ve kusurluluğunu kaldıran hallerin somut olayda bulunmaması gerekmektedir.⁹⁹⁸ Bu durum ancak kusurunu etkileyen birtakım hallerin bulunmaması, yani kusuru etkileyen

⁹⁹⁰ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 291; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 379.

⁹⁹¹ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 291; benzer mahiyette bkz. Özgenç, *Genel Hükümler*, 343.

⁹⁹² Hakeri, *Ceza Hukuku*, 380.

⁹⁹³ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 372.

⁹⁹⁴ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 291; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 380-381.

⁹⁹⁵ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 372.

⁹⁹⁶ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 366.

⁹⁹⁷ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 379; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 370.

⁹⁹⁸ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 371; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 292.

sebeplerden birinin mevcut olmaması halinde mümkün olabilir. Aksi halde kusurdan söz edilemez.⁹⁹⁹

Pozitif hukukumuzda kusurluluğu kaldıran ve etkileyen halleri ise TCK'nin öngördüğü sisteme göre: Hukuka aykırı fakat bağlayıcı bir emir yerine getirilmesi, Zorunluluk hali dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi, Cebir ve tehdit, Haksız tahrik dolayısıyla kişni irade yeteneğinin etkilenmesi, Kusurluluğu etkileyen hata halleri, Yaş küçüklüğü, Sağır ve dilsizlik, Akıl hastalığı geçici nedenler, Alkol ve uyuşturucu madde etkisinde olma, Meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş dolayısıyla aşılması halleri, olarak sıralayabiliriz.

Kusurluluğu etkileyen hallerin bir kısmı algılama, diğer bir kısmı ise irade yeteneği üzerinde etkilidir. Bir kısmı kusuru tamamen ortan kaldırırken bir kısmı sadece azaltmaktadır.¹⁰⁰⁰ Çalışmamız kapsamında inceleme konumuz suç yönüyle uygulamada en çok karşılaşılabilecek birkaç tanesine değinmek zorunluluk taşımaktadır.

2.2.1.3.5.1. Zorunluluk (Zaruret) Hali,

Bir kişiye kusur isnat edilebilmesi için kendisinden davranış normlarına uygun hareket etmesinin beklenebilmesi gerektiğinden bahsetmiştik. Bu kapsamda eğer kendisinden norma uygun davranması beklenemiyorsa kişiyi kusurlu kabul edemiyorduk.¹⁰⁰¹ Zaruret ya da zorunluluk, kelime olarak *çaresiz kalma, bir şeye mecbur olmak*¹⁰⁰², *olması gerekme, olduğundan başka olmama, zorunlu olma, mecburluk, mecburiyet*¹⁰⁰³ anlamlarına gelmektedir.¹⁰⁰⁴ Bu anlamı nedeniyle bir kişinin bir şeyi istemese dahi yapmak durumunda kalması durumlarını ifade etmek için kullanılmaktadır. Genel olarak insandaki tabii korunma hissini ifade eden bu durum bütün modern kanunlar tarafından düzenlenmiş ve böylece zaruretin kanunu yoktur, şeklindeki doğa kuralı, hukuk kuralı haline gelmiştir.¹⁰⁰⁵

⁹⁹⁹ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 379; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 370.

¹⁰⁰⁰ Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 296.

¹⁰⁰¹ Özgenç, *Genel Hükümler*, 375.

¹⁰⁰² Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 402.

¹⁰⁰³ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <https://sozluk.gov.tr/?kelime=zorunlu>, (01.07.2020).

¹⁰⁰⁴ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 402.

¹⁰⁰⁵ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 407.

Zorunluluk hali, bir kimsenin bilerek sebebiyet vermediği hukukla korunan bir yararı tehdit eden bir tehlikeden kendisini veya başkasını kurtarma zorunluluğu¹⁰⁰⁶ karşısında, suç teşkil eden ve tehlikeyi uzaklaştırmaya yetecek ölçüde olan başka bir fiili işlemesi mecburiyetini doğurarak başkaca bir kurtuluş çaresi bırakmayan¹⁰⁰⁷, bu nedenle ceza sorumluluğu da bırakmayan¹⁰⁰⁸ bir durumdur.¹⁰⁰⁹ Bu nedenle tehlike karşısında kalan bir kimsenin, korunma endişesi ve içgüdüğü ile suç sayılan bir fiili işleyerek bu tehlikeye karşı koyması hallerinde geçerli olmaktadır.¹⁰¹⁰ Bu çerçevede fail, suçun meydana gelmesinden daha da ağır bir şeyi önlemek için bahse konu suçu ya da suçları işlemek zorunda kalmaktadır.¹⁰¹¹

Zorunluluk hali ceza kanunumuzda da somut olarak düzenleme altına alınmıştır. TCK'nin 25/2 maddesinde “*Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.*” şeklinde ve genel hükümler kısmında düzenleme altına alınmıştır. Bu düzenleme konumu gereği genel bir hüküm niteliğinde olup, prensip olarak bütün suçlar bakımından geçerli bir mazeret nedeni, kusuru kaldıran bir durum niteliği¹⁰¹² taşımaktadır.¹⁰¹³

Zaruret halinin bir olayda geçerli olabilmesi için bazı koşulları bünyesinde taşıması gerekir. Bunlar, tehlikeye ilişkin koşullar ve korunmaya ilişkin koşullar olarak temelde ikiye ayrılır. Tehlikeye ilişkin koşullar: Öncelikle bir tehlikenin varlığı, tehlikenin ağır ve muhakkak nitelikte olması, tehlikenin gerek kendisine gerek

¹⁰⁰⁶ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 322.

¹⁰⁰⁷ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 120; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 404.

¹⁰⁰⁸ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 322.

¹⁰⁰⁹ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 120; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 404.

¹⁰¹⁰ Bakıcı, 5237 Sayılı, 503.

¹⁰¹¹ Cross, *Criminal Law*, 60; Catherine Elliott and Frances Quinn, *Criminal Law*, Pearson Education Limited, Eleventh Edition, 399; Gardner and Anderson, *Criminal Law*, 166.

¹⁰¹² Hukuki mahiyeti tartışmalı olmakla birlikte aynı maddenin gerekçesindeki “*Kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak zorunluluk hali düzenlenmiştir.*” (Türk Ceza Kanunu Madde Gerekçeleri, 170) ifadesi ve zorunluluk halinin bulunması durumunda yapılan yargılama sonunda 5271 sayılı CMK'nın 223/3 maddesinde failin kusurunun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verileceğinin belirtilmiş olması karşısında yasa koyucunun zorunluluk halini kusurluluğu kaldıran bir neden olarak düzenleme altına almak istediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle biz de zorunluluk halini failin özellikle iradesinin oluşum aşamasını etkileyerek faile kusur izafe edilmesini engelleyen yani kusuru kaldıran bir müessese olarak görmekteyiz. Aynı yönde bkz. Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 324; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 409.

¹⁰¹³ Aynı yönde bkz. Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 324; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 409.

başkasına ait bir hakka yönelik olması, tehlikeye bilerek sebebiyet verdirilmemiş olması ve tehlikeye karşı koyma yükümlülüğünün bulunmamasıdır. Korunmaya ilişkin koşullar ise tehlikeden başka türlü korunma imkânının olmaması ve tehlike ile korunma arasında bir oranın bulunmasıdır.¹⁰¹⁴ Bunların hepsinin ayrıntılı olarak incelenmesi somut olayda zaruret halinin bulunup bulunmadığının tespiti açısından büyük önem taşımaktadır. Ancak çalışmamızın kapsamını aşırı genişleteceği için bunların her birini ayrı ayrı inceleme yerine saymakla yetinmeyi uygun gördük.

Bir özellik incelemekte olduğumuz suç açısından ayrı bir önem taşımakta olup bu özelliği nedeniyle kısaca açıklanmalıdır: daha üstün bir menfaati korumak için daha aşağı değerdeki bir menfaatin feda edilebileceği yönündeki doğal hukuk kaidesi¹⁰¹⁵ gereği korunan değerle feda edilen değer mukayese edildiğinde korunan değer feda edilen değerden üstün değilse veya en azından ikisi birbirine eşit değil iseler zorunluluk halinin varlığından söz edilemez.¹⁰¹⁶ Başka bir deyişle tehlikenin işlenecek suçla alakası olmayan üçüncü bir kişinin zarar görmesini haklı gösterecek ağırlıkta olması gerekmektedir.¹⁰¹⁷ Bunun tespiti ise bir değerler karşılaştırmasının yapılmasını gerektirmektedir.¹⁰¹⁸

Zorunluluk hali, sınırlandırıcı bir hüküm bulunmaması ve düzenleme yeri nedenleriyle inceleme konumuz suç açısından da rahatlıkla geçerlilik taşıyabilecek bir durumdur. Zira kişisel sağlık verilerinin kayda alınması yerine göre zorunluluk hali içerisinde gerçekleştirilebilir ve bu durumda fail kusurlu kabul edilemeyecektir. Bu yönüyle bakıldığında korunması hedeflenen meşru menfaat, kişisel verisi korunacak hastanın menfaatine üstün ve başka bir meşru menfaattir.¹⁰¹⁹ Daha açık bir deyişle zorunluluk halinin geçerli olabilmesi için kişisel verilerinin haksız bir şekilde kayda alınması nedeniyle hastaya verilen zarar, korunması hedeflenen mafaatin ihlali halinde doğuracağı zararlar eşit veya ondan daha az olmalıdır.¹⁰²⁰ Bu yönüyle kaydetme fiilini

¹⁰¹⁴ Herring, *Criminal Law*, 307; Elliott and Quinn, *Criminal Law*, 400; Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 127; Toroslu, *Ceza Hukuku*, 78-81; Koca ve Üzülmmez, *Türk Ceza*, 328; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 411-419; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 414-419; Bakıcı, *5237 Sayılı*, 503-506; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 1.Cilt, 451; Malkoç, *5237 Sayılı*, 161; Kanbur, *Türk Ceza*, 44.

¹⁰¹⁵ Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet*, 154.

¹⁰¹⁶ Koca ve Üzülmmez, *Türk Ceza*, 328.

¹⁰¹⁷ Toroslu, *Ceza Hukuku*, 80.

¹⁰¹⁸ Özgenç, *Genel Hükümler*, 377.

¹⁰¹⁹ Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet*, 147-148.

¹⁰²⁰ Benzer mahiyette Toroslu, *Ceza Hukuku*, 81; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 411.

gerçekleştiren fail, eşit olan değerlerden birini veya daha üstün tutulan değeri korumak amacıyla hareket etmişse failin ihlal ettiği değerın korunmasına yönelik iradesinin etkilenmiş olduğunu kabul etmek gerekmektedir.¹⁰²¹ Böyle bir oranın bulunup bulunmadığı somut olayın özelliklerine ve ortak hayat tecrübelerine göre belirlenecektir.¹⁰²²

Kanunda açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte ayrıca belirtmek gerekir ki failin zaruret halinden faydalanabilmesi için tehlikeye karşı durmak ya da onu bertaraf etmek bakımından hukuki bir yükümlülüğünün bulunmaması gerekmektedir.¹⁰²³ Böyle bir hukuki yükümlülüğü bulunan kişi, yükümlülüğü doğrultusunda hareket etmek zorunda olup bu nedenle daha hafif bir menfaati ihlal ettiğini düşündüğü bir suç işleyemez. Bu nedenle hastalara yardım ve tedavi etmek yükümlülüğü altında bulunan bir hekim, mevcut bir salgın hastalık nedeniyle korunma amacıyla hastaneyi terk etmesi durumunda zorunluluk halinden faydalanamaz.¹⁰²⁴ Çünkü kendisinin konumu gereği tehlikeyle yani salgın hastalıkla mücadele etmek, bu anlamda tehlikeye karşı koymak yükümlülüğü bulunmaktadır.

İnceleme konumuz suç açısından bu duruma örnek teşkil olaylar gerçekleşmektedir. Örneğin, Almanya'da gerçekleşen bir olayda psikoloğuna AIDS hastası olduğunu ancak bu durumu cinsel ilişkiye de girdiği kız arkadaşına söyleyemediğini belirten bir hasta ile ilgili olarak psikolog durumu hastanın kız arkadaşını çağırarak açıklar. Bu durum normalde sır saklama yükümlülüğünün ihlali, daha teknik bir deyimle kişisel verilerin aktarılması suçunu oluşturmaktadır. Ancak Alman Mahkemesi bu durumu yerinde bir kararla zorunluluk hali kapsamında değerlendirmiştir.¹⁰²⁵ Bu örnekten hareketle konuyu inceleme konumuz olan kişisel sağlık verilerinin kaydedilmesi suçu açısından inceleyecek olursak somut olayda bu bildirim karşı tarafın yani hastanın kız arkadaşının inanmadığını varsayalım. Bu kişiyi ikna edebilmek ve ölümcül olan bu hastalığa yakalanmamasına yönelik olarak en azından tedbir almasını sağlayabilmek açısından, hastasının kişisel sağlık verilerinin yasal olarak kayıtlı tutulmak zorunda bulunduğu sistemden başka bir kayıt ortamına

¹⁰²¹ Benzer mahiyette Özgenç, *Genel Hükümler*, 377; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 328.

¹⁰²² Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 328.

¹⁰²³ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 416.

¹⁰²⁴ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 416.

¹⁰²⁵ Örnek için bkz. Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 411.

aktarılması durumunda normal olarak kişisel sağlık verilerinin kaydı suçu oluşmuş olacaktır. Fakat bu durumda hastanın özel hayatının gizliliğinin korunması hakkı yanında ondan çok daha üstün olan bir başka kişinin yaşama hakkının korunması hakkı söz konusu olduğundan zaruret hali söz konusudur. Çünkü yaşama hakkı özel hayatın korunması hakkından kesinlikle üstün ve öncelik tanınması gereken bir haktır.

Konuya başka bir örnek vermek gerekirse içinde bulunulan dönem itibarıyla tüm dünyada yaşanan çok ciddi bir küresel tehdit haline gelen Covit 19 salgını belli yaş grupları ya da kronik sağlık problemleri bulunan kişiler için oldukça tehlikeli olmakta ve ciddi ölüm sayılarını doğurmaktadır. Bu kapsamda, hakkında bu hastalığa yakalandığı yönünde teşhis konulmuş bir kişinin hastanede yatarak tedavi görmeyi reddettiğini ve arkasında bir iz bırakmaksızın kaçtığını varsayalım. Bu kişinin bu hastalığa yakalandığı ve virüsün taşıyıcısı olduğu bilgisi kişisel sağlık verisi olup normal koşullarda korunması gereken gizli bir veri niteliği taşımaktadır. Ancak bu hastalığı bulaştırabileceği kişi sayısının fazlalığı ve bulaştıracığı kişilerin bu hastalık nedeniyle ölebilecek olmaları yine onlarında belirsiz sayıda oldukça fazla kişiye hastalığı bulaştırma olasılığının yüksekliği nedeniyle bu bilginin normalde kayıtlı olduğu sağlık veri tabanından alınarak başka bir sistemine kaydedilmesi, örneğin polis aranan kişiler veri tabanına kaydedilmesi durumunda bu anlamda üstün olan hakların korunması amacına, yani toplum sağlığının ve şuan için belli olmayan kişilerin sağlıklı yaşama ve hayat haklarının korunmasına hizmet ettiği için fail, kusurlu hareket etmiş kabul edilemeyecektir.

Yargıtay suç tipinde yer olan hukuka aykırılığı kastın kapsamında görmekte ve zorunluluk hali bulunan durumları dahi bu kapsamda değerlendirmektedir. Buna ilişkin olarak bir kararında sanıkların *“Şahsın siz akrabalarımızı tanıdığını hatırlatır ve şahsın saldırgan olduğunu bilmenizi isterim. Şahıs tehdit edip, kız kardeşim ve ailemizi tanıyanların başına kötü şeyler yapacağını sözlü ve yazılı dile getirmiştir. Bu belgeler de savcılıkta mevcuttur.”* yazılı bir mesajları akrabalarına atmak şeklindeki eylemlerinde *“katılanın, psikolojik rahatsızlığı sebebiyle akrabalarına karşı saldırgan tutum ve davranışlar sergileyebileceği endişesini taşıyan sanıkların, katılan tarafından yayılan dedikoduların asılsız olduğunu ispatlama amacını taşıyan eylemlerinde, hukuka*

*aykırı hareket ettiği bilinciyle hareket ettikleri kabul edilemeyeceğinden*¹⁰²⁶” denilerek mağdurun kişisel sağlık verilerini yayan sanıklar açısından hukuka aykırılık bilinci ile hareket etmediklerinden bahisle eylemleri hukuka uygun görülerek beraatine karar verilmesi gerektiğine hükmedilmiştir. Esasında burada hakların mukayesesi yapılarak zorunluluk halinin bulunduğu rahatlıkla kabul edilebilirdi. Zira bir kişinin kişisel sağlık verisinin korunması hakkı, kişinin vücut bütünlüğüne yönelebilecek bir saldırıya karşı korunma hakkı karşısında daha az bir önem ve öncelik taşımaktadır. İşte bu mukayesenin yapılması ve neticede korunan hakkın mağdurun ihlal edilen hakkından daha üstün görülmesi suretiyle kusurluluğunun bulunmadığı neticesine ulaşılarak ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi olayın oluşumuna göre daha isabetli bir tercih olacaktı. Ancak yukarıda ilgili bölümde de değinildiği üzere bu tip suçlarda Yargıtay hukuka aykırılık bilincini suç tipine (manevi unsura) dahil görmekte ve kastın bu bilinci de içermesi gerektiğini düşünmektedir. Bu nedenle bu tip durumlarda kastın yokluğu ibaresini kullanmasa dahi tipikliğin oluşmaması nedeniyle beraate karar vermektedir. Kanaatimizce Yargıtay zorunluluk hali ve kastın hukuka aykırılık bilincini kapsamayı konularını bu suçlar kapsamında birbirine karıştırmaktadır.

2.2.1.3.5.2. Bağlayıcı ve Hukuka Aykırı Bir Emrin Yerine Getirilmesi

İdare hukuku temel bir prensip olarak kamu görevlileri arasında hiyerarşi prensibini kabul etmiştir. Bu esas, astın üstüne itaatini gerektirir.¹⁰²⁷ Zira hiyerarşi prensibi ile kamu hizmetinin her bir memurun kendi yorumuna göre değil de aynı anlayış çerçevesinde yürütülmesi amaçlanmaktadır.¹⁰²⁸ Bu da ancak üstün verdiği emirlerin değiştirilmeksizin ve geciktirilmeksizin yerine getirilmesiyle mümkün olacak bir durumdur.¹⁰²⁹ Bu yönüyle hiyerarşinin en önemli özelliği amire hiyerarşi kudreti vererek üstün asta kamu hizmetiyle ilgili eylem ve işlemlerin görülmesinden önce emir ve talimat verme, astı yönlendirme, astın eylem ve işlemlerini inceleme ve denetleme, bu çerçevede bu eylem ve işlemleri değiştirme, düzeltme, geri alma, uygulanmasını erteleme, yürütülmesini durdurma ve nihayet iptal etme, kanunen verilen bir yetkiye

¹⁰²⁶ Y. 12. CD., K. 2014/4422.

¹⁰²⁷ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 400.

¹⁰²⁸ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare*, 212.

¹⁰²⁹ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 400.

dayanarak asta disiplin ceza verme, onu tayin etme, hizmet yerini değiştirme yetkilerini tanımaktadır.¹⁰³⁰

Hiyerarşik yapı içinde amirin memura verdiği emir hukuka uygun olabileceği gibi hukuka aykırı da olabilir. Verilen emir hukuka uygun ise bu emrin yerine getirilmesi de hukuka uygun olmalı, bu emri yerine getirenin bu davranışı da görevin ifası kapsamında hukuka uygun olacaktır. Emir bağlayıcı bir nitelik taşıyor ancak hukuka da aykırı¹⁰³¹ ise bu emrin yerine getirilmesi bakımından bu hukuka uygunluk nedeni geçerli olmaz.¹⁰³² Ancak faile verilmiş bulunan bu emir içinde bulunan hiyerarşik ilişki nedeniyle failin irade oluşumuna tesir ederek doğrudan kusur üzerinde etkilidir.¹⁰³³ Bu durumda amirin emri karşısında emrin muhatabının irade özgürlüğünün bulunmadığı normatif olarak kabul edilmekte ve bundan doğan cezai sorumluluğun emri verene ait olduğu ifade edilmektedir.¹⁰³⁴ Pozitif hukukumuzda da kanunsuz emirle ilgili olarak benzer mahiyette bir kabul tarzı hayata geçirilmiştir.¹⁰³⁵

Emrin yerine getirilmesinin kusurluluğu kaldıran bir hal olarak kabulünün ön şartı, emri veren ile emri alan arasında kamu hukukundan kaynaklanan amir – memur veya üstlük- astlık ilişkisinin bulunmasıdır. Dolayısıyla özel hukuktan kaynaklanan bir bağıllık ilişkisine dayanan emirler bu anlamda kusuru kaldıran hallerden

¹⁰³⁰ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare*, 212.

¹⁰³¹ Özgenç, *Genel Hükümler*, 378.

¹⁰³² Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 319; Özgenç, *Genel Hükümler*, 378; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 400.

¹⁰³³ Malkoç, *5237 Sayılı*, 153; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 319; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 400; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 422; yakın mahiyette bkz. Herring, *Criminal Law*, 308.

¹⁰³⁴ Özgenç, *Genel Hükümler*, 379.

¹⁰³⁵ Bu konudaki en önemli düzenleme Anayasada yer almaktadır. Anayasanın 137 maddesinde “Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz. Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır”denilmekte ve bu konudaki ana sınırlar çizilmektedir. Ayrıca TCK’nın 24 maddesinde “(2) Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz. (3) Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur. (4) Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.” hükmü bulunmaktadır. Buna göre devlet idaresindeki hiyerarşi gereği üstün hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı olan ve dolayısıyla görev gereği yerine getirilmesi zorunlu olan emri yerine getiren ast, bu emrin yerine getirilmesi nedeniyle sorumlu olmayacaktır. Buna karşılık hukuka aykırı böyle bir emri veren üstün sorumluluğu devam edecektir. Bkz. Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 320.

sayılamamaktadır.¹⁰³⁶ Yine bu kapsamda emri alan temelde iki tür yükümlülük altında bulunmaktadır. Bunlardan birincisi emrin hukuka aykırı olup olmadığını, ikincisi emrin suç oluşturup oluşturmadığını araştırma yükümlülüğüdür.¹⁰³⁷ Bu kapsamda verilen emrin biçimsel (şekli) meşruluk şartlarını (emri verenin yetkili olması, emri alanın bunu yerine getirmeye yetkili olması ve mecbur olması, kanunun öngördüğü şekil şartlarını taşıması) olduğu kadar, içeriği yönünden (maddi) meşruluk şartlarına (emrin verilebilmesi için esas itibarıyla kanunu aradığı şartların bulunması) da sahip olması gerekmektedir. Ancak böyle bir emir astını cezai sorumluluktan kurtarır.¹⁰³⁸ Bu nedenle ast kendine verilen emri tüm bu yönleri açısından¹⁰³⁹ denetlemeksizin yerine getirirse kendisi de sorumluluktan kurtulamayacaktır. Buna karşın ast verilen emrin hukuka aykırılığını üste bildirmesine rağmen üst emrinde ısrar eder ve emrini yazılı olarak yenilerse artık ast bakımından ceza kanununun tabiriyle “*yetkili bir merciden verilip yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emir*” durumu söz konusu olacaktır. Yani artık ast böyle bir emri yerine getirmek mecburiyetindedir¹⁰⁴⁰ ancak bu emrin yerine getirilmesi nedeniyle doğan neticede kusurlu kabul edilemeyecektir. Ancak yapılan değerlendirmede emrin konusunun suç teşkil ettiği anlaşılıyor ise bu emir hiçbir şekilde yerine getirilemeyecek ve bu emri yerine getiren memur hiçbir şekilde cezai sorumluluktan kurtulamayacaktır.¹⁰⁴¹ Bu durumda sadece emri yerine getiren memur değil emri veren amir de memurla birlikte cezai anlamda sorumludur.¹⁰⁴²

Özetle, amirin emri halinin uygulanarak failin kusursuz kabul edilebilmesi için bir emrin varlığı, emri verinin böyle bir emri vermeye yetkili olması, diğer bir deyişle emrin meşru olması emrin yerine getirilmesinin görev gereği zorunlu olması, verilen emrin suç oluşturmaması ancak verilen emrin hukuka aykırı olması şartlarının birlikte bulunması zorunluluk taşımaktadır.¹⁰⁴³

¹⁰³⁶ Toroslu, *Ceza Hukuku*, 68.

¹⁰³⁷ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 425; Toroslu, *Ceza Hukuku*, 69.

¹⁰³⁸ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 386; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 423-424; Toroslu, *Ceza Hukuku*, 69.

¹⁰³⁹ Toroslu, *Ceza Hukuku*, 69.

¹⁰⁴⁰ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 320.

¹⁰⁴¹ Herring, *Criminal Law*, 308; Bakıcı, *5237 Sayılı*, 478; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 428; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 321; Özgenç, *Genel Hükümler*, 380.

¹⁰⁴² Malkoç, *5237 Sayılı*, 135; Toroslu, *Ceza Hukuku*, 69.

¹⁰⁴³ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 401-402; Bakıcı, *5237 Sayılı*, 477; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 423; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 1.Cilt, 416-418; Malkoç, *5237 Sayılı*, 153.

Konumuzu ilgilendiren yönüyle bu nitelikteki bir düzenleme Hemşirelik Yönetmeliği'nin 6/1-d bendinde bulunmaktadır. Düzenleme şöyledir: *“Tıbbi tanı ve tedavi işlemlerinin hizmetten faydalananlara zarar vereceğini öngördüğü durumlarda, müdavi hekim ile durumu görüşür, hekim işlemin uygulanmasında ısrar ederse durumu kayıt altına alarak hekimin yazılı talebi üzerine söz konusu işlemi uygular”*. Düzenlemeye göre hemşire yapılması gereken bir tıbbi işlemin hastaya zarar verebileceğini öngörmüş ise bunu tedavi sorumluluğu üzerinde olan hekime bildirecektir. Hekim işlemin uygulanmasında ısrarlı olursa hemşire bunu kayda alacak ve hekimin yazılı talebi üzerine işlemi uygulayacaktır. Bu yönüyle düzenleme hemşireyi üstünün verdiği bir emri yerine getirmekle yükümlü hale getirmektedir. Düzenleme de emrin konusunun suç oluşturup oluşturmayacağı ile ilgili bir ayırım yapılmamıştır. Düzenlemenin lafzı, emrin konusu suç dahi olsa yerine getirme yükümlülüğü yüklüyormuş gibi anlaşılmaya müsaittir. Bu nedenle Anayasa'nın ve TCK'nin yukarıda belirtilen düzenlemelerine açıkça aykırıdır ve en kısa sürede yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Kanunlar hiyerarşisindeki üst düzenlemelere aykırı olan bu hükme dayanarak bir işlem yapan ve örneğin bir hastanın ölümüne neden olan hemşire bu kapsamda sorumluluktan kurtulamayacaktır. Zira bu bir yönetmelik hükmüdür ve Anayasa'nın 137/3 maddesi kapsamında geçerlilik taşıyabilmesi için en azından şekli anlamda kanunla getirilmiş olması gerekmektedir. Yani bu şekilde bir yükümlülük, yönetmelik düzenlemesi ile getirilemez. Bu yönüyle önem arz eden Hemşirelik Kanunu'nda ise bu yönde bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle bu tip bir durumda emrin konusu suç teşkil ediyorsa emri yerine getiren hemşirenin sorumluluğu olacaktır. Örneğin bir ilacın belli bir dozun üzerinde verilmesi, büyük olasılıkla hastanın ölümüne neden olabilecekse ve hekim böyle bir tedavinin uygulanmasını istemiş ve hemşire de bu tedaviyi uygulayarak hastanın ölümüne neden olmuş ise artık hemşire de hekimle birlikte sorumludur. Unutulmamalıdır ki yapılan bir tıbbi müdahalenin hukuk uygun olabilmesinin şartlarından biri müdahalenin özenle, dikkatli, tıp biliminin gereklerine uygun yapılmasıdır. Buna aykırı şekilde yapılan hekimlik faaliyetleri hukuka aykırı olacak ve gerek tazminat ve gerekse ceza sorumluluğuna neden olacaktır.¹⁰⁴⁴

¹⁰⁴⁴

Hakeri, *Tıp Hukuku*, 365.

Bu açıklamalar doğrultusunda inceleme konumuz suça bakılacak olursa kişisel sağlık verilerinin kaydedileceği sistemler mevzuatla açıktır ve bellidir. Ancak hekim bir hastanın verilerinin bu sistemler dışında üçüncü ve farklı bir ortama kaydedilmesini istemişse hekim bu emri yazıyla teyit dahi etse hemşire tarafından yerine getirilmemesi gerekmektedir. Çünkü bu bizzat konusu suç teşkil eden emirdir ve Hemşirelik Yönetmeliği'ndeki düzenleme bu anlamda hemşireyi sorumluluktan kurtarmayacaktır.

Tüm bu nedenlerle inceleme konumuz suç açısından böyle bir emrin kusurluluğu kaldırmadığını düşünmekteyiz. Çünkü kişisel sağlık verilerinin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi zaten inceleme konumuz olan suçu oluşturmaktadır. Bu anlamda (inceleme konumuz olan suç tipi açısından) hukuka aykırı olup da konusu suç teşkil etmeyen bir emrin olamayacağını düşünmekteyiz. Çünkü baştan beri anlattığımız üzere kişisel sağlık verileri hassas nitelikte veriler olup kayıt ve işleme şartları kanun ve yönetmelikle ayrıntılı bir şekilde kayıt altına alınmıştır. Herhangi bir amir tarafından bu nitelikteki verilerin bu mevzuata aykırı şekilde kayda alınması yönünde talimat verilmesi halinde kesinlikle bu emrin yerine getirilmemesi gerektiğini, yerine getirenin ceza sorumluluğunun bulunacağını düşünüyoruz. Yani inceleme konumuz olan kusurluluğu kaldıran halin yine inceleme konumuz suç açısından Hemşirelik Yönetmeliği'ndeki düzenlemeye rağmen uygulama kabiliyetinin bulunmadığını düşünmekteyiz. Bu nedenle tüm sağlık çalışanlarının görevleri kapsamında kendilerine verilen özellikle de kişisel sağlık verilerine ilişkin olarak verilen emirleri önemli bir süzgeçten geçirerek dikkatli ve özenli davranmaları gerekmektedir.

2.2.1.3.5.3. Haksız Tahrik

Tahrik Arapça kökenli bir sözcük olup bir kimseyi, kötü bir iş yapması için harekete geçirme, kışkırtma¹⁰⁴⁵, etki yapma, teşvik etme, kımıldatma anlamlarına gelmektedir. Bu nedenle ceza hukukunda da bir kimseyi kötü, istenmeyen bir iş olan suç işlemeye yönetme, teşvik etme suretiyle bu kişinin iradesi üzerinde harekete geçirici yönde yapılan etki sonucu kişinin suç işlemeye yönelik olarak harekete geçirilmesidir.¹⁰⁴⁶ Başka bir deyişle haksız tahrik¹⁰⁴⁷, normal koşullarda suç

¹⁰⁴⁵ Türk Dil Kurumu; *Güncel Türkçe Sözlük*, <https://sozluk.gov.tr>, (01.07.2020).

¹⁰⁴⁶ Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 1.Cilt, 505.

¹⁰⁴⁷ Haksız tahrik TCK'nın 29. Maddesinde "*Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası*

işlemeyecek bir failin haksız bir fiilin kendisi üzerinde oluşturduğu hiddet veya şiddetli bir üzüntünün etkisiyle suçu işlemesidir.¹⁰⁴⁸ Buna göre haksız tahrik, dışardan failin psikolojik durumunda karışıklık yaratarak¹⁰⁴⁹ failin iradesi üzerinde suç işlemeye yöneltici bir etki oluşturmak suretiyle failin kusurluluğuna tesir etmekte¹⁰⁵⁰, faili normal koşullarda işlemeyeceği bir suçu işlemeye yöneltmektedir.¹⁰⁵¹ Bu nedenle haksız tahrikin etkisi altında suç işleyen kişinin kusur yeteneği azalmış, normal bir kişiye göre davranışlarını hukukun gereklerine göre yönlendirme gücü bu yönüyle olumsuz anlamda etkilenmiştir.¹⁰⁵² Zira fail, haksız bir hareketin kendisinde doğurduğu öfke veya şiddetli üzüntü altında kalmasına bağlı olarak davranışlarını özgür bir irade ile yönlendirememekte, suç işlemekten kendini alıkoyamamakta ve bu nedenle suçu işlemesine sebebiyet verilmektedir.¹⁰⁵³

Hâksız tahrik TCK'deki düzenleme tarzı nedeniyle niteliği itibariyle elverişli bulunan bütün suç tipleri için uygulanma kabiliyeti olan genel bir hükümdür.¹⁰⁵⁴ Bir olayda haksız tahrikin varlığından söz edilebilmesi için; 1- haksız bir fiilin bulunması, 2- bu haksız fiilin bizzat failin üzerinde hiddet ve şiddetli bir elem meydana getirmesi, başka bir deyişle haksız fiil ile ruhsal durum arasında nedensellik bağı bulunması, 3- suçun bu hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında işlenmiş olması, yani fail tarafından işlenen suçun söz konusu ruhsal durumun bir sonucu olması, 4- suçun haksız fiili gerçekleştiren kişiye karşı işlenmiş olması¹⁰⁵⁵ şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Haksız fiil niteliği taşıyan davranışa maruz kalan kişiyle tahrikin etkisiyle suç işleyen failin aynı kişi olması şart değildir. Yine kendi haksız hareketiyle

verilir. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir." şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre haksız tahrik ceza kanunumuzda ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak düzenlenmiştir. Çünkü haksız tahrikin kusur üzerindeki etkisi sınırlıdır. Yani kusuru tamamıyla kaldırmamakta, sadece azaltmaktadır. Bkz. Aynı yönde Bakıcı, 5237 Sayılı, 556; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 431; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 335.

¹⁰⁴⁸ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 345; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 431; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 334; Özgenç, *Genel Hükümler*, 393.

¹⁰⁴⁹ Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 1.Cilt, 505.

¹⁰⁵⁰ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 437.

¹⁰⁵¹ Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 1.Cilt, 505.

¹⁰⁵² Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 334; Özgenç, *Genel Hükümler*, 393.

¹⁰⁵³ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 431.

¹⁰⁵⁴ Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 335; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 433.

¹⁰⁵⁵ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 350; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 438-442; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 436-443; Özgenç, *Genel Hükümler*, 394-395; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 336-339; Bakıcı, 5237 Sayılı, 557-558; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 1.Cilt, 506; Malkoç, 5237 Sayılı, 177-178.

tahrik oluşturan fiilin gerçekleştirilmesine failin bizzat kendisinin haksız bir hareketinin sebebiyet verdirdiği durumlarda haksız tahrikin varlığından söz edilemeyecektir .¹⁰⁵⁶

İnceleme konumuz suç açısından haksız tahrik durumları sıklıkla söz konusu olabilir. Örneğin gayri meşru bir ilişki esnasında yaşadıkları önemli bir sağlık sorunu nedeniyle sağlık kurumuna gelen kişilerden erkek olanının yapılan müdahale esnasında ya da devam eden süreçte sürekli sağlık çalışanlarını aşağılaması veya kendisine müdahalede bulunan hekimin müdahale yöntemini eleştirerek hekime saldırması, diğer çalışanlar yanında hekimi aşağılaması halinde, buna öfkelenen ve başkaca hiçbir tepkide bulunmayan hekimin bu kişinin sağlık verilerini, bu utanç verici durumu, ileride kullanmak veya bu kişiyi kamu önünde rencide etmek üzere kayda alması durumunda haksız tahrik uygulanma imkanı bulacaktır. Burada tekraren belirtelim ki haksız tahrik sadece kusurluluğu azaltan bir durum olarak düzenlemiş olup eylem yine suç olma vasfını taşımaktadır. Bu nedenle tahrik altında hareket eden fail cezalandırılacak ancak haksız tahrik nedeniyle cezasında indirim yapılacaktır.

Yargıtay da bu suçlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanabileceğini düşünmektedir. İnceleme konusu suça ilişkin olarak temyiz incelemelerini yapan 12. CD. kişisel verilerin verilmesi suçuna ilişkin olarak yaptığı bir incelemede, “*Resmi nikahlı eşinin gayrimeşru ilişki yaşaması şeklindeki mağdurun aile birliğine yönelen haksız saldırısından dolayı haksız tahrik altında, facebook adlı sosyal paylaşım sitesinde mağdur adına oluşturduğu sahte hesap üzerinden, mağdurla aralarında mevcut akrabalık bağı sebebiyle daha önce kendi facebook hesabında yer alan mağdurun resimlerini yayımladığı olayda*¹⁰⁵⁷” haksız tahrikin uygulanmasını bozma nedeni yapmamış, hukuka uygun görmüş ancak yerel mahkeme kararını suç vasfının tayininde hata yapılması nedeniyle bozmuştur. Yani sonuç olarak Yargıtay bu nitelikteki suçlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulamasının mümkün olduğunu kabul etmekte ve yaptığı incelemelerde bu hususu göz önüne almaktadır.

¹⁰⁵⁶ Özgenç, *Genel Hükümler*, 395-397.

¹⁰⁵⁷ Y. 12. CD., 11.04.2018, E. 2017/7439, K. 2018/4285, [#fm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2017-7439.Htm&kw='haksız+tahrik'&kişisel+veri), E.T. 14.04.2020.

2.2.1.4. Soruşturma ve Kovuşturma Şartları

Bazen bazı suçlarda soruşturma ve kovuşturmanın yapılabilmesi ceza muhakemesiyle ilgili bazı ön şartların gerçekleşmiş olmasına bağlı tutulabilir.¹⁰⁵⁸ Buna göre bu nitelikteki şartların gerçekleşmemesi durumunda fail hakkında ceza yargılaması veya soruşturması yapılamayacaktır. Bu anlamda suç işlediği iddiası ile bir kimse hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılabilmesi için aranan bahse konu şartlara niteliğine göre soruşturma veya kovuşturma şartları adı verilir.¹⁰⁵⁹ İnceleme konumuz suçlar açısından da bu şartlar bazen geçerlilik kazanabilir. Bu nedenle geçerlilik kazandıkları durumlarda aranan şartlar yerine getirilmeden suçun faili hakkında soruşturma ve kovuşturma işlemleri yürütülemezler. Aşağıda inceleme konusu suç tipine ilişkin soruşturma ve kovuşturma şartları ayrı başlıklar altında incelenecektir.

2.2.1.4.1. Şikâyet

Bazı suçlar kanun koyucu tarafından yeterli derecede önemli görülmediğinden bu suçların takip edilmeleri suçtan zarar görenin suçun kovuşturulması hususundaki istemine bağlı kılınmıştır. İşte bu tür fiillerden zarar gören kimselerin süresi içinde (TCK 73 maddesi gereğince 6 ay) yetkili makamlardan bu fiil hakkında kovuşturma yapılmasını talep etmeleri, başka ifadeyle kavuşturmaya müsaade etmeleri şikâyetidir.¹⁰⁶⁰ Yani şikâyet suçtan zarar gören kimsenin kovuşturulması şikâyete bağlı suçlarda ilgili makamlara suçun kovuşturulması iradesini bildirmesini ifade etmektedir.¹⁰⁶¹ Şikâyetin konusunu, suç olarak adlandırılan belli bir fiili belirten olay oluşturmaktadır.¹⁰⁶²

Hukuk sistemimizde kural olarak suçlar re'sen kovuşturulur. Bu nedenle suçların şikâyete bağlı olmaları istisna oluşturmaktadır ve bu istisnanın ilgili suç tipinde açıkça gösterilmesi gerekir.¹⁰⁶³ Zira kural suçların re'sen kovuşturulması olunca kurala ayırık durumu belirten şikâyete bağlı suçların kanunda ayrıca ve açıkça gösterilmesi gerekir.¹⁰⁶⁴

¹⁰⁵⁸ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 362.

¹⁰⁵⁹ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 119.

¹⁰⁶⁰ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 119-120.

¹⁰⁶¹ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 119.

¹⁰⁶² Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 354.

¹⁰⁶³ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 120.

¹⁰⁶⁴ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 354.

TCK'nin dokuzuncu bölümünde düzenlenen özel hayata ve hayatın gizli alanına ilişkin diğer suç tiplerinden farklı olarak TCK'nin 139. maddesine göre kişisel verilere karşı işlenen suçların soruşturulması ve kovuşturulmasını mağdurun şikayetine bağlı tutulmamıştır.¹⁰⁶⁵ Dolayısıyla, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi suçu, verilerin verilmesi, yayılması, ele geçirilmesi veya yok edilmemesi suçları ile birlikte takibi şikâyeteye bağlı değildir ve bu nedenle işlendiklerinin herhangi bir şekilde öğrenilmesiyle kamusal makamlarca, re'sen soruşturulmaları gerekmektedir.¹⁰⁶⁶ Bu anlamda 135. maddenin ilk ve ikinci fıkrası arasında bir ayırım da yapılmadığından kaydedilen verilerin niteliğine, nitelikli hallerinin bulunup bulunmamasına bakılmaksızın suç, re'sen soruşturulan ve kovuşturulan bir suçtur.¹⁰⁶⁷ Bu nedenle yasa koyucunun inceleme konusu suç da dahil olmak üzere bu bölüm altında yer alan suçlar bakımından, yani kişisel veriler bakımından bireyin değil kamunun menfaatinin daha ağır bastığını kabul ettiği söylenmektedir.¹⁰⁶⁸

2.2.1.4.2. İzin

Ceza kanunlarında bir suçtan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi veya sadece kovuşturma yapılabilmesi mağdur veya suçtan zarar gören dışında bazı makamlar tarafından gerçekleştirilmesi gereken birtakım koşullara bağlı tutulabilmektedir.¹⁰⁶⁹ Bazı suçlardan kovuşturma yapılabilmesi için kanun, belli yetkililerin savcıya yönelik dava açılmasına olanak veren bir irade beyanında bulunmasını isteyebilmektedir. Yerine göre izin veya talep adını alan bu irade beyanı olmadıkça savcı davayı açamaz ve her nasılsa açılmış olup ta duruşmada suçun takibinin izin veya talebe bağlı olduğu anlaşılırsa izin veya talebin gerçekleşmesine kadar muhakemenin durdurulması kararı verilir.¹⁰⁷⁰

Genel olarak bakıldığında kovuşturması izne bağlı suçlar TCK'nin 299/3, 301, 305/3, 306/5'te sayılan suçlar olup çalışma konumuzu ilgilendirmemektedirler. Ancak konumuzu memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yargılanması hakkındaki 4483 sayılı Kanun kapsamındaki memur ve kamu görevlilerinin görevleri nedeniyle işlemiş

¹⁰⁶⁵ Özbeke, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 565; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 152; Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 147.

¹⁰⁶⁶ Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 147.

¹⁰⁶⁷ Aynı yönde Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 152.

¹⁰⁶⁸ Bkz. Özbeke, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 565.

¹⁰⁶⁹ Koca ve Üzülmmez, *Türk Ceza*, 355.

¹⁰⁷⁰ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 125.

oldukları suçlar¹⁰⁷¹ ilgilendirmektedir. Buna göre suçu işleyen kamu görevlisinin soruşturulabilmesi için bağlı bulunduğu üst amiri tarafından soruşturma izni verilmesi gerekmektedir. Yine kişisel verilerini hukuka aykırı olarak kaydeden kişi kamu görevlisi ise ve bunu görevinin sağladığı kolaylıktan istifade suretiyle yapıyorsa suçun nitelikli halinin oluşacaktır.

Ülkemiz açısından konuya bakıldığında sağlık çalışanlarının çoğunluğunun kamu görevlisi olduğu ortaya çıkmaktadır.¹⁰⁷² Bu nedenle kural olarak kamu görevlisi olan hekimler ve diğer sağlık çalışanlarının görevleri nedeniyle herhangi bir suçun tipik hareketlerini gerçekleştirmeleri durumunda 4483 sayılı Kanun’a göre haklarında yetkili merciin soruşturma izni vermesi gerekmektedir.¹⁰⁷³ Bu nedenle bunlar hakkında görevleriyle ilgili birçok suç bakımından savcılar doğrudan soruşturma yapıp dava açamazlar.¹⁰⁷⁴ Ancak kamu görevlisi olmasına rağmen adliyeyle ilgili olarak kendisinden istenen bir işte bu anlamda suç işleyen ya da ihmali davranış gösteren sağlık çalışanlarının soruşturulması bu usule tabi değildir ve savcılık tarafından doğrudan soruşturma yapılır.¹⁰⁷⁵ Yine özel sağlık kuruluşlarında çalışan hekimler ve sağlık personelleri hakkında Cumhuriyet savcılığı doğrudan soruşturma yapabilmektedir.¹⁰⁷⁶

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun’un 1. maddesinde Kanun’un amacı “*Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için izin vermeye yetkili mercileri belirtmek ve izlenecek usulü düzenlemektir.*” şeklinde belirtilmiş ve 2. maddesinde “*Bu Kanun, Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında uygulanır.*” denilerek kanunun kapsamına aldığı suçlar belirtilmiştir. Buna göre kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar kanun kapsamında soruşturma iznine tabi tutulan suçlardır. Bu nedenle bu yasanın bir olayda geçerli olabilmesi için yani bu kanun kapsamında failin memur sayılabilmesi için devletin veya diğer kamu tüzel

¹⁰⁷¹ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 126.

¹⁰⁷² Hakeri, *Tıp Hukuku*, 766.

¹⁰⁷³ Akyıldız, *Uygulamada Hekimin*, 333.

¹⁰⁷⁴ Akyıldız, *Uygulamada Hekimin*, 333; Hakeri, *Tıp Hukuku*, 766.

¹⁰⁷⁵ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 766.

¹⁰⁷⁶ Akyıldız, *Uygulamada Hekimin*, 334.

kişilerinin personeli olması, devletin genel idare esaslarına göre yürüttüğü kamu görevinde çalışması, ifa ettiği görevin devletin asli ve sürekli görevleri arasında yer alması şartlarının bulunması gerekmektedir.¹⁰⁷⁷ Bu yönüyle kamu görevlisi olan sağlık çalışanlarının görevleri sebebiyle işledikleri suçlar, ağır cezalı suçüstü halleri kapsamında kalmaları haricinde Kanun'un koruması dahilindedir ve haklarında soruşturma yapılabilmesi için soruşturma izni alınması gerekmektedir. Buna göre kamu kurumlarında çalışan hekimler ve diğer sağlık personelleri bu Kanun'a tabidir. Yani devlet hastaneleri, aile sağlığı merkezleri, dispanserler, belediyeler ve kamu üniversitelerinde çalışan¹⁰⁷⁸ ve yaptıkları hizmet kamu görevi niteliğinde olan tüm personel ceza hukuku uygulamasında kamu personeli sayılmaktadır.¹⁰⁷⁹ Bu kapsamda köyler, yerel yönetim birlikleri Türkiye Ortadoğu Amme İdaresi, Türkiye Atom Enerjisi Kurumu, Devlet Su İşleri gibi katma bütçeli kurumlarda çalışan sağlık personelleri 4483 sayılı Kanun'a tabidirler.¹⁰⁸⁰

Görevin niteliği açısından ise pratisyen hekimler, uzman hekimler, idari görevi olan personel, idari işlerle görevlendirilen memurlar, bunların amirleri, devletin temel sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde önemli görev yürüten laborantlar, hemşireler gibi yardımcı sağlık görevlileri bu anlamda kamu görevlileridir.¹⁰⁸¹ Yine aile hekimleri 5258 sayılı Kanun'un 6. maddesi uyarınca devlet memuru sayılırlar.¹⁰⁸² Bu yönüyle kişisel sağlık verilerinin kaydı kamu görevlisi olan sağlık çalışanlarının görevi olduğu için görev sebebiyle olmak üzere hukuka aykırı şekilde yapılan kişisel verilerin kaydına ilişkin soruşturmalar yasa kapsamında izne tabidir. Bu nedenle izin alınmaksızın soruşturma konusu yapılamazlar. Soruşturma iznini kimlerin vereceği ise Kanun'un 3. maddesinde ayrıntılı bir şekilde gösterilmiştir.

Sayılan kurumlarda çalışan “*kamu hizmetlileri*” 765 sayılı TCK anlamında memur kabul edilmemektedir. Ancak 5237 sayılı TCK'nin 6. maddesi anlamında bakıldığında odacı, kaloriferci, aşçı, gece bekçisi, şoför, marangoz gibi görevliler de

¹⁰⁷⁷ Şatır, *Hekimlerin Hukuku*, 288.

¹⁰⁷⁸ Şatır, *Hekimlerin Hukuku*, 289. Devlet üniversitelerinde görev yapan sağlık personeli bakımından 2547 sayılı Kanun'un 53. maddesinde yer alan düzenlemeler geçerlidir.

¹⁰⁷⁹ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 432.

¹⁰⁸⁰ Şatır, *Hekimlerin Hukuku*, 289.

¹⁰⁸¹ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 433.

¹⁰⁸² Şatır, *Hekimlerin Hukuku*, 289.

artık kamu görevlisi olarak kabul edilmektedir.¹⁰⁸³ Bu nedenle bunlar hakkında da işledikleri iddia olunan kişisel verilerin görev sebebiyle kaydına ilişkin olarak soruşturma izni alınması gerekmektedir.

4483 sayılı Kanun'un ikinci maddesinde ayrıca “*Görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin kanun hükümleri ile suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır*”. düzenlemesi bulunmaktadır. Yani bu anlamda haklarında uygulanma kabiliyeti bulunan özel kanunlar bulunan görevlilere ilişkin bu düzenlemeler saklı tutularak uygulanmaya devam olunmaktadır. Bu nitelikteki kamu görevlilerinin çalışmamız açısından bulunup bulunmadığı yönüyle bakıldığında üniversitelerde çalışan sağlık personelleri karşımıza çıkmaktadır. Çünkü onlarla ilgili olarak 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu bulunmakta ve kapsamına aldığı suçlarla ilgili olarak tamamen özel bir soruşturma ve izin usulünü zorunlu kılmaktadır. Hatta üniversite personeli sağlık çalışanları ile ilgili yürütülecek soruşturmada görevleri sebebiyle işledikleri suçlar yönünden Kanun'un 53. maddesi ile Cumhuriyet savcılığı tamamen devre dışı bırakılmış, davanın son soruşturma açılması kararıyla doğrudan mahkemesine gönderilmesi yöntemi benimsenmiştir.¹⁰⁸⁴ Yine bu kapsamda üniversite çalışanı olan kişiler hakkında bu Kanun'un 53. maddesi gereğince son soruşturmanın açılmasına dair karar alınması gerekmektedir. Bu kararı verecek merciler ise aynı maddede görevlilerin statüsüne göre farklı farklı olacak şekilde sayılmıştır. Yani 2547 sayılı Kanun gereğince devlet üniversitelerinin personelleri kamu görevlisi sayılmakta ancak soruşturma usulü yönüyle haklarında 4483 sayılı Kanun değil 2547 sayılı Kanun'da düzenlenen usul uygulanmak zorundadır. Buna göre devlet üniversitelerinde çalışanlar hakkında özel soruşturma usulleri uygulanırken vakıf üniversitelerinde ve diğer özel üniversitelerin sağlık çalışanları hakkında genel soruşturma usulleri uygulanmaktadır.¹⁰⁸⁵ Yine özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan hekim ve sağlık personelleri de genel hükümlere tabi olup¹⁰⁸⁶ haklarında ayrıca soruşturma izni alınmasına gerek yoktur.

Sağlık meslek mensupları hakkında çalışılan kuruma göre ayrı bir statüde soruşturma usullerinin öngörülmesinin gereksiz bürokrasi ve zaman kaybına neden

¹⁰⁸³ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 433.

¹⁰⁸⁴ Şatır, *Hekimlerin Hukuku*, 298.

¹⁰⁸⁵ Şatır, *Hekimlerin Hukuku*, 293.

¹⁰⁸⁶ Şatır, *Hekimlerin Hukuku*, 293.

olduğu, bu anlamda bu şekli prosedürlerin bir anlam taşımadığı, bu nedenle kamuda çalışan – özel sektörde çalışan ayrımının kaldırılması gerektiği ve kamu da çalışan sağlık çalışanlarına getirilmiş bulunan izin prosedürünün kaldırılması gerektiği görüşü¹⁰⁸⁷ ortaya konulmuştur. Biz görüşe kırtasiyecilik boyutuyla değil de yapılan işin niteliğinin bu korumanın belirlenmesinde esas alınması gerektiği gerekçesiyle kısmen katılmaktayız. Bize göre kamuda çalışan hekim de özel sektörde çalışan hekimde aynı işi yapmakta, aynı amaçlara yönelik olarak faaliyet göstermekte ve hemen hemen aynı risklere maruz kalmaktadır. Bu anlamda kamuda çalışanların bir ön koruma kalkanı denilebilecek bir sistem ile korunması fakat özel sektörde çalışanların bu usulü güvencelerden mahrum bırakılması temel mantığa aykırı olmuştur. Bu izin sisteminin gerekliliği olarak kamu çalışanlarının çok basit nedenlerle sürekli olarak adliyelerde yargılanmak ve vakit harcamak zorunda bırakılmamaları genel olarak gösterilir. Bu kapsamda özel sektörde çalışan sağlık personellerinin bu olumsuzluklara maruz bırakılmalarının mantıklı bir izahı olamaz. Çünkü özellikle de inceleme konumuz suçlar açısından konunun sır saklama yükümlülüğü ile olan bağlantısı bağlamında düşünüldüğünde, hekim ya da diğer sağlık çalışanının ister kamu kurumları personeli, isterse özel sağlık kurumları personeli olsun çalıştığı sektöre göre sır saklama yükümlülüğü değişiklik göstermez. Bunlar mesleklerini nerede icra ederse etsinler aynı şekilde sır saklama yükümlülüğü altındadırlar.¹⁰⁸⁸ Yani sır saklama yükümlülüğü getiren mevzuat, yükümlülüğün şeklini ve esasını görev yapılan kuruluşun kamu ya da özel oluşuna göre değil tamamen yapılan mesleğe, yani icra edilen işe göre belirlemektedir. Bu yönüyle yükümlülük hepsi için aynı şekilde düzenlemiş olmasına rağmen, aynı yükümlülüğün ihlali niteliği taşıyan ve suç oluşturan bu eylemleri nedeniyle soruşturma ve kovuşturma usullerinin farklı şekillerde düzenlenmiş olması, aynı yükümlülüğe tabi olanların aynı sorumluluğa da tabi olması gerektiği temel hukuk prensibine aykırılık taşımaktadır. Bu kabul aynı kapsamda hayatın olağan gerekliliklerine dahi aykırıdır. Bu nedenle çalışılan kuruma göre değil de yapılan işin ehemmiyetine göre bir ön koruma sistemi kurulmalı ve usulü güvenceler getirilmeliydi. Yine bu sistemden çıkan kararların idari yargı denetiminden değil de suç ve cezaların belirlenmesi gerekliliklerinde ve suçların toplumda ve mağdurlar üzerinde doğurduğu zararlar konusunda uzman olan adli yargı birimlerinin denetimine bırakılması daha uygun bir tercih olurdu. Mevcut

¹⁰⁸⁷ Akyıldız, *Uygulamada Hekimin*, 334-335.

¹⁰⁸⁸ Cahid Doğan, *Sağlık Haklarından*, 120.

durumda bu denetimi idari yargı yapmakta, bu nedenle bazen bariz şekilde oluşmuş suçların toplumda ve mağdurda doğurduğu zararlar göz önüne alınmaksızın izin verilmemesi yönteminin tercih edildiği görülebilmektedir.

2.2.1.5. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

Suçun özel görüş şekillerinden kastedilen, suçu meydana getiren eylemin işleniş şekline, sonuç meydana getirip getirmemesine ve birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi durumunda kanunda düzenlenen yalın haliyle cezalandırmaya esas alınıp alınamayacağı hakkındaki düzenlemelerdir. Suçun özel görüşün biçimleri, teşebbüs, içtima ve iştirak olmak üzere üç başlık altında ele alınmaktadır.

2.2.1.5.1. Teşebbüs

Suçun somut oluşumu çeşitli aşamalardan geçilerek gerçekleşir.¹⁰⁸⁹ Bu yönüyle suç bir süreçten geçerek işlenmekte olup, failin suç işleme yönündeki düşüncesinin ortaya çıkıp icraya dönüşmesine ve var ise neticenin gerçekleşmesine kadar geçirdiği aşamaların bütününe suç yolu denilmektedir.¹⁰⁹⁰ Teşebbüs ise teşebbüs suçun icraya başlanmasıyla tamamlanması arasında söz konusu olan ve hazırlık hareketlerinden sonra gelerek daha fazlasını kapsamına alan ancak suçun tamamlanmasına kadar ulaşamayan, başlamış ama bitirilememiş bir evreyi içine alan hukuki bir durumdur.¹⁰⁹¹ Bu nedenle icra hareketlerine başlanılan, icrasına doğru önemli bir adım atılan¹⁰⁹², ancak failin elinde olmayan sebeplerle tamamlanamayan suçlar teşebbüs halinde kalmış¹⁰⁹³ kabul edilir. Sonuca ulaşamayan yani tipik neticeyi gerçekleştiremeyen fail, hareketi ile suçun konusu üzerinde bir tehlike doğurduğu veya zarara neden olduğu için ya da suçu tamamlayan failin hareketi ile ahlaki yönden neredeyse aynı derecede kusurlu, aynı derecede tehlikeli olduğu için cezalandırılır.¹⁰⁹⁴

¹⁰⁸⁹ Bakıcı, 5237 Sayılı, 618; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 481; Toroslu, *Ceza Hukuku*, 138.

¹⁰⁹⁰ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 482; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 387; Toroslu, *Ceza Hukuku*, 138; Özgenç, *Gazi Şerhi*, 458; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İhtilafli*, 1. Cilt, 955; Bük, *Elektronik Ortamda*, 212.

¹⁰⁹¹ Bük, *Elektronik Ortamda*, 213; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 482; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 387; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 486; Cross, *Criminal Law*, 81; Elliott and Quinn, *Criminal Law*, 278.

¹⁰⁹² Gardner and Anderson, *Criminal Law*, 89.

¹⁰⁹³ Herring, *Criminal Law*, 337; Cross, *Criminal Law*, 81; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 485; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 482; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 387; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 482; Bük, *Elektronik Ortamda*, 213; Karadağ, *Tıp Hukukunda*, 77.

¹⁰⁹⁴ Elliott and Quinn, *Criminal Law*, 277; Bakıcı, 5237 Sayılı, 658.

Teşebbüs TCK'nin 35. maddesinde “*Kişinin işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması*” olarak tanımlanmıştır. Böylelikle teşebbüs bütün suçlar bakımından geçerli olmak üzere genel hükümler kısmında düzenlenmiş bulunan bir müessese niteliği taşımaktadır.¹⁰⁹⁵ Kanun koyucu bahse konu düzenleme tarzı nedeniyle suçun icrasına başlanılmadan önce gerçekleştirilen hazırlık hareketlerinin cezalandırılmayacağını da ifade etmiş olmaktadır.¹⁰⁹⁶

Bir olayda teşebbüsün varlığından söz edilebilmesi için bazı şartların bir arada bulunması gereklidir. Bunlar şunlardır: a- kasten işlenen bir suçun bulunması, b- bu suçu işlemeye yönelik kastın varlığı, c- icra hareketi niteliğindeki fiillerin gerçekleştirilmesi, d- bu hareketlerin suçun icrasına elverişli hareketler olması, e- failin elinde olmayan sebeplerle icra hareketlerinin tamamlanamaması veya tamamlanmasına rağmen yine failin elinde olmayan nedenlerle neticenin gerçekleşmemesidir.¹⁰⁹⁷

İnceleme konumuz suç açısından önem taşıması nedeniyle bir hususa kısaca değinmek gerekir. Tipik icrai ya da ihmali hareketin yapılmasıyla suçun tamamladığının yasa koyucu tarafından kabul edildiği suçların neticesi harekete bitişik suçlar, sırf hareket suçları, şekli ya da neticesiz suçlar olarak ifade edildiğine¹⁰⁹⁸ üst bölümlerde değinmiştik. Neticesi harekete bitişik olarak kabul edilen bu tip suçların bazı yazarlarca teşebbüse müsait olmadığı, ancak istisnaen neticesi harekete bitişik suçlarda teşebbüsün düşünülebileceği, icra hareketlerinin bölünebildiği oranda bu suçlar teşebbüse müsait hale gelebileceği¹⁰⁹⁹ düşünülmüştür. Bu tip suçlarda da aslında netice vardır. Ancak bu netice hareketten ayrı değil ona bağlıdır.¹¹⁰⁰ Dolayısıyla bu suçlarda teşebbüsün var olabilmesi için gerçekleşmemesi gereken kısım netice olmayıp eksik olanın hareketin bir kısmı ve genellikle son kısmı olduğu¹¹⁰¹ söylenmiştir. Bu yaklaşıma kısmen katılıyoruz. Zira hareketin eksik kalmasıyla neticede gerçekleşmemektedir. O halde bu

¹⁰⁹⁵ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 483.

¹⁰⁹⁶ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 1. Cilt, 953.

¹⁰⁹⁷ Herring, *Criminal Law*, 345; Bük, *Elektronik Ortamda*, 213; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 1. Cilt, 629-635; Bakıcı, *5237 Sayılı*, 659-669; Özgenç, *Genel Hükümler*, 418-433; Koca ve Üzülmaz, *Türk Ceza*, 391; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 489-502; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 1. Cilt, 956-960; Özgenç, *Gazi Şerhi*, 459-469.

¹⁰⁹⁸ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 484.

¹⁰⁹⁹ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 510; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 484; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 83; Akdağ, *Türk Ceza*, 114.

¹¹⁰⁰ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 484.

¹¹⁰¹ Toroslu, *Ceza Hukuku*, 142.

tip suçlarda da netice gerçekleşmemektir. Neticeli suçlardan tek farkı diğer suçlarda tüm hareketlerin gerçekleştirilmesine rağmen bazen netice gerçekleşmemekte, ancak bu suçlarda böyle bir durum söz konusu olmamaktadır. Tipik hareketlerin tamamının gerçekleştirilmesi ile neticede normatif olarak gerçekleşmiş kabul edilmektedir. Bu nedenle bu suçlarda teşebbüsün var olabilmesi için tipik icra hareketlerinin en azından bir kısmının gerçekleştirilmemiş olması zorunlu bulunmaktadır.

İnceleme konumuz suç açısından bakıldığında ise suçun teşebbüse elverişli olup olmadığı konusunda görüş birliği bulunmadığı¹¹⁰² görülmektedir. Baskın görüş, kural olarak bu suça teşebbüsün mümkün olmadığı yönündedir.¹¹⁰³ Bu görüşe göre bu suç neticesi harekete bitişik (sırf hareket suçu) bir suç olmakla kural olarak teşebbüse elverişli değildir.¹¹⁰⁴ Zira icranın bitmesi ile suçun tamamlanması aynı anda gerçekleştiğinden (ya da maddede tarif edilen tipik netice ile hareketin bitişik olması nedeniyle) kural olarak teşebbüs mümkün değildir.¹¹⁰⁵ Bu tip suçlar icra hareketlerinin bölünebildiği, parçalara ayrılabilirdiği durumlarda teşebbüsün mümkün olabileceği bu kapsamda hareketin tamamlanma anından öncesine kadar teşebbüse müsait olabileceği¹¹⁰⁶ savunulmuştur. Yani bu suçlarda suçun işleniş biçimine göre icra hareketlerinin bölünebildiği, hareketin tamamlanmasının kısa da olsa bir zamanı gerektirdiği hallerde teşebbüs olanaklıdır.¹¹⁰⁷ Bu kapsamda inceleme konumuz olan suç bakımından teşebbüs, ancak icra hareketlerinin bölünebilir olması durumunda ve bölünebildiği oranda mümkün olacaktır.¹¹⁰⁸ Bu kapsamda suç, kaydetme eylemi ile tamamlanmış olacağından kaydetmeye yönelik hareketin bölünüp bölünmediğine bakılarak değerlendirme yapılmalıdır. Buna göre failin mağdurun kişisel verilerini depolamaya başladığı ancak kaydetme işlemini tamamlayamadığı anda yakalanması durumunda eylem teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.¹¹⁰⁹ Ancak burada bu suçun ilişkin olarak özellik arz eden bir durum bulunmaktadır. Şöyle ki kaydetme duruma göre

¹¹⁰² Bük, *Elektronik Ortamda*, 214.

¹¹⁰³ İstek, *Hasta Mahremiyeti*, 199; Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 135; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 83.

¹¹⁰⁴ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 566; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 645; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 22; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 148; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 147.

¹¹⁰⁵ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 1. Cilt, 967.

¹¹⁰⁶ Gerçeker, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2745; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 1. Cilt, 959; Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 135; Akdağ, *Türk Ceza*, 114.

¹¹⁰⁷ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 1. Cilt, 967; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 22.

¹¹⁰⁸ Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2090; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 147; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4122; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 148.

¹¹⁰⁹ Benzer mahiyette Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4122.

ele geçirmeyi zorunlu kılabilir. Böyle durumlarda hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan kişisel veriler henüz kaydedilmemişse suç artık teşebbüs aşamasında kalmış sayılmayacaktır. Zira kişisel verileri hukuka aykırı olarak ele geçirme m. 136'da müstakil bir suç olarak düzenlenmiş olduğundan, böyle durumlarda bu suç tipi tamamlanmış olmaktadır.¹¹¹⁰ Yani kişisel verilerin ele geçirilmiş ancak henüz kaydedilmemiş olması durumunda da teşebbüsten söz etmek mümkün değildir. Zira verileri hukuka aykırı olarak ele geçirmede ayrıca suç olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.¹¹¹¹ O halde failin verileri ele geçirdiği ancak henüz kaydetmemiş olduğu aşamada, kaydetmeye teşebbüsten değil kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi suçunun tamamlanmış şeklinden cezalandırılması gerekmektedir.¹¹¹²

Kişisel verinin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi için ele geçirilmesi zorunluluğu bulunmayan durumlar için bu kural geçerli olmayıp fail kişisel veriyi kaydetme amacıyla ele geçirme niteliğinde olmasa dahi kişisel veriye ulaşmış ise bu ulaşma hareketindeki amacı net bir şekilde kaydetmeye yönelik olduğu anlaşılabiliyor ise ve henüz kaydetmeye başlamamış olsa dahi eylemi teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun sırf hareketli bir suç olduğu baskın bir şekilde kabul edilse de biz bu suçun neticeli bir suç olduğunu düşünüyoruz. Buna göre kişisel verilerin kaydedilmesi suçu, kural olarak teşebbüse müsait bir suç tipidir.¹¹¹³ Bu bağlamda verilerin kaydına ilişkin icra hareketlerinin yarım kalması veya icra hareketleri tamamlanmasına rağmen elde olmayan sebeplerle, örneğin dijital ortamda yaşanan teknik bir sorun nedeniyle, kayıt neticesinin gerçekleşmemesi halinde eylem teşebbüs aşamasında kalacaktır.¹¹¹⁴ Yani temelde teşebbüsün iki farklı görünüşü de bu kanaatimizce bu suç açısından mümkündür.¹¹¹⁵

Suçun icra hareketi kayıt etmektir. Buna göre kayıt işinin bitirilmesiyle – tamamlanmasıyla birlikte suç tamamlanmış olur. Bundan önceki evre, teşebbüs

¹¹¹⁰ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 558.

¹¹¹¹ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 566.

¹¹¹² Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 135. Bu halde failin ayrıca TCK m. 135 hükmünden sorumlu tutulup tutulamayacağı aşağıda içtima başlığı altında ayrıca tartışılacaktır.

¹¹¹³ Aynı yönde Dülger, *Kişisel Verilerin*, 156-157; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 84.

¹¹¹⁴ Sedat Erdem Aydın, *AIHM İçtihatları*, 151.

¹¹¹⁵ Sadece icra hareketlerinin kesilmesi – tamamlanamaması yönüyle bkz. Dülger, *Kişisel Verilerin*, 156-157.

hükümlerinin uygulanabileceği evredir.¹¹¹⁶ Failin iradesi dışındaki sebeplerle kişisel verilerin kaydedilmesine yönelik hareketi kesintiye uğrarsa hareketin kesintinin gerçekleştiği aşamaya kadar gerçekleştirilen şekli başka bir suçu oluşturmuyorsa kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi suçu teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.¹¹¹⁷ Örneğin failin mağdur veya mağdurların verilerini depolamaya başladığı anda yakalanması durumunda suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.¹¹¹⁸ Ancak kayıt için gerekli malzemeleri tedarik etmek vb. salt hazırlık yapmak niteliinde olduğundan teşebbüs sayılmaz, hazırlık hareketleridir ve bu nedenle cezalandırılmaz.¹¹¹⁹

Kaydetme fiili kısa süre de olsa devam eden bir eylemdir. Özellikle bilişim ortamında yaşanan zaman diliminin gerçek hayattaki zaman dilimine göre çok daha farklı olması nedeniyle bu suçların mütemadi suç niteliğine dönüşebileceği haklı olarak öne sürülmüştür. Bu durumda suç, devam eden eylemin bittiği zamanda gerçekleşmiş kabul edilecek ve örneğin kişisel verilerin bilişim sisteminde kaydı sırasında elektrik kesilip kayıt tamamlanamadığında eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilecektir.¹¹²⁰

Yargıtay da neticesi harekete bitişik suçlar yönüyle hâkim görüş gibi düşünmektedir. Zira Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu nitelikteki suçlara ilişkin olarak yaptığı değerlendirmelerde istikrarlı olarak “*Neticesi harekete bitişik suçlarda icra hareketlerinin bölünebildiği durumlarda suça teşebbüs mümkün olduğundan, fail... suçunu işlemek kastıyla doğrudan doğruya icra hareketlerine başlamış, ancak elinde olmayan engel nedenlerle tamamlayamamış ise suça teşebbüs söz konusu olacaktır*”¹¹²¹ demektedir ve bu yönüyle hareketin bölünüp bölünemediğine bakmaktadır.

Yukarıda manevi unsurlar başlığı altında da değerlendirildiği gibi kişilerin “*siyasî, felsefî veya dinî görüşler, ırkî kökenlerine*” ilişkin kişisel verilerin kaydı açısından hukuka özel aykırılık aranmadığı için bu nedenle bu verilerin olası kastla da kaydedilebilecekleri ve böyle bir durumda suçun teşebbüs aşamasında kalmasının söz

¹¹¹⁶ Akdağ, *Türk Ceza*, 114; Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hayata*, 20.

¹¹¹⁷ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 135.

¹¹¹⁸ Akdağ, *Türk Ceza*, 114.

¹¹¹⁹ Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hayata*, 20; Akdağ, *Türk Ceza*, 114.

¹¹²⁰ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 22.

¹¹²¹ YCGK., 17.02.2015, E. 2014/1-572, K. 2015/2, www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2014-1-572.htm&kw='teşebbüs' neticesi + harekete+ bitişik veri# fm, E.T. 20.03.2020.

konusu olamayacağı düşünülmüştür. Yani olası kastla işlenen suçlara teşebbüs mümkün olmadığından, bu verilerin olası kastla kaydedilmeleri açısından da teşebbüsten bahsedilemeyeceği¹¹²² savunulmuştur. Ancak biz bu kanaatte değiliz. Zira somut olarak o kadar değişik olasılıklar ve davranışlar gerçekleşebilir ki, bu kanaat bir anda tersine dönebilir. Zira bir fail, örneğin herkese açık olmayan bir ortamda ve etrafından birden fazla kimsenin bulunduğu bir esnada kendisini telefonuyla arayan bir kimsenin kendisine yönelik olarak söylediği sözleri kayda almak amacıyla telefonun kayıt işlevini aktif hale getirir ve kayıt yapmaya başlarsa aynı zamanda bulunduğu ortamda yapılan konuşmaları da kayda almış olur. Bu kapsamda birinci öncelikli amacı ortamdaki konuşmaları kayda almak değildi. Dolayısıyla doğrudan kastı yoktur. Ancak ortamdakilere gerekli uyarıları yapmayarak konuşmalarını sürdürmelerine izin vermesi, bu anlamda ortamdaki seslerin de kayda alınmasına tepkisiz kaması ve olursa da olsun demesi sonucunu doğuracaktır. Bu kapsamda ortamda konuşan bir kişi siyasi veya dini görüşleriyle ilgili olarak birtakım sözler sarf etmişse bu kişisel veriler kayda alınmış olacaktır (*Burada TCK 133/2 maddesindeki özel bir suç tipi de vardır ancak kişisel verilerin kayda alınması da söz konusudur. Fakat burada önem arz eden kayıt etmedeki olası kastın varlığını ortaya koyabilmek olduğu için bu yönüyle değil sadece kişisel verilerin kayda alınmasıyla ilgili olarak bu örnek geliştirilmektedir. Bu nedenle örnek sadece bu kapsamda değerlendirilmelidir.*). Dolayısıyla bu olayda, olası kastla kişisel verilerin kaydedilmesi suçu işlenmiş olmaktadır. Peki bu şekilde kayda başladığında suç aleti olan telefonun şarjı önemli bir kayıt yapılamadan bitmiş olsa veya arızalanarak konuşmaların esas önem arz eden kısımları kaydedilmemiş olsa teşebbüs yoktur denilebilecek midir? Elbette denilemeyecek ve kanaatimizce bu eylem suçun teşebbüs halinde kalan halini ifade edecektir. Bu açıklamalardan hareketle, incelediğimiz suç tipinin olası kastla işlenebilen hallerine de teşebbüsü mümkün görmekteyiz.

Yargıtay 12 CD'si özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarına ilişkin uygulamasında *“Neticesi harekete bitişik suçlardan olan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunda, icra hareketlerinin bölünebildiği hallerde, TCK'nin 35. maddesinde düzenlenen teşebbüs hükümleri uygulanabilir. Ancak bunun için; sanığın, elverişli hareketlerle ... suçunun icrasına başlamış, elinde olmayan sebeplerle eylemini tamamlayamayıp, neticenin meydana gelmemiş olması gerekir. Dolayısıyla, suçta kullanılan vasıtanın elverişsiz*

¹¹²² Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 148.

olması veya suçun maddi konusunun bulunmaması durumunda, "işlenemez suç" söz konusu olur ve teşebbüs hükümleri uygulanmaz. Örneğin, sanığın, bir kimsenin görüntüsünü kaydetmek için yerleştirdiği cihazın bozuk olması gibi. Bu noktada vurgulanması gereken diğer bir husus, sanığın kendi iradesi ile icra hareketlerini tamamlamaması halidir. Bu durumda, TCK'nin 36. maddesindeki, gönüllü vazgeçme hükümlerine göre değerlendirme yapılabilir; ancak, icra hareketleri tamamlandıktan sonra netice meydana geleceğinden, bu aşamada, gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.¹¹²³ ” demek suretiyle bu tip suçlara failin icra hareketlerinin bölünebildiği orada teşebbüsün mümkün olabileceğini, yine bu suçlarda gönüllü vazgeçme hükümlerinin de uygulanabileceği kabul etmektedir. Yine “karakolda ifadesi alındığı sırada görüntüleri cep telefonuna kaydetmeye teşebbüs eylemini, hangi amaçla gerçekleştirdiği açıklığa kavuşturulduktan sonra 135. maddede düzenlenen kişisel verilerin kaydedilmesi suçlarından hangisine uyduğunun gerekçeleriyle belirlenerek sonucuna göre karar verilmesi¹¹²⁴” gerektiğine karar vermiş ve 135. madde açısından teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceğine hükmetmiştir. Aynı kapsamda Yargıtay, özel hayatın gizliliğini ihlal suçuna yönelik olarak vermiş olduğu bir kararda “yan kabindeki mağdurun görüntülerini kaydetmek için tuşa basan sanığın, mağdurun durumu fark etmesi sebebiyle kaydı gerçekleştirememesinden dolayı görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçuna teşebbüs... suçlarını işlediğine dair yerel mahkemenin kabulünde dosya kapsamına göre bir isabetsizlik görülmemiş¹¹²⁵” diyerek çok benzer niteliklere sahip bir suça ilişkin olarak teşebbüs hükümlerinin uygulanmasını isabetli bulmuştur.

Bir başka kararında ise “katılanın evine yakın mesafede ve çalışır durumda bıraktığı verici özelliği bulunan düzenek aracılığıyla.....dinlemek kastını taşıyan sanığın, söz konusu düzeneğin fark edilmesinden dolayı, aracında bulunan ve neticeyi gerçekleştirmeye elverişli diğer eşyalarla beraber yakalanması karşısında, sanığın elinde olmayan sebeplerle eylemin tamamlanamadığı gözetilerek, sanık hakkında... 35.

¹¹²³ Y. 12. CD., K. 2014/2291.; Y. 12. CD., 17.03.2014, E. 2013/13545, K. 2014/6497, Kazancı Hukuk Otomasyon İçtihat, <http://www.kazanci.com>; yine aynı yönde Y. 12. CD., 04.11.2013, E. 2012/29201, K. 2013/24499, Artuk, Gökçen ve Yenidünya, *Türk Ceza*, 3. Cilt, 4619.

¹¹²⁴ Y. 4. CD., 10.10.2016, E. 2014/15883, K. 2016/13258, [#](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=4-cd-2014-15883.htm&kw=kişisel+veri+teşebbüs) fm, E.T. 20.03.2020.

¹¹²⁵ Y. 12. CD., 14.03.2018, E. 2017/3653, K. 2018/2962, [#](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2017-3653.htm&kw=özel+hayatın+gizliliğini+ihlal+suçuna+teşebbüs) fm, E.T. 24.03.2020.

*maddesi gereğince mahkumiyet kararı verilmesi gerekirken*¹¹²⁶ ” denilmiş ve hareketlerin bölünebilmesi ve elverişli hareketle icrasına başlanmış olması nazara alınarak teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerektiğine karar verilmiştir. Bu olay bakımından da esasında kişisel verilerin kaydı vardır ve failin davranışını bölünebilir kabul ederek teşebbüsü bu olaya uygulamıştır. Çalışma konumuz açısından da benzer şekilde görevinin tanıdığı yetkiyi aşar şekilde kişisel sağlık verilerini ayrı bir sisteme kaydetmeye çalışan bir sağlık çalışanı veya yine bir hastaya ilişkin olarak hasta dosyasında kayıtlı bulunan kişisel sağlık verilerinin fotoğrafını çekmeye çalışırken son anda fark edilen bir başka hasta yakınının durumu aynı şekilde teşebbüs aşamasında kalacaktır. Sonuç olarak inceleme konumuz olan suç tipi, teşebbüse müsaittir ve kayıt işleminin tamamlanamadığı tüm durumlarda uygulanma kabiliyetine haizdir.

2.2.1.5.2. Gönüllü Vazgeçme

İzlenen suç siyaseti gereğince ceza kanunlarında icrasına başladığı suçu tamamlamaktan vazgeçirmeye teşvik düşüncesiyle, gönüllü vazgeçme halinde ceza verilmemesi ilkesi benimsenmiştir.¹¹²⁷ Bunun bu kabulün altında ise faili suçtan vazgeçirmeye yönelik olarak yapılan bir teşvik etme düşüncesi bulunmaktadır.¹¹²⁸ Bunu göre faile suç yolunda ilerlerken dönüşe yönelik olarak altın köprüler sunmak gerektir.¹¹²⁹ Yani faile girdiği suç yolundan dönmesi durumunda cezasız kalacağı konusunda bir güvence verilmedir. İşte bu nedenle gönüllü vazgeçen faili yasa koyucu bu şekilde ödüllendirmek ister.¹¹³⁰ Bu yönü itibarıyla gönüllü vazgeçme bir cezayı kaldıran şahsi sebeptir.¹¹³¹ Yani gönüllü vazgeçen cezalandırılmaz ve bunun nedeni suç politikasının gerekleri olarak açıklanır.¹¹³²

Öyleyse failin suçun icrası sırasında ve henüz suç tamamlanmadan harekete son vermek veya sonucun gerçekleşmesini önlemek suretiyle suç işleme kararından dönmesi mümkündür.¹¹³³ Bu itibarla icra hareketlerinin tamamlanmaması veya neticenin gerçekleşmemesi failin elinde olan sebeplerden kaynaklanmışsa teşebbüsten söz

¹¹²⁶ Y. 12. CD, K. 2013/24499.

¹¹²⁷ Özgenç, *Gazi Şerhi*, 477.

¹¹²⁸ Özgenç, *Genel Hükümler*, 435.

¹¹²⁹ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 513; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 502.

¹¹³⁰ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 502.

¹¹³¹ Özgenç, *Gazi Şerhi*, 477; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 1. Cilt, 1062; Özgenç, *Genel Hükümler*, 435; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 502.

¹¹³² Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 502.

¹¹³³ Toroslu, *Ceza Hukuku*, 154.

edilemeyecektir. Failin kendi isteğiyle icra hareketlerine devam etmemesi veya bu hareketleri tamamladıktan sonra iradi etkin davranışlarıyla tipik neticenin meydana gelmesini önlemesi durumu gönüllü vazgeçme olarak tanımlanmaktadır.¹¹³⁴

TCK'nin 36. maddesinde gönüllü vazgeçme hususu açıkça düzenleme altına alınmıştır. Buna göre, “Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.”. Buna göre kanundaki düzenleme gönüllü vazgeçmeyi suçun tamamlanması aşamasına kadar mümkün kılmaktadır. Dolayısıyla suçun icrası sürecindeki bütün aşamalarda gönüllü vazgeçme mümkündür.¹¹³⁵

Gönüllü vazgeçmenin bir somut olayda uygulanma imkânı bulabilmesi için, suçun icrasına başlanması, suçun tamamlanmamış olması, vazgeçmenin konusunun icra hareketinin devamına, suçun tamamlanmasına veya neticenin gerçekleşmesine yönelik bulunması ve vazgeçmenin gönüllü¹¹³⁶ ve iradi olması¹¹³⁷ şartlarını taşıması gerekmektedir.¹¹³⁸ Buna göre ancak bilinçli ve iradi vazgeçmeler cezai sorumluluk üzerinde etkilidir. Fail suç kararını sonuna kadar götürebilecek durumda olduğu halde yani bu yönde engelleyici hiçbir faktör bulunmamasına¹¹³⁹ rağmen fail serbest bir irade ile icrayı yarıda bırakmış¹¹⁴⁰, nedensellik bağlantısını kendisi frenlemişse veya icrayı bitirmesine rağmen, suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemişse ancak vazgeçme gönüllüdür.¹¹⁴¹

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçu sırf hareket suçlarından olduğundan, bu suçlarda gönüllü vazgeçmenin mümkün olup olamayacağı tartışılmıştır. Bu suç açısından gönüllü vazgeçmenin mümkün olabilmesi, ancak icra hareketlerinin bölünebilir olmaları durumunda söz konusu olabilir. Başka bir deyişle incelenen suç açısından gönüllü vazgeçme hükümleri de uygulanma kabiliyetini taşımaktadır. Örneğin,

¹¹³⁴ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 409.

¹¹³⁵ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 409.

¹¹³⁶ Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 1.Cilt, 665; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 513; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 412; Özgenç, *Gazi Şerhi*, 477.

¹¹³⁷ Toroslu, *Ceza Hukuku*, 155; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 513; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 412.

¹¹³⁸ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 1. Cilt, 1062-1065.

¹¹³⁹ Bakıcı, *5237 Sayılı*, 709; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 1.Cilt, 667; Özgenç, *Genel Hükümler*, 436.

¹¹⁴⁰ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 412.

¹¹⁴¹ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt: I, Beta Basım Yayım, 10. Basım, Mayıs 1994 İstanbul, 449; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 518; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 410.

elektronik ortamda bulunan bir verinin kayda alınmasına yönelik olarak yetkili olmayan elektronik ortama giriş yapılması, kaydedilecek verinin bulunması yani veriye erişilmesi, bu veriyi aktarmak üzere cihaza depolama cihazı takılması, aktarma işleminin onaylanması gibi birden çok hareketin yapılması gerekmektedir. Böyle bir durumda bulunan failin aktarmaya yönelik son onayı vermeden hemen önce bilgisayar veya elektronik cihaz tarafından aktarımın örneğin çok uzun süreceği ikazıyla onay verip vermediğini sorduğu aşamada onay verip bir süre bekledikten sonra aktarım işleminin henüz % 10'luk kısmı tamamlanmışken aktarmayı iptal etmesi ve şimdiye kadar aktarılan kısmı da silerek cihazdan veya sistemden çıkış yapması durumunda gönüllü vazgeçme söz konusu olacak ve fail teşebbüs ettiği suçtan dolayı cezalandırılmayacak ancak o ana kadar işlediği fiilleri itibariyle tamamlamış olduğu başkaca suçlar var ise onlardan sorumlu olacaktır.¹¹⁴² Bu kapsamda o aşamaya kadar gerçekleştirdiği hareketler yerine göre TCK'nin 134. maddesi kapsamındaki özel hayatın gizliliğini ihlal vb. suçları oluşturabilecektir. Ancak bahse konu aktarım işlemi failin iradesinde olmayan elektriklerin kesilmesi veya güvenlik yazılımlarının bilgi sızıntısını fark ederek sistemi kapatması gibi durumlarda gönüllü vazgeçme söz konusu olmayıp fail suçta teşebbüsten sorumlu olacaktır.¹¹⁴³

Yine failin hukuka aykırı olarak bir şekilde ele geçirdiği kişisel verileri kaydetme imkânı varken kaydetmeyerek imha etme yolunu tercih ederse TCK'nin 135. maddesine teşebbüs söz konusu olmaz. Ancak TCK'nin 136. maddesindeki suç tamamlandığından fail TCK'nin 136. maddesi mucibince cezalandırılacaktır.¹¹⁴⁴ Ancak bu eylemi “suçtan sonraki davranışı” TCK m. 62 hükmü kapsamında takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınabilecektir.

Yargıtay da gönüllü vazgeçme için yukarıda saydığımız kriterleri bu suçlar içinde aynen uygulamaktadır. Bir kararında, “ihtiyacını gidermek için yan kabine girmesinin ardından, alt taraftaki boşluktan kameralı cep telefonunu uzatarak, mağdurun fiziksel mahremiyetine dair görüntülerini kaydetmesi ve mağdurun durumu fark edip, dışarıda bekleyen nişanlısına haber vermesi sebebiyle kaydettiği görüntüyü silmesi biçiminde sübut bulan eyleminin,...gönüllü vazgeçme hükümlerinin

¹¹⁴² Aynı yönde bkz. Yurtcan, *Yargıtay Kararları*, 1. Cilt, 751; Bakıcı, 5237 Sayılı, 710; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 413-414; Özgenç, *Genel Hükümler*, 436.

¹¹⁴³ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 149.

¹¹⁴⁴ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 22.

uygulanmamasına ... usul ve kanuna uygun bulunmakla ¹¹⁴⁵ ” denilerek yerel mahkemece verilen cezanın onanmasına isabetle karar verilmiştir. Zira burada gönüllü vazgeçme yoktur. Kayıt tamamlanmış ancak tamamen yakalanmamaya yönelik olarak kaydedilen veriler silinmiştir. Yani gönüllü olarak ve serbest bir iradeyle suçu işlemekten vazgeçme yoktur. Yine kayıt yapıldıktan sonraki vazgeçmeler bu nedenle gönüllü vazgeçme sayılamazlar. Zira kayıt ile suç tamamlanmış olacağından kayıt çok kısa süreli bile olsa bu anlamda suç tamamlanmıştır.

2.2.1.5.3. İştirak

Suçlar fail sayısının kanuni tarifte belirlenmiş olup olmamasına göre tek failli suçlar ve çok failli suçlar şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Eğer bir suçun kanuni tarifinde suçun oluşması için failin sayısına önem verilmemişse yani o suç tek kişi tarafından işlenebiliyorsa tek failli bir suç söz konusudur. Ancak bir suçun kanuni tarifi gereği işlenilmesi bakımından zorunlu olarak birden fazla kişinin katılımını gerektiriyorsa çok failli suçtan (zorunlu iştirak ¹¹⁴⁶) söz edilir. ¹¹⁴⁷ İşte bazı suçlar zorunlu olarak birden fazla kişiyi müşterek katılımıyla gerçekleştirebilir. ¹¹⁴⁸

Genel olarak kanuni tariflerde suç oluşturan fiillerin bir fail tarafından gerçekleştirilmesi suçun işlenebilmesi açısından yeterli kabul edilmesine rağmen çoğu kez bu fiiller birden fazla kişinin müştereken katılmaları suretiyle gerçekleştirilirler. ¹¹⁴⁹ İşte kanuni nitelikleri gereği tek kişi tarafından gerçekleştirilebilen bu suçların birden fazla kişi tarafından suçun oluşmuna illi bir etkisi olacak şekilde gerçekleştirilen bir iş birliği içinde işlenmesine ¹¹⁵⁰ suça iştirak ¹¹⁵¹ ya da suç ortaklığı denilir. ¹¹⁵² TCK'nin kabul ettiği sistemde iştirak faillik ve şeriklik olarak temelde iki şekle ayrılmaktadır. ¹¹⁵³

¹¹⁴⁵ Y. 12. CD., 16.05.2018, E. 2017/12478, K. 2018/5552, [https:// lib.kazanci.com.tr/ kho3/ ibb/ files/ dsp. php?fn=12cd- 2017-12478.htm&kw=E.+` 2017/12478,+&cr=y argitay# fm, E.T. 24.03.2020.](https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2017-12478.htm&kw=E.+`2017/12478,+&cr=y argitay# fm, E.T. 24.03.2020)

¹¹⁴⁶ Özgenç, *Gazi Şerhi*, 484.

¹¹⁴⁷ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 437; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 543; Özgenç, *Genel Hükümler*, 441; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 532; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 416.

¹¹⁴⁸ Özgenç, *Gazi Şerhi*, 484.

¹¹⁴⁹ Özgenç, *Gazi Şerhi*, 486.

¹¹⁵⁰ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 447; Bük, *Elektronik Ortamda*, 230; Toroslu, *Ceza Hukuku*, 158; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 534; Özgenç, *Gazi Şerhi*, 486; Özgenç, *Genel Hükümler*, 443.

¹¹⁵¹ Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 416.

¹¹⁵² Hakeri, *Ceza Hukuku*, 534.

¹¹⁵³ Özgenç, *Genel Hükümler*, 444; Özgenç, *Gazi Şerhi*, 487; Bük, *Elektronik Ortamda*, 231; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 422.

Şeriklik kendi içinde azmettirme ve yardım etme olarak iki alt gruba¹¹⁵⁴, faillik ise doğrudan faillik, müşterek faillik, dolaylı faillik ve yan yana faillik olarak dört gruba ayrılmaktadır.¹¹⁵⁵

Bir suça ilişkin suç tipindeki yani suçun kanuni tanımındaki haksızlık oluşturan fiili tek başına gerçekleştiren kişi¹¹⁵⁶ doğrudan faildir. Suçun kanuni tanımında yer alan fiili diğer faillerle birlikte hakimiyet kurarak gerçekleştiren kişiler ise müşterek faildir.¹¹⁵⁷ Müşterek failler icra hareketinin yapılmasıyla aynı zamanda ve hareketlerin gerçekleştirmesine katkısı olmasaydı suç oluşturan fiilin gerçekleştirilmesinin mümkün olmayacağı derecede bir esaslı şekliyle fiilin icrasına yardımcı olarak fiili birlikte gerçekleştirirler.¹¹⁵⁸ Bu nedenle müşterek faillik için a- birlikte suç işleme kararı (subjektif unsur), b- fiilin birlikte icra edilmesi, icrasına katkı verilmesi (objektif unsur) yani suçun işlenişi üzerinde müşterek hakimiyet kurulması şartlarının birlikte bulunması gerekmektedir.¹¹⁵⁹

Suç teşkil eden haksızlık bazen bir diğer kişinin vasıta olarak kullanılması suretiyle de gerçekleştirilebilir.¹¹⁶⁰ Bu şekilde başka bir kimseye üzerinde hakimiyet kurmak suretiyle araç olarak kullanmak suretiyle suç işleyen kişi, dolayı fail¹¹⁶¹ olarak isimlendirilir.

Bir suçun işlenişine katılan fakat gerçekleştirmiş olduğu katkıyla suçun kanuni tanımında yer alan fiil üzerinde hâkimiyet kuramamış ya da kuramamış olanlara, başka bir deyişle tipteki haksızlığı bizzat gerçekleştirmemiş olup suçun işlenişine kanuni tipteki tarife uygun olmayan şekilde katkı veren diğer suç ortaklarına şerik denilmektedir.¹¹⁶² Azmettirme şerikliğinin bir alt türü olup belli bir suç işleme hususunda

¹¹⁵⁴ Bük, *Elektronik Ortamda*, 231; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 422.

¹¹⁵⁵ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 422.

¹¹⁵⁶ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 561; Özgenç, *Gazi Şerhi*, 487; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 1. Cilt, 1078; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 547; Özgenç, *Genel Hükümler*, 446; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 422.

¹¹⁵⁷ Özgenç, *Genel Hükümler*, 446; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 422; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 562; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 552; Özgenç, *Gazi Şerhi*, 487.

¹¹⁵⁸ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 551-552.

¹¹⁵⁹ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 1. Cilt, 1082-1083; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 553-555; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 422; Özgenç, *Genel Hükümler*, 444-467; Özgenç, *Gazi Şerhi*, 489-511.

¹¹⁶⁰ Özgenç, *Genel Hükümler*, 470; Özgenç, *Gazi Şerhi*, 487.

¹¹⁶¹ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 557; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 569; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 422; Özgenç, *Genel Hükümler*, 470; Özgenç, *Gazi Şerhi*, 514.

¹¹⁶² TCK 38. Madde gerekçesi, ayrıca bkz. Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 1. Cilt, 1111; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 451; Özgenç, *Genel Hükümler*, 472; Özgenç, *Gazi Şerhi*, 517;

henüz bir fikri olmayan kişiye bir başkası tarafından bu suç işleme yönünde karar aldırılmasını ifade eder.¹¹⁶³ Bu nedenle bir olayda azmettirmenin varlığından söz edilebilmesi için fail konumuna gelecek kişiye suç işleme kararının aldırılması, azmettirilen fiilin tamamlanmış veya failin en azından teşebbüs aşamasına ulaşılmış olması ve azmettirenin kasten hareket etmiş olması şartlarının birlikte bulunması gerekmektedir.¹¹⁶⁴ Şerikliğin diğer türü olan yardım etme ise başkası tarafından işlenen kasti bir suça yönelik oluşmuş bulunan kararın ve suçun icrasının, suçun işlenmesinden önce veya işlendiği sırada destekleyici, kolaştırıcı hareketlerle kasten kuvvetlendirilmesi, pekiştirilmesi, kolaylaştırılmasıdır.¹¹⁶⁵ Bu niteliği nedeniyle faillik ve azmettirme olarak nitelendirilemeyen her türlü katkı, yardım etme olarak kabul edilebilir.¹¹⁶⁶ TCK'ye göre yardım etme, ancak suçu işlemeye teşvik etmek, suç işleme kararını kuvvetlendirmek, fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek, suçun nasıl işleneceği konusunda yol göstermek, fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak, suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasına kolaylaştırmak şekillerinde karşımıza çıkabilir.

İştirak kendi başına bağımsız niteliğe sahip değildir. Ancak asıl failin bir suçu gerçekleştirmiş olması halinde varlık kazanabilir.¹¹⁶⁷ Bu nedenle şeriklerin cezalandırılabilimleri, yani işlenen haksızlıktan sorumlu tutulabilimleri fail ile olan bağlantısı nedeniyle ve ancak bağlılık kuralı sayesinde mümkün olmaktadır.¹¹⁶⁸ Buna göre azmettirenin ya da yardım edenin katkıları nedeniyle iştiraktan sorumlu tutulabilimleri ancak bağlılık kuralının şartlarını somut olayda gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Bahse konu kural gereği şeriklerin sorumluluğunun ölçü ve derecesi failin şahsına, failin işlediği asıl fiile, asıl fiilin özelliklerine, hal ve şartlarına bağlıdır¹¹⁶⁹, ona göre şekillenir. Bu kural etkisini en çokta nitelikli halin geçişi konusunda gösterir. Bu kapsamda şerikler, şeriklik oluşturan fiilleri gerçekleştirdikleri sırada asıl fail açısından

¹¹⁶³ Özgenç, *Genel Hükümler*, 444; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 441; Özgenç, *Gazi Şerhi*, 488.
TCK 38. Madde gerekçesi, ayrıca bkz. Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 1. Cilt, 1111; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 451; Özgenç, *Genel Hükümler*, 472; Özgenç, *Gazi Şerhi*, 517; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 575; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 558-559.

¹¹⁶⁴ Aynı yönde Özgenç, *Genel Hükümler*, 472-473-475; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 451-453; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 1. Cilt, 1112-1114.

¹¹⁶⁵ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 1. Cilt, 1131; Özgenç, *Genel Hükümler*, 477; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 461; Özgenç, *Gazi Şerhi*, 522.

¹¹⁶⁶ Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 461.

¹¹⁶⁷ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 553.

¹¹⁶⁸ Özgenç, *Genel Hükümler*, 444, 482 ve 472; Özgenç, *Gazi Şerhi*, 528.

¹¹⁶⁹ Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 443-447.

türüne bakılmaksızın nitelikli halin varlığını biliyor olmaları şartıyla ancak bu nitelikli halden sorumlu tutulabilirler.¹¹⁷⁰ Buna göre, örneğin failin kamu görevlisi olmasının suçun ağırlatıcı bir nitelikli unsuru olarak düzenlediği durumlarda, bu suça azmettiren ya da yardım edenler failin bu sıfatını biliyorlar ise başka bir deyişle bu durum kastlarının kapsamında kalmakta ise nitelikli suçta şerik olarak sorumlu tutulacaklardır.¹¹⁷¹ Cezayı hafifleten veya ortadan kaldıran şahsi sebepler ise ancak ilgili suç ortağı açısından hüküm ve sonuç doğururlar şeriklere sirayet etmez.¹¹⁷² Ancak cezanın hafiflemesini sağlayan diğer nitelikli haller ise bütün şerikler açısından bağıllık kuralı gereği uygulanacak ve tüm şerikleri bundan faydalanacaktır.¹¹⁷³

Sirayet üzerinde bağıllık kuralının etkisini anlayabilmek açısından tüm sirayet hallerinin failer ve şerikler açısından ayrı ayrı kendi içinde ve bunların birbirlerine olan etkisi bakımından ayrı ayrı irdelenmesi gerekmektedir. Buna göre *faillerin birbirine etkisi bakımından*, fiili nitelikteki ağırlatıcı ve hafifletici nedenler diğer faillere uygulanır. Ancak burada bilme yetmez ayrıca o nedenin suçun işlenmesinde etkili olması veya suçun işlenmesini kolaylaştırması gerekmektedir.¹¹⁷⁴ Kişisel nitelikli ağırlatıcı ve hafifletici sebepler diğer failer hakkında uygulanma kabiliyeti taşımazlar. Bu sebeple hangi fail açısından mevcut ise ancak ona uygulanırlar.¹¹⁷⁵ Çünkü failler arasında bağıllık kuralı geçerlilik taşımaz. *Faillerdeki nitelikli hallerin şeriklere uygulanması açısından* bakıldığında ise fiile bağlı hafifletici nitelikli haller, bütün şeriklere uygulanır.¹¹⁷⁶ İşte bağıllık kuralı etkilerinden birini burda göstermektedir. Bu nedenle bu nitelikteki hafifletici halden faydalanmaları için bilmelerine dahi gerek yoktur. Şahsa bağlı cezanın hafiflemesini sağlayan nitelikli haller ise yalnızca kendilerinde bu hali bulunduran fail ya da şerikler açısından geçerli olurlar. Sirayet etmezler. Cezanın ağırlaştırılmasını sağlayan hem fiile bağlı haller hem kişiye bağlı haller ancak bilmeleri halinde şeriklere etki eder.¹¹⁷⁷ Yine burda bağıllık kuralının etkisini görmekteyiz. Buna göre şerik konumunda katılan suç ortayı bildiği yani kastının

¹¹⁷⁰ Aynı yönde bkz. Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 448; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 572.

¹¹⁷¹ Çok benzer bir örnek için bkz. Özgenç, *Genel Hükümler*, 487.

¹¹⁷² Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 560; Özgenç, *Genel Hükümler*, 483.

¹¹⁷³ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 590.

¹¹⁷⁴ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 574.

¹¹⁷⁵ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 574.

¹¹⁷⁶ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 574.

¹¹⁷⁷ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 575.

kapsamında kalan tüm ağırlatıcı nitelikli hallerden sorumlu olacaktır. *Şeriklerde bulunan nitelikli hallerin faillere ve diğer şeriklere olan etkisi bakımından* ise durum şöyledir: Fiile bağlı cezayı hafifletici nitelikli haller tüm şeriklere ve faillere uygulanır. Sirayet için bilme gerekli değildir.¹¹⁷⁸ Cezayı hafifletici kişisel nedenler ise diğer suç ortaklarını ve faillerini etkilemez. Sadece kendilerinde bu nitelikli hal bulunan kimse bundan istifade eder. Cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren fiile bağlı sebepler ise bilmeleri koşuluyla tüm suça katılanlara sirayet eder. Bu da bağlılık kuralının bir sonucudur. Cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren şahsi sebepler ise yalnızca ilgili kişi bakımından sonuç doğururlar ve diğer faillere sirayet etmezler.¹¹⁷⁹

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçu, suça iştirak hükümleri bakımından kendine özgü bir özellik taşımamaktadır.¹¹⁸⁰ Bu nedenle iştirakle ilgili özel bir hüküm bulunmayıp genel hükümler uygulanacaktır.¹¹⁸¹ Bu kapsamda TCK'nin iştirake ilişkin genel hükümleri olan 37, 38, 39 ve 40. maddeleri yani iştirakin tüm durumları bu suç bakımından da uygulanabilecektir.¹¹⁸² O halde bu suça iştirakin her şekli mümkündür.¹¹⁸³

Suçun birden fazla kişi tarafından müştereken ve fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurmak suretiyle işlenmesi halinde, bu kişilerin her biri müşterek fail olarak (TCK m.37/f.1) sorumlu tutulacaktır. Bir kişinin, örneğin bir çocuğun veya bir akıl hastasının, araç olarak kullanılarak bu suçun işlenmesi halinde ise diğer kişileri araç olarak kullanan kişi suçun işlenmesinden dolayı fail olarak sorumlu tutulacaktır (TCK m.37/f.2). Hukuka aykırı olarak kişisel verilerin kaydedilmesi için aklında bu suçu işleme fikri olmayan bir kişiyi suç işlemeye ikna ederek azmettiren kişi azmettiren olarak (TCK m.38), bu suçu işlemek isteyen bir kişinin suçu işlemesini kolaylaştıran kişi de yardım eden olarak (TCK m.39) sorumlu tutulabilecektir.¹¹⁸⁴

¹¹⁷⁸ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 575.

¹¹⁷⁹ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 576.

¹¹⁸⁰ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 157; Akdağ, *Türk Ceza*, 115; Bük, *Elektronik Ortamda*, 231; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 148; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 566; İstek, *Hasta Mahremiyeti*, 199; Sedat Erdem Aydın, *AIHM İctihatlari*, 151; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 645; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 22.

¹¹⁸¹ Bük, *Elektronik Ortamda*, 231.

¹¹⁸² İstek, *Hasta Mahremiyeti*, 199; Sedat Erdem Aydın, *AIHM İctihatlari*, 151; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 645; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 22; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 148; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 136; Akdağ, *Türk Ceza*, 115; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 149.

¹¹⁸³ Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2745; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 566.

¹¹⁸⁴ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 149.

Nitelikli hallerin sirayetine ilişkin tüm olasılıklar da bu suç kapsamında gerçekleşebilir. Zira inceleme konumuz suçta failin sıfatına bağlı nitelikli hal de fiile bağlı nitelikli hal de bulunmaktadır. Bu kapsamda bir kamu görevlisi bir hekimi bir hastasına ait kişisel sağlık verilerini kayda alarak bir gazeteciye verme konusunda azmettiren kişi, bu kişinin hekim olduğunu bu anlamda hakkında TCK 137 maddedeki nitelikli hallerin geçerli olacağını bildiği halde bu davranışını gerçekleştirdiği için bu nitelikli hal bu azmettiren kişiye de uygulanacaktır. Yine birlikte gerçekleştiren olarak iki ayrı sağlık çalışanı birlikte her ikisi de bir hastaya ilişkin kişisel sağlık verilerini fotoğraflamak suretiyle kayda almışlar ise her ikisine de ayrı ayrı nitelikli hal uygulanacaktır. Fiile ilişkin nitelikli hal olarak incelenen suça bakıldığında TCK'nin 135/2 maddesi gereğince suçun konusunun kişisel sağlık verileri olması bizatihi ağırlatıcı bir nitelikli haldir. Bu nedenle iki failden biri kaydı gösteriyor diğeri kayda alıyorsa ikisi de fiil üzerinde fiili hakimiyet kurarak bu suçu işlediklerinden müşterek fail olarak sorumlu olacaklar ve ikisine de bu nitelikli hal, verinin bu nitelikte olduğunu bilmeseler bile uygulanacaktır. Ayrıca bir hastanede görevli hekimin görevli olmadığı bir alanda yatarak tedavi gören bir hastanın teşhis ve tedavisine dair kayıtları harici bir diske kaydederek dışarı çıkarmasına, bu hastanın yattığı servisteki nöbetçi hemşirenin elektronik kayıtları incelemesine izin vermesi halinde hemşire “suçun icrasını kolaylaştırdığı” için yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulacaktır. Bu durumda hemşire bu nitelikli hal (suçun konusunun kişisel sağlık verisi olması nedeniyle) fiilden kaynaklanan bir nitelikli hal olduğu için ve bunu bildiği kabul edileceği için bu nitelikli hal kendisine sirayet edecektir.

2.2.1.5.4. İçtima

İçtima başlığı altında birden fazla suçun bir failde toplanması (suçların çokluğu) konusu incelenmektedir.¹¹⁸⁵ Bu kapsamda çözülmeye çalışılan sorun, ortada birden fazla suç olmasına rağmen fail bir tek suçtan mı (suçların içtimaı halleri gereği) yoksa birden fazla suçtan mı (gerçek içtima gereği) cezalandırılması gerektiğidir.¹¹⁸⁶

Kural olarak ceza hukukunda, kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır kuralı geçerlidir.¹¹⁸⁷ Bu kural TCK'nin suçların içtimaı bakımından

¹¹⁸⁵ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 597.

¹¹⁸⁶ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 579.

¹¹⁸⁷ Özgenç, *Genel Hükümler*, 493; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 470; Özbek, Kanbur, Doğan vd.,

benimsediği ana kural olan gerçek içtima kuralıdır.¹¹⁸⁸ Buna göre gerçek içtima söz konusu ise fail işlediği suç sayısınca cezalandırılır. Ancak suçların içtimaı hallerinden birisi söz konusu ise failini tek bir suç işlemiş olduğu kabul edilir.¹¹⁸⁹ Esasında ceza hukukunda öteden beri kabul edilen suçların içtimaı ve cezaların içtimaı şeklinde ayrılan iki ayrı içtimaı şeklinden cezaların içtimaının (gerçek içtima) kural, suçların içtimaının ise bu kuralın istisnası olduğu sonucu çıkmaktadır.¹¹⁹⁰ Bu yönüyle suçların içtimaı fail lehine getirilmiş istisnai bir düzenlemedir.¹¹⁹¹ Bu sebeple suçların içtimaı kapsamına giren istisnalar dışında, işlenen her bir suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmedilecek ve verilen her bir ceza bağımsızlığını koruyacaktır.¹¹⁹²

Belli bir hukuki menfaati korumakla birlikte, işlenen suçta tek eylemle birden fazla hukuki yararın ya da farklı eylemlerle aynı hukuki yararın ihlal edilmiş olması durumu suçların içtimaı ya da suçlarda içtima olarak ifade edilmektedir.¹¹⁹³ Öyleyse birden çok suçun bulunduğu hallerde suçların içtimaından söz edilebilir. Ortada birden çok suç bulunmasına ve dolayısıyla birden çok ceza verilmesi gerekmesine rağmen, faile tek ceza verilmesini öngören haller suçların içtimaı halleridir.¹¹⁹⁴

İçtimaının farklı şekilleri olup ve TCK'de de farklı şekillerde düzenlenmiştir. Bu kapsamda gerçekleştirilen suçun başka bir suçun unsuru ya da ağırlatıcı nedeni olması hali (bileşik suç) TCK'nin 42. maddesinde, bir suç işleme kararıyla değişik zamanlarda ancak bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla kez işlenmesi hali (zincirleme suç) TCK'nin 43 (1) maddesinde, aynı suçun birden fazla kişiye karşı ancak tek bir fiille işlenmesi hali (aynı neviden fikri içtima) TCK'nin 43 (2) maddesinde ve tek bir fiille birden fazla suçun işlenmesi hali (farklı neviden fikri içtima), TCK'nin 44. maddesinde düzenlenmiştir. Tüm bu hallerde suçların içtimaı hali geçerli olup suçların cezaları içtima edilmemekte, tam tersine kanun koyucu bazı suçları cezalandırmaktan feragat etmektedir.¹¹⁹⁵

Genel Hükümler, 579; Özgenç, *Gazi Şerhi*, 536.

1188

Özgenç, *Genel Hükümler*, 493.

1189

Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 579.

1190

Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 470.

1191

Hakeri, *Ceza Hukuku*, 598.

1192

Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 470.

1193

Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 579.

1194

Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 470.

1195

Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 23.

İnceleme konumuz kişisel verilerin kaydedilmesi suçuna baktığımızda, öncelikle bu suçun herhangi bir suçun unsuru ya da ağırlaştırıcı nedeni olarak düzenlenmediğini ya da bu suç düzenlenirken başka suçların bu suçun unsuru ya da ağırlaştırıcı nedeni olarak belirlenmemiş olduğunu görmekteyiz. Bu nedenle TCK'nin 42. maddesinde düzenlenen bileşik suç hükümlerinin bu suç bakımından uygulanma imkânı bulunmadığını düşünmekteyiz.¹¹⁹⁶

2.2.1.5.4.1. Zincirleme Suç

Her neticenin ayrı bir suç teşkil etmesinin ve failinin kaç netice meydana getirmişse o kadar suç işlemiş sayılarak her birinden dolayı ayrı ayrı ve bağımsız cezalara çarptırılmasının istisnalarından ilki müteselsil suç veya kesintili suç adı da verilen zincirleme suçtur.¹¹⁹⁷ Zincirleme suç, bir suç işleme kararının icrası kapsamında aynı suçun aynı kişiye karşı değişik zamanlarda birden fazla kez işlenmesidir.¹¹⁹⁸ Buna göre zincirleme suç halinde aynı suçun birden fazla kez işlenmesi durumu söz konusudur.¹¹⁹⁹ Burada her biri tek başına kanundaki tipe uygun birden fazla fiilin hukuki açıdan tek bir fiil olarak kabul edilmesi, birleştirilmesi söz konusu olup her biri ayrı ayrı cezalandırılabilen fiiller bakımından hukuki sorumluluğun tek bir fiilde birleştirilmesi durumu bulunmaktadır.¹²⁰⁰ Buna göre yargılama konusu suçta birden fazla suç tipi ihlal edilmesine rağmen suç işleme yönündeki kararın tekliği göz önünde bulundurularak faile tek suçtan ceza verilmekte ancak bu ceza, ceza adaleti açısından belli bir oranda arttırılmaktadır.¹²⁰¹ Konuya ilişkin TCK'nin 43/1 maddesinde “*Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar arttırılır.*” denilmektedir.

Zincirleme suç hükümleri tüm suçlar bakımından istisnasız bir şekilde uygulanabilecek bir nitelik taşımamaktadır. Bizzat yasa koyucu bu müessesenin uygulanabileceği suçlara sınırlama getirmiştir. Buna ilişkin 43. maddenin 3. fıkrasında “*Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri*

¹¹⁹⁶ Aynı yönde bkz. Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 23.

¹¹⁹⁷ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 605.

¹¹⁹⁸ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 584; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 479.

¹¹⁹⁹ Özgenç, *Gazi Şerhi*, 546.

¹²⁰⁰ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 605.

¹²⁰¹ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 505-506, 619; Özgenç, *Gazi Şerhi*, 555; Özgenç, *Genel Hükümler*, 509; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 490.

uygulanmaz” denilmektedir. İnceleme konumuz olan kişisel verilerin kayda alınması suçu sayılan suçlardan olmadığından ve suçun niteliği de müsait olduğundan zincirleme suç şeklinde işlenmesi mümkündür.¹²⁰² Bu nedenle aynı suç işleme kararının icrası kapsamında olmak üzere aynı kişiye karşı birden fazla kez kişisel verilerin kaydedilmesi eyleminin gerçekleştirilmesi halinde, zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.¹²⁰³ Buna göre her gün aynı kişinin e posta adresine girilerek bir kısım kişisel verisinin elde edilmesi¹²⁰⁴ ya da bir kişinin tüm sağlık verilerini kayda alma kastı altında bir hemşirenin her nöbetinde bu kişinin bir kısım sağlık verilerini kaydederek görev yerinden ayrılması durumunda, esasında birden fazla kez suç işlenmiş olmakta ancak bu suçlar arasındaki manevi bağ (aynı suç işleme kararı) dolayısıyla, zincirleme suçun varlığının kabulü gerekmektedir.¹²⁰⁵ Ancak her somut olayda kişisel verilerin kaydedildiği zaman aralığı ve failin kastı dikkatlice değerlendirilmelidir. Zira iki ayrı kişisel sağlık verisinin kaydı arasında sadece birkaç dakika gibi oldukça kısa bir zaman varsa bu durumda eylem bir bütün olarak kabul edilecek ve zincirleme suç hükümleri tatbik edilemeyecektir. Tam tersine iki kayıt işlemi arasında birkaç haftalık ya da aylık uzun bir zaman diliminin bulunması halinde ise yenilenen suç kastı söz konusu olabilecek ve yine zincirleme suç hükümleri tatbik edilmeyerek gerçek içtima hükümleri uygulanmak zorunda kalınabilecektir.¹²⁰⁶

Zincirleme suç hükümleri inceleme konumuz olan kişisel verileri kaydetme suçu yönünden de geçerlidir. Yargıtay’a göre de “kartların manyetik şerit bilgilerini kopyalamak ve şifrelerini elde etmekten ibaret eylemlerinin, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilip kaydedilmesi nedeniyle... iki ayrı zincirleme suçu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hükümler kurulması¹²⁰⁷” yine “mağdurlardan K.. S..’nın... bilgileri ile... değişik tarihlerde birden çok kez ... alışverişi yapan sanığın eyleminin... zincirleme olarak kişisel verilerin kaydedilmesi suçlarına uyar nitelikte olduğu gözetilmeden... 135, 43 madde ve fıkraları uyarınca cezalandırılması yerine [aksi yönde

¹²⁰² Aynı yönde bkz. Özbek, Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 566; Sedat Erdem Aydın, *AIHM İctihatlari*, 154; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 160; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 148.

¹²⁰³ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İctihatlı*, 3. Cilt, 4122; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 23; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 646; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 150; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 148; Bük, *Elektronik Ortamda*, 223.

¹²⁰⁴ Örnek için bkz. Bük, *Elektronik Ortamda*, 222.

¹²⁰⁵ Aynı yönde Bük, *Elektronik Ortamda*, 222.

¹²⁰⁶ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 23.

¹²⁰⁷ Y. 8. CD., 21.11.2012, E. 2012/11644, K. 2012/35139, [https:// www. kararara. com/ forum/ viewtopic. php?p= 719920](https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?p=719920), E.T. 15.04.2020.

karar verilmesi]¹²⁰⁸” hukuka aykırıdır. Söz konusu kararlarında Yargıtay, birden fazla kez kişisel verilerin kaydedilmesi halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği vurgulanmıştır. Yine 12. CD doğrudan kişisel verilerin kayda alınmasına ilişkin olmasa da çok yakın mahiyetteki kişisel verileri yayma (başkasına verme) suçuna ilişkin olarak bir kararında “*sanığın birbirine yakın zaman dilimi içerisinde ve bir suç işleme kararının icrası kapsamında gönderdiği 03.09.2012 ve 01.11.2012 başvuru tarihli iki ayrı dilekçede mağdur ...'in kişisel veri niteliğindeki adı, soyadı ve T.C. kimlik numarasına yer vermesi nedeniyle zincirleme suç koşullarının oluştuğu ve mağdur ...'e yönelik verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan dolayı hükmedilen temel cezada TCK'nin 43/1. maddesi gereğince artırım yapılması gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulmak suretiyle sanığa eksik ceza tayin edilmesi*”¹²⁰⁹” bozma nedeni olarak görülmüş ve yakın zaman dilimlerinde ve aynı suç işleme kararının icrası kapsamında gerçekleştirilen eylemlere zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği karara bağlanmıştır. Bu yönüyle Yargıtay’a göre aynı kastla ve çok uzun aralıklar içermeyen hukuka aykırı kaydetme eylemleri de zincirleme olarak kaydetme olarak kabul edilecek ve cezasında artırım yapılacaktır.

2.2.1.5.4.2. Fikri İçtima

Maddi neticenin tek olması yani dış dünyada meydana gelen değişikliğin tek olması, ihlalin, dolayısıyla meydana gelen suçun da her zaman için tek olmasını sonuçlamamaktadır. Bazı hallerde dış dünyada meydana gelen netice, yani fiil tek olmasına rağmen, kanunun bu neticeyi iki ayrı hükümde suç olarak düzenlemesi, dolayısıyla iki ayrı suçun mevcudiyeti söz konusu olabilmektedir. İşte bu durumda ne yapılacağı meselesi fikri içtima kurumuna doğuşuna neden olmuştur.¹²¹⁰ Fikri içtima, failin bir (aynı) fiille farklı suçları veya ayrı suçu birden fazla işlemesidir. Buna göre fikri içtimanın iki şartı bulunmaktır: Fiilin tek olması ve bu tek fiille birden fazla farklı

¹²⁰⁸ Y. 8. CD., 07.05.2014, E. 2013/11684, K. 2014/11750, <https://www.fullegal.com/karar-arama/yargitay-kararlari/yargitay-8-ceza-dairesi-201311684-esas-201411-8519882>, E.T. 15.04.2020.

¹²⁰⁹ Y. 12. CD., 03.04.2019, E. 2019/2123, K. 2019/4450, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2019-2123.htm&kw=E,+`2019/2123,+K.+`2019/4450`&cr=yargitay#fm>, E.T. 24.04.2020.

¹²¹⁰ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 629.

suçun oluşması.¹²¹¹ Öyleyse aynı fiille birkaç defa ihlal edilecek olan kanun hükmünün aynı kanun hükmü olması halinde fikri içtima söz konusu olmayacaktır.¹²¹²

Fikri içtima, faile gerçekte birden fazla olarak ortaya çıkan ve her biri bağımsız suç teşkil eden neticeler için ayrı ceza verilmesini engelleyen bir müessesedir. Zaten bu nedenle suçların bu şekildeki birleştirilmesi haline fikri içtima adı verilmektedir. Ortada gerçek anlamda birden fazla suç mevcuttur ve suçlar kanun koyucu tarafından farazi/varsayımsal, hayali olarak bir araya getirilmektedir.¹²¹³

Fikri içtimada işlenen birden çok suç farklı suçlar olabileceği gibi, aynı suç dahi olabilir.¹²¹⁴ Bu kapsamda bir fiille aynı suç birden fazla kişiye karşı işlenmiş olabilir. Bu durumda aynı neviden fikri içtima söz konusudur.¹²¹⁵ Bu şekliyle fikri içtimanın uygulanma koşulları; aynı suçun tek bir fiille işlenmesi, aynı suçu işleme kararının ve birden fazla mağdurun bulunmasıdır.¹²¹⁶ Bu kapsamda bir fiille birden fazla kişiye hakaret edilmesi veya bir şikâyet dilekçesi ile birden fazla kişiye karşı iftirada bulunulması bu içtima şekline örnek gösterilebilir.¹²¹⁷

Farklı neviden fikri içtima halinde ise bir fiil ile kanunda tanımlanan birden fazla farklı suç işlenmektedir.¹²¹⁸ Bu yönüyle fikri içtima bir fiil ile kanunun değişik hükümlerinin ihlali niteliğindedir.¹²¹⁹ Bu nedenle çeşitli kanun hükümlerini ihlal edilmesi ve bu ihlallerin tek bir fiil ile yapılması farklı neviden fikri içtimanın şartlarını oluşturmaktadır.¹²²⁰

Farklı neviden fikri içtima TCK'nin 44/1 maddesinde “İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.” şeklinde düzenlenmiştir. Aynı neviden fikri içtima ise 43/2 maddesinde “Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır.” şeklinde düzenlenmiş ve uygulanacak

¹²¹¹ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 491; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 630-638.

¹²¹² Hakeri, *Ceza Hukuku*, 630.

¹²¹³ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 629.

¹²¹⁴ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 491.

¹²¹⁵ Özgenç, *Gazi Şerhi*, 558-563; Özgenç, *Genel Hükümler*, 513.

¹²¹⁶ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 595.

¹²¹⁷ Özgenç, *Genel Hükümler*, 518.

¹²¹⁸ Özgenç, *Gazi Şerhi*, 566; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 596; Özgenç, *Genel Hükümler*, 521.

¹²¹⁹ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 598; Dönmezer ve Erman, Nazari ve Tatbiki, Cilt: II, 375.

¹²²⁰ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 384.

yaptırım açısından aynı maddenin birinci fıkrasında düzenlenmiş bulunan zincirleme suç hükümlerine göndermede bulunmuştur.

İnceleme konumuz suç tipi açısından fikri içtimanın her iki türü de önem taşımaktadır. Bu kapsamda öncelikle TCK'nin 43. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen aynı nev'iden fikri içtima söz konusu olabilir. Yani tek fiille, farklı mağdurlara karşı işlenmesini kapsamına alan bu içtima türünün kişisel verilerin kaydedilmesi suçu açısından gerçekleşmesi muhtemeldir. O halde kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun tek fiille birden fazla kişiye karşı işlenmesi mümkündür.¹²²¹ Buna göre tek bir hareketle birden fazla kişinin kişisel verilerinin kaydedilmesi durumunda bu içtima türü söz konusu olacaktır.¹²²² Bu konuda verilerin ait olduğu kişi sayısınca suç oluşması gerektiği yönünde fikirler¹²²³ öne sürülmüş ise de bu durumlarda tereddütsüz bir şekilde aynı nev'iden fikri içtima hükümleri uygulanarak bir cezaya hükmedilecek, fakat failin cezası artırılabilecektir.¹²²⁴ Bu şekilde ortada cezası ağırlaşan tek bir suç bulunsa da kaydetme işlemine konu olan kişisel veriler kaç farklı kişiye ait ise bu tek hareketle işlenen suçun da o sayıda mağduru olacak¹²²⁵, fakat mağdur sayısını fazla olması suçu da fazla hale getiremeyecektir. Yani birden fazla mağduru olan tek bir suç söz konusu olacaktır. Bu kapsamda, örneğin bir kelime işlemci programındaki dosya içerisine aynı anda birden fazla kişinin bilgilerinin kaydedilmesi halinde aynı nev'iden fikri içtima kuralları uygulama alanı bulacaktır.¹²²⁶ Yine failin bilişim sistemi içerisinde bulunan ve içeriğinde yüzlerce kişinin kişisel verilerinin bulunduğu veri bankasını, bilişim ortamında kendi veri bankasına eklemesi halinde de aynı durum söz konusu olacaktır. Ancak her bir mağdurun kişisel verilerinin ayrı ayrı kaydedilmesi halinde tek bir fiilden söz edilemeyeceğinden faile mağdur sayısı kadar ceza verilmesi gerekecektir.¹²²⁷

Yargıtay da bu türden olaylarda aynı nev'iden fikri içtima kuralını uygulamaktadır. Örneğin 12. CD kararlarında “iki katılanın bahçe içerisinde oturdukları sırada fotoğraflarını çekmek suretiyle, görüntü ve seslerin kayda alınması

¹²²¹ Akdağ, *Türk Ceza*, 119.

¹²²² Sedat Erdem Aydın, *AİHM İçtihatları*, 154; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 23; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 150; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 646.

¹²²³ Bük, *Elektronik Ortamda*, 223; Malkoç, *5237 Sayılı*, 912.

¹²²⁴ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 150; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 646; Sedat Erdem Aydın, *AİHM İçtihatları*, 154; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 23.

¹²²⁵ Akdağ, *Türk Ceza*, 119.

¹²²⁶ Sedat Erdem Aydın, *AİHM İçtihatları*, 154.

¹²²⁷ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 23.

suretiyle....gerçekleştirdiği kabul edildiği halde, cezasının TCK'nin 43/2 maddesi yollamasıyla aynı kanunun 43/1 maddesi gereğince arttırılmaması¹²²⁸” yine “sanığın okul içerisinde şikayetçilerin kullanımına açık tuvalete kamera yerleştirmek şeklindeki eyleminin birden fazla kişiye yönelik tek bir eylem şeklinde gerçekleştiği anlaşılmakla TCK'nin 43/2 maddesi uyarınca cezasında artırım yapılmaması¹²²⁹” bozma nedeni yapılarak cezanın aynı nev’iden fikri içtima nedeniyle arttırılması gerektiğine karar verilmiştir.

Farklı nev’iden fikri içtima hali de inceleme konumuz itibariyle sıklıkla gerçekleşebilecek bir durumdur. Bu kapsamda öncelikle kişisel verilere karşı işlenen diğer suç tipleriyle, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi suçunun tek fiille gerçekleştirilmiş olmasının sık karşılaşılan bir ihlal şekli olduğunu söylenebilir. Buna göre failin tek bir fiili ile aynı mağdura ilişkin kişisel verileri hem kaydetmesi hem de yayması mümkündür. Örneğin bir sosyal paylaşım sitesine veya kişilerin online erişim sağlayabileceği herhangi bir internet sitesine, mağdura ilişkin kişisel verilerin kaydedilmesi eylemi, aynı zamanda bu kişisel verilere üçüncü kişilerin erişmesini sağlayacağından, kişisel verilerin kaydedilmesinin yanında TCK’nin 136. maddesinde düzenlenen kişisel verilerin hukuka aykırı olarak verilmesi veya yayılması suçuna da vücut verecektir. Bu durumda bir fiille birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren faile, TCK’nin 44/1. maddesinde düzenlenen farklı neviden fikri içtima kuralı doğrultusunda en ağır cezayı gerektiren suç olarak sadece kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya yayma suçundan ceza verilmesi gerekmektedir. Bu halde kişisel verileri yayma fiilinin haksızlık içeriğinde, 135. maddede düzenlenmiş olan kaydetme fiilin haksızlık içeriği de erimiş olacaktır.¹²³⁰ Ancak bu iki suçun arasında fikri içtimanın geçerli olmayacağını, görünüşte içtima halinin bulunduğunu düşünenler de bulunmaktadır. Bu görüşlere aşağıda ilgili başlık altında ayrıca değinilecektir.

Hâkim görüş bu yönde olsa da bir kısım düşünür bu fikre karşı çıkmakta burada gerçek içtima hükümleri uygulanarak her iki suçtan ayrı ayrı ceza verilmesi gerektiğini

¹²²⁸ Y. 12. CD., 09.02.2013, E. 2013/8881, K. 2013/28269, Artuk, Gökçen ve Yenidünya, *Türk Ceza*, 3. Cilt, 4626.

¹²²⁹ Y. 12. CD., K. 2012/12232.

¹²³⁰ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 148; Bük, *Elektronik Ortamda*, 225-226; Sedat Erdem Aydın, *AIHM İçtihatları*, 155; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 646; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 566; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 566; Bük, *Elektronik Ortamda*, 229; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 25.

öne sürmektedir.¹²³¹ Buna göre fail, hukuka aykırı olarak kayıt altına aldığı bu verileri başkalarına verecek veya yayacak olursa bu durumda TCK'nin 135. maddesinden hariç olarak 136. maddesi uyarınca da ayrıca cezalandırılacaktır.¹²³²

Yargıtay ise bu konuda “*Sanığın aynı mağdurla ilgili fotoğrafı hem ... dergisinde, hem ...gazetesinde ve hem de internetteki sitesinde hukuka aykırı olarak yayınlaması karşısında TCK'nin 43/1. maddesine göre cezasının artırılması gerekeceğinin gözetilmemesi, hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydetmenin, ayrıca TCK'nin 135/1. maddesindeki suçu oluşturacağının düşünülmemesi*”¹²³³ demektedir ve iki ayrı suçun oluşacağını kabul etmektedir. Yani Yargıtay fikri içtimayı bu anlamda kabul etmemekte ve sanığa gerçek içtima hükümlerini uygulamaktadır. Bu yönüyle Yargıtay ikinci görüşteki gibi düşünmektedir. Kanaatimizce bu yaklaşım hatalıdır ve kanunun açık hükmüne aykırıdır. Zira failin aynı suç işleme kararı kapsamında gerçekleştirdiği bir kaydetme fiili, somut örnekte internet sitesine yükleme fiili, esasında hem kaydetme hem de yayınlama suçlarını oluşturmakta ve bu iki suç aynı anda ve failin tek hareketiyle gerçekleşmektedir. O halde tam anlamıyla tipik bir fikri içtima hali söz konusudur ve bu nedenle failin ayrı ayrı değil tek bir suçtan fakat ağır olanından cezalandırılması gerekmektedir.

Yine aynı kapsamda iki kişinin internet üzerinden gerçekleştirdiği haberleşme esnasında failin haberleşmenin gerçekleştiği bilgisayarlardan birine haberleşme esnasında trojen programı yerleştirilerek konuşmalarda geçen bir takım kişisel veriler elde edilse hem TCK'nin 244/1 hem de TCK'nin 135. maddesindeki suçlar tek fiille gerçekleştirilmiş olacağından fikri içtima söz konusu olabilecektir.¹²³⁴ Yine kişisel verilerin kaydedilebilmesi için TCK'nin 243. maddesinde düzenlenen hukuka aykırı olarak bilişim sistemine girme ve sistemde kalma suçunun da işlenmesinin gerektiği hallerde de fikri içtima geçerli olacak ve fail yalnızca cezası ağır olan suçtan cezalandırılacaktır.¹²³⁵ Ayrıca kişisel verilerin kaydı sırasında haberleşmenin ya da özel hayatın gizliliği ihlal edilmişse bu durumda TCK'nin 132 ya da 134. maddelerinin

¹²³¹ Malkoç, 5237 Sayılı, 913; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4122; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 646; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 25.

¹²³² Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 25.

¹²³³ Y. 4. CD., 24.01.2013, E. 2011/11771, K. 2013/1376, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=4cd-2011-11771.htm&kw=2011/11771&cr=yargitay#fm>, E.T. 14.04.2020.

¹²³⁴ Bük, *Elektronik Ortamda*, 227.

¹²³⁵ Bük, *Elektronik Ortamda*, 226.

tatbiki de gündeme gelebilecektir. Bu durumda da fail cezası ağır olan kanun suç uyarınca cezalandırılacaktır.¹²³⁶

Kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi eyleminin aynı zamanda kişilerin şeref ve haysiyetinin zedelenmesine sebep olması halinde de failin hem TCK'nin 125. maddesinde düzenlenmiş olan hakaret suçunu hem de kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi suçunu aynı anda işlemiş olacağı şüphesizdir. Bu durumda da iki suç arasında fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.¹²³⁷ Bu nedenle failin sorumluluğu en ağır cezayı gerektiren suçtan olacaktır.¹²³⁸ Tüm bu olasılıklara ilişkin olarak da fikri içtimanın geçerli olmadığı, görünüşte içtima kurallarının geçerli olduğunu düşünenler de bulunmakta olup buna ilişkin tartışmalara aşağıda ilgili başlık altında ayrıca değinilecektir.

Yargıtay'ın konuya yaklaşımı TCK'nin yeni yürürlüğe girdiği zamanlarda daireler arasından farklılıklar içermekte, bir yeknesaklık taşımamaktaydı. Örneğin 4. CD. bir kararında¹²³⁹ katılanın fotoğrafının içeriğinde pornografik kayıtlar da bulunan bir internet sitesinde yayınlanmasını sadece hakaret suçu olarak kabul etmiş, ancak 12 CD benzer nitelikteki bir olayda “internette bir arkadaşlık sitesinde “atesli dizdar” ve “afet-i derya” kullanıcı isimleri ile üyelik işlemleri yapıp, oluşturduğu profil sayfalarında, mağdurların şeref, onur ve saygınlığını rencide edecek nitelikte ibareler ile birlikte kişisel veri niteliğindeki fotoğraflarını ve telefon numaralarını ilgili siteye kaydedip, yayımlaması biçimindeki eyleminin, TCK'nin 135/1, 136/1 ve 125/2-1-4 maddelerine uyan, kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme ve hakaret suçlarını oluşturduğu, sanığın tek eyleminin kanundaki birden fazla suçları oluşturması nedeniyle TCK'nin 44. Maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralı uyarınca en ağır cezayı gerektiren TCK'nin 136/1. Madde ve fıkrasında tanımlanan verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan cezalandırılması gerektiği ve fikri içtima kuralı nazara alınmadan, daha hafif cezayı

¹²³⁶ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 23-24; Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 137.

¹²³⁷ Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 141; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 161.

¹²³⁸ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 161.

¹²³⁹ Y. 4. CD., 06.06.2012, E. 2012/20600, K. 2012/13691, Artuk, Gökçen ve Yenidünya, *Türk Ceza*, 3. Cilt, 4670.

gerektiren TCK'nin 135/1. maddesi uyarınca hüküm kurulması¹²⁴⁰ ” bozma nedeni yapılarak fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğine karar verilmiştir.

Zikrolunan farklı yaklaşımlar karşısında Yargıtay Ceza Genel Kurulu meseleyi kısmen yeknesak bir hale getirmiştir. Ceza Genel Kurulu “*Sanığın genel yayın yönetmenliğini yaptığı gazetede köşe yazarı olarak çalışan katılanın yazdığı köşesinde kullanılan fotoğrafın, hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması nedeniyle hukuka aykırı olduğunda tereddüt bulunmayan bir yöntemle sanık tarafından internetteki özel bir arkadaşlık sitesine kimlik, adres ve telefon bilgileri verilmeksizin ve erkek arkadaşı aradığı açıklamasıyla konulması eylemi, TCK'nin 136. Maddesinde düzenlenen kişisel verileri hukuka aykırı olarak yayma suçunu oluşturmaktadır. Bununla birlikte sanığın eylemi, aynı zamanda katılanın onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte olması nedeniyle TCK'nin 125. Maddesinin birinci ve dördüncü fıkrası uyarınca alenen hakaret suçunu da oluşturmaktadır. Bu nedenle hukuki anlamda tek fiil sayılması gereken eylem ile hem TCK'nin 136. Maddesinde düzenlenen kişisel verileri hukuka aykırı olarak yayma suçu, hem de aynı kanunun 125/1-4 maddesinde düzenlenen alenen hakaret suçu oluştuğundan, sanık hakkında farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması ve oluşan suçlardan en ağır cezayı gerektiren kişisel verileri hukuka aykırı olarak yayma suçundan sanığa ceza tayin edilmesi gerekmektedir.*¹²⁴¹ ” şeklinde karar vermiş ve bu durumlarda fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğini kabul etmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun söz konusu yaklaşım tarzının, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi ve haberleşme veya kişiler arasındaki konuşmaların kaydedilmesi suçlarının içtimai noktasında da geçerli olduğu söylenebilir. Bu nedenle TCK'nin 132 ve 133. maddeleri ile 135. Maddesi arasında doğrudan failin tek hareketi ile birden fazla farklı suçun meydana geldiği kabul edilerek fikri içtima kurallarına göre sorun çözülecektir.¹²⁴² Bu kabule göre iki suç arasından özel norm- genel norm ya da tükenen – tüketen norm ilişkisi bulunmamaktadır.¹²⁴³

¹²⁴⁰ Y. 12. CD., 08.09.2014, E. 2014/1463, K. 2014/17262, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2014-1463.htm&kw=`2014/1463`&cr=yargitay#fm>, E.T. 26.04.2020.

¹²⁴¹ YCGK., K. 2014/331.

¹²⁴² Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 142.

¹²⁴³ Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu açısından aynı yaklaşım tarzı için bkz. Birtek, *Haberleşmenin Gizliliğini*, 262-263. Ancak Birtek bu gibi durumlarda iki norm arasında asli norm – tali norm ilişkisi bulunduğunu kabul etmektedir.

Farklı nev’iden fikri içtima başlığı altında değinilmesi gereken diğer bir durum da TCK’nin 286. maddesinde düzenlenen ses veya görüntülerin kayda alınması suçu ile inceleme konumuz suçun aynı anda işlenmesi durumudur. Bu kapsamda soruşturma ve kovuşturma işlemleri sırasındaki ses veya görüntüleri yetkisiz olarak kayda alan veya nakleden kişinin cezalandırılması gerekmektedir. Yapılan kaydın, soruşturma işlemlerine dâhil olmuş kişilerin veya başkalarının kişisel verilerini içermesi halinde hem 286. maddede düzenlenen suç, hem de 135. maddede düzenlenen kişisel verilerin kaydedilmesi suçu işlenmiş olacak, böylece fail tek bir fiil ile kanunu birden fazla hükmünü ihlal etmiş olacaktır. Bu kapsamda da fikri içtima kuralları geçerli olacak ve fail ağır olan 135. maddede ki suçun cezası ile cezalandırılacaktır.¹²⁴⁴

2.2.1.5.4.3. Görünüşte İçtima

Birden fazla ceza kanunundan ya da aynı kanunda yer alan birden fazla ceza normundan birinin uygulanması diğerinin uygulanmasını gereksiz kılıyor ise görünüşte içtimadan yani “*yasaların tekliğinden*” söz edilir.¹²⁴⁵ Yani görünüşte içtimada doğrudan doğruya normlar arasındaki ilişkiden bu normlardan sadece birinin uygulanabileceği sonucuna varılmaktadır.¹²⁴⁶

Görünüşte içtima halinde suçların çokluğu sadece görünüşte olup, gerçekte ortada fiile uygulanacak tek norm bulunmaktadır.¹²⁴⁷ Bu kapsamda bir fiilin ihlal ettiği birden fazla ceza normundan birisinin uygulanması, fiilin haksızlık içeriğini karşılıyorsa diğerlerinin uygulanmasından kaçınılacaktır.¹²⁴⁸ Bu yönüyle görünüşte içtima, suçların içtimaidan farklıdır. Zira içtima tümüyle görünüşte olup aynı fiil hakkında tek normun uygulanması sonucuna, normlar arasındaki ilişkinin yorumu yoluyla ulaşılmaktadır.¹²⁴⁹ Yani burada aynı olaya uygulanabilir gözüken birden fazla norm bulunmakta ve fakat bunlardan ancak biri uygulanabilmektedir.¹²⁵⁰ Ceza normlarının ve suçların çokluğunun görünüşte olması, bu yönüyle gerçekte olaya sadece bir normun uygulanabilecek olması dolayısıyla bu tür içtimaya “*görünüşte*” içtima adı verilmektedir.¹²⁵¹

¹²⁴⁴ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 155-156.

¹²⁴⁵ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 606.

¹²⁴⁶ Özgenç, *Gazi Şerhi*, 576.

¹²⁴⁷ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 508; Özgenç, *Gazi Şerhi*, 576.

¹²⁴⁸ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 508.

¹²⁴⁹ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 606.

¹²⁵⁰ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 641.

¹²⁵¹ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 641.

Görünüşte içtima kanunda düzenlenmemiştir. Bu durum esasında bir eksiklik de değildir. Zira ceza normlarının birbirleriyle olan ilişkisi ve bunların yorumuyla aynı fiille ilgili görünen çeşitli normlardan sadece birinin uygulanabileceği sonucuna varılması mümkün olduğu için ayrıca ve açıkça kanunla düzenlenmesine de gerek yoktur.¹²⁵² Buna göre görünüşte içtima halinde esasında kanunda suçların içtimasına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen fail tek suçtan cezalandırılmaktadır.¹²⁵³

En belirgin görünüşte içtima şekilleri ise; özel norm – genel norm ilişkisi çerçevesinde özel normun önceliği¹²⁵⁴, asli – yardımcı (tali, ikincil) norm ilişkisi çerçevesinde yardımcı normun sonralığı ilkesi¹²⁵⁵ ve tükenen – tüketilen norm ilişkisi çerçevesinde bir normun diğeri tarafından tüketilmesi¹²⁵⁶ ilkeleridir.¹²⁵⁷

¹²⁵² Koca ve Üzülmmez, *Türk Ceza*, 508.

¹²⁵³ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 606.

¹²⁵⁴ Aynı eyleme görünüşte uygulanabilir durumda bulunan birden fazla normdan birisi diğer normların unsurlarının yanı sıra bazı ek unsur ve özellikleri de ihtiva ediyorsa ve bunlardan biri olaya uygulanmayacak olsaydı diğer normun uygulanma imkânı buluyorsa bu normlar arasında özel norm – genel norm ilişkisi bulunmaktadır (Özgenç, *Gazi Şerhi*, 576; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 641; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 606). Bu gibi durumlarda özel normun önceliği ilkesi gereği genel norm geri çekilecek ve fiile uygulanacak gerçekte tek bir norm kalacaktır (Koca ve Üzülmmez, *Türk Ceza*, 509). İlke gereğince özel normun üstün tutulur ve bu nedenle bizatihi özel normun varlığı genel normu arkaya iter (Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 606) ve genel normun somut olaya uygulama imkânı kalmaz (Hakeri, *Ceza Hukuku*, 641). Bu yönüyle bir suçun temel şekli ile nitelikli şekilleri arasındaki ilişki, özgü suç ile genel suç arasındaki ilişki, genel ve özel kanun arasındaki ilişki özel – genel norm ilişkisi şekilleridir (Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 607).

¹²⁵⁵ Görünüşte içtimanın bir değer türü ise asli – tali norm ilişkisidir. Hareketin bir normla beraber zorunlu olarak diğer bir normu da ihlal etmiş olması halinde asli- yardımcı (tali) norm ilişkisi söz konusu olur ve bu durumda yardımcı normun sonralığı ilkesi geçerlilik kazanır (Hakeri, *Ceza Hukuku*, 642). Bu nedenle asli normun bulunduğu hallerde yardımcı normun fiile uygulanması kabiliyeti kalmaz (Koca ve Üzülmmez, *Türk Ceza*, 513), sadece asli norm uygulanır. Buna göre bir norm, sadece diğer bir normun uygulanmadığı sürece uygulanabilecek bir nitelik taşıyorsa ikincil ya da talidir (Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 609; Koca ve Üzülmmez, *Türk Ceza*, 513). Bu niteliği itibarıyla tali normların çoğu boşlukları ya da eksiklikleri tamamlama görevi veya fonksiyonu görürler (Özgenç, *Gazi Şerhi*, 577; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 609). Bu kapsamda aynı fiilden kaynaklanan somut tehlike suçu soyut tehlike suçuna göre, zarar suçu somut tehlike suçuna göre, tamamlanmış suç teşebbüs aşamasında kalmış suça göre, iştirakin ağır şekilleri hafif şekillerine göre, örneğin faillik şerikliğe göre asli norm niteliğine sahiptir (Koca ve Üzülmmez, *Türk Ceza*, 513). Yine kanunlarda geçen “kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında” ifadesinin bulunduğu suçların düzenlendiği hükümler yardımcı norm niteliğinde olup dolayısıyla ilgili olduğu konuda asli nitelik taşıyan bir normun varlığı halinde uygulama imkânı bulamayacaklardır (Hakeri, *Ceza Hukuku*, 643).

¹²⁵⁶ Bir normun diğer bir normu da bünyesine almış olması haline tüketen – tüketilen norm ilişkisi denilmektedir (Hakeri, *Ceza Hukuku*, 645). Bu kapsamda normlardan biri diğerinin haksızlık içeriğini de kendi kapsamına almak suretiyle onu tüketiyor ise iki norm arasında tükenen tüketilen norm ilişkisi geçerli olacaktır (Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 608). Bir ceza normunun diğer bazı normların koruduğu hukuki değerleri ortak bir şekilde korumak ve dolayısıyla bu değerlere zarar veren fiillere tek ceza öngörmek suretiyle diğer normları adeta içine

İnceleme konumuz kişisel verileri kaydetme suçu bakımından fail, icra ettiği bir fiille TCK'nin 135. maddesinin bir veya ikinci fıkralarında düzenlenen suç tanımlarından her ikisinde gerçekleştirmiş olabilir. Örneğin fail hukuka aykırı şekilde kişisel verileri kayıt altına alıp da bu kayıtların mağdurun sağlık durumu veya cinsel yaşamı hakkında olduğu tespit edilecek olursa fail hakkında ilk fıkra gereğince değil özel düzenleme içeren ikinci fıkra uyarınca ceza tatbiki yoluna gidilecektir.¹²⁵⁸ Zira burada özel normun önceliği ilkesi çerçevesinde olmak üzere görünüşte içtima durumu

aldığı hallerde tükenen – tüketilen norm ilişkisinden söz edilir (Benzer mahiyette Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 510). Bu durumda geçerli olan ilke her iki normda içeren normun diğer normu tüketmesidir (Hakeri, *Ceza Hukuku*, 646). Ancak böyle bir ilişkinin varlığından söz edebilmek için bir normun diğer bazı normlar tarafından korunan hukuksal değerlerin tümünü ortak bir şekilde koruyup olması gerekir. Bu durumda hukuksal değerleri ortak olarak koruyan normun uygulanması ile yetinilir. Çünkü bu norm ortak korumayı sağlayarak kapsamına giren eylemlere diğer normların uygulanmasını önlemiştir (Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 608). Bu ilişkinin somut görünüm şekilleri ise bileşik suç ile cezalandırılmayan önceki ve sonraki eylemlerdir (Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 510; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 646). Bileşik suç her biri bağımsız suçları oluşturan fiillerin unsur olarak bir araya getirilerek tek fiil oluşturması ve yeni bir suçu meydana getirmesi veya bağımsız suçları oluşturan fiillerden birinin bir diğer suçun cezasının ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli şeklini oluşturması halinde söz konusudur (Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 510; Özgenç, *Gazi Şerhi*, 538; Özgenç, *Genel Hükümler*, 498; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 599; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 591). İki ayrı suçu kanunun müstakil bir hükümle kaynaştırdığı bu hallerde, artık kaynaşan tek bir hale gelen suçlardan dolayı faile ayrı ayrı ceza verilmeyecek, ortaya çıkan yeni suça veya ağırlatıcı sebebe ilişkin hükmün uygulanmasıyla yetinilecektir (Hakeri, *Ceza Hukuku*, 601; Özgenç, *Gazi Şerhi*, 538).

Cezalandırılmayan önceki eylemler ise doktrinde geçitli suç olarak da isimlendirilmektedir. Suç yolunda fail en ağır neticeye doğru ilerlerken hafif neticeyi gerçekleştirdikten sonra durursa kendisine yalnız bu neticenin gerektirdiği ceza verilecektir (Hakeri, *Ceza Hukuku*, 646-647). Bunlar tipikliğin bir ön basamağını teşkil ederler ve bir sonraki basamakta, korunan hukuki yarara yönelik daha ileri derecede bir değeri koruyan fiilin varlığı halinde bağımsız niteliklerini kaybederler (Hakeri, *Ceza Hukuku*, 647) ve adeta ona yönelik olarak gerçekleştirilen hareketler içinde erirler. Bu nedenle de cezalandırılmazlar ve cezalandırılmayan önceki eylemler olarak nitelendirilirler. Bahsedileninin tam tersi durumda söz konusu olabilir. Bir önceki eylemin işlenmesiyle oluşan hukuka aykırılık bundan sonraki gerçekleşen eylemleri de kapsıyorsa bu sefer cezalandırılmayan sonraki eylemler söz konusudur (Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 608). Bu kapsamda failin bir suçu işledikten sonra aynı suç konusu üzerinde bir başka suçu işlemesi halinde, ikinci fiil cezalandırılmayan fiil olarak ilk suç içinde tüketilmiş sayılır ve ayrıca değerlendirmeye alınmaz. Örneğin, hırsızın çaldığı malı satmasında olduğu gibi (Hakeri, *Ceza Hukuku*, 646). Bu bahsedilen cezalandırılmayan önceki ve sonraki eylemler arasında farklı suçları oluşturmaktadır. Ancak önceki ve sonraki eylemlerin aynı suçu sonuçlamaları da mümkündür. Bu halde seçimlik hareketli suçlardan söz edilir. Bu suçlarda suçun oluşumu için normalde tipte yer alan birden fazla hareketten birini yapılması suçun işlendiğinin kabulü için yeterlidir. Sayılan hareketlerden birden fazlasının ya da hepsinin yapılması durumunda ise aynı normun birden çok ihlali ve bunun sonucu olarak ihlal sayısına suç bulunması görünüştedir. Bu nedenle gerçekte norm bir defa ihlal edilmiş olup ortada bir suç vardır (Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 609). O halde seçimlik hareketler arasındaki içtima hali de bir görünüşte içtima halidir. Bu yönüyle inceleme konumuz kapsamında olan suçlardan 136. maddede düzenlenen suç önem taşımakta ve bu nedenle incelenmesi gerekmektedir.

¹²⁵⁷ Hakeri, *Ceza Hukuku*, 641; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 509; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 606-610.

¹²⁵⁸ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 24.

vardır ve sadece özel norm olan ve suçun nitelikli halini ifade eden ikinci fıkradaki suça ilişkin yaptırım uygulanacaktır.

135. maddede düzenlenen kişisel verilerin kaydedilmesi suçu ile TCK'nin kişisel verilere ilişkin diğer hükümleri arasındaki ilişki de ayrıca tartışılmıştır. Buna göre 132/1 maddesindeki haberleşme içeriklerinin kaydı, 133/1. ve 2. fıkralarında kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmalar ile kişinin kendi katıldığı aleni olmayan söyleşiyi kaydetme, 134/1. fıkrasında kişilerin özel hayatlarının gizliliğinin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlali, 286. maddede soruşturma ve kovuşturma işlemleri sırasındaki ses ve görüntülerin yetkisiz olarak kaydı suçları da aslında kişisel verilerin kaydedilmesi ile ilgilidirler ve bu verileri kaydeden kişinin fiili aynı zamanda 135. maddede düzenlenen suç tipine de uygun olacaktır. Aynı fiile uygulanabilir gibi görünen iki farklı hükümden biri, diğerinin tüm unsurlarını kapsıyor ve buna ek olarak da bazı unsurlar içeriyor ise ek unsurlar içeren bu hüküm özel normdur ve onun uygulanması gereklidir. 135. madde ile yukarıda belirtilen maddeler arasındaki ilişki de bu nitelikte görülmüştür. Genel nitelikli olan 135. maddede kişiyle ilgili herhangi bir verinin herhangi bir şekilde kaydedilmesi suç olarak düzenlenmiştir. Buna karşın 132, 133, 134 ve 286. maddeler, kaydedilmesi gereken kişisel veriyi veya verinin hangi şekilde kaydedileceğini sınırlandırmış durumdadırlar. Bu yüzden de bu düzenlemeler arasında bir çatışma bulunmamakta, özel nitelikli olan hükümlerin uygulanması gerekmektedir.¹²⁵⁹ Özellikle de 134. maddede düzenlenen “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal” suçu, diğer suçlara nazaran genel norm niteliğindedir.¹²⁶⁰ Bu itibarla kişisel verilere karşı işlenen suçlar söz konusu olduğunda fail 134. maddeden dolayı cezalandırılmamalıdır.¹²⁶¹ Ancak bu yönü itibarıyla kişiyi belirlenebilir kılan bilgilerin ötesinde, onun özel yaşamını ortaya koyan görüntü ve sesler –bunlar da aslında kişisel veri oluşturmakla birlikte– korunan hukuksal değerler de göz önünde bulundurulduğunda artık kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu değil özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturacağını düşünenler¹²⁶² de olmuştur. Bu kapsamda tüm bu suçlar arasındaki bu ilişkiye dair asli norm – tali norm

¹²⁵⁹ Akdağ, *Türk Ceza*, 115-117; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 140.

¹²⁶⁰ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, 504; Sedat Erdem Aydın, *AIHM İçtihatları*, 153; Aksi kanaat için bkz. Birtek, *Haberleşmenin Gizliliğini*, 261.

¹²⁶¹ Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 504; Sedat Erdem Aydın, *AIHM İçtihatları*, 153; ayrıca haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu açısından aynı ilişkinin söz konusu olamayacağına ilişkin olarak bkz. Aynı yönde Birtek, *Haberleşmenin Gizliliğini*, 262.

¹²⁶² Dülger, *Kişisel Verilerin*, 158.

ilişkisinin geçerli olabileceği¹²⁶³ de düşünülmüş ve bu anlamda asli norm olarak görülen 135 ve 136. maddelerde sayılan suçların, tali normun sonralığı ilkesi gereği uygulama alanı bulacağı¹²⁶⁴ ifade edilmiştir. Konuya ilişkin olarak özellikle de 132. Maddedeki suç ile inceleme konumuzu oluşturan suç arasında tüketen- tüketen norm ilişkisinin bulunduğu görüşü de ortaya konulmuştur.¹²⁶⁵ Bu yaklaşım tarzının gerekçesi olarak ise TCK m.132'nin koruduğu değerlerden birinin haberleşme içeriklerini oluşturan kişisel veriler olduğu, bu nedenle haberleşme kapsamında bu nitelikteki bilgilerin öğrenilmesi ya da ifşa edilmesi halinde TCK m. 132/1 ve 3'teki düzenlemelerin tüketen norm, inceleme konumuz olan suçun ise tüketilen norm niteliği taşıyacağı¹²⁶⁶ ifade edilmiştir.

Kanaatimizce somut olayın gerçekleşme şekline göre bu suçlar arasında özel normun önceliği ilkesi kapsamında görünüşte içtima halleri söz konusu olabilecektir. Bu anlamda somut olayın özelliklerinin oldukça iyi bir şekilde tahlil edilmesi sonrası bu yöndeki yaklaşımın ortaya konulmasının faydalı olacağını düşünmekteyiz.

Üst başlıkta değinildiği üzere 135. maddede düzenlenen kişisel verilerin kaydedilmesi suçuyla 136. maddede düzenlenen kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme ve ele geçirme suçu arasında da içtima ilişkisi söz konusu olabilecektir. Burada suç oluşturan fiil aynı anda her iki suçun da oluşmasını sağlıyorsa fikri içtimanın geçerli olacağına değinmiştik. Ancak eylemler kısa da olsa farklı zaman dilimlerinde gerçekleştiriliyor ise geçitli suçun söz konusu olacağı düşünülmüştür. Bu kapsamda örneğin fail hasım olarak gördüğü bir kişiye ait kişisel verileri yaymak için bu verilerini öncelikle kaydetmiş olabilir. Bu durumda 135. maddede düzenlenen suç tipi 136. maddede düzenlenen suç tipi açısından geçit suç teşkil edecek, fail sadece 136. madde uyarınca cezalandırılacaktır.¹²⁶⁷ Yani fikre göre burada cezalandırılmayan önceki eylemler söz konusudur. Ancak biz bu kanaate katılmamaktayız. Zira bir olayda geçitli bir suçun söz konusu olabilmesi için geçilen bir suç olmaksızın varılan suçun işlenememesi (iki suç arasından zaman ve konu yönünden zorunlu bir bağlantı olması) gerekmektedir. Ancak somut olarak kaydetme olmaksızın kişisel verilerin yayılması gerçekleştirilebilir bir nitelik taşımaktadır. Örneğin fail mağdurun kişisel verilerini

¹²⁶³ Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu ile özel hayatın gizliliğini ihlal suçu arasında bahse konu ilişkinin geçerli olduğunda dair bkz. Birtek, *Haberleşmenin Gizliliğini*, 263.

¹²⁶⁴ Erbaş, *Sağlık Mesleği*, 35.

¹²⁶⁵ Birtek, *Haberleşmenin Gizliliğini*, 263.

¹²⁶⁶ Birtek, *Haberleşmenin Gizliliğini*, 263.

¹²⁶⁷ Bük, *Elektronik Ortamda*, 228.

kayda almaksızın bir şekilde öğrenir ve bunları belirsiz sayıda kişinin öğrenebileceği şekilde yayar ise kaydetmeksizin sadece yayma suçun işlemiş olacaktır. Bu kapsamda failin yayma öncesi kaydetmeyi tercih etmesi kusurlu iradesinin ayrı bir tezahürü niteliği taşıdığı için ve kaydetme – yayma eylemleri farklı zamanlarda gerçekleştirildiği için her iki suçtan da gerçek içtima hükümleri doğrultusunda cezalandırılması gerektiği kanaatindeyiz.

Bilişim alanında veya bilişim sistemlerine karşı işlenen suçlar ve kişisel verilere karşı işlenen suçlar arasındaki ilişkiye de içtima bahsinde değinilmiştir. Bu konuda doktrinde bazı yazarlar, kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu işleyen kişinin, bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak giren veya orada kalmaya devam eden kişiden başka kimse olamayacağı kanaatiyle iki suç arasında geçit suç ilişkisi olduğunu öne sürmüşlerdir. TCK'nin bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girmeye ilişkin 243. maddesinin 135. madde bakımından *geçit suç* olduğu kabul edilmiştir.¹²⁶⁸ Buna göre başkasının kişisel verilerini kaydetmek isteyen bir kimse, bu kişisel verilerin bir bilişim sisteminde kayıtlı olması durumunda, önce bu bilişim sistemine girmek zorunda olup, ancak bu girişten sonra oradaki verileri alıp kendi istediği başka bir yere kaydedebilecektir.¹²⁶⁹ Bu kapsamda bilişim sistemine girme olmaksızın kişisel verilerin kaydı mümkün olmadığından geçitli suç ilişkisi söz konusu olacak ve böylece tek suç oluşarak fail sadece varılan suç olan kişisel verilerin kaydedilmesi suçundan cezalandırılabilir.¹²⁷⁰ Fakat fail doğrudan kişisel verileri kaydetmek kastı olmaksızın genel bir kasıtlı bilişim sistemine girmiş ve orada belli bir süre kalmış, sistemde tesadüfen gördüğü kişisel verileri de kaydetmişse, yani yeni oluşan kastı kapsamında kişisel verileri kaydetmiş ise artık bu iki suç arasında gerçek içtima hükümleri uygulanarak faile her iki suçtan da ayrı ayrı ceza verilmesi gerektiğini kabul etmek gerekecektir.¹²⁷¹ Ancak bu konuda fıkri içtima hükümleri uygulanabileceğini düşünenler¹²⁷² de bulunmaktadır.

¹²⁶⁸ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 24; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 140; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 154; Bük, *Elektronik Ortamda*, 227-228.

¹²⁶⁹ Benzer mahiyette bkz. Bük, *Elektronik Ortamda*, 227-228.

¹²⁷⁰ Aynı yönde Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 154; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 24.

¹²⁷¹ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 154-155; aynı ilişkinin haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları ve TCK 244 maddesindeki suçlar açısından bulunduğu dair bkz. Birtok, *Haberleşmenin Gizliliğini*, 269.

¹²⁷² Bük, *Elektronik Ortamda*, 226.

Bu suç ile içtima sorunu ortaya çıkması olası bir başka suç da TCK'nin 244. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında düzenlenen bilişim sisteminin işleyişinin engellenme veya bozulması suçu ile verilerin yok edilmesi veya değiştirilmesi suçu olduğundan ve bu konuda fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğinin düşünüldüğünden¹²⁷³ bahsetmiştik. Ancak bu kapsamda özel normun önceliği prensibi çerçevesinde görünüşte içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğini düşünenler de bulunmaktadır. Bu kapsamda 244/2 maddesinde "*sisteme veri yerleştiren*" ifadesiyle tanımlanan hareketle 135. maddenin eylem unsuru olan "*verinin kaydedilmesi*" hareketi bilişim sistemleri bakımından aynı anlama gelmekte olduğu, fakat 135. maddede kişisel verilerin, 244/2'de ise her türlü verinin suçun konusunu oluşturduğu, diğer yandan 244/2'de yalnızca bilişim sistemine veri yerleştirilmesi söz konusu iken 135. maddede bilişim sistemi olsun ya da olmasın kayıt yapmaya elverişli her türlü araca yapılan kaydın suç oluşturduğu, suçun konusunun yalnızca kişisel verileri kapsamı nedeniyle 135. madde özel norm niteliğinde olduğu, bu nedenle özel norm olarak bu normun öncelikle uygulanmasının gerektiği¹²⁷⁴ öne sürülmüştür. Buna göre öncelikle özel norm-genel norm ilişkisi bağlamında bir değerlendirme yapılarak sonucu ulaşılabacaktır.¹²⁷⁵ Bu şekilde sonuca ulaşılamıyorsa ancak o zaman fikri içtima kuralı uygulanacaktır.¹²⁷⁶ Ancak bu durumda özel normun cezasının daha ağır olması gerekirken genel normun cezasının daha ağır olması eleştirilmesi gereken bir nokta olarak görülmüş ve kanun koyucunu yaptırım itibarıyla maddeyi yeniden gözden geçirmesi gerektiği¹²⁷⁷ belirtilmiştir.

Kanaatimizce bu yaklaşım isabetli olup sadece son kısmı itibarıyla yani yaptırıma ilişkin yaklaşımı itibarıyla bu görüşe katılmamaktayız. Buna göre özel normun daha ağır bir yaptırım öngörmesi normatif zorunluluk taşımamaktadır. Yasa koyucu özel nitelikteki bir normu daha hafif şekilde cezalandırılabilir görebilir. Bu durum yasa koyucunun takdirindedir. Aksine kabul özel nitelikte bir düzenleme yapma

¹²⁷³ Birtok, aynı bölüm altında düzenlenmiş bulunan haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları ile 244. Maddedeki suçlar arasında fikri içtima hükümlerinin uygulanma kabiliyetinin bulunmadığını, her iki suç tipi arasında gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğini düşünmektedir. Bkz. Birtok, *Haberleşmenin Gizliliğini*, 272-273.

¹²⁷⁴ Sedat Erdem Aydın, *AİHM İçtihatları*, 154; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 157; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 24.

¹²⁷⁵ Sedat Erdem Aydın, *AİHM İçtihatları*, 154.

¹²⁷⁶ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 157.

¹²⁷⁷ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 24.

anlamında sadece daha ağır nitelikte bir ceza öngörülmesi durumunu ile yasa koyucuyu sınırlandırmak anlamına gelecektir ki böyle bir yaklaşım yasama yetkisinin genelliği ilkesi ile bağdaşmaz. Zira yasama organı kendisine tahsis edilen yetkinin genelliği sayesinde kanunla düzenleme yapma alanı konu itibarıyla sınırlandırılmadığı gibi herhangi bir konuyu istediği şekilde ve istediği kadar ayrıntılı olarak düzenleme imkânına sahiptir.¹²⁷⁸ Bu kapsamda yasama organı özel nitelikli bir normu genel nitelikteki bir normun öngördüğü cezadan daha az bir ceza içerecek şekilde düzenlemeyebilir.

Yargıtay konuyu daha çok fikri içtima yönüyle incelemiş ancak görünüşte içtima hallerini kararlarında pek tartışma konusu yapmamıştır. Görünüşte içtima hallerini daha çok tipiklik kapsamında analiz ederek çözüme ulaşmaya çalışmaktadır. Zira bir kararında *“kişinin özel hayatına ilişkin görüntüsü ya da sesinin, bilgisi dışında, resim çekme veya kaydetme özelliğine sahip aletle belli bir elektronik, dijital, manyetik yere sabitlenmesi eyleminin, 5237 sayılı TCK’nin 134/1. maddesinin 2. cümlesinde tanımlanan özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, kişinin özel hayatına ilişkin görüntü, fotoğraf ya da sesin, 5237 sayılı TCK’nin 135. maddesi kapsamında kişisel veri olarak kabul edilemeyeceği, iddiaya konu olayda, mağdurenin çıplak vaziyetteki görüntü ve fotoğraflarının kaydedilmesinden ibaret eylemin, ‘kişisel verilerin kaydedilmesi’ suçunu oluşturmayacağı¹²⁷⁹”* ifade edilmiştir. Yine bir başka kararında *“bir özel hayat görüntüsü ya da sesinin, ‘kişisel veri’ olduğunda kuşku bulunmamakta ise de, kişinin özel hayatına ilişkin görüntüsü ya da sesinin, bilgisi dışında, resim çekme veya kaydetme özelliğine sahip aletle belli bir elektronik, dijital, manyetik yere sabitlenmesi TCK’nin 134/1. Madde ve fıkrasının 2. Cümlesinde; rızası dışında ifşa edilmesi, yani; yayılması, açığa vurulması, afişe edilmesi, ilan edilmesi, kamuoyuna duyurulması, aleniyet kazandırılması, özetle; içeriğini öğrenme yetkisi bulunmayan kişi veya kişilerin bilgisine sunulması TCK’nin 134/2. Madde ve fıkrasında özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında düzenlendiğinden, kişinin özel hayatına ilişkin görüntüsü ya da sesi, yasal anlamda, TCK’nin 136/1. Madde ve fıkrası kapsamında kişisel veri olarak değerlendirilemez... sahte facebook hesabı açıp, bu hesapta, mağdurla birlikte çektiydikleri özel fotoğrafları*

¹²⁷⁸ Gözler, Anayasa Hukukunun, 356.

¹²⁷⁹ Y. 12. CD., 11.09.2012, E. 2012/17703, K. 2012/18222, www.kazanci.com/kho2/ibb/files/12cd-2012-17703.htm, E.T. 26.03.2020.

yayımlamak suretiyle TCK'nin 136/1. Madde ve fıkrasındaki verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu işlediğinin iddia edildiği olayda, iddianamede yazılı sahte facebook hesabındaki fotoğraflarda, sanıkla beraber çekim yapan cihaza odaklanan mağdurun, yanında yatan ve çıplak vaziyette olan sanığa sarılmış ve göğüs hizasından itibaren çekilmiş görüntüsünün kaydedildiği dikkate alındığında, sanıkla aralarındaki ilişkinin varlığını ve boyutunu kendisinde saklı tutan mağdurun, cinsel ve fiziksel mahremiyetine ilişkin özel yaşam alanı kapsamındaki fotoğraflarının, onun rızasına aykırı şekilde yayımlanması eyleminin, TCK'nin 134/2. Madde ve fıkrasındaki görüntü veya seslerin ifşa edilmesi suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğu¹²⁸⁰ ” yönünde karar vermiştir. Böylelikle Yargıtay mahrem niteliği haiz somut olaydaki bu görüntü kaydetme fiilini bir kişisel verilerin kaydı olarak değil özel hayatın gizli alanını hedef alan bir fiil olarak değerlendirmektedir. Zira bu ve benzeri durumlarda kişisel veri kavramının her türlü görüntüyü kapsayacak şekilde geniş yorumlanması, 134. maddede düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun hiçbir olayda uygulanamaması gibi bir sonuca götürecektir.¹²⁸¹ Bundan hareket eden Yargıtay yasa koyucunun hiçbir düzenlemeyi amaçsız olarak yapmadığını kabul ederek bu iki tip suç arasında bir sınır çizmeye çalışmakta, yani konuyu görünüşte içtima kapsamında değerlendirmemektedir. Tipikliğin sınırlarını daha ayrıntılı bir şekilde çizmeye çalışarak bu nitelikteki suçları birbirinden ayırmaya çalışmaktadır. Buna göre Yargıtay tamamen eylemin niteliğinden hareketle bir belirleme yapmakta, bunda da bulabildiği ölçüt genellikle suçun konusunu oluşturan verinin mahrem niteliği haiz olup olmadığı olmaktadır. Yani kişisel veri mahrem bir nitelik taşımakta ise özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirmekte, mahrem niteliği bulunmayan bir kişisel veri söz konusu ise ancak o zaman kişisel verilere ilişkin suçları uygulamaktadır. Bu kapsamda örneğin kişinin günlük kıyafetleriyle çekirmiş olduğu resimlerin yayınlanmasını özel hayatın gizliliğinin ihlal olarak değerlendirmemiş ve somut olayda kişisel verilerin hukuka aykırı olarak yayılması suçunu oluşturduğuna karar vermiştir. Buna ilişkin kararında “Katılanın internette yer alan günlük kıyafetleriyle poz vermiş şekilde çektiği resminin, özel yaşam alanına ilişkin ve özel hayatının gizliliğini ihlal edecek nitelikte olmaması karşısında, sanığa isnat edilen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun yasal unsurlarının somut olayda gerçekleşmediği ve katılanın kişisel veri niteliğindeki resmini

¹²⁸⁰ Y. 12. CD., K. 2019/9056.

¹²⁸¹ Sedat Erdem Aydın, *AIHM İçtihatları*, 153.

hukuka aykırı olarak yayımlayan sanığın eyleminin TCK'nin 136. maddesinde tanımlanan verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu oluşturacağı gözetilmeden... yeterli olmayan gerekçelere dayalı olarak, TCK'nin 134/2. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan mahkumiyet kararı verilmesi, (bozmayı) gerektirmiştir.¹²⁸²” demiştir. Ancak Yargıtay'ın anlatılan bu kabulü oldukça hatalı bir kabuldür. Zira kişisel veriler de yerine ve hatta çoğunlukla mahrem nitelikteki bilgilerdir. Bu nedenle Yargıtay'ın bu kabulü kişisel verilerin alanını oldukça daraltmaktadır. Ancak bunun yerine sorun görünüşte içtima ile daha kolay ve teknik yolla çözülebilir. Örneğin incelenen 2018/8360 esas numaralı karara konu eylem esasında kararda bahsi geçen iki suç tipini de oluşturmakta ancak bu iki norm arasında özel norm – genel norm ilişkisi bulunmaktadır. Zira 134/2. madde sadece özel hayata ilişkin görüntü ve sesleri konu olmakta, ancak 136. madde bunları da kapsamına alan tüm kişisel verileri konu edinmektedir. O halde incelenen eylemin konusunu özel hayata ilişkin bir görüntü oluşturduğuna göre burada özel normun önceliği çerçevesinde sadece 134/2. maddesinin uygulanması, 136. maddenin uygulanma imkânının bulunmaması gerekmektedir. Yani neticeten Yargıtay'ın ulaştığı neticeye ulaşılmakta ancak bu sadece tipiklik analizi ile değil normlar arasındaki ilişkinin analizi yoluyla gerçekleştirilmektedir. Her ne kadar somut örnekte aynı neticeye ulaşılsa da Yargıtay'ın uygulaması somut olayın hatalı şekilde analiz edilerek yanlış sonuçlara ulaşılmamasına müsaittir.

2.2.1.6. Yaptırım

Suçun temel şekli için öngörülen yaptırım 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezasıdır. Suçun maddenin ikinci fıkrasında sayılan özel nitelikteki verilere (bu arada tabii ki de kişisel sağlık verilerine) ilişkin olarak işlenmesi halinde maddenin temel şeklinde öngörülen bu ceza yarı oranında arttırılacaktır. Yine suçun failin şahsına bağlı olan TCK 137. maddedeki nitelikli hallerden biri dahilinde işlenmesi halinde yaptırım yine yarı oranında artırılarak hükmolunacaktır.

Bunun dışında TCK'nin 140. maddesi ile kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi suçunun işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirine

¹²⁸² Y. 12. CD., 07.07.2014, E. 2013/27724, K. 2014/16601, [https://lib.kazanci.com.tr / kho3/ ibb/ files/ dsp .php? fn = 12cd- 2013-27724. htm& kw=`2013/27724`&cr= yargitay# fm](https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2013-27724.htm&kw=2013/27724&cr=yargitay#fm), E.T. 26.03.2020.

hükmedilebileceği düzenlenme altına alınmıştır. Bu kapsamda kişisel sağlık verilerinin hassasiyeti ve mağduru üzerinde doğurabileceği olumsuzlukların boyutunun neler olabileceğine çalışmamızın başında bu yana değiniyoruz. Bu kadar hassas nitelikte olup sağlık kurumlarının muhafazası altında olan kişisel sağlık verilerine yetkisiz erişimin olması durumunda kurumlara da yasal yaptırımlar uygulanmalıdır.¹²⁸³

Meslek ya da sanatı icra etmekten belli bir süre ile yasaklanma yönündeki güvenlik tedbirine de değinmek gerekmektedir. Çünkü suçun faili herkes olabilmekle birlikte sağlık çalışanlarının en sık görülen fail olduklarını ve bunların görevin verdiği yetkiyle suçu işlemeleri halinin nitelikli hal olduğuna yukarıda değinilmişti. Bu nitelikli halin güvenlik tedbirleri anlamında bir özelliği daha vardır, o da bahse konu güvenlik tedbirine maruz kalmaktır. Bu anlamda sağlık meslek mensupları, iki tür güvenlik tedbirine maruz kalabilir. Bunlardan ilki, TCK'nin 53/1 maddesindeki güvenlik tedbiridir. Bu yönüyle kişinin işlediği suç nedeniyle belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılabilmesi için, kural olarak işlediği suçun kasıtlı bir suç olması ve ayrıca bu suçtan dolayı yine kural olarak hapis cezasına mahkûm olması gerekir. 53. maddenin 1. fıkrasında, işlediği suç dolayısıyla kişinin hangi haklardan yoksun bırakılacağı sayma yöntemiyle ve sınırlı olarak belirlenmiştir. Bunlar: a) sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesi, b) Seçme ve seçilme ehliyeti ve diğer siyasi hakları kullanma, c) Velayet hakkı, vesayet veya kayyımlığa ait bir hizmette bulunma, d) Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olma, e) Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etme haklarıdır.

Suç işleyen kişinin bu haklardan yoksun bırakılabilmesi için mahkemenin karar vermesine gerek bulunsa da bu durum mutlak bir zorunluluk değildir. Zira kasten işlenen suçlar nedeniyle uygulanacak hak yoksunlukları “*kanuni sonuç*”tur. Bu sebeple, Mahkemenin hükmünde hak yoksunluğunu göstermemiş olması, hükümlü bakımından kazanılmış hak oluşturmaz.¹²⁸⁴

¹²⁸³ Karaarslan, Ergin, Turğut vd., *Elektronik Sağlık*, 7.

¹²⁸⁴ Mahmut Koca, *Yeni TCK'da Hekimler Hakkında Uygulanacak Yaptırımlar*, 2. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: III, Sayı: 2, Yıl: 2006, 176.

Sağlık meslek mensupları açısından söz konusu olabilecek güvenlik tedbirinin ikici türü de infazdan sonra devam eden ve mahkeme kararı ile olan bir güvenlik tedbiridir. Bu anlamda hekimlik ve diğer sağlık mesleklerinin icrası da maddenin birinci fıkrasında sayılan hak ve yetkilerden biridir. Örneğin hekim, mesleğini ister bir kamu kurum veya kuruluşunda icra etsin, isterse serbest meslek mensubu olarak çalışsın; hekimlik mesleğinin verdiği hak ve yetkileri kötüye kullanmak suretiyle bir suç işlediğinde, şayet bu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm olmuşsa cezanın infazından sonra da belli bir süre bu hak ve yetkisini kullanması yasaklanacaktır. Görüldüğü gibi hapis cezasının infazından sonra yasaklanacak olan husus yalnızca kötüye kullanılan hak ve yetkidir. Diğer haklar bakımından bir yasaklama söz konusu değildir. Ayrıca hapis cezasının infazından sonra bu yasağın söz konusu olabilmesi için mahkemenin kararı gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, infaz sonrası yasak, ceza mahkûmiyetinin kanuni bir sonucu değildir. Hak ve yetkisini kötüye kullanarak suç işleyen kişiye karşı toplumun bu sebeple kaybettiği güvenin tekrar tesis edilebilmesi için meslekten yasaklanma tedbiri bir süre daha devam edecektir. Böylece mahkûm olunan hapis cezasının kişinin yeniden sosyalleşmesi bakımından yetersiz kalacağı kabul edilerek güvenlik tedbiriyle desteklenmesi yoluna gidilmiş olmaktadır.¹²⁸⁵

İnceleme konumuz suç açısından bakıldığında sağlık meslek mensubu örneğin iki yıl süre ile hapis cezası ile cezalandırıldığında mesleği ile birlikte olmak üzere maddede sayılan diğer haklardan iki yıllık cezası infaz edilinceye kadar kendiliğinden yoksun kalacaktır. Bunun için mutlaka mahkemenin karar vermesine gerek yoktur ve iki yıllık hapse mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak bu yoksunluk doğmaktadır. Ancak mahkeme sağlık personeli hakkında infazdan sonra da hak yoksunluğunun belli bir süre daha devam etmesine özel olarak karar vermek zorundadır. Dolayısıyla infazdan sonra hak yoksunluğu mahkûmiyetin kanuni sonucu olmayıp mahkemenin kararına dayanmaktadır. Bu durumda mahkeme cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan iki yıllık hapis cezası süresinin yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verecektir. Bu kapsamda iki nokta önemlidir. Birincisi: Mahkeme sadece kötüye kullanılan hak ve yetkinin infazdan sonra yasaklanmasına karar verecektir. Yani kişisel verilere sağlık mesleğinin verdiği yetki kullanılarak ulaşıldığına göre sağlık mesleğinin icrasından bu anlamda yasaklanacaktır.

¹²⁸⁵

Koca, *Yeni TCK'da*, 178.

İkincisi: Bu konuda mahkemenin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Örneğimizde hükmolunan hapis cezası iki yıl olduğuna göre, bu cezanın yarısı olan bir yıl ila bir katı olan 2 yıl arasında belirlenecek bir süre daha, cezanın infazından sonra fail sağlık mesleğini yapmaktan yasaklanacaktır. Böylece sağlık mesleğinin verdiği hak ve yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle suç işleyen kişiye hukuk düzeninin değerleri etkin bir şekilde hatırlatılmış olacaktır.¹²⁸⁶

Yine bu hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla sadece adli para cezasına mahkûm olunmuşsa hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar, bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Hükümün kesinleşmesiyle icraya konan yasaklama ile ilgili süre, adli para cezasının tamamen infazından itibaren işlemeye başlar.¹²⁸⁷ Tüm bu nedenlerle mahkemelerce belirlenen süre kadar bahse konu meslekler icra edilmeyeceklerdir ve bu yönüyle kanaatimizce oldukça etkili bir yaptırım niteliği taşımaktadır. Ancak uygulamada hak yoksunlarının etkin bir şekilde işlemediğini düşünüyoruz.

2.2.1.7. Yargılama

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11. maddesi uyarınca bu suçun yargılmasını yapma görevi asliye ceza mahkemesine aittir.¹²⁸⁸

Yetkili mahkeme ise 5271 sayılı CMK'nin 12. maddesi kapsamında belirlenecektir. Buna göre kural olarak yetkili mahkeme suçun işlendiği yer mahkemesidir. Kaydetmeye yönelik eylemler teşebbüs halinde kalmış ise son icra hareketinin yapıldığı yer, kaydetme eylemi temadi eden bir nitelikte işlenmişse temadinin kesildiği yer, zincirleme suç şeklinde işlenmişse zincirin son halkasını oluşturan kaydetme eyleminin işlendiği yer mahkemesi yetkilidir.

¹²⁸⁶ Koca, *Yeni TCK'da*, 179.

¹²⁸⁷ Koca, *Yeni TCK'da*, 179.

¹²⁸⁸ Aynı yönde Güven, *Hasta Bilgilerinin*, 65.

2.2.1.8. Zaman Aşımı

TCK'nin 66/1-e bendi uyarınca, bu suçun dava zaman aşımı süresi 8 yıldır. Nitelikli hallerin uygulanması halinde cezanın üst sınırı 5 yılın altında kaldığından dava zaman aşımı süresi değişmemektedir.¹²⁸⁹

2.2.2. Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme, Yayma veya Ele Geçirme Suçu

2.2.2.1. Genel Olarak

Gelişen teknoloji ve bireylerin bilişim sistemlerini gittikçe daha sık kullanır hale gelmeleri, ceza hukuku anlamında bazı fiillerin daha sık işlenmesine ve yeni bazı suçların meydana gelmesine sebep olmuştur. Günümüzde artık hemen hemen herkes kişisel verilerini belli başlı sebeplerle birtakım kurum ve kuruluşlara vermekte, ancak bazen bu kurum ve kuruluşlar bu kişisel verileri başkalarına aktarabilmekte ve hatta satabilmektedirler.¹²⁹⁰ Bu anlamda kişisel verilerin korunması kavramı da günümüzde insan hakları kavramı ve korunması bilinci ile birlikte gelişerek özem kazanmaktadır.¹²⁹¹ Alışverişlerde kullanılacak indirim kartlarını alabilmek, bankalarda işlem yaptırabilmek, yeni telefon hatları satın alabilmek gibi sayısız işlemi yapabilmek için bireylerin kişisel verilerini paylaşmak durumunda olmaları sıradan bir durum haline gelmiştir. Bu yönüyle günlük hayatta farkında olmadan sürekli bir kişisel veri akışı ortaya çıkmıştır. Kişisel verilerin hukuka uygun paylaşımı nasıl artmışsa buna paralel olarak, bunların hukuka aykırı olarak paylaşılması ve ele geçirilmeleri de artmıştır.¹²⁹²

Kişisel sağlık verilerinin korunması tarihte ilk olarak hekimin sır saklama yükümlüğü kapsamında kendisini göstermiştir. Bu yönüyle kişisel sağlık verilerinin hukuka aykırı olarak üçüncü kişilere anlatılması, paylaşılması veya yayılması önlenmek suretiyle koruma altına alınmaya çalışılmıştır. Dolayısıyla Hipokrat'tan günümüze kadar sır saklama yükümlülüğü adı altında olsa bile hekimler, kişisel sağlık verilerini korumakla sorumlu kılınmışlardır.¹²⁹³ Bu yükümlülüklere aykırı davranışlar ise yine eskiden beri cezalandırılmıştır. Bu yönüyle bizim ceza kanunlarımızda da bu

¹²⁸⁹ Güven, *Hasta Bilgilerinin*, 65.

¹²⁹⁰ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 160.

¹²⁹¹ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4124.

¹²⁹² Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 160-161.

¹²⁹³ Carr, *Beginning Medical*, 15; Benzer mahiyette bkz. Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 149.

nitelikteki davranışlar cezai yaptırım altına alınmıştır. 765 sayılı mülga TCK'nin 198. maddesinde meslek sırrını açıklama suçu düzenleme altına alınmıştı.¹²⁹⁴ Öyleki bu düzenleme ismi geçen TCK'de sırrın doğrudan korunduğu tek düzenleme niteği taşımaktaydı.¹²⁹⁵ 5237 sayılı yeni TCK'de ise daha genel ve daha kapsayıcı olarak 136 maddesinde verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu düzenlenmiştir. Madde şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme

*Madde 136- (1) Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*¹²⁹⁶”

Maddede kişisel verilerin yetkisiz üçüncü kişilere aktarılmasını önlemek amacıyla bu verileri hukuka aykırı olarak verme veya yayma eylemleri ile bu verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi eylemleri suç olarak yaptırıma bağlanmaktadır.¹²⁹⁷ Yani madde esasında kişisel verileri, hukuka aykırı olarak başkasına vermeyi, yaymayı veya ele geçirmeyi yasaklamaktadır. İşte tam da bu nedenle madde kenar başlığının isabetli olduğu söylenemez.¹²⁹⁸ Zira madde başlığı ve madde metni uyumlu değildir.¹²⁹⁹ Bu kapsamda tipiklikte kişisel verilerin hukuka aykırı olarak yayılması da yer almakta iken, madde başlığında sadece verilerin verilmesi veya ele geçirilmesinin düzenlenmiş olması, doktrinde maddenin düzenleniş şeklinin eleştirilmesine sebep olmuştur.¹³⁰⁰ Bu durum vermenin yaymayı da kapsayacak şekilde düşünüldüğü ancak sonradan

¹²⁹⁴ Mülga 765 sayılı TCK'da Sırrın Masuniyeti Aleyhinde Cürümler kenar başlığı altında, 198. maddesinde “Bir kimse resmi mevki veya sıfatı veya meslek ve sanatı icabı olarak ifşasında zarar melhuz olan bir sırta vakıf olup ta meşru bir 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.” denilmek suretiyle bu suç düzenlenmişti. Burada dikkat çeken iki husus bulunmaktaydı. Bunlardan ilki: Suçun daha özel bir suç tipi olarak düzenlenmiş olmasıydı. Çünkü sırrın masuniyeti aleyhine cürümler başlığı altında ve resmi bir mevki veya sıfat nedeniyle öğrenilmiş sırlar aleyhine işlenmiş olması durumu suç olarak kaleme alınmıştı. İkincisi: Şimdiki düzenlemede bulunmayan şekliyle zarar meydana gelmiş olması ağırlaştırıcı bir nitelikli hal olarak düzenlenmiş olmasıydı. Zarar meydana gelmiş olması durumunun cezanın belirlenmesinde özel bir nitelikli hal olarak düzenlenmemiş olmasını önemli bir eksiklik olarak değerlendirdiriyoruz.

¹²⁹⁵ Birtek, *Haberleşmenin Gizliliğini*, 130.

¹²⁹⁶ Mevzuat metni TC. Adalet Bakanlığı UYAP Mevzuat ve İçtihat Programı'ndan alınmıştır.

¹²⁹⁷ Güven, *Hasta Bilgilerinin*, 65; Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 148; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 152; Özkan ve Akyıldız, *Hasta- Hekim*, 141; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4124; Tuğsan Yılmaz, *Hekimin Sır*, 2.

¹²⁹⁸ Hafızogulları ve Özen, *Özel Hayata*, 21.

¹²⁹⁹ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 568.

¹³⁰⁰ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 27; Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 151; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 30.

yaymanın da madde metni içine alınarak olası bir boşluğun engellenmeye çalışılması şeklinde yorumlanmıştır.¹³⁰¹

Madde kenar başlığı bir başka yönden de eleştirilmiştir. Buna göre madde metninde kişisel verilerden söz edilirken madde başlığında sadece veri kavramının kullanılması hatalı görülmüştür. Zira "veri" kelimesi ile "kişisel veri" ibaresi çok farklı anlamları ifade etmektedir. "Kişisel veri", gerçek kişilere ait olan verileri anlatır; oysa "veri" kelimesi, kişisel verileri de kapsayan, gerçek olmayan kişilere ait olan verileri ve diğer her türlü veriyi içermektedir. Bu nedenle madde kenar başlığının metinle uyum haline getirilmesi gerekmektedir.¹³⁰²

136. maddenin gerekçesi yönünden de benzer bir eleştiri yapılabilir. Zira maddenin gerekçesi maddenin tekrarından ibarettir. O nedenle maddede düzenleme altına alınan suç kapsamında ortaya çıkan problemlerin çözümüne yönelik olarak yapılacak yorumlamalarda gerekçeden yararlanılamamaktadır.¹³⁰³ Hemen her suç tipiyle ilgili olarak yasa koyucunun normu kabul etmesindeki amaç ortaya çıkarılmaya çalışılmakta ve bu bakımdan da en temel hareket noktası olarak da yasa maddesine ilişkin gerekçeye dayanılmaktadır. İnceleme konumuz suç için yasa koyucu madde metnini tekrarlayarak adeta gerekçe yazmamıştır denilebilir. Bu yönüyle yasal düzenlemenin gerçek amacının ortaya çıkarılması bakımından gerekçeden hiç istifade edilememektedir.

2.2.2.2. Suçla Korunan Hukuksal Değerler

Kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu ve kişisel verilerin kaydedilmesi suçu ortak hukuksal değerleri korumaktadır.¹³⁰⁴ Bu nedenle kişisel verilerin kaydedilmesi suçuna ilişkin olarak yapılan açıklamalar bu suç için de geçerlidir.¹³⁰⁵ Kısaca değinmek gerekirse yasanın sistematüğinden anlaşılacağı üzere bu suç tipleriyle genel manada kişilerin özel hayatının gizliliği¹³⁰⁶, daha özel anlamda ise

¹³⁰¹ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 568.

¹³⁰² Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 30.

¹³⁰³ Hafızogulları ve Özen, *Özel Hayata*, 21.

¹³⁰⁴ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 120; Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 65; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 153; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 27.

¹³⁰⁵ Geniş açıklama için 135. maddede düzenlenen suçla korunan hukuksal değere dair açıklamaları içeren ilgili başlığa bakılabilir.

¹³⁰⁶ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 567; Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 65; İstek, *Hasta Mahremiyeti*, 200; İtişgen, *Türk Ceza*, 180; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 161.

bizzat kişisel verilerin kendisi korunmaktadır.¹³⁰⁷ Bu suç tipiyle de öncelikle özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına yönelik hukuka aykırı müdahalelerini önlemesi¹³⁰⁸ amaçlanmaktadır. Bu yönüyle kişisel verilerin hukuka aykırı olarak verme ve yayma hareketlerinin yaptırımı bağlanmasındaki amaç, kişisel verilerin yetkisiz üçüncü kişilere aktarılmasını önlemektir.¹³⁰⁹ Bu anlamda suçla korunan hukuki yarar ilk olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. ve Anayasa'nın 20. maddelerinde güvence altına alınan kişilerin özel hayatının gizliliğinin korunması hakkıdır.¹³¹⁰ Çünkü suçun konusunu oluşturan kişisel verilerin hukuka aykırı olarak bir başkasına verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi temel bir insan hakkı olarak kurallaştırılan özel hayatın gizliliğinin korunması hakkına müdahale oluşturmaktadır.¹³¹¹ Bu hak kapsam itibariyle sadece devlet – kişi ilişkilerini değil kişilerden kişilere yönelik ilişkileri ve müdahaleleri de içermektedir. Bu itibarla 136. maddede sayılan eylemler kim tarafından gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin özel hayatın gizliliğinin korunması hakkına bir saldırı oluşturulduğunun kabulü gerekmektedir. Başka bir deyişle bu madde düzenlemenin özel hayatın gizliliğini sadece idareye ve adli makamlara karşı koruyan bir düzenleme şeklinde anlaşılmaması gerekmektedir.¹³¹²

Korunan hukuki değer itibariyle özel hayatın gizliliği bu suç yönüyle üst değer niteliği taşımaktadır. Esasında bunun altında suçun konusunu oluşturan kişisel verinin niteliğine göre kişinin tüm hakları korunmaktadır.¹³¹³ Bu kapsamda öncelikle genel kişilik hakkının korunduğu belirtilmektedir. Bu yönüyle kişisel verilerin korunması, insan onuru ve bu kapsamda kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı yani genel kişilik hakkı ile yakından bağlantılıdır.¹³¹⁴ Zira kişisel veriler kişinin belirli bir görüş ya da inanca sahip olması nedeniyle fişlenmesi; onur, şeref ve saygınlığını rencide edilmesi gibi kötüye kullanılabileceği gibi bu bilgilerin ele geçirilmesi suretiyle maddi menfaatler de sağlanabilir.¹³¹⁵ Bu yönüyle suç tipinin dolaylı olarak din ve vicdan

¹³⁰⁷ Ergün, *Siber Suçların*, 117; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 120; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 153; Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 65; İtişgen, *Türk Ceza*, 182.

¹³⁰⁸ Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2091.

¹³⁰⁹ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 313.

¹³¹⁰ Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2746; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4124.

¹³¹¹ Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2092.

¹³¹² Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2092.

¹³¹³ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 27.

¹³¹⁴ İtişgen, *Türk Ceza*, 181-182.

¹³¹⁵ İtişgen, *Türk Ceza*, 182.

hürriyeti, insanca yaşam hakkı gibi çok değişik hakları da koruduğu söylenebilir. Suçun koruduğu değer suçun konusunu oluşturan kişisel verilerin niteliğine göre değişiklik arz edebilir.

Tıp alanında kişisel verilerin açıklanmaması ile kişisel sağlık verileri özelinde özel olarak kişisel verilerin bizzat kendi genel olarak ise hastanın özel hayatı korunmaktadır.¹³¹⁶ Kişisel sağlık verilerinin korunması insan onurunun esasıdır ve bu nedenle de genel kişilik haklarına dahildir. Bu itibarla kişisel sağlık verilerinin başkasına verilmesinin yasaklanmasının arkasında yatan neden anayasal bir hak olan kişilik hakkının korumasıdır.¹³¹⁷

Temel bir hasta hakkı olan kişisel sağlık verilerinin gizliliği korunmadığı ve hassas nitelikteki bu verileri yetkisiz kişilerle paylaşıldığı takdirde, hasta verilerini bir daha sağlık hizmeti sunucularıyla paylaşma konusundan gönülsüz, isteksiz olacak¹³¹⁸ ve bunu yaparken bile açık sözlü olmayacak¹³¹⁹, çok da ileriye gitmeyecektir.¹³²⁰ Yine böyle bir durumda doğru ve etkin bir tıbbi yardım alma olasılığı düşecektir.¹³²¹ Böylelikle kişisel sağlık verilerinin hukuka aykırı olarak açıklanması halinde kişinin sağlık hakkı da ihlal edilmiş olacaktır. Yani bu suçla kişilerin sağlık hakkı da korunmaktadır.¹³²²

Yukarıda ayrıntılı olarak izah edildiği üzere sağlık hakkı, sağlığın korunması ve sağlığa kavuşma hakkını kapsamına alır. Zaten hasta hekim münasebetleri de en temel bir insan hakkı olan sağlık hakkına dayanmaktadır.¹³²³ Çünkü kişi ancak teşhis ve tedaviden ötürü kendisi bakımından kişisel zararların, zorlukların veya özel hayatıyla ilgili açıklanmasından hoşnut olmayacağı hususların ortaya çıkmaması halinde hekime gideceğinden¹³²⁴ kişinin sağlık verilerini paylaştığı kişinin dışında rızası olmadan başkalarına açıklanmayacağı güveni içerisinde olması gerekmektedir.¹³²⁵ Bu nedenle ancak bu güvenin sonucu olarak Anayasa'nın 17. maddesi anlamında sağlık hakkının

¹³¹⁶ Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 59.

¹³¹⁷ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 567.

¹³¹⁸ Dolan, *Medical Records*, 53; Leung, *Law for Doctors*, 36, 43; Encyclopedia Of Privacy, 379; Stauch, Wheat and Tingle, *Sourcebook On Medical Law*, 235; Hope, Savulescu and Hendrick, *Medical Ethics*, 96,98.

¹³¹⁹ Stauch, Wheat and Tingle, *Sourcebook On Medical Law*, 235.

¹³²⁰ Jones and McCullough, *Limits of Confidentiality*, 521.

¹³²¹ Carr, *Beginning Medical*, 15.

¹³²² Soyaslan, *Hekimlerin Ceza*, 132; Hakeri, *Tıp Hukuku*, 889; Sevik, *Tıp Ceza*, 794; Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 59; Encyclopedia Of Privacy, 379.

¹³²³ Cahid Doğan, *Sağlık Haklarından*, 108.

¹³²⁴ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 889; Sevik, *Tıp Ceza*, 794.

¹³²⁵ Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 59.

bir parçası olan maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme, 56. maddesi anlamında hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürme hakları gerçek anlamda hayat bulabilecektir.¹³²⁶ Bunlara ek olarak sağlık verileri özelinde kişinin yaşama hakkının da bu suç ile korunan hukuki yararlarından olduğu söylenebilir.¹³²⁷ Böylece kişinin hasta olarak kendilerine başvurmasının zorunlu olduğu bir mesleği icra eden kişilerin edindikleri bilgileri hukuka aykırı olarak açıklayacağı endişesi taşımadan bireysel sağlık hakkına erişimleri sağlanmaya¹³²⁸ çalışılmaktadır. Yani ilk planda bireyin sağlık hakkı korumaktadır.¹³²⁹ Yine tıp mesleğini yerine getiren kişilerin meslekleriyle ilgili olarak kişilerin sağlık durumuna ait verileri gizli tutacaklarına dair inancı içeren toplum yararı da bu suç tipiyle korunmaktadır.¹³³⁰ Bu anlamda kişinin sağlık hakkının korunması sayesinde, bireylerden oluşan toplumun da sağlık hakkı korunmuş olacaktır.¹³³¹ Zira toplumun sağlığı sağlıklı bireylere bağlıdır.¹³³²

İnceleme konusu suçun düzenlendiği maddede suçun konusunu oluşturan kişisel verilerin sır olarak nitelendirilen, sahibinin diğer kişilerin erişimine ve öğrenmesine izin vermediği veri niteliğinde olması aranmamaktadır. O halde sırrın mahremiyeti bu anlamda doğrudan suçla korunan hukuksal değer niteliği taşımamaktadır. Fakat çoğunlukla sır niteliğindeki bilgilerin aynı zamanda kişisel veri niteliğinde olması da mümkündür. Bu yönüyle aynı anda hem kişisel veri hem de sır niteliğinde olan bir bilginin bu suç tipinin konusunu oluşturmaları halinde ise sırrın korunmasının ancak dolaylı olarak korunan hukuksal bir değer olabileceği¹³³³ savunulmuştur. Ancak biz bu şekilde sırrın korunması gibi ayrı bir hukuki değer ayrımı yapılmasını doğru bulmamakta, bunun da özel hayatın gizliliği kapsamında korunmakta olduğunu düşünmekteyiz.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da suçla korunan hukuksal yararı yukarıdaki açılımlarımız ile uyumlu bir şekilde “*TCK’nin 136. maddesinde tıpkı 135. maddesinde*

¹³²⁶ Benzer mahiyette bir yaklaşım için bkz. Cahid Doğan, *Sağlık Haklarından*, 107.

¹³²⁷ Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 59.

¹³²⁸ Sevük, *Tıp Ceza*, 794-795.

¹³²⁹ Encyclopedia Of Privacy, 379; Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 15.

¹³³⁰ Sevük, *Tıp Ceza*, 794-795.

¹³³¹ Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 15; Hakeri, *Tıp Hukuku*, 889.

¹³³² Hakeri, *Tıp Hukuku*, 889.

¹³³³ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 121-122.

*olduğu gibi korunan hukuki değer genel olarak kişilerin özel hayatı ve hayatın gizli alanı, özelde ise kişisel veriler*¹³³⁴” olarak kabul etmektedir.

Netice itibariyle bu suçla aynen kişisel verilerin kaydedilmesi suçunda olduğu gibi kişisel sağlık verilerinin suçun konusunu oluşturması durumu özelinde olmak üzere insan onuru çerçevesinde kişilerin yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme, özel hayatın gizliliği hem bireysel hem de toplumsal bazda sağlık haklarının korumakta olduğunu düşünüyoruz.

2.2.2.3. Suçun Unsurları

2.2.2.3.1. Maddi Unsurlar

2.2.2.3.1.1. Fail

Faillik kavramının neyi ifade ettiğini ve ceza hukuku açısından ne gibi bir önem taşıdığını kişisel verilerin kaydı suçu kapsamında ayrıntılı bir şekilde incelemeye çalıştık.¹³³⁵ Bu nedenle bu başlık altında ayrıca değinilmeyecek doğrudan inceleme konusu suçta fail açısından önem arz eden hususlara değinilecektir.

Bu suçun düzenlendiği madde metninde suçu işleyebilecek kişi açısından herhangi bir özellik belirtilmemiştir. Bu nedenle söz konusu suçun faili herkes yani herhangi bir gerçek kişi olabilir.¹³³⁶ Suç tanımında suçun faili açısından sadece “*kişi*” sözcüğü kullanılmış olduğundan herkes bu suçun faili olabilir.¹³³⁷ O halde suç oluşturan “*vermek, yaymak veya ele geçirmek*” fiillerini herkes gerçekleştirebilir.¹³³⁸ Bu yönüyle suçun bir kamu görevlisi veya belli bir meslek sahibi bir kimse tarafından işlenmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.¹³³⁹ Bu itibarla mülga 765 sayılı TCK’de fail sınırlanmışken yeni TCK’de failin sınırlanmadığını¹³⁴⁰, bu yönüyle daha geniş bir fail

¹³³⁴ YCGK., 17.06.2014, E. 2012/1510, K. 2014/331, TC. Adalet Bakanlığı Uyap Mevzuat İctihat Programı.

¹³³⁵ Konuya ilişkin olarak ilgili başlık altındaki açıklamalara bakılabilir.

¹³³⁶ Aynı yönde İstek, *Hasta Mahremiyeti*, 200; Hakeri, *Tıp Hukuku*, 895; Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hayata*, 21; Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 151; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 153; Sevik, *Tıp Ceza*, 793; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 29; Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2747; Özalp ve Özalp, *Hekimin Cezai*, 141; İtişgen, *Türk Ceza*, 189; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İctihatlı*, 3. Cilt, 4122; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2093; Cahid Doğan, *Sağlık Haklarından*, 115; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 567; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 123; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 164; Bük, *Elektronik Ortamda*, 179; Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 60.

¹³³⁷ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 567; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 123.

¹³³⁸ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İctihatlı*, 3. Cilt, 4122.

¹³³⁹ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 895.

¹³⁴⁰ Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 78.

tanımının mevcut olduğunu¹³⁴¹ ve bu nedenle inceleme konusu suçun fail bakımından özgü suçlardan olmadığını¹³⁴² görmekteyiz.

Tıp Ceza Hukuku yönüyle suçun failinin sağlık görevlileri¹³⁴³ olduğu öne sürülmüştür. Ancak biz bu kanaate değiliz. Tıp ceza hukuku yönüyle esasında öncelikli fail bu görevliler olsa da bu alanda da fail kavramı daha geniştir. Bu hukuk alanında da fail kavramı sınırlı olmayıp toplumda yaşayan herkes suçun faili olabilir. Örneğin sağlık görevlisi olmayan bir elektronik mühendisi yerine göre bu suçun faili olabilmektedir. Çünkü tıp hukuku sadece sağlık görevlilerini konu edinmemektedir. Tıp alanında olmak üzere herkes gerçekleştirildiği faillilerde tıp hukukunun konusuna dâhil olabilmektedir. Bu nedenle örneğin hasta kayıtlarının başka bir hasta ya da yakını veya tamamen ilgisiz bir üçüncü kişi tarafından ifşa edilmesi hali de tıp hukuku kapsamında değerlendirilmelidir. Yani sağlık personeli dışındaki kişilerde tıp alanında kişisel verilerin açıklanması suçunun faili olabilir. Dolayısıyla sağlık verilerine herhangi bir şekilde erişim imkânı olan herkes bu suçun faili olabilir.¹³⁴⁴ Bu nedenle biz suçun failinin sağlık çalışanları olduğunu belirtmekten kaçınmakta ve bunların nitelikli hal kapsamında failliğin önem arz ettiğini belirtmeyi daha doğru görmekteyiz.

Suçun kamu görevlisi tarafından ve görevin verdiği bir yetki kötüye kullanılmak suretiyle veya belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi hali cezayı ağırlaştıran nitelikli hal olarak düzenlemiştir.¹³⁴⁵ Bu itibarla aynen 135. maddede olduğu gibi, bu suç da temel şekli herkes tarafından işlenebilen, ancak belli kişiler tarafından işlendiğinde suçun nitelikli halinin oluştuğu, fail açısından görünüşte özgü bir suçtur.¹³⁴⁶ Bu nedenle bu sıfatı taşımayan kişiler ancak yardım eden olabilirler.¹³⁴⁷ İşte Tıp Ceza Hukuku yönüyle failin sağlık çalışanları olması ayrı bir önem arz eder.

¹³⁴¹ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 895.

¹³⁴² Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2747.

¹³⁴³ Özalp ve Özalp, *Hekimin Cezai*, 141.

¹³⁴⁴ Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 60.

¹³⁴⁵ Hafızoğulları ve Özen, *Özel Hayata*, 21; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2093; Bük, *Elektronik Ortamda*, 179; Hakeri, *Tıp Hukuku*, 895; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 165.

¹³⁴⁶ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 895; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 165.

¹³⁴⁷ İtişen, *Türk Ceza*, 190.

Sonuç olarak Kanun, suçu özgü suç olarak kabul etmediğinden herhangi bir şekilde kişisel verilerin kendisine güvenilerek verildiği herkes fail olabilir.¹³⁴⁸ Bu durumda sıfatı ne olursa olsun herkesin fail olabilmesi ve bu kapsamda aynı şekilde bir ceza sorumluluğuna tabi tutulması bazı eşitsizliklere neden olabilecektir. Fiilin haksızlık içeriği itibarıyla bakıldığında bir hekim ile tesadüfen hasta odasında bulunan herhangi bir kişinin bu anlamda eşit kabul edilmesi doğru olmayacaktır. Zaten bu nedenle yasa koyucu 137. madde ile kamu görevlisi olmayı ya da belli meslek veya sanatın icrasını ağırlatıcı bir nitelikli hal olarak düzenlemiştir. Ancak sağlık çalışanlarının ve özellikle hekimlerin toplumdaki güvenin merkezinde olmaları ve bu nedenle çok hassas nitelikteki kişinin yerine göre aile üyelerine dahi aktarmadığı bir kısım verilerin kendilerine aktarılmaları nedeniyle, bu verilerin zarar verme boyutunun kişinin kişisel ve sosyal yaşamını ağır bir şekilde etkileyebilecek olması nedeniyle bu görevliler hakkında daha ağır bir nitelikli halin düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

2.2.2.3.1.2. Mağdur

Suçun mağduruna ilişkin olarak maddede herhangi bir özellik belirtilmemiş olduğundan, bu suçun mağduru herkes (her gerçek kişi) olabilir.¹³⁴⁹ Bu nedenle suçun mağduru bakımından da herhangi bir hususiyet mevcut değildir.¹³⁵⁰

Suçtan doğrudan doğruya zarar gören kişisel verinin ilgili olduğu herkes, suçun mağduru olarak kabul edilecektir¹³⁵¹. Bu anlamda tüzel kişilerin suçun mağduru olup olamayacakları tartışılmıştır. Bazı yazarlar tüzel kişilerin de bu suçun mağduru olabileceğini düşünmektedirler. Bunlara göre “kişi” ve “kişisel” kavramları ile yalnızca gerçek kişilere güvence sağlanmanın hedeflemiş olduğunun kabulü yasanın amacı ile de çelişecektir. Yine suçu tanımlayan maddede korunan hukuki yararın mağduru olabilecek kişiler bakımından gerçek kişi- tüzel kişi ayrımı yapmamakta bu nedenle tüzel kişilerinde suçun mağduru olabilmesi gerekmektedir.¹³⁵² İncelenen önceki suçtan farklı olarak madde gerekçesinde bu konuda bir işaret bulunmamaktadır. Ancak kişisel

¹³⁴⁸ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 896.

¹³⁴⁹ Bük, *Elektronik Ortamda*, 195; Gerçeker, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2747; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 567; Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 151; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 153; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 29; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 165; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2093; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4125; İstek, *Hasta Mahremiyeti*, 200; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 123.

¹³⁵⁰ Gerçeker, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2747.

¹³⁵¹ İtişgen, *Türk Ceza*, 190.

¹³⁵² Bük, *Elektronik Ortamda*, 195.

verileri incelediğimiz kısımda da değindiğimiz üzere kişisel veriler, gerçek kişilerle ilgili verilerdir. İşte bu kapsamda tüzel kişinin bu suçun da mağduru olamayacağını düşünüyoruz.¹³⁵³ Yani mağdur, sadece gerçek kişiler olabilecek¹³⁵⁴, tüzel kişiye ilişkin veriler bu suç tipinin konusu olamayacaktır. Ancak tüzel kişi gerçek kişiye ait bir veri üzerinden zarar görebilir. Bu kapsamda tüzel kişi sadece suçtan zarar gören olarak kabul edilebilecektir.¹³⁵⁵

Suçun mağduru, verilerin sahibi olan kişidir.¹³⁵⁶ Ancak bu sahiplik klasik olarak mülkiyet anlayışı kapsamında değerlendirilmemelidir. Bu yönüyle kaydedilen verinin maliki ya da zilyedi olmaya gerek yoktur. Suçun konusu verinin mağdur ile ilgili olması mağdur olmak anlamında yeterlidir.¹³⁵⁷

Öğretide suçun mağdurunu daraltıp “hasta” olarak nitelendirmeyi doğru bulan yazarlar bulunmaktadır.¹³⁵⁸ Böyle düşünenlere göre kişi, sağlık kurumuna başvurup hasta kaydı olduğunda ilk adımı atmış olacak ve bundan sonra kişi, tıp literatüründe artık hasta olarak anılacak ve bu suçun mağduru olma potansiyeli yüksek kişi haline gelecektir.¹³⁵⁹ Ancak biz bu çıkarımın ikinci kısmına katılmakla birlikte, tıp hukuku yönüyle mağdurun sadece “hasta” kavramına indirgenmesini doğru bulmamaktayız. Çünkü “hasta” kelimesi, “hastalık, kaza veya yaralanma dolayısıyla fizik veya ruh sağlığı bozulmuş ve tedavi edilmesi gereken kimse, rahatsız”¹³⁶⁰, “esenliği yerinde olmayan, sağlığı bozuk olan, organlarından herhangi birinin işleyişinde bir bozukluk duyumsayan kimse”¹³⁶¹ olarak tanımlandığına göre sağlık kuruluşları ile sadece hastalar kişisel verilerinin işlenmesi anlamında bir ilişki içine girmemektedir. Üst başlıklarda da değindiğimiz üzere hastaların dışında herhangi bir iş başvurusu için sağlık raporu olmaya gelenler, genel sağlık kontrolü amacıyla gelenler ya da herhangi bir hukuki

¹³⁵³ Aynı yönde Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hayata*, 21; Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 151.

¹³⁵⁴ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 165; İtişgen, *Türk Ceza*, 190.

¹³⁵⁵ İtişgen, *Türk Ceza*, 190; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 29; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 165.

¹³⁵⁶ Bük, *Elektronik Ortamda*, 192.

¹³⁵⁷ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 154.

¹³⁵⁸ Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 61.

¹³⁵⁹ Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 61.

¹³⁶⁰ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <https://sozluk.gov.tr/> (30/04/2020).

¹³⁶¹ Google Sözlük, *Hasta*, https://www.google.com/search?ei=4JaQXqfNI42MmwXUx5WA&q=hasta+nedir+&oq=hasta+nedir+&gsllp=CgZwc3ktYWIQAzIHCAAQRhD5ATICCAAyBggAEBYQHjIGCAAQFhAeMgYIABAWEB4yBgAEBAEBYQHjIGCAAQFhAeUOvAAVjrWAFgqSMBaABwAHgAgAGjAYgBnQOSAQMwLjOYAQCGAQGqAQdnD3MtD2l6&sc_lent=psyab&ved=0ahUKEwinvdHl54_pAhUNxqYKHdRjBaAQ4DudCAw&uact=5, (25.06.2020).

işlem öncesi ruh sağlığının yerinde olup olmadığını tespit amacıyla gelenlerin de kişisel verileri işlenmektedir. Bu nedenle bu sayılanlar da bu suçun mağduru olma potansiyeline yüksek olasılıkla sahiptirler. Bu yönüyle tıp hukuku anlamında aynen kişisel veride olduğu gibi suçun mağdurunun da bu şekilde sınırlandırılmasını doğru bulmamaktayız. Bu anlamda da herkes, bir şekilde sağlık kuruluşları ya da sağlık personelleri ile kişisel sağlık verilerinin işlenmesi anlamında ilişki içine girebilir ve suçun mağduru olabilir. Bu açıdan yapılabilecek belki de tek sınırlama sağlık kuruluşları ile ya da serbest çalışan sağlık meslek mensuplarıyla kişisel sağlık verilerinin işlenmesini gerektirecek şekilde ilişki içine girilmiş olmasıdır. Hatta bu şekilde kurulan ilişkinin kesilmiş olması da mağdurluk sıfatını ortadan kaldırmaz.¹³⁶² Kişiye ait kişisel sağlık verileri yok edilmiş bile olsa kişilerin yani veri işlenenlerin beyinlerindeki veriler silinemediğine göre bir şekilde bu verilerin kullanılması halinde, örneğin bir sağlık çalışanı tarafından bu kişinin sağlık kuruluşunun psikiyatri polikliniğinden muayene olduğuna dair bilginin sözlü olarak açıklanmış halinde dahi suç oluşur ve kişi mağdur sıfatını kazanır.

2.2.2.3.1.2.1. Suçun Konusu

TCK'nin 136. maddesinde tıpkı 135. maddede olduğu gibi açıkça “*kişisel veri*” den bahsetmekte ve suçun konusu açık bir şekilde belirtilmektedir. Buna göre suçun konusu kişisel verilerdir.¹³⁶³ O halde kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme, ele geçirme veya yayma suçu ile kişisel verileri kaydetme suçunun konuları aynıdır.¹³⁶⁴ Bu nedenle kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu değerlendirirken konu başlığı altında yaptığımız açıklamalar burada da aynen geçerlidir.¹³⁶⁵

Kısaca değinmek gerekirse suçun konusu kapsamına, gerçek kişinin tanımlanması, ayırt edilebilmesi için kullanılabilecek her türlü bilgi dâhildir. Bu nedenle, çok geniş bir alanı kapsamaktadır. Neredeyse, kişiyi diğer kişilerden ayıran tüm özellikler bu kapsamdadır. Bu yönüyle kişilerin ırk, siyasi düşünce, felsefi inanç, din,

¹³⁶² Aynı yönde bkz. Karadağ, *Tıp Hukukunda*, 61.

¹³⁶³ Aynı yönde bkz. İtişgen, *Türk Ceza*, 182; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 567; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 151; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 153; Sevik, *Tıp Ceza*, 795; İstek, *Hasta Mahremiyeti*, 200; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 30; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İctihatlı*, 3. Cilt, 4125; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 165; Gerçeker, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2747; Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 15; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 125.

¹³⁶⁴ Geniş açıklama için 135. maddede düzenlenen suçun konusuna dair açıklamaları içeren ilgili başlığa bakılabilir. Ayrıca bkz. Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 30.

¹³⁶⁵ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 30.

mezhep veya diğer inançları, dernek vakıf veya sendika üyeliği, sağlık veya özel yaşamları her türlü mahkûmiyetleri, mezun olduğu okullar, kökenlerinin nereden geldiği, nereli oldukları, hangi yasal ve yasa dışı kurum kuruluş ve örgütleri destekledikleri, hangilerine antipatiyle baktıkları, hangi takımı tuttukları ve buna benzer tüm bilgiler suçun konusunu oluşturabilecektir. Bu kapsamda bir suçun kapsamının bu kadar geniş olmasının önceden öngörülemeyen olumsuz sonuçlar doğurabileceği belirtilmiştir.¹³⁶⁶

Suçun konusu gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi kapsamına aldığına göre kişiye ilişkin ve sağlık durumu ile ilgili tüm bilgiler de kişisel veri niteliğindedir. Bu nedenle kişisel veri kavramı daha üst bir kavram olup kişisel sağlık verilerini de içine almaktadır. Hatta KVKK kişisel sağlık verilerini 6. maddesinde “*Kişilerin ... sağlığı, cinsel hayatı, ..., biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir.*” şeklinde tanımlamak suretiyle normal kişisel verilere göre daha özel ve ayrı bir işlenme usulüne tabi tutulan veri grubuna dahil etmiştir. O halde kişisel sağlık verileri de tamamen kişisel veri niteliğinde olup taşıdıkları önem nedeniyle kişisel verilerin çok daha özellikli bir kısmını oluşturmaktadır. Bu sebeple kişisel sağlık verileri incelediğimiz suç tipinin konusunu oluşturmaktadır.

Kişisel verinin ve kişisel sağlık verisi kavramlarının neleri ifade ettiği konusuna çalışmamızın üst kısımlarında ayrıntılı bir şekilde değinildiği için burada tekraren değinmeyi faydalı bulmadık. Kişisel verilerin kaydı suçunda olduğu gibi bu suç tipi bakımından da tüm sağlık verilerinin mi bu kapsamda olduğu yoksa sır kapsamında değerlendirilmesi gereken kişisel sağlık verilerinin mi bu suçun konusunu oluşturabileceği sorgulanmış ve bu ekseninde tartışmalar yapılmıştır. Bu kapsamda suçun konuluş amacı gözetilerek kavramın sınırlandırılması gerektiği ve kişiye ait her türlü bilgi değil de ancak başkalarının duymasını istemeyeceği bilgilerin suçun konusu olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu yönüyle tıp hukuku bakımından, hastaya ait olup da hekim veya diğer sağlık personellerine veya diğer sağlık personeline aktırılan veya herhangi bir şekilde bu kimseler tarafından hukuka uygun bir surette öğrenilen ve başkaları tarafından duyulmasının istenmeyeceği, bu yönüyle gizli tutulmasında hastanın anlaşılır, makul bir nedeninin ve dolayısıyla korunmaya layık bir yararının bulunduğu her tür verinin veya bilginin, suçun konusu olan kişisel sağlık verisi olarak

¹³⁶⁶ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4125-4126.

kabul edilmesi gerektiği¹³⁶⁷ düşünülmüştür. Bu düşünceye göre subjektif kriter esas olarak bir hastanın kişisel görüşüne göre başkalarınca duyulmasını istemeyeceği bilgilerin suçun konusunu oluşturduğu kabul edilmelidir.¹³⁶⁸

Kaydetme suçuna ilişkin olarak yapılan açıklamalarda da belirttiğimiz üzere bu görüşe katılmamaktayız. Çünkü 5237 sayılı TCK’de düzenlenen kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından suçun konusunun mutlaka bir sır niteliği taşıması zorunlu değildir.¹³⁶⁹ Bu nedenle suçun konusu sır kapsamındaki kişisel verileri de kapsamına almakla birlikte ondan çok daha geniş olmalıdır. Aksine bir kabul, yasa koyucunun iradesine aykırılık taşıyacaktır. Bu nedenle daraltıcı yorumla kavramın içeriğini sınırlamak yerinde olmayacaktır.¹³⁷⁰ Zira maddede geçen kişisel veri kavramı, sır kavramından daha geniş yorumlanmaya müsaittir.¹³⁷¹ Yargıtay’ın bazı kararlarında¹³⁷² kriter olarak kabul edilen “*mağdura zarar verme olasılığı*”, yasada açıkça yazmayan ancak yasa koyucunun yasanın gerekçesinde belirtmiş olduğu iradesine daha uygun görülmektedir.

Tıp hukuku yönüyle suçun konusunun hastaya ait kişisel veriler olduğu ve bu kapsamda hastanın tedavisi ile ilgili tüm bilgilerin değerlendirilmesi gerektiği¹³⁷³ savunulmuştur. Ancak kişisel sağlık verilerinin kapsamına ilişkin tartışmalarda da belirtildiği üzere biz bu kanaatte değiliz. Zira tipiklikte sadece “*hasta bilgilerinden*” bahsedilmemektedir. Bu nedenle niteliğine bakılmaksızın tüm “*kişisel verilerle*” birlikte tüm “*kişisel sağlık verileri*” de suçun konusunu oluşturacaktır. Ayrıca sağlık kuruluşlarına sadece hastalar başvuramamaktır. Bu yönüyle, bir işe başvurabilmek, evlenebilmek, belli faaliyetleri icra edebilmek için sağlık durumu raporu almaya gelenler, yani hasta olmadıklarını belgelendirmeye çalışanlar başvurmaktadır. Yine tıbbi araştırmalar kapsamında olmak üzere denek olarak ilaçların testinde kullanılmaya rıza gösterenler, haklarında yapılan bir soruşturma kapsamında beden ya da akıl sağlığıyla ilgili olarak bilirkişi raporları almaya gelenler gibi pek çok kişi sağlık kurumlarına başvurmakta ve hizmet almaktadırlar. Bu anlamda sağlık kuruluşları sadece hastalara

¹³⁶⁷ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 890-891; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 73.

¹³⁶⁸ Sevik, *Tıp Ceza*, 796; Hakeri, *Tıp Hukuku*, 891.

¹³⁶⁹ Sedat Erdem Aydın, *AIHM İctihatları*, 119.

¹³⁷⁰ Sedat Erdem Aydın, *AIHM İctihatları*, 121.

¹³⁷¹ Özdemir, *Hadım Etme*, 200.

¹³⁷² YCGK., K. 2014/331.

¹³⁷³ Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 60.

hizmet vermemekte, toplumun çok geniş bir kesimine, çok değişik sektörlerle hizmet sunmaktadır. Ayrıca genel kabul gören düzenlemelere de giren kişisel sağlık verilerine ilişkin tanımlamaların hiçbirinde “hasta” kelimesi geçmemekte, “*bir gerçek kişinin fiziksel ya da zihinsel sağlığı ile ilgili tüm kişisel bilgiler*” kişisel sağlık verisi olarak kabul edilmektedir. Bu nedenlerle sadece hastalara ait bilgilerin suçun konusunu oluşturan kişisel sağlık verisi olarak kabul edilmesi isabetli bir yaklaşım değildir. Yine hekim tıbbi müdahale sırasında her zaman hastaya ait kişisel verileri öğrenmez. Bunun yanında hastanın kendisi dışında üçüncü kişilere mesela eşine, çocuklarına ilişkin bir bilgiyi hekimle paylaşabilir. Bu gibi durumlarda da aktarılan üçüncü kişiye ait bu bilginin korunması gerekmektedir. Bu kapsamda bu bilgilerin hukuka aykırı bir şekilde açıklanması halinde tipe uygun haksızlık gerçekleşmiş olur.¹³⁷⁴ Yani bu şekilde üçüncü kişilere ait olup da bir şekilde hekime aktarılan bilgiler de suçun konusunu oluşturabilecektir. Sonuç olarak hizmet alıcısının dosyasında yer alan tüm bilgiler ile tıbbi süreçler esnasında yaşamından alıntılanan bilgiler, ailesine ilişkin aktardığı bilgiler de dahil olmak üzere tüm kişisel veriler bu kapsamında kabul edilecektir.¹³⁷⁵

Bu konu bakımından önem arz eden bir husus daha vardır: Duruma göre kişinin sağlık durumu ile ilgili her türlü veri, korunması gereken ve bu nedenle suçun konusunu oluşturan veri niteliğini kazanabilir. Verinin kullanılma şekline göre hastaya zarar verme olasılığı olup olmadığının esas alınması gerektiğini düşündüğümüzü yukarıda da belirtmiştik. Buna göre aynı veri bazen suçun konusunu oluşturabilecekken bir başka durumda suçun konusunu oluşturamayabilir. Örneğin, kişinin takma bacaklı oluşuna dair bir bilgi yaptığı iş nedeniyle kişiden hizmet alınmasını olumsuz etkileyebilecek bir nitelik taşıyorsa bu bilgi suçun konusunu oluşturabilecekken başka bir durumda tam tersine kazanç artırıcı mahiyet taşıyor olabilir. Hatta bizzat veri öznesi tarafından bu amaçla kullanılıyor olabilir. Bu ikinci durumda bilgi aynı olmakla birlikte suçun konusunu oluşturan bir veri olarak kabul edilemeyecektir. O halde çözüm somut olayın özelliklerine ve failin kastına göre veri öznesine bu bilginin kullanım şekli itibariyle, ait olduğu gerçek kişiye “*zarar verme potansiyeline sahip olup olmadığına*” bakılarak bulunmadır.

¹³⁷⁴ Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 17.

¹³⁷⁵ Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 73.

Öğretide kurum ve kuruluşlar tarafından bilgisayar ortamına geçirilerek veya başka ortamlarda muhafaza edilen kişileri özel ve aile hayatı ile ilgili kişisel verilerin bu suçun konusunu oluşturduğu görüşü¹³⁷⁶ ortaya atılmıştır. Buna göre özel kişiler tarafından tutulan kayıtlar suçun konusunu oluşturmayacaktır. Ancak Kanun'un lafzı dikkate alındığında bu düşüncenin isabetli olmadığı anlaşılmaktadır. Zira TCK açısından kişisel veri kavramı, veriyi oluşturan bilgilerin mutlaka bilişim sisteminde kullanılabilen ve yine yalnızca bilişim sistemi vasıtasıyla aktarılabilen bilgiler olmasını zorunlu kılmamaktadır. Bu nedenle suçun konusunu, yazıyla veya başka herhangi bir şekilde kaydedilmiş veriler de oluşturabilir.¹³⁷⁷ Yani kişisel verilerin kayıtlı bulunduğu ortama göre bir sınırlandırma olmaksızın tüm kişisel veriler inceleme konusu suçun konusunu oluşturabilecektir.

Yargıtay'a göre de TCK m. 136 hükmünde düzenlenen suç tipinin konusu "kişisel sağlık verileri"dir. Bir kararında: "*Soruşturmacıya, mağdurun, sağlık bilgileri ve kullandığı ilaç bilgilerini içeren eczane çıktısı ile mağdurun kullandığı ilaçlara ve ilaçların bulunduğu poşete ait daha önce gizlice çektiği fotoğrafları verdiği olayda ...sanığın, mağdurun, kişisel veri niteliğindeki sağlık bilgilerini hukuka aykırı olarak ele geçirdiği ve yaydığı anlaşılmakla atılı suçtan mahkûmiyetine dair kabulde isabetsizlik görülmemiş*¹³⁷⁸ " denilerek yerel mahkemece verilen mahkûmiyet kararı onanmıştır. Yargıtay her ne kadar kişisel sağlık verisi tabirini kullanmasa da kişinin sağlık bilgileri ve kullandıkları ilaçlar tabiriyle kişisel sağlık verilerinin tamamını bu kapsamda gördüğünde tereddüt bulunmamalıdır. Aynı şekilde bir başka kararında Yargıtay "*katılanın sağlık durumu ve tedavi sürecini gösteren kişisel veri niteliğinde herhangi bir belgeye yer verilmediği*¹³⁷⁹" ifadesini kullanmaktadır. Buna göre sağlık durumu ve tedavi sürecini gösteren tüm bilgiler suçun konusunu oluşturan kişisel veri niteliği taşımaktadır.

Açıklanan bir kişisel verinin madde düzenlenen suçu oluşturabilmesi için, bilginin kapsamına giren olayın gerçek olması gerektiği, yani kişisel verinin gerçeği yansıtmaması gerektiği öne sürülmüştür. Buna göre ortada gerçek olmayan bir olayın

¹³⁷⁶ Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2093.

¹³⁷⁷ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, xxvi.

¹³⁷⁸ Y. 12. CD., 01.12.2014, E. 2014/3346, K. 2014/24191, www.kazanci.com/ kho2/ ibb/ files/ dsp. php? fn = 12cd- 2014-3346.htm & kw=`ilaç` `kişisel+veri` #fm, E.T. 30.04.2020.

¹³⁷⁹ Y. 12. CD., 02.06.2014, E. 2013/25397, K. 2014/13374, www.kazanci.com/ kho2/ ibb/ files/ dsp. php ? fn = 12cd- 2013-25397. htm&kw=`tedavi` `kişisel+ veri` #fm, E.T. 30.04.2020.

açıklaması durumu varsa TCK m.136 hükmünce değil diğer unsurlarının da bulunması halinde hakaret veya sövme suçları çerçevesinde değerlendirilmesi gerekecektir.¹³⁸⁰ Bu kapsamda hekimin sübjektif nitelikli düşünceleri ve kişisel tahminleri kişisel veri olarak görülmemiştir.¹³⁸¹ Yine hekimin özel hayatı içinde elde ettiği bilgilerin bu kapsamda olmadığı yani maddenin korunmasından istifade edemeyeceği düşünülmüştür. Hatta buna hekimin asansörde komşusunun sağlık durumu ile ilgili şikayetleri iletmesi hali örnek olarak verilmiş ve bu bilgilerin korunması gereken kişisel veri olarak sayılamayacağı belirtilmiştir.¹³⁸² Ancak biz bu kanaate değiliz. Zira hekimlik sadece mesai saatleri içinde ve sadece sağlık kurumunda iken öğrenilen bilgileri kapsamına alan bir meslek değildir. Bundan çok daha geniş bir alanı kapsamaktadır. Örneğin hekimin görevli olmadığı bir anda dahi gerçekleşen bir yararlanma veya hastalanma durumunda dahi müdahale yükümlülüğü bulunmaktadır. Zira Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'ne göre (m. 18) “*Tabip ve dış tabibi, acil yardım, resmi veya insani vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere, mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir.*”. Bu sebeple, acil bir durumda hastaya müdahale eden hekimin bu yardım sebebiyle öğrendiği veriler de madde kapsamında değerlendirilmelidir. TCK m. 136 hükmü açısından önemli olan husus, sağlık personelinin fiilen kamusal veya özel nitelikte bir sağlık hizmeti sunup sunmadığı değil muhatabı ile arasında tıbbi müdahale nedeniyle (“*sağlık personeli sıfatıyla*”) bir ilişkinin kurulup kurulmamasıdır. Bu yönüyle kendine aktarılan bu tip bilgiler hekim olması nedeniyle ve onun sırrını koruyacağına olan güven nedeniyle aktarılmaktadır. Dolayısıyla hekimin bu kişisel verilerin korunması sorumluluğu devam etmektedir. Bu nedenle kendisine “fiilen” görevli olmadığı bir esnada dahi ancak “*hekimlik sıfatı dolayısıyla*” aktarılan bilgilerin de bu kapsamda olduğunu düşünüyoruz. Ancak bir hekime, hekimlikle ilgili olamayan veya onun hekim olması dolayısıyla değil de tamamen bir dost olarak sırrını tevdi eden kimsenin bu sırrı bu kapsamda değindirilmemelidir.¹³⁸³ Yani sadece hekimin özel hayatında ve hekimlik sıfatından kaynaklanmayacak şekilde vakıf olduğu bilgiler bu kapsamda kabul edilmeyecektir.

¹³⁸⁰ Cin, *Tıp Etiği*, 138.

¹³⁸¹ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 893.

¹³⁸² Hakeri, *Tıp Hukuku*, 893.

¹³⁸³ Aynı yönde bkz. Cin, *Tıp Etiği*, 61.

2.2.2.3.1.2.2. Hareket

Suçu oluşturan hareketler TCK'nin 136/1 maddesinde “verme”, “yayma” veya “ele geçirme” olarak ¹³⁸⁴ sınırlı sayma yöntemiyle (ve seçimlik bir şekilde) belirtilmiştir.¹³⁸⁵ Bu nedenle kişisel verilerin hukuka aykırı olarak başkasına verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi eylemleri bağımsız bir suç tipi olarak ¹³⁸⁶ suçun hareket unsurunu oluşturmaktadır.¹³⁸⁷ Bu sayılanlar seçimlik hareketler olup suçun hareket unsuru bu hareketlerden birinin ya da birkaçının gerçekleştirilmesinden ibarettir.¹³⁸⁸ Buna göre bu suç seçimlik hareketli bir suçtur.¹³⁸⁹

Suçun kanuni tanımında birbirinin alternatifi olarak gösterilen hareketlerden birisinin gerçekleştirilmesiyle işlenebilen suçlara seçimlik hareketli suçlar ¹³⁹⁰ denildiğinden yukarıda bahsedilmişti. Tipik hareketlerden birinin yapılması suçun oluşması açısından yeterlidir ¹³⁹¹ , hepsinin birden yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır.¹³⁹² Yani suçun hareket unsuru seçimlik olarak tanımlanmış olup bu hareketler kişisel verilerin başkasına verilmesi, kişisel verilerin yayılması ve kişisel verilerin ele geçirilmesi hareketleridir.¹³⁹³ Bu sayılan hareketlerin birden fazlasının gerçekleştirilmesi halinde dahi iki ya da üç ayrı suç değil bir tek bir suçun var olduğu kabul edilmelidir.¹³⁹⁴ Suçun oluşmasından sonra konuya ilişkin yapılan diğer seçimlik

¹³⁸⁴ Erbaş, *Sağlık Mesleği*, 34; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 71; Sevik, *Tıp Ceza*, 798; Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 152; Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 62; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 649; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 567; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4126; Bük, *Elektronik Ortamda*, 121; Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 19; Hafızoğulları ve Özen, *Özel Hayata*, 21.

¹³⁸⁵ Sevik, *Tıp Ceza*, 798; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 154; İngiliz hukukunda bu seçimlik hareketler elde etmek, ifşa etmek, sağlamak veya elde edildikten sonra tutmak (alıkoymak) şeklinde sayılmıştır. Bkz. Data Protection Act 2018, Chapter 12, Section 170/1, 97-98.

¹³⁸⁶ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 24; Ergün, *Siber Suçların*, 116.

¹³⁸⁷ Ergün, *Siber Suçların*, 116; Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2747; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 649.

¹³⁸⁸ Akdağ, *Türk Ceza*, 120.

¹³⁸⁹ Hafızoğulları ve Özen, *Özel Hayata*, 21; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 27; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 649; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 567; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4126; Bük, *Elektronik Ortamda*, 121; Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 19; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 132; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 72; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 154; Akdağ, *Türk Ceza*, 120.

¹³⁹⁰ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 114-115; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 161.

¹³⁹¹ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 567; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4126; Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2747; Özalp ve Özalp, *Hekimin Cezai*, 142; Bük, *Elektronik Ortamda*, 121; İtişgen, *Türk Ceza*, 186; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2093; Güven, *Hasta Bilgilerinin*, 65; Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 20; Akdağ, *Türk Ceza*, 120.

¹³⁹² Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2747.

¹³⁹³ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 129.

¹³⁹⁴ İstek, *Hasta Mahremiyeti*, 201; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 567; Dülger, *Kişisel*

hareketler cezalandırılmayan sonraki hareketler niteliği taşımakta ve failin tek bir suç işlediği kabul edilmektedir.¹³⁹⁵ Bununla birlikte temel ceza ceza tayin edilirken seçimlik hareketlerden birden fazlasının gerçekleştirildiği hususunun göz önünde tutulması gerekmektedir.¹³⁹⁶

Belirtilen hareketler kişisel verinin bir kimseye ait olduğu anlaşılacak şekilde yapılması halinde suç oluşacaktır.¹³⁹⁷ Bu kapsamda ferdileştirme yapılmaksızın yani belli bir gerçek kişi ile ilişkilendirilebilir kılınmaksızın yapılan açıklamalar hukuka aykırılık taşımayacak¹³⁹⁸ ve inceleme konumuz suçu oluşturmayacaktır. Yani teknik söyleyişle “anonimleştirilmiş” olarak bir veri bu sayılan hareketlerin konusunu oluşturursa hastanın mahremiyet ihlal edilmiş olmayacağı¹³⁹⁹ için eylem suç teşkil etmeyecektir. Yine suçun hareket unsuru sınırlı sayma yöntemiyle belirlendiğine göre verme, yayma ya da ele geçirme niteliğinde kabul edilemeyen hiçbir davranış suç oluşturan hareket olarak kabul edilemezler.¹⁴⁰⁰ Örneğin *gösterme* davranışı aslında kişisel verinin aktırılması niteliğinde olduğundan verme olarak kabul edilebilir ve eylem cezalandırılır. Ancak *saklama (alıkoyma)*, *erişilemez kılma*, *bir kenara kaldırma* ya da *yerini değiştirme*, *satma*, *satışa arz etme*, *satış için reklamını yapma*¹⁴⁰¹, *değiştirme* *tahrif etme* şeklindeki davranışlar verme, yayma veya ele geçirme olarak kabul edilemeyeceğinden suç oluşturan hareketler olarak değerlendirilemezler.¹⁴⁰² Yine aynı kapsamda kişisel bilgileri *alanın* eylemi ile ilgili kanunda herhangi bir düzenleme yer almadığı¹⁴⁰³ öne sürülmüştür. Ancak bu fikre katılmak mümkün gözükmemektedir. Zira seçimlik hareketlerden olan ele geçirme hareketi fiziki ve somut olarak mevcut bir verinin alınmasında kapsamına almaktadır. Bu nedenle “*almak*” eylemi aynı zamanda onun “*ele geçirilmesi*” sonucunu kendiliğinden doğurmaktadır.

¹³⁹⁵ Verilerin, 132; Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hayata*, 21; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 27; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 72; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 154; Akdağ, *Türk Ceza*, 120.

¹³⁹⁶ İtişgen, *Türk Ceza*, 187.

¹³⁹⁷ Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hayata*, 21; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 27; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 162.

¹³⁹⁸ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 649.

¹³⁹⁹ Langmack, *Ceza Hukuku*, 462.

¹⁴⁰⁰ Maclean, *Briefcase on Medical*, 162.

¹⁴⁰¹ Sevik, *Tıp Ceza*, 798. Öğretideki bir düşünceye göre suç sadece bu hareketlerden biriyle işlenebildiğinden, esasında bağlı hareketli suç olarak da nitelendirilebilir. Görüş için bkz. Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 649.

¹⁴⁰² İngiliz hukuk sisteminde bu hareketlerin neredeyse tamamı suç olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. bkz. Data Protection Act 2018, Chapter 12, Section 170/1, 4, 5, 6, 98.

¹⁴⁰³ Aynı yönde Sevik, *Tıp Ceza*, 798.

Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4122.

Maddede verilerin “açıklanması” eylemine yer verilmediği, bu nedenle bu nitelikteki davranışların inceleme konusu suçu oluşturmayacağı, sadece TCK’nin 134. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirilmesi gerekeceğini düşünenler¹⁴⁰⁴ olmuştur. Ancak biz düşünceye katılmamaktayız. Aşağıda ayrıntılı bir şekilde anlatılacağı üzere kişisel verilerin bir kişiye açıklanması halinde verme, birden fazla kişiye açıklanması halinde ise yayma eylemleri gerçekleştirilmiş olacaktır. Bu nedenle ayrıca “açıklama” eyleminin sayılmamış olması bir eksiklik değildir.

Madde gerekçesinde de özel olarak açıklandığı üzere bu suçun konusunu oluşturan kişisel verilerin hukuka uygun veya hukuka aykırı olarak kaydedilmiş olması suçun oluşumu bakımından önem arz etmeyecektir.¹⁴⁰⁵ Bu anlamda daha önce kaydedilmiş olan bir kişisel verinin hukuka aykırı olarak verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi söz konusu ise bu kaydın hukuka uygun veya aykırı olduğuna bakılmaksızın bu suç oluşacaktır.¹⁴⁰⁶ Yani kaydın hukuka uygun olarak yapılıp yapılmaması bu anlamda bir önem taşımamaktadır.¹⁴⁰⁷ Bu kapsamda veriler hukuka uygun olarak kaydedilmiş olsa dahi inceleme konusu suç oluşabilir.¹⁴⁰⁸ Burada önemli olan ister kendisinin bizzat sahip olduğu, isterse kaydedilmiş verilerin verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesidir.¹⁴⁰⁹ Ancak böyle düşünmeyip suçun oluşumu için hukuka aykırı elde edilen kişisel verinin yine hukuka aykırı olarak verilmesi, yayılması gerektiğini¹⁴¹⁰ öne sürenler de bulunmaktadır. Ancak biz bu düşünceye katılmıyoruz. Çünkü suçu oluşturan tipik hareketler hukuka aykırı olarak verileri vermek veya yaymaktır. Bu hareketler kişisel verilerin kaydedilmesi suçundan bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır.¹⁴¹¹ Bu nedenle bu hareketlerin dışında hukuka aykırı olarak kaydetme de varsa bu hareketler aynı anda gerçekleştirilmemiş olmak kaydıyla ayrıca kişisel verilerin kaydedilmesi suçu da oluşacaktır.

¹⁴⁰⁴ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 155.

¹⁴⁰⁵ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İctihatlı*, 3. Cilt, 4126; Bük, *Elektronik Ortamda*, 122; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 132; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 148; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 155; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 164.

¹⁴⁰⁶ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 155; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 162; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 152.

¹⁴⁰⁷ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 313; Sevik, *Tıp Ceza*, 798.

¹⁴⁰⁸ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 895.

¹⁴⁰⁹ Sevik, *Tıp Ceza*, 798.

¹⁴¹⁰ İstek, *Hasta Mahremiyeti*, 201.

¹⁴¹¹ Aynı yönde Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 162.

İnceleme konusu suç, “verme” veya “ele geçirme” seçimlik hareketleri açısından, hareketin yapılmasıyla suç oluşacağından “ani suç” niteliğindedir.¹⁴¹² Ancak suçun mütemadi şekilde işlenmesi de mümkündür.¹⁴¹³ Özellikle de “yayma” hareketi açısından değerlendirildiğinde suçu hem ani suç hem de mütemadi suç şeklinde işlenebilir.¹⁴¹⁴ Örneğin özellikle bilişim ortamında kişisel verilerin yayılması (eylem bütünlüğü içerisinde verilerin açıklanmaya devam edilmesi- zamansal bütünlük içerisinde veri akışının bulunması) sırasında eylem bir süre devam edebilecektir.¹⁴¹⁵ Kişisel verilerin posta yoluyla birden fazla kimseye gönderilmeleri durumunda ise posta bu kişilere (muhataplarına) ulaştığı anda yayma fiili işlenerek suç oluşacağından, ani suç olarak değerlendirilecektir.¹⁴¹⁶

Suçun mütemadi olarak işlendiğinin kabul edildiği durumlarda suç, devam eden eylemin, temadi eden eylemin bittiği zaman gerçekleştirmiş kabul edilecek ve zaman aşımı bu andan itibaren geçerli olacaktır.¹⁴¹⁷ Ancak suçun mütemadi bir niteliğinin olmadığını düşünenler de bulunmaktadır. Böyle düşünenlere göre suç kesintisiz bir nitelik taşımaz. Özellikle ele geçirme fiili bakımından ele geçirildikten sonra belli bir sürenin geçmesi verini bir süre saklanması şart değildir. Veri, hukuka aykırı olarak ele geçirilmekle tamamlanmış olur. Bu yönüyle suç neticesi bakımından ani bir suçtur.¹⁴¹⁸ Ancak biz bu kanaate katılmıyor, fiilin gerçekleştiriliş tarzına göre mütemadi bir nitelik kazanabileceğini düşünüyoruz.

Suçun hareket unsurunu oluşturan seçimlik hareketleri çalışmamızın kapsamı gereği ayrı ayrı incelemekte fayda bulunmaktadır. Ancak her seçimlik hareketin ortak unsuru olan “başkasına” ibaresine bu aşamada değinilmesi gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki maddede geçen “başkası” kelimesi, gerçek kişiyi kapsamına aldığı gibi tüzel kişiyi de kapsamına almaktadır.¹⁴¹⁹ Zira hukuki anlamda tüzel kişilerin de kişilikleri vardır ve onlara gönderilen verileri de yine gerçek kişiler görmektedir.¹⁴²⁰ Bu nedenle

¹⁴¹² Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 164.

¹⁴¹³ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 161; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 32; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 158.

¹⁴¹⁴ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 164.

¹⁴¹⁵ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 29. Öğretide verinin internet ortamında kaldığı müddetçe fiilin/ neticenin temadi edeceği öne sürülmektedir. Açıklama için İtişgen, *Türk Ceza*, 196.

¹⁴¹⁶ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 164.

¹⁴¹⁷ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 32; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 158.

¹⁴¹⁸ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 568.

¹⁴¹⁹ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 130; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 154; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 27.

¹⁴²⁰ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 27.

kişisel verinin tüzel kişiye verilmesi durumunda da suç oluşacaktır.¹⁴²¹ Zaten TCK'nin 136. maddesinde aksi yönde bir sınırlandırma yoktur.¹⁴²²

Sağlık çalışanları açısından söz konusu olabilecek seçimlik hareket daha çok “verme” veya “yayma” şeklinde olabilir.¹⁴²³ Konumuz açısından daha somut olarak bakıldığında hastanın veya diğer hizmet alıcısının güvenerek sağlık personeline aktardığı bilgilerin yani kişisel sağlık verilerinin bu bilgiye sahip olmayan veya bu bilgileri sahip olup olmadığının kesin olarak bilinmeyen kişilere aktarılması suçun maddi unsurunu oluşturur.¹⁴²⁴ Yani sağlık kurum ve kuruluşları ile özel çalışan sağlık meslek mensuplarında bulunan hastalarına ya da hizmetten yararlanan tüm kişilerle ilişkili kişisel sağlık verilerinin hukuka aykırı olarak başkasına verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi halleri suçun hareket unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁴²⁵ Bu yönüyle kişisel sağlık verilerinin bir veya birkaç kişiye söylenmesi, yazı veya işaretle bildirilmesi, hastanın fotoğrafının gösterilmesi veya herkesin görebileceği bir yere konulması neticesinde gizli kalması gereken kişisel sağlık verilerinin başkalarına öğrenilmesi halinde suç işlenmiş olacaktır.¹⁴²⁶

Tüm sağlık çalışanları hastaları hakkında dosya tutarlar ve dosyalara hastalar hakkındaki bilgileri kaydederler. Sağlık personellerinin hastalarına ait bilgileri tuttukları dosyalara kaydetmeleri mesleklerinin bir gereğidir ve hukuka uygundur. Ancak bir hekimin hastaları hakkında tuttuğu dosyadaki kişisel bilgileri başkalarına vermesi veya yayması halinde maddede düzenlenen suç oluşacaktır.¹⁴²⁷ Bu kapsamda bir hekimin bir başka hekimle –hukuki/ haklı bir sebebe dayanmaksızın- hastası ile ilgili verileri paylaşması da TCK m.136 anlamında suç oluşturacaktır. Ancak hekim, tedavi ile ilgili bir ekibe ihtiyaç duyuyorsa konsültasyon nedeni ile bir başka hekime veri aktarması gerekiyorsa bu durumda inceleme konusu suç oluşmayacaktır. Burada hekimin diğer hekime aktaracağı hizmet alıcısına ilişkin tüm kişisel veriler olmayacaktır. Bu yönüyle danıştığı hekimin bilmesi gerektiği kadar veri aktarımı yapılması gerekmektedir.¹⁴²⁸ Ayrıca uzman hekimin stajyere izahat vermesi, hastane protokol defterine kayıt

¹⁴²¹ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 130.

¹⁴²² Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 154; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 27.

¹⁴²³ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 896.

¹⁴²⁴ Erbaş, *Sağlık Mesleği*, 34; Hakeri, *Tıp Hukuku*, 896.

¹⁴²⁵ Benzer mahiyette Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2094.

¹⁴²⁶ Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet*, 146.

¹⁴²⁷ Ergün, *Siber Suçların*, 116.

¹⁴²⁸ Maclean, *Briefcase on Medical*, 165; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 78.

yapılması ifşa sayılmaz. Bu kapsamda bir kişisel sağlık verisinin yazılı rapora geçirilmesi halinde de eylem suç teşkil etmez.¹⁴²⁹ Ancak tıbbi kayıtlarda yer alan bu nitelikteki verilerin yetkisiz kişilerce öğrenilmesine kasten sebep olunması halinde tipik haksızlık oluşur ve cezai yaptırım söz konusu olur.¹⁴³⁰

Kişisel verilerin hukuka aykırı yayılması suçunun ihmali hareketle de icrai hareketle de işlenebilmesi de mümkündür.¹⁴³¹ Başka bir deyişle bu suç aktif bir davranışla işlenebileceği gibi pasif bir davranışla da işlenebilir.¹⁴³² Veri sahibinin rızası olmaksızın kişisel verilerinin bir internet sitesinde paylaşılması fiili, icrai hareketle kişisel verilerin hukuka aykırı olarak yayılması iken başta kişinin rızası bulunmakta ve paylaşım bu rızaya dayalı olarak yapılmaktayken rızanın kalkmasına rağmen veriler paylaşılmaya devam edildiği takdirde ihmali hareketle kişisel verilerin hukuka aykırı olarak yayılması suçu işlenmiş olacaktır.¹⁴³³ Sağlık çalışanları da kişisel sağlık verilerinin üçüncü şahıslar tarafından öğrenilmesini engellemekle yükümlü olduklarına göre pasif davranışlarla bu yükümlülüklerini ihlal etmekten kaçınmaları gerekmektedir.¹⁴³⁴ Buna aykırı şekilde hizmet yararlanıcısının kişisel verilerinin sağlık meslek mensubu biri tarafından korunaklı olmayan bir yerde veya başkalarının görebileceği bir şekilde kasten açıkta bırakılması sonucu başkaları tarafından bu bilgi öğrenilmiş ise suç ihmali hareketle işlenmiş olur.¹⁴³⁵

Öğretideki bir düşünceye göre TCK m. 136 hükmünde düzenlenen suç ancak icrai hareketlerle işlenebilir.¹⁴³⁶ Ancak biz bu görüşe katılmamakta ve suçun ihmali hareketle de işlenebileceğini düşünmekteyiz.¹⁴³⁷ Örneğin bir hemşire kendisine yapılan tüm uyarılara rağmen, tedavisine katıldığı hizmet yararlanıcılarının dosyalarını sürekli olarak (kasten) ortada bırakmış ve bu kapsamda kamuoyunda tanınmış bir hastasının kişisel sağlık verileri diğer hasta yakınları tarafından öğrenilmiş ve bu yolla basına malzeme olmuş ise bu ihmali hareketi ile hemşire suçu işlemiş olur.

¹⁴²⁹ Benzer mahiyette Kalemoğlu, *Hekimlerin Deontolojik*, 10.

¹⁴³⁰ Karadağ, *Tıp Hukukunda*, 64.

¹⁴³¹ Soyaslan, *Hekimlerin Ceza*, 133; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 155.

¹⁴³² Benzer mahiyette Cahid Doğan, *Sağlık Haklarından*, 138.

¹⁴³³ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 155.

¹⁴³⁴ Benzer mahiyette bkz. Cahid Doğan, *Sağlık Haklarından*, 138-139.

¹⁴³⁵ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 897; Karadağ, *Tıp Hukukunda*, 63.

¹⁴³⁶ Hafızoğulları ve Özen, *Özel Hayata*, 21; İstek, *Hasta Mahremiyeti*, 203; Akdağ, *Türk Ceza*, 120.

¹⁴³⁷ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 29.

Yargıtay, suçun hareket unsuruna –maddenin gerekçesinde hareketle- bir unsuru daha eklemektedir. Yargıtay’a göre: “TCK’nin 136/1. Maddesinin, “Bu madde hükmü ile hukuka uygun olarak kaydedilmiş olsun veya olmasın, kişisel verileri hukuka aykırı olarak başkalarına vermek, yaymak veya ele geçirmek, bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır.” Şeklindeki gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, kişisel verilerin, “verildiği”, “yayıldığı” veya “ele geçirildiği”nin kabul edilebilmesi için, kişisel verilerin kaydedilmiş halde bulunması, kaydedilmiş haliyle başkalarına verilmesi, yayılması ya da ele geçirilmesi gerekir. Kişisel verilerin kaydedilmeden önce öğrenilmesi, hafızada tutulan kişisel verilerin başkalarına açıklanması, kişisel verilere salt duyu organları aracılığıyla vakıf olunması, ancak TCK’nin 134/1. Maddesinin 1. Cümlesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirilebilir...¹⁴³⁸”.

Yargıtay, suçun oluşabilmesi için suç konusu verilerin “kayıtlı” olmasını zorunlu kabul etmektedir. Yani Yargıtay’a göre bir şekilde kayda alınmamış veriler yayılır ya da başkasına verilirse inceleme konusu suç oluşmaz, ancak eylem özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirilecektir. Kanaatimizce bu değerlendirme hatalıdır. Çünkü kanunilik ilkesi gereği gerekçe ile suç konulamayacağı gibi suç olan bir davranış gerekçeden hareketle suç olmaktan da çıkarılamaz. Gerekçe ancak kanun maddesinde açıklığa kavuşturulması gereken hususları yorumunda kullanılabilir. Ancak kanun metninde olmayan bir yeni suç unsurunun yaratılmasında kullanılamaz. Bu kapsamda tipiklikte suçun konusuna ilişkin olarak kayıtlı kişisel veri şeklinde bir sınırlandırma bulunmamaktadır. Bu nedenle suçun konusunu ancak kayıtlı kişisel veriler oluşturabilir denilemez. Aksine kabul yasa koyucunun iradesini yok saymak anlamına gelecektir. Ayrıca Yargıtay, gerekçedeki ibareyi yanlış anlamaktadır. Zira gerekçedeki “hukuka uygun olarak kaydedilmiş olsun veya olmasın, kişisel verileri hukuka aykırı olarak başkalarına vermek” ibaresi sadece kayıtlı verilerin suçun konusunu oluşturacağı anlamını çıkarmaya müsait değildir. Bu ibare, suçun konusunu oluşturan veri bir ortamda kayıtlı ise, verinin hukuka uygun şekilde kaydedildiği iddia ediliyor ise, bu kapsamda verme veya yayma niteliğindeki eylemin de hukuka uygun olduğu ve suçun oluşturmadığı savunuluyor ise değerlendirme konusu yapılabilecek bir ibaredir. Bu kapsamda bahse konu savunmanın geçersiz olacağını ifade etmeye yöneliktir. Bu

¹⁴³⁸ Y. 12. CD., K. 2014/13374.

nedenle herhangi bir yere kayıtlı olmayan bir verinin bir şekilde öğrenilmesi halinde bu veri yayılırsa suç yine oluşacaktır. Yargıtay'ın kabulünün bir an için doğru olduğu kabul edilir ise tıbbi müdahale yapılırken gören temizlik görevlisi bu veri henüz kayda alınmadan üçüncü kişilere aktarır ise eylem inceleme konusu suçu oluşturmayacaktır. Bu da oldukça hatalı bir yaklaşımdır.

Kişisel verileri aktırmanın hastanın ölümünden sonra gerçekleşmesi durumunda suçun oluşup oluşmayacağı tartışılmıştır. Bu kapsamda suçla korunan hukuksal değer nedeniyle hastanın ölümünden sonrada sağlık meslek mensuplarının gizliliği koruma görevinin devam ettiği¹⁴³⁹ ve bu nedenle bu suçun işlenmeye devam edebileceği savunulmuştur. Çünkü kişinin hayatta olduğu sırada güvenerek vermiş olduğu bilgilerin ölümünden sonra açıklanacak olması henüz hayattaki insanların hekime karşı olan güvenini zayıflatacaktır. Dolayısıyla aksine kabul tedavinin amacına ulaşmasını engelleyecektir.¹⁴⁴⁰ Kanaatimizce bu düşünce isabetlidir. Ancak bu yaklaşım ölmüş kişiyi suçun mağduru haline getirmez. Ayrıca ölmüş kişinin verileri sadece hayattaki bir gerçek kişiyi zarara uğratırsa suçun konusu haline gelebilir. Bu yönüyle bazı kişisel sağlık verileri sadece veri öznesine değil veri öznesi ölmüş bile olsa açıklandıkları takdirde ölünün yakınlarına dahi zarar verebilecek niteliktedir. Örneğin bir kişi öldüğü esnada sünnetsiz ise ve bu bilgi hekimi tarafından ölümünden sonra bir şekilde yayılırsa hastanın yakınları da bu anlamda önemli zararlar görebilirler. Bu yönüyle bu husus özel bir önem arz etmektedir.

Yine kişisel sağlık verilerini açıklanmaması yükümlülüğü görevin sona ermesinden sonra da devam ettiği için verilerin açıklaması halinde inceleme konusu suç oluşturacaktır. Yani emekli olmuş bir sağlık çalışanı görevdeyken ulaştığı bir kişisel sağlık verisini açıklarsa suç işlemiş olacaktır.¹⁴⁴¹

Suçun oluşumu açısından açıklamanın gizliliği ortadan kaldıracak şekilde yapılması yeterlidir. Araç önemli olmadığı gibi herkes tarafından öğrenilmesi de

¹⁴³⁹ Maclean, *Briefcase on Medical*, 167; Carr, *Beginning Medical*, 15; Leung, *Law for Doctors*, 37; Hope, Savulescu and Hendrick, *Medical Ethics*, 99; Stauch, Wheat and Tingle, *Sourcebook On Medical Law*, 280.

¹⁴⁴⁰ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 897.

¹⁴⁴¹ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 898.

zorunlu değildir. Tek bir kişiye yapılan açıklama bile suçun oluşumu bakımından yeterlidir.¹⁴⁴²

2.2.2.3.1.2.2.1. Kişisel Verileri Vermek

Konumuzu ilgilendiren yönüyle “vermek” Türkçe sözlükte, “*üzerinde, elinde veya yakınında olan bir şeyi birisine eriştmek, iletmek, düşünce veya bilgi anlatan şeyleri başkalarına iletmek, bildirmek, yaymak*”¹⁴⁴³ olarak tanımlanmıştır. Yani “verme”, “*bir kimsenin elindeki bir şeyi bir diğerine sunması*”¹⁴⁴⁴, “*diğerine aktarması*”¹⁴⁴⁵ anlamlarına da gelmektedir. Kişisel verilerin verilmesinden anlaşılması gereken ise kişisel verilerin yazılı ya da sözlü olarak başkasına verilmesi¹⁴⁴⁶, aktarılmasıdır.¹⁴⁴⁷ Bu yönüyle esasen vermek ve yaymak her ikisi de aktarma amacına hizmet eder. Bu nedenle zaten yaymak işin aslında vermek suretiyle gerçekleşir. Fakat vermek sadece iki kişi arasında bir eylemi ifade eder. Bu yönüyle yayma fiilinden ayrılır.¹⁴⁴⁸ Bu kapsamda vermek verilerin yaymak niteliği taşımayacak bir şekilde, bir başka kişiye aktarılması şeklindedir.¹⁴⁴⁹ Kişisel verilerin fail ve mağdurdan başka bir kişiye verilmesi, nakledilmesi ya da aktarılmasıdır.¹⁴⁵⁰ Yani kişisel verileri vermek yetkisiz bir kişiye açıklanmaktır.¹⁴⁵¹ Bu yönüyle ve daha açık bir deyişle yetkisiz olduğu bilinen ya da öyle düşünülen bir kişiye kişisel bilgilerin ifşa edilmesidir.¹⁴⁵² Verilerin bir kişiye dahi verilmiş olması suçun oluşması açısından yeterlidir.¹⁴⁵³ Yani verme ile yayma arasındaki temel fark vermede tek bir kişiye ulaştırma söz konusu iken yaymada kişisel verinin birden fazla kişiye ulaştırılması söz konusudur.¹⁴⁵⁴

Sadece elde bulundurulmuş bir şeyin başkasına verilebileceği, bu kapsamda kişisel verileri bir başka kişiye vermek fiilinin öncelikle verileri elinde bulundurmaya gerektirdiğini¹⁴⁵⁵, bu nedenle kişisel verileri vermek suçunu da sadece, o verileri elinde

¹⁴⁴² Elçioğlu, *Hasta Hakları*, 19.

¹⁴⁴³ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <https://sozluk.gov.tr/> (21.04.2020).

¹⁴⁴⁴ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4126; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 163.

¹⁴⁴⁵ Bük, *Elektronik Ortamda*, 121.

¹⁴⁴⁶ Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 71.

¹⁴⁴⁷ Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 20; Sevük, *Tıp Ceza*, 798.

¹⁴⁴⁸ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 567.

¹⁴⁴⁹ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 567.

¹⁴⁵⁰ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 649.

¹⁴⁵¹ İstek, *Hasta Mahremiyeti*, 200.

¹⁴⁵² A Dictionary Of Law, *Oxford University Press*, 385.

¹⁴⁵³ Özalp ve Özalp, *Hekimin Cezai*, 141.

¹⁴⁵⁴ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4126; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 163.

¹⁴⁵⁵ Hafızogulları ve Özen, *Özel Hayata*, 21.

bulunduran kişinin işleyebileceğini¹⁴⁵⁶ düşünenler olmuştur. Ancak biz bu düşünceye iştirak etmemekteyiz. Zira başka birinin elinde bulunan bir veriyi doğrudan kendi hâkimiyet alanına geçirmese bile bir şekilde başka birine aktaran kişi bu anlamda suçun faili olabilir. Örneğin elektronik ortamda kayıtlı bir verinin bilişim sistemleri araçları vasıtasıyla bulunduğu ortamdan alınarak, içeriğini dahi açmaksızın tamamen bu fiile doğrudan ve fiili iştiraki bulunmayan bambaşka bir kişiye aktarılmasında olduğu gibi fail kişisel veriyi bizzat elinde bulundurmaksızın ve hatta kendi hâkimiyet alanına dahi geçirmeksizin üçüncü bir kişiye aktarabilir. Bu kapsamda kızının babasından gizli olarak muayene olduğu ve hamile olduğu bilgisini içerir elektronik kayıtların e-posta yönlendiricisine bir saptırıcı – çoklayıcı eklemek suretiyle bir nüshasının babasına ait e posta hesabına düşmesinin sağlanması durumunda yönlendirici kişi veriye sahip değildir ancak kişisel verileri vermektedir.

Kanun’da kişisel verinin başkasına verilmesi için herhangi bir yöntem belirtilmemiştir.¹⁴⁵⁷ Bu nedenle kişisel verilerin başkasına verilmesi çok çeşitli yöntemlerle gerçekleştirilebilir. Örneğin yazılı verilerin elden ya da posta yoluyla verilmesi veya sanal ortamda kişisel verilerin taşınabilir bellek üzerine kaydedilerek, internet üzerinden elektronik posta içinde ya da ekinde gönderilmesi yoluyla verilmesi, hepsi verme niteliği taşımaktadır.¹⁴⁵⁸ Bu kapsamda önemli olan kişisel verinin bir şekilde yetkisiz bir kişi tarafından öğrenilmesinin kasıtlı olarak sağlanmasıdır. Buna göre hangi yöntemle olursa olsun bir kişisel verinin bu şekilde öğrenilmesinin sağlanması durumunda tipiklik gerçekleşmiş demektir.

Verinin sadece sözle aktarılmasının bu kapsamda verme olarak kabul edilemeyeceği görüşü mevcuttur. Böyle düşünenlere göre Kanun’da açıklama veya ifşa yerine verme sözcüğü kullanıldığına göre kişisel verilerin sözlü olarak başkasına aktarılması verme fiilini oluşturmayacaktır. Bu nedenle vermenin mutlaka bir vasıtayla yapılması gerekmektedir.¹⁴⁵⁹ Yani bu anlamda bir araç kullanılması zorunludur ve verinin bir araç kullanılmaksızın kulaktan kulağa aktarılması madde kapsamına girmez. Bu durumda diğer unsurları da mevcutsa TCK 133/3 ya da 134/1 hükümlerinin

¹⁴⁵⁶ Akdağ, *Türk Ceza*, 121.

¹⁴⁵⁷ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 27.

¹⁴⁵⁸ Ergün, *Siber Suçların*, 117; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 129; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 649; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 154; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 163; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 27.

¹⁴⁵⁹ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 650.

uygulanması düşünülmelidir.¹⁴⁶⁰ Ancak biz bu düşünceye iştirak etmiyoruz. Zira hem Kanun'da bu yönde sınırlandırıcı somut bir ibare bulunmamakta hem de sözlü bilgi aktarımlarının bu suçun kapsamından çıkarılması, kişilere çok ciddi zarar verebilecek fiillere herhangi bir yaptırım uygulanamaması sonucuna yol açabilecek niteliktedir.¹⁴⁶¹ Ayrıca maddede yer alan “verme” kelimesi, kişisel verilerin mutlaka kayıtlarıyla birlikte fiziki olarak verilmesi anlamında kullanılmamıştır. Bu yönde sınırlandırıcı bir yaklaşımın madde metninde dayanağı bulunmamaktadır. Verme kelimesinin günlük dildeki (deskriptif) anlamı da bu sonuca ulaşmaya elverişli değildir. Vermek kelimesinin yukarıda da bahsettiğimiz üzere en çok kullanılan anlamları “iletmek, bildirmek”¹⁴⁶², “aktarmaktır”¹⁴⁶³. Hatta bazı sözlüklerde vermek kelimesinin anlamları arasında “düşünce ya da bilgi anlatan şeyler için olmak üzere başkalarına iletmek, bildirmek”¹⁴⁶⁴ anlamları özellikle kullanılmaktadır. Bu anlamı itibariyle kelime/ kavram, fiziksel varlığı olan nesneleri aktarılacak anlamında kullanıldığı gibi fiziksel varlığı olmayan şeyleri aktarmak içinde kullanılmaktadır. Daha açık bir deyişle bilgi aktarımı süreci vermek olarak ifade olunmaktadır. Bu yönüyle, örneğin bir konuda bilgi vermekten bahsedildiği zaman bilginin mutlaka fiziki bir ortamda somut nesne olarak verilmesi kastedilmez. Yani bir dosya veya CD verilmesi kastedilmez. Sözlü olarak bir konuda aktarımda bulunmak bu yönüyle vermek kelimesi ile ifade edilir. Bu nedenle mevcut bu yaklaşım kelimenin anlamını dahi zorlamaktadır. Dolayısıyla bu fikre katılmıyor ve sözlü olarak yapılan aktarmaların da bu anlamda suçu oluşturan tipik harekete dahil olduğunu düşünüyoruz.

İnceleme konumuz açısından somut olarak sağlık hizmeti yararlanıcılarına ait kişisel verilerin herhangi bir şekilde yetkisiz bir kimseye açıklanması veya kişisel verilere ilişkin bilgi içeren herhangi bir belgenin yetkisiz bir kimseye ulaştırılması verme olarak kabul edilecektir.¹⁴⁶⁵ Bu kapsamda örneğin bir hasta tedaviye gittiğinde tedavi olacağı kurumun kapısından girdiği andan itibaren sağlık personeli tarafından öğrenilen herhangi bir kişisel verinin yetkisiz personele ya da üçüncü kişilere

¹⁴⁶⁰ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 567.

¹⁴⁶¹ Aynı yönde Akdağ, *Türk Ceza*, 121.

¹⁴⁶² Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <https://sozluk.gov.tr/> (21.04.2020); *Google Türkçe Sözlük*, <https://www.google.com/>, (19/05/2020).

¹⁴⁶³ Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 20; Sevük, *Tıp Ceza*, 798.

¹⁴⁶⁴ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <https://sozluk.gov.tr/> (21.04.2020); *Google Türkçe Sözlük*, <https://www.Google.Com/>, (19/05/2020).

¹⁴⁶⁵ Sevük, *Tıp Ceza*, 799; Hakeri, *Tıp Hukuku*, 896.

aktarılmaması gerekir¹⁴⁶⁶, aksi halde suç oluşur.¹⁴⁶⁷ Kişisel bir bilginin/ verinin bilmesi gerekmeven bir kişiye verilmesi, ulaştırılması, gönderilmesi, açıklanması niteliği taşıyan eylemlerin hepsi verme olarak kabul edilen eylemlerdir.¹⁴⁶⁸ Bu kapsamda kişisel sağlık verilerinin veriyi öğrenmesinde bir yarar bulunmayan ya da konuyla ilgisiz olan bir başka kişiye, örneğin hastanın tedavisine katılmayan bir başka hekime verilmesi suçu oluşturur.¹⁴⁶⁹ Zira bir hekimin bir başka hekime hastanın kişisel bilgilerini vermesi sır saklama yükümlüğünün ihlali niteliğindedir. Ancak tıp bilimindeki gelişmeler çoğu tıbbi müdahalenin bir ekip ile birlikte yapılmasını zorunlu kılmaktır. Bu kapsamda hastanın tedavisini yapan ekipte yer alan kişiler bilgi alma yetkisine sahip kişiler dairesine dahil oldukları için kişisel verilerin aktırılması suçu oluşmaz.¹⁴⁷⁰ Buradaki aktarmanın meşru kabul edilmesinin nedeni hastanın tıbbi bakımlarıyla ilgili diğer sağlık uzmanlarına bilgi verilmesine rıza gösterdiğini varsayımıdır.¹⁴⁷¹ Yani sağlık personelinin kendi arasındaki bilgi alışverişi için hastaya ilişkin bazı verileri birbirlerine aktarmaları halinde “varsayılan rıza” nedeniyle suçun oluşmayacağı kabul edilmektedir.¹⁴⁷² Ancak burada da kanaatimizce ölçülü şekilde veri aktarımı yapılp yapılmadığına bakılmalıdır. Danışma niyetiyle fakat danıştığı konu ile doğrudan ilgilisi olmayan bir verinin danışılana bilinçli bir şekilde aktarılması halinde kanaatimizce eylem suç teşkil eder.

Bilgi alma yetkisine sahip kişiler dairesine dahil olmayan diğer bütün sağlık personellerine yapılan veri aktarımları inceleme konusu suçu oluşturur. Bu kişilere hastane başhekimini, dekan vb. de dahildir.¹⁴⁷³ Bu çerçevede örneğin bir hemşirenin kendi aile bireylerinden birine bir hasta hakkında yaptığı açıklamalar da verme suçu oluşturacaktır. Yine hastanın hemşireye ya da diğer yardımcı sağlık personeline hekime aktarmasını istemediği bilgileri, hemşireye özellikle güvenerek söylemiş ve başkasına aktarılmamasını özellikle vurgulamışsa bunun da yine aktarılmaması gerekir¹⁴⁷⁴ ve aksine davranış verme suretiyle suçun oluşumunu sağlar. Netice itibariyle konumuz

¹⁴⁶⁶ Leung, *Law for Doctors*, 37.

¹⁴⁶⁷ Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 78.

¹⁴⁶⁸ Maclean, *Briefcase on Medical*, 165; Soyaslan, *Hekimlerin Ceza*, 133.

¹⁴⁶⁹ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 129.

¹⁴⁷⁰ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 897.

¹⁴⁷¹ Leung, *Law for Doctors*, 38.

¹⁴⁷² Dülger, *Kişisel Verilerin*, 129; Hakeri, *Tıp Hukuku*, 897.

¹⁴⁷³ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 897.

¹⁴⁷⁴ Hakeri, *Tıbbi Uygulamalardan*, 445.

açısından verme, hastaya ve diğer sağlık hizmeti yararlanıcılarına ilişkin bir kişisel verinin yetkisiz bir kimseye açıklanması halidir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 16 maddesi “*Hasta, sağlık durumu ile ilgili bilgiler bulunan dosyayı ve kayıtları, doğrudan veya vekili veya kanuni temsilcisi vasıtası ile inceleyebilir ve bir suretini alabilir. Bu kayıtlar, sadece hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olanlar tarafından görülebilir*” şeklindedir. Buna göre hastanın vekili veya kanuni temsilcisi dışındaki kişilere hastaya ait kişisel verileri içeren belgelerin fiziken verilmesi ya da o kişilerce görülmelerinin sağlanması halinde kişisel verilerin hukuka aykırı olarak verilmesi söz konusu olacaktır. Yine bu madde gereğince sağlık durumu ile ilgili bilgiler ancak hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olanlar tarafından görülebilir. Bu bakımdan söz konusu kayıtların hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan diğer sağlık görevlilerine bir şekilde açıklanması veya bir örneğinin verilmesi halinde, kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme söz konusudur. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere, sağlık personellerinin kendi aralarındaki bilgi alışverişi, araştırma veya danışmanlık alma için hastaya ilişkin bazı verileri birbirlerine aktarmaları halinde tipiklik anlamında verme veya yaymadan söz edilemez.¹⁴⁷⁵

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 20. maddesinde “*...kişi, sağlık durumu hakkında kendisinin, yakınlarının ya da hiç kimsenin bilgilendirilmemesini talep edebilir. Bu durumda kişinin kararı yazılı olarak alınır.*” denilerek hastaya sağlık durumu hakkında bilgi verilmemesini isteme hakkı tanınmıştır. Buna göre örneğin yakınlarına hastalığı hakkında bilgi verilmesini istemeyen bir hastanın bir yakınına hastalık hakkında bilgi verilmesi de hastanın mahremiyetinin ihlali olup¹⁴⁷⁶ aksi bir davranış, vermek suretiyle kişisel verilerin açıklanması suçunu oluşturur.

Ceza hukuku yönünden sır saklama yükümü, sağlık mesleğin icrasının terk etmesi veya tedavi konusunda verilen vekâletin sona ermesi ile değil sağlık meslek mensubunun ölümü ile sona erer.¹⁴⁷⁷ Bu nedenle bu sır saklama yükümlülüğü için bir süre öngörülmemiştir. Bu kapsamda tıbbi kayıtların arşivlenme vb. süreleri de suçun oluşumu için bağlayıcı değildir. Bir tıbbi kaydın arşivlenme süresi geçse dahi bu kişi ile ilgili olarak ilişkilendirebilir bir şekilde kişisel sağlık verisi açıklanacaksa dikkatli

¹⁴⁷⁵ Aynı yönde Sevük, *Tıp Ceza*, 799.

¹⁴⁷⁶ Leung, *Law for Doctors*, 42.

¹⁴⁷⁷ Langmack, *Ceza Hukuku*, 462.

olunmalıdır. Suçun tipikliğinde bir süre öngörülmediği ve suçta re'sen takip edilen bir suç olarak düzenlendiği için kişi ölmüş dahi olsa suç oluşabilecektir.

Ülkemiz sağlık kurumlarında sunulan sağlık hizmetleri niteliğine bakıldığında insan onuru kavramının giderek önem kazandığı günümüzde birden fazla hastanın aynı odada (koğuşlarda) tedavi hizmetlerinden yararlanmaya çalıştığı gerçeği ortada durmaktadır.¹⁴⁷⁸ Bu yönüyle söz konusu tedavi hizmetleri neredeyse kamuya açık bir hal almış durumdadır.¹⁴⁷⁹ Böylece bireyin sağlık durumuna ilişkin bilgiler başkaları tarafından kolaylıkla öğrenilebilmekte ve hatta daha başka kimselere aktarılabilir. ¹⁴⁸⁰

2.2.2.3.1.2.2. Kişisel Verileri Yaymak

Bu suçun uygulamada en sık karşılaşılan şekli, kişisel verilerin yayılmasıdır. Yaymak kavramı TDK Güncel Türkçe Sözlükte “*birçok kimseye duyurmak, dağınık ve düzensiz bir biçimde saçmak, dağıtmak*”¹⁴⁸¹ olarak tanımlanmıştır. Bu nedenle yayma, “*bir kimsenin elindeki bir şeyi birden fazla kimsenin bilgisine sunması, birden fazla kimseye vermesi, ulaştırması*”dır.¹⁴⁸²

Kişisel verilerle ilgili olarak ise bu kavram, “*verilerin içeriğinin birçok kişinin öğrenebileceği şekilde başkalarının bilgisine sunulması*”¹⁴⁸³, “*birçok kimseye duyurmak*”¹⁴⁸⁴ şeklinde tanımlanmıştır. Yani kişisel verileri yaymak, onları birden fazla sayıda kişinin öğrenmesini sağlamaktır. Bu kapsamda bilgi sahibi olmayan üçüncü kişilere kişisel veriler hakkında bilgi verilmesidir. Örneğin kişisel verilerin bir yayında kimlik belirtilmek suretiyle gösterilmesi halinde yayma söz konusudur.¹⁴⁸⁵ Yine kişisel veriyi pek çok kişinin ulaşabileceği bir yere, örneğin bir web sitesine, koymak da onu yaymaktır. Böyle durumlarda kişisel verinin fiilen birileri tarafından öğrenilip

¹⁴⁷⁸ Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 21.

¹⁴⁷⁹ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 173.

¹⁴⁸⁰ Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 21.

¹⁴⁸¹ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <https://sozluk.gov.tr/> (21.04.2020).

¹⁴⁸² Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4126; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 163; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 650; Bük, *Elektronik Ortamda*, 121.

¹⁴⁸³ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 28; Soyaslan, *Hekimlerin Ceza*, 133; Hakeri, *Tıp Hukuku*, 896; Sevük, *Tıp Ceza*, 798; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 132; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 153.

¹⁴⁸⁴ Hafızogulları ve Özen, *Özel Hayata*, 21; Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 20; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 153.

¹⁴⁸⁵ Sevük, *Tıp Ceza*, 798; Hakeri, *Tıp Hukuku*, 896; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 132.

öğrenilmediği önem taşımaz.¹⁴⁸⁶ Konulmakla yani belirsiz sayıda kişinin erişimine açılmakla suç tamamlanmış olur.

Kişisel verilerin yayılması, aslında vermekle aynı manaya gelmektedir.¹⁴⁸⁷ Yaymak daha çok bu amaçla bir araç kullanmayı ve birden fazla kişiyi hedeflemektedir. Öte yandan yaymak kural olarak vermeyi içine alır.¹⁴⁸⁸ Bu nedenle vermenin etki alanı yayma fiiline nazaran daha dardır.¹⁴⁸⁹ Verme fiilinde, "*başkası*" tekil yapıdadır ve başkasına verme "*yayma*" anlamına gelmez. Diğer bir deyişle, vermek iki kişi arasındaki bir eylemi ifade eder. Oysa "*yayma*" hareketi, birden fazla kişiye kişisel verilerin verilmesini ifade etmektedir. Diğer bir deyişle, yayma hareketinde verilerin vermenin aksine birden çok kişiye ulaştırılması gerekmektedir. Bu nedenle verme, yayma düzeyine ulaşmayan bir nitelik taşımaktadır.¹⁴⁹⁰

Yayma da aynen vermede olduğu gibi çok değişik yöntemlerle işlenebilir. Yaymak, özellikle ve de kolaylıkla kitle iletişim araçları vasıtasıyla gerçekleştirilebilir.¹⁴⁹¹ Bu kapsamda verilerin yazılı olarak mektup şeklinde birden fazla kişiye gönderilmesiyle gerçekleştirilebileceği gibi e mail yoluyla birden fazla kişiye gönderilmesi veya internet üzerinde bir web sitesinde kişisel verileri başkaları için erişilebilir kılmak ya da bir forum odasında açıklama yapmak yoluyla da gerçekleştirilebilir.¹⁴⁹² Yine yazılı, görsel ya da sanal basın yolu ile de kişisel verilerin yayılması eylemi gerçekleştirilebilir.¹⁴⁹³ Nitekim Yargıtay da "*katılanın, sanığın genel yayın yönetmenliğini yaptığı gazetede yazdığı köşesinde kullanılan fotoğrafının, katılanın rızası olmadan arkadaşlık sitesine konulması eyleminin, TCK'nin 136. maddesinde düzenlenen, kişisel verileri hukuka aykırı olarak yayma suçunu oluşturacağı*¹⁴⁹⁴ " diyerek bu nitelikteki eylemin yayma suçunu oluşturduğu kabul etmiştir. Yine *Sanık ...'un, facebook adlı sosyal paylaşım sitesinde açtığı sahte*

¹⁴⁸⁶ Akdağ, *Türk Ceza*, 122.

¹⁴⁸⁷ Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 153.

¹⁴⁸⁸ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 567.

¹⁴⁸⁹ İtişgen, *Türk Ceza*, 188; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 28.

¹⁴⁹⁰ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 28.

¹⁴⁹¹ Akdağ, *Türk Ceza*, 122.

¹⁴⁹² Ergün, *Siber Suçların*, 117; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 163; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 132; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 154; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 163.

¹⁴⁹³ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 154; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 132.

¹⁴⁹⁴ Y. 12. CD. 15.05.2012, E. 2011/ 20072, K. 2012/ 12126, [https:// lib. kazanci. com. tr/ kho3/ ibb/ files/ dsp. php? fn= 12cd- 2011-20072 .htm& kw=E.+2011/+ 20072,+K.+ 2012/+ 12126 &cr= yargitay#fm](https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2011-20072.htm&kw=E.+2011/+20072,+K.+2012/+12126&cr=yargitay#fm), E.T. 26.06.2020.

hesapta... kişisel veri niteliğindeki cep telefonu numarasını rızalarına aykırı şekilde yayımlaması biçiminde iddianamede tarif edilen eylemlerinden dolayı sanığa... TCK'nin 136/1. madde ve fıkrasındaki verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçlarından... mahkumiyet kararı verilmesi gerekirken¹⁴⁹⁵” denilerek eylem yayma niteliğinde kabul edilmiştir.

Bir el ilanı ile insanlara dağıtılması, sokak köşelerine asılması, basın yayın araçlarıyla açıklanması halleri de yayma niteliğindedir.¹⁴⁹⁶ Günümüzde en sık karşılaşılan eylemler ise daha çok kişiler arasındaki bilgi aktarımını çok daha hızlı ve kolay kılan; e-posta, CD, SMS veya internet içerik sağlayıcıları (Facebook, Twitter, Instagram vb.) gibi bilişim araçlarının kullanılmasıdır. Ancak hiçbir araç kullanılmaksızın da kişisel verilerin verilmesi veya başkalarına yayılması mümkündür.¹⁴⁹⁷

Aynen verme eyleminde olduğu gibi yayma eyleminin de bir vasıta kullanılarak gerçekleştirilmesi gerektiğini, bu nedenle de kişisel verinin sözlü olarak birden fazla kişiye aktarılmasının tipik hareket olarak kabul edilmeyeceği öne sürülmektedir.¹⁴⁹⁸ Ancak bu düşünceye iştirak etmemekteyiz. Zira sözlü olarak dahi olsa birden fazla kişiye bu verinin aktarıldığı durumlarda tereddütsüz bir şekilde yayma suçu işlenmiş olacaktır. Çünkü tipiklikte yaymanın niteliğinin nasıl olacağına dair bir kayıtlama yoktur. Tipiklik anlamında birden fazla kişinin öğrenmesinin sağlanması yeterli olup bunun nasıl olduğunun suçun oluşumu açısından bir önemi bulunmamaktadır.

Yine aynen vermede olduğu gibi kural olarak kişisel verileri başkalarına yaymak için failin, bu verileri elinde bulunduruyor olması gerektiği¹⁴⁹⁹ savunulmuştur. Ancak biz bu düşünceye de iştirak etmemekteyiz. Bu anlamda bir kişisel veriyi elde etmeksizin doğrudan kayıtlı olduğu bir kaynaktan birden fazla kaynağa “doğrudan” aktarılmasının mümkün olduğu durumlara münhasır olmak üzere elinde olmayan bir verinin yayılmasının mümkün olduğunu düşünüyoruz. Bu nedenle suçun bu şekilde

¹⁴⁹⁵ Y. 12. CD., 10.07.2019, E. 2018/8327, K. 2019/8315, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2018-8327.htm&kw=`2018/8327`&cr=yargitay#fm>, E.T. 28.04.2020.

¹⁴⁹⁶ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 650.

¹⁴⁹⁷ Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 154.

¹⁴⁹⁸ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 650.

¹⁴⁹⁹ Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 154.

sınırlandırılmaya çalışılmasını suç tipinin koruduğu değeri ve günümüzün teknolojik gelişmelerini dikkate alarak isabetli bulmamaktayız.

Tıp ceza hukuku anlamında, hastanın güvenerek sağlık personeline aktardığı ya da sağlık personeli tarafından edinilen bilgilerin söz konusu bilgilere sahip olmayan ya da konumları itibarıyla ulaşamayacak birden fazla kişiye aktarılması hali yayma fiilin tipik halini oluşturmaktadır.¹⁵⁰⁰ Kişisel sağlık verilerinin işlendiği elektronik bir ekranı yetkili bir personelin kasten açık bırakması veya kişisel verilerin bulunduğu bir belgenin herkesin ulaşabileceği şekilde bırakmış olması nedenleriyle bu verilerin birden fazla kişi tarafından öğrenilmesi halinde de TCK m.136 anlamında yayma söz konusu olur.¹⁵⁰¹ Yine hekimin yayımlamış olduğu bilimsel makalede Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün m. 4/2 hükmüne aykırı bir şekilde hastasına ait verinin anonim hale getirilmeden paylaşılması (hastasının hüviyetini açıklaması) halinde de yayma suçu işlenmiş olacaktır.¹⁵⁰²

Son olarak yaymak fiilinin verme fiili ile aynı miktarda cezayı gerektirir şekilde düzenlenmiş olmasını doğru bulmadığımızı belirtmek istiyoruz.¹⁵⁰³ Çünkü bir kişisel verinin dar bir muhitte ve örneğin sadece bir aile üyesine aktarılması durumunda (verme) önemli oranda maddi veya manevi zarar oluşmayabilir. Ancak daha geniş bir alanda ve bir gazete gibi çok fazla kişinin öğrenebileceği araçlarla yayılması önemli oranda maddi ve manevi zarara neden olabilir.¹⁵⁰⁴ Yani yayma niteliği gereği vermeye göre çok daha büyük bir zararlar doğurma potansiyeline sahiptir. Bu nedenle yayma fiilinin verme fiiliyle aynı şekilde cezalandırılması ölçülülük ilkesini ihlal etmektedir. Bu aksaklığın uygulamada hâkimler tarafından alt sınırdan uzaklaşmak suretiyle giderileceği düşünülse ve hatta bazı yazarlarca önerilse¹⁵⁰⁵ dahi uygulamada verilen kararların çok büyük bir kısmının altı sınırdan veriliyor olması (temel cezanın belirlenmesi noktasında uygulamada ciddi sorunlar bulunması) nedeniyle bu yöntemle sorunun çözüme kavuşturulmadığını düşünmekteyiz. Bu nedenle yayma fiili ağırlatıcı bir nitelikli hal olarak düzenlenmeli ve hatta yayma fiilinin basın yayın organları aracılığıyla işlenmesi çok daha ağır cezalandırılmalıdır.

¹⁵⁰⁰ Benzer mahiyette Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 20.

¹⁵⁰¹ Aynı yönde Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 78.

¹⁵⁰² Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 62.

¹⁵⁰³ Aynı yönde Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 650.

¹⁵⁰⁴ Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet*, 147.

¹⁵⁰⁵ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 650.

2.2.2.3.1.2.2.3. Kişisel Verileri Ele Geçirmek

Ele geçirme, sözlüklerde kelime olarak “yakalamak, sahibi olmak, gizlenmek istenen bir şeyi elde etmek¹⁵⁰⁶” anlamlarında, deyim olarak ise sahip olmak, kaçan bir kimseyi yakalamak¹⁵⁰⁷, “bir yeri gasp etmek, kanun dışı yollardan bir şeye sahip olmak” anlamlarında kullanılmaktadır. Daha çok düzensizlikten kinaye olarak ele geçirmek deyimini kullanılmaktadır. Fakat suçlunun elinden almak anlamında da olumlu şekliyle kullanılmaktadır.¹⁵⁰⁸ Teknik olarak: “Bir kimsenin bir başkasının elinde olan bir materyali onun rızası dışında veya rızasıyla elde etmesi.” anlamına gelmektedir.¹⁵⁰⁹

Kişisel veriler bakımında ele geçirme, en genel anlamda “verilere sahip olmak veya verileri yakalamak” şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁵¹⁰ Kişiye ait bilgiler üzerinde hukuka uygun olarak tasarruf yetkisine sahip olmadığı halde, bu bilgiler üzerinde tasarruf edebilecek şekilde kişisel verilerin edinilmesidir.¹⁵¹¹ Yani kişisel verilerin zilyedinin tasarrufu altında iken bir başkası tarafından bir şekilde elde edilmesi¹⁵¹², üzerinde yetkisi olmayan kişi tarafından bilgilerin kendi hakimiyet alanına geçirilmesidir.¹⁵¹³ Bu kapsamda, başkasının hakimiyeti altında bulunan bir kişisel verinin, failin hakimiyeti altına girmesi ile ele geçirme gerçekleşmiş olur.¹⁵¹⁴ O halde kanun koyucu ele geçirmeyi kişisel veri elinde olmayıp bu “veriye sahip olmak isteyen kişi açısından” ele alarak düzenlemişken; verme ve yaymayı kişisel “veriyi elinde bulunduran yönüyle” belirlemiştir.¹⁵¹⁵ Bu nedenle ele geçirmenin kişisel veri üzerinde hakimiyeti olan kişinin iradesi dışında gerçekleşmesi gerekmektedir. Aksi halde kişisel verilerin ele geçirilmesi suçu değil, hakimiyet sahibinin kişisel verileri verme suçu söz konusu olacaktır.¹⁵¹⁶

¹⁵⁰⁶ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <https://sozluk.gov.tr/>, (13.07.2020).

¹⁵⁰⁷ *Deyimler Sözlüğü*, www.dilbilgisi.net, (13.07.2020), 98.

¹⁵⁰⁸ *Ele Geçirmek Deyiminin Anlamı*, <https://www.basarisiralamalari.com/ele-gecirmek-deyiminin-anlami/#:~:text=%E2%9E%A1Ele%20Ge%C3%A7irmek%20deyiminin%20anlam%C4%B1,anlam%C4%B1nda%20da%20olumlu%20%20C5%9Fekliyle%20kullan%C4%B1lmaktadır%C4%B1r.>, (13.07.2020).

¹⁵⁰⁹ Bük, *Elektronik Ortamda*, 121; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4126; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 163.

¹⁵¹⁰ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 155; Hafızoğulları ve Özen, *Özel Hayata*, 21.

¹⁵¹¹ Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 20; Sevük, *Tıp Ceza*, 798.

¹⁵¹² Sevük, *Tıp Ceza*, 798.

¹⁵¹³ Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 71.

¹⁵¹⁴ Akdağ, *Türk Ceza*, 124.

¹⁵¹⁵ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4126; Bük, *Elektronik Ortamda*, 121.

¹⁵¹⁶ Akdağ, *Türk Ceza*, 124.

Kişisel verilerin ele geçirilmesi hareketi de çok değişik şekillerde yapılabilir. Ele geçirme daha önce kaydedilmiş olan kişisel verilerin bulunduğu yerden alınıp nakledilmesi, kopyalanması ya da kaydedilmesi şeklindeki davranışlardan biriyle gerçekleştirilebilir.¹⁵¹⁷ Yine kişisel verilerin üzerinde yazılı olduğu belgelerin bulunduğu yerden alınması suretiyle meydana getirilebileceği gibi verilerin kayıtlı olduğu bilişim sistemine girilerek verilerin bir depolama cihazına kaydedilmesi ve bu cihazın alınması yoluyla da yapılabilir.¹⁵¹⁸ Özellikle bilişim ortamında kişisel verilerin yetkisiz erişimle ele geçirilmesi en yaygın şekilde görülen şekillerindendir.¹⁵¹⁹ Bu kapsamda ele geçirme fiili, bilişim sistemlerinden herhangi bir ağ vasıtasıyla yetkisiz erişim suretiyle işlenebileceği gibi sisteme müdahale etmeksizin değişik tekniklerle de işlenebilir. Örnek olarak sisteme yerleştirilen bir özel yazılım ile sistemdeki bilgilerin daha önce tanımlanan başka bir bilgisayara gönderilmesi sağlanabilir.¹⁵²⁰ Böylelikle verilerin kayıtlı olduğu ortama fiziki bir müdahale olmaksızın kişisel veriler ele geçirilmiş olur.

Doktrinde bazı yazarlar ele geçirmenin kaydetme dışında bir yöntemle gerçekleşmiş olması halinde de bu fıkra kapsamına girebileceğini, zira kaydetmenin 135. madde ile cezalandırılan ayrı bir eylem olduğu¹⁵²¹, aksi halde Kanun'un "*kaydetme*" adı altında ayrıca düzenleme yapmaya gerek duymaması gerektiğini belirtmişlerdir. Buna göre somut olayda ele geçirmenin dışında ayrıca kaydetme de varsa iki ayrı suç oluşacaktır.¹⁵²² Yine sadece kaydetme olmaksızın öğrenme, kaydı veya fiziki evrakı alma gibi şekillerde ele geçirme varsa ayrıca kaydetme suçu oluşmayacaktır.

Kişisel verilerin ele geçirilmesi, normal koşullarda ulaşılabilir bir durumda bulunmayan veriler açısından söz konusudur. Kişinin kendisiyle ilgili bilgileri internete koyması ve başka birinin bu kişisel verileri oradan alması durumunda, suç niteliği taşıyan bir ele geçirme fiilinden bahsedilemeyecektir.¹⁵²³ Ancak bu veriler başka ortamlarda yayınlanır veya başka bir yere kaydedilir ise kaydetme veya yayma suçları oluşacaktır.

¹⁵¹⁷ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 649; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 29.

¹⁵¹⁸ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 132; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 154; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 163.

¹⁵¹⁹ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 29.

¹⁵²⁰ Ergün, *Siber Suçların*, 118.

¹⁵²¹ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 567; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 163; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 156.

¹⁵²² Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 85.

¹⁵²³ Akdağ, *Türk Ceza*, 124.

Verme, yayma ve ele geçirme eylemleri arasındaki farkın anlaşılabilmesine yönelik olarak şu örnek verilmiştir: Bir polis memuru yasal yollardan elde ettiği bir kimsenin telefon konuşmalarını bir başkasına ulaştırırsa eylemi verme sayılacak; bu polis memuru telefon konuşmalarını gazetelere gönderirse eylemi yayma olarak adlandırılacak telefon konuşması elinde olmayan kimse polis memurundan bunu almak için çabalayıp alırsa ele geçirme söz konusu olacaktır.¹⁵²⁴ Sonuncusunda yani ele geçirmede verinin zilyedi olan polisin ele geçirilmenin sağlanmasına yönelik olarak bir iradesi ya da katkısı yoktur. Ancak diğerlerinde verinin bizzat zilyedi olan polisin iradesi ve katkısı suç oluşturan hareketi oluşturmaktadır.

Yalnızca "öğrenmenin" ele geçirmek anlamına gelip gelmeyeceği tartışılmış ve bu kapsamda sadece öğrenmenin ele geçirmek anlamına gelmeyeceği ve bu nedenle tipik hareketi oluşturmayacağı düşünülmüştür.¹⁵²⁵ Bu kapsamda örneğin tıp profesörü olan bir hekimin hastasına ilişkin teşhis ve tedaviyi içeren kayıtları öğrencilerine ders verdiği dokümanların arasında unutmaması, hocanın asistanının da dokümanları incelerken hastaya ait belgeleri görmesi ve durumu öğrenmesi halinde ele geçirmenin söz konusu olmayacağı¹⁵²⁶ ifade edilmiştir. Ancak bunun aksini düşünenlerde bulunmaktadır. Bu kapsamda kişisel verilerin korunması ile ilgili hükümlerin amacının verinin kendisini değil ilgili olduğu kişiyi korumak olduğu, dolayısıyla verinin sadece içeriğinin öğrenildiği durumda da suçun işlendiğinin kabul edilmesi gerektiği¹⁵²⁷ ifade edilmiştir. Buna göre öğrenmekle de tipik hareket olan ele geçirme gerçekleşmektedir.¹⁵²⁸ Yine bu suç tipiyle, kişilerin normalde ulaşmaması gereken bir bilgiye ulaşmasının engellenmesi amaçlanmaktadır. Bu ulaşmanın veriyi sistem içinde ele geçirerek ya da sadece öğrenerek gerçekleştirilmesi arasında bir fark yoktur. Kişisel veri sadece öğrenilse de sistem ya da dosya üzerinde hakimiyet kurulsa da veri sahibi aynı zararı görecektir.¹⁵²⁹ Bu anlamda doğrudan okuma veya izleme gibi yöntemlerle kişisel verilerin içeriğine hâkim olmakla da gerçekleşebileceği kabul edilmiştir.¹⁵³⁰

¹⁵²⁴ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4126.

¹⁵²⁵ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 29; Akdağ, *Türk Ceza*, 125; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 132.

¹⁵²⁶ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 132.

¹⁵²⁷ Akdağ, *Türk Ceza*, 125.

¹⁵²⁸ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 29.

¹⁵²⁹ Akdağ, *Türk Ceza*, 125.

¹⁵³⁰ Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 157.

Yargıtay da “*ele geçirme fiili, başkasının hakimiyeti altında bulunan bir kişisel verinin, failin hakimiyeti altına girmesi ile gerçekleşmiş olacaktır*¹⁵³¹” diyerek ele geçirmeyi hakimiyet alanı teorisine uygun şekilde tanımlamaktadır. Yani Yargıtay’a göre ele geçirmeden söz edilebilmesi için suçun konusunu oluşturan kişisel verilerin failin hakimiyet alanına girmesi gerekli ve yeterlidir. Bu anlamda okumak, görme vb. şekillerde öğrenmeyi sağlayan davranışlar veriyi fiili zilyedinin hakimiyetinden çıkarmakta ve aynı zamanda failin zilyet olması sonucunu doğurmaktadır. Bu anlamda Yargıtay’ın bu kabulüne göre sadece öğrenmekte ele geçirmek olarak nitelendirilebilir. Bu yaklaşım tarzı kişisel verilerin niteliğine daha uygundur. Zira kişisel veriler çoğunlukla fiziksel varlığı olmayan, tamamen bilgi mahiyetindeki hususlardır. Bunların başkalarınca öğrenilmesi fiziksel varlığı olan şeylerin fiziken ele geçirilmesi ile aynı sonucu doğurmakta, aynı zarar potansiyeline sahip bulunmaktadır. Yine aynen fiziki varlığı bulunan örneğin bir aracın çalınmasında olduğu gibi aracın sahibinin elinden çıkması halinde nasıl mağdurun aracı üzerinde artık tasarruf etmek imkânı kalmamakta ise kişisel verilerin sadece yetkisiz kişilerce öğrenilmesi halinde de veri öznesinin veya fiili zilyedinin veri üzerinde tasarrufta bulunma imkânı kalmamaktadır. Yani bir kişinin öğrenmesi ile bile zilyedinin hakimiyet alanından çıkmaktadır. Zira her an belirsiz sayıda kişiye sıfır maliyetle, çok kolay ve hızlı bir şekilde çoğaltılabilir¹⁵³², aktarılabilir, satılabilir, yayılabilir. Bunu veri öznesinin ya da fiili zilyedin önleme imkânı bulunmamaktadır. Bu anlamda bize göre de fiziksel varlığı olmayan ama veri öznesine çok ağır zararlar verebilen kişisel verilerin ele geçirilmesi için öğrenme yeterlidir ve mutlaka fiziken elde etme şartı bulunmamaktadır.

Yargıtay belli durumlarda bu kabulünden sapmakta belli sistemler üzerinden kendilerine güvenilerek giriş şifresi verilmiş kamu görevlilerinin yaptıkları sorgulamalar sonrasında eriştikleri kişisel verileri sadece “*okumalarını*” bu yönüyle ele geçirme olarak kabul etmemektedir. Bu kapsamda 12. CD bir kararında vergi dairesi görevlisi olan sanıklar hakkında “*kişisel verilerin, üzerinde yazılı olduğu belgenin bulunduğu yerden alınması ya da kaydedilmiş haliyle başka bir nesne üzerine taşınarak (örneğin; yazının başka bir kağıt, defter vb. nesne üzerine geçirilmesi, taşınabilir*

¹⁵³¹ YCGK., 09.05.2019, E. 2015/12-708, K. 2019/414, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2015-12-708.htm&kw=2015/12-708&cr=yargitay#fm,E.T.12.04.2020>.

¹⁵³² Ernst Hafen, *Personal Data Cooperatives – A New Data Governance Framework for Data Donations and Precision Health*, The Ethics of Medical Data Donation, Springer Nature Switzerland AG Company, 2019, 141.

bellege veya CD'ye aktarılması gibi işlemlerle) sabitlenmesi, böylece istenildiğinde tekrar kullanılabilmesi olanağını sağlayan her türlü faaliyet, kişisel verileri “ele geçirme” kapsamında değerlendirilebilir ise de, kişisel verilerin kaydedilmeden önce öğrenilmesi, hafızada tutulan kişisel verilerin başkalarına açıklanması, kişisel verilere salt duyu organları aracılığıyla vakıf olunması, ancak TCK'nin 134/1. maddesinin 1. cümlesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirilebilir” tespitini yaptıktan sonra “vergi dairesinde görev yapan sanıklardan ...'in... kendilerine görevleri gereği verilen kullanıcı kodu ve şifreleri kullanıp, VEDOP sisteminde sorgulama yapmak suretiyle verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu işlediklerinin iddia edildiği olayda... fiziki olarak tevdi edilmesi halinde kolaylıkla görebilecek konumunda olan sanıkların, doğrudan bir görev tevdi edilmese dahi, salt veri tabanının güvenliği sebebiyle kendilerine verilen şifreleri kullanıp, sistemde sorgulama yaparak, vergi mükelleflerine ait bilgileri okumaktan ibaret eylemleriyle kişisel verileri ele geçirdikleri kabul edilemeyeceği gibi, söz konusu kişisel verileri, üçüncü kişi ya da kişilerle paylaştıklarına dair haklarında bir iddia ileri sürülmeyen sanıklara, basit bir kod ve şifre sayesinde, sistemde yer alan tüm verilere erişebilme imkanının verilmiş olması ve veri içeriklerinin sanıklardan gizlenmemiş olması karşısında, sanıkların sistemde sorgulama yaparken, hukuka aykırı hareket ettikleri bilinciyle hareket ettikleri de kabul edilemeyeceğinden, sanıklara isnat edilen eylemlerde, TCK'nin 136/1. maddesindeki verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme ve aynı Kanun'un 134/1-1. Maddesinde tanımlanan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun yasal unsurlarının oluşmadığı anlaşılmakla... CMK'nin 223/2-a maddesi gereğince¹⁵³³” beraatlerine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Yargıtay'ın bu uygulamasının hatalı olduğunu ve kararın kendi içerisinde ciddi çelişkiler barındırdığını düşünmekteyiz. Zira karardaki kişisel verilerin kaydedilmeden önce öğrenilmesi, hafızada tutulması veya kişisel verilere salt duyu organları aracılığıyla vakıf olunması durumlarının ele geçirme olarak kabul edilemeyeceğine dair kabulüne katılmak yukarıda da açıkladığımız nedenlerle mümkün değildir. Çünkü kişisel verilerin nitelikleri bir defa buna engel teşkil etmektedir. Zira kişisel verilerin

¹⁵³³ Y. 12. CD., 20.10.2014, E. 2014/9139, K. 2014/20323, www.kazanci. com/ kho2/ ibb/ files/ dsp.php? fn= 12cd- 2014-9139. htm& kw='meslek''sanat''kolaylık'# fm, E.T. 19.03.2020; polis memurları hakkında çok benzer bir karar için bkz. Y. 12. CD., 03.03.2014, E. 2013/7112, K. 2014/5273, www. kazanci.com /kho2/ ibb/ files/ dsp.php? fn= 12cd-2013-7112.htm &kw='kişisel+ verileri''kast'#fm, E.T. 28.04.2020.

sadece yetkisiz kişilerce öğrenilmesi halinde dahi veri öznesinin veya fiili zilyedinin veri üzerinde tasarrufta bulunma imkânı artık kalmamakta ve tam anlamıyla bu bilgi artık zilyedinin hakimiyetinden çıkmaktadır. Aynen bizim gibi düşünen bazı daire üyeleri de zaten bu karara muhalif kalmış ve muhalefet şerhlerinde *“kaydedilmiş kişisel verilerin görme, okuma vb. eylemlerle içeriğinin öğrenilmesinin, kişisel verilerin ele geçirildiğinin kabul edilebilmesi için yeterli olduğu görüşünde olduğumuzdan, “ele geçirme” kavramının açıklanmasına ve sanıklara isnat edilen eylemin TCK’nin 134/1-1. maddesi kapsamında değerlendirilebileceğine dair çoğunluğun görüşüne katılmıyoruz.”* demişlerdir. Yani onlara göre de sadece okuma veya görülme eylemleri kişisel verilerin ele geçirilmesi suçunu oluşturmak için yeterlidir. Ayrıca karardaki suç yokluğu gerekçesine de katılmak mümkün değildir. Zira kamu görevlisine bir konuda şifre vb. verilmesi sadece görevinin tanıdığı yetki kapsamında bunu kullanabilmesi imkanını, yetkisini tanımaktadır. Yani bir sisteme girişe dair şifre vb. verilmesi, o sistemde bulunan herkese ait her veriye ve her istediği zaman ulaşabilme yetkisini haklı ve meşru kılmaz. Görevli bu verilere ancak kendisinden istenilen bir iş ya da o an ifa edilmesi gereken görev kapsamında ve ancak bu görevin gerektirdiği kadarıyla sınırlı olmak üzere verilere erişebilme yetkisini verir. Bu nedenle o an itibarıyla yapması gereken bir incelemeyi yapmayan bu görevlilerin bu şekilde rastgele sorgulamalar yapmaları kesinlikle görevin ifası hukuka uygunluk nedeni kapsamında kalmayacağı gibi esasında tam anlamıyla tipik hareketi oluşturmaktadır.

Her ele geçirmenin suç teşkil etmeyeceği, bir ele geçirmenin suç teşkil etmesi için suçun maddi ve manevi tüm unsurlarının tamamının gerçekleşmesi gerektiği¹⁵³⁴ ifade edilmiştir. Bu kapsamda tesadüfen ya da yanlışlıkla öğrenme durumları ele geçirme sayılmayacaktır. Zira bu durumlarda failin ele geçirme kastı bulunmamaktadır.

Ele geçirme suçunun düzenlenme yerini (düzenlendiği maddeyi) doğru bulmamaktayız. Çünkü ele geçirme fiili tarihsel süreçte kaydetme, verme ve yayma fiillerinden önce gerçekleştirilmek zorunda olan bir fiildir. Kaydetmeyle belki ve nadiren aynı anda olabilir ancak diğerleri açısından daha önce olduğunu düşünmekteyiz. Bu nedenle bu davranışın kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun bir ön aşaması olarak düzenlemesi gerektiğini ve hatta kaydetme fiilinden daha hafif bir cezayı gerektirmesi

¹⁵³⁴ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 29.

gerektiğini düşünüyoruz. Zira kaydetme tekrar tekrar kullanılmaya müsaittir ve kaydetme ile verinin belirsiz bir süre için kaybolması ve yok olması önlenmiş olmaktadır. Bizim gibi düşünen bazı yazarlar maddede sayılan davranışların bir kısmının kişisel verileri kaydetme fiilini de oluşturacağını bu nedenle iki madde arasında karşılıklıya yol açtığını bu nedenle kaydetme fiilinin 135. maddeye alınması gerektiğini¹⁵³⁵ ifade etmişlerdir.

2.2.2.3.1.2.3. Netice

Tipiklikte suçun tamamlanması için mağdurun zarara uğraması veya somut bir tehlikeyle karşı karşıya bulunması aranmamıştır.¹⁵³⁶ Bu nedenle sayılan eylemler neticesinde bir zararın meydana gelmesi gerekmemektedir.¹⁵³⁷ Yani bir neticenin ortaya çıkmasına gerek yoktur.¹⁵³⁸ Bu yönüyle kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi, başkasına verilmesi veya yayılması eylemlerinden birinin veya birkaçının gerçekleştirilmesiyle suç oluşmuş – tamamlanmış olacaktır.¹⁵³⁹

Suçun oluşumu açısından önemli olan hareket ya da hareketlerin tamamlanmasıdır.¹⁵⁴⁰ Bu anlamda hareketin gerçekleştirilmesiyle suç da tamamlanmış olduğundan suç sırf hareket suçu¹⁵⁴¹ ve neticesi bakımından ani bir suçtur.¹⁵⁴² Bu hareketlerden ayrıca bir zarar doğması gerekmemektedir.¹⁵⁴³ Bu nedenle suç, tehlike suçudur.¹⁵⁴⁴ Suç tipinde hareket ile tehlike neticesi arasında bir nedensel ilişkinin varlığını araştırmak yönünde zorunluluk bulunduğu ilişkin ifade yer almaması

¹⁵³⁵ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 649; bu kanaatimize uygun şekilde İngiliz Veri Koruma Yasası'nda ele geçirme eylemi suç olarak düzenlenen ilk eylemdir. Diğer eylemler ondan sonra sayılmıştır. Bkz. Data Protection Act 2018, Chapter 12, Section 170/1, 98.

¹⁵³⁶ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 649.

¹⁵³⁷ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 155; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 72; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 165.

¹⁵³⁸ İtişgen, *Türk Ceza*, 186; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 568; Akdağ, *Türk Ceza*, 120; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 166.

¹⁵³⁹ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 29; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 166; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 568; Bük, *Elektronik Ortamda*, 144; İtişgen, *Türk Ceza*, 186; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 568; Akdağ, *Türk Ceza*, 120; Bük, *Elektronik Ortamda*, 137.

¹⁵⁴⁰ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 29.

¹⁵⁴¹ İtişgen, *Türk Ceza*, 186; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 568; Akdağ, *Türk Ceza*, 120; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 166; Bük, *Elektronik Ortamda*, 137.

¹⁵⁴² Bük, *Elektronik Ortamda*, 137.

¹⁵⁴³ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 895; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 568; Bük, *Elektronik Ortamda*, 144; Bük, *Elektronik Ortamda*, 137.

¹⁵⁴⁴ İstek, *Hasta Mahremiyeti*, 204; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 29; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 132; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 649; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 155; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 72; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 568; Bük, *Elektronik Ortamda*, 144.

nedeniyle, suç tehlike suçları içinde de soyut tehlike suçu olarak kabul edilmelidir.¹⁵⁴⁵ Yani bu suçun bir zarar doğurmaya elverişli olup olmadığının araştırılması dahi gerekli görülmediği için suç, soyut tehlike suçu niteliği taşımaktadır.¹⁵⁴⁶

İnceleme konumuz olan suçun sırf hareket suçu olarak kabul edilmesi nedeniyle suçun oluşumu için ayrıca bir netice aranmadığından bahsedilemez. Suçun oluşumu için hareketin yapılmasının yeterli kabul edilmesinin nedensellik bağı problemi ortaya çıkarmadığı, suçun soyut tehlike suçu niteliğinde olduğu için herhangi bir başka sonuç doğmasa dahi kişi eyleminden sorumlu tutulacağı ve sonuçta meydana gelen netice yönünden nedensellik bağı aranmayacağı ifade edilmelidir.¹⁵⁴⁷

Sağlık çalışanları yönüyle bakıldığında bunların sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranışlarını yaptırım altına aldığı anlaşılmaktadır. Yani bu kapsamda sır niteliği taşıyan kişisel veriler kişilik hakkının bir parçası olarak yasalarca korunmuştur. Bu nedenle sırrın açıklanmasında zarar verme amacı aranmaz, sırrın bilerek isteyerek açıklanması veya başkalarınca öğrenilmesine izin verilmesi cezai sorumluluk için yeterlidir.¹⁵⁴⁸ Bu yönüyle bir zarar doğmasa da kişisel verilerin yetkisiz kişilere aktarılması inceleme konumuz suçu oluşturacaktır.¹⁵⁴⁹ Buradan hareketle yasa koyucu bu suçun oluşumu için zarar koşulunu aramamıştır. Bir verinin kişisel olması nedeniyle bunun başkalarına verilmesiyle –her durumda- bir zararın doğabileceği düşünülebilir.¹⁵⁵⁰

Bu suçun mülga 765 sayılı TCK'deki karşılığı olan suç 198. maddesinde düzenlenmiş olan meslek sırrının ifşası suçuydu ve bu suç nedeniyle mağdurun herhangi bir zarara uğramış olması hali ağırlatıcı bir nitelikli hal olarak düzenlenmişti. Buna göre para kaybından ibaret bir zarar maddi; üzüntü veya kederden ibaret zarar ise manevi zarar olarak madde kapsamındaki zararı oluşturmaktaydı.¹⁵⁵¹ Öyleki yaptırım olarak bu durumda suçun temel şekli hapis ve para cezası olmasına rağmen hapsin yanında para cezanın suçun temel şeklindeki para cezanın üst sınırından aşağı olamayacağı

¹⁵⁴⁵ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 132; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 649; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 155; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 72; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 568; Bük, *Elektronik Ortamda*, 144.

¹⁵⁴⁶ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 649; Akdağ, *Türk Ceza*, 120.

¹⁵⁴⁷ Bük, *Elektronik Ortamda*, 146; Erdin, *Ceza Hukukunda*, 36.

¹⁵⁴⁸ Birol Demirel, *Hekimin Yasal Sorumlulukları*, Gazi Tıp Dergisi, Yıl 2005, Cilt 16, Sayı 3, 101.

¹⁵⁴⁹ Aynı yönde Hakeri, *Tıp Hukuku*, 895.

¹⁵⁵⁰ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 895.

¹⁵⁵¹ Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet*, 147

öngörülmüş idi. Yani fail yine hapis ve para cezası ile cezalandırılacak ancak para cezası üst sınırdan aşağı olmayacak şekilde hükmolunmak zorunda idi. Bu da yasa koyucunun bu eylem nedeniyle zarar oluşması durumuna yönelik olarak ne kadar önem verdiğini göstermektedir. Ancak yeni düzenlemede yani inceleme konumuz suçta zarar oluşması herhangi bir nitelikli hal olarak düzenlenmemiştir. Bu da çok önemli bir eksikliktir. Çalışmamızın başında verdiğimiz örnekte olduğu gibi kişisel sağlık verileri gibi çok hassas nitelikteki bir verinin açıklanması durumunda hayatı çekilmez ve adeta bundan sorasında yaşamaya değmeyecek hale getirecek tarzda zararlar doğurabilmektedir. Bu nedenle mutlaka maddede değişiklik yapılmalı ve zarar hem de oluşan zararın boyutuna göre hâkim tarafından uyarlanabilecek şekilde bir artırım yapılmasına imkân tanıyan bir düzenleme yapılmalıdır.

2.2.2.3.1.3. Manevi Unsurlar

Bu suç yalnızca kasten işlenebilen bir suçtur.¹⁵⁵² Bu anlamda genel kastın varlığı gerekli ve yeterlidir.¹⁵⁵³ Failin eylemini gerçekleştirirken eylemini ve sonuçlarını bilerek ve isteyerek hareket etmiş olması gerekmektedir.¹⁵⁵⁴ Kanun'da ayrıca düzenlenmediğinden bu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir.¹⁵⁵⁵

Suçun en azından bilinçli taksirle işlenen halinin suç olarak düzenlenmemiş olmasını önemli bir eksiklik olarak görüyoruz. Zira bilinçli taksirde fail kişisel verilerin yetkisiz olarak ele geçirilebileceğini bilmesine, öngörmesine rağmen umursamazca davranmakta ve kişisel verilerin yayılmasına, ele geçirilmesine neden olmaktadır.

¹⁵⁵² Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hayata*, 21; Soyaslan, *Hekimlerin Ceza*, 133; Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 21; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 652; Hakeri, *Tıp Hukuku*, 899; Sevük, *Tıp Ceza*, 801; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 81; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 157; Akdağ, *Türk Ceza*, 125.

¹⁵⁵³ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 30; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4127; İtişgen, *Türk Ceza*, 190; Güven, *Hasta Bilgilerinin*, 67; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2094; İstek, *Hasta Mahremiyeti*, 202; Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2748; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 569; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 652; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 81; Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 21; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 166; Bük, *Elektronik Ortamda*, 165; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 157-158.

¹⁵⁵⁴ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 30; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2094; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 156; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 652; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4127; İtişgen, *Türk Ceza*, 190.

¹⁵⁵⁵ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 899; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 30; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 157; Sevük, *Tıp Ceza*, 801; Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 67; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2094; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 156; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 652; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4127; İtişgen, *Türk Ceza*, 190; Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2748; Güven, *Hasta Bilgilerinin*, 67; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 81-82; Bük, *Elektronik Ortamda*, 165.

Bunun önemini anlayan İngiliz yasa koyucu bu fiillerin bilinçli taksirli halini suç olarak düzenleme altına almış ve yaptırıma bağlamış bulunmaktadır.¹⁵⁵⁶

Bu suç tipi bakımından kast; failin, başka bir kimsenin kişisel verilerini, bir başkasına verdiğini, yaydığını veya ele geçirdiğini bilmesi ve istemesidir.¹⁵⁵⁷ O halde failin kastı tipte yer alan tüm unsurları kapsamına almalıdır.¹⁵⁵⁸ Bu yönüyle fail haksız hareketini bilerek ve isteyerek gerçekleştirmiş ise bu eylemde doğabilecek bütün neticeleri istememiş olsa bile sorumlu olacaktır.¹⁵⁵⁹

Kanun koyucu bu suçun işlenmesi açısından özel bir kast aramamış¹⁵⁶⁰ ve suçun unsuru haline gelecek bir saik de belirtmemiştir.¹⁵⁶¹ Bu nedenle saik önem taşımamaktadır.¹⁵⁶² Yine failin veri sahibi kişiye zarar vermek veya menfaat sağlamak gibi özel bir kastının bulunması gerekmemektedir.¹⁵⁶³ Bu yönüyle özellikle de inceleme konumuz açısından hastaya ya da diğer hizmet alıcısına zarar verme kastının bulunmasına gerek yoktur.¹⁵⁶⁴ Ancak failin böyle bir özel kastla hareket ettiği durumlara özgü olarak cezayı ağırlatıcı nitelikli halin bulunmaması bir eksiklik olarak görülmüştür.¹⁵⁶⁵

¹⁵⁵⁶ Bkz. Data Protection Act 2018, Chapter 12, Section 170/1, 97; İngiliz hukukunda suçun manevi unsuru temelde intention, *recklessness* ve negligence olarak üçe ayrılmaktadır. Intention, bizim hukuk sistemimizde kasta karşılık gelirken; *recklessness*, başlarda öngörülme neticeleri dahi kapsamına almasına ve bu nedenle normal taksiri dahi ifade etmesine bu yaklaşım tarzı 2003 yılındaki R v G and Another davasındaki kabul kaldırılmasına rağmen Hukuk Komisyonu'nun 1989 tarihli Ceza Kanunu Tasarısı ile failin var olan ya da olabilecek riskin ya da sonucun farkında olduğu halde *makul olmayan şekilde risk alınmak suretiyle* gerçekleştirdiği davranış olarak tanımlanmış (Herring, *Criminal Law*, 72; Elliott and Quinn, *Criminal Law*, 23) olması nedeniyle bizim hukuk sistemimizdeki bilinçli taksiri karşılayacak şekilde kullanılmaktadır. Zira neticenin sanığın fiilin neredeyse kesin bir sonucu olarak, ciddi şekilde görmesine rağmen ve sanığın bunu fark edip yine de yoluna devam etmesi ve tipik fiili gerçekleştirmesi durumu, İngiliz hukukunda dolaylı kasıt veya doğrudan olmayan/ dolaylı kast olarak kabul edilmektedir (Elliott and Quinn, 23). Bu kabul ise bizim hukuk sistemimizdeki olası kastı karşılamaktadır. Zira olası kasıt bizim hukuk sistemimizde, failin suçun kanuni tanımındaki objektif unsurların gerçekleştirebileceğini ciddi şekilde mümkün görmesine rağmen, fiili işlemek suretiyle tipikliğin gerçekleşmesini kabullenmesi olarak tanımlanmaktadır (Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 162). Tüm bu nedenlerle *recklessness*, bizim hukuk sistemimizde suçun bilinçli taksirle işlenen halini ifade etmektedir denilebilir.

¹⁵⁵⁷ Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hayata*, 21.

¹⁵⁵⁸ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 569.

¹⁵⁵⁹ Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet*, 85.

¹⁵⁶⁰ Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 81; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 652; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 166.

¹⁵⁶¹ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 652; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 166.

¹⁵⁶² Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4127; İtişgen, *Türk Ceza*, 190.

¹⁵⁶³ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 154.

¹⁵⁶⁴ Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet*, 154.

¹⁵⁶⁵ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 154.

Failin hangi saikle hareket ettiğinin suçun oluşumu açısından bir önemi yoktur.¹⁵⁶⁶ Fail hastanın zararını istemese, hatta ona iyilik için bile tipik hareketi gerçekleştirmiş olsa bile kişisel sağlık verileri mağdura zarar verebilecek bir nitelik taşıdığı için fail de bunu öngörebilecek veya öngörmesi gereken bir durumdaysa suç kastı var demektir.¹⁵⁶⁷

Genel kastla işlenebilen bir suçun kural olarak olası kastla işlenmesi de mümkündür.¹⁵⁶⁸ Bu durum inceleme konumuz suç açısından da geçerlidir.¹⁵⁶⁹ Bu nedenle doğrudan veya olası kastla işlenebilir.¹⁵⁷⁰ Ancak bu kanaate olmayıp suçun ancak doğrudan kastla işlenebileceğini düşünenler de olmuştur. Bu düşüncedeki yazarlara göre maddede geçen “*hukuka aykırı olarak*” ibaresi bu suçun ancak doğrudan kastla işlenebileceğini göstermektedir.¹⁵⁷¹ Madde metninde fiilin hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmesi arandığı için failin kastının fiilin hukuka aykırı olduğu hususunu da kapsamı gerekmektedir.¹⁵⁷² Yani failin eyleminin hukuka aykırı olduğunu bilmesi ve buna rağmen eylemini gerçekleştirmesi gerektiği düşünülmüştür.¹⁵⁷³ Dolayısıyla kanun bu suç açısından özel bir hukuka aykırılık bilinci aramaktadır ve bu nedenle bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilecektir.¹⁵⁷⁴ Ancak yukarıda belirtildiği üzere olası kastla işlenmesinin mümkün olduğunu düşünenlerde bulunmaktadır. Maddedeki hukuka özel aykırılık bakımından kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu değerlendirirken yaptığımız açıklamalar aynen burada da geçerlidir. Bu tartışmaların kapsamına bu nedenle ayrıca burada girilmeyecektir. Ancak aynen kişisel verilerin kaydedilmesi suçunda belirtildiği üzere bu suça ilişkin olarak öne sürülen bu görüşlerin hiçbirine katılmadığımızı ve belli suç tiplerine bu şekilde “*hukuka aykırı olarak*” ibaresi koyan yasa koyucunun bu suça ilişkin hukuka uygunluk hallerinin sadece şekli anlamda kanunlarda aranmasını istemediği, aynı zamanda hukuk sistemini oluşturan diğer tüm düzenleyici işlemlerde de bu fiile ilişkin olarak bir görevlendirme yapıp yapılmadığını, yani kamu görevlisine bu

¹⁵⁶⁶ Gerçeker, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2748; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2094; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 652; Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 21; Bük, *Elektronik Ortamda*, 165

¹⁵⁶⁷ Aynı yönde Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet*, 154.

¹⁵⁶⁸ Bük, *Elektronik Ortamda*, 165; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 82; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 30; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 569.

¹⁵⁶⁹ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 569.

¹⁵⁷⁰ İstek, *Hasta Mahremiyeti*, 202; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 652.

¹⁵⁷¹ İtişgen, *Türk Ceza*, 191; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 167; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 157-158.

¹⁵⁷² Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 156; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 30.

¹⁵⁷³ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 30.

¹⁵⁷⁴ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 167.

anlamda bir sorumluluk yüklenip yüklenmediğini araştırılarak hukuka uygunluk nedenlerinin belirlenmesini istediğini düşünmekteyiz. Hatta bu yönüyle madde metninde açıkça arandığından hukuka uygunluk burada hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden değil tipikliğin temel bir unsuru niteliği taşıdığını ve bu suç tipinin olası kasta işlenebileceğini söyleyebiliriz.¹⁵⁷⁵

Bu görüşümüz hukuka özel aykırılığın failin kastı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği fikrine de aykırılık taşımaktadır. Zira bir davranışın hukuka aykırı olup olmadığının tespiti kişinin iradesine yani kastına göre değil hukuki düzenlemelere uygun olup olmamasına göre değerlendirilir. Buna göre bir kişi hukuka aykırı davrandığını ya da suç işlediğini düşünerek bir davranışı gerçekleştirse bile davranışı kanuni tipikliğe uymadığı sürece suç oluşmayacaktır. Yine hukuka uygun davrandığını düşünerek hareket ediyorsa ancak davranışı tipe uygunsa ve tasavvur ettiği gibi hukuka uygunluk nedeni de fiilen bulunmuyorsa eylemi suç olacaktır. Buna göre bir kişi kişisel verileri başka birine aktarmanın suç olmadığını düşünerek eylemini gerçekleştirmiş olsa dahi eylemi suç oluşturacaktır. Esasında suç teorisinde kastı tipikliğin (dar anlamda tipikliğin) bir parçası olarak görmemizin, kusurluluğun parçası olarak görmememizin önemli bir etkisini burada görüyoruz. Eylemin kasten gerçekleştirilmesi, hareketin istenip istenmemesiyle ilgilidir. Eylemin hukuka uygun veya aykırı olmasıyla ya da kusurlulukla ilgili değildir. Yine kanuni tipte sayılamayan bir eylemi suç zannederek ve o kasıt altında işleyen, örneğin kişisel verileri saklama eylemini suç zannederek işleyen kişinin eylemi bu kastına rağmen suç oluşturmayacaktır.

Çalışmamızın kapsamı gereği konuya sağlık çalışanları açısından bakıldığında sağlık personelinin hastaya ait kişisel verileri bilerek ve isteyerek yetkisiz kişilere vermesi veya yayması halinde tipik haksızlık oluşacaktır.¹⁵⁷⁶ Yine sağlık çalışanı olmasa dahi kişisel sağlık verilerine ulaşan herhangi bir kimsenin kişisel sağlık verilerini bilerek ve isteyerek yetkisiz kişilere aktarması durumunda da tipik haksızlık oluşacaktır. Bu kişilerin hukuka aykırı olarak ulaştıkları bilinci ile kişisel sağlık verilerine ulaşmaları dahi başlı başına ele geçirme suçunu oluşturacaktır. Yine hekimler veya diğer sağlık görevlilerinin hastalara ya da diğer hizmet alıcılarına ait kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme, yayma, ele geçirme hareketini hareketi gerçekleştirdikleri

¹⁵⁷⁵ Benzer mahiyette Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4127.

¹⁵⁷⁶ Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 67.

esnada yaptığı hareketi ve doğurabileceği neticeleri bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi gerekmektedir. Bu kapsamda kişisel verileri içeren notların masası üzerinde unutulması ve bu nedenle bunların başkaları tarafından görülmesi durumunda kastı olmadığından suç oluşmaz. Zira suçun taksirli hali ayrıca yaptırım altına alınmadığından tıp alanında da bu suçlar taksirle işlenemez.¹⁵⁷⁷ Bu nitelikteki bir eylemin suçu oluşturabilmesi için yetkisiz kişilerin bu verilerin görebilmesi için ve bunu isteyerek özellikle açıkta bırakılması gereklidir. Suçun bu şekilde işlenen hali ise suçun ihmali hareketle işlenmiş şeklini oluşturacaktır.¹⁵⁷⁸ Bu kapsamda örneğin fazla sayıda insanın girip çıktığı bir ortamda çalışan bir hekimin bilgisayarını açık bırakıp ortamdan ayrılması halinde olası kastla hareket etmiş kabul edilebilir.¹⁵⁷⁹

Sağlık kuruluşlarında olası kastla suçun işlenebileceği bir durum olarak hastanelerde hekimlerin muayene odalarına, hastaların sırasıyla girmesinin sağlanması ve karışıklık çıkmasının engellenmesi amacıyla dijital ekranlarda hasta isim ve sırasının yayınlanması eylemi kişisel verilerin hukuka aykırı olarak yayılması suçunun olası kastla işlenebilen hali olarak gösterilebilir. Zira bu elektronik ekranlarda: Hastanın ad, soyad, hangi doktora muayene olduğu, rahatsızlığının ilgili bulunduğu hastalık branşı gibi bilgilere yer verilmektedir. Böylelikle bu bilgiler o an itibarıyla hastanede bulunun her türlü kişinin erişimine açık hale getirilmiş olmaktadır.

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 7. maddesinde “*Poliklinik muayenelerinde gizlilik prensiplerine riayet esastır. Burada, halkın gelenek ve ahlak kurallarına saygı gösterilir. Hastalar teker teker muayene edilir. Muayene esnasında poliklinik odasında tıp ve yardımcı tıp meslekleri personelinden başka kimsenin bulunmaması gerekir.*” düzenlemesi bulunmakta ve bu muayeneler esnasında gizliliğe riayet edilmesi yükümlülüğüne özel olarak vurgu yapılmaktadır. Bu kadar somut yükümlülükler yükleyen Yönetmelik hükmüne rağmen hastalara ilişkin çok önemli kişisel verilerin orada bulunan herkese açık ekranda (maskelenmeksizin) gösterilmesi “*öğrenilirse öğrenilsin*” düşüncesiyle hareket edildiğini göstermektedir. Bu kapsamda özel olarak bu verilerin yayılmasını isteme iradesinin bulunmadığı, yani verileri yaymak

¹⁵⁷⁷ Aynı yönde Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 67.

¹⁵⁷⁸ Benzer mahiyette Sevrük, *Tıp Ceza*, 801; Hakeri, *Tıp Hukuku*, 899.

¹⁵⁷⁹ Aynı yönde Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 82.

için doğrudan bir kastla değil de olası kastla hareket edilmiş olduğu söylenmiştir.¹⁵⁸⁰ Bu durum olası olarak değerlendirilebilirse de burada olası kastla hareket edenler bizzat o birimde çalışan hekimler ya da sağlık personelleri değildir. Çünkü bunların bu sistemin mevcut şekilde kurulmasında iradeleri etkili olmamakta, onlardan fikir dahi alınmamaktadır. Ancak bu sistemi kuran hastane idaresi ya da bu sistemi yeterince denetlemeyen Sağlık Bakanlığı denetim birimleri bu anlamda olası kastla hareket etmiş kabul edilebilirler. Bu şekilde bir sorumluluğun doğmaması için çağrı sisteminin sadece hasta tarafından görülmesini sağlayacak (ya da kişisel veriler maskelenecek) şekilde yeniden kurgulanması gerekmektedir. Son zamanlarda bazı sağlık kurumlarında hastanın isminin ve soy isminin ilk birkaç harfinin görünür şekilde çağrı sistemine yansıtılmaya başlandığı mülahaza edilmiş olup her ne kadar yaşlı hastalarca okunmakta zorlanılsa da bu gelişme kanaatimizce bu yönde atılmış önemli bir adım niteliği taşımaktadır. Ayrıca bir tavsiye olarak bahse konu riskleri önleme adına takma isim uygulaması da hayata geçirilebilir. Bu kapsamda kişinin bizzat kendisinin belirleyeceği ve sadece kendisinin bileceği bir takma isim üçüncü kişilerce görülen ekranlara yansıtılabilir.

2.2.2.3.1.4. Nitelikli Haller

Suçun nitelikli haline ilişkin olarak sadece ağırlatıcı iki adet nitelikli hal düzenlemiştir. Bunlar da 137. maddede sayılan nitelikli hallerdir. Yani suçun *kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle* ya da *belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle* işlenmeleri halleri suçun ağırlatıcı nitelikli hallerini oluşturmaktadır. Bunlar failin şahsından kaynaklanan bir ağırlatıcı bir nitelikli halidir.¹⁵⁸¹ Suç için daha az bir ceza verilmesini gerektiren özel bir nitelikli hal bulunmamaktadır.¹⁵⁸²

Kaydetme suçunda olduğu gibi verinin özelliği, hassas ya da özel nitelikli veri oluşu bu suç açısından nitelikli bir hal olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle cezayı ağırlaştıran nitelikli hallere ilişkin düzenlemenin yetersiz olduğu söylenebilir. Zira uygulama karşılaşılabilen suçun işlenmesi nedeniyle bir zarar oluşması ya da oluşan zararın ağırlığı veya suçun çok kısa sürede çok fazla kişi tarafından öğrenilmesini

¹⁵⁸⁰ Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 157-158.

¹⁵⁸¹ Aynı yönde Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 166; Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 167.

¹⁵⁸² Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2095.

sağlayacak hızlı iletişim araçlarıyla işlenmesi halleri de nitelikli hal olarak düzenlenmemiştir. Kanaatimizce bu çok önemli bir eksikliktir. Çünkü suçun sosyal medyada kişisel sağlık verilerini açıklanması suretiyle işlenmesi durumunda sayısı belirsiz kişilerce ve çok kısa sürelerde öğrenilebilecek ve hatta bahse konu elektronik ortamlardan kaldırılması neredeyse imkânsızlaşacaktır (Karş. 5651 s. Kanun m. 9/A). Bu durumun mağdur üzerinde doğuracağı zararın ağırlığını tespit etmek dahi çok güçtür. Yine sadece birkaç kişiyle paylaşılan bir kişisel sağlık verisinin bu kişi ya da kişiler tarafından öğrenilmesi mağdur üzerinde telafisi imkânsız zararların doğmasına neden olmuşsa ve mağduru adeta sosyal hayatta bir ölü haline getirmişse bu durum özel bir nitelikli hal olarak değerlendirilmeli ve daha ağır cezalandırılmalıdır.

İnceleme konusu suça ilişkin olarak suçun konusunu oluşturan kişisel verilerin kişinin sağlık alanına ilişkin olması halinde verilecek ceza artırılabileceği¹⁵⁸³ öne sürülmüş ise de biz bu kanaate katılmıyoruz. Yukarıda da belirtildiği üzere suçun konusunu oluşturan kişisel verilerin kişisel sağlık verileri olması, kişisel verilerin kaydedilmesi suçunda olduğu gibi bu suç açısından da ayrı ve özel bir ağırlatıcı nitelikli hal olarak düzenlenmemiştir. Kişisel sağlık verilerine ilişkin olarak suçun kamu görevlisi olan bir sağlık çalışanı veya sağlık meslek mensubu kişilerin dışındaki kişiler tarafından işlenmesi halinde uygulanabilecek hiçbir ağırlatıcı neden bulunmamaktadır. Bu anlamda önemli bir düzenleme eksikliği bulunduğunu söylemeliyiz. Aynen 135. maddede yapılan değişiklik gibi “*verilen ve yayılan kişisel verinin niteliğine göre*” ağırlatıcı bir nitelikli halin düzenlenmesi gerekmektedir. Zira çoğu kez mağdur, kişisel sağlık verilerinin kaydedilmesi dolayısıyla değil bu çok hassas nitelikteki kişisel sağlık verilerinin yayılması dolayısıyla ağır bir zarara uğramaktadır. Verileri yayan kişi bir sağlık çalışanı değilse örneğin, tesadüfen orada bulunan bir vatandaş tarafından bu veriler yayılmış ise hiçbir nitelikli hal uygulanamayacak ve ceza adaleti anlamında oldukça adaletsiz bir sonuç ortaya çıkacaktır. Mevcut haliyle sağlık meslek mensupları açısından olmasa bile normal kişiler açısından kişisel sağlık verilerini konu alan saldırılar bakımından caydırıcı bir yaptırımın mevcut olduğu söylenemez.

Konumuzu ilgilendirilen yönüyle suçun kamu görevlisi bir sağlık personeli tarafından ve görevin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle ya da kamu görevlisi

¹⁵⁸³ Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 71.

olmayan bir sağlık personeli tarafından mesleğin veya sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi halinde ceza arttırılacaktır.¹⁵⁸⁴ Buna göre sağlık personeli açısından hemen bütün olaylarda bu nitelikli halin uygulanabileceği söylenebilecektir.¹⁵⁸⁵ Bu düzenleme ile güven duygusuna bağlı olarak kişisel verilerin rahatlıkla paylaşıldığı bu kişilerin daha ağır bir şekilde cezalandırılması sağlanmış olup bu yaklaşım önleyicilik/ caydırıcılık anlamında olumlu görüşmüştür.¹⁵⁸⁶

Aşağıda bu suç tipine ilişkin nitelikli haller ayrı başlıklar altında ele alınacaktır.

2.2.2.3.1.4.1. Suçun Kamu Görevlisi Tarafından ve Görevin Verdiği Yetki Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi

Suçun kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanarak işlenmesi halinde suçun nitelikli hali uygulanacaktır. Burada fail bakımından özgü bir suç söz konusudur ve fail kamu görevlisidir.¹⁵⁸⁷ Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için iki koşulun bir arada gerçekleşmesi gerekmektedir: Suç kamu görevlisi tarafından ve görevin sağladığı bir yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenmelidir.¹⁵⁸⁸ Bu sebeple, nitelikli halin uygulanabilmesi için failin kamu görevlisi olması başlı başına yeterli değildir. Aynı zamanda kamu görevlisinin görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle suç işlemesi gerekir.¹⁵⁸⁹ Bir kamu görevlisinin işlediği her veri aktarma eylemi bu kapsamda değerlendirilemez. Eğer kamu görevlisi verileri aktarırken görevinin sağladığı yetkileri kötü niyetli olarak kullanılıyor ise nitelikli hal uygulanabilecektir.¹⁵⁹⁰ Bu yönüyle kamu görevlisinin suçla ilgili bir yetki ve görevi olması, bu yetki ve görevin gereklerine aykırı davranarak suçu işlemesi durumunda nitelikli hal uygulanabilecektir. Yetkisi yoksa yetkiyi kötüye kullanmaktan söz edilemez. Bu düzenlemenin görevi kötüye kullanmak suçunun özel bir şekli olduğu da söylenebilir.¹⁵⁹¹

Sağlık personeli olmayan ancak görevleri dolayısıyla kişisel sağlık verilerine erişim imkânı bulunan diğer kamu görevlilerinin örneğin sağlık kurumlarının idari

¹⁵⁸⁴ Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 26.

¹⁵⁸⁵ Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 66.

¹⁵⁸⁶ Görüş için bkz. Bük, *Elektronik Ortamda*, 88.

¹⁵⁸⁷ Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 92.

¹⁵⁸⁸ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 138.

¹⁵⁸⁹ Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2749.

¹⁵⁹⁰ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 138.

¹⁵⁹¹ Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2749.

birimlerinde çalışan idari personelin kişisel sağlık verileri açıklaması halinde de nitelikli hal uygulanacaktır.¹⁵⁹²

Çalışmamızın kapsamı açısından konuya daha somut bir şekilde bakıldığında kişisel sağlık verilerinin de bu suçun konusunu oluşturduğunu belirtmiştik. Bu verileri işlemekle görevli olanlar, yani KVKK 6/3 maddesinde belirtildiği şekilde sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler aynı zamanda kamu görevlisiyse ve bu görevin sağladığı yetkiyi kötüye kullanarak suçu işliyorlarsa inceleme konusu nitelikli halin oluşacağında şüphe bulunmamaktadır. Bu anlamda sağlık meslek mensuplarının kişisel verilere mesleklerinin sağladığı kolaylıktan istifade suretiyle erişebiliyor olmaları nitelikli halin oluşması açısından yeterlidir.¹⁵⁹³ Ayrıca özel olarak veriler üzerinde işleme veya başka bir yetkinin bulunmasına gerek yoktur.

Burada tartışılması gereken bir diğer husus ise sağlık meslek mensuplarının diğer meslek mensuplarından farklı olarak ayrıca bir nitelikli hal kapsamında değerlendirilmesinin gerekip gerekmediği hususudur. Bu anlamda bakıldığında sağlık meslek mensuplarının gizli kalması gereken çok özel nitelikteki kişisel sağlık verilerine diğer meslek mensuplarından daha kolay bir şekilde erişme imkân ve yetkileri bulunmaktadır. Yine verilerin bu görevliler tarafından açık rızaya dahi dayanılmadan işlenmesi yetkisi bizzat KVKK tarafından bu görevlilere tanınmıştır. Bu anlamda sağlık görevlileri bir nevi bir tekel niteliğini kazanmışlardır. Çünkü bu verilerin işlenmesi ancak bu yetkiye sahip sağlık görevlilerine bırakılmıştır. Tüm bu nedenlerle öznesi için özellik arz eden ve kişinin yerine göre eşiyle dahi paylaşmak istemeyeceği nitelikteki kişisel veriler bu görevliler tarafından çok kolaylıkla öğrenilebilmekte, bu nedenle de görevlerinin icrası kendilerine aşırı bir güveni gerekli kılmaktadır. Bu çerçeveden bakıldığında örneğin vergi görevlileri ile paylaşılacak veriler ile ebeyle ya da kadın hastalıkları uzmanı bir doktorla paylaşılacak veriler elbette aynı derecede özel nitelikte veriler olarak kabul edilemezler. Buna bağlı olarak bu görevlilerden beklenecek özenin miktarı da aynı olmayacaktır. Ayrıca bu iki ayrı görevlilerce öğrenilen kişisel verilerin açıklanması da mağdura aynı boyutta zarar vermeyecektir. Yine vergi memurundan bir takım kişisel verilerin kaçırılması doğrudan kişiye zarar vermeyebilir. Ancak bir hekimden hastalıkla ilgili bir bilginin kaçırılması doğrudan

¹⁵⁹² Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 72.

¹⁵⁹³ Aynı yönde Sevik, *Tıp Ceza*, 809; Özdemir, *Hadım Etme*, 211.

teşhis ve buna bağlı olarak ta tedavi yönteminin belirlenmesinde hatalara neden olabilecektir. Bu durumu toplumdaki orta seviyedeki her vatandaş bildiği için hekimden bilgi saklama yolunu tercih etmeyecek aksine hastalığı ile ilgisi bile bulunmayan pek çok hususu hekime sunabilecektir. Bu ve buna benzer nedenlerle sağlık görevlilerince suçun işlenmesinin ayrı bir nitelikli hal olarak düzenlemesi gerektiğini ve düzenlememiş olmasının da önemli bir eksiklik olduğunu düşünmekteyiz.

2.2.2.3.1.4.2. Suçun Belli Bir Meslek veya Sanatın Sağladığı Kolaylıktan Yararlanmak Suretiyle İşlenmesi

Bu nitelikli hale ilişkin olarak kişisel verileri kaydetme suçuna ilişkin olarak yaptığımız açıklamalar bu suç kapsamında da geçerlidir. Ancak bir hususu tekraren belirtmekte fayda vardır. Şöyle ki; bu nitelikli halin uygulanması için failini belli bir meslek ve sanatla uğraşması, bu meslek ve sanatın kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme eylemlerini gerçekleştirmesinde bir kolaylık sağlaması ve failin de bu kolaylığı herhangi bir şekilde kullanarak bu suç işlemesi gerekmektedir.¹⁵⁹⁴ Yani failin, icra ettiği mesleği ve sanatı ile gerçekleştirdiği hukuka aykırı kaydetme fiili arasında bir bağ/ illiyet bağı bulunması gerekir.¹⁵⁹⁵ Bu da söz konusu meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak kişisel verilere ulaşabilmesini ve kaydedilebilmesini gerektirir.¹⁵⁹⁶

Sağlık personeli tarafından, kişisel sağlık verilerinin açıklanması halinde cezada artırım uygulanır.¹⁵⁹⁷ Bu nitelikli hal sağlık personeli açısından özellikle personelin özel sektörde çalışması durumunda önem taşımaktadır. Kişisel sağlık verilerine ilişkin olarak tipik hareketlerin sağlık meslek mensuplarınca ve bu mesleklerinin sağladığı kolaylık sayesinde gerçekleştirilmesi durumunda nitelikli hal uygulanacak ve ceza yarı oranında artırılabacaktır.¹⁵⁹⁸

Yargıtay da yerine göre bu nitelikli hali uygulamaktadır. Bu kapsamda bir kararında “*Türk telekomünikasyon AŞ. çalışanı olan sanık ...'ın, görev ve yetkisi*

¹⁵⁹⁴ Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2790.

¹⁵⁹⁵ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 146; Bük, *Elektronik Ortamda*, 185; Güven, *Hasta Bilgilerinin*, 70; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 151.

¹⁵⁹⁶ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4122; Güven, *Hasta Bilgilerinin*, 70; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 15; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 562; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 651.

¹⁵⁹⁷ Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 72.

¹⁵⁹⁸ Aynı yönde Özdemir, *Hadım Etme*, 211.

dahilinde erişim imkanına sahip olduğu Türk Telekomünikasyon AŞ. müşterilerine ait kişisel verileri ...adlı şahsa satması biçiminde sübut bulan eyleminin... TCK'nin 136/1. madde ve fıkrasında tanımlanan verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu oluşturduğuna dair yerel mahkemenin kabulünde dosya kapsamına göre bir isabetsizlik görülmemiş... mesleğinin sağladığı kolaylıktan yararlanarak atılı suçı işleyen sanığa hükmolunan temel cezada TCK'nin 137/1. madde ve fıkrası uyarınca yarı oranında artırım yapılırken, anılan kanun maddesi ve fıkrasının (b) bendi yerine uygulama alanı bulunmayan (a) bendinin yazılması suretiyle CMK'nin 232/6. madde ve fıkrasına aykırı hareket edilmesi¹⁵⁹⁹ isabetli bir şekilde bozma nedeni yapılmıştır. Zira burada bahse konu görevli mesleğinin sağladığı kolaylıktan istifade ederek mağdurun kişisel verilerine ulaşmış ve bu verileri hukuka aykırı bir şekilde aktarmıştır.

2.2.2.3.1.5. Hukuka Aykırılık

Bu suç için öngörülmüş özel bir hukuka uygunluk nedeni bulunmamaktadır. Bu nedenle genel hükümlere göre, hukuka uygunluk nedenleri belirlenecektir.¹⁶⁰⁰ Yani ceza hukukundaki genel hukuka uygunluk nedenleri bu suç için de geçerlidir.¹⁶⁰¹ Bu anlamda 135. maddede düzenlenen suç ile arasında bir fark bulunmamaktadır, yani hukuka uygunluk nedenleri bu suç için de aynıdır.¹⁶⁰² Bu nedenle hukuka özel aykırılık, hukuka uygunluk nedenleri, bu kapsamda görevin ifası, hakkın icrası, rıza ve kusurluluğu kaldıran hallere ilişkin olarak yukarıda anlatılan hususlara burada tekrar edilmeyecek, sadece farklı olan konulara değinilecektir.

Bu suç yönünden de en temel hukuka uygunluk nedeni KVKK'de düzenlenmiştir. Bu kapsamda Kanun'un 8. maddesinde kişisel verilerin aktarılması, 9. maddesinde ise kişisel verilerin yurt dışına aktarılması hali düzenleme altına alınmıştır. Bu düzenlemelere uygun şekilde yapılan aktarma faaliyetleri her ne kadar verme veya yayma olarak kabul edilebilecek eylemler olsalar da kanuna uygun şekilde yapıldıklarından hukuka uygun olacaktır.

¹⁵⁹⁹ Y. 12. CD., 04.04.2018, E. 2017/1636, K. 2018/3978, www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2017-1636.htm&kw=`137/1`#fm, E.T. 28.02.2020.

¹⁶⁰⁰ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4127.

¹⁶⁰¹ Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt- 2, 2748.

¹⁶⁰² Malkoç, 5237 Sayılı, 913.

2.2.2.3.1.4.1. Kanun Hükümünün Yerine Getirilmesi

Kanun hükümleri, belirli meslek gruplarına, sahip oldukları sorumluluklar kapsamında belirli yükümlülükler yüklemektedir.¹⁶⁰³ Bu anlamda pek çok yasal düzenleme kişisel verilerin ifşa edilmesini/ paylaşılmasını emreder ve sağlık hizmeti sunucuları da genellikle bundan muaf tutulmazlar.¹⁶⁰⁴ Yani sağlık hizmeti sunucularının yasa ile kişisel sağlık verilerini açıklama zorunda tutuldukları durumlar vardır.¹⁶⁰⁵ Bu nedenle inceleme konumuz olan suç bakımından söz konusu olabilecek hukuka uygunluk sebepleri arasında ilk akla gelen hukuka uygunluk nedeni kanun hükmünün yerine getirilmesidir.¹⁶⁰⁶ Görevin ifası hukuka uygunluk nedeni, kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu açısından da geçerlidir.¹⁶⁰⁷ Bu sebeple kişisel verilerin kanun hükmü gereği başkalarına verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi söz konusu ise eylem hukuka uygun sayılacaktır.¹⁶⁰⁸

Kanunen gerekli veya zorunlu olması durumunda, tüm kişisel veriler bakımından olduğu¹⁶⁰⁹ gibi kişisel sağlık verilerinin de gizliliğinin ihlaline, yani bu şekilde ifşasına izin hukuk tarafından izin verilmektedir.¹⁶¹⁰ Esasında kişisel sağlık verilerinin yerine göre ifşa edilebilmesinin meşru görülmesine yönelik bu yaklaşım çok yeni de değildir. Bu yönüyle Hipokrat yemini dahi tüm ifşa hallerini yasaklamamış¹⁶¹¹, bilginin ifşa edilmesi gereken zamanlar olabileceğini ima etmiştir.¹⁶¹² Yani daha işin başlangıcında bile sağlık profesyonelleri, hasta bilgilerini gizli tutma yükümlülüğünün mutlak olmadığını¹⁶¹³ veya olması gerekmediğini fark etmişlerdir.¹⁶¹⁴

¹⁶⁰³ Özdemir, *Hadım Etme*, 208.

¹⁶⁰⁴ Stauch, Wheat and Tingle, *Sourcebook On Medical Law*, 268.

¹⁶⁰⁵ Leung, *Law for Doctors*, 43; Dolan, *Medical Records*, 54.

¹⁶⁰⁶ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 568.

¹⁶⁰⁷ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 155; Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 68; Bük, *Elektronik Ortamda*, 157.

¹⁶⁰⁸ Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2094; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 156; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 30; Özdemir, *Hadım Etme*, 208.

¹⁶⁰⁹ Encyclopedia Of Privacy, 118.

¹⁶¹⁰ Biggs, *Aydınlatma ve Sır*, 58; Leung, *Law for Doctors*, 41; Hope, Savulescu and Hendrick, *Medical Ethics*, 104; Dolan, *Medical Records*, 54; Carr, *Beginning Medical*, 16; Maclean, *Briefcase on Medical*, 165.

¹⁶¹¹ Encyclopedia Of Privacy, 270.

¹⁶¹² Ferguson, *Should A Doctor*, 4.

¹⁶¹³ Maclean, *Briefcase on Medical*, 163; Carr, *Beginning Medical*, 16; Dolan, *Medical Records*, 53; Encyclopedia Of Privacy, 270.

¹⁶¹⁴ Encyclopedia Of Privacy, 270.

Kanuni düzenlemeler açısından bakıldığında, bazı hallerde kişisel sağlık verilerinin açıklanması bazen zorunluluk taşıdığından¹⁶¹⁵, bunun aksine davranışlar cezai sorumluluk doğurabilmektedir.¹⁶¹⁶ Yani kanuni düzenlemelerin zorunlu kıldığı durumlarda hastaya veya diğer hizmet yararlanıcılarına ilişkin gizlilik taşıyan sağlık bilgileri açıklanabilecektir.¹⁶¹⁷ Bu yönüyle kişisel sağlık verilerinin gizliliğinin mutlak bir gizlilik olmadığı¹⁶¹⁸, yerine göre bunların açıklanmasının gereklilik hatta zorunluluk taşıdığı gerçeği ortaya çıkmaktadır. Özellikle belli kişilerin ya da toplumun zarar görmesi tehlikesi bu açıklama zorunluluğunu getiren temel neden olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁶¹⁹ Bu anlamda genel olarak bildirimin zorunlu kılındığı haller genellikle bir suçun işlenmesi, hastanın kendisine veya başkasına zarar verme olasılığının olması ve toplumun genel yararının söz konusu olduğu durumlarda kendisini göstermektedir.¹⁶²⁰

5237 sayılı TCK'nin 24/1 maddesinde “*Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.*” denilerek kanun hükmü ile görevlendirilen kişinin bu görev sırasındaki ve kapsamındaki davranışları hukuka uygun hale getirilmiştir. KVKK 5/2-a maddesinde kişisel verilerin işlenmesinin kanunlarda açıkça öngörülmesi durumunda bunların işlenmesinin temel şartı olan açık rıza aranmasına gerek olmadığı hüküm altına alınmıştır. Böylelikle rızanın olmadığı durumlarda kişisel verilerin işlenmesi açısından kanunilik şartı getirilmiş olmaktadır. Bu kapsamda sağlık meslek mensupları ve diğer sağlık çalışanlarının kişisel sağlık verilerini vermeleri, yaymaları veya ele geçirmeleri bir kanun hükmünün yerine getirilmesi sebebiyle oluyor ise fiilleri hukuka uygun olacaktır.¹⁶²¹

Kaydetme suçuna ilişkin hukuka uygunluk nedenlerinde de bahsettiğimiz üzere hâkim görüş buradaki kanun kelimesini şekli anlamda kanun olarak değil herhangi bir yazılı hukuk kuralı olarak anlamaktadır. Bu nedenle kanunlara uygun şekilde yürürlüğe konulan tüzük ve yönetmelikler gibi düzenleyici işlemleri de bu anlamda kanun olarak

¹⁶¹⁵ Leung, *Law for Doctors*, 43; Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 81.

¹⁶¹⁶ Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 81.

¹⁶¹⁷ Carr, *Beginning Medical*, 16; Karasu, *Hekimin Sır*, 74.

¹⁶¹⁸ Dolan, *Medical Records*, 53; Carr, *Beginning Medical*, 16; Maclean, *Briefcase on Medical*, 163.

¹⁶¹⁹ Aynı yönde Çobanoğlu, *Tıp Etiği*, 515.

¹⁶²⁰ Aynı yönde Sert, *Tıp Hukuku*, 81; Dolan, *Medical Records*, 54.

¹⁶²¹ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 902.

kabul etmektedir.¹⁶²² Ancak biz yine aynı başlık altında belirttiğimiz üzere tüm suçlar açısından bu şekilde düşünmemekte, sadece özel hukuka aykırılık halinin arandığı suçlar açısından bu genel kanaate katılmaktayız. Özel hukuka aykırılık hali ile bu kanun emrinin ifası hukuka uygunluk nedenini birlikte yorumlamak yasa koyucunun normalde böyle düşünmediği, yani tüm yazılı hukuk kurallarının kanun emrini icra hukuka uygunluk nedeni yönüyle kanun olarak kabul edilemeyeceğini, sadece yasa koyucunun ***hukuka aykırılık halini özel olarak tipikliğe koyduğu suçlarda*** bu anlamda tüm yazılı hukuk kurallarının hukuka uygunluğu saylayıcı bir etkisinin bulunduğunu düşünmekteyiz. Bu kapsamda inceleme konumuz suçta da ***özel hukuka aykırılık halinin bulunuyor olması nedeniyle***, sağlık çalışanlarına birtakım görevler yükleyen usulüne uygun şekilde yürürlüğe konulmuş tüzükler veya yönetmeliklerinde bu nedenle tipik hareketleri hukuka uygun hale getirici bir güce sahip olduğunu düşünmekteyiz. Yani bir kişisel sağlık verisini bir yönetmelik hükmünün gereğini ifa anlamında kamuoyuna açıklayan bir sağlık görevlisinin eylemi, görevin ifası hukuka uygunluk nedeni kapsamında kalacak ve suç teşkil etmeyecektir.¹⁶²³ Netice itibariyle sadece incelenen suçta hâkim görüşle görüşümüz uyumuş olmaktadır.

Bu çerçeveden bakıldığında yürürlükteki mevzuat, sağlık çalışanlarına birtakım ihbar ve bildirim yükümlülükleri yüklemektedir. Bu bildirim yükümlülükleri ceza mevzuatından kaynaklanabileceği gibi tıp mevzuatından da kaynaklanabilir.¹⁶²⁴ Bunlar temelde suçların ihbarı, genel sağlığı koruma amaçlı bildirim, istatistiki bildirim yükümlülüğü ve soruşturma ve kovuşturma organlarının bilgi taleplerini yanıtlama yükümlülüğü olarak dört şekilde tasnif edilebilirler.

Bunları tek tek incelemeye geçmeden önce görevin ifasının hukuka uygun kabul edilip edilmemesi açısından AİHM'in yaklaşımına bakmak istiyoruz. AİHM kanun tarafından öngörülen bir bildirim yükümlülüğü kapsamında kişisel sağlık verilerinin açıklanmasının özel hayatın gizliliğinin korunması hakkının ihlali olmayacağına karar vermiştir. Mahkeme konuyu incelediği İsveç- M.S. davasına ilişkin kararında, başvurucuya ait tıbbi verilerin tedavi gördüğü sağlık kuruluşu tarafından sosyal sigortalar kurumuna verilmesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8 maddesini

¹⁶²² Bkz. Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 258.

¹⁶²³ Aynı yönde Sert, *Tıp Hukuku*, 81; Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 69.

¹⁶²⁴ Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 98; Sevik, *Tıp Ceza*, 803.

ihlal edip etmediği yönündeki iddiayı incelemiştir. Başvuru konusu olayda, sigorta kurumu sadece belli tarihler arasındaki kayıtları talep etmesine rağmen verilerin o an zilyedi olan klinik talep edilen süre dışındaki bilgileri de kuruma göndermiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yaptığı incelemede, sosyal sigorta kurumunun klinikten bilgileri isteme yükümlülüğünün kanundan kaynaklandığını, tıbbi verilerin bir kamu kurumundan diğer kamu kurumuna iletilmesinde gizliliğin sağlandığına, verilerin kötüye kullanımını önlemek için etkili ve yeterli güvenceye ilişkin yasal düzenlemelerin varlığını tespit ederek Sözleşme'nin 8 maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.¹⁶²⁵ Yani mahkemeye göre bildirim yükümlülüğünün kanun tarafından öngörülmesi ve tıbbi veriler hakkında gizliliğin sağlanması halinde kişisel verilerin açıklanmasının özel hayata müdahale oluşturmamaktadır.¹⁶²⁶ Netice itibarıyla Mahkeme de yasaya dayanan bildirimleri hukuka uygun görmektedir.

2.2.2.3.1.5.1.1. Suçları İhbar Yükümlülüğü

Genel anlamda ceza kanunları bireyler yönünden suç bildirme yükümlülüğünü düzenleme altına almaktadır. Kamu güvenliği ve düzeninin sağlanmasını isteyen kişi, devletten suçun önlenmesini isterken suçun önlenmesi için de devlete yardımcı olmalıdır.¹⁶²⁷ Bu yönüyle kanunların suçların bildirilmemesini bir suç olarak düzenlediği haller kişisel verilerin gizliliğinin korunmasına getirilmiş önemli bir istisna olarak kabul edilir ve kanuni bir bildirim yükümlülüğü olarak sınıflandırılır.¹⁶²⁸ Yani bu durumda sağlık meslek mensuplarının kişisel sağlık verilerinin gizliliğinin korunması yükümlülüğü bulunmamaktadır.¹⁶²⁹ TCK'de kamu görevlisinin suç bildirmemesini suç olarak düzenlemiş ve hemen akabinde sağlık personelinin suç bildirmemesini ayrı bir suç tipi olarak düzenleme altına almıştır.¹⁶³⁰ Bu kapsamda hekimin sır saklama borcunun yanında, ihbar yükümlülüğü de kanunla düzenlenmektedir.¹⁶³¹ Bildirim yükümlülüğü kamu sağlığı ve güvenliği açısından getirilen bir yükümlülüktür. Bildirim yükümlülüğünün mevcut olduğu hallerde kişisel verilerin açıklanmasına karşılık daha

¹⁶²⁵ Sevik, *Tıp Ceza*, 800.

¹⁶²⁶ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 902.

¹⁶²⁷ Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 81.

¹⁶²⁸ Benzer mahiyette Erbaş, *Sağlık Mesleği*, 42; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 97.

¹⁶²⁹ Aynı yönde Cahid Doğan, *Sağlık Haklarından*, 133; Pınar Bulut, *Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi*, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, Nisan 2012, 83.

¹⁶³⁰ Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 81.

¹⁶³¹ Çakıroğlu, *Hekimin Borçlarından*, 175.

üstün bir yararın varlığı söz konusudur.¹⁶³² Yani burada esasında iki menfaat çatışmaktadır: Biri hastanın sırrı açıklanmasıyla uğrayacağı zarardan korunmasını ifade eden menfaat, diğeri de failin takip edilerek yakalanması ve cezalandırılması suretiyle toplumun ulaşacağı menfaat.¹⁶³³ İşte yasa koyucu bu iki menfaati karşılaştırmış ve toplumsal menfaati üstün görerek bu menfaate hizmet edeceğine inandığı bildirim yükümlülüğünü getirmiştir. Buna göre esasında tüm bu hallerde ceza hukuku yönüyle zaruret hali söz konusudur ancak yasa koyucu, burada bildirimlere o kadar büyük bir önem vermiştir ki bunları görevin ifası kapsamında hukuka uygunluk nedeni haline getirmiştir.¹⁶³⁴

Bu bildirim yükümlülüğü TCK'nin 280. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Maddede *“(1) Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, dış tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır”* denilmektedir. Madde kapsamında suçu ihbar etmekle yükümlü tutulan sağlık mesleği mensuplarının, karşılaştıkları suçları yetkili makamlara bildirmemeleri, devletin suçla mücadelesini gereği gibi yerine getirmesini, adliyenin fonksiyonunu icra etmesini engellediği için yaptırım altına alınmıştır. Bu yönüyle suçları korunan hukuki değer adliyenin faaliyetlerini ve fonksiyonunu gereği gibi yerine getirmesinden beklenen yararlardır.¹⁶³⁵ Yapılacak bildirim sayesinde yargı faaliyetine gecikmeksizin başlanabilecek ve adliyenin saygınlığı da korunmuş olacaktır.¹⁶³⁶

Buna göre sağlık mesleği mensupları görevlerini yaptıkları sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaştıklarında karşılaştıkları suç ne olursa olsun¹⁶³⁷

¹⁶³² Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 81.

¹⁶³³ Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet*, 148.

¹⁶³⁴ İngiliz hukuk sisteminde de bu yöndeki bir bildirim hukuka uygunluk nedenidir. Bkz. Data Protection Act 2018, Chapter 12, Section 170/2-a, 98.

¹⁶³⁵ İlhan Üzülmüş, *Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu*, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Şen Matbaa, Nisan 2008 Ankara, 827.

¹⁶³⁶ Bulut, *Sağlık Mesleği*, 84.

¹⁶³⁷ Bu konuda TCK m. 192/4 hükmü önemli bir kanuni istisna teşkil etmektedir. Anılan hükme göre *“Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, hakkında kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmaktan dolayı soruşturma başlatılmadan önce resmi makamlara veya sağlık kuruluşlarına başvurarak tedavi ettirilmesini isterse, cezaya hükmolunmaz. Bu durumda kamu görevlileri ile sağlık mesleği mensuplarının 279 uncu ve 280*

durumu konuyu soruşturmaya yetkili makamlara bildirmekle yükümlüdürler¹⁶³⁸, bu kanuni bir yükümlülüktür.¹⁶³⁹ Bu kapsamda yapılacak suça dair bildirim bazı durumlarda kişisel verileri açıklamayı gerektirmektedir.¹⁶⁴⁰ Bu yönüyle kişisel verileri de içerir şekilde karşılaştığı bir suçu ihbar eden hekim ya da diğer sağlık meslek mensubunun TCK m.136'daki suçu işlediğinden, bu yönüyle kişisel verilerin hukuka aykırı olarak verildiğinden söz edilemeyecek¹⁶⁴¹ ve kanun hükmünü icra kapsamında hukuka uygunluk nedeninden istifade edeceklerdir.¹⁶⁴²

Esasen bütün kamu görevlilerinin göreviyle bağlantılı olarak öğrendiği suçları yetkili makamlara bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır ve bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi cezalandırılmaktadır. Buna ilişkin TCK'nin 279. maddesinde “*Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” hükmü bulunmaktadır. Aslında bu hüküm 280. maddeye göre genel hüküm niteliği taşımakta ve kamu görevlisi niteliği taşıyan sağlık meslek mensuplarını da fail olarak kapsamına almaktadır. Buna rağmen sağlık meslek mensupları açısından ayrı bir özel hükmün konulmasının amacı kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensuplarına da bu bildirim yükümlülüğü altına almaktır.¹⁶⁴³

765 sayılı TCK'de yer alan düzenlemenin aksine 280. maddenin kaleme alınış şekli itibariyle ihbar edilecek suçlara ilişkin olarak herhangi bir sınırlandırma öngörülmemektedir. Takibi şikâyeteye bağlı olanlar da dahil olmak üzere bütün suçlar bakımından bu bildirim yükümlülüğü geçerlilik taşımaktadır.¹⁶⁴⁴ Buna göre sağlık meslek mensupları, suçun niteliği ne olursa olsun, teşhis ve tedavi sırasında bir suç

inci maddeler uyarınca suçu bildirme yükümlülüğü doğmaz”.

¹⁶³⁸ Üzülmüş, *Sağlık Mesleği*, 825; Ayşe Nuhoglu, *Tıp Ceza Hukukunda Zaruret Halinin Sınırları*, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Şen Matbaa, Nisan 2008 Ankara, 63; Bulut, *Sağlık Mesleği*, 84; Zeytin, *Hekimin Sır*, 81; Özdemir, *Teşhis ve Tedavi*, 160; Demirel, *Hekimin Yasal, Hekimin Yasal*, 104; Kalemoglu, *Hekimlerin Deontolojik*, 10; Murat Doğan, *Embriyon Nakillerinde Mahremiyet Hakkı*, II. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayını, 2009 Ankara, 167; Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 25; Hakeri, *Tıp Hukuku*, 963.

¹⁶³⁹ Karasu, *Hekimin Sır*, 85; Özkan ve Akyıldız, *Hasta- Hekim*, 66; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 103; Şatır, *Hekimlerin Hukuki*, 57; Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 70; Tuğsan Yılmaz, *Hekimin Sır*, 1.

¹⁶⁴⁰ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 892; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 74.

¹⁶⁴¹ Nuhoglu, *Tıp Ceza*, 63; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 91; Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 70.

¹⁶⁴² İtişgen, *Türk Ceza*, 191.

¹⁶⁴³ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 962.

¹⁶⁴⁴ Nuhoglu, *Tıp Ceza*, 63; Hakeri, *Tıp Hukuku*, 963.

vakıf olmuşsa suçu ilişkin tüm belirtilerle birlikte bildirimde bulunmak zorundadır.¹⁶⁴⁵ Bu yönüyle bildirim yükümlüğünün belli suç türleri ile sınırlandırılmaması ciddi anlamda eleştirilere konu olmuştur. Bu kapsamda ilk olarak tüm kamu görevlileri açısından geçerli olan yukarıda değindiğimiz 279. maddedeki bildirim yükümlülüğü sadece kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren suçlarla sınırlı olduğu, akli, mantıklı olanın bu olduğu, sağlık personellerinin tüm suçlara ilişkin olarak bu şekilde bir bildirim ile yükümlü kılınmasının haklı bir gerekçesi olamayacağı¹⁶⁴⁶ belirtilmiştir. Yine bu anlamda güvenlik gerekçesinin kişinin sağlık hakkına tercih edilmekte olduğu, değersel hiyerarşi de daha üste çıkartılmakta olduğu¹⁶⁴⁷ haklı olarak savunulmuştur. Hatta bu durumun hekimlerin soğuk algınlığı şikâyeti nedeniyle gelen hastayı muayene ederken kolunda gördüğü enjeksiyon izlerinin uyuşturucu kullanımının belirtisi olabilir şeklinde bir düşünceye neden olarak ihbarda bulunmak zorunluluğuna koyduğu belirtilerek, bu yönüyle gerçekte işlenip işlenmediği bile belli olmayan suçun ihbar edilme yükümlülüğü doğurduğu belirtilmiştir. Bu durum ceza hukukunun felsefesine, yani cezanın tanımlanabilirliğine kaynak oluşturan temel ilkelerine (kusurluluk, şahsılık, kanunilik vs.) aykırı, bunları yok sayan bir anlayışın ifadesi gibi görülmüştür.¹⁶⁴⁸

TCK’de yer alan düzenlemeler, yaşam (sağlık) hakkının karşısına ihbar yükümlülüğü getirilmesi gerekçesiyle de eleştirilmiştir. Zira ihbar yükümlülüğünün nasıl yerine getirileceğini belirginleştirme amacıyla yürürlüğü konulan Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği’nin 86. maddesinde yataklı tedavi kurumlarında müdahale edilen vakılarda herhangi bir suç belirtisi ile karşılaşılması durumunda bunun geciktirilmeksizin yetkili adli makamlara bildirilmesi zorunluluğu hüküm altına alınmıştır.¹⁶⁴⁹ Yine Özel Hastaneler Tüzüğü’nün 32. maddesinde adli olayların ve durumundan kuşku duyulanlar ile kimlikleri belli olmayan hastaların durumlarının güvenlik makamlarına derhal bildirilmesi zorunluluğu getirilmiştir.¹⁶⁵⁰ Bu

¹⁶⁴⁵ Kocasakal, *Yeni Türk*, 157; Özdemir, *Hadım Etme*, 210.

¹⁶⁴⁶ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 963.

¹⁶⁴⁷ İzgi ve Oğuz, *Türk Ceza*, 21.

¹⁶⁴⁸ İzgi ve Oğuz, *Türk Ceza*, 25.

¹⁶⁴⁹ İlgili yönetmelik maddesi şöyledir: “Madde 86- Yataklı tedavi kurumlarında muayene ve tedavi edilen vakılarda bir suçun işlendiğine dair bir belirti ile karşılaşılması halinde Türk Ceza Kanunu’nun ilgili maddesi gereği geciktirilmeksizin Cumhuriyet savcılığına veya adli kolluğa haber verilmesi zorunludur. Ayrıca, yaralı ve cesetten çıkartılan delil niteliğini haiz eşyanın adli makamlara aynen ve geciktirilmeksizin teslimi gerekir.”

¹⁶⁵⁰ Tüzüğün ilgili hükmü “Madde 32- Durumundan kuşku duyulan ve kimliği belli olmayan hastalarla adli olaylar Güvenlik makamlarına derhal bildirilir.” şeklindedir.

düzenlemelerdeki “*gecikmeksizin*” ve “*derhal*” ibareleri özellikle dikkat çekicidir. Doğal olan elbette ki öncelikle sağlık meslek mensubunun tedaviyi gerçekleştirmesi, daha sonra ihbar mükellefiyetini yerine getirmesidir.¹⁶⁵¹ Fakat kendisine müdahale edildikten sonra derhal veya gecikmeksizin ihbar mükellefiyetinin yerine getirileceğini bilen bir hasta, tedavi olmaktan vazgeçecek¹⁶⁵², hayatı pahasına hekime gitmekten çekinecek¹⁶⁵³ ve bazı durumlarda kendini ölüme terk edebilecektir. Bu nedenle düzenleme, mevcut şekli itibariyle endişe vericidir.¹⁶⁵⁴ Bu tür bir düzenleme ile suçun açığa çıkarılması faydası, yaşam hakkından üstün tutulmuş olacaktır ki bunun kabul edilebilmesi mümkün değildir.¹⁶⁵⁵

Yine bildirim yükümlülüğünün içeriği masumiyet karinesine ve dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne de aykırı görülmüş ve bu kapsamda kesin hükümle mahkûm edilinceye kadar herkes masum sayılması gerektiği halde, bir belirti dolayısıyla hekime bu yükümlülük getirilmekte ve adeta hekime kolluk vazifesi yüklenerek, yüksek olasılıkla masum olabilecek bir kimsenin ihbarı dahi zorunluluk olarak yüklenmektedir.¹⁶⁵⁶

Düzenlemenin kapsamı itibariyle sınırlandırılmamış olması uygulamada da ciddi bazı sorunlar doğurmakta, bazen ciddi mağduriyetlerin ortaya çıkmasına neden olabilmektedir.¹⁶⁵⁷ Örneğin 17 yaşında olup nikahsız birliktelik sonucu hamile kalınması durumunda hastaneye başvurulduğunda mağdurenin şikâyeti olmadığı halde hekim bildirimde bulunmak zorunda kalmaktadır. Ancak konuya ilişkin TCK’nin 104/1 maddesi gereğince suç şikâyete bağlı bir suçtur ve bu nedenle mağdur tarafından şikâyetçi olunmaması halinde hiçbir adli işlemin yapılmaması gerekmektedir.¹⁶⁵⁸ Ancak hekimin bildirimini nedeniyle sıklıkla gözaltı, ifade alma vb. adli işlemler yapılmakta ve suçun şikâyete bağlı olduğunu gözden kaçırıldığı hallerde ise konu ceza mahkemelerine intikal etmekte ve mahkemelerde uzun süren davalara dahi neden olunmaktadır. Bu

¹⁶⁵¹ Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 96.

¹⁶⁵² Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 95.

¹⁶⁵³ Hakan Hakeri, *Yeni Türk Ceza Kanunu ve Hekim*, Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği Bülteni, Yıl: 1, Sayı: 1, Ocak 2006, 9.

¹⁶⁵⁴ Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 95.

¹⁶⁵⁵ Hakeri, *Yeni Türk*, 9.

¹⁶⁵⁶ Benzer mahiyette Hakeri, *Yeni Türk*, 9.

¹⁶⁵⁷ Aynı yönde Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 84.

¹⁶⁵⁸ Aynı yönde Hakeri, *Tıp Hukuku*, 963.

nedenle en kısa zamanda maddede düzenlemeye gidilmesi ve en azından kamu adına takibi zorunlu suçlar yönüyle bildirim yükümlülüğünün sınırlandırılması gerekmektedir.

Bu kapsamda bir düzenleme yapıncaya kadar mağdurun ikinci kez mağdur edilmemesini sağlamak açısından bu gibi durumlarda bildirim yükümlülüğü üzerinde bulunan sağlık meslek mensubunun suçun mağduru ile iletişime geçmesi, bilinmesini istememesi halinde ise sır saklama yükümlülüğü kapsamında sırrı korumaya devam edilmesinin daha doğru olacağı¹⁶⁵⁹ öne sürülmüştür. Yani mağdurun istememesi halinde suça dair bildirimin yapılmamasının doğru olacağı ifade edilmiştir. Bu yaklaşım faydacı bir yaklaşım olmakla birlikte sağlık meslek mensubunun davranışını suç olmaktan çıkarıcı bir yaklaşım değildir. Tam anlamıyla sağlık meslek mensubunun kendi üzerine TCK m. 279 ve 280 hükümleri kapsamında cezai takibata uğrama riskini olması-sonucunu ortaya çıkarmaktadır.

Bildirim zorunluluğu itibariyle sağlık meslek mensubunun kamu görevlisi olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır.¹⁶⁶⁰ Yani failin kamuda veya özel sektörde çalışması arasında fark yoktur. Devlet hastanesinde çalışan hekimin suçu bildirmemesi halinde hem “*Kamu görevlisinin suçu bildirmemesi*” hem de “*Sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi*” suçları gündeme gelecektir. Ancak burada özel hükme öncelik tanınarak sağlık personelinin suçu bildirmemesi suçuna göre cezalandırma yoluna gidilmelidir.¹⁶⁶¹ Yani burada fikri içtima kuralları değil özel hükmün genel hükme önceliği prensibi çerçevesinde görüşte içtima kuralları uygulanacak ve olaya sadece özel nitelikteki hüküm uygulanacaktır.

Düzenlemeye göre sadece görevin yapıldığı sırada öğrenilen suçların ihbarı zorunludur. Bu nedenle özel olarak öğrenilen suçların bildirilmesi yükümlülüğü bulunmamaktadır.¹⁶⁶² Yani örneğin bir hekim özel hayatında ilişkiye girdiği kişilerden bir suçun işlendiği öğrenmişse 280. madde anlamında bir bildirim yükümlülüğü bulunmamaktadır. Fakat böyle bir bilginin öğrenildiği anda TCK’nin 278. maddesi anlamında işlenmekte olan bir suç var ise veya işlenmekte olan bir suç bulunmamakla

¹⁶⁵⁹ Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 84.

¹⁶⁶⁰ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 963; Murat Doğan, *Embriyon Nakillerinde*, 167; Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 25.

¹⁶⁶¹ Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 82.

¹⁶⁶² Hakeri, *Tıp Hukuku*, 963.

birlikte neticelerinin sınırlandırılması halen mümkün ise bildirimin yapılmaması yine cezai sorumluluk doğurabilecektir.

Sağlık meslek mensuplarının suça dair bildirim yükümlülüğü sadece TCK'nin 280 maddesi ile sınırlı da değildir. CMK'nin 159. maddesi göre sağlık işleri ile görevli kişiler, bir ölümün doğal nedenlerden meydana gelmediği kuşkusunu doğuracak bir durumun varlığı veya ölünün kimliğinin belirlenememesi halinde durumu derhal Cumhuriyet başsavcılığına bildirmek zorundadır. Bu yükümlülük de bir tür sağlık meslek mensuplarının bildirim yükümlülüğüdür ve buna uygun davranılması hali inceleme konumuz suçu olan kişisel verilerin verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi tipik hareketlerini hukuka aykırı kılmayarak suçu oluşturmayacaktır.

Çocuk Koruma Kanunu'nun 6. maddesine göre sağlık kuruluşlarının koruma ihtiyacı olan çocuğu Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın ilgili birimine (Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü'ne) bildirme yükümlülüğü öngörülmektedir. Bu kapsamda yapılacak bildirimlerde esasında inceleme konumuz olan suçun tipik hareketini oluşturmakla birlikte kanun kapsamında yapılan bir görevin ifası niteliği taşıdığı için hukuka uygun olacaktır.

2.2.2.3.1.5.1.2. Kamu Sağlığını Koruma Amaçlı Bildirim Yükümlülüğü

Sağlık hizmetlerinde meslek sırrının saklanması bazı istisnalarının bulunduğu belirtilmişti. Bunun belki de en temel ve gerekli olanı bir kişinin hastalığının başkalarının sağlığını olumsuz anlamda etkileyebilmesi durumudur. Kamu sağlığını ilgilendiren bu gibi durumların sağlık mesleği mensuplarının sır saklama yükümlülüğünün istisnasını oluşturmakta ve ilgili personeller durumu bildirmekle yükümlü kılınmaktadır.¹⁶⁶³ Yani gizliliği koruma yükümlülüğü, kamu sağlığının bozulması tehlikesinin başladığı, başka bir deyişle kamunun tehlikeye atıldığı yerde sona ermektedir.¹⁶⁶⁴ Bu yönüyle hekimler, halk sağlığını yakından ilgilendiren bu gibi durumlarla karşılaştıklarında, bu konuda ayrıca hastanın onayını almak zorunda kalmaksızın¹⁶⁶⁵ söz konusu durumu ilgili yetkili makamlara bildirmekle

¹⁶⁶³ Stauch, Wheat and Tingle, *Sourcebook On Medical Law*, 260; Erbaş, *Sağlık Mesleği*, 40; *Encyclopedia Of Privacy*, 378.

¹⁶⁶⁴ Jones and McCullough, *Limits of Confidentiality*, 522.

¹⁶⁶⁵ *Encyclopedia Of Privacy*, 378.

yükümlüdürler¹⁶⁶⁶. İşte belli hastalıkların toplum sağlığını tehlikeye düşürmesi, toplumu tehdit etmesi bunların bildirilmesini ve buna ilişkin kişisel sağlık verilerinin açıklanmasını zorunlu kılmakta¹⁶⁶⁷, bu yönüyle kişisel sağlık verilerinin gizliliğinin (sır saklama yükümlülüğünün) istisnasını oluşturmaktadır.¹⁶⁶⁸

Özellikle halk sağlığını tehdit eden bulaşıcı hastalıkların bildirilmesi kişisel sağlık verilerinin gizliliğinin ihlalini meşrulaştıracak önemli başka bir sebeptir.¹⁶⁶⁹ Zira burada halk sağlığı tehdit altındadır.¹⁶⁷⁰ Bu yönüyle halk sağlığı açısından tehlikeli hastalıklarla mücadelede toplumun sahip olduğu menfaat ferdin menfaatinden öncelikli görüldüğü için bildirim zorunluluğu getirilmiştir.¹⁶⁷¹ Bildirim yükümlülüğü getirilmek suretiyle kamunun menfaati (toplumun ortaklaşa sağlığı), kişisel menfaatten (hastanın mahremiyet hakkından/ etkili teşhis ve tedavi hakkından) daha üstün tutulmakta¹⁶⁷² ve böyle durumlar hastanın mahremiyetinin ihlal edilebileceği, mahremiyet ihlalinin meşru görülebileceği yegâne durum olarak kabul edilmektedir¹⁶⁷³. Daha açık bir deyişle hastanın sırlarının korunmasına ilişkin yararına göre kamunun veya üçüncü kişilerin enfeksiyon rizikosuna karşın korunmasına ilişkin yararlarına öncelik tanınmıştır.¹⁶⁷⁴ İşte bu nedenle toplum sağlığını korumak amacıyla bulaşıcı veya salgın hastalıkların gerekli tedbirleri almakla yetkili mercilere haber verilmesi sağlık meslek mensuplarının bildirim yükümlülüğü kapsamındadır.¹⁶⁷⁵ Yani yasa gereği yapılması gereken bu nitelikteki bildirimler sağlık verilerinin gizliliğinin ihlali niteliğinde görülmemekte¹⁶⁷⁶,

¹⁶⁶⁶ Hope, Savulescu and Hendrick, *Medical Ethics*, 103, 107; Özdemir, *Teşhis ve Tedavi*, 161; Soyaslan, *Hekimlerin Ceza*, 133; Büyükcay, *Hekimin Sır*, 389; Şatır, *Hekimlerin Hukuku*, 57; Özdemir, *Hadım Etme*, 209; Tuğsan Yılmaz, *Hekimin Sır*, 1; Murat Doğan, *Embriyon Nakillerinde*, 167; Encyclopedia Of Privacy, 378; Stauch, Wheat and Tingle, *Sourcebook On Medical Law*, 260.

¹⁶⁶⁷ Karasu, *Hekimin Sır*, 76.

¹⁶⁶⁸ Kalemoglu, *Hekimlerin Deontolojik*, 10; Kızılyel, *İdarenin Sağlık*, 215; Kızılyel, *Sağlık Hizmetlerinin*, 331; Encyclopedia Of Privacy, 378; Hope, Savulescu and Hendrick, *Medical Ethics*, 107.

¹⁶⁶⁹ Hope, Savulescu and Hendrick, *Medical Ethics*, 99; Leung, *Law for Doctors*, 43; Çakıroğlu, *Hekimin Borçlarından*, 175.

¹⁶⁷⁰ Çakıroğlu, *Hekimin Borçlarından*, 175.

¹⁶⁷¹ Leung, *Law for Doctors*, 41; Cahid Doğan, *Sağlık Haklarından*, 135.

¹⁶⁷² Ferguson, *Should A Doctor*, 4; Encyclopedia Of Privacy, 378; Çakıroğlu, *Hekimin Borçlarından*, 175; Özdemir, *Teşhis ve Tedavi*, 161; Karasu, *Hekimin Sır*, 78; Hope, Savulescu and Hendrick, *Medical Ethics*, 99, 104.

¹⁶⁷³ Leung, *Law for Doctors*, 41; Hope, Savulescu and Hendrick, *Medical Ethics*, 99.

¹⁶⁷⁴ Erdem, *HIV Enfeksiyonu*, 818.

¹⁶⁷⁵ İstek, *Hasta Mahremiyeti*, 207; Deryal, *Hastanın Özel*, 81.

¹⁶⁷⁶ Demirel, *Hekimin Yasal*, 101; Zeytin, *Hekimin Sır*, 80; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 103; Er, *Sağlık Hukuku*, 94.

bunun istisnasını oluşturduğu kabul edilerek¹⁶⁷⁷ suç da oluşturmamaktadır. Bu yönüyle tipik eylemin hukuka aykırılığını kaldıran bir neden yani hukuka uygunluk nedeni niteliğini taşımaktadırlar.¹⁶⁷⁸ Ayrıca bu çerçevede yapılan bildirimlerinin hasta- hekim ilişkisinde zararlı bir etkiye sahip olduğuna dair bir kayıt bulunmadığı belirtilmiştir.¹⁶⁷⁹

Bu nitelikteki istisnaların en bilinen örneğini bulaşıcı hastalıklara ilişkin bildirimler oluşturmaktadır. Bulaşıcı hastalıkların bildirimi toplum sağlığı ve birey hakları arasındaki dengenin sağlanmasında güçlükler içeren bir konudur. Bulaşıcı hastalıklar, tarih boyunca toplumsal yaşamı olumsuz anlamda etkilemiştir. Bu hastalıklar, toplumun genel sağlığının bozmanın yanında, ayrımcılık, damgalama gibi sorunları da beraberinde getirmiştir. Bu nedenle bulaşıcı hastalıklarla mücadele sosyal sağlığın korunmasında önemli bir yer tutar. Bu hastalıklarla mücadele, bulaşıcı hastalıkların yayılmaması için önlemler alma, zaman zaman kişileri bazı davranışlarda bulunmaya zorlayacak yasal düzenlemelerin çıkarılmasını gerektirmiştir.¹⁶⁸⁰ Bu yönüyle İngiltere’de daha ondokuzuncu yüzyılda bulaşıcı hastalıklarla ilgili mevzuat, kamu sağlığını korumak için doktorların bu nitelikteki vakaları bildirmesini zorunlu kılmaktaydı.¹⁶⁸¹ Ülkemiz de de bu kapsamda 1593 sayılı UHK’de bulaşıcı hastalıklarla mücadele yolları düzenleme altına alınmıştır. Bu çerçevede kişilere aşı yaptıрма zorunluluğu yanında bazı durumlarda tedavi olma zorunluluğu da getirilmiştir. Örneğin doğan her çocuğun ilk 4 ay içinde çiçek aşısının yaptırılması ve 30 yaşına kadar her kişinin çiçek aşısını beş yılda bir yaptırmayı öngörülmüştür. Yine aynı Kanun ile bulaşıcı bazı hastalıkların bildirimi zorunlu tutulmuştur.¹⁶⁸² Bu kapsamda UHK’nin 57, 97, 100, 104, 113. maddeleri kapsamından bildirimi zorunlu hastalıklar kolera, verem, sıtma, frengi, humma, çiçek difteri, dizanteri, ruam, kızıl, şarbon, kızamık, cüzzam, trahom, kuduz, veba, zührevi hastalıklar ve AIDS hastalığı bildirimi zorunlu hastalıklar olarak sayılmışlardır.¹⁶⁸³ Bu yönüyle UHK’nin bulaşıcı hastalıklar ile ilgili bildirim

¹⁶⁷⁷ Erdem, *HIV Enfeksiyonu*, 817.

¹⁶⁷⁸ Özdemir, *Teşhis ve Tedavi*, 161; Erdem, *HIV Enfeksiyonu*, 816; İngiliz hukuk sisteminde de kamu yararına kabul edilen bu nitelikteki bildirimler bir hukuka uygunluk nedeni olarak bizzat veri koruma yasası ile kabul edilmiştir. Bkz. Data Protection Act 2018, Chapter 12, Section 170/2-c, 98.

¹⁶⁷⁹ Jones and McCullough, *Limits of Confidentiality*, 522.

¹⁶⁸⁰ Sert, *Tip Hukuku*, 81.

¹⁶⁸¹ Ferguson, *Should A Doctor*, 4.

¹⁶⁸² Sert, *Tip Hukuku*, 83.

¹⁶⁸³ İlgili madde metinleri şöyledir: “Madde 57-Kolera, veba (Bübon veya zatürree şekli), lekeli humma, kara humma (hummayi tiroidi) daimi surette basil çıkaran mikrop hamilleri dahi - paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümatı, çiçek, difteri (Kuşpalazı) - bütün tevkiatı

yükümlülüğü, sağlık meslek mensubuna bir takdir hakkı getirmeksizin ne yapacağını söyler.¹⁶⁸⁴ Bu nedenle muhatabına takdir hakkı tanımayan emredici bir düzenleme niteliğindedir.

Bu bildirimin kim tarafından ve nasıl yapılacağı sorusu ise aynı Kanun'un sonraki maddelerinde cevaplanmaktadır. Kanun'un 58 ve 61. maddelerinde sayılmak suretiyle; görev icra eden hekimler, başhekimler, dış tabipleri, eczacılar, ebeler, hasta bakıcıları, ölü yıkayanlar ve tabutlayanlar, köy ihtiyar heyetleri, okul, fabrika ticarethane, imalathane gibi yerlerin sahipleri, müstecirleri ve müdürleri bahse konu ihbarı yapmak ile yükümlü tutulmuşlardır.¹⁶⁸⁵

Bu bildirim yükümlüğünün nereye yapılacağı ve süresi de bu anlamda düzenleme altına alınmıştır. Özellikle hekimler ve sağlık meslek mensupları bu vakaları tanı konulduktan sonra veya hastalıktan şüphelendiğinden 24 saat içinde sağlık il müdürlüğüne, hükümet ya da belediye tabipliğine, bunların bulunmadığı yerlerde polis

dahi - sari beyin humması (İltihabı sahayaî dimağîi şevkii müstevli), uyku hastalığı (İltihabı dimağîi sari), dizanteri (Basilli ve amipli), lohusa humması (Hummai nifası) ruam, kızıl, şarbon, felci tifli (İltihabı nuhai kuddamii sincabii haddı tifli), kızamık, cüzam (Miskin), hummai racia ve malta humması hastalıklarından biri zuhur eder veya bunların birinden şüphe edilir veyahut bu hastalıklardan vefiyat vuku bulur veya mevtin bu hastalıklardan biri sebebiyle husule geldiğinden şüphe olunursa aşağıdaki maddelerde zikredilen kimseler vak'ayı haber vermeğe mecburdurlar. Kudurmuş veya kuduz şüpheli bir hayvan tarafından ısırılmaları, kuduza müptela hastaların veya kuduzdan ölenlerin ihbarı da mecburidir.

Madde 97- Sıtmalı olduğu Sıhhat ve içtimai muavenet vekaletince neşir ve ilan edilecek mahallerde sıtmanın her türlü şekillerinin 58, 59, 60, 61 inci maddelerde musarrah olduğu veçhile ihbarı mecburidir.

Madde 100- Trahomlu olduğu Vekaletçe neşri İlan edilecek mahallerde trahom hastalığının ve ihtilatlarının 58, 59, 60, 61 inci maddelerde tasrih edildiği üzere ihbarı mecburidir.

Madde 104- Sanatını icra eden her tabip her ay nihayetinde protokol defterlerindeki kayıtlara nazaran o ay zarfında kendilerine müracaat eden frengili hastaların ismini, yaşını ve hastalığının devrini, evvelce bir tabip tarafından tedavi edilip edilmediğini sıhhat ve içtimai muavenet vekaletine bildirmek üzere bulunduğu muntakanın sıhhat ve içtimai muavenet müdürlüğüne yazı ile bildirir. Mahrem olarak alınacak bu ihbaratı ifşa eden memurlar hakkında devletin mahrem kayıtlarını ifşa ve vazifei memuriyetini suiistimal etmenin istilzam ettiği mücazat tayin olunur.

Madde 113- Akciğer ve hançere vereminin her sari şeklinde musap olanlarla veremin herhangi seriri şekline musap olarak vefat edenlerin isim ve adresleriyle ihbarı mecburidir”.

1684

Sabire Sanem Yılmaz, Tıp Alanında, 97.

1685

Kanun'un ilgili maddeleri şöyledir: “Madde 58- İcrayı sanat eder her tabip 57 nci maddede zikredilen vakaları kati veya muhtemel teşhis vaz'ını mütaakıp ilk 24 saat zarfında sıhhiye dairesine, hükümet veya belediye tabibi bulunmadığı takdirde polis veya jandarma karakoluna hastanın isim ve adresiyle beraber tahriren veya şifâhen haber verir. Polis ve jandarma daireleri ittıla hasıl eyledikleri bu vakaları hiç vakit kaybetmeden alakadar makamlara bildireceklerdir.

Madde 61- Hastane baştabipleri, mektep, fabrika, imalathane, hayır müesseseleri, ticarethane ve mağaza, otel, pansiyon, han, hamam, hapisane sahip veya müstecirleri ve müdürleri, apartman kapıcıları bulundukları mahallede, köy ihtiyar heyetleri köylerinde zuhur eden ve eczacılar, dış tabipleri ve ebeler, hasta bakıcıları, ölü tabutlayan ve yıkayanlar sanatlarını icra sebebiyle muttali oldukları 57'nci maddede zikredilen vakaları derakap alakadar makamlara tebliğ ve ihbara mecburdurlar.”

ya da jandarma karakoluna yazılı veya sözlü olarak bildirmek zorundadır.¹⁶⁸⁶ Böylelikle Kanun'un kendisine yüklediği bir görevi ifa etmiş olacaklar ve cezai anlamda davranışı hukuka uygun olacaktır. Ancak, yetkili makamlar dışındaki kişi ve kurumlara bu konuda açıklamada bulunmak yükümlülük ihlâlidir.¹⁶⁸⁷

Bulaşıcı ve bildirimi zorunlu hastalıkları listesinin gelişen teknoloji ve bunun sayesinde yeni hastalıkların teşhis edilmeye başlamış olması nedeniyle güncellenmesi zorunluluğu hasıl olmuş ve bu konuda daha ayrıntılı bir düzenleme yapılması zarureti hasıl olmuştur. Ayrıca UHK'nin 64. maddesi gereği sayılan bildirimi zorunlu hastalıklar sayılanlarda sınırlı olmayıp Sağlık Bakanlığı yayımları bir nitelik taşıyan başkaca bir hastalığı memleketin tamamında veya bir kısmında bildirimi zorunlu hastalıklar arasına alma yetkisine sahiptir.¹⁶⁸⁸ Bu maddenin verdiği yetkiye dayanarak bulaşıcı hastalıkların önlenmesi ve kontrolünün sağlanması, bildirim esas bulaşıcı hastalıklar listesinin belirlenmesi, olay ve vaka tanımlarının yapılması, iletişim ağı yapısı ile ihbar ve bildirim sisteminin oluşturulması amaçlarıyla Sağlık Bakanlığı tarafından 30/05/2007 tarihli Resmî Gazete'de Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans ve Kontrol Esasları Yönetmeliği yayınlanarak yürürlüğe konulmuştur. Yönetmelik'in 18. kaddesi gereğince bildirim sistemi kapsamında yer alan hastalıkların listesi bu Yönetmelik'in ekindeki 1 sayılı listede belirtilmiştir.

En güncel haliyle bu hastalıklar: 1. Akut barsak enfeksiyonu, 2. Ağır akut solunum yetmezliği sendromu (SARS), 3. Avian influenza enfeksiyonu- İnsanlarda (A/H5, A/H7 ve A/H9), 4. Batı Nil virüsü enfeksiyonu, 5. Boğmaca, 6. Botulismus, besin kaynaklı, 7. Bruselloz, 8. Campylobacter spp. enfeksiyonu (Campylobacter jejuni/coli), 9. Chikungunya ateşi, 10. Chlamydia trachomatis (cinsel yolla bulaşan enfeksiyon etkeni olarak), 11. Clostridium difficile enfeksiyonu, 12. Cryptosporidium spp. Enfeksiyonu, 13. Çiçek, 14. Çocuk felci (Poliomyelitis), 15. Dengue virüs enfeksiyonu, 16. Difteri, 17. Ebola virüs hastalığı, 18. Ekinokokkoz, 19. Entamoeba histolytica (ampli dizanteri etkeni olarak), 20. Epidemik tifüs, 21. Escherichia coli

¹⁶⁸⁶ Özdemir, *Hadım Etme*, 210.

¹⁶⁸⁷ Zeytin, *Hekimin Sır*, 80.

¹⁶⁸⁸ Kanun'un 64. maddesi şöyledir: "57'nci maddede zikredilenlerden başka herhangi bir hastalık istilai şekil aldığı veya böyle bir tehlike baş gösterdiği takdirde o hastalığın veya herhangi bir hastalık şeklinin memleketin her tarafında veya bir kısmında ihbarı mecburi olduğunu neşir ve ilana ve o hastalığa karşı bu kanunda mezkûr tedabirin kaffesini veya bir kısmını tatbika sıhhat ve içtimai muavenet vekaleti salahiyyettardır."

enfeksiyonu (Verotoksijenik (VTEC) /Shigatoksijenik (STEC) / Enterohemorajik (EHEC), 22. Giardia intestinalis enfeksiyonu, 23. Gonore, 24. Hanta virüs enfeksiyonları, 25. Hepatit A, 26. Hepatit B, 27. Hepatit C, 28. Hepatit D, 29. Hepatit E, 30. HIV enfeksiyonu /AIDS (Edinilmiş immün yetmezlik sendromu), 31. İnfluenza, 32. İnvaziv haemophilus influenzae hastalıkları, 33. İnvaziv meningokokal hastalık, 34. İnvaziv pnömokokal hastalıklar, 35. Kabakulak, 36. Kala-azar (Visseral leishmaniasis), 37. Kene kaynaklı ensefalit, 38. Kırım kongo kanamalı ateşi, 39. Kızamık, 40. Kızamıkçık, 41. Konjenital kızamıkçık sendromu (KKS), 42. Kolera, 43. Kuduz, 44. Kuduz riskli temas, 45. Lejyoner hastalığı, 46. Lepre, 47. Leptospiroz, 48. Listeria monocytogenes enfeksiyonu, 49. Lyme hastalığı, 50. MERS (Coronavirus), 51. Norovirüs enfeksiyonu, 52. Q Ateşi, 53. Rotavirüs enfeksiyonu, 54. Salmonella spp. Enfeksiyonu, 55. Salmonella Typhi enfeksiyonu (Tifo; enterik ateş), 56. Sarı humma, 57. Shigella spp. Enfeksiyonu, 58. Sıtma, 59. Sifiliz, 60. Subakut sklerozan panensefalit, 61. Konjenital sifiliz, 62. Suçiçeği (Varisella), 63. Şarbon, 64. Şark çıbanı (Kutanöz leishmaniasis), 65. Tetanoz, 66. Neonatal tetanoz, 67. Toksoplazmoz, 68. Trahom, 69. Trişineloz, 70. Tularemi, 71. Tüberküloz, 72. Veba, 73. Viral hemorajik ateş sendromu, 74. Yeni Varyant Creutzfeldt Jacob Hastalığı, 75. Yersinia spp. Enfeksiyonu, 76. Zika virüs hastalığı, 77. Konjenital Zika virüs hastalığı, 78. Antimikrobiyal direnç, 79. Sağlık hizmeti ilişkili enfeksiyonlar, 80. Uluslararası önemi haiz halk sağlığı acil durumları, 81. (Ek: RG-22/4/2020-31107) (1) Covid-19 (yeni coronavirüs hastalığı) şeklinde belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere liste yaşanan salgınlara göre sürekli güncellenmektedir. En son yaşanan küresel salgının sebebi olan Covid-19 isimli salgın hastalığın da 2020 yılı Nisan ayında listeye dâhil edildiği anlaşılmaktadır. Bunlar incelendiğinde anlaşılabileceği üzere bu hastalıkların belirlenmesinde en önemli kriter bu hastalıkların ülke genelinde önemli bir halk sağlığı sorunu olarak görülmesi veya en azından bu yönde bir potansiyelinin bulunmasıdır. Zira UHK'nin 64 maddesi ile Sağlık Bakanlığı'na bu konuda yetki verilirken yani bildirim zorunlu hastalıkları olacak yeni hastalıkları listeye eklenirken *“herhangi bir hastalık istilai şekil aldığı veya böyle bir tehlike baş gösterdiği”* durumlarla sınırlı olarak bu yetki tanınmaktadır. İstila, *“yayılma, kaplama,*

sarma, bürüme”¹⁶⁸⁹ anlamlarına geldiğine göre bu listeye eklenecek hastalığın da yayılma özelliği olan bir hastalık olduğunu tespit edilmiş olması gerekmektedir.

Yönetmelik’in 5 maddesi gereğince, bildirim zorunlu tutulacak hastalıklara ilişkin kriterlerin belirlenmesi ve hastalık listesinin güncellenmesi görevi, Sağlık Bakanlığı bünyesinde oluşturulan koordinasyon komitesine aittir. Yönetmelik’in 10. maddesi gereğince ihbar ve bildirimden *“hastalığın ihbarı ve bildiriminden, Bakanlığın belirlediği usul ve esaslar çerçevesinde sağlık hizmeti veren bütün kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişiler”* sorumlu tutulmuşlardır. Buna göre bu Yönetmelik gereği tüm sağlık çalışanları bu listede sayılan hastalıkları ihbar ile yükümlü tutulmuşlardır. Onların bu yönetmelik hükümlerine uygun şekilde yapacakları bildirimler görevin ifası niteliğini taşıyacağından hukuka uygun olacaktır.

Zikredilen ihbar/ bilgilendirme, kamu sağlığı açısından büyük önem taşıdığından, kişinin özel hayatı ve sırları –meşru/ haklı bir sebeple ihlal edilebilecek ve daha doğru bir ifadeyle bu bilgilendirme hekimin sır saklama konusundaki etik yükümlülüğünü yerine getirmediği anlamına gelmeyecektir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, bildirimin topluma ya da üçüncü şahıslara değil Sağlık Bakanlığı’nın yetkili kurumlarına yapılacak olmasıdır. Bakanlık bu bildirim kamu sağlığı ve menfaati açısından değerlendirecektir.¹⁶⁹⁰

Yönetmelik’in kişisel verilerin işlenmesi kenar başlıklı 11. maddesinde *“Epidemiyolojik sürveyans ve bildirim sistemi ile elde edilen bilgilerden kişisel verilerin işlenmesi sırasında kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı ile temel hak ve özgürlükleri korunur. (Değişik cümle: RG-4/5/2019-30764) Kişisel veriler, 24/3/2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve diğer mevzuata uygun olarak korunur.”* denilmektedir. Yani buna göre bu tip bildirimler alındıktan sonra KVKK ile getirilen usul ve esaslara riayet edilecektir.

Yönetmelik’in 30/A maddesinde *“Bu Yönetmelik hükümlerine aykırı hareket edenler hakkında 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 282. maddesi ile 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun Ek 11. maddesine göre işlem yapılır.”* denilmekte ve Yönetmelik hükümlerine aykırı davrandığı tespit edilenler hakkında idari

¹⁶⁸⁹ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <https://sozluk.gov.tr/>, (16.07.2020).

¹⁶⁹⁰ Cin, *Tıp Etiği*, 65-66.

işlemler yapılacağı ve idari cezalara hükmedileceği hüküm altına alınmış bulunmaktadır. Bu anlamda bu tip bir bildirimi zorunlu hastalıkla karşılaşan sağlık görevlileri bunu bildirmekle yükümlüdürler. Bu onlar için artık yerine getirilmesi zorunlu bir görevdir ve aksine davranışlar cezai yaptırımları peşinden getirebilir.¹⁶⁹¹

Dikkat edilirse Yönetmelik'in kişisel verilerle ilgili maddesinde kişisel verilerin bildirilmesi yasaklanmamakta sadece kişisel verilerin tüm bu işleme faaliyetleri esnasında korunacağı düzenleme altına alınmıştır. Ayrıca Bulaşıcı Hastalıkların İhbar ve Bildirim Sistemi konulu 2015/18 sayılı Sağlık Bakanlığı Genelgesi'nin 4. maddesinde *"Bulaşıcı hastalık bildirim ekranına hastanın kimlik bilgileri, kayıtlı ikamet adresi bilgisi, hastalığa ait bilgilerden hastalık adı ve hastalık kodu ile bildirim yapan kurum ve kişi bilgilerinin tam olarak gelmesi sağlanacaktır."* denilmekte bu anlamda kişiyi belirlenebilir kılan hususları içerecek şekilde bir bildirimin yapılması zorunluluğu öngörülmektedir. Bu nedenle bildirimlerde kişisel sağlık verileri yani hastalığa yakalanan kişinin kim olduğu nerede yaşadığı, sağlık durumu, hastalığın seyri gibi hususları da bildirim kapsamında kalacaklar ancak bunları bildirme davranışı, tam anlamıyla tipikliği oluştursa da hukuka uygunluk sebeplerinden görevin ifası kapsamında yapıldığından haksızlık teşkil etmeyecek ve bu nedenle de suç oluşturmayacaktır.

Bulaşıcı Hastalıkların İhbar ve Bildirim Sistemi konulu 2015/18 sayılı Sağlık Bakanlığı Genelgesi'nin 18. maddesine göre *"İhbar ve bildirim sistemi uygulanırken, dünyada yaşanan gelişmeler doğrultusunda güncellenen bildirimi zorunlu bulaşıcı hastalıklar listesi ve standart vaka tanımları esas alınacaktır"*. Buna göre bu liste güncellenmeye devam edecektir.

Bu bildirimlerin nasıl yapılması gerektiği ise Bulaşıcı Hastalıkların İhbarı ve Bildirim Sisteminin yapısı, işleyişi ile ilgili usul ve esaslarını belirlemek amacıyla hazırlanmış olan Bulaşıcı Hastalıkların İhbarı ve Bildirim Sistemi Yönergesi ile düzenleme altına alınmıştır. Yönerge'nin 3. maddesinde *"ihbar"*, bildirimi zorunlu olan bir bulaşıcı hastalığın, herhangi bir bölgede görüldüğü hususunda ilgili birimlerin haberdar edilmesi: *"Bildirim"*, bildirimi zorunlu bir bulaşıcı hastalığın bir sistem içinde belirli bir zaman aralığında ilgili yerlere istatistiksel ve epidemiyolojik amaçlı

¹⁶⁹¹ Dolan, *Medical Records*, 54.

bildirilmesi olarak tanımlanmıştır. Ayrıca Yönerge'nin 7. maddesi ile bildirim zorunlu olan bulaşıcı hastalıklar dört ayrı gruba ayrılmış bildirimlerinin nasıl yapılacağı konusunda ayrıntılı düzenlemeler yapmıştır. Yani Yönerge ile bulaşıcı hastalıkların ihbar ve bildirimine yönelik olarak bir sistem kurulmuş ve bildirimin önemli esasları ve şekilleri, bildirimde kullanılacak formlara kadar kayıt altına alınmıştır. Konumuzu ilgilendiren yönüyle daha da önemlisi Yönerge'nin 13 maddesi gereği ihbar en hızlı şekilde yapmayanlar ve 14 maddesi ile yapması gerekli bildirim uyarılmasına rağmen yapmayanlar hakkında savcılıklara suç duyurusunda bulunulacağı ve gerekli disiplin işlemlerinin yapılacağı açıkça düzenleme altına alınmıştır.¹⁶⁹² Yani bu mevzuatın muhatabı olan görevliler hakkında tam anlamıyla bir bildirim zorunluluğu getirilmiş ve aksine davranışların suç oluşturacağı vurgulanmış olmaktadır.

Özel Hastaneler Tüzüğü'nün 40. maddesinde bildirilmesi zorunlu hastalığa yakalanmış olanlardan iyileşmeden hastaneden çıkanların, bulaşıcı hastalık taşıyanların ve bunların gidecekleri yerlerin ilgili özel hastanenin sorumlu müdürünce yetkili mercilere bildirilmesi yükümlülüğü düzenlenmiştir. Bu halde bildirim yükümlülüğünü yerine getiren sağlık çalışanı görevini ifa ediyor yani kanun hükmünü icra ediyor olduğundan eylemi hukuka uygundur ve suç oluşturmaz.

Yine Yataklı Tedavi Kurumları Yönetmeliği'nin 147 maddesi gereğince hastane müdürü *“Bulaşıcı hastalıklar teşhisi konulan vak'aları ve bunlardan ölenleri kurumun bulunduğu yerin sağlık amirine günü gününe ve ayrıntılı bir şekilde haber vermekle”* sorumlu tutulmuşlardır. Yine servis şefleri ve uzmanları aynı Yönetmelik'in 114/1-c maddesi gereğince *“Poliklinik ve servislerinde ihbarı mecbur bir bulaşıcı hastalık görüldüğünde, ihbar vesikasıyla durumu baştabibe bildirirler.”*

¹⁶⁹² Yönerge'nin ilgili maddeleri şu şekildedir: *Madde 13. Bildirimi Zorunlu Hastalıkların bir kısmının tespit edildiği takdirde belirli bir süre içinde en hızlı iletişim aracı ile ihbar edilmesi gereklidir. Bu gereklilik, hastalığın toplum içinde yayılımını engellemek, sosyal sorunlara neden olmamak içindir. Bu nedenle ihbar mekanizmasını işletmeyen kişi ve kurumlar uyarılır ve gerektiği takdirde yürürlükteki mevzuatın ilgili maddelerine göre cezai müeyyide uygulanır.*

Madde 14. Sorumlu olduğu halde bildirim yapmayan ve bu yönerge hükümlerine uymayan, Tıbbi Müdahaleden, bütün kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek kişi ve özel kuruluşların ilk tespitlerinde İl Sağlık Müdürlüğü tarafından uyarı yazısı yazılır ve 1 ay içinde düzenlemelerin yapılması talep edilir. Hata nevi gözetmeksizin yönerge hükümlerine aykırı davranışlara ısrarla devam eden kişi veya kurum sorumluları hakkında yürürlükteki mevzuatın ilgili maddeleri gereği, “Kamu sağlığını tehlikeye düşürücü davranışlardan dolayı” Cumhuriyet Savcılıklarına İl Sağlık Müdürlükleri tarafından suç duyurusu yapılır.

Bu ihbar yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelerde bir yandan ihbar yükümlülüğü getirilirken diğer yandan da hastaların özel yaşamları konusunda duyarlı yaklaşımlar içeren hükümlerin de yer aldığı söylenebilir. Örneğin UHK'nin 104. Maddesinde, mesleğini yürüten hekimlerin her ay sonunda protokol defterleri kayıtlarına giren hastalardan frengili hastaların isimlerini, yaşlarını, hastalıklarının durumunu, daha önce bir tabip tarafından tedavi edilip edilmediğini Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı'na bildirilmek üzere bulunduğu bölgedeki Sağlık ve Sosyal Yardım Müdürlüğü'ne yazı ile bildireceği belirtilmektedir.¹⁶⁹³ Ancak aynı madde de konumuz açısından da oldukça ilginç bir düzenleme bulunmaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında “*Mahrem olarak alınacak bu ihbaratı ifşa eden memurlar hakkında devletin mahrem kayıtlarını ifşa ve vazifei memuriyetini suiistimal etmenin istilzam ettiği mücazat tayin olunur.*” denilmektedir.

Bu düzenlemeyi yorumlamadan önce devletin mahrem kayıtlarından ne anlaşılması gerektiğinin ortaya çıkarılması gerektir. Mahrem kelimesi, “*başkalarına söylenmeyen, gizli*”¹⁶⁹⁴ anlamına geldiğine göre, mahrem kayıtlarda devlet sırlarını ifade etmelidir. *Devlet sırrı* kavramı ise: “*Ulusal güvenlik amaçları bakımından açıklanmasının önlenmesi gereken ve devlete ait olan, devlet gözetimi altında olan veya devlet tarafından veya devlet hesabına üretilen bilgilerdir.*”¹⁶⁹⁵ Bu yönüyle ülkemiz açısından devlet sırrının tanımının yakın zamana kadar herhangi bir mevzuatta yer almadığı belirtilmektedir.¹⁶⁹⁶ Bununla birlikte devlet sırrı kavramı artık Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun (BEHK) 16. maddesinde “*açıklanması hâlinde devletin emniyetine, dış ilişkilerine, ulusal savunmasına ve ulusal güvenliğine açıkça zarar verecek ve niteliği itibarıyla devlet sırrı olan gizlilik dereceli bilgi veya belgeler*” şeklinde tanımlanmıştır. Ceza hukuku yönüyle konuya bakıldığında ise mülga TCK'de kavramı tanımlamamış ancak devletin emniyeti ya da dahili veya beynelmilel siyasi icabından olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgeleri, yetkili makamların neşir ve ifşasını men ettikleri malumatı, devletin emniyeti icabı olarak gizli kalması lazım gelen fenni keşif veya ihtira veya sınai yeniliklere ilişkin bilgi ve belgeleri devlet sırrı kapsamında

¹⁶⁹³ Sert, *Tıp Hukuku*, 83.

¹⁶⁹⁴ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <https://sozluk.gov.tr/>, (16.07.2020).

¹⁶⁹⁵ Mehmet Ali Zengin, *Bilgi Paylaşımı Bakımından Devlet Sırrı Kavramı ve Ulusal Güvenlik*, Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi, Yıl: 2011, Cilt: VI, Sayı: II, 147.

¹⁶⁹⁶ Mehmet Ali Zengin, *Bilgi Paylaşımı*, 147.

değerlendirmişti.¹⁶⁹⁷ Meri TCK ise devlet sırrı ihlallerini düzenlerken mülga TCK'den daha fazla madde kullanmış, daha ayrıntılı düzenleme yapmıştır. Fakat buna rağmen Kanun devlet sırrına ilişkin olarak 326. maddesinde “Devletin güvenliğine veya iç veya dış siyasi yararlarına ilişkin belge veya vesikalar” derken 327, 328, 329 ve 330. maddelerinde “Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasi yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgiler.”, 335, 336, 337. maddelerinde “Yetkili makamların kanun ve düzenleyici işlemlere göre açıklanmasını yasakladığı ve niteliği bakımından gizli kalması gereken bilgiler.” demiş ve 333. maddesinde ise “Gizli kalması gereken keşif veya yeni buluşları ve sınai yenilikler” demiş ve mülga ceza kanunundan farklı bir devlet sırrı kavramı ve tanımı getirmemiştir.¹⁶⁹⁸

CMK m. 47/1 hükmünde ise “Açıklanması, Devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler, devlet sırrı sayılır.” denilmek suretiyle farklı bir tanımlama yapılmıştır.

Buna göre kanun koyucunun sınırlarını kesin olarak çizmediği bir kavramın kapsamına dahil gördüğü bir kısım bilgilere ilişkin olarak ayrı ayrı ceza içeren hükümler koyma yolunu tercih ettiği anlaşılmaktadır. Bu kapsamda CMK'nin tanımına itibar etmek ve “Açıklanması, Devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgileri” devlet sırrı olarak kabul etmek gerekmektedir.

Bu çerçevede UHK'nin frengili hastalara ilişkin olarak koymuş olduğu 104. maddesi yle sadece frengi hastalığına ilişkin olarak yapılacak bildirimin mahrem olarak yapılacağı ve bu bildirim ile bir şekilde irtibatı olan görevlilerin bu kayıtları kesinlikle ifşa edemeyecekleri, aksine davranışta bulunanlar hakkında devlet sırlarını açıklama ve görevi kötüye kullanma suçlarından cezalandırılacakları hüküm altına alınmıştır. Bu yönüyle madde ilk etapta iki açıdan çok büyük bir önem taşımaktadır. Birincisi: Mahremiyete ilişkin olarak genel düzenlemeler bulunmasına rağmen sadece bir hastalıkla ilgili olarak özel bir gizlilik vurgusunun yapılıyor olmasıdır. İkincisi: Buna ilişkin kayıtları açıklamanın devlet sırrını açıklama ile eşdeğer tutuluyor ve bu

¹⁶⁹⁷ Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukukunda Devlet Sırrına Genel Bir Bakış*, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:68, Sayı: 2010/1, 25.

¹⁶⁹⁸ Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukukunda*, 26.

kapsamda aynı şekilde cezalandırılmasının bizzat yasa koyucu tarafından isteniyor olmasıdır. Yani böyle özel bir hastalıkla ilgili bilgi devlet sırrı gücünde kabul edilmektedir. Buna göre normalde bu yasanın yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte olan 765 sayılı TCK'de meslek sırrının açıklanmasının ayrıca cezalandırılmasına ilişkin özel düzenleme (198. madde) bulunmasına rağmen yasa koyucu bu suça gönderme yapmayıp devlet sırlarının güvence altına alındığı 136. maddesine (765 sayılı TCK'den bahsediyoruz, 5237 sayılı TCK'den değil) özel olarak göndermede bulunmaktadır. İki suç arasında ise yaptırım açısından çok büyük fark vardır ve devlet sırları aleyhine işlenen suçların yaptırımı daha ağırdır. Yasa koyucunun düzenlemeyi bu şekilde koymasındaki amacı bu nitelikteki sırların daha doğru bir deyişle çok hassas niteliği haiz kişisel sağlık verilerinin özel bir koruma sistemine tabi tutulmasıdır. Yani yasa koyucu bu çalışma kapsamında zaman zaman da ifade etmeye çalıştığımız üzere kişisel sağlık verileri içinde diğerlerine göre çok hassas niteliği olanlarının bulunduğunu, bu nedenle bunların diğer sağlık verilerinden farklı olarak çok özel bir korunma sistemine tabi tutulması gerektiğini düşünmekte ve bu verileri ceza hukuku açısından devlet sırlarıyla eşdeğer tutmaktadır. Yasa koyucu, daha 1930'larda kişisel sağlık verileri içerisinde çok özel bir daha gizli mahrem alan oluşturmaya başlamıştır. Bundan yaklaşık 90 yıl önce yasa koyucu bu hassasiyeti göstererek belli bazı kişisel sağlık verilerini, devletin gizli bilgileri ile eşdeğer tutmuştur. Bu anlamda bulaşıcı hastalıklarla mücadelenin öncelikli ve zorlu olduğu, tıbbın henüz yeterli düzeyde gelişmediği bir dönemde çıkarılan bu nitelikteki yasal düzenlemelerde hastaların mahremiyetlerini korumaya yönelik özel nitelikli böyle hükümlere rastlanması, daha Cumhuriyetin ilk yıllarında tıp alanında özel hayatın mahremiyetine saygının tuttuğu önemli yerin belirlenmesi, bu yönüyle çok özel nitelikteki kişisel sağlık verilerine atfedilen önemin ortaya konulması açısından da özel bir değer taşımaktadır.¹⁶⁹⁹

Esasında bu düzenleme halen daha yürürlüktedir. Bu nedenle maddenin göndermede bulunduğu suçun aynen eski TCK sistemine uygun şekilde bakıldığında kişisel sağlık verilerinin açıklanması değil devlet sırlarının açıklanmasının düzenlendiği 329. maddesi olmalıdır. Bu iki suçun arasında yaptırım itibariye çok büyük farklar vardır. Hem 765 sayılı TCK'de hem de 5237 sayılı TCK'de devlet sırrının açıklanması suçunun cezasının alt sınırı 5 yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası iken, meslek

¹⁶⁹⁹ Aynı yönde Sert, *Tıp Hukuku*, 85.

sırrının ifşası suçu ise kişisel verilerin açıklanması şeklinde kabulünde iki yıl, 765 sayılı TCK'de ise üç aya kadar hapis cezasını gerektirmektedir. Meseleye bu şekilde bakıldığında UHK'yi koyarken yasa koyucunun kastının ne olduğu daha iyi anlaşılmaktadır. Bu yönüyle yasa koyucu vatandaşlarına ait bu kadar mahrem bir sır, devletin kendi sırrı ile eşdeğer önemde görmekte ve aynı korunmayı hak ettiğini düşünmektedir. Bu bakış açısına göre konu, devletin varlık ve meşruiyet felsefesine ilişkin tartışmalara kadar götürülebilir.

Düzenleme üçüncü bir yönüyle daha da ilginçtir. İçtima hükümleri yönüyle somut olarak uygulanması gereken fikri içtima veya görünüşte içtima kurullarının uygulanmamasını kabul etmekte ve gerçek içtima hükümlerinin uygulanacağına işaret etmektedir. Zira madde metninde “*devletin mahrem kayıtlarını ifşa ve vazifei memuriyetini suiistimal etmenin istilzam ettiği*” ibaresi bulunmaktadır. Düzenlemede ve bağlacının kullanılmış olması nedeniyle bu nitelikteki bir kişisel sağlık verisini açıklayan bir kamu görevlisi hem devlet sırlarının açılmasından hem de görevi kötüye kullanma suçlarından ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Halen yürürlükte olduğuna göre frengili bir kişinin bu durumun bir şekilde öğrenen kamu görevlisi bu bilgiyi açıkladığında bu iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılacak ve açıklamak eylemi tek eylem olduğundan bahisle fikri içtima kuralları uygulanamayacaktır. Ancak bu düzenlemenin uygulamada çok da bilinmediğini ve bu nedenle pek de uygulanmadığını düşünmekteyiz.

Aynı şekilde konumuzu ilgilendiren yönüyle kişisel sağlık verilerini devlet sırrı kapsamına alan düzenlemeler esasında bununla sınırlı değildir. Bu konudaki bir başka düzenleme Genel Kadınlar ve Genelevlerinin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuşla Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü'nde bulunmaktadır. Tüzük'ün 121. maddesinde “*Komisyonu gelen veya komisyonda görüşülen veyahut karara bağlanan her şey son derece gizli tutulur... bilgiler müstesna olmak üzere, hiçbir şahsa hususu surette bilgiler verilmez. Gizli olan bu bilgileri başkalarına duyuranlar hakkında, Devletin gizli kayıtlarını ifşa edenler hakkındaki, ceza uygulanır.*” denilmektedir. Yani genel kadınlarla ilgili olarak komisyonda görüşülen ve karara bağlanan hiçbir bilgi açıklanamayacak aksine davrananlar hakkın devlet sırlarını açıklama suçuna ilişkin olarak öngörülen ceza tatbik olunacaktır. Bu komisyonların görevlerinden birisi Tüzük'ün 4. maddesine göre “*fuhuş yüzünden bulaşan zührevi hastalıkların yayılmasını*

önlemek için gereken tedbirleri almak” olduğuna göre gerek genel kadınların gerekse bunlarla bir şekilde ilişkiye girmiş diğer kişilerin kişisel sağlık verileri ve normal kişisel verileri önemli oranda bu komisyonlarda işlenebilecektir. Bu yönüyle kişisel sağlık verileri ve hatta normal kişisel veriler içerisinde bu komisyonu bir şekilde ilgilendiren kişisel verilere ilişkin olarak daha önemli ve daha hassas görülerek çekirdek bir alan oluşturulmaya çalışılmaktadır. Bu nitelikteki veriler ise çok önemli görülmekte ve devlet sırlarına ilişkin korunma rejimine tabi tutulmaktadır. Son olarak tüzük niteliğindeki bir düzenleme ile bu şekilde suç oluşturucu ya da suçun niteliğini ağırlatıcı düzenlemelerin yapılamayacağını düşünmekteyiz, ancak çalışmamızın kapsamı gereği bu tartışmaya çalışma kapsamında girmeyi uygun görmemekteyiz.

2.2.2.3.1.5.1.3. Sağlık İstatistiklerinin Tutulabilmesi Amacıyla Bildirim

Sağlık alanında istatistikler diğer bütün alanlardan daha büyük bir önem taşımaktadır. Zira kamu sağlığı için tehlikeli bazı ciddi sorunlar yaratma olasılığı bulunan hastalıklar ile ilgili gerekli önlemler ve tüm sağlık alanlarıyla ilgili planlamalar ancak istatistikler esas alınarak yapılabilir. Bu durum, gerekli olan istatistiksel bilgilerin düzenli bir şekilde toplanmasını zorunlu kılar. İstatistiksel bilgilerin düzenli bir şekilde toplanması da ancak bu bilgilere ilişkin bildirimlerle mümkündür.¹⁷⁰⁰

Yasa koyucu da sağlık istatistiklerine büyük önem vermiş ve bu alanda oldukça eski ve köklü bir kanun olan 1593 sayılı ve 24/04/1930 tarihli Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nda (UHK) bu konuda çok açık düzenlemeler yapmıştır. Kanun’un 3. maddesinde Sağlık Bakanlığı’nın bizzat yerine getireceği, yani devredemeyeceği, kanunun kendi tabiriyle doğrudan doğruya bizzat ifa edeceği görevler sayılırken maddenin 16. bendinde “*Tıbbi istatistiklerin tanzimi*” açıkça belirtilmiştir. Yani kanun koyucu sağlık istatistiklerinin toplanmasına o kadar önem vermiştir ki bu görevi bizzat Bakanlığın kendisine yüklemiş ve devretmesini de uygun görmemiştir. Yine Kanun’un gerekçesinde bu duruma ilişkin olarak “*Sıhhî istatistiklerin her nevi halkı tenvire mahsus ve sıhhî propağandanın memleket ahvali sıhhiyesinin ıslahı hususunda çok iyi tesirleri haiz bulundukları bütün medenî dünyada sabit olmuş bir hakikat olmakla memleketimizde de bu amillerden istifade zamanı gelmiş ve bunların ciddî kat’î bir tesiri olabilmeleri için mahiyeti kanuniyeyi haiz bulunmaları icap edeceği düşünülmektedir kanun*

¹⁷⁰⁰ Aynı yönde Karasu, *Hekimin Sır*, 79.

lâyihasının onuncu faslı sıhhi istatistik, coğrafya ve propagandaya müteallik ahkâma tahsis edilmiştir. Bir memlekette yapılan sıhhi faaliyetin semeratını ölçmek ancak sıhhi istatistiklerle mümkün olabilir. Doğum, ölüm ve saire gibi nüfus harekâtına ait ihさいata malik olmadan çalışmak, adeta plançosuz ticaret yapmağa benzer... Onun için sıhhi istatistiklerin tanzimine çok büyük bir ehemmiyet atfi lâzım gelmektedir. Bunun gibi memleketimizin sıhhi coğrafyası için de çok ciddi faaliyet sarfı iktiza eder. Ancak bu suretle kıymettar vatanımızın- sıhhi vaziyeti suları, iklimi, tabiat, erazisi, hastalıkların içtimai noksanları ve sairesi hakkında esaslı malûmata destres olmak ve bunu neşretmek mümkün olacaktır.¹⁷⁰¹ ” demiştir. Yasa koyucu ülkenin sağlık sorunlarının tespiti ve çözümü konusunda sağlık istatistiklerini çok önemli bir veri sağlayıcı olarak görmekte ve bu kadar önemli gördüğü bir durumu yine gerekçeyle göre tüm ülke çapında ve kesin bir etkisi olabilmesi için özellikle kanunla düzenlemeye tercih etmektedir.

Sağlık alanında tutulacak istatistiklere ilişkin olarak ayrıca Kanun’un Sıhhi İstatistik ve Coğrafya ve Propaganda kenar başlıklı 276. maddesinde “*Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekâletine ait istatistik hizmetleri aşağıda gösterilmiştir*” denilerek tutulacak tıbbi istatistiklerin neler olduğu açık bir şekilde ve bizzat Kanunla belirlenmiştir. Buna göre Sağlık Bakanlığı: “1- Doğum, evlenme, ölüm ve ölüm sebepleri. 2- Kara, deniz, hava tarikleri üzerinde yapılan sıhhi tedbirler. 3- Hastane, dispanser, sanatoryumlardaki ve sair tedavi müesseselerindeki hastalar ve zaifler hali nekahette bulunanlar. 4- Sâri ve istilai hastalıklar. 5- Meslek hastaları. 6- Memleketin sıhhi coğrafyasına ait malûmat. 7- Sıhhi ve içtimai hizmetlere taallük edip Yüksek Sıhhat Şurası tarafından tâyin edilecek sair mesail” hakkında sağlık istatistiki tutmakla yükümlü olup bu sayılan hususlar önemli oranda kişisel sağlık verisini bünyesine alan hususlardır. Bu kapsamda Sağlık Bakanlığı sayılanların dışında olan ve kişisel veri içeren hiçbir bilgiyi istatistiki amaçla toplayamaz ve işleyemez. Ancak KVKK’nin 6. maddesi ile 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 378. maddeleri kapsamına girmeyen bu sayılanlara dâhil olmayan hususlar istatistiki amaçlı olmaksızın tutulabilecek kayılardır. Yani Bakanlık bu nitelikteki verileri istatistiki amaçlı olarak değil, sadece KVKK’nin 6. maddesinde sayılan amaçlar doğrultusunda toplayıp işleyebilecektir.

¹⁷⁰¹ Umumi Hıfzıssıhha Kanunu Gerekçesi (UHKG), TBMM. Zabıt Ceridesi, Kırk Sekizinci İn’ikat, 17-IV-1930, Perşembe, Devre: 3. Cilt: 18, İçtima: 3, Sıra No: 115, 7.

Gerçi Kanun'da yer alan “sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacı” ifadesi geniş yorumlanmaya müsait olup, bu şekilde geniş yorumlandığında UHK'nin 276. maddesinde sayılan tüm hususları kapsamına alacak nitelikte sonuç doğurmaya müsaittir. Bu nedenle bu düzenleme tarzı, yani KVKK'nin önce temel ilke olarak kişisel verilerin işlenmesinin kanunla düzenlenmesi zorunluluğu getirilmesi (m. 4) ve hemen akabinde kanunla işlenemeye istisna koyarken bu kadar geniş kapsamlı yorumlanmaya müsait kavramlar kullanması kanun yapma tekniği açısından eleştirilmelidir. Zira bir konuda istisna konulacaksa genel hukuk mantığı gereği, temel kuralı adeta işlemez hale getirecek tarzda çok geniş yorumlanmaya müsait kavramlar seçilmemelidir.

Sağlık Bakanlığı'nın istatistik konusundaki yetkileri UHK'nin sadece 276. maddesi ile sınırlı değildir. Kanun'un 278. maddesinde “Devlet umumi, istatistik dairesi her ay nihayetinde 276. maddede zikredilen hususlara mütaallik olup ittılâ hasıl eylediği ihsai malûmatı Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekâletine verir.” düzenlemesi, 279. maddesinde de “Bilûmum hususi hastaneler, sanatoryumlar, dispanserler müdürleri Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekâletince talep edilecek istatistikleri muayyen mühletler dahilinde vermeğe mecburdurlar.” düzenlemesi bulunmaktadır. Bahse konu hükümler oldukça eski tarihli olsalar da halen yürürlüktedir. Buna göre Devlet İstatistik Kurumu, sağlıkla ilgili kendisine yapılan bildirimleri her ay Sağlık Bakanlığı ile paylaşmakla yükümlüdürler.¹⁷⁰² Aynı şekilde tüm sağlık kurumları da Sağlık Bakanlığı'na belirli zaman aralıkları dâhilinde olmak üzere düzenli olarak kişisel sağlık verilerini de içeren istatistiki verileri bildirmek zorundadırlar. Bu bildirimler Bakanlığın talebi doğrultusunda aylık ve yıllık periyodlar dâhilinde yapılmaktadır.¹⁷⁰³

¹⁷⁰² 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu'un m. 7/1 maddesinde “Başkanlık, Kurumun görev alanına giren konularla ilgili sayım ve araştırmalarda, istatistik üretimi için gerekli gördüğü her türlü ortamdaki veri ve bilgiyi, tüm istatistikî birimlerden, Başkanlıkça belirlenen şekil, süre ve standartlarda doğrudan isteme yetkisine sahiptir”, 9. Maddesinde ise “Kurum ve kuruluşlar, resmî istatistik üretiminde kullanılmak üzere, kendi görev alanları ile ilgili konularda topladıkları, işledikleri ve sakladıkları kayıt ve diğer veri dosyalarını ve her türlü harita ile uzaktan algılanmış veriyi, belirlenen süre içerisinde ücret talep etmeksizin Başkanlığa vermek veya kullanımına açmakla yükümlüdürler” düzenlemeleri bulunmaktadır. Buna göre tüm kurum ve kuruluşlar TÜİK ile veri paylaşma zorundadır.

¹⁷⁰³ Aynı yönde Türk Tabipler Birliği Kişisel Sağlık Verileri Çalışma Grubu, “Sağlık Hizmetlerinde Kişisel Veri Toplanması, Korunması ve Değerlendirilmesi”.

İşin önemine binaen sağlık istatistikleri ile ilgili olarak sadece bu kanunda değil birçok kanunda düzenlemeler getirilmiştir. Doğum ve ölüm olaylarının bildirilmesi¹⁷⁰⁴ bu kapsamdadır. 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 15. maddesi gereğince doğum olaylarının, 31. maddesi gereğince de ölüm olaylarının bildirilmesi zorunludur. Doğum olayları doğumdan itibaren 30 gün içinde, ölüm olayları ise öğrenilmesinden itibaren 10 gün için de bildirilmek zorundadır. Hamileliğin sağlık personeline takip edildiği durumlarda doğum olayının nüfus müdürlüğüne bildirilmesinden hamileliği takip eden hekim veya sağlık meslek mensubu sorumludur. Ölüm olayının bildirilmesinden ise yerine göre defin ruhsatı vermeye yetkili olanlar, köy muhtarları, sağlık kurumları kurum amirleri, askeri tabipler, askerlik şubeleri ve adli olaylar ve kazalara ilişkin olarak Cumhuriyet savcılıkları sorumludur. Ölüm olaylarının bildirilmesi aynı zamanda 5271 sayılı CMK kapsamında da önem taşımakta olup 159. maddesi gereğince şüpheli ölümlerin bildirilmesinden sadece sağlık çalışanları değil kolluk görevlileri, köy muhtarları ya da cenaze işleriyle uğraşan kişiler yükümlü¹⁷⁰⁵ tutulmuşlardır.

Tüm bu bildirimler önemli oranda kişisel verinin bildirilmesini içermesine rağmen tam anlamıyla sağlık istatistiklerinin tutulması amacına doğrudan hizmet etmezler. Bu nedenle Sağlık Bakanlığı'na sağlık istatistiklerini tutma yetkisi verilip verilmediğinin ortaya konulması gerekmektedir. Bu yönüyle ilk olarak teşkilat yasasına bakılması gerekmektedir. Ancak ülkemizde 2017 yılı Nisan ayında hükümet sistemi değiştiği için bakanlıkların tüm teşkilat yasaları yürürlükten kaldırılmış ve bakanlıkların görevleri Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile yeniden düzenlenmiştir. Bu kapsamda 10/07/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin (CBK) 352. maddesi ile Sağlık Bakanlığı'na *“Herkesin bedenî, zihnî ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hâli içinde hayatını sürdürmesini sağlamak amacıyla: halk sağlığının korunması ve geliştirilmesi, hastalık risklerinin azaltılması ve önlenmesi için çalışmalar yapmak, teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerinin yürütmek, uluslararası önemi haiz halk sağlığı risklerinin ülkeye girmesini önlemek, sağlık eğitimi ve araştırma faaliyetlerini geliştirmek, sağlık hizmetlerinde kullanılan ilaçlar, özel ürünler, ulusal ve*

¹⁷⁰⁴ Büyükkay, *Hekimin Sır*, 389.

¹⁷⁰⁵ Aynı yönde Erbaş, *Sağlık Mesleği*, 45.

uluslararası kontrole tâbi maddeler, ilaç üretiminde kullanılan etken ve yardımcı maddeler, kozmetikler ve tıbbî cihazların güvenli ve kaliteli bir şekilde piyasaya sunulması, halka ulaştırılması ve fiyatlarının belirlenmesi için çalışmalar yapmak, insan gücünde ve maddî kaynaklarda tasarruf sağlamak ve verimi artırmak, sağlık insan gücünün ülke sathında dengeli dağılımını sağlamak ve bütün paydaşlar arasında işbirliğini gerçekleştirmek suretiyle yurt sathında eşit, kaliteli ve verimli hizmet sunumunu sağlamak, kamu ve özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişiler tarafından açılacak sağlık kuruluşlarının ülke sathında planlanması ve yaygınlaştırılması için çalışmalar yapmak, kanunlarla ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile verilen diğer görevleri yapmak” görevleri verilmiştir. Tüm bu sayılanlar, düzenleme metninde açıkça yazdığı üzere hem bir görev hem de bir yetki olarak düzenlenmiştir.

Maddede sayılan tüm görevlerin doğru bir şekilde yerine getirilebilmesi için birtakım kişisel verilerin toplanması, kaydedilmesi ve yerine göre aktarılması zorunluluk taşımaktadır. Bu kapsamda örneğin hastalık risklerinin azaltılması öncelikle riskli bölgeleri ve risk oluşturan hastalıkları bilmeyi zorunlu kılar. Bunlar ise ancak düzenli bir şekilde tutulacak sağlık istatistikleri ile tespit olunabilir. O halde kararnamede Bakanlık’a verilen bir görev olarak açıkça yazmasa da verilen görevlerin yerine getirilebilmesi için zorunluluk taşıyan istatistiki bilgileri toplama ve işleme yetkisi sınırlı olarak tanınmıştır denilebilir.

Kararname’nin Bakanlık’a sağlık istatistiklerini toplama ve işleme yetkisi veren düzenlemesi sadece bundan ibaret değildir. Zira aynı Kararname’nin 355. maddesi ile Sağlık Bakanlığı’na bağlı olarak kurulan Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü’ne kişisel verilerin korunmasına ve veri mahremiyetinin sağlanmasına yönelik düzenleme yapmak, 358. maddesi ile Sağlık Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğü’ne kişisel sağlık verileri ile ülke düzeyinde sağlık durumu ve sağlık hizmetlerine ilişkin veri ve bilgi akışını içeren her türden bilgi sistemleri ve projelerini yapmak ve yaptırmak, 361. maddesi ile Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü’ne bulaşıcı, bulaşıcı olmayan, kronik hastalıklar ve kanser ile anne, çocuk, ergen, yaşlı ve engelli gibi risk gruplarıyla ilgili olarak izleme, surveyans, inceleme, araştırma, bağışıklama ve kontrol çalışmaları yapmak, bunlarla ilgili verilerin toplanmasını sağlamak, yaşam kalitesini yükseltecek alışkanlıkları kazandırarak, toplumdaki tüm bireylerin sağlığını geliştirmek, hatalı beslenme alışkanlıkları, obezite, sigara ve benzeri zararlı maddelerin yol açtığı sağlık riskleri ve tehditleri ile mücadele

etmek, bu hususları izlemek, araştırmak, veri toplanmasını sağlamak ve değerlendirmek yetki ve görevleri verilmiştir. Bu görevler açıkça istatistiki veri toplama ve işleme yetkisi veren görevlerdir. Yine Kararname, 365. maddesi ile Bakanlık'a bağlı Strateji Geliştirme Başkanlığı'na 5436 sayılı Kanun'un 15 maddesine yollama yaparak bu Kanun'un 15/2-c maddesi kapsamında idarenin yönetimi ile hizmetlerin geliştirilmesi ve performansla ilgili bilgi ve verileri toplamak, analiz etmek, yorumlamak, görevi verilmiştir.¹⁷⁰⁶

Sağlık Bakanlığı'na ve bağlı birimlerine verilen ve burada ayrıca belirtmediğimiz *“sağlık tehditlerine yönelik erken uyarı ve cevap geliştirilmesi amacıyla gerekli organizasyonu sağlamak, birey, toplum ve çevre sağlığını etkileyen ve genel sağlığı ilgilendiren her tür etkeni incelemek, teşhis etmek, değerlendirmek ve kontrol etmek üzere... tedbirleri almak ve buna yönelik her türlü iş ve işlemi tesis etmek, her türlü koruyucu, teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerini planlamak, teknik düzenleme yapmak, standartları belirlemek ve bu hizmetler ile sunucularını sınıflandırmak, bununla ilgili iş ve işlemleri yaptırmak, her türlü koruyucu, teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerinin yürütülmesini sağlamak, faaliyetleri izlemek ve değerlendirmek, iyi uygulama örneklerini yaygınlaştırmak”* gibi görevler açıkça düzenleme metninde belirtilmese bile istatistiki amaçlı olarak kişisel veri kaydetme ve işleme faaliyetlerini zorunlu olarak bünyesinde barındırmaktadır.

Sağlık Bakanlığı'nın görevleri kapsamında istatistiki amaçlı olmasa bile kişisel sağlık verilerini toplama ve işleme genel yetkisi, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nden önceki dönemde 2 Kasım 2011 tarihinde yürürlüğe giren, 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Bilgi Toplama, İşleme ve Paylaşma Yetkisi başlıklı 47. maddesine dayandırılmaktaydı. Ancak bu düzenleme 09.07.2018 -703 sayılı KHK'nin 25. md ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu düzenleme yerine Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin Bilgi Toplama, İşleme ve Paylaşma Yetkisi kenar başlıklı 378. maddesi yürürlüğe konulmuştur. Maddenin çalışmamız açısından önem arz eden kısmı *“(1) Sağlık hizmeti almak üzere,*

¹⁷⁰⁶ Mülga 663 sayılı KHK'nin 12 maddesi ile bu bakanlığa bağlı olarak faaliyet yürütecek olan Sağlık Araştırmaları Genel Müdürlüğü'ne yurtiçinde ve yurtdışında üretilen sağlık istatistiklerinin derlenmesi, veri kalitesinin değerlendirilmesi, yayımlanması, ulusal ve uluslararası kurumlarla paylaşılması, uluslararası kurumlar tarafından ülkemiz ile ilgili yayımlanan istatistiklerin izlenmesi ve değerlendirilmesini sağlamak, sağlık istatistikleri ile ilgili konularda koordinasyonu sağlamak, görevleri verilmişti.

kamu veya özel sağlık kuruluşları ile sağlık mesleği mensuplarına müracaat edenlerin, sağlık hizmetinin gereği olarak vermek zorunda oldukları veya kendilerine verilen hizmete ilişkin kişisel verileri işlenebilir. (2) Sağlık hizmetinin verilmesi, kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi ile sağlık hizmetlerinin planlanması ve maliyetlerin hesaplanması amacıyla bakanlık, birinci fıkra kapsamında elde edilen verileri alarak işleyebilir.” şeklindeki düzenlemedir. Bu düzenleme gereğince Sağlık Bakanlığı’nın kendisine verilen görevleri yerine getirebilmek adına veri toplama ve kaydetme yetkisi bulunmaktadır. Bu anlamda sağlık hizmeti almak üzere sağlık kurumlarına müracaat edenlerin hizmetin gereği olarak vermek zorunda oldukları bilgiler ile ilgili olarak işleme niteliği taşıyan tüm faaliyetlere ilişkin olarak hukuka uygunluk nedeni bulunmaktadır. Kararname’nin bu maddesi 6698 sayılı KVKK’nin 6/3 maddesi yle paralellik taşımaktadır. Bu yönüyle Kanun’a aykırı bir yönü bulunmamakta ve Kanun’un 4/1 maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık taşımamaktadır. Ancak Anayasa’nın 20/son maddesinde “*Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.*” düzenlemesi bulunmaktadır. Bu nedenle kişisel verilerin işlenmesi usul ve esasları ancak kanun ile düzenlenebilecektir. Bu nedenle bahse konu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi düzenlemesini doğrudan kanunla yapılması gereken bir düzenlemeyi yapıyor olması nedeniyle Anayasa aykırı gördüğümüzü üst bölümlerde defaatle belirttik. Zira bahse konu kararname kişisel sağlık verilerinin işlenmesine yönelik olarak doğrudan yetkilendirme yapan bir düzenlemedir. 6698 sayılı Kanun’un 4/1 maddesinde de açık bir şekilde “*Kişisel veriler, ancak bu Kanunda ve diğer kanunlarda öngörülen usul ve esaslara uygun olarak işlenebilir*” denilmekte, kişisel sağlık verilerine ilişkin 6/3 maddesi de bu genel kurala aykırılık taşımamakta ve fakat bu verilerin işlenme amaç ve usulüne ilişkin önemli gördüğü hususları açıkça sıralamaktadır. Ancak ne bu Kanun ne de başka bir kanun kişisel sağlık verilerinin işlenmesi konusunda Sağlık Bakanlığı’nı yetkilendirmemektedir. Belirtilen kararname ise kanun niteliği taşımamaktadır. Bu nedenle bahse konu yetkilendirmenin CBK ile yapılmış olmasını oldukça sıkıncalı görmekteyiz. Anayasa Mahkemesi de bu kararnamelere ilişkin olarak yakın tarihli bir kararında benzer bir yorum yapmıştır.¹⁷⁰⁷

¹⁷⁰⁷ Mahkeme’nin 2018/134 esas, 2021/13 karar sayılı ve 03/03/2021 tarihli kararında “*Anayasa’da*

Sonuç olarak, sağlık çalışanlarının yükümlü oldukları bildirim yükümlülüğü sadece suçların ya da bulaşıcı hastalıkların bildirimi ile sınırlı olmayıp¹⁷⁰⁸ kanunlara göre doğum, ölüm, evlenme, her türlü ulaşım yolları üzerinde alınan sağlık tedbirleri, tedavi kurumlarındaki tedavi gören ve iyileşen hastalar, meslek hastalıkları, ülkenin sağlık coğrafyasına ilişkin her türlü bilgi istatistiki bilgi olarak bildirilmesi zorunlu olan bilgilerdir. Bu bildirimler mahiyetleri itibarıyla kimlik, adres, iletişim bilgileri, hamilelik testleri, sağlık geçmişi, özürllülük durumu, medeni hal, alkol-madde-sigara kullanımı, iş, meslek, öğrenim durumu, eğitim kurumuna devam etme durumu, gelir durumu, ailesinde var olan daha önceki intihar girişimleri, cinsel partner bilgileri, kişisel bakım, kişisel hijyen, mahkumiyet/ tutukluluk durumu hastalık şikayetleri, hastalık öyküsü, bütün tetkik sonuçları, tetkik istenen kurumlar, 15- 49 yaş arası kadınların doğum bilgisi, düşük türü ve sayıları, kadın sağlığı işlemleri, kullanılan

Cumhurbaşkanı'na CBK çıkarma yetkisi verilmekle birlikte bu yetki sınırsız değildir. Kanunlardan farklı olarak Anayasa'da CBK'yle düzenlenecek konular sınırlandırılmıştır. Konu bakımından yetki yönünden getirilen bu sınırlamalar Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ilk dört cümlesinde düzenlenmiştir.” (par. 8) tespiti yapıldıktan sonra “Anılan fıkranın birinci cümlesinde Cumhurbaşkanının yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarabileceği ifade edilmiştir. Buna göre yürütme yetkisine ilişkin konular dışında CBK ile düzenleme yapılması mümkün değildir... Fıkranın ikinci cümlesinde “Anayasa’ın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin” CBK'yle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Bu hüküm uyarınca belirtilen alanlarda CBK ile düzenleme yapılamaz... Fıkranın üçüncü cümlesinde de Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamayacağı hüküm altına alınmıştır... Buna göre Anayasa'da kanunla düzenleneceği belirtilen alanlarda Cumhurbaşkanının CBK çıkarma yetkisi bulunmamaktadır. 12. Fıkranın dördüncü cümlesinde ise kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamayacağı ifade edilmiştir. Anılan hükme göre Cumhurbaşkanının yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarabilmesi için CBK'yle düzenlenecek konunun kanunlarda açıkça düzenlenmemiş olması gerekir” (par. 9-12) denilerek mahkemece bu kabul net olarak ifade edilmiştir. Hatta aynı karar muallif kalan bir üyenin muhalefet şerhinde “Kanuna bakıldığında kişisel verilerin rıza aranmaksızın aktarılmasıyla ilgili olarak yasal imkânın; aynı Kanunun 5/2. veya 6/3. maddelerindeki hallerde mümkün olacağının belirtildiğini görmekteyiz. Bunlardan ilkinde zorunluluk nedeni veya bir hakkın tesisi gibi nedenlerin varlığı halinde veya kanunlarda açıkça öngörülmesi halinde veri işlenebileceği ve 8. madde gereği de aktarılabileceğinin belirtildiği görülmektedir... Altıncı maddenin 3. fıkrasında ise sağlık ve cinsel hayatla ilgili bilgilerin sağlık hizmeti veya finansmanı amacıyla, diğer bilgilerin ise kanunlarda öngörülen açık rıza aranmaksızın işlenebileceği belirtilmektedir. Dolayısıyla 6698 sayılı Kanun, ilgili kamu kurumlarına yalnızca yürüttükleri kamu hizmetinin zorunlu sonucu olarak veya bir hak tesisi bakımından gerekli hallerde veri işleme yetkisi vermektedir... 6698 sayılı Kanunun 8/2. ve 5/2. maddelerinde “Kanunlarda açıkça öngörülmesi” şartının arandığı, ibarenin ise bu açıklık şartını karşılamadığı dikkate alınmalıdır... Kuralın kişisel verileri de kapsadığını değerlendirdiğimizden, Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle temel hak ve özgürlüklerin düzenlenemeyeceği açıktır. Bu nedenle CBK düzenlenemeyecek bir konuyu kapsamı nedeniyle incelenen kuralın konu bakımından Anayasanın 104/17. Maddesi uyarınca iptal edilmesi gerekmektedir.” (üye Hasan Tahsin Gökcan Muhalefeti, par. 3-4) denilmiştir. Bahse konu yorum kanaatimizce oldukça isabetli bir yaklaşımı göstermektedir.

¹⁷⁰⁸

Aynı yönde Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 97.

aile planlaması yöntemi, gebelik tespiti sonuçları, son adet tarihi, babanın kan grubu, gebe olduğu tespit edilmiş olsun ya da olmasın, doğum ya da düşükle sonuçlanan tüm gebelikler, ağız ve diş sağlığı ile ilgili tüm koruyucu hekimlik, teşhis ve tedavi işlemleri ve daha pek çok kişisel veriyi kapsamına almaktadır.¹⁷⁰⁹ Bu nedenle büyük oranda kişisel sağlık verisini bünyesinde barındırmaktadır. Bahse konu bildirimler kanuna dayalı olarak yapılan bir bildirim olduğu için çok önemli kişisel sağlık verilerini içerseler dahi görevin ifası hukuka uygunluk nedeni kapsamında kalacağından, tam anlamıyla tipikliği oluşturan bir nitelik taşımalarına rağmen suç oluşturmayacaktır.¹⁷¹⁰

Sağlık Bakanlığı'na verilen görevler kapsamında, sağlık istatistiklerinin tutulabilmesine yönelik düzenlemeler sadece kanunlarda yapılanlarla sınırlı değildir. Birçok tüzük ya da yönetmelikte de bu konuda düzenlemeler bulunmaktadır. Bu kapsamda Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te belli şartları taşıyan rahim tahliyelerinin belli süreler içinde Sağlık Bakanlığı'na bildirimini zorunlu tutulmuştur.

Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliği'nin 30/2. maddesinde bulunan “*Sevk edilen hasta sayısı, kodları ile birlikte konulan teşhisler, reçete içeriği, aşılama, gebe ve lohusa izlemi, bebek ve çocuk izlemi, üreme sağlığı ve bulaşıcı hastalıklar ile ilgili veriler ve Kurum tarafından belirlenen benzeri veriler evrak kayıt kriterlerine göre belirli aralıklarla düzenli olarak basılı veya elektronik ortamda Kuruma bildirilir.*” düzenlemesiyle düzenli aralıklarla aile hekimlerine önemli oranda kişisel sağlık verisini bildirimine yükümlülüğü getirilmektedir.

Ayrıca Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin Ek 7. maddesine göre Bakanlıkça istenilen bilgiler, icmal tabloları halinde veya Bakanlık'ın belirlediği formata uygun şekilde elektronik sistem üzerinden aylık olarak Bakanlık'a gönderilmek zorundadır. Yine Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 147/1-h maddesi gereğince hastane müdürü, kurumun periyodik istatistik, poliklinik ve laboratuvar çalışma cetvellerini vaktinde, doğru ve eksiksiz olarak düzenleterek merciine göndermekle ve sıhhi, idari, mali ve her çeşit evrak ve cetvellerin de kurumca zamanında düzenlenip ait olduğu makama gönderilmesini sağlamakla görevli tutulmuştur.

¹⁷⁰⁹ Türk Tabipler Birliği Kişisel Sağlık Verileri Çalışma Grubu, “Sağlık Hizmetlerinde Kişisel Veri Toplanması, Korunması ve Değerlendirilmesi”.

¹⁷¹⁰ Aynı yönde Karasu, *Hekimin Sır*, 79.

Sağlık Bakanlığı'nın yanı sıra Sosyal Güvenlik Kurumu da önemli oranda kişisel sağlık verisini toplamaktadır. Zira 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 100/1 ve 2. maddelerinde “5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kuruluşlar, döner sermayeli kuruluşlar ile diğer gerçek ve tüzel kişiler doğrudan, münferit olarak bilgi ve belge istenmesi hariç olmak üzere kamu idareleri ile kanunla kurulan kurum ve kuruluşlar ise Kurumla yapılacak protokoller çerçevesinde, Devletin güvenliği ve temel dış yararlarına karşı ağır sonuçlar doğuracak hâller ile özel hayat ve aile hayatının gizliliği ve savunma hakkına ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla özel kanunlardaki yasaklayıcı ve sınırlayıcı hükümler dikkate alınmaksızın gizli dahi olsa Kurum tarafından kişilerin sosyal güvenliğinin sağlanması, 6183 sayılı Kanuna göre Kurum alacaklarının takip ve tahsili ile bu Kanun kapsamında verilen diğer görevler ile sınırlı olmak üzere **istenecek her türlü bilgi ve belgeyi** sürekli ve/veya belli aralıklarla vermeye, bilgilerin elektronik ortamda görüntülenmesini sağlamaya, görüntülenen bu bilgilerin güvenliğini sağlamaya, muhafaza etmek zorunda oldukları her türlü belge ile vermek zorunda oldukları bilgilere ilişkin mikrofiş, mikrofilm, manyetik teyp, disket ve benzeri ortamlardaki kayıtlarını ve bu kayıtlara erişim veya kayıtları okunabilir hale getirmek için gerekli tüm sistem ve şifreleri incelemek için ibraz etmeye mecburdurlar.

Bu madde kapsamında ilgili kişi, kurum ve kuruluşlar Kurumun belirleyeceği süre içerisinde söz konusu talebe cevap vermek ve gereken kolaylığı göstermekle yükümlüdürler.” düzenlemeleri bulunmaktadır. Buna göre neredeyse tüm kurum ve kuruluşlar ve hatta diğer gerçek ve tüzel kişiler kurumun kendilerinden istediği görevi kapsamındaki tüm bilgileri Kurum'a göndermek zorundadırlar. Örneğin serbest çalışan bir hekim dahi bir hastasıyla ilgili olarak kendisinden talep edilmesi halinde bu nitelikteki bilgileri Kurum'a göndermek zorundadır. Bu kapsamda yapılacak bildirimler de yine aynı şekilde hukuka uygunluk kapsamında kalmaktadır.

Kişilere sağlık alanında hizmet sunan Türkiye Sigortalar Birliği (Türkiye Sigorta, Reasürans ve Emeklilik Şirketleri Birliği), Sağlık Sigortaları Bilgi ve Gözetim Merkezi (SAGMER) ve Hayat Sigortası Bilgi ve Gözetim Merkezi (HAYMER) gibi merkezler de kişilerin sağlık verilerini toplamaktadır.¹⁷¹¹ Tüm bu şekildeki bilgi

¹⁷¹¹ Türk Tabipler Birliği Kişisel Sağlık Verileri Çalışma Grubu, “Sağlık Hizmetlerinde Kişisel Veri Toplanması, Korunması ve Değerlendirilmesi”.

taleplerinin yerine getirilmesinin hukuk uygun kabul edilebilmesi için kanunla ya da kanuna dayanarak ve kanuna uygun şekilde çıkartılmış bir yönetmeliğe dayanarak istenilmesi ve yerine getirilmesi gerekmektedir.¹⁷¹²

2.2.2.3.1.5.1.4. Soruşturma ve Kovuşturma Mercilerinin Bilgi Taleplerini Karşılama Yükümlülüğü

Genel anlamda adaletin yerine getirilmesi her şeyden önemlidir ve en yüce değer olarak görülür.¹⁷¹³ Bu kapsamda hukuk veya ceza mahkemeleri, bir doktorun veya sağlık meslek mensubunun gizli nitelikteki kişisel sağlık verilerinin açıklanmasını zorunlu kılan kararlar verme yetkisine sahiptir.¹⁷¹⁴ Bu yönüyle soruşturma ve kovuşturma organlarının açık şekilde bilgi istemeleri halinde bu bilgileri vermek, bu yüce değere hizmet eder ve aynı zamanda kanun hükmünün icrası niteliğinde olduğundan kişilerin bu eylemleri kişisel sağlık verilerinin gizliliğinin ihlali olmadığı¹⁷¹⁵ gibi bu nitelikteki eylemleri nedeniyle cezai sorumlulukları bulunmaz.¹⁷¹⁶ Bilakis aksine davranışlar mahkemeye itaatsizlik gibi olumsuz sonuçlara yol açabilecektir.¹⁷¹⁷

Konuya ilişkin olarak CMK'nin 161/1 maddesinde “*Cumhuriyet savcısı, doğrudan doğruya veya emrindeki adli kolluk görevlileri aracılığı ile her türlü araştırmayı yapabilir; yukarıdaki maddede yazılı sonuçlara varmak için bütün kamu görevlilerinden her türlü bilgiyi isteyebilir.*” hükmü, aynı maddenin 4. fıkrasında “*Diğer kamu görevlileri de, yürütülmekte olan soruşturma kapsamında ihtiyaç duyulan bilgi ve belgeleri, talep eden Cumhuriyet savcısına vakit geçirmeksizin temin etmekle yükümlüdür.*” hükmü, 5. fıkrasında “*Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile Cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk âmir ve memurları hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır.*”

¹⁷¹² Türk Ticaret Kanunu m. 1435-1436 hükümlerindeki düzenlemeler kapsamında da sigortacının sigorta ettirenin özellikle can/ hayat sigortaları yönünden kişisel sağlık verilerini bizzat veri öznesinin kendisinden toplayabilecektir. Bu durumda esasında kanundan kaynaklanan ve görevin ifası anlamına gelen bir hukuka uygunluk nedenidir.

¹⁷¹³ Stauch, Wheat and Tingle, *Sourcebook On Medical Law*, 266.

¹⁷¹⁴ Dolan, *Medical Records*, 54.

¹⁷¹⁵ Maclean, *Briefcase on Medical*, 166.

¹⁷¹⁶ Özalp ve Özalp, *Hekimin Cezai*, 141; Dolan, *Medical Records*, 54.

¹⁷¹⁷ Maclean, *Briefcase on Medical*, 166.

hükmü bulunmaktadır.

Konuya ilişkin olarak aynı Kanun'un 332. maddesinde “(1) Suçların soruşturma ve kovuşturması sırasında Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından yazılı olarak istenilen bilgilere on gün içinde cevap verilmesi zorunludur. Eğer bu süre içinde istenen bilgilerin verilmesi imkânsız ise, sebebi ve en geç hangi tarihte cevap verilebileceği aynı süre içinde bildirilir. (2) Bilgi istenen yazıda yukarıdaki fıkra hükmü ile buna aykırı hareket etmenin TCK'nin 257. maddesine aykırılık oluşturabileceği yazılır. Bu durumda haklarında kamu davasının açılması, izin veya karar alınmasına bağlı bulunan kişiler hakkında, yasama dokunulmazlığı saklı kalmak üzere, doğrudan soruşturma yapılır.” düzenlemesi bulunmaktadır. Buna göre kamu görevlisi olan sağlık çalışanları böyle bir yargısal bilgi talebiyle karşılaştıklarında bu talebin gereğini en geç 10 gün içerisinde yerine getirmek zorundadırlar. Bu sebeple adli mercilerin mahkemelerin ve savcılıklarının istemelerine rağmen, bu bilgilerin verilmemesi yasalarda suç olarak düzenlendiği bilgilerin verilmesi muhatabı açısından bir zorunluluktur¹⁷¹⁸ ve bu bilgi taleplerinin yerine getirilmesi kanun hükmünü icra anlamına gelecektir.¹⁷¹⁹ Bu bilgi talebinin gereği belirtilen süre içinde yerine getirilemiyorsa bunun sebebini bildirmek zorunluluğu bulunmaktadır. Yani bu türdeki taleplere talep doğrultusunda yanıt vermek, ilgili kamu görevlisinin (sağlık çalışanının) yasal ve uyulması zorunlu bir görevi haline gelmiştir. Özetle yargı organlarının bu nitelikteki talepleri doğrultusunda yapılan bilgi paylaşımında taleple sınırlı olmak üzere gizlilik ihlal edilebilecektir.¹⁷²⁰

Yargı organları tarafından yapılan bilgi talepleri genellikle kişisel sağlık verilerini de içerir. Örneğin intihara kalkışmış gibi görünen bir hasta ile ilgili soruşturma kapsamında daha önce psikiyatri polikliniğine muayene olup olmadığı, olmuş ise tüm muayene teşhis ve tedavi bilgilerinin gönderilmesinin savcılık kurumunca istenilmesi durumunda verilecek yanıt neredeyse tamamen mahrem nitelikteki kişisel sağlık verilerine ilişkin olacaktır. Ancak yanıtı hazırlayan ve bu kapsamda ilgilinin tüm kişiye sağlık verilerine ulaşan yardımcı sağlık personeli ve yazıyı imzalayan hekim veya sağlık idarecisi ve ilgili işleme bir şekilde katılan sağlık

¹⁷¹⁸ Kızılyel, *Sağlık Hizmetlerinin*, 332.

¹⁷¹⁹ Soyaslan, *Hekimlerin Ceza*, 133.

¹⁷²⁰ Encyclopedia Of Privacy, 118.

çalışanları açısından kişisel verilerin açıklanması suçu oluşmayacaktır. Çünkü eylemleri yasa ile kendilerine yüklenen bir görevin ifası kapsamında kalmakta ve bu görev kapsamında hastanın ahremiyetinin muhafazası yükümlülüğü bulunmamaktadır.¹⁷²¹ Ancak burada da elbette bir ölçü bulunmaktadır. Mevzuatın kaleme alınış tarzı itibariyle ancak soruşturma veya kovuşturma kapsamında ihtiyaç duyulan bilgiler talep edilebilir ve yine bilgiler bu kapsamda ihtiyaç duyulan kadar verilebilir. Bu ölçünün aşılması durumunda cezai sorumluluk söz konusu olabilir. Örneğin göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin yürütülen bir soruşturma kapsamında mağdur hakkında aldırılan adli raporda mağdurun sünnetli ya da sünnetsiz olduğuna dair bir bilgi verilmesi soruşturma kapsamında gerekli olanın çok üzerine çıkıldığını göstermektedir. Bu nedenle sınırı aşılmıştır ve bu davranış hem inanç özgürlüğüne hem de özel hayatın gizliliğine aykırılık teşkil eder ve ayrıca inceleme konumuz suç açısından hukuka uygunluk nedeni teşkil etmez.

Mesele bu yönüyle AİHM'in de önüne gelmiş ve tartışılmıştır. Konuya ilişkin olarak Mahkeme Z/Finlandiya kararında¹⁷²² *“Soruşturma yararının tıbbi verilerin açıklanmamasından elde edilecek yarardan daha üstün olduğu gerekçesiyle, doktorların tanık olarak dinlenmesinin ve tıbbi verilerin soruşturma dosyasına dâhil edilmesinin Sözleşmenin 8. maddesinin ihlalini teşkil etmediğine”*¹⁷²³ karar vermiş ve yararlar kıyaslamasında üstün olan soruşturmada beklenen yarar üstünlük tanıyarak hekimin tanık olarak dinlenilmesinin Sözleşme ile güvence altına alınan özel hayata saygı hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir. Bu kapsamda Mahkeme'ye göre adli mercilerin bilgi taleplerinin kişisel sağlık verilerinin adli makamlara açıklanmasından beklenen yararın kişisel verilerin korunması ile beklenen yarardan üstün olması durumunda karşılanması gerekmektedir. Bu tespit esasında adli mercilerle ne kadar bilginin paylaşılacağı hususunun tespitinde de yol gösterici bir ölçüt niteliği taşımaktadır.

Bu başlık altında hekimlerin adli mercilerde bilirkişilik yapmaları hususuna da değinilmesi gerekmektedir. Zira hekim, bilirkişilik yaparken önemli sayıda kişisel sağlık verisinin kendisini görevlendiren mahkeme veya savcıya verme durumunda

¹⁷²¹ Aynı yönde Leung, *Law for Doctors*, 41.

¹⁷²² AİHM., 25.02.1997, Başvuru No 22009/93, <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-58033>, E.T. 18.04.2020.

¹⁷²³ Kararın çevrilmiş hali için Ömür, *Kişisel Sağlık*, 146.

kalmaktadır. Genel anlamıyla bakıldığında hekimler kendilerinden bilirkişilik yapmaları istenildiğinde mevzuatta belirtilen sınırlı haller dışında bilirkişilikten çekilemezler.¹⁷²⁴ CMK'nin 60, 65, 70, 71 maddeleri gereği bilirkişilik yapmak artık onların yasadan kaynaklanan görevidir. Yine UHK'nin 22. maddesi de hekimlere bilirkişilik zorunluluğu yüklemektedir.¹⁷²⁵ Bilirkişilik görevini –haklı bir neden olmaksızın- kabul etmeyen veya görevi yerine getirmeyen hekim hakkında disiplin hapsi uygulanabilir (CMK m. 71). Ayrıca hekimin tazminat sorumluluğu da söz konusu olabilir. Bunun dışında, hekim ayrıca görevi ihmal suçu nedeniyle de cezalandırılabilir.¹⁷²⁶ Bu nedenle bilirkişilik keyfi bir şekilde yapılmaktan kaçınılabilecek bir görev değildir. Bilirkişi olarak atandığında ise hasta hakkında her türlü önem ve özellik arz eden bilgiyi mahkemeye açıklamakla yükümlüdür.¹⁷²⁷ Yani bilirkişi olarak atanması durumunda hasta ile alakalı tüm tetkikleri, hastanın kendisine anlattığı tıbbi sırları objektif olarak mahkemeye sunmak zorundadır ve bu davranışı kişisel verilerin açıklanması suçunu oluşturmayacaktır.¹⁷²⁸ Zira bilirkişilik görevini yerine getiren hekimin davranışı kanun hükmünün yerine getiriliyor alması nedeniyle görevin ifasıdır ve bu kapsamda hukuka uygundur.¹⁷²⁹ Bu yönüyle bilirkişi sıfatıyla hastayı muayene eden ve hakkındaki bilgileri düzenleyeceği bilirkişi raporuna koyan hekim hakkında bu görevi nedeniyle ve görevi kapsamında muhatap olduğu adli mercilere karşı kişisel sağlık verilerinin gizliliğini koruma yükümlülüğü geçerli olmayacaktır.¹⁷³⁰

Hekimlere kişisel verileri aktarma görevi yükleyen bir başka düzenleme CMK'nin 87/3 maddesinde bulunmaktadır. Buna göre ölümünden hemen önceki hastalığında öleni tedavi etmiş olan hekim otopsi yapmakla görevlendirilemez ancak hastalığın seyri hakkında bilgi vermesi istenilebilir. Bu kapsamda bir nevi tanıklık niteliği taşıyan bu dinleme esnasında hekimin hastalığın seyri hakkında kişisel verileri de içerir şekilde verdiği bilgilerden dolayı inceleme konumuz suç anlamında bir cezai sorumluluğu söz konusu olmaz.¹⁷³¹ Zira bu halde de hekim kanundan kaynaklanan bir

¹⁷²⁴ Özdemir, *Hadım Etme*, 207; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 652.

¹⁷²⁵ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 652; Özdemir, *Hadım Etme*, 208.

¹⁷²⁶ Hakan Hakeri, *Tıbbi Bilirkişinin Cezai Sorumluluğu*, IV. Sağlık Hukuku Kurultayı Ankara Barosu Yayını, 2012 Ankara, 403.

¹⁷²⁷ Özdemir, *Hadım Etme*, 207; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 652; Özdemir, *Teşhis ve Tedavi*, 159.

¹⁷²⁸ Yeşilyurt, *Hastanın Kişisel*, 6; Karasu, *Hekimin Sır*, 105.

¹⁷²⁹ Karasu, *Hekimin Sır*, 105.

¹⁷³⁰ Aynı yönde İstek, *Hasta Mahremiyeti*, 205; Çakıroğlu, *Hekimin Borçlarından*, 178.

¹⁷³¹ Sevük, *Tıp Ceza*, 806.

görevi yerine getirmekte ve davranışı bu nedenle hukuka uygunluk nedeni kapsamında kalmaktadır.

Genel olarak sağlık çalışanlarının tanıklık yapması da bu bir hukuka uygunluk nedenidir. Sağlık hizmeti sunucularının tanıklığı, kişisel sağlık verilerinin gizliliğine yönelik olarak getirilen tarihin en erken istisnalarından birdir.¹⁷³² Pozitif hukukumuzda göre kural olarak herkes Türk yargısına tabi olmak şartıyla tanıklık yapmak zorundadır.¹⁷³³ Yani çok özel durumlar haricinde herkes için mahkeme tarafından talep edildiği takdirde bildiklerini açıklamak yani tanıklık etmek zorunlu bir görev niteliği taşımaktadır.¹⁷³⁴ Bu nedenle herkesin tanıklığa çağrıldığı zaman ilgili makamın önüne gelme, yemin etme ve doğruyu söyleme yükümlülüğü bulunmaktadır.¹⁷³⁵ Zira aksine davranış gerçekleştirilmesi, yani sebepsiz yere tanıklık yapmaktan çekinmek, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 253. maddesi gereğince disiplin para cezasına ve hatta sorulara cevap vermemekte direnilmesi durumunda ise disiplin hapsine neden olabilecek davranışlardır (Aynı yönde bkz. CMK m. 71).

Bu yönüyle sağlık çalışanları da tanıklık yapmak zorundadırlar ve bu kapsamda verdikleri bilgiler kişisel verilerin açıklanması suçunu oluşturmadığından bu yargısal görevle sınırlı bir şekilde kişisel verilerin sır niteliğinde olanlarını açıklayabileceklerdir.¹⁷³⁶ Ancak sağlık meslek mensuplarına tanıklıktan çekilmek hakkı özel olarak tanınmış bir hak niteliği taşır. 5271 sayılı CMK'nin 46/1-b maddesinde “*Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler...*” tanıklıktan çekinilebilecek konular ve bu kapsamdaki meslekler sayılmıştır. Madde gereği çekinme bir zorunluluk olmayıp ilgili personelin takdirine bağlıdır. Ancak maddesi n ikinci fıkrası gereği ilgili tarafından rıza gösterdiğinde bu görevliler tanıklıktan çekinemeyeceklerdir. Bu kapsamda ayrıca mahkeme tarafından tanık olarak çağrılmasına rağmen, hasta açıklamaya rıza göstermezse sağlık çalışanlarının gizlilik gerekçesiyle açıklamayı reddetmekle, yani

¹⁷³² Ferguson, *Should A Doctor*, 4 and 6.

¹⁷³³ Karasu, *Hekimin Sır*, 86; İstek, *Hasta Mahremiyeti*, 209.

¹⁷³⁴ Çakıroğlu, *Hekimin Borçlarından*, 176.

¹⁷³⁵ İstek, *Hasta Mahremiyeti*, 209.

¹⁷³⁶ İstek, *Hasta Mahremiyeti*, 205.

tanıklık yapmamakla yükümlü bulundukları¹⁷³⁷ ifade edilmiştir.

2.2.2.3.1.4.2. Meşru Savunma

Sır saklama yükümlülüğü kapsamında genel olarak sırrın saklanmaya devam olunmasının sırrı muhafaza etmekle yükümlü kişiye veya bir üçüncü kişiye zarar verebilecekse sırrın açıklanabileceği belirtilmektedir.¹⁷³⁸ Kişisel verilerde de durum aynen sır saklama yükümlülüğünde olduğu gibidir. Yani kişisel sağlık verilerinin gizli tutulmaya devam edilmesi durumunda kişisel sağlık verilerinin gizliliğini sürdürmekle görevli kişiye bir zarar verilecekse kişisel sağlık verileri açıklanabilirler. Bu kapsamda sağlık mesleği mensubunun bizzat kendisine yönelmiş bir tecavüzün bulunması gerekir.¹⁷³⁹ Bu duruma örnek olarak kaydetme suçundaki meşru savunmaya ilişkin verdiğimiz örnek üzerinden gidilebilir. Fiilen aynı hastanede görev yapan bir hemşire ve uzman hekim aynı gün ve aynı birimde nöbetçi olduklarından, nöbetleri esnasında birime getirilen bir hastaya ilişkin olarak hekimin şahsi sağlık sorunlarına bağlı olarak yetersiz ve hatalı tıbbi müdahalesine ve hastanın geldiğindeki durumunun ağırlığına, geç kalınmış olmasına bağlı olarak iyileşemediğinden ve sakat kaldığından bahsetmiştik. Hekim bunun üzerine sorumluluğu hemşireye yıkmaya ve onun verdiği talimatları yerine getirmediğini, müdahaleleri hatalı yaptığını belirterek sorumluluğu üzerinden atmaya çalışmış ve bunun üzerine öfkelenen hasta yakınları hemşireye saldırmışlar ve hemşire kendisini odasına kitlemiş ve hasta yakınlarına karşı kendini koruma düşüncesiyle hekimin ve hastanın kişisel sağlık verilerini kayıt altına almıştı. Bu örnekteki hemşire güvenliğini sağlayabilmek üzere sığındığı odanın kapısına vurarak dışarıya çıkmasını isteyerek kendisinden hesap soracaklarını belirten hasta yakınlarını sakinleştirmek, kendini korumak amacıyla hastanın ya da hekimin kişisel sağlık verilerini açıklasa, bu kapsamda örneğin hastanın, kendi hatasından değilde sahip olduğu kronik başka bir rahatsızlığından dolayı sakat kaldığını veya hekimin o an itibarıyla kullandığı uyuşturucu ya da aldığı ilaçların etkisi altında bulunması nedeniyle mevcut neticenin ortaya çıktığını açıklarsa gizli kalması gereken kişisel sağlık verilerini açıklamış olmakta ancak eylemi meşru savunma nedeniyle hukuka uygunluk sınırı

¹⁷³⁷ Dolan, *Medical Records*, 55.

¹⁷³⁸ Cin, *Tıp Etiği*, 144; Sert, *Tıp Hukuku*, 108.

¹⁷³⁹ Sert, *Tıp Hukuku*, 108.

içinde bulunmaktadır. Zira kendine ait bir hakka yönelmiş saldırıyı def etmeye matuf ve zorunlu olarak başkasına ait kişisel sağlık verilerini açıklamış olmaktadır.

Ancak bazı yazarlar bu suçta meşru müdafaa'nın yürürlük kazanamayacağını düşünmektedir.¹⁷⁴⁰ Bunlara göre kendine karşı işlenen veya işlenecek olan bir suçun engellenmesi amacı ile kişisel verilerin kaydedilmesi veya bunların ele geçirilmesi ve kullanılması ancak şantaj vb. ayrı bir suç oluşturacağından meşru müdafaa hakkının kullanıldığı kabul edilemeyecektir.¹⁷⁴¹

2.2.2.3.1.4.3. Hakkın İcrası

Hakkın icrası hukuka uygunluk nedenine ilişkin olarak 135. madde kapsamında yapılan açıklamalar, bu maddede düzenlenen suç tipi içinde geçerlidir. Ancak kısaca değinmek gerekirse bu kapsamda değerlendirilebilecek ilk ve kanaatimizce en önemli hak, savunma hakkıdır. Bu yönüyle sağlık çalışanları kendilerine karşı hastaların veya yakınlarının açtıkları davalarda, kendileri savunmak bakımından hastaya ait bazı verileri mahkemeye sunmak zorunda kalabilirler. Bu takdirde eylem hukuka aykırı olmadığından¹⁷⁴² fail cezalandırılmaz.¹⁷⁴³ Zira savunma hakkı bizzat Anayasa'nın tanıdığı bir haktır¹⁷⁴⁴ ve bu hakkın kullanılması hastanın menfaatine göre üstün bir hak niteliği taşımaktadır.¹⁷⁴⁵ Herhangi bir iddia/ itham veya dava kapsamında kendini savunan sağlık çalışanı da savunma hakkını kullanabilecektir. Bu nedenle aleyhine açılan bir davada hekimler ya da diğer sağlık çalışanları kendini savunmak amacıyla sır niteliğindeki kişisel sağlık verilerini açıklayabilirler.¹⁷⁴⁶ Başka bir deyişle hastanın hassasiyet içeren özel durumlarını mahkemeye iletebilirler.¹⁷⁴⁷ Bu durum kişisel sağlık verilerinin verilmesi veya yayılması niteliğinde olmasına rağmen sağlık çalışanları

¹⁷⁴⁰ Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 67.

¹⁷⁴¹ Bük, *Elektronik Ortamda*, 156.

¹⁷⁴² Özdemir, *Teşhis ve Tedavi*, 158.

¹⁷⁴³ Murat Doğan, *Embriyon Nakillerinde*, 169; Hakeri, *Tıp Hukuku*, 905; Er, *Sağlık Hukuku*, 94; Kalemoglu, *Hekimlerin Deontolojik*, 10; İngiliz hukuk sisteminde de kişinin yasal bir hakka dayanması ele geçirme, yagma, elinde tutma gibi suç oluşturan eylemleri açısından hukuk uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir. Bkz. Data Protection Act 2018, Chapter 12, Section 170/3-a, 98.

¹⁷⁴⁴ Anayasa'nın konuyla ilgili Hak Arama Hürriyeti kenar başlıklı 36/1 maddesi şöyledir: “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”.

¹⁷⁴⁵ Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet*, 151.

¹⁷⁴⁶ Langmack, *Ceza Hukuku*, 460; Ayan, *Tıbbi Müdahaleden*, 99; Er, *Sağlık Hukuku*, 94; Şatır, *Hekimlerin Hukuku*, 57; İstek, *Hasta Mahremiyeti*, 205.

¹⁷⁴⁷ Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet*, 151; Büyüka, *Hekimin Sır*, 390; Özdemir, *Hadım Etme*, 206.

açısından haklılık taşımakta¹⁷⁴⁸ ve böyle bir açıklamayı yapmak zorunda kalan hekim ve diğer sağlık çalışanı hakkını icra eden şahıs konumunda olmaktadır. İşte bu nedenle de aynı zamanda eylemleri hukuka uygun sayılmaktadır.¹⁷⁴⁹

Yargıtay'ın kabulü de bu yöndedir. Yargıtay'a göre “...doktor olarak çalışan sanığın... şikayetçi olarak aleyhine tazminat davası açması üzerine... müştekinin davadan 1 yıl önce kullandığı kişisel veri niteliğindeki ilaçların listesini yazarak, müştekideki şikayetlerin kullandığı ilaçların yan etkisi olabileceğini savunması şeklinde gelişen eyleminde... savunmasını kanıtlama amacını taşıyan eyleminde, hukuka aykırı hareket etmek bilinciyle hareket etmediği, eylemin savunma sınırı kapsamında kalmaktadır.”.¹⁷⁵⁰ Hekim, savunma hakkının sınırlarını aşmadığı sürece bu tip davalarda hastalarına ilişkin kişisel sağlık verilerini mahkemeye vererek açıklayabilecektir. Ancak bu durumda dahi mahkeme dışındaki kişilere bu verileri veremeyecektir. Yine kendisini savunma bakımından ancak zorunlu nitelikteki verileri açıklaması ve bu yönüyle de sınırı aşmaması gerekmektedir.¹⁷⁵¹ Dava konusu olayla ilgili olmayan kişisel sağlık verileri açıklanırsa inceleme konusu suç oluşacaktır.¹⁷⁵²

Bazı yazarlar hekime karşı yöneltilecek davalarda örneğin düzenlediği raporun sahteliği iddia edildiğinde gerçeğin ortaya çıkması açısından hekimin açıklama yapmasını zaruret hali kapsamında değerlendirmektedir.¹⁷⁵³ Böyle düşünenlere göre kendisinden beklenen sır niteliği taşıyan bilgileri açıklamamaktan dolayı adli kovuşturmayla tabi tutulması gibi zor bir durumla karşı karşıya kalıyorsa bu durumda ıztırar halinin (zorda kalma) varlığından bahsedilmesi¹⁷⁵⁴ gerekmektedir. Yine bir hukuk davasında ücret alacağı ihtilafına ilişkin olarak kişisel sağlık verilerinin açıklanıp açıklanmayacağı hususundan tartışma bulunmaktadır.¹⁷⁵⁵ Kimine göre bunun tespiti için hastalığın mahiyetine göre bir ayırım yapılması gerekmekte, mahiyeti itibarıyla önem taşımayan grip gibi hastalıklara ilişkin olarak bu tip ihtilaflar çıktığında ilişkin kişisel sağlık verilerinin açıklayabileceği aksi takdirde, yani hastalığın mahiyeti gereği gizli

¹⁷⁴⁸ Ayan, *Tıbbi Müdahaleden*, 99.

¹⁷⁴⁹ Cahid Doğan, *Sağlık Haklarından*, 132; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 103.

¹⁷⁵⁰ Y. 12. CD., K. 2014/7889.

¹⁷⁵¹ Aynı yönde Hakeri, *Tıp Hukuku*, 909.

¹⁷⁵² Cahid Doğan, *Sağlık Haklarından*, 132.

¹⁷⁵³ Çakıroğlu, *Hekimin Borçlarından*, 178; Karasu, *Hekimin Sır*, 106; Sert, *Tıp Hukuku*, 110.

¹⁷⁵⁴ Çakıroğlu, *Hekimin Borçlarından*, 178.

¹⁷⁵⁵ Sert, *Tıp Hukuku*, 110; Karasu, *Hekimin Sır*, 108.

tutulması gereken bir mahiyet taşıması halinde açıklanamayacağı¹⁷⁵⁶ düşünülmektedir. Konuyu zaruret hali kapsamında değerlendiren yazarlara göre hekimin alacağını elde edememesi, kişiye yönelik bir tehlike oluşturmadığından bu durum zaruret hali kapsamında değerlendirilemez.¹⁷⁵⁷ Buna göre alacak ihtilaflarında kişisel sağlık verilerinin açıklanmaması gerekir.¹⁷⁵⁸

Kanaatimizce burada öncelikle zaruret halinden daha çok hakkın icrası durumu söz konusudur. Bu kapsamda ücret alacağı için dava açan hekim, iddia ve savunma hakkını kullanmakta ve ancak bu kapsamla sınırlı olmak üzere kişisel sağlık verilerini açıklayabilmelidir. Buna göre davadaki ücretin alınması için zorunlu olan kişisel sağlık verilerini açıklayabileceklerdir. Bu yönüyle örneğin ücret sözleşmesini mahkemeye sunmakta ise sözleşme metninde bulunup da davanın esasına doğrudan bir etkisi bulunmayan kişisel verileri gizleyerek sözleşmeyi mahkemeye sunmalıdır. Hiçbir sınırlandırma yapmaksızın iddia ve savunma hakkıyla sınırlı olmaksızın tüm sağlık bilgilerinin mahkemeye ibrazı halinde yine inceleme konumuz suç oluşacaktır.¹⁷⁵⁹ Bu kapsamda hastalığın türü ya da ağırlığına göre değil açıklanan bilginin mahiyetine göre bir değerlendirme yapılmalı¹⁷⁶⁰ ve bunda da verinin veri öznesine yani hastaya verebileceği zarar göz önünde bulundurulmalıdır. Kısaca, verinin niteliği esas alınmalıdır. Yani dava açısından niteliği gereği herhangi bir tedavi uygulandığı bilgisinin ispatı yeterliyse o nipsette bir veri mahkemede açıklanabilmelidir. Ancak davada bu yeterli değilse çok özel, ağır ve dolayısıyla yüksek masraflı bir tedavi uygulanmışsa bunun maliyetli oluşunu ispata yetecek kadar veri bildirilmesi suç olmamalıdır. Buna göre bu sınırlara dikkat edilmez örneğin ameliyatın cinsini belirtmek yeterli iken hastanın hangi bölgesine uygulandığını, kesiğin ne kadar uzun olduğu, iyileşmede ne gibi sıkıntılar yaşandığı, hastanın ağrı eşiğinin düşüklüğü nedeniyle diğer hastalara ne gibi olumsuz etkilerinin olduğu gibi hususları tüm ayrıntılarıyla aktarmak bu anlamda cezai sorumluluk gerektirebilir.

Hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni, bu suç bakımından basının haber verme hakkı kapsamında da ele alınması gereken bir hukuka uygunluk sebebidir.

¹⁷⁵⁶ Karasu, *Hekimin Sır*, 108; Sert, *Tıp Hukuku*, 110.

¹⁷⁵⁷ Sert, *Tıp Hukuku*, 110.

¹⁷⁵⁸ Sert, *Tıp Hukuku*, 111.

¹⁷⁵⁹ Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 90-91.

¹⁷⁶⁰ Aynı yönde Sert, *Tıp Hukuku*, 111; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 90-91.

Kişilere ilişkin verilerin basın tarafından haberlere konu edilebilirliği sadece haber verme hakkının sınırları içerisinde yapılmış olmak kaydıyla bir hukuka uygunluk nedeni teşkil etmektedir. Bu yönüyle güncellik, doğruluğunun yitirilmesi gibi haller de bunun sınırlarını oluşturmaktadır.¹⁷⁶¹ Yine bu hukuka uygunluk sebebi sadece basın açısından geçerlilik taşımaktadır. Bu nedenle sağlık kurumunun veya sağlık çalışanlarının hastanın kişisel sağlık verilerini hastanın açık rızası olmaksızın kamuoyuna açıklaması, açıklamayı yapanın basın mensubu olmaması ve faaliyetin basın faaliyetleri kapsamında gerçekleştirilmemesi nedeniyle kişisel verilerin açıklanması suçunu oluşturacaktır.¹⁷⁶² Ayrıca burada bir hususu daha belirtmekte fayda bulunmaktadır: Basın özgürlüğü de diğer tüm özgürlükler gibi sınırsız değildir. Bu yönüyle basın faaliyetine konu alınan kişisel sağlık verilerinin mutlak suretle vatandaşın haber alma özgürlüğüne hizmet edici boyutta olması bunu aşmaması gerekir. Yani açıklanan verinin haberle ilgili olması, haberin içeriğini aşmaması ve haberin bizzat kendisinin vatandaşın haber alma hakkı kapsamında kalması gerekmektedir.

Bu hukuka uygunluk nedeninin tıp alanında kişisel verilerin açıklanması suçu açısından geçerli olamayacağını düşünenlerde bulunmaktadır.¹⁷⁶³ Ancak biz bu görüşlere katılmamaktayız. Zira Anayasa koyucu bir temel hakkı kişiye tanıırken belli alanlarda geçerli olduğu, belli alanlarda geçerli olmadığı gibi bir yaklaşım sergilemediği gibi tanıdığı temel hakkın sınırlandırılmasını önemli bir güvence olarak ancak Anayasa'da öngörülen amaçlar doğrultusunda ve yasa ile yapılabileceğini düzenleme altına almıştır. Yine bu yaklaşımın aksine tıp alanında sorumluluk iddiaları oldukça yoğun olduğundan hakkın kullanılmasının tıp alanında daha etkili ve işlevsel bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu düşünmekteyiz.

2.2.2.3.1.4.4. İlgilinin Rızası

Sağlık çalışanlarının hem hukuki ve hem de cezai sorumluluğu konusunda önemli hukuka uygunluk nedenlerinden biri de ilgilinin rızasıdır.¹⁷⁶⁴ İlgilinin rızası,

¹⁷⁶¹ Aynı yönde Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 160.

¹⁷⁶² Hakeri, *Tıp Hukuku*, 905.

¹⁷⁶³ Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 68.

¹⁷⁶⁴ Ayşe Arat, *Hekimin Hukukî Sorumluluğunda Bir Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Hastanın Rızası*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt I, Sayı 2, Yıl 2006, 236; Çakıroğlu, *Hekimin Borçlarından*, 174; Cin, *Tıp Etiği*, 144; Soyaslan, *Hekimlerin Ceza*, 133; Ayan, *Tıbbi Müdahaleden*, 99; Özdemir, *Hadım Etme*, 208; Şatır, *Hekimlerin Hukuki*, 57; Karasu, *Hekimin Sır*, 108; Erbaş, *Sağlık Mesleği*, 45; Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 22; İtişgen, *Türk Ceza*, 194; Zeytin,

hekime ve ilgili sağlık personeline sır sayılan kişisel verileri açıklama imkânı verdiğinden¹⁷⁶⁵ eylem suç teşkil etmeyecektir.¹⁷⁶⁶ Rıza, bu suç tipi açısından elverişli hukuka uygunluk sebebidir.¹⁷⁶⁷

Hak sahibi rıza göstermesi durumunda sır saklama yükümlülüğü kalktığı¹⁷⁶⁸ için kişisel sağlık verileri açıklanmasına yönelik yasak da kalkmış olur. Bu yönüyle sağlık hizmetinden faydalananın rızası kapsamında kişisel sağlık verilerinin başkasına verilmesi halinde eylem hukuka uygun sayılır¹⁷⁶⁹ ve hukuk düzenince meşru kabul edildiğinden¹⁷⁷⁰ ne cezai ne de hukuki sorumluluk doğar.¹⁷⁷¹ Bu hukuka uygunluk sebebi bakımından, hastanın izni ile kişisel sağlık verilerinin ifşa edilmesine izin verilmekte¹⁷⁷² ve bu yönüyle de kişisel sağlık verilerinin gizliliğinin korunması yükümlülüğünün istisnası söz konusu olmaktadır.¹⁷⁷³

Veri öznesinin rıza göstermesi durumunun hukuka uygunluk nedeni olarak kabulüne karşı çıkanlar olmuştur. Bu kapsamda kişisel verilerin gizliliğı ile korunan hukuki yararın toplum yararı olduğunu savunulmuş ve veri öznesinin onamına rağmen meslek sahibinin (sağlık personelinin) sırrı açıklayamayacağı¹⁷⁷⁴ ileri sürülmüştür. Ancak bu konudaki hâkim görüş, korunan hukuki yararın kişinin özgür ve iç dünyasına müdahalesiz bir yaşam olduğundan hareketle, veri öznesinin verisinin açıklanmasına rıza gösterebileceğı ve bunun hukuka uygun olduğu yönünde gelişmiştir. Buna uygun şekilde KVKK 5/ 1 maddesinde “Kişisel veriler ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemez.”, 6/2 maddesinde ise “Özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası

¹⁷⁶⁵ Hekimin Sır, 81; Yeşilyurt, *Hastanın Kişisel*, 6.
¹⁷⁶⁶ Carr, *Beginning Medical*, 16; Stauch, Wheat and Tingle, *Sourcebook On Medical Law*, 235; Dolan, *Medical Records*, 54; Maclean, *Briefcase on Medical*, 163; Çakıroğlu, *Hekimin Borçlarından*, 174; Cin, *Tıp Etiğı*, 144; Soyaslan, *Hekimlerin Ceza*, 133; Ayan, *Tıbbi Müdahaleden*, 99; Özdemir, *Hadım Etme*, 208; Şatır, *Hekimlerin Hukuki*, 57; Karasu, *Hekimin Sır*, 108; Erbaş, *Sağlık Mesleğı*, 45; Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 22; İtişgen, *Türk Ceza*, 194; Zeytin, *Hekimin Sır*, 81; Yeşilyurt, *Hastanın Kişisel*, 6.
¹⁷⁶⁷ Sert, *Tıp Hukuku*, 111; Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 68; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 168; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 156; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 30.
¹⁷⁶⁸ Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 68; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 168; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 156.
¹⁷⁶⁹ Maclean, *Briefcase on Medical*, 163; Dolan, *Medical Records*, 54; Langmack, *Ceza Hukuku*, 458; Leung, *Law for Doctors*, 41; Carr, *Beginning Medical*, 16.
¹⁷⁷⁰ Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2094; Özalp ve Özalp, *Hekimin Cezai*, 140; Kalemoğlu, *Hekimlerin Deontolojik*, 10; Murat Doğan, *Embriyon Nakillerinde*, 168.
¹⁷⁷¹ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 168; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 158.
¹⁷⁷² Er, *Sağlık Hukuku*, 94; Özalp ve Özalp, *Hekimin Cezai*, 140; Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 22.
¹⁷⁷³ Biggs, *Aydınlatma ve Sır*, 58; Büyükkay, *Hekimin Sır*, 391.
¹⁷⁷⁴ Stauch, Wheat and Tingle, *Sourcebook On Medical Law*, 235; Dolan, *Medical Records*, 54; Kızılyel, *İdarenin Sağlık*, 215; Kızılyel, *Sağlık Hizmetlerinin*, 331.
Aynı yönde Sert, *Tıp Hukuku*, 112.

olmaksızın işlenmesi yasaktır.” denilmek suretiyle kişisel verilerin sadece ilgili kişinin açık rızasıyla işlenebileceği düzenlemiş bulunmaktadır. Aynı maddede kişisel sağlık verilerinin işlenmesine yönelik olarak belli amaçlar ve belli görevliler tarafından işlenmesi halinde açık rıza aranmayacağı düzenleme altına alınmış olsa da bu tamamen kişisel verilerin işlenmesine yönelik bir düzenlemedir. Kişisel sağlık verilerinin yetkisiz kişilere açıklanmasını kapsamına almaz. Bu noktada 5237 sayılı TCK’nin 26/2 maddesine bakılması gerekmektedir. Bu düzenlemede “*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*” hükmü bulunmaktadır. Böylelikle ilgili kişinin sahip olduğu kişisel sağlık verileri ile ilgili olarak da üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkı bulunmaktadır. Yani açık rıza olmaksızın işlenebiliyor olsa da bu verilerin yetkisiz kişilere aktarılması durumuna ilişkin olarak kişinin mutlak hakkı devam etmektedir. Yani rıza alınmadan işlenebilse de rıza alınmadan yayılamaz ve açıklanamazlar. Zira işlenmesi yönünde verilen izin, yetkisiz kişilere açıklama yetkisini içermez. O halde kişinin bu hakkına ilişkin olarak açıkladığı rızası çerçevesinde olmak üzere işlenen bir suçtan dolayı hukuka uygunluk nedeni bulunacaktır. Zira bu rıza sayesinde failin fiili kınanabilir bir fiil olmaktan çıkmakta ve tam anlamıyla hukuka uygun hale gelmektedir. Bu nedenle kişisel sağlık verilerinin açıklanması konusunda hasta veya ilgili kişi tarafından rıza gösterilmesi halinde, kişisel verilerin açıklanması hukuka uygun olacaktır.

Hekimin ya da diğer sağlık çalışanlarının hastanın hastalığı hakkında basına yaptığı açıklama, yukarıda sayılan diğer hukuka uygunluk nedenleri yoksa ancak veri öznesinin rızası olduğunda hukuka uygun olacaktır.¹⁷⁷⁵

Genel olarak rızanın yasal olarak etkili olabilmesi ve kendisinden beklenen bu sonuçları doğurabilmesi için bulunması gereken üç koşul vardır: (1) hastanın karar verme konusunda yetkin olması gerekir; (2) hasta, eylemin doğasını ve amacını anlamalı ve (3) rızaya dair vereceği karar gönüllülük esasına dayalı olmalı, zorlama vb. dış etkilere arındırılmış olmalıdır.¹⁷⁷⁶

¹⁷⁷⁵ Sevük, *Tıp Ceza*, 802.

¹⁷⁷⁶ Maclean, *Briefcase on Medical*, 21.

Veri öznesinin göstereceği rıza, aynen kişisel verilerin verilmesinde olduğu gibi herhangi bir şekilde bağlı değildir.¹⁷⁷⁷ Açık bir izin niteliğinde olabileceği gibi zımni bir izin niteliğinde de olabilir.¹⁷⁷⁸ Bu yönüyle önem taşıyan husus rızanın zımni bile olsa kuşkuyla yer vermeyecek şekilde anlaşılabilir olmasıdır.¹⁷⁷⁹ Örneğin hastanın hekimini bir davada tanık olarak çağırması durumunda rızanın zımni¹⁷⁸⁰, yine işyeri hekimine işe girişte muayene olan bir işçinin işyeri hekiminin bu verilerini işverene vereceğini bilerek bu muayeneye razı olduğu, bu nedenle verilerinin işverene açıklanması konusunda zımni bir rıza gösterdiği kabul edilmektedir.¹⁷⁸¹

Veri öznesinin rızası yazılı veya sözlü de olabilir. Bu anlamda sözlü rıza da yazılı rıza kadar geçerlidir.¹⁷⁸² Ancak ispat hukuku yönüyle sonradan çıkabilecek ihtilafları azaltmak/ ortadan kaldırmak için rızanın yazılı şekilde alınması tercih edilmelidir.¹⁷⁸³

Rıza konusunda en önemli husus ise açıklamayı yapacak olanın (hastanın) bu konudaki rızasının varlığını ve kapsamını anlayabilmesidir.¹⁷⁸⁴ Ayrıca hastanın kişisel verisinin açıklanmasından şahsi olarak etkilenebileceğinin düşünüldüğü durumlarda, örneğin kişisel bilgileri bir hastanın işverene açıklanırken hastanın aydınlatılmış rızası alınmalıdır. Bu nedenle bu nitelikte bir açıklama yapılmadan önce hasta, rıza almaya yönelik olarak (hastalara rızaya yönelik kararlarını dayandıracakları kadar) yeterli şekilde bilgilendirilmelidir.¹⁷⁸⁵ Açıklanacak bilginin niteliği, kime ifşa edileceği, bilginin hangi amaçla kullanılacağı, açıklama nedenleri ve açıklamanın olası sonuçları hakkında veri öznesine bilgi verilmelidir.¹⁷⁸⁶

Kişisel verilerinin açıklanmasına yönelik rıza hangi hususlar için verilmişse o hususlar için açıklamada bulunulması durumunda eylem hukuka uygun olacaktır.¹⁷⁸⁷ Yani burada mağdurun rızasının kapsamının belirlenmesi açıklanabilecek verilerin

¹⁷⁷⁷ Çakıroğlu, *Hekimin Borçlarından*, 174.

¹⁷⁷⁸ Carr, *Beginning Medical*, 16; Arat, *Hekimin Hukuku*, 232; Murat Doğan, *Embriyon Nakillerinde*, 168; Hakeri, *Tıp Hukuku*, 900; Çakıroğlu, *Hekimin Borçlarından*, 174; Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 68.

¹⁷⁷⁹ Aynı yönde Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 86.

¹⁷⁸⁰ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 900.

¹⁷⁸¹ Aynı yönde Hakeri, *Tıp Hukuku*, 913.

¹⁷⁸² Dolan, *Medical Records*, 54.

¹⁷⁸³ Dolan, *Medical Records*, 54.

¹⁷⁸⁴ Aynı yönde Çakıroğlu, *Hekimin Borçlarından*, 174.

¹⁷⁸⁵ Maclean, *Briefcase on Medical*, 32.

¹⁷⁸⁶ Dolan, *Medical Records*, 54; Hope, Savulescu and Hendrick, *Medical Ethics*, 98.

¹⁷⁸⁷ Aynı yönde Karasu, *Hekimin Sır*, 110.

tespiti açısından büyük önem taşımaktadır. Bu yönüyle açıklanan rızanın kapsamına dâhil olmayan amaçlar için verme, hukuku aykırı olarak vermedir.¹⁷⁸⁸ Yine rızanın hangi tipik harekete ilişkin olarak verildiği hukuka uygunluğun belirlenmesinde rol oynamaktadır. Örneğin bir sağlık kurumunda tedavi gören bir sanatçının sağlığı hakkında basına bilgi verilmesinin hekimden istenilmesi halinde hasta, kişisel sağlık verilerinin açıklanması hususunda rıza göstermiş ise ve hekimde bu kapsamda hareket etmişse inceleme konumuz suç oluşmayacaktır.¹⁷⁸⁹ Ancak hasta sadece yerel basına ve belli sınırlar içinde açıklamasına izin vermişken, hekimin ulusal basına ve detaylı açıklama yapması veya sadece bir kişiye açıklama yapması yani vermesi konusunda izin vermişken birden fazla kişiye ya da basın mensubuna açıklama yapması suç inceleme konusu suçu oluşturacaktır. Aynı kapsamda hekim bu hastasının kişisel verilerini basına açıklamanın yanında ayrıca kişisel bilgisayarına yedeklemişse ayrıca kaydetme suçu oluşacaktır.

Veri öznesi kişisel verisi üzerinde münhasır bir yetkiye sahip olduğundan her zaman hekim veya diğer sağlık çalışanlarına vermiş olduğu bu rızayı geri alabilir.¹⁷⁹⁰ Bu anlamda bir kişisel veri açıklanırken bunu için verilen rızanın geri alınıp alınmadığına daima özel bir dikkat gösterilmelidir.

Konuya farklı açıdan bakan bir düşünceye göre ilgilinin rızası bu suç tipi için hukuka uygunluk nedeni değildir. Bu düşünceye göre TCK'nin 139. maddesi gereğince kişisel verilerin verilmesi, yayılması ve ele geçirilmesi eylemleri şikâyeteye tabi bir suç niteliği taşımamaktadır. Bu durumda bu suçlar bakımından bireyin değil kamunun menfaatinin daha ağır bastığı kabul edilmelidir. Bu nedenle bu suçlar bakımından ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi uygulanabilir değildir. Mevzuata uygun şekilde gerçekleştirilmeyen verme veya ele geçirmeyi ilgilinin rızası hukuka uygun hale getirmez.¹⁷⁹¹ Bu görüşe karşı çıkanlar olmuştur. Böyle düşünenlere göre mağdurun rızası varsa suç oluşmayacaktır.¹⁷⁹² Bizde karşı çıkanlar gibi düşünüyoruz. Çünkü bir suçun şikâyeteye bağlı olup olmaması ile rızanın hukuka uygunluğu sağlaması farklı bir şeydir ve farklı amaçlara hizmet eder. Bu kapsamda şikâyet bir ceza usul hukuku

¹⁷⁸⁸ Malkoç, 5237 Sayılı, 913.

¹⁷⁸⁹ Örnek için Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 68.

¹⁷⁹⁰ Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 68.

¹⁷⁹¹ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 569; Bük, *Elektronik Ortamda*, 161.

¹⁷⁹² Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4127; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 156; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 30.

müessesesidir ve tamamen soruşturmaya başlanılmasının ön şartıdır. Ancak rızanın hukuka uygunluk nedeni olması ise tamamen maddi ceza hukuku kurumudur ve yapılan davranışın hukuk düzeni ile çelişip çelişmediğini belirlemeye yarar. O halde bir suç şikâyetine bağlı olmasa bile bu suçun mağdurunun rıza göstermesi davranışı hukuka uygun hale getirmelidir. Aksinin kabulü oldukça sıkıntılı durumların ortaya çıkmasına neden olabilir. Örneğin bu kabule göre ünlü bir hasta ile ilgili olarak toplum nezdinde utançla karşılanabilecek bir sağlık sorunundan dolayı tedavi gördüğüne dair haberler çıkmış olursa bu haberlerin gerçeği yansıtmadığı veya tamamen farklı bir nedenden dolayı kişinin tedavi gördüğünün kamuoyuna mağdurun rızası ile açıklanması hali dahi suç oluşturacaktır. Yani aksine kabul halinde hiçbir şekilde bu yönde bir açıklama yapılamayacaktır. Ancak bu durum hayatın gerçeklerine, olağan gerekliliklerine uygun değildir.

Yargıtay da baskın görüş doğrultusunda düşünmekte ve kişisel verilere ilişkin suçlar açısından rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmektedir. Konuya ilişkin olarak bir kararında *“birbirlerinin hesaplarına girmelerine rıza gösterdiklerini beyan etmeleri karşısında ...onun kişisel veri sayılan internet hesap bilgilerini ‘hukuka aykırı olarak’ elde etmediğinden ve atılı suçun unsurlarının oluşmadığından beraatine karar verilmesi gerekirken¹⁷⁹³ ”* diyerek yerel mahkeme kararını bozmuştur. Yani veri öznesinin rızası dahilinde kişisel verilerin ele geçirilmesini hukuka uygun görerek rızayı bu suçlar için hukuka uygunluk nedeni kabul etmiştir.

Hekimin hastanın onam verdiği her durumda hastaya ait bilgiyi açıklamak zorunda olup olmadığı tartışılmıştır. Bu kapsamda hekim hasta ilişkisindeki güven unsuru ve tıp etiği ilkelerinden zarar vermeme ilkesi açısından bakıldığında hekimin böyle bir zorunluluk içinde hareket etmemesi gerektiği öne sürülmüştür. Yine hekimin hastasına zarar verebilecek veya meslek etiği ile bağdaşmayacak bir davranışta bulunmakla yükümlü olmadığı, sadece yasal zorunluluğun bulunduğu bazı hallerde hastasına ait bilgileri açıklamakla yükümlü olduğu, bu kapsamda yasal zorunluluğun bulunmadığı durumlarda hastanın bilginin açıklanmasına onam verilmesinin sadece

¹⁷⁹³ Y. 12. CD., K. 2014/3720.

hekime ya da diğer sağlık personeline açıklamada bulunma hakkı verdiği ve bu yönüyle bir zorunluluk yaratmadığı¹⁷⁹⁴ savunulmuştur.

Bu başlık altında “varsayılan rıza”nın kişisel sağlık verileri ile ilgili olarak uygulama alanı bulunup bulunmayacağına değinilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu hususta ilk olarak 6698 sayılı KVKK’nin 5/2 maddesine değinmek gerekmektedir. Kanun’un 5/2-b maddesinde “*Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması*” durumunda ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerin işlenmesine imkân tanınmaktadır. O halde kişisel sağlık verilerine ilişkin olarak ancak bu durumlarla sınırlı olmak üzere varsayılan rızaya geçerlilik tanınabilecektir. Bu yönüyle varsayılan rıza özellikle hastanın bizzat görüşünü bildirememesi hallerinde önem kazanmaktadır. Gerçektende ölüm, şuur kaybı veya akli yeteneklerini kaybı gibi hallerde kişinin bilgilerinin saklanmasına yönelik bir yararının söz konusu olmaması, ölüm veya ölümcül hastalık durumlarında yakınlarla haber verme zarureti söz konusu olabilir.¹⁷⁹⁵ Dolayısıyla kişinin rızasını açıklayamayacağı bir durumda bulunması ya da rızasının alınmasında fiili bir imkânsızlık bulunması durumunda kendisinin ya da başkasının hayatını veya beden bütünlüğünü korumak amacıyla hareket edildiği durumlarda kişinin rızasının bulunduğu varsayılmaktadır.¹⁷⁹⁶ Ayrıca işin mahiyeti gereği teşhis ve tedaviye yönelik müdahalenin acil olduğu hallerde varsayılan rıza kapsamında kabul edilebilir. Bu durumda hastanın rızası aranmadan yakınlarına karşı kişisel sağlık verilerinin gizliliğinin korunması yükümlülüğü ihlâl edilebilir¹⁷⁹⁷ ve bu eylem inceleme konusu suç oluşturmayacaktır. Ancak varsayılan rızanın kabul edilebilmesi ve eylemin hukuka uygun kabul edilebilmesi için olayın gelişim şekline göre hastanın hiç şüpheye yer bırakmayacak şekilde, kişisel verilerinin korunmasına yönelik olarak üstün bir yararının bulunmaması ve bunu yanında rızasının alınmasının mümkün olmaması gerekmekte¹⁷⁹⁸

¹⁷⁹⁴ Sert, *Tıp Hukuku*, 112.

¹⁷⁹⁵ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 902.

¹⁷⁹⁶ Aynı yönde Sevrük, *Tıp Ceza*, 802.

¹⁷⁹⁷ Benzer mahiyette Zeytin, *Hekimin Sır*, 81.

¹⁷⁹⁸ Aynı yönde Sevrük, *Tıp Ceza*, 802; Hakeri, *Tıp Hukuku*, 902.

ayrıca hastanın yakınlarının ya da bakımı ile ilgilenenlerin bu konuda ayrıca bilgilendirilmesi gerekmektedir.¹⁷⁹⁹

Varsayılan rızanın önemli bir işlev gördüğü diğer bir alan hasta ile ilgili başka bir hekimden danışmanlık alınmasının gerektiği durumlarda (konsültasyonun) kendini göstermektedir. Bu kapsamda hastalığının ortaya çıkarılması ve tedavisi için bir hekime başvuran herkesin hekimin ihtiyaç halinde uzman diğer bir hekimle konuyu tartışabilmesine zımnen rıza gösterdiğini kabul etmek gerekir. Bu nedenle hastanın aksi yönde bir iradeye sahip olduğunu gösteren açık bilgiler bulunmadığı sürece konsültasyon açısından ayrıca rızasının alınmasına gerek yoktur.¹⁸⁰⁰ Bu nedenle konsültasyon amacıyla hastaya ilişkin verilerin diğer uzman hekimlerle paylaşılması halinde, kişisel verilerin açıklanması hastanın varsayılan rızası sebebiyle hukuka uygun olacaktır.¹⁸⁰¹ Ancak bu durumun dışındaki kişisel sağlık verilerinin hastanın tedavi ekibine bir şekilde dâhil olmayan diğer sağlık personellerine, tıbbi araştırmacılara verilmesine ya da tıbbi yayınlarda yayınlanmasına yönelik olarak varsayılan rızadan söz edilemez. Bu gibi durumlarda tüm sağlık profesyonelleri hastanın rızasının bulunmadığını varsayarak hareket etme yolunu tercih etmelidirler.¹⁸⁰²

Varsayılan rıza, inceleme konumuz suç açısından bir kişinin telefon bilgisini bir başkasına verme olayında olduğu gibi sıklıkla karşımıza problem olarak çıkabilir. Zira bir arkadaşının telefon numarasını bir başka arkadaşına veren kişi kişisel verilerin verilmesi suçunu işlerken alan kişi de esasında kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu işlemektedir. Bu yönüyle bahse konu davranışlara açık izin veren bir düzenleme olmadığına ve sonradan verilen rızanın geçerli olmaması sebepleriyle, bu son derece doğal ve kişisel fiiller, tam anlamıyla tipikliğe uygundur.¹⁸⁰³ İşte böyle durumlar ancak kişinin telefon numarasının üçüncü kişiye verilmesine rıza gösterdiğinin var kabul

¹⁷⁹⁹ Hope, Savulescu and Hendrick, *Medical Ethics*, 98. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 19. Maddesinde "Hastaya veya yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesi, yukarıdaki fıkra da belirtilen şartlar çerçevesinde tabibinin takdirine bağlıdır." denilmekte ancak aynı Yönetmelik'in 20. Maddesinde "İlgili mevzuat hükümleri ve/veya yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; kişi, sağlık durumu hakkında kendisinin, yakınlarının ya da hiç kimsenin bilgilendirilmemesini talep edebilir. Bu durumda kişinin kararı yazılı olarak alınır." düzenlemesi bulunmaktadır. Buna göre hastanın yakınlarının bilgilendirilmemesi yönünde özel bir talebi varsa hasta yakınlarının varsayılan rıza haline ilişkin olarak da bilgilendirmesi yapılamayacaktır.

¹⁸⁰⁰ Leung, *Law for Doctors*, 38, 42; Hakeri, *Tıp Hukuku*, 900-901.

¹⁸⁰¹ Sevik, *Tıp Ceza*, 802; benzer mahiyette Hope, Savulescu and Hendrick, *Medical Ethics*, 102.

¹⁸⁰² Leung, *Law for Doctors*, 38.

¹⁸⁰³ Akdağ, *Türk Ceza*, 109.

edilebileceği hallerde suç olmayacaktır. Örneğin yıllardır arkadaşına ulaşamayan bir kişinin ortak bir arkadaşından bu numarayı istemesi halinde varsayılan rıza var kabul edilebilir. Ancak burada tabii ki ulaşılmak istenen amacın numarayı veren tarafından mutlaka dikkate alınıp değerlendirmesi gerekir. Hukuka aykırı amaçlarla ulaşılmaya çalışıyorsa bu anlamda varsayılan rızanın bulunmadığı kabul edilmelidir. Ancak bu değerlendirme yapılırken dikkatli olunmalıdır. Zira Yargıtay da kararlarında isabetli bir tercih yaparak *“sanık ...'in, katılana ait GSM numarasını arkadaşına vermesini gerektiren makul, meşru ve mantıklı bir sebep bulunmaması nedeniyle katılanın rızası dışında hareket ettiğinin açıkça anlaşılması karşısında... kişisel veri niteliğindeki katılana ait cep telefonu numarasını... hukuka aykırı olduğunda tereddüt bulunmayan bir yöntemle arkadaşına vermesi şeklinde sübut bulan eyleminden dolayı TCK'nin 136/1. madde ve fıkrasında tanımlanan verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan mahkumiyetine karar verilmesi gerek[tiğine]*¹⁸⁰⁴” karar vermiştir. Yargıtay, somut olayın özelliklerine göre bir değerlendirme yapmakta ve mağdurun varsayılan bir rızasının bulunup bulunmadığını değerlendirmektedir. Yani Yargıtay da inceleme konumuz suç açısından varsayılan rızaya geçerlilik tanımakta ancak bunu sıkı şartlara bağlamaktadır. Bu kapsamda makul, meşru ve mantıklı bir sebep bulunup bulunmadığına bakmakta ve böyle bir sebep yok ise eylemin suç oluşturduğuna karar vermektedir.

2.2.2.3.1.6. Kusurluluk

Zorunluluk hali, incelediğimiz tipik hareketler içinde özellikle kişisel verilerin verilmesi fiili açısından özellikle ortaya çıkabilecek olan¹⁸⁰⁵ bir kusurluluğu kaldıran haldir.¹⁸⁰⁶ Yani hekimler ve diğer sağlık çalışanları zorunluluk halinin bulunduğu durumlarda kişisel sağlık verilerini başkalarına aktarabilirler.¹⁸⁰⁷

Hekimler de dahil tüm sağlık meslek mensuplarının zorunluluk halinden yararlanılabilmesi için korunan hukuki yararın ihlal edilen hukuki yarardan (hastanın yararından) yüksek veya en azından eşit olması ve suç oluşturan tipik hareketin yapılmasının tehlikenin önlenmesi bakımından zorunluluk taşıması gerekmektedir.¹⁸⁰⁸

¹⁸⁰⁴ Y. 12. CD, K. 2019/9054.

¹⁸⁰⁵ Akdağ, *Türk Ceza*, 126.

¹⁸⁰⁶ Aynı yönde Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 25.

¹⁸⁰⁷ Soyaslan, *Hekimlerin Ceza*, 133; Özalp ve Özalp, *Hekimin Cezai*, 141.

¹⁸⁰⁸ Jones and McCullough, *Limits of Confidentiality*, 521; Hakeri, *Tıp Hukuku*, 905; Nizamettin Aydın,

Bu kapsamda ancak daha değerli/ nitelikli olan bir hukuki değeri korumak amacıyla kişisel sağlık verilerinin gizliliği ihlal edebilir.¹⁸⁰⁹ Yani eğer bir üçüncü kişinin üstün çıkarı¹⁸¹⁰, bu kişiye yönelmiş ağır ve muhakkak bir tehlike¹⁸¹¹, kamunun yararı söz konusuysa¹⁸¹² sırrı saklanan kimsenin yararına nazaran pek açık surette üstün bir menfaati korumak gayesiyle hareket edilmekte ise¹⁸¹³ kişisel sağlık verilerinin açıklanmasına hukuk sistemi izin vermektedir.¹⁸¹⁴ Bu yönüyle görevin ifası esnasında öğrenilen bir kişisel sağlık verisi nedeniyle, toplumda yaşayan öteki insanların yaşamı veya sağlıklarının ciddi şekilde tehlikeye sokulması söz konusu ise¹⁸¹⁵ ancak kişisel verilere ilişkin sır saklama yükümlülüğü gözardı edilebilir¹⁸¹⁶ ve eylem zorunluluk hali nedeniyle cezasız kalır.¹⁸¹⁷ Zira bu durumlarda başkasına ait bir hakka yönelik olan, başka surette korunmak imkânı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlike ve bu yönünle başkasını kurtarmak zorunluluğu söz konusudur.¹⁸¹⁸

Sağlık çalışanları vazifelerini icra ederken hem hastasının hem de ailesinin ve muhitinin karşılıklı menfaatlerini göz önünde bulundurmakla yükümlüdürler. Bu yönüyle sağlık çalışanları bu şekilde karşı karşıya gelen bütün zıt menfaatleri değerlendirme, dengeleme ve birleştirmesini bilmelidir.¹⁸¹⁹ Bu kapsamda sağlık meslek mensupları mesleklerini icra ederken eriştiği bir kişisel sağlık verisi, içeriği itibarıyla üçüncü kişilerin hayatları ya da sağlıkları için ciddi bir tehdidi barındırıyorsa tüm sağlık meslek mensuplarının durumu yetkili mercilere veya ilgili şahıslara bildirmesi gerekmektedir.¹⁸²⁰ Ancak yapılacak bildirimlerin yani açıklamaların mutlaka ölçülü

Tıp Ceza, 25.

¹⁸⁰⁹ Aynı yönde Nuhoğlu, *Tıp Ceza*, 63; Tuğsan Yılmaz, *Hekimin Sır*, 1; Büyükcay, *Hekimin Sır*, 390; Hakeri, *Tıp Hukuku*, 905; Dolan, *Medical Records*, 54.

¹⁸¹⁰ Zeytin, *Hekimin Sır*, 81; Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 72.

¹⁸¹¹ Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 72.

¹⁸¹² Maclean, *Briefcase on Medical*, 163; Carr, *Beginning Medical*, 16; Dolan, *Medical Records*, 54; Jones and McCullough, *Limits of Confidentiality*, 522.

¹⁸¹³ Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet*, 197; Kızılyel, *İdarenin Sağlık*, 215; Kızılyel, *Sağlık Hizmetlerinin*, 332; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 91.

¹⁸¹⁴ Biggs, *Aydınlatma ve Sır*, 58; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 90.

¹⁸¹⁵ Leung, *Law for Doctors*, 45; Stauch, Wheat and Tingle, *Sourcebook On Medical Law*, 259; Murat Doğan, *Embriyon Nakillerinde*, 167; Büyükcay, *Hekimin Sır*, 390; Erbaş, *Sağlık Mesleği*, 43; Kızılyel, *İdarenin Sağlık*, 215; Kızılyel, *Sağlık Hizmetlerinin*, 332.

¹⁸¹⁶ Zeytin, *Hekimin Sır*, 81.

¹⁸¹⁷ Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet*, 197; Murat Doğan, *Embriyon Nakillerinde*, 167; Büyükcay, *Hekimin Sır*, 390; Erbaş, *Sağlık Mesleği*, 43.

¹⁸¹⁸ Erbaş, *Sağlık Mesleği*, 43.

¹⁸¹⁹ Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet*, 21.

¹⁸²⁰ Yeşilyurt, *Hastanın Kişisel*, 6.

olması, yani açıklamaya konu hususlarla bağlantılı ve ilgili olması gerekmektedir.¹⁸²¹ Bunun aksine davranışlar, yani sınırı aşan açıklamalar sorumluluğa neden olabilir.

Çalışmamız kapsamında uygulamada karşılaşılan hangi durumların zorunluluk hali kapsamında değerlendirilebileceğine değinmekte fayda bulunmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki bizzat hastanın kendi menfaati de tedavi bakımından kişisel sağlık verisinin açıklanmasını zorunlu kılabilir.¹⁸²² Örneğin hastaya bir ilacı uygulayan hekimin aynı ilacı aynı hastaya uygulamaya kalkan diğer bir hekime yaptığı önceki uygulama konusunda bilgi vermesi zorunluluk taşır.¹⁸²³ Bu mahiyeti gereği önemli bir zaruret halidir. Zira böyle bir bilgilendirmenin yapılmaması hastanın hayatını kaybetmesine dahi neden olabilir. Buna göre bu nitelikteki açıklamaları zaruret hali kapsamında değerlendirilecektir.¹⁸²⁴ Yine tehlikeli bir bulaşıcı hastalığa yakalanan biri hakkında hastanın eşinin veya çocuklarının bilgilendirilmesi, bu kişi ile kuracakları ilişki ve iletişime dikkat etmeleri konusunda uyarılmaları da bu kapsamdadır.¹⁸²⁵ Bu yönüyle örneğin HIV veya Hepatit virüsü tespit edilen bir hastanın eşine veya cinsel partnerine (partnerlerine) bu durumun açıklanması durumunda, ciddi ve tanımlanabilir bir risk bulunduğu için¹⁸²⁶ hasta bu açıklamaya rıza göstermese dahi yapılan açıklama tipik hareketi oluşturmamasına rağmen fail zorunluluk halinde bulunduğundan cezai sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.¹⁸²⁷ Yine kendisinde HIV tespiti yapılan bir “genel kadın”ın onunla korunmasız bir şekilde ilişkiye girenleri uyarma amacıyla HIV virüsü taşıdığının basın yoluyla ilan edilmesi halinde de üstün kamu yararı bulunduğu için ilan yoluyla açıklama kararı alan sağlık çalışanları ve bunun haberini yapan basın mensupları açısından zaruret hali söz konusu olacaktır.¹⁸²⁸ Tam da bu noktada bahse

¹⁸²¹ Benzer mahiyette Cahid Doğan, *Sağlık Haklarından*, 107.

¹⁸²² Langmack, *Ceza Hukuku*, 460; Büyükcay, *Hekimin Sır*, 390; Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet*, 147; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 92.

¹⁸²³ Örnek için Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet*, 147.

¹⁸²⁴ Aynı yönde Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet*, 147.

¹⁸²⁵ Hope, Savulescu and Hendrick, *Medical Ethics*, 101; Özalp ve Özalp, *Hekimin Cezai*, 141; Carr, *Beginning Medical*, 18.

¹⁸²⁶ Carr, *Beginning Medical*, 18; Stauch, Wheat and Tingle, *Sourcebook On Medical Law*, 266.

¹⁸²⁷ Erdem, *HIV Enfeksiyonu*, 821; Nuhoğlu, *Tıp Ceza*, 64; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 87; Hakeri, *Tıp Hukuku*, 906.

¹⁸²⁸ Genel Kadınlar Ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler Ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü’nün 32. Maddesinde “Yapılan muayene sonucunda Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 129 uncu maddesinde yazılı hastalıklardan birine tutulmuş olduğu anlaşılan genel kadınlar, Kanunun bu maddesine göre sanatlarını yapmaktan men edilerek haklarında aşağıda yazılı işlem uygulanır: a) Cüzzam ve ilerlemiş verem hastaları, gereken işlemin yapılması için mahalli sağlık ve sosyal yardım müdürlüğüne, hükümet veya sağlık ocağı tabipliğine bildirilir. b) Zührevi hastalıkların her türlü şekilleriyle, uyuz empetigo ve entertrigo

konu açıklamanın ölçülü olmadığına yönelik itirazlar gelebilir. Kanaatimizce burada ölçülülüğün belirlenmesinde kullanılacak kriter şu olabilir: Açıklamanın yapıldığı olayın niteliğine göre bu kişilere ulaşmanın başka bir yolu var ise doğrudan bu şekilde bir basın açıklaması yapılması ölçülü kabul edilemeyecektir. Örneğin bu genel kadının çalıştığı kuruluş bahse konu ilişkileri düzenli bir şekilde kayda alıyorsa ve bu sayede bu kişi ile birlikte olan kişilerin isimleri rahatlıkla tespit edilebiliyorsa böyle bir açıklama yapılması ölçülü kabul edilemez. Ancak bahsi geçen kişi kayıt dışı çalışıyor ve bu nedenle kimlerle birlikte olduğunun tespiti başkaca bir şekilde yapılamıyorsa bu şekilde yapılacak açıklama ölçülü kabul edilecek ve bu açıklamanın yayımını yapan basın mensupları ve bilgisi basınla paylaşılan sağlık çalışanları açısından zorunluluk hali hukuka uygunluk nedeni söz konusu olacaktır.¹⁸²⁹

Bir kimse hastalığından dolayı kendisinin ya da başkasının hayatını tehlikeye atmaksızın taşıt kullanma yeteneğini kaybetmiş, motorlu taşıt kullanması bu nedenle sakıncalı bulunuyor ve buna rağmen trafiğe çıkıyor, hekimlerin önerilerini dinlemiyor ise durumu trafikle ilgilenen yetkili makamlara haber veren hekim, toplumu koruma adına hareket ettiğinden¹⁸³⁰ zaruret halinden faydalanmalıdır.¹⁸³¹ Aynı şekilde acil tıbbi müdahaleye ihtiyaç duyan birinin sağlık durumu ile ilgili kişisel verilerine, bu tıbbi müdahalenin doğru bir şekilde gerçekleştirilebilmesi yönüyle gerek duyulması mümkündür. Bu durumda zaruret halinin tehlikeye ilişkin şartları gerçekleşmiştir ve bir kişinin yaşam hakkına yönelik ağır ve mevcut bir tehlike vardır.¹⁸³² Bu kişinin başka bir kurum ya da kişinin zilyetliğinde bulunan kişisel sağlık verilerinin müdahaleyi yapacak ekibe aktarılması durumunda zorunluluk hali geçerli olacaktır. Yine ölüm tehlikesi olan ve nerede olduğu bilinmeyen kişinin durumu da bu kapsamda değerlendirilebilir. Normalde bir kişinin cep telefonu vasıtası ile nerede bulunduğu belirlenmesi ve bu bilginin 3. kişilere verilmesi tipik hareketi oluşturmaya rağmen böyle bir durumda

hastalıklarına yakalanmış olanlar, revir ve hastanede tedavi altına alınır. Her iki halde de, bu kadınların sanatlarını yapmaktan men edildikleri zührevi hastalıklarla mücadele teşkilatının icra kısmına yazı ile bildirilir. Zührevi bir hastalığa tutulduğu anlaşılan ve hastalığı etrafına bulaştıracağından şüphe edilen 23'üncü maddede yazılı kadınlar hakkında da, bu maddenin (a) ve (b) bentleri hükümlerine göre işlem yapılır.” denilmektedir. Buna göre zührevi yani cinsel yollarla bulaşan bir hastalığa yakalandığı anlaşılan genel kadınlar tedavi altına alınacağı gibi bunlarla ilgili bilgiler zührevi hastalıklarla mücadele teşkilatına yazılı olarak bildirilecektir. Bu kapsamda yapılacak bildirimler de görevin ifası hukuk uygunluk nedeni kapsamında kalacaktır.

¹⁸²⁹

İtişgen, *Türk Ceza*, 194.

¹⁸³⁰

Hope, Savulescu and Hendrick, *Medical Ethics*, 100.

¹⁸³¹

Büyükcay, *Hekimin Sır*, 390; Sert, *Tıp Hukuku*, 108.

¹⁸³²

Akdağ, *Türk Ceza*, 127.

kişinin yaşam hakkının korunabilmesi için zorunlu olan bu hareket cezalandırılmayacaktır.¹⁸³³

Zorunluluk hali kapsamında hamilelik bilgisinin açıklanması durumu özel olarak tartışılmıştır. Evlilik dışı istenmeyen bir gebelik yaşayan kadının, gebelik durumunu ya da kürtaj olacağı bilgisini sevgilisine açıklanmasına rıza göstermemesine rağmen erkek arkadaşın hekimden gebeliğe dair bilgi istemesi durumunda, erkeğin baba olma hakkı ile kadının kürtaj hakkının çatıştığı ve bu kapsamda gebelik sonlandırılmadan embriyonun korunması gibi tıbben bir durum söz konusu olmadığından burada kadının kürtaj hakkı, babalık hakkından daha üstün görülerek bu bilginin erkeğe açıklanması durumunda inceleme konumuz suçun oluşacağı¹⁸³⁴ savunulmuştur. Ancak bu görüşe katılmak mümkün gözükmemektedir. Zira bu görüşte kadının kendi vücut bütünlüğünü kendi rızasıyla ihlal edebilme hakkı öne çıkarılmakta ve bu kapsamda çatışan haklar karıştırılmaktadır. Zira burada babalık hakkı ile annenin kürtaj hakkı çatışmamakta, sadece babanın bilgilendirilme, bilgi alma hakkı ile kadının bunu gizli tutma hakları çalışmaktadır. Görüşte belirtilen haklar ise kürtaja karar verme kapsamında çatışmakta ve bu kapsamda alınacak kararlardan hangisine öncelik tanınması gerektiğinin tespitinde önem arz etmektedir. Bize göre burada babanın bilgi edinme hakkı üstün tutulmak zorundadır. Bununla birlikte Hasta Hakları Yönetmeliği'nin m. 30/3 hükmüne göre “*Sterilizasyon ve gebeliğin sona erdirilmesi hallerinde, hastanın rızası ile evli ise eşinin de rızası gereklidir*”. Yönetmelik, evlilik ilişkisi söz konusu olmadığında, babaya bilgi verilmesini ve babanın rızasını zorunlu kabul etmemektedir.

Zorunluluk halinin tespitine yönelik olarak yapılan tüm bu mukayeselerde yani hangi hakkın üstün olduğunu tespitine yönelik mukayeselerde dikkatli davranılmalıdır. Her durumda toplumun menfaatini hastanın menfaatine üstün tutmak adaletli sonuçlar vermeyebilir.

Kişisel sağlık verilerinin gizliliğinin korunması psikiyatri hekimleri açısından özel bir önem taşımaktadır. Zira psikiyatri hastaları çoğu zaman çok hassas ve özel bilgilerini, düşüncelerini hekimleri ile paylaşırlar. Bu kapsamda hastanın diğer insanlara şiddet uygulama olasılığının bulunduğu veya ciddi bir suç işleme olasılığının durumlar tespit edilmiş ise hekimlerin bu bireyleri ve yerine göre toplumu korumak sorumluluğu

¹⁸³³ Akdağ, *Türk Ceza*, 127.

¹⁸³⁴ Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 92.

vardır.¹⁸³⁵ Özellikle tehlikeli olabilecek psikiyatri hastaları söz konusu olduğunda korunması gereken kamu yararı daha da büyüktür.¹⁸³⁶ Yani bu yönüyle üçüncü kişilerin veya toplumun zarar görme olasılığının başladığı yerde üstün kamu yararı nedeniyle hastayı koruma ayrıcalığı sona erecektir.¹⁸³⁷ Bu nitelikte bir akıl hastasının başkalarına zarar vermesini önlemek amacıyla ilgili mercilere bildirilmesi, bilginin bu kişilerle veya yetkili kamu görevlileri ile paylaşılması durumunda, eylem tipik olmasına rağmen bildirim yapan sağlık çalışanı zaruret hali kapsamındadır.¹⁸³⁸ Ancak bunun kabul edilebilmesi için aynen İngiliz hukuk sisteminde de kabul edildiği gibi bizde de bahse konu riskin “*gerçek, acil ve ciddi olması*” gerekir.¹⁸³⁹ Bu yönüyle akıl hastası olup tedavi görmeyen bir kişinin tedavi altına alınmasını sağlamak amacıyla yapılan bildirimde bu yerine göre bu kapsamda değerlendirilmesi gereken bir bildirim niteliği taşıyabilir.¹⁸⁴⁰

Bu suça ilişkin zorunluluk hali ile ilgili olarak hatalı bazı yaklaşımlar bulunmaktadır. Bu kapsamda hekimin adli kovuşturmayla tabi tutulması¹⁸⁴¹ ya da hastanın kendisine karşı açtığı tıbbi sorumluluk davalarında haklılığını ispat zorunda kalması¹⁸⁴² hallerinde zaruret halinden yararlanacağı öne sürülmüştür. Yukarıda da tartışıldığı üzere biz bu kanaate katılmamaktayız. Zira bu durum tam anlamıyla hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedenidir. Çünkü belirtilen eylemler Anayasayla tanınan ve temel bir hak olan savunma hakkı kapsamında gerçekleştirilmektedir.

Yine yargı mercilerinin hekimlerden bilgi talebinde bulunmaları durumlarında hekimin zorunlu olarak bu bilgiyi vermek durumunda kalacağından bahisle bu durumda zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmesi gerektiği¹⁸⁴³ öne sürülmüştür. Ancak bu görüşe de katılmamaktayız. Yukarıda da belirttiğimiz üzere bu durum başlı başına görevin ifası hukuka uygunluk nedenidir.

¹⁸³⁵ Stauch, Wheat and Tingle, *Sourcebook On Medical Law*, 273; Hope, Savulescu and Hendrick, *Medical Ethics*, 100; Sert, *Tıp Hukuku*, 108.

¹⁸³⁶ Dolan, *Medical Records*, 53.

¹⁸³⁷ Maclean, *Briefcase on Medical*, 163; Hope, Savulescu and Hendrick, *Medical Ethics*, 100; Sert, *Tıp Hukuku*, 108; Stauch, Wheat and Tingle, *Sourcebook On Medical Law*, 259.

¹⁸³⁸ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 906; Stauch, Wheat and Tingle, *Sourcebook On Medical Law*, 259.

¹⁸³⁹ Stauch, Wheat and Tingle, *Sourcebook On Medical Law*, 259; Hope, Savulescu and Hendrick, *Medical Ethics*, 104.

¹⁸⁴⁰ Aynı yönde Hakeri, *Tıp Hukuku*, 905.

¹⁸⁴¹ Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 90; Sert, *Tıp Hukuku*, 110.

¹⁸⁴² Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 74.

¹⁸⁴³ Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 74.

Yine hatalı şekilde masum bir kişinin cezalandırılmasını önlemek, özgürlüğünü korumak için hekimin hastaya ilişkin sırrı açıklayabileceği, bunu zaruret hali kapsamında kalacağı¹⁸⁴⁴ belirtilmiştir. Ancak biz bu kanaatte de değiliz. Çünkü bu tip bildirimler hep adli mercilere yapılacaktır ve hekimlerin ve sağlık çalışanlarının tanıklık yapma görevleri vardır. Tabi tanıklıktan çekilme hakları da vardır. Tanıklık yapmak yasal bir zorunluluk olup lüzumu halinde çekilmek de bir haktır. Bu kapsamda belirtilen amaçla tanıklık yapmaya karar verirse yapacağı tanıklık görevin ifası niteliği taşıyacak ve bu nedenle hukuka uygun olacak ve zorunluluk hali söz konusu olmayacaktır.

Zorunluluk haline ilişkin önem arz eden bir düzenleme Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nda bulunmaktadır. Bu Kurallar'ın 9/2 maddesinde *“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.”* denilmekte ve böylelikle hekim açısından geçerli olacak bir kişisel sağlık verilerinin gizliliğinin korunması yükümlülüğünü ihlal etmeyecek bir hal düzenlenmiş bulunmaktadır. Yine Sağlık Mesleği Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik 5/1-ı maddesinde *“Mesleki uygulamalar sırasında edindiği kişisel verileri ve sağlık ile ilgili özel bilgileri, ilgili mevzuat gereği rapor düzenleme ve hastanın ya da diğer kişilerin hayati tehlikesi söz konusu olduğu durumlar hariç, muhafaza eder ve üçüncü kişilerin eline geçmemesi için gerekli tedbirleri alır.”* hükmü bulunmaktadır.

Her iki düzenlemenin de ortak noktası, kişisel verilerin korunması karşısında daha üstün bir yararın bulunmasını zorunlu kabul etmesidir.¹⁸⁴⁵ Buna göre örneğin yukarıda belirtilen bulaşıcı hastalığı hasta ile temas halindeki yakınlarına bildirildiğinde hastanın özel yaşamın gizliliği hakkı ile yakınlarının sağlık ve yaşama hakkı çatışacak ve bu haklar karşılaştırıldığında üstün olan değer korunmasından dolayı hekimin/sağlık personelinin kusurluluğunu kaldıran bir hal söz konusu olacaktır. Hekimin hastasına ilişkin kişisel verileri açıklaması daha yüksek bir değerinin korunması amacıyla yapıldığında, zorunluluk hali olacağı için hekimin eylemini gerçekleştirirken kusurlu hareket ettiğinden bahsedilemez. Ancak ceza hukuku alanında kusurluluğu kaldıran bu gibi önemli hallerin bu şekildeki düzenleyici idari işlemlerde belirtilmiş

¹⁸⁴⁴ Nuhoğlu, *Tıp Ceza*, 65.

¹⁸⁴⁵ Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 73.

olmasını doğru bulmadığımızı belirtmek istiyoruz. Zira ceza kanunu ile getirilen bir tipik hareketin bu şekilde bir düzenleme ile yaptırımsız bırakılması ceza hukukunda geçerli olan kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Bu düzenlemenin yeri esasında Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrası Hakkında Kanun, Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu gibi bir kanun olmalıdır.

Bazı yazarlar bu suç kapsamında yaptıkları incelemede zorunluluk halini hukuka uygunluk nedeni olarak görmüşlerdir. Böyle düşünenlere göre daha yüksek bir değer korunması amacıyla yapıldığında zorunluluk hali söz konusu olduğu için fiil hukuka uygun olacaktır.¹⁸⁴⁶ Yani bu kanaatte olanlar durumu failin kendisiyle değil de fiille ilişkilendirmektedirler. Ancak biz bu kanaate kabul ettiğimiz suç teorisi gereği katılamamaktayız. Çünkü failin daha üstün bir hukuki yararı korumak amacıyla hareket etmesi hali faili bir zaruret altına koymakta ve iradesini etkileyerek doğrudan kusurluluğunu kaldırmaktadır. Yani faili bu şekilde davranmaya iten saikler failin iradesine doğrudan etkide bulunarak failin kusurluluğuna etki etmektedir.

Zorunluluk haline ilişkin olarak Yargıtay'ın konuyu kastın kapsamında gördüğü ve zorunluluk hali bulunan durumları dahi bu kapsamda değerlendirdiğinden bahsetmiş ve 12. Ceza Dairesi'nin 2013/9912 esas, 2014/4422 karar sayılı ve 24.2.2014 tarihli kararını eleştirmiştik. Tekrara girmeme adına burada sadece zorunluluk halini inceleme konusu suçlar kapsamında hemen hemen hiç değerlendirmeye almadığını, aldığı durumlarda da yanlış bir yaklaşımla kastın kapsamında değerlendirdiğini belirtmekle yetineceğiz.

2.2.2.4. Soruşturma ve Kovuşturma Şartları

Kişisel verilerin hukuka aykırı olarak verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi suçu, TCK'de, kişisel verilere karşı işlenen diğer suç tipleri gibi re'sen takip edilen, soruşturulma ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı olmayan bir suç olarak düzenlenmiştir.¹⁸⁴⁷ Zira TCK'nin 139. maddesi bu suçu soruşturulmasını ve kovuşturulmasını şikâyeteye bağlı tuttuğu suçlar kapsamına dâhil etmemiştir.¹⁸⁴⁸ Bu nedenle kişisel verilerin hukuka aykırı olarak verildiği veya ele geçirildiğinin yetkili

¹⁸⁴⁶ Sevik, *Tıp Ceza*, 802; Sert, *Tıp Hukuku*, 110.

¹⁸⁴⁷ Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 168; Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hayata*, 21; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 570; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4129; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 33.

¹⁸⁴⁸ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4129; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 33.

merciler tarafından ihbar veya diğer herhangi bir yolla öğrenilmesiyle faillerin soruşturulması ve kovuşturulmasına başlanması kamusal makamlar için bir zorunluluk niteliği taşımaktadır.¹⁸⁴⁹

Yargıtay da bu hususu göz önünde bulundurmaktadır. Yargıtay “TCK’nin 139/1 maddesi gereğince sanıkların üzerlerine atılı verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunun soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyetle bağlı olmadığı gözetilmeden, kovuşturma aşmasında her iki mağdur sanığa dair şikâyetlerinden vazgeçtiklerinden bahisle, yazılı şekilde düşme kararı verilmesini¹⁸⁵⁰” hukuka aykırı bulunarak yerel mahkeme kararını bozmuştur.

Kamu görevlisinin görevi sebebiyle bu suç işlenmesi halinde, soruşturma 4483 sayılı Yasa’ya göre, yetkili merciden soruşturma izni alındıktan sonra yapılması gerekir.¹⁸⁵¹ Bu kapsamda suçun kamu görevlisi olan sağlık çalışanları ve sağlık meslek mensupları tarafından ve görevleriyle bağlantılı olarak işlenmesi halinde öncelikle yetkili merciden soruşturma izni alınması gerekmektedir. Ülkemiz açısından somut olarak bakıldığında sağlık çalışanlarının çoğunluğunun kamu görevlisi olduğu¹⁸⁵² nazara alındığında kamu görevlisi olan hekimler ve diğer sağlık çalışanlarının görevleri nedeniyle herhangi bir suçun ve tabii ki inceleme konumuz suçun tipik hareketlerini gerçekleştirmeleri durumunda 4483 sayılı Kanun’a göre haklarında yetkili merciin soruşturma izni vermesi gerekmektedir.¹⁸⁵³ Bu yönüyle ön soruşturmacının atanmasından soruşturma izni kararının kesinleşmesine kadar zaman aşımı duracaktır.¹⁸⁵⁴

Bu konuda Yargıtay uygulaması da isabetli şekilde yerleşmiştir. Bu kapsamda örneğin “Sanığın verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan dolayı devlet hastanesinde doktor olarak çalışan sanığın, hastane otomasyon sistemine giriş yaparak, mağdurun, cep telefonu numarasını ele geçirdiği iddia ve kabul edilen olayda, sanığın atılı suçu görevinin gereklerine aykırı hareket ederek işlediğinin iddia edilmiş olması karşısında, 4483 sayılı “memurlar ve diğer kamu görevlilerinin

¹⁸⁴⁹ Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 168.

¹⁸⁵⁰ Y. 12. CD., 04.11,2013, E. 2012/22005, K. 2013/24489, Artuk, Gökcan ve Yenidünya, *Türk Ceza*, 3. Cilt, 4678.

¹⁸⁵¹ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 33; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4129.

¹⁸⁵² Hakeri, *Tıp Hukuku*, 766.

¹⁸⁵³ Akyıldız, *Uygulamada Hekimin*, 333.

¹⁸⁵⁴ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4129.

yargılanması hakkındaki kanun” hükümlerine göre soruşturma izni alınması için durma kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden, yargılamaya devamla yazılı şekilde mahkûmiyet kararı verilmesi¹⁸⁵⁵” bozma nedeni yapılmış ve soruşturma izni alınmamış olması yargılamanın devamına engel bir neden olarak kabul edilmiştir.

Kaydetme suçunda izne ilişkin yapılan diğer açıklamalar bu suç açısından da geçerliliğini korumaktadır.

2.2.2.5. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

2.2.2.5.1. Teşebbüs

Bu suç tipinin, kişisel verileri kaydetme suçunda olduğu gibi bu suçunda neticesi harekete bitişik bir suç/ sırf hareket suçu olarak düzenlenmiş olması nedeniyle kural olarak teşebbüse elverişli olmadığı¹⁸⁵⁶ ileri sürülmüştür. Bu görüşü göre kişisel verilerin ele geçirilmesi, başka kişiye verilmesi veya yayılması ile suç tamamlanmış olacaktır¹⁸⁵⁷ ve bu nedenle teşebbüse müsait olmayacaktır.

Aksi düşünceye göre bu suç tüm seçimlik hareketleri itibariyle teşebbüse müsait bir suçtur.¹⁸⁵⁸ Bu kapsamda elektronik ortamda kayıtlı bir sağlık verisinin ele geçirilmesine yönelik olarak elverişli hareketlerle icraya başlanması ancak tam hakimiyete geçirme tamamlanacakken elektrik akımının kesilmesi ve bu nedenle kayıt altına alınamaması durumunda ya da kişisel sağlık verilerinin bilişim sistemleri aracılığıyla gönderilmesine rağmen bu bilgilerin gönderilen yere ulaşmaması ya da ulaşmasına rağmen kişisel veriler öğrenilmeden fark edilerek muhatap kişilerin öğrenmesinin engellenmesi durumlarında suçunun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmektedir.¹⁸⁵⁹ Kişisel veriyi vermek fiilinde, bu veriyi bir kişiye ulaştırmak söz konusudur. Suç, kişisel verinin bu kişinin eline geçmesi, onun tarafından öğrenilmesi ile

¹⁸⁵⁵ Y. 12. CD., K. 2018/6760.

¹⁸⁵⁶ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 569; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 83; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 31.

¹⁸⁵⁷ Hafızoğulları ve Özen, *Özel Hayata*, 21; Özalp ve Özalp, *Hekimin Cezai*, 142.

¹⁸⁵⁸ Aynı yönde Sevik, *Tıp Ceza*, 809; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2094; Malkoç, 5237 Sayılı, 913; Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 26; Hafızoğulları ve Özen, *Özel Hayata*, 21; Özalp ve Özalp, *Hekimin Cezai*, 142; Akdağ, *Türk Ceza*, 128; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 84; Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 78.

¹⁸⁵⁹ İtişgen, *Türk Ceza*, 195; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 84.

tamamlanmış olur.¹⁸⁶⁰ Buna göre hangi yolla gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin söz konusu veri, verilmesi amaçlanan kişiye ulaşmadığı sürece suç tamamlanmış olmaz.¹⁸⁶¹

Ele geçirmek fiili yönünden veri fail tarafından öğrenilene veya üzerinde hakimiyet kurulana kadar suç tamamlanmış olmaz. Failin veriyi bulunduğu yerden almak için yaptığı kastını ortaya koyucu tüm hareketler teşebbüs kapsamında değerlendirilebilir. Örneğin failin kişisel verilerin tutulduğu odaya girmesi ya da kilitli dolabı açmaya çalışması, kişisel verileri ele geçirme suçuna teşebbüs niteliği taşıyacaktır. Otomatik yolla işlenmiş verinin ele geçirilmesi açısından ise failin sisteme girmiş ama henüz veriye ulaşmadan sistemden bir şekilde atılmış olması durumu da teşebbüs olarak kabul edilebilir.¹⁸⁶²

Suçun sırf hareket suçu olmakla birlikte somut olaya göre kişisel verileri verme, yayma, ele geçirme fiilleri parçalara ayrılabilirse teşebbüsün gerçekleşebileceğini¹⁸⁶³ düşünen üçüncü bir grup da bulunmaktadır. Bu görüşe göre bu suçta teşebbüs hali ancak fail tarafından icra hareketlerine başlandıktan sonra bu hareketlerin yarıda kalması şeklinde gerçekleşebilir. Çünkü suçun oluşumu açısından ayrıca bir neticenin meydana gelmesi aranmadığı için sadece hareketlerin tamamlanmasıyla suç oluşacaktır.¹⁸⁶⁴ Suçun teşebbüs aşamasında kalması ancak icra hareketlerinin bölünebilir olması durumunda söz konusudur olacaktır ve tipikliği oluşturan seçimlik hareketler dikkate alındığında bu suç bakımından teşebbüsün gerçekleşmesi mümkündür.¹⁸⁶⁵ Dolayısıyla suç oluşturan verme, yayma veya ele geçirmeye yönelik icrai hareketlerin failin iradesinde olmayan sebeplerle kesintiye uğraması halinde, bu suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.¹⁸⁶⁶ Bu yönüyle kişisel veriler üçüncü kişilerin eline geçmeden kontrol altına alınır ve üçüncü kişilerce öğrenilmesi önlenirse suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.¹⁸⁶⁷ Örneğin, içerisinde kişisel veriler bulunan bir belgenin üçüncü kişiye ulaşmadan ele

¹⁸⁶⁰ Akdağ, *Türk Ceza*, 121.

¹⁸⁶¹ Karadağ, *Tıp Hukukunda*, 78; Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 161; Akdağ, *Türk Ceza*, 128.

¹⁸⁶² Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 161; Akdağ, *Türk Ceza*, 129.

¹⁸⁶³ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İctihatlı*, 3. Cilt, 4128; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 31; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 653; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 157; İstek, *Hasta Mahremiyeti*, 203; Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2748; Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 160-161; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 156-157.

¹⁸⁶⁴ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 156-157.

¹⁸⁶⁵ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 169.

¹⁸⁶⁶ Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 160-161.

¹⁸⁶⁷ Özalp ve Özalp, *Hekimin Cezai*, 142.

geçirilmesi halinde suç teşebbüs aşamasında kalacaktır.¹⁸⁶⁸ Ancak bunun aksine kişisel verilerin sözlü olarak açıklanması durumunda neticesi harekete bitişik olacağından teşebbüs mümkün olmayacaktır.¹⁸⁶⁹ Kişisel sağlık verilerini içeren bilgilerin sözle açıklanması durumunda neticesi harekete bitişik suç söz konusu olacağından (ve icra hareketi bölünemeyeceğinden), verinin açıklanması ile suç tamamlanacak ve böylelikle bu suç teşebbüse müsait olmayacaktır.¹⁸⁷⁰

Kanaatimizce bu suç bakımından teşebbüs hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağının her somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Failin gerçekleştirdiği hareketin niteliğine bakılarak bölünebilme niteliğine sahip olup olmamasına göre bir sonuca ulaşılması daha isabetlidir. Bu anlamda fiil/ icra hareketi bölünebiliyor ise bu durumda suçun sözle açıklanma halinde dahi teşebbüse müsait olduğunu düşünüyoruz. Bu duruma örnek olarak hasta hekimini bir başka ve konuyla ilgisiz örneğin eşi olan hekime hastasıyla ilgili çok önemli bir sırrı açıklayacağını belirterek diğer hekimi yanına çağırmış ve somut olarak kimlik bilgilerini de vererek hastası hakkında konuşmaya başlaması ve bu aşamada kendisine engel olunması gösterilebilir. Örneğin, yemekhanede yemek yerken ilgisiz başka hekim bir arkadaşına konudan bahsetmeye başlamış iken ve henüz verilerin hassas kısmına gelmemişken bu durumu duyan mağdur ya da diğer bir sağlık çalışanı hekime engel olur ise eylem teşebbüs aşamasında kalmış olur. Yine kamuoyunda genel olarak ün kazanmış bir sanatçının utanç verici olduğu toplumda genel olarak düşünülen bir sağlık sorunu mevcut olduğunda, basın veya yayın organlarının bu hususu açıklamasına (bu konuda yayın yapılmasına) engel olunması halinde de eylem tereddütsüz teşebbüs aşamasında kalmış sayılmalıdır.¹⁸⁷¹ Bu örneklerde verinin aktarılacağı kişinin kim olduğunun önemi yoktur. Sadece görevi gereği konuyu bilmeye hakkı olmayan bir kişi olması ve konuşmanın gelişimine göre hassas kişisel sağlık verilerinden bahsedileceğinin tereddütsüz olarak anlaşılabilir olması suçun teşebbüs haline gelmesi için yeterdir. İşte buradaki asıl zorluk bu konuşmanın kişisel sağlık verilerinin açıklanmasına yönelik olarak yapıldığının tereddütsüz olarak ortaya konulabilmesidir. Bu husus ispat ile ilgili olduğundan, çalışmamız kapsamında bu kısımları ayrıca

¹⁸⁶⁸ Sevik, *Tıp Ceza*, 809; 118.

¹⁸⁶⁹ Özalp ve Özalp, *Hekimin Cezai*, 142.

¹⁸⁷⁰ Bkz. Sevik, *Tıp Ceza*, 809.

¹⁸⁷¹ Akçakoca, *Hekimin Sır*, 118.

tartışmayı gereksiz ve yersiz görmekteyiz. Bu anlamda verdiğimiz örneklerin tamamının tereddütsüz bir şekilde sübut bulunduğunun kabul edildiği varsayımına göre değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yargıtay da “*cihazlarına yerleştirdikleri düzeneklerle işlem yapmaya gelen kişilere ait kartların manyetik şerit bilgilerini kopyalamak ve şiflerini elde etmeye çalışmaktan ibaret eylemlerinin zincirleme şekilde TCK’nin 136. maddesinde düzenlenen kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirmeye teşebbüs suçunu oluşturduğu*¹⁸⁷²”nu kabul ederek suçun teşebbüse müsait olduğunu kabul etmektedir.

Suçun teşebbüse müsait olduğu kabul edildikten sonra suçun gönüllü vazgeçme kapsamında kaldığının da kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak bu konudaki hâkim yaklaşım sadece icra hareketlerinin kısımlara bölünebilir olması halinde, bu suç için gönüllü vazgeçmeden de bahsedilebileceği yönündedir. Failin kendi hür iradesiyle, icra hareketlerini tamamlamadan kişisel verileri vermekten, yaymaktan veya ele geçirmekten vazgeçmesi halinde, fail bu suça teşebbüsten cezalandırılmayacak, ancak o ana kadarki fiilleri başka bir suç oluşturuyorsa o suçtan cezalandırılacaktır.¹⁸⁷³ Örneğin failin, sisteme girdikten sonra kişisel verileri ele geçirmekten tamamen kendi iradesi ile vazgeçmesi durumunda gönüllü vazgeçme söz konusu olacaktır. Bu nedenle fail kişisel verileri ele geçirmek suçuna teşebbüsten sorumlu tutulmayacak, ancak o zamana kadar gerçekleştirdiği hareketler ile bilişim sistemine girme suçunu tamamlamış bulunduğu için bu suçtan sorumlu tutulacaktır. Fail verinin içeriğini öğrenmiş ise veriyi başka bir ortama nakletmese dahi gönüllü vazgeçmeden bahsedilemeyecektir, zira suç bilginin öğrenilmesi ile tamamlanmış olacaktır.¹⁸⁷⁴

2.2.2.5.2. İştirak

Kişisel verileri kaydetme suçunda olduğu gibi bu suça ilişkin olarak iştirak konusunda özel ve ayırık bir durum bulunmamaktadır.¹⁸⁷⁵ Bu nedenle iştirakin tüm

¹⁸⁷² Y. 8. CD., 31.10.2013. E. 2013/10737, K. 2013/25854, [www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.Php?fn=8cd-2013-10737.htm&kw=`kişisel+veri`teşebbüs`#fm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.Php?fn=8cd-2013-10737.htm&kw=`kişisel+veri`teşebbüs`#fm), E.T. 20.03.2020; aynı yönde Y. 8. CD., 16.10.2019, E. 2019/13099, K. 2019/12375, [www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.Php?fn=8cd-2019-13099.htm&kw=`kişisel+verileri`teşebbüs`#fm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.Php?fn=8cd-2019-13099.htm&kw=`kişisel+verileri`teşebbüs`#fm), E.T. 20.03.2020.

¹⁸⁷³ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 31; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 169.

¹⁸⁷⁴ Akdağ, *Türk Ceza*, 129.

¹⁸⁷⁵ Aynı yönde Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4128; Sevük, *Tıp Ceza*, 809; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 162; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 170; Bük, *Elektronik Ortamda*, 231; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 84.

şekilleri inceleme konusu suçta gerçekleşebilir.¹⁸⁷⁶ Olayın gerçekleşme şekline göre iştirake ilişkin TCK'nin 37-41 maddeleri arasında düzenlenmiş bulunan tüm genel hükümler bu suçla ilişkin olarak uygulanma kabiliyeti kazanabilecektir.¹⁸⁷⁷

Tıp alanındaki kişisel veriler yönüyle de inceleme konusu suçta tüm iştirak hallerinin ortaya çıkması mümkündür.¹⁸⁷⁸ Bu kapsamda öncelikle suçun birlikte gerçekleştiren sıfatıyla işlenmesi mümkündür.¹⁸⁷⁹ Suçun kanuni tanımında yer alan hareketleri birlikte gerçekleştiren kişilerden herbiri fail olarak sorumludur (TCK m. 37/1). Yani asıl ve tek başına eylemi gerçekleştiren fail nasıl cezalandırılıyor ise bunlarda ayrı ayrı olmak üzere o şekilde cezalandırılacaklardır. Örneğin bir hekim ve bir hemşire konuyu bilmeye hakkı olmayan bir üçüncü kişiye hastayla ilgili olarak bilgi verirken her ikisinde aktif şekilde katılarak kişisel sağlık verisi niteliğindeki birtakım verileri açıklıyorlar ise her ikisi de birlikte gerçekleştiren konumundadırlar. Bu nedenle de her ikisi de asıl fail sıfatıyla ayrı ayrı cezalandırılacaklardır. Yine bir hastaya ilişkin olarak iki hekimin ortak basın açıklaması yaparak izinsiz bir şekilde kişisel sağlık verilerini açıklamaları halinde müşterek faillik durumu ortaya çıkar.¹⁸⁸⁰

Suçun şerikliğinin tüm şekillerine uygun olarak işlenebilmesi de mümkündür.¹⁸⁸¹ Örneğin hekimlerin basın açıklaması yapmaları için yapılacak açıklamanın niteliğini ve içeriğini bilerek gerekli hazırlıkları yapan¹⁸⁸², bu amaçla gerekli evrakları örneğin hasta dosyasını getirerek hekime veren vb. kişiler yardım eden olarak sorumlu olacaktır. Ancak iştirake bağlılık kuralı¹⁸⁸³ gereğince bir hekimin kişisel sağlık verisini açıklaması hukuka uygun ise hekimin fiiline iştirak eden kişilerin fiili de hukuka uygun olacak ve cezalandırılmayacaklardır (TCK m. 40/1). Bu kapsamda örneğin bu açıklama hastanın rızası ile yapılıyorsa iştirak edenlerin fiilleri de hukuka uygun olacaktır.

¹⁸⁷⁶ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 569; Sevük, *Tıp Ceza*, 809; Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2748; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4128; Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 79.

¹⁸⁷⁷ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 653; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 31; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 157; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 84; Bük, *Elektronik Ortamda*, 231.

¹⁸⁷⁸ İtişgen, *Türk Ceza*, 195; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2094; Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 78; Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 27.

¹⁸⁷⁹ Aynı yönde Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 162.

¹⁸⁸⁰ Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 79.

¹⁸⁸¹ Aynı yönde Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 162.

¹⁸⁸² Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 79.

¹⁸⁸³ 5237 sayılı TCK madde 40/1 "Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir." şeklindedir.

İştirake ilişkin olarak kaydetme suçunda yapılan diğer açıklamalar bu suçta da aynen geçerlidir. Ancak önemli gördüğümüz bir hususa değinmekte fayda bulunmaktadır. Failin şahsına bağlı cezayı ağırlaştıran nitelikli haller diğer failler hakkında uygulanmaz. Bir nitelikli hal/ler hangi fail açısından mevcut ise ancak ona uygulanır.¹⁸⁸⁴ Bu nedenle inceleme konumuz suçun nitelikli hali sadece kişisel bir ağırlatıcı hal olarak 5237 sayılı TCK m. 137’de belirtilen haller olduğu için bu haller bu sıfatı haiz olmayanlar için nitelikli hallerin uygulanabilmesi mümkün olmayıp bu durum şeriklik açısından değerlendirilebilir.¹⁸⁸⁵ Örneğin bir önemli bir şirketin sahibi olan bir hastaya ilişkin akıl hastalığına yakalandığına dair bir kişisel sağlık verisinin kamuoyuna açıklanması aynı anda hem hekim hem de bir başka şirket ortağı tarafından birlikte gerçekleştiriliyorsa her ikisi de kendi fiilinden sorumludur ve cezası ayrıca 137. madde kapsamında artırılmaz. Zira her ne kadar hekimin fiiline birlikte gerçekleştiren sıfatıyla iştirak ediyor olsa da kendisi de fail konumunda olduğu için şahsi ağırlatıcı haller kendisine sirayet etmeyecektir. Ancak hekim bu açıklamayı yaparken açıklanan bilgilerin bir kısmını hekime veren kişi olarak bu suça katılıyorsa yardım eden olarak şerik konumunda olacak ve şahsa bağlı ağırlatıcı nedeni bildiği için bu nitelikli hal kendisine sirayet edecektir. Yine aynı bilgiyi teşhisi koyan yani bu bilgiye vakıf hekimin bu yönde bir istek ve iradesi olmamasına rağmen kendisini ikna ederek basına açıklamasını sağlayan diğer bir şirket ortağının eylemi azmettirme kapsamında şeriklik niteliği taşıyacak ve açıklamayı yapan kişinin şahsında mevcut olan ağırlatıcı hali bildiği için bu nitelikli hal kendisine de uygulanacaktır.

2.2.2.5.3. İçtima

İçtima konusunda özel bir düzenleme bulunmadığından aynen iştirakte olduğu gibi içtima konusunda da genel kurallar uygulanacaktır.¹⁸⁸⁶ Ancak bir hususa dikkat çekilmesi gerekmektedir. Farklı kişilere ait olmamak kaydıyla aynı eylemle farklı konularda yani içeriklerde birden çok veri suçun konusunu oluştursa bile tek suçun varlığı kabul edilmelidir.¹⁸⁸⁷ Yani aynı eylem kapsamında, bir kişiye ait değişik alanlarda birden fazla veri elde edilse yayılsa veya verilse bile ortada tek suç

¹⁸⁸⁴ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Genel Hükümler*, 574.

¹⁸⁸⁵ Aynı yönde İtişgen, *Türk Ceza*, 195.

¹⁸⁸⁶ Aynı yönde Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2094.

¹⁸⁸⁷ Malkoç, *5237 Sayılı*, 913; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4128.

bulunmaktadır. Ancak kullanılan verinin fazla oluşu hüküm kurulurken temel cezanın belirlenmesinde göz önüne alınması gereken bir durumdur.

Bu suça ilişkin olarak içtimanın şekillerini incelemeye geçmeden önce özel bir durum olan gerçek içtima haline değinmekte fayda görüyoruz. Bu kapsamda her ikisi de inceleme konumuzu oluşturan kişisel verilerin kaydedilmesi ve verilmesi, yayılması ve ele geçirilmesi suçların arasındaki içtima ilişkisinin ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.¹⁸⁸⁸

Gerçek içtima halinde her iki suçu oluşturan hareketler ayrı ayrıdır. Çünkü aslında ortada bir içtima bulunmamakta sadece iki ayrı hareket iki ayrı suça vücut vermekte ve her iki suçta bağımsız şekilde varlığını korumaktadır. Bu yönüyle esasında burada suçların değil cezaların içtimaı söz konusudur. Sorun verilecek cezanın belirlenmesine ilişkin olmakta ve suçların nitelik ve bünyelerinde herhangi bir değişiklik meydana gelmediği için suçların bağımsızlıklarını korumaları, yani birden çok fiilin birden çok ihlale sebebiyet vermesi hali söz konusudur.¹⁸⁸⁹ Bu kapsamda fail yetkisiz bir şekilde mağdurun sağlık durumuna ilişkin bir veriyi kaydediyor ve bir süre sonra bu veriyi yetkisiz kişilere aktarıyorsa burada fail hem kişisel verilerin kaydedilmesi suçundan hem de kişisel verilerin hukuka aykırı olarak açıklanması suçundan sorumlu olacaktır.¹⁸⁹⁰ Bununla birlikte eylemlerin gerçekleştiriliş tarzları ve zamanları da önem taşımaktadır. Eylemlerin bu şekilde farklı zamanlarda gerçekleştirilmeleri halinde TCK'nin 135 ile 136. maddeleri arasında geçit suç ilişkisi kabul edilemez. Zira kişisel verinin elde edilmesi veya yayılması için mutlaka kayıt yapılması zorunluluk taşımamaktadır. Kişisel verilerin kayıt edilmeden de bunların yayılması, verilmesi, ele geçirilmesi mümkündür. Bu iki suç arasında zorunlu geçit hali söz konusu değildir.¹⁸⁹¹ Bu nedenle bu iki suç arasında görünüşte içtima kuralları uygulanma kabiliyeti taşımamakta ve gerçek içtima söz konusu olmaktadır.¹⁸⁹²

Öğretideki bu düşünceye bütünüyle katılmamız mümkün değildir. Görüş yukarıda yer verilen örneğe göre isabetli olsa da eylemlerin gerçekleştirilme tarzına

¹⁸⁸⁸ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 159; Ayrıca bu konuda ayrıntılı analiz için kişisel verilerin kaydedilmesi suçunda içtima ile ilgili kısma bakılabilir.

¹⁸⁸⁹ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, Cilt: II, 374.

¹⁸⁹⁰ Aynı yönde Sevik, *Tıp Ceza*, 810; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4126; Bük, *Elektronik Ortamda*, 122; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 85.

¹⁸⁹¹ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 32; İtişgen, *Türk Ceza*, 197.

¹⁸⁹² İtişgen, *Türk Ceza*, 197.

göre aksi durumlarda söz konusu olabilir. Kaydetme suçu kapsamında da değinildiği üzere, kişisel verilere karşı işlenen diğer suç tipleriyle kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi suçunun tek fiille gerçekleştirilmesi mümkündür. Bu kapsamda fail tek bir fiili ile aynı mağdura ilişkin kişisel verileri hem kaydedilmiş hem de yaymış ise fikri içtima söz konusu olacaktır.¹⁸⁹³ Bu gibi durumlarda gerçek içtima söz konusu olamaz. Yargıtay da bu görüştedir. Zira konuyu tartıştığı bir kararında “*kişisel veri niteliğindeki fotoğraflarını ve telefon numaralarını ilgili siteye kaydedip, yayımlaması biçimindeki eyleminin, TCK’nin 135/1, 136/1 maddelerine uyan, kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçlarını oluşturduğu, sanığın tek eyleminin kanundaki birden fazla suçları oluşturması nedeniyle TCK’nin 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralı uyarınca en ağır cezayı gerektiren TCK’nin 136/1. madde ve fıkrasında tanımlanan verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan cezalandırılması gerektiği*”¹⁸⁹⁴ kabul edilerek iki suçun aynı fiille işlenmesi halinde fikri içtima kurallarına geçerlilik tanınmıştır. Sonuç olarak eylemlerin gerçekleştiriliş tarzına göre bu iki suç arasında gerçek içtima hali söz konusu olabileceği gibi fikri içtima hali de söz konusu olabilir.

İnceleme konumuzu teşkil eden suçun seçimlik hareketleri yönünden de ayrı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Suçun seçimlik hareketli bir suç olduğuna ve bu nedenle suçun oluşumu açısından ele geçirme, verme veya yayma şeklindeki seçenek hareketlerden birisinin varlığının suçun oluşması için yeterli¹⁸⁹⁵ olduğuna yukarıda değinmiştik. Bu hareketlerden üçünün veya ikisinin varlığı bu anlamda şart değildir.¹⁸⁹⁶

Birden fazla seçimlik hareketin aynı kasıt altında ve aynı mağdura karşı gerçekleştirilmesi durumu seçimlik hareketler arasından içtima olarak ifade olunabilir. Bu kapsamda seçimlik hareketlerden birisini gerçekleştirenle birden çoğunu gerçekleştiren tek ve aynı suçu işlemiş olur.¹⁸⁹⁷ Hukuka aykırı olarak ele geçirilen verinin ayrıca başkasına verilmesi durumunda iki ayrı suç değil tek suç oluşur ve bu

¹⁸⁹³ Aynı yönde Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 569; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 32; Sabire Sanem Yılmaz, *Tip Alanında*, 85.

¹⁸⁹⁴ Y. 12. CD., K. 2014/17262.

¹⁸⁹⁵ Sabire Sanem Yılmaz, *Tip Alanında*, 84; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 653; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 170.

¹⁸⁹⁶ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 653.

¹⁸⁹⁷ Aynı yönde Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 115; Malkoç, *5237 Sayılı*, 913; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 152; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 653; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 171.

halde verme eylemi cezalandırılmayan sonraki eylemdir.¹⁸⁹⁸ Fakat suç tipinde seçimlik olarak öngörölmüş hareketlerin birden fazlasının birlikte gerçekleştirilmesi durumunda sadece bir seçimlik hareketi gerçekleştirenle aynı cezanın uygulanması ceza adaleti açısından önemli sorun teşkil edecektir. Bu nedenle bu durumda cezanın miktarı suçu tek bir seçimlik hareketle işleyene göre daha ağır olacak şekilde belirlenmesi gerekmektedir.¹⁸⁹⁹ Yani birden çok seçimlik hareketin gerçekleştirilmesi durumunda başkaca bir mekanizma bulunmadığından cezası belirlenirken TCK 61 hükmü gereğince temel ceza belirlenirken alt sınırdan uzaklaşmak gerekecektir.¹⁹⁰⁰

Biz bu kanaate tüm eylemlerin aynı kasıt altında gerçekleştirilmiş olması durumuna özgü olarak katılmaktayız. Bu seçimlik hareketlerin hepsi gerçekleştirilmişse ve bu hareketler tek bir iradi karara dayanıyorsa, zaman ve mekân bakımından aralarında dar bir bağlantı varsa ve bu hareketler birbirine bağılı olarak değerlendiriliyorsa ancak tek suç vardır ve fail her bir seçimlik hareketi için ayrı ayrı cezalandırılmayacaktır. Yani seçimlik hareketlerin içtimai sadece bu duruma özgü olarak kabul edilebilecektir. Bu nedenle gerçekleştirilen hareketler arasında zaman ve yer bakımından yakın bağlantı yoksa tek bir iradi karara dayanmıyorsa ve dışardan bakıldığında bu hareketler birbiriyle ilişkili görünmüyorsa¹⁹⁰¹ doğal anlamda dahi tek hareket söz konusu olmayacak ve suçların çokluğu gerçekleşmiş olacaktır. Bu konuda somut bir tespit yapabilmek için ise öncelikle failin hareketlerinin ve kastının bölünüp bölünemediğine ve buna bağılı olarak kastının yenilenip yenilenmediğine bakılması ve ona göre bir kanaate varılması gerekmektedir. Çünkü hareketler bölünebileceği gibi hareketlerin gerçekleştirilme zamanları, amaç ve saikleri ayrı olabilir. Dolayısıyla suçun oluşması için seçimlik hareketlerden birinin yapılması yeterli olmakla birlikte olayın niteliğine göre iki bağımsız suç oluşabilir. Örneğin fail tamamen merak duygusuyla hareket ederek kendisinin görev alanına girmeyen bir hastanın dosyalarına bakmış ve orda sır niteliğinde önemli kişisel sağlık verilerine ulaşmışsa ele geçirme fiili tamamlanmış olur. Ancak fail bir süre sonra bu bilgilerin birilerine aktarılması gerektiği kanaatine ulaşmış ve bu verileri üçüncü kişilerle paylaşmışsa yayma fiilini de tamamlamış olacaktır. Bu iki fiil arasında iki gün gibi bir süre olabileceği gibi iki ay

¹⁸⁹⁸ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 895; Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 28; Akçakoca, *Hekimin Sır*, 119.

¹⁸⁹⁹ Aynı yönde Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 152.

¹⁹⁰⁰ Nizamettin Aydın, *Tıp Ceza*, 28; Akçakoca, *Hekimin Sır*, 119; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 115; Karadaş, *Tıp Hukukunda*, 79; Malkoç, *5237 Sayılı*, 913; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 170.

¹⁹⁰¹ Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza*, 477.

gibi uzun bir sürede bulunabilir. Bu iki tür icraya tek suç ve tek ceza verilmesi gerektiğini savunmak ceza adaletiyle bağdaşmayacağı gibi kastının yenilenmesi nedeniyle suç teorisine de uymamaktadır. Zira her iki davranışta da tüm unsurları itibariyle suç oluşmuş ve tamamlanmış bulunmaktadır. Bu nedenle böyle durumlarda gerçek içtima kuralları uygulanarak failin iki ayrı eylemi nedeniyle iki ayrı suçun oluştuğunun kabulü gerektiğini düşünmekteyiz. Ancak zincirleme suç hükümleri bunun istinasını oluşturur. Zira zincirleme suç, gerçek içtimanın uygulama alanını aynı tür hareketlerle tekrarlanan tipiklik ihlali bakımından sınırlandırmak için mahkeme içtihatlarıyla geliştirilmiş (ve sonrasında da kanunlaştırılmış) bir hukuki müessesedir.¹⁹⁰² Buna göre zincirleme suçlarda çeşitli doğal hareketler hukuki nedenlerle tek hareket kabul edilmekte ve hukuki birlik içindeki bu hareketlerin aynı kanun hükmünü ihlal eden tek suç olarak ancak daha ağır olarak cezalandırılması gerekmektedir. Yani bu anlamda seçimlik hareketler arasında içtimanın varlığının kabulü için suçun zincirleme suç kapsamında kalmaması gerekmektedir. Bu kapsamda iki fiil arasındaki süre her iki fiilin bağımsız bir şekilde gerçekleştirildiğini düşündürmeyecek kadar kısa ise örneğin, fail verilere yetkisiz şekilde ulaşmış ve hemen birilerine veriyi aktarmış ise bu durumda kastı yenilenmediği için gerçek içtima ya da zincirleme suç kuralları uygulanamaz, ancak seçimlik hareketlerin içtimayı söz konusudur. Zira tek kast ile gerçekleştirilen birden fazla seçimlik tipik hareket bulunmaktadır. Fail doğrudan yaymak amacıyla verilere ulaşmış ve derhal yayma fiilini icraya başlamıştır. Bu nedenle de tüm unsurları itibariyle gerçekleşen tek bir suç vardır. Ancak failin kusur durumu ve suç işleme iradesi, kararlılığı sadece bir tek eylemi gerçekleştiren faile göre daha ağırdır. Bu nedenle ceza adaleti açısından bu durum göz önünde bulundurulmalı ve TCK'nin 61 maddesinin 1/a, f ve g fıkralarına dayanarak cezanın alt sınırından uzaklaşmalıdır.

2.2.2.5.3.1. Zincirleme Suç

İncele konumuzu suç tipinin zincirleme şekilde işlenmesi mümkündür.¹⁹⁰³ Suçun aynı suç işleme kararının icrası kapsamında olmak üzere aynı kişiye ait verilerin birden fazla kez yayılması veya birden fazla kez ele geçirilmesi hallerinde zincirleme suç

¹⁹⁰² Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 478.

¹⁹⁰³ İtişgen, *Türk Ceza*, 196; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 569; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 160; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 162.

hükümleri uygulanacaktır.¹⁹⁰⁴ Örneğin bir sosyal paylaşım sitesinde her gün aynı kişinin farklı kişisel verilerinin paylaşılması durumunda zincirleme suç söz konusudur.¹⁹⁰⁵ Yayma fiiline ilişkin olarak Yargıtay da “*Sanığın aynı mağdurla ilgili fotoğrafı hem ... dergisinde, hem ...gazetesinde ve hem de internetteki sitesinde hukuka aykırı olarak yayınlaması karşısında TCK’nin 43/1. maddesine göre cezasının artırılması gerekeceğini*¹⁹⁰⁶” kabul etmiş ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğini ortaya koymuştur.

Yargıtay, kaydetme suçu kapsamında da değindiğimiz bir kararında “*sanığın birbirine yakın zaman dilimi içerisinde ve bir suç işleme kararının icrası kapsamında gönderdiği 03.09.2012 ve 01.11.2012 başvuru tarihli iki ayrı dilekçede mağdur ...’in kişisel veri niteliğindeki adı, soyadı ve T.C. kimlik numarasına yer vermesi nedeniyle zincirleme suç koşullarının oluştuğu ve mağdur ...’e yönelik verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan dolayı hükmedilen temel cezada TCK’nin 43/1. maddesi gereğince artırım yapılması gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulmak suretiyle sanığa eksik ceza tayin edilmesi*¹⁹⁰⁷”ni bozma nedeni olarak görmüş ve yakın zaman dilimlerinde ve aynı suç işleme kararının icrası kapsamında gerçekleştirilen yayma eylemlerine zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğine karar vermiştir. Bu yönüyle Yargıtay’a göre aynı kasıt altında ve çok uzun aralıklar içermeyen yayma, ele geçirme eylemleri de zincirleme olarak kabul edilecek ve cezasında artırım yapılacaktır.

Tipik hareketlerden verme hareketine ilişkin olarak bir kişiye ait kişisel verilerin birden fazla kimseye verilmesi zaten yayma niteliğindeki tipik hareketi oluşturacak ve tek suç söz konusu olacaktır.¹⁹⁰⁸ Bu nedenle verme, mahiyeti gereği zincirleme şekilde

¹⁹⁰⁴ Aynı yönde Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 157; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 162; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 85; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 170; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 653; Malkoç, *5237 Sayılı*, 913; bu konuda Bük, *Elektronik Ortamda*, 223’te bir hareketle birden fazla kimsenin kişisel verisinin başkasına verilmesi haline ilişkin olarak zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı belirtilmiş olsa da mezkûr eserde, meselenin akışına ve cümlelerin bir önceki cümleyle aynı yönde anlam katan bağlaç vasıtasıyla bağlanmış olması nedeniyle yazım hatası yapıldığı değerlendirilmiştir.

¹⁹⁰⁵ İtişgen, *Türk Ceza*, 196.

¹⁹⁰⁶ Y. 4. CD., K. 2013/1376.

¹⁹⁰⁷ Y. 12. CD., K. 2019/4450.

¹⁹⁰⁸ Aynı yönde Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 653.

işlenemeyecektir. Suçun tüm tipik hareketlerinin zincirleme suç şeklinde işlenmesinin mümkün olduğuna dair görüşlere¹⁹⁰⁹ katılmak mümkün görülmemektedir.

Yine yakın tarihli bir Ceza Genel Kurulu kararında “*katılanın özel hayatına ilişkin fotoğrafları bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda ve değişik yerlerde birden fazla ifşa etmesi nedeniyle hükmolunacak cezada TCK’nin 43. maddesi uyarınca artırım yapılması gerekmektedir*”¹⁹¹⁰.” denilerek aynı mağdura karşı farklı zamanlarda gerçekleştirilen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu anlamında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğine hükmedilmiştir. Zincirleme suç hükümlerinin uygulanması yönüyle karar doğru olsa da çok önemli bir niteleme hatasını bünyesinde barındırmaktadır. Kararda bahsi geçen olay esasında çok net bir şekilde kişisel verilerin yayılması suçu oluşmakta ve bu suç özel hayatın gizliliğini ihlal suçuna göre özel hüküm niteliği taşımaktadır. Bu nedenle özel hükmün önceliği prensibi çerçevesinde görünüşte içtima hali kabul edilerek bu olaya sadece kişisel verilerin yayılması suçunun zincirleme şekilde uygulanmasına karar verilmesi daha hukuki açıdan doğru bir tercih olacaktı.

2.2.2.5.3.2. Fikri İçtima

Fail hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydetme (TCK m. 135) ve bu verileri başkasına verme ya da yayma (TCK m. 136) fiillerini aynı anda gerçekleştirebilir. Örneğin, kişisel verinin bir internet sitesine kaydedilmesi ile aynı zamanda yaymak fiili de işlenmiş olmaktadır. Bu durumda fail tek bir hareketle birden fazla kanun hükmünü ihlal etmiş olduğundan, olayda fikri içtima geçerli olacak ve TCK’nin 44. maddesi gereğince yalnızca cezası ağır olan kanun hükmü uyarınca cezalandırılacaktır.¹⁹¹¹ Bu durumda en ağır cezayı gerektiren eylem 136. maddedeki yayma eylemi olduğu için bu suç uygulanacaktır.¹⁹¹² Ancak burada bu iki suç arasında bir geçit suç ilişkisi oluşacağını ve failin amaç suç olan yayma suçundan cezalandırılması gerekeceğini savunan görüşlerle birlikte buna da karşı çıkıp burada geçitli suçtan söz edilemeyeceğini, fail iki ayrı suç işlemiş olduğunda gerçek içtima hükümleri uygulanarak iki suçtan ayrı

¹⁹⁰⁹ Örneğin bkz. Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 31; Bük, *Elektronik Ortamda*, 223; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 171; Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 162.

¹⁹¹⁰ YCGK., K. 2019/414.

¹⁹¹¹ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 569; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 32; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 85; Bük, *Elektronik Ortamda*, 226.

¹⁹¹² Bük, *Elektronik Ortamda*, 226.

ayrı ceza verileceği de savunulmuştur.¹⁹¹³ Bu yönüyle ancak kişisel verinin ele geçirilebilmesi veya yayılabilmesi için kişisel veriyi kaydetmenin zorunlu olması halinde geçitli suçtan bahsedilebileceği¹⁹¹⁴ öne sürülmüştür.

Fail tek bir hareketle birden fazla kişinin kişisel verilerini başkalarına verebilir, yayabilir ya da ele geçirebilir. Bu durumda TCK'nin 43/2 maddesi kapsamında aynı neviden fikri içtima hükümleri uygulanacaktır.¹⁹¹⁵ Örneğin tek seferde bir veri bankasından birden fazla farklı kişiye ait kişisel verinin ele geçirilmiş olması halinde, tek fülle birden fazla kişiye karşı aynı suç işlenmiş olmakta ve aynı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.¹⁹¹⁶ Bu yönüyle eylemin gerçekleştirildiği zamanın tespiti önem taşımaktadır. Zira zamanın uzaması kastın yenilmesine ve bu nedenle gerçek içtima hükümlerinin uygulanmasına neden olabilir. Yargıtay da bu şekilde kabul etmektedir. Zira bir kararında *“cep telefonu numarasını farklı zamanlarda yayımlaması eylemlerinden dolayı verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan mağdur sayısınınca iki ayrı mahkûmiyet hükmü kurulması gerekirken, aynı suçun mağdurlara karşı tek bir fülle işlendiğine ve TCK'nin 43/2. madde ve fıkrasının koşullarının oluştuğunu”*¹⁹¹⁷ kabul ederek farklı zamanlarda gerçekleştirilen eylemlerde mağdur sayısınınca suç oluşacağını ve aynı neviden fikri içtimanın uygulanamayacağını ortaya koymuştur. Yine aynı yöndeki bir başka kararında *“Suça konu fotoğrafların toplu halde değil ayrı ayrı çekilip yayımlanması karşısında, sanığa yüklenen suçların mağdur sayısınınca oluşacağı gözetilmeden yazılı şekilde uygulama yapılması”*¹⁹¹⁸ bozma nedeni yapılmış ve mağdur sayısınınca suçu oluşacağı kabul edilmiştir. Bu haklı bir yaklaşımdır zira burada birden fazla kişiye karşı aynı suç işlenmiş olsa da eylemlerin gerçekleştirilmesi zamanlarının farklı olması nedeniyle aynı neviden fikri içtimada bulunması gereken hareketin tekliği söz konusu olmamaktadır. Birden fazla hareket ve

¹⁹¹³ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 173.

¹⁹¹⁴ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 173.

¹⁹¹⁵ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 32; Aynı yönde Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 157; Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 85; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 170; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 653; Malkoç, *5237 Sayılı*, 913; bu konuda Bük, *Elektronik Ortamda*, 223'te bir hareketle birden fazla kimsenin kişisel verisinin başkasına verilmesi haline ilişkin olarak zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı belirtilmiş olsa da meselenin akışına ve cümlelerin bir önceki cümleyle aynı yönde anlam katan bağlaç vasıtasıyla bağlanmış olması nedeniyle yazım hatası yapıldığı değerlendirilmiştir.

¹⁹¹⁶ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 162-163.

¹⁹¹⁷ Y. 12. CD., 11.09.2019, E. 2018/8366, K. 2019/8625, www.kazanci.com/kho2/ibb/files/12cd-2018-8366.htm, E.T. 26.03.2020.

¹⁹¹⁸ Y. 4. CD., K. 2013/1376.

her bir hareketin mağdurunun farklı olması durumları somut olayda bulunduğu için her mağdura karşı gerçekleştirilen eylemler ayrı suç teşkil etmektedir.

İnceleme konumuz suçun çok farklı suçlarla farklı neviden fikri içtima halinde olabileceği tartışılmış ve kabul edilmiştir. Bu suç tipi ile TCK'nin 132. maddesi kapsamında kişisel verileri ihtiva eden haberleşme içeriklerini ifşa etme¹⁹¹⁹, TCK'nin 134/2. maddedeki kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri hukuka aykırı olarak ifşa etme, TCK'nin 243. maddesinde düzenlenen bilişim sistemine girme, 244/2 fıkrasındaki bilişim sistemindeki verileri bozma, yok etme, değiştirme veya erişilmez kılma, sisteme veri yerleştirme, var olan verileri başka bir yere gönderme, TCK'nin 258. maddesinde düzenlenen göreve ilişkin sırrın açıklanması, TCK'nin 285. maddesindeki soruşturmanın gizliliğin ihlal etme, 286. maddedeki soruşturma ve kovuşturma işlemleri sırasındaki ses ve görüntüleri kayda alma, 334. maddedeki yasaklanan bilgileri temin etme, 336. maddedeki yasaklanan bilgileri açıklama suçları arasında fikri içtima hükümlerinin geçerli olabileceği¹⁹²⁰ öne sürülmüştür. Ancak sayılan suçlardan bazılarına ilişkin olarak farklı düşüncelerde bulunmaktadır. Örneğin 243. maddedeki suçla inceleme konumuz suç arasında geçitli suç ilişkisi çerçevesinde görünüşte içtima ilişkisinin bulunması gerektiği¹⁹²¹ savunulmuştur. Aynı ilişki çerçevesinde buna da karşı çıkarak 136. maddedeki suçu işlemesi için mutlaka bir bilişim sistemine girmesini zorunlu kılan bir durum bulunmadığından bu iki suç arasında gerçek içtima hükümleri uygulanarak failin iki ayrı suçtan da cezalandırılmasının gerektiği¹⁹²² savunulmuştur. Bu ilişkiye ilişkin olarak bilişim sisteminde kayıtlı bir veriye ilişkin olarak suçun işlenmek istenmesi halinde zorunlu olarak bilişim sistemine girilmesinin gerektiğini ve bu nedenle iki suç arasında geçitli suç ilişkisinin kurulabileceğini düşünmekteyiz. Bu düşüncemizin dayanakları aşağıda görünüşte içtima bahsinde ortaya konulacaktır.

258. maddedeki suç ile inceleme konumuz suç arasındaki ilişkide fikri içtimanın geçerli olmayacağı¹⁹²³ bu anlamda 258. maddenin inceleme konumuz olan yayma

¹⁹¹⁹ Birtek, *Haberleşmenin Gizliliğini*, 260 vd.; İtişgen, *Türk Ceza*, 198; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 172; Birtek bu iki suç tipi arasında tükenen norm- tüketilen norm ilişkisi olduğunu düşünmektedir (Birtek, *Haberleşmenin Gizliliğini*, 263).

¹⁹²⁰ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 173-176; 243. Madde açısından İtişgen, *Türk Ceza*, 197; 243 ve 244. Maddeler açısından Bük, *Elektronik Ortamda*, 226; 334 ve 336. Maddeler açısından İtişgen, *Türk Ceza*, 198; 258 madde açısından Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 167.

¹⁹²¹ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 176.

¹⁹²² Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 176.

¹⁹²³ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 911.

suçuna göre daha genel nitelikte bir norm olarak görülerek failin TCK'nin 136. maddesinden cezalandırması gerektiği¹⁹²⁴ savunulmuştur. Buna gerekçe olarak ise 258. maddedeki suçun konusunun belge, emir veya karar olabileceği ancak kişisel verilerin bu kapsama girmeyeceği öne sürülmüştür.¹⁹²⁵ Yani bu görüşe göre bu iki suç tipi arasında içtima ilişkisi kurulamayacaktır. Ancak bu doğru bir çıkarım değildir. Çünkü kişisel veri içeren belgeler vardır ve böyle bir belge açıklanması durumunda her iki suç tip de işlenmiş olur. Bu görüşte ifade edilen hastalarla ilgili belgelerin kamu görevi nedeniyle gizliliği haiz belgelerden olmadığı¹⁹²⁶ yönündeki düşünce kabul edilemez. Zira hastalara ait bilgilerde yerine göre kamu görevi kapsamında gizliliği haiz nitelikte olabilir. Örneğin frengilin bir hastanın bilgileri bu kapsamda kabul edilebilir. Çünkü Umumi Hıfzıssıhha Kanunu bu hastalarla ilgili bilgilerin açıklanmasının devlet sırlarına karşı suçlar gibi gördüğünü açıkça belirtmiştir. Ayrıca çalışmamızın başından bu yana kişisel sağlık verilerinin en temel özelliklerinden birinin gizlilik olduğu ortaya konulmuştur. Bu sebeple kişisel sağlık verisi içeren tüm belgeler, kararlar ve emirler de gizliliği haiz olduğundan, bu nitelikteki bir belgenin açıklanması aynı zamanda bu her iki suçunda oluşmasına neden olacak ve bu nedenle iki suç arasında fikri içtima kurallarının uygulanması gerekecektir.

Bu suça ilişkin olarak içtima bahsinde ayrıca hakaret suçlarına değinilmektedir. Zira kişisel verilerin açıklanması veri öznesinin onurunu rencide edebilecek bir nitelik taşıyabileceğinden aynı zamanda hakaret suçunu oluşturabilir. Bu durum 5237 sayılı TCK'nin hakaret suçuna ilişkin gerekçesinde “*Kişinin bedenî arızasını ifade etmekle veya kişiye bir hastalık izafe etmekle de hakaret suçu işlenmiş olur. Örneğin, kişiye kör, şaşı, topal, kambur, kel vs. demekle; kişiye psikopat, frengili veya AIDS’li demekle, hakaret suçu işlenmiş olur.*” şeklinde ifade olunmaktadır.¹⁹²⁷

Görüldüğü üzere bu sayılan hususların tamamı kişisel sağlık verisi niteliği taşıyan verileri içermektedir. Dolayısıyla bu nitelikteki bir sağlık verisinin açıklanması aynı zamanda kişinin toplum nezdindeki haysiyetini ve saygınlığın zedeleyeceği için failin eylemi aynı zamanda hakaret suçunu oluşturacaktır. Özellikle belirsiz sayıda

¹⁹²⁴ Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 167; Hakeri, *Tıp Hukuku*, 911.

¹⁹²⁵ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 911.

¹⁹²⁶ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 912.

¹⁹²⁷ Bkz. Yeni Türk Ceza Kanunu Madde Gerekçeleri, [http:// www. ceza-bb. adalet.gov.tr/ mevzuat/ madde-gerekce.doc](http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/madde-gerekce.doc) (20/05/2019), 215.

kişinin kişisel verileri öğrenebileceği “yayma” elemiyle, gıyapta hakaretin ihtilat unsurunun hemen hemen her durumda gerçekleştiğini söylemek hatalı olmayacaktır. Ancak bu durumda fail tek bir eylemi ile birden fazla suçun oluşmasına neden olacaktır. Bu nedenle failin iki ayrı suçtan cezalandırılması adil olmayacaktır. Zira böyle bir durumda fikri içtima söz konusu olacak ve fail ancak cezası daha fazla olan suçtan sorumlu tutulacaktır.¹⁹²⁸

Yargıtay da bu şekilde düşünmektedir. Zira Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2014 yılında verdiği bir kararında “*sanığın genel yayın yönetmenliğini yaptığı gazetede köşe yazarı olarak çalışan katılanın yazdığı köşesinde kullanılan fotoğrafın, hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması nedeniyle hukuka aykırı olduğunda tereddüt bulunmayan bir yöntemle sanık tarafından internetteki özel bir arkadaşlık sitesine kimlik, adres ve telefon bilgileri verilmeksizin ve erkek arkadaşı aradığı açıklamasıyla konulması eylemi, ... hukuki anlamda tek fiil sayılması gereken eylem ile hem TCK’nin 136. maddesinde düzenlenen kişisel verileri hukuka aykırı olarak yayma suçu, hem de aynı kanunun 125/1-4 maddesinde düzenlenen alenen hakaret suçu olduğundan, sanık hakkında 5237 sayılı TCK’nin 44. maddesindeki farklı nev’iden fikri içtima hükümlerinin uygulanması ve oluşan suçlardan en ağır cezayı gerektiren kişisel verileri hukuka aykırı olarak yayma suçundan sanığa ceza tayin edilmesi gerekmektedir.*¹⁹²⁹” diyerek bu suçlar arasında fikri içtima kurallarının uygulanması gerektiğine karar vermiştir. Kişisel verilere ilişkin suçlara dair incelemeleri yapan 12 CD’nin görüşü de aynı doğrultudadır. 12. CD., bir kararında “*Mağdurların şeref, onur ve saygınlığını rencide edecek nitelikte ibareler ile birlikte kişisel veri niteliğindeki fotoğraflarını ve telefon numaralarını ilgili siteye kaydedip, yayımlaması biçimindeki eyleminin, TCK’nin 135/1, 136/1 ve 125/ 2-1-4 maddelerine uyan, kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme ve hakaret suçlarını oluşturduğu, sanığın tek eyleminin kanundaki birden fazla suçları oluşturması nedeniyle TCK’nin 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralı uyarınca en ağır cezayı gerektiren TCK’nin 136/1. madde ve fıkrasında tanımlanan verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan cezalandırılması gerektiği*¹⁹³⁰”ni kabul ederek sadece hakaret

¹⁹²⁸ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 161; Akdağ, *Türk Ceza*, 133; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 159.

¹⁹²⁹ YCGK., K. 2014/331.

¹⁹³⁰ Y. 12. CD., K. 2014/17262.

suçuyla değil kaydetme suçuyla da inceleme konumuz suç arasında fikri içtimanın geçerli olabileceği kabul edilmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu aynı konuyu tartıştığı oldukça yeni başka bir kararında *“TCK’nin 44. maddesinde düzenlenen farklı neviden fikri içtima hükmünün uygulanması için hukuki anlamda tek olan bir fiille birden fazla farklı suçun oluşması ve işlenen suçlarla ilgili kanunda açıkça fikri içtima hükmünün uygulanmasının engellenmemiş olması gerekmekte olup anılan maddenin uygulanma şartları arasında ‘tek suç işleme kastı’ koşulunun bulunmadığı, bu itibarla sanığın uzun süre birlikte yaşadığı katılanın kendisinden ayrıldıktan kısa bir süre sonra bir başkasıyla evlenmesine tepki olarak... fotoğrafların üzerine, adı ve kızlık soyadı ile evlendikten sonra edindiği soyadı ve telefon numarasını yazarak katılanın iç çamaşırlarına ve geceliğine zımbalayıp katılanın oturduğu bina ile Adapazarı ve hendek ilçelerindeki bir kısım binalara ve sokaklara bıraktığı olayda... sanığın... iç çamaşırlarını ve geceliğini ifşa etmesinin TCK’nin 134. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesindeki özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu, katılanın özel hayatına ilişkin fotoğrafları hukuka aykırı şekilde ifşa etmesinin TCK’nin 134. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesindeki özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu, katılanın kişisel veri niteliğindeki ad, soyad ve cep telefonu numarasını hukuka aykırı şekilde yaymasının TCK’nin 136. maddesindeki verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu oluşturduğu, sanığın gerçekleştirdiği bu eylemlerin, aynı zamanda katılanın onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte olması nedeniyle TCK’nin 125. maddesinin birinci ve dördüncü fıkralaruyarınca alenen hakaret suçunun da oluştuğu...hukuki anlamda tek olan fiili ile birden fazla suç oluştuğundan hakkında TCK’nin 44. maddesi uygulanma[ısı gerektiği]”¹⁹³¹ni kabul ederek hem hakaret hem özel hayatın gizliliğini ihlal hem de kişisel verileri yayma suçu arasında fikri içtima ilişkisini tartışmıştır. Kanaatimizce karar, isabetli bir hukuki yaklaşımı içermekte olup ayrıca eylemlerin tekliği ve çokluğunun belirlenmesi konusunda (çalışmamızın mahiyeti gereğince karar metninin ilgili kısımlarına yer verememiş olsak da) önemli tespitler içermektedir.*

2.2.2.5.3.3. Görünüşte İçtima

İnceleme konumuz suçla ilgili olarak görünüşte içtima hallerinin söz konusu

¹⁹³¹ YCGK., K. 2019/414.

olup olamayacağı tartışılmıştır. Bu kapsamda inceleme konumuz suç ile 132/2 hükmündeki kişiler arasındaki haberleşmenin hukuka aykırı ifşası, 132/3 hükmündeki kişinin kendisiyle yapılan haberleşmeyi, karşı tarafın rızası olmadan ifşası, 133/3 hükmündeki kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların veya kişinin kendisinin katıldığı aleni olmayan söyleşinin kaydının başkalarına verilmesi, 134/2 hükmündeki kişilerin özel hayatlarına ilişkin görüntü veya seslerin ifşası, 244/2 hükmündeki bir bilişim sistemindeki veriyi başka yere gönderme, 239/1 hükmündeki müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeleri vermek veya ifşa etmek, 243. maddedeki bilişim sistemine girme suçları arasında özel norm - genel norm ilişkisinin bulunduğu, inceleme konumuz suçun bu anlamda genel norm niteliğinde olduğu, bu nedenle bu suçların hepsinin kişisel verileri konu alacak şekilde işlenmeleri halinde özel normun önceliği ilkesi gereğince incelediğimiz suçun değilde bu sayılan normların uygulanması gerektiği¹⁹³² ifade olunmuştur. Ancak bu fikre değişik suçlar itibariyle karşı çıkanlar da olmuştur. Bu kapsamda TCK 134. maddedeki suçun 136. maddedeki suç açısından genel hüküm niteliğinde olduğu, bu nedenle failin sadece özel hüküm niteliğinde olan 136. maddenin uygulanması gerektiği¹⁹³³ savunulmuştur. Yine bunun tam tersi bir yaklaşımla bu iki suç tipi arasındaki ilişki bakımından, kişisel verilerin ele geçirilebilmesi için bunların mutlaka bilişim sisteminde kayıtlı olması gerekmediği, yine her iki suç tipinin koruduğu değerlerin farklı olduğu bu nedenle geçit suç niteliği taşımadığı, bilişim sistemindeki verilerle ilgili olarak suçun işlenmesi durumunda hem 243. maddenin hem de 136. maddenin uygulanmasının gerekeceği¹⁹³⁴ savunulmuştur. Bu düşünceye katılmamız mümkün değildir zira bilişim sistemine bir şekilde kaydedilmiş bir kişisel veri ile ilgili olarak bilişim sistemine girmeden kişisel veriye erişmek mümkün değildir. Bu yönüyle bir kişisel veriyi ele geçirmeyi amaçlayan bir kişi, bilişim sistemine girime ve orada kalma suçunu olmazsa olmaz şekilde işlemek zorundadır. Bu anlamda bu suç geçilen suç niteliği taşıyacaktır ve görünüşte içtima kuralları geçerli olacağından sadece amaç suç olan kişisel verileri ele geçirmek suçundan cezalandırılacaktır.

¹⁹³² Birtek, *Haberleşmenin Gizliliğini*, 263; Akdağ, *Türk Ceza*, 132; 243. Madde açısından Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 32, Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 163 ve Bük, *Elektronik Ortamda*, 227; 239. Madde açısından Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 175.

¹⁹³³ İtişgen, *Türk Ceza*, 198.

¹⁹³⁴ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 158-159; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 165.

Aynı eleştiriler kapsamında 239. madde açısından sağlık personelinin tıbbi müdahale nedeniyle öğrenmiş olduğu verilerin kişisel veri niteliğinde olduğu, 239. maddedeki verilerin ise daha çok ticari ilişki, müşteri ilişkisinden kaynaklanan veriler olduğu, bu nedenle kural olarak 136. maddedeki suçun söz konusu olacağı¹⁹³⁵ öne sürülmüştür. Bu görüşte olanlara göre (açıkça ifade edilmese dahi), sağlık çalışanları açısından kural olarak 239. maddedeki suç kişisel verilerin açıklanması yönüyle işlenemez suç niteliği taşımaktadır.

Kaydetme suçu ile verme ve yayma suçu arasında ki ilişki özelinde olmak üzere kişisel veriler hukuka aykırı olarak kaydedildikten sonra başkalarına verilmiş veya yayılmışsa verme veya yayma şeklindeki fiilleri gerçekleştirebilmesi için kaydetme fiilinin işlenmesi kaçınılmaz olduğundan bahisle kaydetme suçunun geçit suç niteliğinde olduğu ve failin sadece incelemekte olduğumuz suçtan cezalandırılacağı savunulmuştur.¹⁹³⁶ Ayrıca ele geçirme ve kaydetme kavramlarının ilişkisi çerçevesinde ele geçirme eyleminin kaydetmeden farklı olsa bile kaydetme eylemini de sonuçlayan ve ondan ağır bir davranış niteliğinde olduğunu, bu bakımdan verileri ele geçiren kişinin bunu ayrıca kaydetmiş olmasının bir anlamda cezalandırılmayan sonraki hareket kapsamında düşünülmesi ve failin yalnızca 136. madde gereğince cezalandırılması gerektiğini¹⁹³⁷ ifade edenler olmuştur.

Bu iki suç arasındaki içtimanın ortaya konulabilmesi açısından failin kastından hareketle yorum yapanlar da olmuştur. Örneğin fail hasmına ait kişisel verileri yaymak amacıyla önce kaydedip sonrada bu bilgileri başkalarına vermiş ise iki suç arasında geçit suç ilişkisi oluştuğu¹⁹³⁸ savunulmuştur. Ancak konuya bu şekilde sadece failin iradesinden hareketle bakılmasını doğru bulmamaktayız. Failin iradesinin yanında kişisel verilerin bulunduğu ortamın ve failin eylemini gerçekleştirirken kullandığı yöntemin birlikte değerlendirilerek bir neticeye ulaşılması gerektiğini düşünmekteyiz. Yayılması amaçlanan verilerin bulunduğu ortam itibarıyla kaydetme olmaksızın kişisel verilerin yayılması mümkün olmadığı söylenebiliyor ise ancak o zaman bu şekilde bir geçit suç ilişkisi kurulabilir.

¹⁹³⁵ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 912.

¹⁹³⁶ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 164; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 654.

¹⁹³⁷ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 654.

¹⁹³⁸ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden*, 654.

Bu suç ile arasında görüşte içtima hallerinin söz konusu olabileceği bir başka suç da TCK'nin 257. Maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçudur. Kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle inceleme konumuz suçun tipik hareketlerinden birinin gerçekleştirilmesi durumunda hem 136/1, 137/1 maddelerindeki suçun hem de 5237 sayılı TCK m. 257'de düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun oluşacağı, ancak 257. maddedeki suçun düzenlenme tarzı itibariyle tali norm niteliğinde olduğu, bu nedenle bir olaya uygulanabilmesi için söz konusu fiilin başka bir suç teşkil etmemesi gerektiği ve TCK m. 137/1'in uygulanabildiği durumlarda faile ayrıca 257. maddeden ceza verilmesinin mümkün olmadığı¹⁹³⁹ haklı olarak savunulmuştur. Zira böyle bir durumda asli normun önceliği prensibi çerçevesinde görünüşte içtima tam anlamıyla geçerlilik taşımaktadır.

Yargıtay'ın uygulamasına bakıldığında ise görünüşte içtima hallerine kararlarında genellikle geçerlilik tanınmadığı, ancak konunun tipikliğin ayrıntılandırılması suretiyle çözülmeye çalışıldığı görülmektedir. Yargıtay, tipikliğin sınırlarını daha ayrıntılı bir şekilde çizmeye çalışarak bu nitelikteki suçları birbirinden ayırmakta ve eylemin sadece bir tipikliği oluşturduğu sonucuna varma yolunu tercih etmektedir. Bu kapsamda, kaydetme suçunda da incelediğimiz bir kararında “...sahte facebook hesabı açıp, bu hesapta, mağdurla birlikte çektirdikleri özel fotoğrafları yayımlamak suretiyle TCK'nin 136/1. Madde ve fıkrasındaki verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu işlediğinin iddia edildiği olayda, iddianamede yazılı sahte facebook hesabındaki fotoğraflarda, sanıkla beraber çekim yapan cihaza odaklanan mağdurun, yanında yatan ve çıplak vaziyette olan sanığa sarılmış ve göğüs hizasından itibaren çekilmiş görüntüsünün kaydedildiği dikkate alındığında, sanıkla aralarındaki ilişkinin varlığını ve boyutunu kendisinde saklı tutan mağdurun, cinsel ve fiziksel mahremiyetine ilişkin özel yaşam alanı kapsamındaki fotoğraflarının, onun rızasına aykırı şekilde yayımlanması eyleminin, TCK'nin 134/2. Madde ve fıkrasındaki görüntü veya seslerin ifşa edilmesi suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğunu¹⁹⁴⁰” kabul etmiştir.

Görüldüğü üzere Yargıtay, suçların özel ya da genel hüküm veya asli ya da tali norm niteliğinde olup olmadığına bakmaksızın, somut eylemi ayrıntılandırarak sadece

¹⁹³⁹ İtişgen, *Türk Ceza*, 198.

¹⁹⁴⁰ Y. 12. CD., K. 2019/9056.

özel hayata ilişkin görüntülerin ifşası suçunun oluştuğunu kabul etmekte ve görünüşte içtima hükümlerini tartışmamaktadır. İnceleme konusu kararda bahsedilen eylem esasında bu iki suç tipini de oluşturmakta ancak bu iki norm arasında özel norm – genel norm ilişkisi bulunmaktadır. Zira 134/2. madde sadece özel hayata ilişkin görüntü ve sesleri konu olmakta, ancak 136. madde bunları da kapsamına alan tüm kişisel verileri konu edinmektedir. O halde incelenen eylemin konusunu özel hayata ilişkin bir görüntü oluşturduğundan burada özel normun önceliği çerçevesinde sadece 134/2. maddesinin uygulanması, 136. maddenin uygulanma imkânının bulunmaması gerekmektedir. Bu değerlendirmede Yargıtay’ın ulaştığı neticeye ulaşılmakta ancak değerlendirme, sadece tipiklik analizi ile değil normlar arasındaki ilişkinin analizi yoluyla gerçekleştirilmektedir. Her ne kadar somut örnekte aynı neticeye ulaşılsa da Yargıtay’ın uygulaması somut olayın hatalı şekilde analiz edilerek yanlış sonuçlara ulaşılmamasına müsaittir.

2.2.2.6. Yaptırım ve Zaman Aşımı

Suçun temel şeklinin yaptırımı iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasıdır. Maddenin ilk şeklinde bir yıl olan alt sınır 06/03/2014 tarih ve 28933 mükerrer sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 21/02/2014 tarih ve 6526 sayılı Kanun’un 4. maddesi ile iki yıl olarak değiştirilmiştir. Böylelikle suçun temel şeklinin cezasının altı sınırı iki katına yükseltilmiştir. Bu yönde bir değişiklik yapılmasının gerekçesi ise “*Değişiklikle, kişisel verilerin ve özel hayatın daha etkin korunması amaçlanmaktadır. Elde edilen kişisel veri niteliğindeki bilgilerin daha etkin bir korumaya kavuşturulması amaçlanmaktadır.*¹⁹⁴¹” şeklinde ifade olunmuştur.

Suçun kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle ya da belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi halinde, verilecek ceza TCK’nin 137. maddesi uyarınca yarı oranında arttırılacaktır. Bu durumda suçun temel şekline ilişkin 8 yıl olarak uygulanan dava zaman aşımının nitelikli şeklinin işlenmiş olması halinde üst sınırın 5 yıldan fazla hapis cezasını gerektirmesinden ötürü 15 yıl olarak uygulanması gerekecektir.¹⁹⁴²

¹⁹⁴¹ 6526 sayılı Kanun Gerekçesi, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss560.pdf> (20/05/2019), 7-8.

¹⁹⁴² Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 168.

Suçun işlenmesi ile tüzel kişiye menfaat sağlanmış¹⁹⁴³ veya tüzel kişi suçun işlenmesinde araç olarak kullanılmışsa TCK'nin 140. maddesi uyarınca ilgili tüzel kişiler hakkında TCK'nin 60. maddesinde gösterilen güvenlik tedbirleri uygulanacaktır.

Uygulanacak yaptırımın bu şekilde ağırlaştırılmış olması caydırıcılık anlamında olumlu görülebilir.¹⁹⁴⁴ Ancak daha öncede belirtildiği gibi bir cezanın esas caydırıcılığı onun mutlak surette uygulanacak olmasına dair beklentidir.¹⁹⁴⁵ Özellikle alternatif infaz sistemleri ve infaz sisteminde sık yapılan değişiklikler bu anlamda cezanın caydırıcılığını ciddi anlamda etkisiz kılıca bir nitelik taşımaktadır. Özellikle hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi müesseseler nedeniyle, toplumda yapılanın cezasız kaldığı, ceza adaleti sisteminin işlemediği tartışmalarının ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu yöndeki tartışmalar esasında yeni olmayıp suçun 765 sayılı TCK'deki karşılığı olan meslek sırrının açıklanması suçuna ilişkin olarak benzer eleştiriler getirilmiştir. Bu yönüyle cezanın alt sınırının az olması, ülkemiz şartlarında yargılamaların da haddinden fazla uzun sürmesiyle birleşerek mağdurların ceza kovuşturmasını harekete geçirmesine engel teşkil edebileceğinden, maddede öngörülen ceza, ıslah edici ve caydırıcı bir nitelik taşımamakta¹⁹⁴⁶ olduğu ifade edilmiştir.

Faile özellikle de sağlık meslek mensuplarına uygulanacak meslek ya da sanatı icradan belli sürelerle yasaklanma güvenlik tedbirlerine ilişkin olarak kaydetme suçunda yaptığımız tüm açıklamalar bu suç açısından da geçerlidir. Bu yönüyle sağlık meslek mensubu hapis cezasına mahkûm olursa bunun kanuni sonucu olarak ayrıca bir karara gerek olmaksızın bu hapsin infazı tamamlanıncaya kadar mesleğini icra etmekten yoksun bırakılacaktır. Yine mesleğinin tanıdığı yetkiyi kötüye kullanarak suç işlediğinden neticede para cezasına bile mahkûm edilse hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar, bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilecektir.¹⁹⁴⁷

Bu başlık altında ayrıca suçun temel şeklini oluşturan hareketlerin hepsine aynı cezanın öngörülmesini de ölçülü bulmadığımızı ifade etmeliyiz. Yukarıda da belirttiğimiz üzere suçun seçimlik hareketlerini oluşturan fiiller vermek, yaymak ve ele

¹⁹⁴³ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 33.

¹⁹⁴⁴ Aynı yönde Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında*, 93.

¹⁹⁴⁵ Beccaria, *Suçlar ve Cezalar*, 129.

¹⁹⁴⁶ Cin, *Tıp Etiği*, 149.

¹⁹⁴⁷ Aynı yönde Koca, *Yeni TCK'da*, 179; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4128.

geçirmektir. Bu fiillerin her birinin mağdur üzerinde doğuracağı zararın boyutu aynı değildir. Çünkü özel bir bilginin sadece bir kişiye verilmesi ile belirsiz sayıda kişi tarafından öğrenilmesinin sağlanması, örneğin internet ağları vasıtasıyla elektronik dünyada paylaşılmasının mağdur üzerinde doğurabileceği zararlar kesinlikle eşit kabul edilemezler. Ayrıca mütemadi bir şekilde gerçekleştirilen eylemin tekrarlanmasının önüne geçilmesi oldukça güç olacaktır. Bu nedenle bu iki yöntemle (verme – yayma) işleme açısından suçların cezalarında farklılık bulunması zarureti hasıl olmaktadır. Tam da bu noktada belki de hâkimin TCK’nin 61. maddesindeki yetkisi çerçevesinde cezayı tayin ederken alt sınırdan uzaklaşabileceği tezi savunulabilir. Ancak yeterli bir istatistik bulunmamakla birlikte uygulamaya bakıldığında kararların büyük çoğunluğunun kanuni alt sınırdan hüküm kurma yolunun tercih edildiği görülmektedir. Ayrıca yasa koyucu hakaret suçu gibi kişinin saygınlığına karşı işlenen bazı suçlarda suçun alenen işlenmesini yani isnadın birden fazla veya sayısız kişilerce öğrenilebilecek şekilde işlenmesini ayrıca bir artırım nedeni saymıştır.¹⁹⁴⁸ Bu açıdan meseleye bakıldığında her iki suç tipi oldukça benzerlikler göstermektedir. Hakaret suçunda aleniyetin ağırlatıcı bir neden olarak düzenlenmesinin sebebi kanunun gerekçesinde, gerçekleştiği koşullar itibarıyla belirli olmayan ve birden fazla kişiler tarafından algılanabilir olması olarak izah edilmiştir.¹⁹⁴⁹ Konumuz açısından ise yayma fiili de aynen bu nitelikte olup zaten bu nedenle vermeden ayrı bir fiil olarak yasada özel bir şekilde belirtilmiştir. Birden fazla ve belli olmayan sayıda kişiye verinin ulaştırılması yayma olarak kabul edilmektedir. Tüm bu nedenlerle suçun yayma şekilde işlenmesi halinin suçun temel şekli olarak değil de ağırlatıcı bir nitelikli hali olarak düzenlemesi gerektiğini düşünülmekteyiz.

Yine aynı kapsamda TCK’nin 135 ve 136. maddelerinin birleştirilerek tek maddede düzenlenmesi ve yaptırımlarının da eylemin derecesine göre belirlenmesi gerektiği ifade edilmiş ve mevcut haliyle ele geçirmenin cezasının kaydetmeden daha ağır olarak düzenlenmiş olduğu, ancak ele geçirmeden kayıt yapılamayacağından kaydetmenin sonraki hareket olarak görülmesi gerektiği, kaydetmenin, ele geçirmeye göre daha vahim sonuçlar doğuracak nitelikte olması nedeniyle cezasının da daha ağır

¹⁹⁴⁸

Bkz. TCK 25/4 “*Hakaretin alenen işlenmesi halinde ceza altıda biri oranında artırılır*”.

¹⁹⁴⁹

Bkz. Yeni Türk Ceza Kanunu madde gerekçeleri, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc> (20/05/2019), 215.

olması gerektiği¹⁹⁵⁰ haklı olarak ifade olunmuştur. Zira kayıt halinde silinmediği sürece kişisel veri varlığını koruyacak ve her veri öznesi aleyhine kullanılabilir. Bu nedenle mağduruna daha ağır zararlar vermesi daha olasıdır. Bu nedenle ele geçirmeden kesinlikle daha ağır bir haksızlıktır.

2.2.2.7. Yargılama

Hükümde öngörülen cezanın üst sınır 4 yıl olduğuna göre 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11. Maddesi uyarınca bu suçun yargılamasını yapma görevi Asliye Ceza Mahkemesi'ne aittir.

Yetkili mahkeme ise 5271 sayılı CMK'nin 12. Maddesi kapsamında belirlenecektir. Buna göre kural olarak yetkili mahkeme suçun işlendiği yer mahkemesidir. Suç teşebbüs halinde kalmış ise son icra hareketinin yapıldığı yer, suç temadi eden bir nitelikte işlenmişse temadinin kesildiği yer, zincirleme suç şeklinde işlenmişse zincirin son halkasını oluşturan suçun işlendiği yer mahkemesi yetkilidir. Yetkili savcılıkta yetkili mahkemenin yanında kurulu bulunan savcılık teşkilatıdır. Buna göre kısaca verme, yayma ya da ele geçirme eyleminin yapıldığı yer mahkemeleri ve bu mahkemelerin yanında kurulu bulunan Cumhuriyet savcılığı¹⁹⁵¹ yetkilidir.

Suçun kamu görevlisi tarafından görevinin verdiği yetki kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi ya da belli bir meslek veya sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi halinde, 5235 sayılı Yasa'nın 14. maddesi uyarınca mahkemelerin görevlerinin belirlenmesinde ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenlerin gözetilmeyeceği hükmüne göre, görevli mahkeme değişmeyecektir.¹⁹⁵²

2.2.3. Verileri Yok Etmeme

2.2.3.1. Genel Olarak

Kişisel veriler, nerede ve ne maksatla tutulduklarına bakılmaksızın, kişinin özel hayatına ilişkin olmaya devam ederler ve bu nedenle de cezai bir korumayı hak etmektedirler.¹⁹⁵³ Bu kapsamda kişisel verilerin dürüstlük kuralına ve yürürlükteki

¹⁹⁵⁰ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 25.

¹⁹⁵¹ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 33.

¹⁹⁵² Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4129.

¹⁹⁵³ Hafızogulları ve Özen, *Özel Hayata*, 21.

hukuka uygun olarak toplanmış olmaları, bu verilerin tutuldukları sistemde sonsuza kadar bulundurulabilecekleri anlamına gelmez.¹⁹⁵⁴ Zira veri öznesi kişi, bu verilerin başkalarının sürekli olarak erişebilecekleri bir ortamda olmasından dolayı kendisinin yine sürekli bir şekilde güvensizlik içinde hissedecektir.¹⁹⁵⁵ Hiçbir insan sürekli olarak izlenen, haklarında bilgiler kayıtlanan ve bu verilerin sürekli olarak hazırla bulundurulduğu sistemlerin öznesi olan bireyler olarak yaşamak istemezler.¹⁹⁵⁶ Bu nedenle kişisel verileri bir şekilde toplanarak belli sistemlere kaydedilmiş bireylerin bu verilerinin belli bir zaman sonra bahse konu sistemlerden tekrar erişilemeyecek bir şekilde çıkartılması önemli bir zorunluluk olarak görülmektedir.¹⁹⁵⁷ Çünkü meşruiyetini bireysel ve toplumsal bir ihtiyaçtan alan verilerin kayıt altında bulundurulması durumu, bahse konu ihtiyaç ortadan kalktığı zaman meşruiyet zeminini de kaybetmiş olacaktır. Buna göre ve özellikle keyfiliğin de önüne geçebilmek adına verilerin toplama amacının ortadan kalkmasından sonra bahse konu verilerin kayıt ortamlarında yok edilmesi veya en azından veri özneleri ile var olan doğrudan veya dolaylı bağlantılarının ortadan kaldırılması gerekmektedir.¹⁹⁵⁸

AİHM de kişisel verilerin süresiz bir şekilde kayıt altında bulundurulmasını ölçülülük ilkesine aykırı kabul etmektedir. Örneğin S. ve Marper- Birleşik Krallık kararında mahkeme bahse konu kararının 119. paragrafında *“Bu bağlamda, Mahkeme, İngiltere ve Galler'deki alıkoyma yetkisinin genel ve ayırım gözetmeyen doğası karşısında şaşkınlığını ifade etmektedir. Materyal, bireyin başlangıçta şüphelenildiği suçun niteliğine veya ağırlığına bakılmaksızın alıkonulabilmekte, şüpheli suçlunun yaşı; parmak izleri ve örnekler, hafif veya hapsi gerektirmeyen suçlar da dahil olmak üzere kayda geçirilebilmekte, bir suçla bağlantılı olarak tutuklanan her yaştan kişiden alınabilmekte ve saklanabilmektedir. Tutma süresi sınırlandırılmamıştır; materyal, kişinin şüphelenildiği suçun niteliği veya ciddiyeti ne olursa olsun süresiz olarak saklanmaktadır. Ayrıca, beraat etmiş bir kişinin verilerin ulusal veri tabanından çıkarılması veya materyallerin imha edilmesi için yalnızca sınırlı olanaklar mevcuttur; özellikle, suçun ciddiyeti, önceki tutuklamalar, kişiye karşı şüphenin gücü ve diğer özel durumlar gibi faktörler de dahil olmak üzere, tanımlanmış kriterlere göre tutma*

¹⁹⁵⁴ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 160-161.

¹⁹⁵⁵ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 160-161.

¹⁹⁵⁶ Ergün, *Siber Suçların*, 119-120.

¹⁹⁵⁷ Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 67; Ergün, *Siber Suçların*, 119-120.

¹⁹⁵⁸ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 160-161.

gereğesinin bağımsız olarak gözden geçirilmesine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.¹⁹⁵⁹ ” tespiti yapıldıktan sonra 125. Paragrafında “Sonuç olarak, Mahkeme, mevcut başvuruların davasında uygulandığı gibi, suçtan şüphelenilen ancak hüküm giymemiş kişilerin parmak izlerinin, hücre örneklerinin ve DNA profillerinin muhafaza edilmesi yetkilerinin kapsamlı ve ayırım gözetmeyen doğasının, mevcut başvuruların durumunda olduğu gibi, çatışan kamu ve özel çıkarlar arasında adil bir denge sağlayamadığı ve davalı Devletin bu bağlamda kabul edilebilir herhangi bir takdir marjını aştığı sonucuna varmıştır. Buna göre, söz konusu saklama, başvuruların özel hayata saygı haklarına orantısız bir müdahale teşkil etmekte olup, demokratik bir toplumda gerekli görülemez.” diyerek kişisel verileri içeren örneklerin geniş kapsamlı, ayırım gözetemeksizin saklanmaya devam edilmesi özel hayata saygı hakkının ihlali olarak görmüştür. Kararda özellikle bu nitekteki örneklerin süresiz bir şekilde tutulmaya devam edilmesi bu anlamda ölçülü olarak görülmemiştir.

Kişisel verilerin korunması ve işlenmesinde uyulması gereken en temel ilkelerden birisi, verilerin amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü işlenmesi ilkesidir. Bu ilkeye göre kişisel verilerin, kaydedilme amacını gerçekleştirmek için gerekli olan miktarda ve bu amacın gerçekleşmesini sağlayacak süreyle işlenmesi veya kayıt altında tutulması gerekmektedir. Bu kapsamda ilke, başlangıçta hukuka uygun olarak toplanmış da olsa toplanma amacı için gereksiz hale gelmesi veya bu amacın gerçekleşmesi/ tamamlanması ya da gerçekleşme imkânının kalmaması gibi durumlarda, kaydedilmiş olan kişisel verilerin silinmesi veya anonim hale getirilmesini gerektirmektedir.¹⁹⁶⁰

İlke, KVKK’de açık şekilde düzenleme altına alınmıştır. Zira KVKK’nin 4. maddesinde kişisel verilerin işlenmesine dair bir ilke olarak “İlgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme” şeklinde düzenlenmiştir. Kanun koyucu bu düzenlemeye ek olarak m. 7/1 hükmünde “Kanun hükümlerine uygun olarak işlenmiş olmasına rağmen, işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması hâlinde kişisel veriler resen veya ilgili kişinin talebi üzerine veri sorumlusu tarafından silinir, yok edilir veya anonim hâle getirilir.” demek suretiyle, işlenmeyi gerektiren sebeplerin ortadan kalkması halinde kişisel verilerin duruma göre silineceği, yok edileceği veya anonimleştirileceği yönünde emredici bir düzenlemeye

¹⁹⁵⁹ AİHM, S. ve Marper – Birleşik Krallık, 30562/04 ve 30566/04.

¹⁹⁶⁰ Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 169.

yer vermiştir. İşte Kanun'da açık şekilde düzenleme altına alınan bu ilkelere yasa koyucu o kadar büyük bir önem vermiştir ki buna aykırı davranışları TCK'nin 138. maddesinde “Verileri Yok Etmeme” adı altında ayrı bir suç olarak düzenlemiştir.¹⁹⁶¹

TCK'nin 138. maddesine göre “(1) Kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediklerinde bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) (Ek fıkra: 21/02/2014-6526 S.K./5. md) Suçun konusunun Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre ortadan kaldırılması veya yok edilmesi gereken veri olması hâlinde verilecek ceza bir kat artırılır.”

Düzenleme ile kişisel verilerin keyfi bir şekilde tutulmasının ve bu yolla özel hayatın gizliliğine saygı hakkının ihlalinin önüne geçilmek istenmiş ve bu kapsamda kişisel verilerin onları yok etmekle yükümlü olanlar tarafından kanuni süreler geçmesine rağmen yok edilmemesi hali yaptırıma altına alınmıştır.¹⁹⁶² Bu kapsamda kişisel verilerin yok edilmeleri, kişisel verilerin korunması açısından en az kaydedilmesi ve depolanması kadar önem arz etmektedir.¹⁹⁶³ Zira kaydetme ile yok etmemenin cezaları alt sınır itibarıyla aynıdır.

İlk olarak belirtmek gerekir ki maddenin düzenlendiği yer ve düzenleniş tarzına yönelik haklı eleştiriler bulunmaktadır. Bu kapsamda madde gerekçesiyle madde başlığı ve madde metninde bariz çelişkilerin bulunduğu, maddenin lafzının maddenin TCK sistematigiyle çelişmesine neden olduğu, madde kenar başlığında ve metninde “veri” kavramından bahsedilirken maddenin gerekçesinde “*kişisel veriler*”den bahsedildiği, kişisel olmayan verilerin korunması amaçlanıyorsa suçun şuan bulunduğu yerde değil bilişim alanındaki suçların düzenlendiği yerde düzenlenmesi gerektiği, kişisel verileri korumak amaçlanıyorsa mevcut yerinde ancak madde metninde kişisel veri ibaresinin kullanılması gerektiği¹⁹⁶⁴ haklı olarak ifade olunmuştur. Zira mevcut düzenleme şekli ciddi oranda karışıklıklara neden olabilecek niteliktedir.

2.2.3.2. Suçla Korunan Hukuksal Değerler

TCK'nin 138. maddesinde düzenlenen suçla korunan hukuki yarar, esasında

¹⁹⁶¹ Aynı yönde Bük, *Elektronik Ortamda*, 88.

¹⁹⁶² Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2750; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 181.

¹⁹⁶³ Bük, *Elektronik Ortamda*, 88.

¹⁹⁶⁴ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 33.

kişisel verilere karşı işlenen diğer suçlarla aynıdır. Bu kapsamda ilk olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. ve Anayasa'nın 20. maddelerinde güvence altına alınan kişilerin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkı korunmaktadır.¹⁹⁶⁵ Yani kişinin özel hayatı bu suçlar korunan temel hukuksal değerdir.¹⁹⁶⁶ Zira suçla özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına, devlet organları karşısında da güvenceler getirilmektedir.

Kişisel verilerin kaydedilmesi işlemi keyfî bir işlem olmadığından, kanunda belirlenen sürelerin geçmiş olmasına karşın bu verilerin görevlilerce sistem içinde yok edilmemesi, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına müdahale anlamına gelecek olup yasa koyucu bu düzenleme ile özel hayata yönelik hukuka aykırı olası müdahaleleri önlemeyi amaçlamaktadır.¹⁹⁶⁷

Bu suç tipiyle, özel hayatın gizliliğine saygı hakkının yanında, Anayasa'da teminat altına alınan kişisel verilerin korunması hakkı da korunmaktadır. Bu yönüyle suçla kişisel verilerin ve özel hayatın gizliliğinin sağlanması bağlamında, konuldukları/ kaydedildikleri sistem içinde yok edilmesine ilişkin ferdi- kamusal yarar korunmaktadır.¹⁹⁶⁸ Yani bu suçla kişisel verilerin korunması hakkı ve bu yarara ek olarak kamu idaresine duyulan güven de korunmaktadır.¹⁹⁶⁹ Başka bir deyişle suçla *kişisel verilerin bizzatı kendisi hem de kişisel veriler açısından istenilen güvenlik yanında kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişi de korunmaktadır.*¹⁹⁷⁰

Bu suç tipiyle, kamu görevinin yerine getirilmesiyle bundan sağlanacak kamu yararının elde edilmesi bir değer olarak korunmaktadır. Zira verileri yok etmekle görevli kişinin bunu yapmaması kamu görevinin yerine getirilmesinde gereken disiplini bozmaktadır. Bu sayede kişisel verilerinin sonsuza kadar kamu idaresinin uhdesinde tutulmayacağına ve ihtiyacın ortadan kalkması halinde silineceğine ilişkin olarak bir güven oluşmaktadır.¹⁹⁷¹ Netice itibarıyla bu suç tipiyle kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişi ile kişisel verilerin güvenliği korunmaktadır.¹⁹⁷²

¹⁹⁶⁵ Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2751; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4132; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2098; Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 170.

¹⁹⁶⁶ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 570.

¹⁹⁶⁷ Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2098.

¹⁹⁶⁸ Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hayata*, 22.

¹⁹⁶⁹ Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 170.

¹⁹⁷⁰ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 123.

¹⁹⁷¹ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 161; Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 171.

¹⁹⁷² Ergün, *Siber Suçların*, 120.

Bir kısım yazarlar bu suçun kamu idaresinin güvenilirliğini korumakta olduğu düşüncesine karşı çıkmaktadırlar. Böyle düşünenlere göre verileri yok etmeme suçu, TCK'de; Özel Hükümler kitabının Kişilere Karşı Suçlar kısmında ve Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar bölümünde düzenlenmiştir. Düzenlendiği yer dikkate alındığında, suçun ihdas edilmesiyle korunmaya çalışılan temel değer kişisel verileri yok edilmeyen veri öznelerinin özel hayatlarının gizliliği olup¹⁹⁷³, kamu idaresinin güvenilirliği değildir. Aynı kapsamda madde metninde fail olarak "*kamu görevlisi*" kavramı yerine "*...yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediklerinde...*" şeklinde bir ifade kullanılıyor olması nedeniyle, fail kamu sektöründe ya da özel sektörde görevli olabilecektir. Bu nedenle maddeyle genel olarak verilerin zamanı gelince silineceğine dair sadece kamu görevlilerine yönelik değil, özel sektör çalışanlarına yönelik güven de, yani tüm kamuya yönelik toplumsal güven duygusunun da korunmakta olduğu¹⁹⁷⁴ ifade edilmiştir.

Tüm bu farklı ifade ediliş tarzlarının aksine bu suçun koruduğu hukuksal değerlerin kişisel verilerin kaydedilmesi suçuna ilişkin olarak belirttiğimiz tüm hukuksal değerleri koruduğunu düşünmekteyiz. Bu kapsamda inceleme konusu suçla kişisel sağlık verilerinin suçun konusunu oluşturması durumu özelinde olmak üzere ve insan onuru çerçevesinde kişilerin yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme, özel hayatın gizliliği, hem bireysel hem de toplumsal açıdan sağlık haklarının korunduğunu düşünüyoruz.

2.2.3.3. Suçun Unsurları

2.2.3.3.1. Maddi Unsurlar

2.2.3.3.1.1. Fail

TCK m. 138 hükmünde, kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın, kişisel verileri konuldukları sistem içinde yok etmekle yükümlü kişilerin görevlerini yerine getirmemelerini, yani görevlerini ihmalî suç saymıştır.¹⁹⁷⁵ Bu suç ile sistemde bulunan kişisel verilerin sürekli olarak bu sistemlerde bulunması ve böylelikle her an ulaşılabilirliğinin sağlanmasının önüne geçilerek verileri sistemden çıkarmayanlara yani

¹⁹⁷³ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 183.

¹⁹⁷⁴ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 34.

¹⁹⁷⁵ Hafızogulları ve Özen, *Özel Hayata*, 22.

bu konudaki görevlerini ihmal edenlere yaptırım öngörülmektedir.¹⁹⁷⁶ Bu nedenle bu suç fail bakımından özellik taşır. Buna göre verileri yok etmeme suçunun faili, madde metninde "*verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlar*" olarak belirlenmiştir. Bu suçun faili ancak verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olan kişiler olabilir. Bu özelliği nedeniyle bu suç, özgü suçtur.¹⁹⁷⁷ Ancak failin kamu görevlisi olması zorunlu olmayıp, kişisel verileri yok etmekle yükümlü herhangi bir kişi olabilir.¹⁹⁷⁸ Fail herhangi bir meslek ya da sanat sahibi bir kişi de olabilir.¹⁹⁷⁹ Bu kapsamda önem taşıyan husus kanun tarafından, belirlenen süre içinde kişisel veriyi yok etme yükümlülüğünün getirilmiş olmasıdır.¹⁹⁸⁰ Bu şekilde bir yükümlülük altında bulunan tüm görevliler için kabul edilmiş bir suçtur.¹⁹⁸¹

Kanun emri veya yetkili merciin emrinin icrası cümlesinden olarak bu işle yükümlü olmayan kimseler bu suçun faili olamaz.¹⁹⁸² Fail, verileri yok etmekle yükümlü olmalı, bu durum failin görev alanına giriyor olmalıdır. Bu görevin varlığı ise failin tabi olduğu mevzuat hükümlerine göre ve her somut olaya göre belirlenecektir.¹⁹⁸³ Bu nedenle ister sıfatı kamu görevlisi olsun isterse olmasın bu suçun faili olabileceklerdir.¹⁹⁸⁴ Ancak mahiyetinin gereği olarak suç daha çok kamu görevlisi kişilerce işlenir olmakla birlikte, kamu görevlisi olmak ne suçun oluşmasına ne de ağırlaştırılmasına etkilidir.¹⁹⁸⁵

Kişisel veriler özelinde olmak üzere verilerin silinmesine yönelik olarak yapılan temel görevlendirme 6698 sayılı KVKK'de bulunmaktadır. Kanun'un "*Kişisel verilerin*

¹⁹⁷⁶ Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 66.

¹⁹⁷⁷ Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hayata*, 22; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4133; Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2751; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 570; Bük, *Elektronik Ortamda*, 88; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 186; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2099; Ergün, *Siber Suçların*, 120; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 35; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4133; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 163; Güven, *Hasta Bilgilerinin*, 71; Akdağ, *Türk Ceza*, 134; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 124.

¹⁹⁷⁸ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 124; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 187; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 35; Ergün, *Siber Suçların*, 120; Akdağ, *Türk Ceza*, 134; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4133; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 163.

¹⁹⁷⁹ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 570-571; Güven, *Hasta Bilgilerinin*, 71; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 163.

¹⁹⁸⁰ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4133; Akdağ, *Türk Ceza*, 134; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 570-571; Güven, *Hasta Bilgilerinin*, 71.

¹⁹⁸¹ Malkoç, *5237 Sayılı*, 915.

¹⁹⁸² Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hayata*, 22.

¹⁹⁸³ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 571; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 163; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 124.

¹⁹⁸⁴ Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2099.

¹⁹⁸⁵ Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hayata*, 22.

silinmesi, yok edilmesi veya anonim hâle getirilmesi” başlıklı 7. maddesinde bu sorumluluk pek çok konuda olduğu gibi bunda da “*veri sorumlusuna*” vermiştir. Veri sorumlusu ise 6698 sayılı Kanun’un 3. maddesinin 1. fıkrasının (1) bendine göre “*Kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişidir.*”. Buna nedenle verileri TCK’nin 138. maddesine göre zamanı geldiğinde silmesi gereken de bu gerçek ya da tüzel kişidir. Veri sorumlusunun tüzel kişi olması halinde, veri sorumlusunun bu konuda belirleyeceği temsilci ve/veya görevlendireceği kişi veya kişiler incelenen suçun faili olacaktır.¹⁹⁸⁶

2.2.3.3.1.2. Mağdur

Bu suç mağdur açısından da özellik taşır.¹⁹⁸⁷ Zira suçun koruduğu hukuki değer hususundaki görüş farklılıklarının bir neticesi olarak mağdurun kim olacağı konusunda da yazarlar arasında görüş ayrılığı bulunmaktadır.

Verileri yok etmeme suçunun koruduğu hukuki değerın kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişı olduğunu savunan yazarlara göre bu suçun mağduru kamu idaresi olup kişisel verileri silinmeyen kişi suçtan zarar görendir. Korunan hukuki değerin özel hayatın gizliliğı olduğu görüşünü benimseyen yazarlara göre ise bu suçun mağduru kişisel verileri kaydedilmiş olup kanunda öngörülen süreler geçmiş olmasına rağmen kişisel verileri silinmeyen kişidir.¹⁹⁸⁸ Ancak biz suçun her iki değeri de koruduğunu düşündüğümüz için suçun mağduru sayılanların her ikisi de olmalıdır. Bu kapsamda suçun mağduru kişisel verileri hukuka uygun olarak kaydedilmiş, yani bir sisteme kişisel verileri yüklenmiş olan ancak kanunda belirlenen sürelerin geçmiş olmasına rağmen verileri sistem içinde yok edilmeyen gerçek kişidir.¹⁹⁸⁹ Bu yönüyle gerçekten suç, verileri sistem içinde yok etme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suretiyle işlenebildiğine göre öncelikle suçun konusu sistem içinde bulunan kişisel veridir bu nedenle mağduru da bu verinin sahibi olan kişi¹⁹⁹⁰ olmalıdır. Ancak verilerin yok edilmemesi suçu işlendiğinde kamu idaresine duyulan güven kırılacağından bu

¹⁹⁸⁶ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 124.

¹⁹⁸⁷ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 571.

¹⁹⁸⁸ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 187.

¹⁹⁸⁹ Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2100; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 163; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 36; Güven, *Hasta Bilgilerinin*, 71; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 571; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 187.

¹⁹⁹⁰ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 571.

suçun mağduru aynı zamanda tüm kamu/ toplum olacaktır.¹⁹⁹¹ Zira bu suç tipinde hem kişilerin verileri hem de bunların yok edilmesine ilişkin toplumda idareye duyulan güven korunduğu için hem verilerin ilgilisi bireyler hem de toplumu oluşturan her birey suçun mağduru olurlar.¹⁹⁹² Nitekim TCK'nin 139. maddesinde bu suçun takibinin şikâyeteye tabi olmadığına vurgulanması da bu kanaati güçlendirmektedir.¹⁹⁹³

Kişisel verileri konu alan diğer tipiklikte özel olarak kişisel verilerden bahsedildiğinden bu suçlarda tüzel kişilerin mağdur olması mümkün değildir. Ancak incelemekte olduğumuz suçun düzenlendiği TCK'nin 138. maddesinde gerek kenar başlığında gerekse madde metninde "*kişisel veriler*" kavramı değil de "*veri*" kavramı kullanıldığından, bu suçun konusunun tüm veriler olduğu, dolayısıyla da kişisel verileri konu alan diğer suçlardan farklı olarak tüzel kişilerinde bu suçun mağduru olabilecekleri¹⁹⁹⁴ haklı olarak savunulmuştur. Yine aynı bakış açısı kapsamında, yok edilmesi gereken verilerin tüzel kişinin ticari ve sosyal yaşamı bakımından son derece önemli veriler olabileceği, bu durumda verinin yok edilmemesiyle o tüzel kişiliğin de doğrudan zarar göreceği ve bu nedenle bu suça ilişkin olarak tüzel kişilerin mağdur olabilecekleri¹⁹⁹⁵ ifade olunmuştur. Bu yaklaşım isabetli olup esasında bu suçun bu haliyle bulunduğu yerde olmaması gerektiğinin de bir göstergesidir. Zira kişisel verilere ve özel hayata ilişkin bir kısımda tüzel kişilerin de mağdur olabildikleri bir suç düzenlenmiş bulunmaktadır.

Suçun mağduru bakımından çok daha farklı düşünenler de bulunmaktadır. Bunlara göre suçun mağduru ile ilgili olarak özel bir düzenleme bulunmaması¹⁹⁹⁶ nedeniyle suçun mağduru herkes olabilir.¹⁹⁹⁷ Ancak, böyle düşünen bazı yazarlar aynı zamanda tüzel kişinin bazı hukuki gerçekliklerin örneğin aile vb. nin suçun mağduru olamayacaklarını da düşünmektedirler.¹⁹⁹⁸

¹⁹⁹¹ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 163; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 36.

¹⁹⁹² Dülger, *Kişisel Verilerin*, 124.

¹⁹⁹³ Aynı yönde Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 36.

¹⁹⁹⁴ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 36.

¹⁹⁹⁵ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 36.

¹⁹⁹⁶ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4133; Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2751.

¹⁹⁹⁷ Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2751; Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hayata*, 22; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4133.

¹⁹⁹⁸ Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hayata*, 22.

2.2.3.3.1.3. Suçun Konusu

Suçun düzenlendiği maddenin kenar başlığı ve madde metni birlikte değerlendirildiğinde verileri yok etmeme suçunun konusu, sadece kişisel veriler olmayıp çok daha geniş bir alanı ifade eden “veriler”dir.

“Veri” kavramı, “Bir araştırmanın, bir tartışmanın, bir muhakemenin temeli olan ana öge, muta, done, bilgi, data, gözlem ve deneye dayalı araştırmanın sonuçları”¹⁹⁹⁹, “Sonuç çıkarmak, çıkarsama yapmak ya da bir incelemeyi sürdürmek için gerekli olaylara, ilişkilere ve sayısal ham bilgilere verilen ad, bir araştırmada sorunun çözümünü sağlamak amacıyla derlenen bilgiler”²⁰⁰⁰, “bir gözlem yordamı ya da ölçme aracıyla elde edilmiş ve çeşitli düzeylerde işlenerek çözümlenmiş bilgi gereği”²⁰⁰¹ olmak üzere farklı şekillerde tanımlanmaktadır.

Söz konusu tanımların neredeyse tamamında verinin “bilgi” oluşuna özel bir vurgu yapıldığı görülmektedir. Bu tanımlarda geçen “bilgi” ise konumuzu ilgilendiren yönüyle: “İnsan aklının erebileceği olgu, gerçek ve ilkelerin bütünü, bili, malumat, öğrenme, araştırma veya gözlem yolu ile elde edilen gerçek, vukuf”²⁰⁰², “bilme, öğrenme süreci ve işleminin konusu ya da nesne ve olaylara yüklemeler vererek varılan yargı”²⁰⁰³, “insan usunun kapsayabileceği olgu, gerçek ve ilkelerin tümüne verilen ad, insan anlığının çalışması sonucu ortaya çıkan düşünsel ürün, genel olarak ve ilksezi biçiminde zihnin kavradığı temel düşünceler, bir yargılamada bulunabilmek için bilinmesi gereken öğelerin her birine verilen ad.”²⁰⁰⁴ şekillerinde tanımlanmıştır.

O halde teknik olarak suçun konusunu oluşturan verinin, hangi konuda ya da alanda olduğuna bakılmaksızın insan aklının çalıştırılması yoluyla ortaya çıkarılan yani düşünsel tüm gerçekler olması gerekmektedir. Bu kabul o kadar geniş bir alanı içine almaktadır ki neredeyse sınırlarını çizmek mümkün değildir. Bu nedenle de suçun konusunu önceden kestirebilmek olanaksız olmakta ve bu nedenle hukuki güvenlik ilkesine aykırı bir nitelik taşımaktadır. Zira kişiler neyin bu kapsamda olabileceğini, neyin olmayabileceğini hesaplayamayacaklardır.

¹⁹⁹⁹ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <https://sozluk.gov.tr/>, (27.07.2020).

²⁰⁰⁰ Türk Dil Kurumu, *Eğitim Terimleri Sözlüğü – 1974*, <https://sozluk.gov.tr/>, (27.07.2020).

²⁰⁰¹ Türk Dil Kurumu, *Yöntembilim Terimleri Sözlüğü – 1981*, <https://sozluk.gov.tr/>, (27.07.2020).

²⁰⁰² Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <https://sozluk.gov.tr/>, (27.07.2020).

²⁰⁰³ Türk Dil Kurumu, *Yöntembilim Terimleri Sözlüğü – 1981*, <https://sozluk.gov.tr/>, (27.07.2020).

²⁰⁰⁴ Türk Dil Kurumu, *Eğitim Terimleri Sözlüğü – 1974*, <https://sozluk.gov.tr/>, (27.07.2020).

İnceleme konumuz olan suçun kanuni tanımında bu kadar geniş anlamlara gelebilen kavramların kullanılması suçta kanunilik ilkesinin en temel unsurlarından olan belirlilik ilkesini ve Anayasal değer taşıyan suçta kanunilik ilkesini ihlal etmektedir. Bununla birlikte suçun konusu bu kadar geniş tutulsa da unsurlarının oluşması önemli bazı kayıtlamalara bağlandığı için uygulamada önemli sorunlar şu ana kadar doğurmamıştır.

Öğretide yukarıda yer verdiğimiz gerekçeyle olmasa da bir kısım yazarlar suçun konusunu “*kişisel verilerle*” sınırlandırmaktadır. Bunlara göre suçun konusu hukuka uygun olarak kaydedilmiş olan ve belli süreler geçtiğinde yok edilmesi kanunla zorunlu kılınan kişisel verilerdir.²⁰⁰⁵ Bu kapsamda suçun oluşabilmesi için, kişisel verilerin hukuka uygun olarak kaydedilmiş olmaları gerekmektedir ki kanun tarafından belirli sürelerde silinmeleri gereksin. Bu düşünceye göre ancak hukuka uygun olarak kaydedilmiş olan kişisel verilerin kanuni süreler dolduğu zaman silinmeleri gerektiğinden bahsedilebilecektir. Kişisel veriler hukuka aykırı olarak kaydedilmişlerse zaten yukarıda yer verilen ve TCK’nin 135 inci maddesinde düzenlenmiş olan kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi suçu oluşacaktır.²⁰⁰⁶ Bu düşünceye göre suçun konusunu sadece hukuka uygun şekilde kaydedilmiş kişisel veriler oluşturabilecektir.

Suçun konusunun kişisel verilerin kaydedilmesi ve hukuka aykırı olarak verme, yayma ve ele geçirme suçlarındaki konu ile tamamen aynı olduğunu düşünenler de²⁰⁰⁷ olmuştur. Ancak bu suç yönünden özel olarak suçun verileri sistem içinde yok etmek yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suretiyle işlenebildiği gerekçesiyle suçun konusunun sadece “*sistem içinde bulunan kişisel veriler*” olabileceği²⁰⁰⁸ belirtilmiştir. Bu kapsamda ayrıca maddede “*verileri sistem içinde yok etmekten*” söz edilmesi nedeniyle maddede geçen “*sistemin*”, bilişim veya otomatik sistemleri ifade ettiğinin kabulünün gerektiği, bu nedenle maddenin genel olarak otomatik işlemeye tabi olan kişisel verilere ilişkin olduğu izlenimini yarattığı²⁰⁰⁹ ancak kişisel verileri konu alan

²⁰⁰⁵ Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2751; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2098; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4133; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 188; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 161; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 125.

²⁰⁰⁶ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4133; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 188.

²⁰⁰⁷ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 570.

²⁰⁰⁸ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 570.

²⁰⁰⁹ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 162.

diğer suçlarda suçun konusu açısından böyle bir husus aranmadığı ifade edilmiştir. Bu yönden bakıldığında bu suçun konusu olabilecek verilerin büyük çoğunluğunun herhangi bir sistem içerisinde bulunmaması nedeniyle maddenin uygulanma kabiliyetinin önemli oranda zorlaştırıldığı²⁰¹⁰, yani uygulama alanının önemli oranda daraltılmış olduğu gerçeği ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle tüm kişisel verilerin incelenen suçun konusunu oluşturması gerektiği, bunun maddeler arasında çelişki yarattığı savunulmuş ve bu nedenle yeknesaklığın sağlanmasına yönelik olarak maddedeki “*sistemde bulunmaya*” ilişkin kısmın maddeden çıkartılması gerektiği²⁰¹¹ haklı olarak savunulmuştur.

Bu düşünceler, kısmen haklılık taşısa da biz bunların hiçbirine tam anlamıyla katılmamaktayız. Zira suç tipinin düzenleniş tarzında “*kişisel veri*” tabiri geçmemektedir. Hem maddenin kenar başlığında hem de madde metninde sadece verileri yok etmemekten bahsedilmektedir. Kişisel veri ibaresi sadece Kanun’un gerekçesinde geçmektedir. Bu nedenle kişisel veri niteliğinde olmasa dahi yani gerçek bir kişi ile ilişkilendirilmesi gerekmeksizin kanun gereği silinmesi gereken bir verinin kayıtlı bulunduğu sistemde (mutlaka bilişim sistemi de olmak zorunda değil) kayıtlı tutulmaya devam edilmesi halinde suç oluşacaktır. Bu kapsamda örneğin fiziki bir dosya ve yazılı bir şekilde tutulan bir verinin süresi geçtikten sonra mutlaka verinin kayıtlı olduğu kâğıdın yakılması veya yırtılarak tekrar bir araya getirilemeyecek bir şekilde yok edilmesi gerekmekte olup aksine davranış inceleme konusu suçu oluşturacaktır. Zira maddede geçen “*sistem*”, sadece bilişim sistemi olmak zorunda değildir. Bu yönde bir yönlendirici ibare madde metninde de gerekçede de bulunmamaktadır. Herhangi bir dosyalama ya da kayıtlama sistemi bu anlamda suçun oluşumunu sağlayabilir. Aksinin kabulü doğrudan yasanın uygulanma alanını ciddi anlamda daraltma niteliği taşıyacaktır. Suçun konusunun sadece kişisel veriler olmadığı, çok daha geniş bir alanı ifade eden tüm verilerin suçun konusunu oluşturabileceği yönüyle bizim gibi düşünen başka yazarlar da bulunmakta ve bunu genel olarak suçta ve cezada kanunilik ilkesinden hareketle, madde metninde veri kavramı kullanılması nedeniyle gerekçeden yola çıkılarak suçun konusunun kişisel veri olduğunu kabul

²⁰¹⁰ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 34.

²⁰¹¹ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 34; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 162.

etmenin mümkün olmadığı²⁰¹², bu nedenle suçun konusunun her türlü veri olduğu²⁰¹³ şeklinde ifade etmektedirler.

2.2.3.3.1.4. Hareket

Kanunlar bazen kişiler hakkında, özellikle kamu personeline, ifa edilecek hizmet dolayısıyla veri toplama yetkisi verebilmektedir. Aynı kanun veya bir başka kanun belli bir amaç için toplanan verilerin bir süre sonra yok edilmesini de öngörebilmektedir. İşte öngörülen süre içerisinde verilerin yok edilmemesi halinde bu maddeyle tanımlanan suç oluşacaktır.²⁰¹⁴ Bu suç inceleme konumuz olan kişisel verilerle ilgili diğer suçlardan – ihmalî hareketle işlenebilen (ihmalî) bir suç olması- yönüyle ayrılmaktadır. Zira diğer suçlarda tipik hareket icrai karakteri ile dikkat çekmektedir.²⁰¹⁵

Madde hükmü ile hukuka uygun olarak kaydedilen kişisel verilerin kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına rağmen yok edilmemesi, bağımsız bir suç olarak tanımlanmış²⁰¹⁶ ve yaptırım altına alınmıştır.²⁰¹⁷ Buna göre suçun maddi unsuru, ilgili yasal düzenlemelere göre hukuka uygun olarak kaydedilmiş olan kişisel verilerin kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına rağmen bu konuda kendilerine yükümlülük yüklenen görevlilerce, sistem içinde yok edilmemesidir.²⁰¹⁸ Kanunun koyduğu yükümlülüğün yerine getirilmemesi ile suç oluşur.²⁰¹⁹ Yani tipik hareket, kişisel verilerin konulduğu sistemde yok edilmesi yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, kayıtlı olarak tutulmaya devam edilmesi, yok edilmesi yükümlülüğünün ihmal edilmesidir²⁰²⁰. Bu nedenle suç ancak ihmalî hareketle işlenebilen²⁰²¹, icrai hareketle işlenmesi mümkün olmayan²⁰²² saf/ gerçek ihmalî suçtur.

²⁰¹² Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 34.

²⁰¹³ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 36.

²⁰¹⁴ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 33.

²⁰¹⁵ Aynı yönde Bük, *Elektronik Ortamda*, 88.

²⁰¹⁶ Güven, *Hasta Bilgilerinin*, 71.

²⁰¹⁷ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 34.

²⁰¹⁸ Güven, *Hasta Bilgilerinin*, 71; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2100; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 184; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 163.

²⁰¹⁹ Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2753; Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hayata*, 22.

²⁰²⁰ Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hayata*, 22; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 173; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 186.

²⁰²¹ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 314; Malkoç, *5237 Sayılı*, 915; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 134; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 571; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 173; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 186; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4135; Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hayata*, 22.

²⁰²² Akdağ, *Türk Ceza*, 135.

Ceza hukukunda ihmal kavramından, “*yapılması gereken bir hareketin yapılmaması*” anlaşılmaktadır. Gerçekten de bakıldığında suçun tipinde görevin yerine getirilmemesinden söz edilmektedir.²⁰²³ Bu anlamda kanun yok edilmesi gereken verilerin yok edilmemesini suç olarak tanımlandığı ve kişi bu yükümlülüğü yerine getirmediği için cezalandırıldığından bu suç bir gerçek ihmali suçtur.²⁰²⁴ Zira faile mevzuat gereği, kayıtlı olan kişisel verileri ortadan kaldırmak, yok etmek konusunda bir davranışta bulunma yükümlülüğü yüklenmekte buna rağmen fail bu yükümlülüğü yerine getirmemektedir.²⁰²⁵ Bu yönüyle failin yerine getirmesi gereken yükümlülük yok etmektir.²⁰²⁶ Bu nedenle ihmalde bulunmamak yükümlülüğü olmayan kimseler bu suçu işleyemezler.²⁰²⁷

Genel kanaatin aksine bu suçun icrai hareketle işlenebileceğini düşünenler de olmuştur. Böyle düşünenlere göre bu suç normal bir icrai hareketle de işlenebilecektir. Ayrıca buna ilişkin olarak bilişim sisteminde kayıtlı verilerin süresi geldiğinde sistemde yüklü bulunan bir yazılım tarafından kendiliğinden, ilave bir müdahaleye gerek kalmaksızın silindiği bir sisteme müdahale ederek belli kişilerin verilerinin silinmesinin engellendiği durumlar buna örnek gösterilmiştir. Bu müdahaleyi yapan kişi icrai bir hareketle bahse konu silinme neticesinin ortaya çıkmasını sağlamaktadır.²⁰²⁸ Bu görüş esasında haklılık taşısa da verilen örnekte aynı zamanda TCK m. 244. Maddede düzenlenmiş olan bilişim sisteminin işleyişini bozma suçu da oluşmuştur. Bahse konu engellemeye yönelik müdahaleyi yapan kişi aynı zamanda bu icrai hareketi gerçekleştiren kişi ise o zaman özel suç genel suç durumu söz konusu olacak ve kaatimizce 244. Maddedeki sistemin işleyişini engelleme sistem üzerindeki tüm engelleyici davranışları kapsamına aldığı için silinmesi gereken kişisel verilerin silinmesini engellemek daha özel bir nitelik taşıyacaktır. Bu nedenle incelenen suç daha özel bir suç niteliği taşıyacak ve görünüşte içtima gereği sadece bu suçtan cezalandırılacaktır.

²⁰²³ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 571.

²⁰²⁴ Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2100; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 163.

²⁰²⁵ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 314; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4135.

²⁰²⁶ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4135.

²⁰²⁷ Hafızogulları ve Özen, *Özel Hayata*, 22.

²⁰²⁸ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 35.

Süre aşıldıktan sonra yükümlülüğün yerine getirilmesi fiili suç olmaktan çıkarmaz veya suçun oluşmasına engel olmaz.²⁰²⁹ Yine fail, sistemde kayıtlı olan veriyi yok etmiş, silmiş olabilir. Yok etme işlemi süresi içerisinde yapılmamış ise yetkili makamların verilerin yok edilmediğini öğrenmesinden önce bu veriler silinmiş olsa dahi eylem suç teşkil edecektir.²⁰³⁰ Ancak bu durumda fiilin taşıdığı haksızlık içeriği hiç silinmeme durumuna göre daha hafif olacaktır. Bu nedenle bu durumun daha az cezayı gerektiren nitelikli bir hal olarak düzenlenmesi gerektiğini düşünüyoruz. Çünkü bu suçla amaçlanan, işlenmek itibarıyla işi biten verilerin bir an önce silinmesinin sağlanmasıdır. Böyle bir indirim hali de bu amaca hizmet edecektir.

Suçun hareket unsurunu daha yakından incelemek çalışmamızın kapsamı itibarıyla uygun olacaktır. Bu kapsamda tipikliğin kaleme alınış şekline göre incelenen suçun hareket unsurunun söz konusu olabilmesi için: 1- Ortada bir sistem olmalıdır, 2- Bu sisteme kaydedilmiş bir veri bulunmalıdır, 3- Bu verinin silinebilmesi için kanunla düzenlenmiş bir süre bulunmalı ve bu süre geçmiş olmalıdır, 4- Bu verileri yok etmekle görevlendirilmiş bir kişi olmalıdır, 5- Bu kişi belirtilen süre dolmasına rağmen veriyi yok etmemiş olmalıdır.²⁰³¹ Görüldüğü üzere suçun oluşması oldukça katı şartlara bağlanmış olup işlenmesi zorlaştırılmıştır. Söz konusu “*şartlar*” (suçun maddi unsuruna ilişkin koşullar) aşağıda ayrı başlıklar altında incelenecektir.

2.2.3.3.1.1.4.1. Sistem

Suçun işlenebilmesi için kanunun lafzı gereği öncelikle ortada bir sistem olmalıdır. Bu sistem bilişim sistemi ya da herhangi bir başka sistem olabilecektir. “Sistem” kavramı, bilişim suçları açısından, “*bilişim sistemini*” ve dolayısıyla da verinin bilişim sistemi içinden yok edilmemiş olmasını ifade eder. Bilişim dışındaki alanlarda “*sistem içinde*” ibaresi, farklı yorumlanabilirse de o verinin muhafaza edildiği yeri ve dolayısıyla da bu yerden yok edilip edilmemesini anlatmaktadır.²⁰³² Bu nedenle kişisel verilerin yok edilmesi ancak verileri içinde bulunduğu bu sistemden yok etmeye elverişli hareketlerle gerçekleştirilebilecektir.²⁰³³

²⁰²⁹ Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2753; Hafızoğulları ve Özen, *Özel Hayata*, 22.

²⁰³⁰ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4135.

²⁰³¹ Aynı yönde Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 35.

²⁰³² Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 35.

²⁰³³ Aynı yönde Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 176.

Madde gerekçesinde sistem içinde yok etmekten ne anlaşılması gerektiğine dair bir açıklık bulunmamaktadır. Sistem konumuzu ilgilendiren yönüyle Türkçe sözlükte “düzen, bir sonuç elde etmeye yarayan yöntemler düzeni, yol, yöntem, bir aracı oluşturan düzen, düzenek, tertibat, model, tip dizge²⁰³⁴” şeklinde tanımlanmaktadır. Yine bir başka sözlükte konumuza daha yakın şekilde “belirli bir işlevi yerine getiren ve aralarında belirli düzen içinde etkileşimler bulunan ögeler topluluğu, bir bütün meydana getirecek şekilde karşılıklı olarak birbirine bağlanan unsurların hepsi²⁰³⁵” şeklinde ifade edilmiştir.

Hukuk sözlüklerinde ise: “Usul ve düzenlerin tümü²⁰³⁶”, düzen, bir konuyla ilgili düzenler bütünü, düzenli usuller bütünü²⁰³⁷” olarak tanımlanmıştır. Buna göre konumuz açısından sistemin, içeriğine bir şekilde dahil edilen verilerin muhafazası, işlenmesi, ulaşılması vb.ni sağlamaya yönelik olarak kurulan, belli usullere, kurallara göre işletilen tüm düzenlemeler bütün olarak anlaşılması gerekmektedir. Bu yönden bakıldığında Kanun’daki ibare önemli bir eksiklik gibi gözükmemektedir. Kanun’daki ibare sanki kişisel verilerin kaydının işlenmesinin ve silinmesinin bir bütün halinde bir sistem olarak kabul edilmesini gerektirdiğini, bu nedenle de burada kastedilenin kişisel verilerin işlenmesi sisteminde sadece kişisel verilerin yok etmekle görevli kişilerin bu suçtan ceza sorumluluğu altına alınmasını sağlamaya yönelik olarak bu ibare kanun metninde kullanılmış gözükmektedir. Bu nedenle aslında kavramın bu şekilde doğru olarak yorumlanması halinde bir sorun kalmayacağı, mutlaka bilişim sisteminde kayıtlı verileri değil hangi ortamda kayıtlı olursa olsun, yok etmekle görevli kişilerin bu görevlerini yerine getirmedikleri takdirde sorumlu tutulacakları anlamını çıkarmaya müsaittir. Yeterki fiziksel ya da elektronik ortamdaki veriler, belli usuller bütününe bir parçası olan sistemin içinde bulunsun.

Kanun metninde verilerin *sistem içinde* yok edilmemesinden bahsedilmiş olması suçun konusunu teşkil eden kişisel verilerin kapsamına yalnızca bir bilişim sisteminde yer alan verilerin mi dâhil olacağı sorunu gündeme gelmiştir.²⁰³⁸ Nitekim yukarıda incelenen verilerin kaydedilmesi ve hukuka aykırı olarak verme, yayma ve ele geçirme

²⁰³⁴ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <https://sozluk.gov.tr/> (06/05/2020).

²⁰³⁵ *Sistem ne demek?*, <https://www.nedirnedemek.com/sistem-ne-demek>, (06/05/2020).

²⁰³⁶ *Hukuk Sözlüğü*, İleri Kitapevi, 781.

²⁰³⁷ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 731.

²⁰³⁸ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 314; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 192.

suçlarında böyle bir ifade yer almadığı da nazara alındığında bu farklılık, verileri yok etmeme suçunun konusunun diğerlerinin tersine yalnızca otomatik yolla işlenen veriler olabileceğine ilişkin haklı bir şüphe yaratmaktadır. Bu şüphenin giderilmesi ve suçun daha işlerlik taşıyan bir hale kavuşturulması için verilerin yok edilmesi açısından sistemde bulunmaya ilişkin ifadenin madde metninden çıkartılması²⁰³⁹ gerektiği ifade olunmuştur.

Aksi düşünceye göre ise maddeyi bu şekilde dar yorumlamanın kanun koyucunun amacına ters düşeceği, bu itibarla her ne kadar kanun metninde sistem içinde yok etme ifadesi geçiyor olsa da sistem dışında bir yere kaydedilmiş olan kişisel verilerin de bu suçun konusunu oluşturacağını ve bunları yok etmemenin de bu suçun oluşturan hareketlerden biri olduğunu kabul etmek gerekeceği²⁰⁴⁰ savunulmuştur. Yani maddede her ne kadar sistem içindeki verilerin yok edilmemesi şeklinde bir düzenleme tarzı tercih edilmiş olsa da TCK'nin 135. maddesindeki kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmeleri suçunun gerekçesinde, kişisel verilerin yalnızca bilişim sistemleri aracılığıyla değil elle yazmak gibi başka yöntemlerle de kaydedilebilecekleri belirtildiğinden, kanun koyucunun bu yöndeki amacı da dikkate alınarak, bu madde için de, bir sistem içinde bulunmayıp başka bir yöntemle kaydedilmiş olan kişisel verinin kanuni süreler geçtikten sonra yok edilmemesi halinde de suçun oluşacağını kabul etmek gerektiği²⁰⁴¹ savunulmuştur. Ancak kanaatimizce bu yaklaşım tarzı cezalandırılabilir davranışların alanını genişleterek “*suçların kanuniliği*” ilkesine açıkça aykırılık teşkil edecektir. Zira bu yönüyle belli bir sistemde kayıtlı olmayan verilerin yok edilmemesi davranışı bu anlamda suç olarak düzenlenmemiş olup yorum yoluyla bunun suç haline getirilmesi suçta kanunilik ilkesinin ihlalidir. Bu da aslında kişisel verilerin korunması hukuku anlamında önemli eksiktir. Bu nedenle bu maddenin en kısa sürede değiştirilmesi gerekmektedir.

Netice itibarıyla maddede kullanılan bu ifade yerinde olmamıştır. Zira verilerin ve hatta kişisel verilerin kaydedilmesi yalnızca bilişim sistemleri aracılığı ile değil, örneğin yazı ile yazılmak suretiyle de yapılabilecek bir davranıştır.²⁰⁴²

²⁰³⁹ Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 314.

²⁰⁴⁰ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 184.

²⁰⁴¹ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 192.

²⁰⁴² Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 192.

2.2.3.3.1.1.1.4.2. Sisteme Kayıtlı Veri

Suçun işlenebilmesi için ayrıca bir veri olmalı ve bu veri sisteme hukuka uygun bir şekilde kaydedilmiş bulunmalıdır.²⁰⁴³ Buradaki veri yukarıda da açıkladığımız üzere herhangi bir türde veri olabilecektir. Bu nedenle kapsamı çok geniştir. Kişisel veri olması şart değildir.²⁰⁴⁴ Ancak kişisel veriler de neticede veri oldukları için bir sistemde kayıtlı iseler suçun konusunu oluşturabileceklerdir. Doktrinde, TCK'nin 138. maddesiyle yalnızca bir sistem içerisinde tutulmakta olan hukuka uygun işlenmiş kişisel verilerin yok edilmemesinin cezalandırmakta olduğu şeklinde düşünenler de bulunmaktadır.²⁰⁴⁵

2.2.3.3.1.1.1.4.3. Kanuni Süre ve Sürenin Geçmiş Olması

Bu verinin yok edilmesi için kanunla belirlenmiş bir süre bulunmalı ve bu süre dolmuş olmalıdır.²⁰⁴⁶ Kanunla belirlenmiş bir süre yoksa bu hükmün uygulanması da mümkün değildir. Tipiklikteki açık hüküm gereğince bu süre yönetmelik vb. mevzuatla değil bizzat kanunla belirlenmiş olmalıdır.²⁰⁴⁷ Bu nedenle tipiklikteki kanun sözcüğünden neyin anlaşılması gerektiği ortaya konulmalıdır. Bu kapsamda dar yorum yapılarak yalnızca teknik anlamda TBMM tarafından çıkarılan “yasa” niteliğindeki hukuk normlarının anlaşılmasında gerektirdiği, aksi halde suç tipinin uygulama alanı gereksiz yere daraltılmış olacağı, dolayısıyla bu sözcükten hem maddi hem de şekli kanun yani hukuk kuralı olarak anlaşılması gerektiği, bu nedenle tüzük, yönetmelik, yönerge gibi idarenin herhangi bir düzenleyici işleminin bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği²⁰⁴⁸ öne sürülmüştür.

Bu kanaate katılmak mümkün değildir. Zira Anayasa'nın 38. maddesinde düzenleme altına alınan ve evrensel bir ilke olan suçta kanunilik ilkesinin en temel gerekliliklerinden biri de idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza konulamamasıdır. Belirtilen kabul tarzı bu anayasal ilkeye açık bir aykırılık taşımaktadır. Bu nedenle

²⁰⁴³ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 132; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 35; sadece kişisel veri yönüyle Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4132.

²⁰⁴⁴ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 35.

²⁰⁴⁵ Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 176.

²⁰⁴⁶ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4132; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 133; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 35; Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 173; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 165.

²⁰⁴⁷ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 35.

²⁰⁴⁸ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 571; Akdağ, *Türk Ceza*, 135; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 185; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 133.

madde eleştiriler almakta ve madde metninde değişiklik yapılması gerektiği ciddi şekilde önerilmektedir.²⁰⁴⁹ Kaldı ki sisteme kaydedilen veri, kişisel veri ise Anayasa'nın m. 20/son hükmüne göre "*Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir*". Bu hükme göre, kişisel verinin işleme "süresi"nin ilk elden kanun dışındaki bir düzenleyici işlemle yapılabilmesi mümkün değildir.

Genel olarak yasa koyucunun düzenleme yapma biçimine bakıldığında çoğunlukla kanunlarda failin yok etme işlemini ne kadar sürede yapması gerektiğinin açık bir şekilde düzenlendiği görülmektedir (Örneğin CMK m. 137/3, Adli Sicil Kanunu m. 12). Bu durumlarda, fail sürenin üst sınırı olan zaman dilimini tamamlanmadan bu görevi yerine getirmekle yükümlüdür. Ancak, mevzuatta bu şekilde bir net süre belirlemeyip de "*derhal yok edilir*", "*hemen silinir*" gibi ibareleri yer almakta ise (Örneğin CMK m. 80/2, 81/2, 135/3, 139/6, 140/4) bu durumda failin içinde bulunduğu somut olaya göre, makul sürede bu yok etme işleminin tamamlanması gerekmektedir. Ancak bu makul süre hiçbir şekilde aylar, yıllar gibi uzun bir zaman dilimini kapsamamalıdır.²⁰⁵⁰

Kanun metnindeki süreden anlaşılması gerekenin, kişisel verilerin sistemde kayıtlı olmasına izin verilen süre mi yoksa görevli kişiye verileri silme görevini yerine getirmesi için öngörülen süre mi olduğu tartışılmıştır. Maddenin gerekçesinde yasa koyucunun bu yöndeki iradesini belirten bir açıklama bulunmamaktadır. Yasa koyucunun gereksiz bir düzenleme yapmayacağı düşüncesinden hareketle söz konusu süreyle kişisel verilerin sistemde kayıtlı olmasına izin verilen sürenin kastedildiği²⁰⁵¹ ifade olunmuştur.

Kanununda bir süre öngörülmemişse işin niteliğine göre makul bir süre içerisinde verileri yok etme eyleminin gerçekleştirilmesi gerektiği, bu nedenle makul süre geçmesine rağmen verilerin yok edilmemesi durumunda da incelenen suçun oluşacağı²⁰⁵² iddia edilmiştir. Zira mevcut düzenleme tarzı nedeniyle bu şekilde somut olarak süre konulmamış olması durumunda suçun oluşumu güçleştirilmiştir. Bu durum her ne kadar verilerle çalışanlar açısından bir nevi güvence fonksiyonu görsen de suçla

²⁰⁴⁹ Örneğin bkz. Dülger, *Kişisel Verilerin*, 133.

²⁰⁵⁰ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4135.

²⁰⁵¹ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 133; Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 174.

²⁰⁵² Akdağ, *Türk Ceza*, 136; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 134.

korunan hukuki değer açısından önemli bir eksiklik taşımaktadır. Zira verilerin işlenme amacının ortadan kalkması veya bu amacın gerçekleşmiş olmasına karşın bu verilerin yok edilmemesine suç tipinde yer verilmemiş, sadece bu verilerin yalnızca kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına rağmen yok edilmemesi esas alınmıştır. Düzenleme bu haliyle toplanma amacı ortadan kalkmış ya da gerçekleşmiş olsa dahi saklanmaya devam olunmasına olanak tanımaktadır.²⁰⁵³ Bu nedenle verilerin süre öngörülme hallerde işlenme koşulları ortadan kalksa bile yok edilmemesi halinde suç oluşmayacak ve özel hayata ve daha özel manada kişisel verilere bu anlamda yapılan müdahaleler cezasız kalacaktır. Hatta bu eksikliği gidermek adına bazı yazarlar kanundaki süreler ibaresini sadece süre olarak algılamamakta ve belli olaylar gerçekleştiğinde yok etmemeyi de bu kapsamda görmektedirler.²⁰⁵⁴ Ancak bu kanaate haklı yanları bulunmasına rağmen katılmak mümkün değildir. Zira suçta kanunilik ilkesinin gerekliliklerinden biri de kıyas yasağıdır. Kıyas yasağı kanunlarda yer alan suç tanımlarının kapsamı açısından da geçerlidir. Buna göre kanun koyucunun suç olarak tanımladığı fiile çeşitli yönlerden benzeyen ve fakat kanunda açıkça tanımlanmayan fiiller, kıyas yoluyla suç haline getirilemezler.²⁰⁵⁵ Mevcut yorumlama tarzında yapılan şey de bu yönüyle kıyas niteliği taşımaktadır. Zira tipiklikte kanunların belirlediği süre geçmiş olmasına rağmen verileri yok etmemek suç olarak düzenlenmişken, somut olarak kanunda süre öngörülme hali makul sürede veriyi yok etmemek kıyas yoluyla suç haline getirilmektedir. Bu anlamda belki KVKK'nın 7. maddesindeki “*işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması hâlinde*” verilerin silinip, yok edileceği veya anonim hâle getirileceği hükmüyle birlikte inceleme konusu suç birlikte düşünüldüğünde bu yönde bir yorum yapılabilir. Ancak bu yaklaşım dahi aynı şekilde hatalı olacaktır. Zira tipiklik açıkça kanunda süre öngörülmesinden bahsetmekte, ancak KVKK'nın 7. maddesinde bu yönde bir süre belirtilmemektedir. İşlenme sebeplerinin ortadan kalkması hali bir süre niteliği taşımaz. Bu nedenle makul süre yaklaşımının bu suç açısından uygulanma kabiliyeti taşımayacağını düşünmekteyiz. Yine bu nedenle belirtilen sakıncaların ortadan kaldırılması amacıyla yasa hükmünün belli bir sürenin geçmesinin yanında süre öngörülme hallerine ilişkin olarak işlenme koşullarının

²⁰⁵³ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 165.

²⁰⁵⁴ Bu yönde görüş için bkz. Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2753.

²⁰⁵⁵ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza*, 57.

ortadan kalkmasına rağmen verileri makul sürede yok etmeyenlerin cezalandırılmasını sağlayıcı bir şekilde yeniden düzenlenmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Tam da bu noktada veri sahibinin Anayasa'nın 20/son maddesi çerçevesinde verisinin silinmesini istediği durumlarda da eğer yasada süre öngörülmemişse bahse konu suçun oluşup oluşmayacağı sorusu sorulabilir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere incelenen suçun tipikliği bahse konu eylemi de suç olarak kabul etmeye müsait değildir. Zira tipiklikte doğrudan süreden ve bahse konu sürenin geçmiş olmasından bahsedilmektedir. Düzenlemede işleme koşulları ordadan kalktığı halde makul bir sürede silmeyen verileri içerir şekilde bir düzenleme olsaydı bu nitelikteki eylemler bahse konu suçu oluşturacaktı. Bu nedenle sorudaki gibi durumlarda ancak daha genel bir nitelik taşıyan görevi ihmal suçu gibi suçlar oluşabilecektir.

Verileri yok etmekle görevli kişinin açıkça bu işlemi gerçekleştirmeyeceğini söylemesi ya da bunun bir emirle kendisine bildirilmesine rağmen amirinin emrini yerine getirmeyeceğini ifade etmesi halinde de bu sürelerin geçmesine gerek olmaksızın suç gerçekleşmiş olacağı²⁰⁵⁶ öne sürülmüştür. Bu görüşe de katılmamız mümkün değildir.²⁰⁵⁷ Zira süre henüz geçmemişse suçun tipikliğinin şekli bir şartı olan süre henüz dolmamış olacak ve bu nedenle suç oluşturan tipik bir hareket henüz bulunmayacaktır. Görevli bu görevini yerine getirmeyeceğini açıkça belirtse dahi –yasal süre dolmadan- her an kararından dönebilir. Yani her an failin iradesi değişime uğrayabilir. Çünkü insan iradesi âna ve zamana göre değişken bir yapıya sahiptir. Bu nedenle en son aşamada bile suçu işlemekten vazgeçebilir. Bu kapsamda suçu oluşturan ihmali hareketi gerçekleştirmekten vazgeçebilir ve üzerine düşen görevi yerine getirebilir. Yine sürenin geçeceği tarihe kadar görevi değişebilir, ölebilir. Bu nedenle bu yönden kesin bir irade oraya koysa dahi suçun olmazsa olması olan hareket gerçekleştirilmeden kişi suç işlemiş kabul edilemez. Zira failin silme yükümlülüğü ancak kanunda yer verilen sürenin dolduğu ân itibarıyla mevcut olacağından, bu ândan önce “ihmal” fiilinden söz edilemez. Zira kanunun “sil/ yok et” yükümlülüğü ancak sürenin dolması ile söz konusu olabilecektir. Bu ândan önce “sil/ yok et” yükümlülüğü söz konusu olmadığı için TCK m. 138 hükmü bağlamında “silmeme/ yok etmeme”

²⁰⁵⁶ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 165; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 134.

²⁰⁵⁷ Aynı yönde bir diğer görüş için Akdağ, *Türk Ceza*, 137.

biçiminde bir “*ihmal/ tipik hareket*” de söz konusu olmayacaktır. İhmali suçlar bakımından, yükümlülük doğmadan ihmalden söz edilemez.

Tipiklikte aranan kanuni sürenin mutlak kesin bir sürenin yanında, açık bir zaman dilimi içermeksizin “*derhal, hemen*” gibi şekillerde kayıtlanan bir süre olup olamayacağı tartışılmıştır. Bu kapsamda açık bir süre şartı dışında kaydın silinmesini, yok edilmesini içeren hallerden hiçbirinin suçun oluşmasını sağlamayacağı²⁰⁵⁸ ifade edilmiştir. Buna göre suçun oluşabilmesi için mutlaka bir kanunda verilerin sınırlı süreyle kayıtlı tutulacağının belirtilmesi ve bu sürenin sonunda verinin yok edilmesi gerektiğinin açık ve anlaşılabilir bir biçimde düzenlenmiş olması yani sürenin bitiminin belirgin olması gereklidir.²⁰⁵⁹ Yani kanunlarda açıkça belli bir süre gösterilmesi zorunluluk taşımaktadır.²⁰⁶⁰ Bunun aksini düşünenler de bulunmaktadır. Böyle düşünenlere göre sürenin mutlaka 10 gün, bir ay gibi somut bir süre olarak anlaşılmaması gerekmektedir. Çünkü bazen mevzuatta bazen verini belli bir andan itibaren yok edileceğine ilişkin düzenlemeler bulunabilmektedir.²⁰⁶¹ Bu kapsamda kanun metninde bir verinin 30 gün içerisinde yok edilmesinin zorunlu tutulması ile derhal yok edilmesinin veya hemen yok edilmesinin zorunlu tutulması arasında herhangi bir fark yoktur. İkisi de emredici niteliktedir ve hatta gün belirlendiğinde idareye belli bir takdir yetkisi tanınmasına karşın, “*hemen, derhal*” ibareleri kullanıldığında yapılabilecek en kısa süre anlaşıldığından, daha hızlı bir şekilde verilerin yok edilmesi sağlanmış olabilecektir. Bu nedenle, verilerin yok edilmesiyle ilgili olarak emredici bir hükmün bulunması suçun oluşması açısından yeterlidir.²⁰⁶² Bu görüşlerden ilki ceza hukukunun temel ilkelerine daha uygun gözükse de ceza hukukunda yorum yasak değildir. Yasak olan kıyastır. Bu kapsamda tipiklikteki sürelerin geçmiş olması ibaresi yorumlanabilir. Bu anlamda süre mutlaka gün olarak belirtmek zorunda değildir. Süre çok çeşitli şekillerde ifade edilebilir. Ay, hafta, yıl gibi net bir şekilde ifade edilebileceği gibi derhal, hemen, en kısa zamanda gibi net olmayan ancak olayın koşullarına göre belirlenebilecek şekilde de ifade olunabilir. Yani esasında bunlarda birer süre niteliğindedir ancak süre her somut olayda ayrı ayrı belirlenecektir. Bu nedenle bu tip ibarelerin kullanıldığı durumlarda da olayın niteliğine

²⁰⁵⁸ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4134.

²⁰⁵⁹ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 134.

²⁰⁶⁰ Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2752.

²⁰⁶¹ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 571.

²⁰⁶² Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4134.

göre yapılacak objektif değerlendirmede sürenin geçtiği (makul zaman dilimini aştığı) kanaati hâsıl olursa incelenen suçun oluşacağını düşünmekteyiz. Bu nedenle ikinci düşüncenin daha isabetli olduğunu düşünmekteyiz.

Genel olarak suçun konusunu oluşturan verilere ilişkin olarak da kişisel veriler açısından da verilerin saklanması için genel bir süre sınırı getirilmemiştir.²⁰⁶³ Bu yönüyle kişisel sağlık verileri açısından da herhangi bir kanunda bir süre öngörülmediğini görmekteyiz. Hatta kanunla düzenlenmesi zorunluluk taşımasına rağmen yönetmeliklerde dahi bu anlamda genel bir süre bulunmaktadır. Ancak kişisel sağlık verilerine ilişkin olarak kayıtların saklanacağı süreler anlamında kanunlarda değil ancak diğer mevzuatta değişik şekillerde düzenlemeler bulunmaktadır.²⁰⁶⁴ Fakat suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi gereğince kişisel sağlık verilerinin yok edilmesi gereken sürelerin açıkça ve bir kanun hükmüyle düzenlemesi gerekmektedir. Bu kapsamda her ne kadar kanunda düzenlenmemiş sürelerin suçun konusunu oluşturmayacağını düşünsek de aksi yönde kanaatler de bulunduğundan, bu yönüyle öngörülen sürelerin incelenmesi çalışma kapsamında önem taşımaktadır. Bu yönüyle özellikle arşiv hizmetleri de bu kapsamda değerlendirilmelidir.²⁰⁶⁵

Sağlık Bakanlığı'nın kişisel sağlık verilerine ilişkin olarak çıkardığı "Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik"nin kişisel sağlık verilerinin silinmesi başlıklı 9. maddesinin 3. fıkrasında "*Merkezi sağlık veri sistemine aktarılan veriler, aktarımın yapıldığı tarihten 10 yıl sonra yerel veri tabanından silinebilir.*" denilmek suretiyle bu süre açıkça belirtilmişti ve buna göre anılan sürenin geçmesine rağmen sağlık verilerinin silinmemesi halinde, kişisel sağlık verilerini silmekle yetkili olan görevliler ihmal suretiyle bu suçu işlemiş olacaklardı.²⁰⁶⁶ Ancak bu Yönetmelik'in Danıştay tarafından iki kez yürütmesinin durdurulduğundan ve akabinde Sağlık Bakanlığı'nın Yönetmelik'i tümünden yenileyerek "*Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik*" ismiyle yeniden yürürlüğe koyduğundan yukarıda bahsetmiştik. Bu yeni Yönetmelik bu konuda yani kişisel sağlık verilerinin saklanmasıyla ilgili olarak ölmüş kişilerle ilgili kişisel sağlık verileri hariç olmak üzere

²⁰⁶³ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 895.

²⁰⁶⁴ Şenocak, *Özel Hukukta*, 627.

²⁰⁶⁵ Nevzat Alkan, *Sağlık Kuruluşlarında Tıbbi Belge ve Dökümanların Muhafaza Edilme Süreleri*, Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği Bülteni, Yıl: 2, Sayı: 3, Ocak 2007, 8.

²⁰⁶⁶ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 133.

bu şekilde bir süre düzenlemesini doğrudan yapmayı doğru kabul etmemiştir. Yönetmelik'in 11. maddesinde “*Ölmüş bir kimsenin sağlık verileri, en az 20 yıl süre ile saklanır.*” denilmektedir. Düzenlemede en az ibaresinin kullanılması idareyi bağlayıcı kılan bir düzenleme yapılmadığını göstermektedir ve bu nedenle eleştiriye açıktır. Daha doğru düzenleme tarzı belli bir sürenin geçmesi halinde kişisel verilerin imhasının zorunlu kılınması olabilirdi.

Konuya ilişkin olarak Yataklı Tedavi Kurumları Tıbbî Kayıt ve Arşiv Hizmetleri Yönergesi'nin 15. maddesinde “*Adli vak'alara ilişkin tüm tahlil, tetkik sonuçları ile her türlü kayıt, dökümanlar ve hasta dosyalarının en az yirmi yıl süreyle yataklı tedavi kurumunun arşivinde muhafazası zorunludur.*” denilmektedir. Buna göre yataklı tedavi kurumlarında tutulan hasta dosyası, tüm tetkik ve tahlil sonuçları da dahil olmak üzere adli vakalara ilişkin iseler en az 20 yıl muhafaza edilmesi gerekmektedir. Yani yataklı tedavi kurumlarındaki bu nitelikte evraklar kişisel sağlık verileri içerseler dahi bu süre kadar muhafaza edilecek, bu sürenin dolması halinde yetkili mercilerde özel bir talep yoksa imha edileceklerdir. Fakat Yönerge'de adli olmayan olgulara yönelik tıbbi belge, bilgi, grafi vs. dökümanların ne süreler ile saklanması gerektiği konusunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.²⁰⁶⁷ Bu önemli bir eksikliktir.

Konuya ilişkin olarak Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin 49/2 maddesinde “*Özel hastanede tutulan hasta dosyaları, en az yirmi yıl süre ile saklanır.*” hükmü bulunmaktadır. Yine diğer bir kısım düzenlemelerde de birtakım süreler bulunmaktadır. Bu yönüyle öngörülen sürelerin evrak, CD ve defterler için de farklı farklı olabildiği, yine sürelerin gereksiz uzunlukta olduğu, karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde bakıldığında genel olarak temel saklama süresi olarak belirli bir sürenin belirlendiği, bu nedenle evrensel hukuk kuralları ile çelişmeyen, güncel ve dünyadaki diğer uygulamalar ile uyumlu temel bir sürenin belirlenmesinin gerekli olduğu, tüm Türk tıp hukukunun gözden geçirilip işlevsel olarak saklama süreleri belirlenmesine ve bunun da yetkili makamlar tarafından çok ciddi bir şekilde denetlenmesine ihtiyaç bulunduğu²⁰⁶⁸ savunulmuştur.

Süre konusu ile ilgili olarak verilerin öngörülen süreden önce silinmesi halinde suçun oluşup oluşmayacağı tartışılmıştır ve henüz o aşamada tipik hareket

²⁰⁶⁷ Alkan, *Sağlık Kuruluşlarında*, 7.

²⁰⁶⁸ Esatoğlu, *Sağlık Kurumları*, 640; Alkan, *Sağlık Kuruluşlarında*, 8.

gerçekleştirilmemiş olduğu için suçun olmayacağı²⁰⁶⁹ haklı olarak ifade edilmiştir. Ancak bunun da belli sonuçları vardır. Mevzuatta öngörülen sürelerin bitiminden önce kayıtların yok edilmesi özellikle kişisel sağlık verileri özelinde hastanın kayıtları inceleme hakkını ortadan kaldırdığı gibi açılacak hukuk davalarında (tazminat gibi) ispat güçlükleri de doğuracaktır. Bu kapsamda yasal süreden önce kayıtların yok edilmesi ispat yükünü hekim ve hastane aleyhine ters çevirebilecek bir nitelik taşımaktadır.²⁰⁷⁰ Yani hem hastaya hem de sağlık hizmeti sunucularına zarar verici bir niteliği bulunmaktadır. Bu nedenle kasten bu davranışın gerçekleştirilmesi halinin ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmesi gerektiğini düşünüyoruz.

2.2.3.3.1.1.1.4.4. Yok Etme Görevlisi

Suçun tipik hareketin oluşabilmesi için özellik taşıyan bir diğer husus ortada bu verileri silmekle görevli bir kişinin bulunması gerektiğidir.²⁰⁷¹ Yani Kanun, faile bir yükümlülük yüklemiş ve bu veriyi belli süre geçtiğinde yok etmekle faili görevlendirmiş olmalıdır.²⁰⁷² Bu görevli kişinin kamu görevlisi olması şart değildir. Özel sektör çalışanı da olabilecektir.²⁰⁷³ Suçun failine ilişkin olarak yapılar açıklamalar bu kapsamda da aynen geçerlidir.

2.2.3.3.1.1.1.4.5. Süre Dolmasına Rağmen Verilerin Yok Edilmemesi

Tipik hareketin oluşabilmesi için bu görevli kişinin kanunla belirlenen süre dolmasına rağmen veriyi yok etmemiş olması gerekmektedir.²⁰⁷⁴ Bu kapsamda öncelikle verilerin sistemden silinmesi için gerekli olan sürenin geçip geçmediğine bakılmalıdır.²⁰⁷⁵

Yok etmek: “Veriyi bir yerde kullanılabilir olmaktan çıkartmak, imha etmek, izale etmek, hukuk âleminde kaldırmak, silmek, ortadan kaldırmak.” anlamlarına gelmektedir.²⁰⁷⁶ Bu sayede verinin başkaca kimsenin eline geçmemesini sağlamak

²⁰⁶⁹ Şenocak, *Özel Hukukta*, 627.

²⁰⁷⁰ Şenocak, *Özel Hukukta*, 627.

²⁰⁷¹ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 35.

²⁰⁷² Gerçek, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2753; Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 173; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4132.

²⁰⁷³ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 35.

²⁰⁷⁴ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4132; Malkoç, *5237 Sayılı*, 915; Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 173; Gerçek, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2752; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 35 Aynı yönde Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 35.

²⁰⁷⁵ Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hayata*, 22; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 33; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2100; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4135; Gerçek,

amaçlanmaktadır.²⁰⁷⁷ Yok etme, veriyi geri getirilemeyecek şekilde tümüyle ortadan kaldırmayı ifade eder.²⁰⁷⁸ Bu verilerin bulundukları ortamlara göre çok çeşitli şekillerde gerçekleştirilebilir.²⁰⁷⁹ Bu kapsamda elektronik ortamdaki veriler açısından tüm kopyaların silinmesi ve herhangi bir örneğinin kalmamasını, elektronik olmayan ortamlardaki veriler için ise geri dönüşü olmayacak şekilde ortadan kaldırılmasını gerektirir.²⁰⁸⁰ Bu nedenle bilişim sistemlerinde tutulan kayıtlarda bir bilgiyi yalnızca silmek onu yok etmek anlamına gelmeyecektir. Zira birtakım yöntemlerle bu bilgiler geri getirilebileceğinden, yok etmekten söz edilebilmesi için kaydedilmiş olan verinin yeniden ortaya çıkarılmasını imkânsız kılacak şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir.²⁰⁸¹ Örneğin, veriler yazılı halde bulunuyorsa yakmak suretiyle ya da veriler bir bilişim sisteminde sanal veri olarak bulunuyorsa bunların silinmesi ya da verilerin üzerinde bulunduğu CD ya da sabit diskin imha edilmesi suretiyle verilerin yok edilmesi görevi yerine getirilebilecektir.²⁰⁸² Verilerin yok edilmesinin nasıl gerçekleştirileceği ise söz konusu görevin verildiği yasa ya da yönetmelikte gösterilmelidir.²⁰⁸³

Çalışmanın kapsamı gereği kişisel sağlık verilerinin nasıl yok edileceğine özel olarak bakmak gereklidir. Kişisel verilerin yok edilmesine ilişkin olarak 6698 sayılı KVKK'nın Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hâle Getirilmesi kenar başlıklı 7. maddesinde “*Bu Kanun ve ilgili diğer kanun hükümlerine uygun olarak işlenmiş olmasına rağmen, işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması hâlinde kişisel veriler resen veya ilgili kişinin talebi üzerine veri sorumlusu tarafından silinir, yok edilir veya anonim hâle getirilir.*” hükmü bulunmaktadır. Yine kişisel verilerin yok edilmesi Kişisel Sağlık Verileri Hakkındaki Yönetmelik'in m. 4/1-n bedinde “*Kişisel verilerin hiç kimse tarafından hiçbir şekilde erişilemez, geri getirilemez ve tekrar kullanılamaz hâle getirilmesi işlemi, ifade eder.*” şeklinde tanımlanmıştır.

Yok etme işleminin nasıl yapılacağı Yönetmelik'te somut olarak gösterilmemiş ancak aynı maddenin k bendinde kişisel verilerin imhası “*Kişisel verilerin silinmesi,*

Yorumlu Uygulamalı, Cilt-2, 2753.

²⁰⁷⁷ Hafızoğulları ve Özen, *Özel Hayata*, 22; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 33.

²⁰⁷⁸ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 164.

²⁰⁷⁹ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 134; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 35.

²⁰⁸⁰ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4135; Akdağ, *Türk Ceza*, 137.

²⁰⁸¹ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 184.

²⁰⁸² Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 35.

²⁰⁸³ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 134.

yok edilmesi veya anonim hale getirilmesini” ifade edecek şekilde tanımlanmış ve böylece kişisel verilerin yok edilmesi, kişisel verilerin imha yöntemlerinden biri olarak gösterilmiştir. Kişisel verilerin imha edilmesi ise Yönetmelik’in, “Kişisel Sağlık Verilerinin İmha Edilmesi” kenar başlıklı 14. maddesinde “Kişisel verilerin imha edilmesinde, Kanunun 7’nci maddesi ile Kurum tarafından hazırlanarak 28/10/2017 tarihli ve 30224 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik hükümlerine riayet edilir.” şeklinde düzenmiş ve kişisel sağlık verilerinin imhasının nasıl yapılacağı konusunda Kişisel Verileri Koruma Kurulu’nun çıkardığı Yönetmelik’e atıf yapmıştır. Buna göre kişisel sağlık verilerinin imhası konusunda da Kurul’un çıkardığı Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik hükümleri geçerli olacaktır. Bu yönetmelikte ise konumuza ilişkin olarak kişisel verilerin yok edilmesi 9. maddesinde “kişisel verilerin hiç kimse tarafından hiçbir şekilde erişilemez, geri getirilemez ve tekrar kullanılamaz hale getirilmesi işlemidir.” şeklinde ve Kişisel Sağlık Verileri Hakkındaki Yönetmelik ile aynı şekilde tanımlanmıştır. Bu Yönetmelik’te kişisel verilerin yok edilmemesi re’sen yok etme ve ilgilinin isteği üzerine yok etme olarak iki ayrı şekilde düzenleme altına alınmıştır.

Yönetmelik’in Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi bölüm başlığının altına yer alan İlkeler kenar başlıklı 7. maddesinde ise “(1) Kanunun 5 inci ve 6. maddelerinde yer alan kişisel verilerin **işlenme şartlarının tamamının ortadan kalkması halinde**, kişisel verilerin veri sorumlusu tarafından resen veya ilgili kişinin talebi üzerine silinmesi, yok edilmesi veya anonim hâle getirilmesi gerekir.” denilmiş ve her iki yok etme haline ilişkin olarak işlenme şartlarının ortadan kalkmış olması *ortak bir ön koşul* olarak düzenlenmiştir.

Kişisel Verileri Re’sen Silme, Yok Etme veya Anonim Hale Getirme Süreleri başlıklı 11. maddesinde: “(1) Kişisel veri saklama ve imha politikası hazırlamış olan veri sorumlusu, kişisel verileri silme, yok etme veya anonim hale getirme yükümlülüğünün ortaya çıktığı tarihi takip eden ilk periyodik imha işleminde, kişisel verileri siler, yok eder veya anonim hale getirir.

(2) Periyodik imhanın gerçekleştirileceği zaman aralığı, veri sorumlusu tarafından kişisel veri saklama ve imha politikasında belirlenir. Bu süre her halde altı ayı geçemez.

(3) Kişisel veri saklama ve imha politikası hazırlama yükümlülüğü olmayan veri sorumlusu, kişisel verileri silme, yok etme veya anonim hale getirme yükümlülüğünün ortaya çıktığı tarihi takip eden üç ay içinde, kişisel verileri siler, yok eder veya anonim hale getirir.

(4) Kurul, telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve açıkça hukuka aykırılık olması halinde, bu maddede belirlenen süreleri kısaltabilir.” düzenlemesi bulunmaktadır. Buna göre kişisel veri işleyenler aynı zamanda veri imha politikaları hazırlamak ve imha edilmesi gereken verileri imha koşullarının oluşmasından itibaren en geç üç ay içerisinde imha etmek zorundadırlar.

Kişisel verileri ilgili kişinin talep etmesi durumunda silme ve yok etme süreleri kenar başlıklı 12. maddesinde ise “(1) İlgili kişi, Kanunun (Değişik ibare: RG-28/4/2019-30758)11 inci ve 13’üncü maddelerine istinaden veri sorumlusuna başvurarak kendisine ait kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini talep ettiğinde;

a) Kişisel verileri işleme şartlarının tamamı ortadan kalkmışsa; veri sorumlusu talebe konu kişisel verileri siler, yok eder veya anonim hale getirir. Veri sorumlusu, ilgili kişinin talebini en geç otuz gün içinde sonuçlandırır ve ilgili kişiye bilgi verir.

b) Kişisel verileri işleme şartlarının tamamı ortadan kalkmış ve talebe konu olan kişisel veriler üçüncü kişilere aktarılmışsa veri sorumlusu bu durumu üçüncü kişiye bildirir; üçüncü kişi nezdinde bu Yönetmelik kapsamında gerekli işlemlerin yapılmasını temin eder.

c) Kişisel verileri işleme şartlarının tamamı ortadan kalkmamışsa, bu talep veri sorumlusunca Kanunun 13’üncü maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca gerekçesi açıklanarak reddedilebilir ve ret cevabı ilgili kişiye en geç otuz gün içinde yazılı olarak ya da elektronik ortamda bildirilir.” denilmektedir. Buna göre kişisel verilerine ilişkin olarak işlenme şartları ortadan kalkmış kişiler veri sorumlularından kişisel verilerinin yok edilmesini talep edebilecekler ve bu yükümlülük en geç 30 gün içinde yerine getirilecektir.

Tüm bu düzenlemeler bir bütün halinde değerlendirildiğinde kişisel verilerin yok edilmesi işleme koşullarının ortadan kalkması şartına bağlanmıştır. Bu anlamda bir süre öngörülmemiş olup düzenlemelerdeki süreler genel olarak koşulların oluşması halinde yok etme yükümlülüğünün yerine getirilmesine yönelik olduğundan, TCK m. 138. Hükmünde öngörülen “süre” niteliği taşımamaktadır. Bu nedenle belirtilen sürelerle riayet edilmese dahi bu suç oluşmayacaktır.

Netice itibariyle suçun tipikliği çok kesin ve sınırlandırıcı şartlara bağlanmış olup bu nedenle oluşması (verilerin silinmesi için açık ve kesin süreye yer veren birkaç konu dışında) çok zorlaştırılmıştır. Bu durum, suç tipiyle korunması amaçlanan hukuki değerler yeterli bir biçimde korunmadığını göstermektedir. Çünkü tipiklik için kanuni bir süre bulunması gerekmekte, ancak kişisel sağlık verileri gibi çok çok önemli bir alanda dahi bu anlamda kanuni bir süre bulunmamaktadır. Kanaatimizce, TCK m. 138 hükmünde değişiklik yapılması ve amacın gerçekleşmesi veya işleme koşullarının kalkmasına rağmen belli veya makul bir sürede verilerin yok edilmemesini (veya istem üzerine silinmesi gereken veriler bakımından yasal bir neden olmaksızın verilerin silinmemesini) kapsamına alacak şekilde tipin yeniden düzenlenmesi zorunluluk taşımaktadır.

2.2.3.3.1.5. Netice

Verileri yok etmeme suçu sırf hareket suçu olduğundan ve bu nedenle hareketin yapılmasıyla suç tamamlandığından, suçun tamamlanması için herhangi bir neticenin ortaya çıkmasına gerek bulunmamaktadır.²⁰⁸⁴ Tipik ihmali hareketin yapılmasıyla suç gerçekleşmiş olur.²⁰⁸⁵ Daha açık bir deyişle suçun tamamlanmış sayılması için verilerin kanuni süre geçmiş olmasına rağmen yükümlülüğe aykırı olarak yok edilmemiş olması yeterlidir. Bundan ayrıca bir zarar veya haksız bir yarar doğması şart değildir.²⁰⁸⁶ Bu nedenle bu suç bir tehlike suçudur.²⁰⁸⁷

Suç tipinde hareket ile tehlike neticesi arasında bir nedensel ilişkinin varlığını araştırmak yönünde zorunluluk bulunduğu ilişkin bir ifadenin yer almaması nedeniyle

²⁰⁸⁴ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 35; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 192; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 164; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2100; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 135.

²⁰⁸⁵ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 135.

²⁰⁸⁶ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 572; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 193; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 35.

²⁰⁸⁷ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 35.

soyut tehlike suçu niteliği taşımaktadır.²⁰⁸⁸ Buna göre hareketin yapılması ile beraber konu üzerinde bir tehlikenin ortaya çıktığı varsayılacak ve bu tehlikenin ayrıca mevcut olup olmadığı araştırılmayacaktır.²⁰⁸⁹ Bu nedenle suçun neticesi bizatihi verilerin yok edilmemiş olunması, yani verilerin varlığının devam etmesidir.²⁰⁹⁰ Bu kapsamda veriler yok etmediği sürece işlenmeye devam eden mütemadi/ kesintisiz bir suçtur.²⁰⁹¹ Dolayısıyla bu suçun tamamlanma anı ile bitme anı farklıdır ve mütemadi suçlara ilişkin özellikler bu suç açısından da geçerlidir.²⁰⁹²

2.2.3.3.2. Manevi Unsur

Kişisel verileri yok etmeme suçu genel kastla işlenebilecek bir suç tipidir.²⁰⁹³ Suçun oluşumu için özel kast ya da saik aranmamaktadır.²⁰⁹⁴ Fail suçun kanuni tanımındaki unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştirmiş olmalıdır.²⁰⁹⁵ Bu kapsamda fail, kişisel verileri sistem içinde yok etme yükümlülüğünü kasten yerine getirmemiş olmalı²⁰⁹⁶, bilerek ve isteyerek verileri yok etmemelidir.²⁰⁹⁷ Failin ihmali hareketi gerçekleştirirken, yani yükümlülüğünü ihmal ederken sahip olduğu saik önemli değildir ve saikin araştırılmasına da gerek yoktur.²⁰⁹⁸

Genel kastla işlenebilen bir suçun kural olarak olası kastla işlenmesi de mümkündür. Bu durum verilerin yok edilmemesi suçu içinde geçerlidir.²⁰⁹⁹ Yine suçun taksirli biçimi yoktur²¹⁰⁰, bu nedenle taksirle işlenmesi mümkün değildir.²¹⁰¹

²⁰⁸⁸ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 188; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 572; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 135.

²⁰⁸⁹ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 188.

²⁰⁹⁰ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 35.

²⁰⁹¹ Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 176; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 160.

²⁰⁹² Dülger, *Kişisel Verilerin*, 160.

²⁰⁹³ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 573; Malkoç, *5237 Sayılı*, 915; Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2753; Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hayata*, 22; Akdağ, *Türk Ceza*, 137; Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 176; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 193; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 37; Güven, *Hasta Bilgilerinin*, 71; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4136.

²⁰⁹⁴ Malkoç, *5237 Sayılı*, 915; Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 176; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 193.

²⁰⁹⁵ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 37.

²⁰⁹⁶ Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2100; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 164; Güven, *Hasta Bilgilerinin*, 71; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4136.

²⁰⁹⁷ Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hayata*, 22; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 37.

²⁰⁹⁸ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4136; Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2753; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2100.

²⁰⁹⁹ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 573; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 37.

²¹⁰⁰ Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hayata*, 22; Akdağ, *Türk Ceza*, 137; Malkoç, *5237 Sayılı*, 915; Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 194; Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 176; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu ve İçtihatlı*, 3. Cilt, 4136.

²¹⁰¹ Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2753; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 37.

2.2.3.3.3. Nitelikli Haller

TCK'nin 138. maddesine 21.2.2014 tarih ve 6526 sayılı Kanun'un 5. maddesi yle eklenen ikinci fıkra ile *“Suçun konusunun Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre ortadan kaldırılması veya yok edilmesi gereken veri olması hâlinde verilecek ceza bir kat artırılır.”* hükmü getirilmiştir. Böylelikle verilerin yok edilmemesi suçu için cezayı artıran nitelikli bir hal öngörülmüştür. Yani suçun konusunu oluşturan verinin niteliğine göre bir nitelikli hal öngörülmüştür. Bu ise verinin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nu (CMK) kapsamında ortadan kaldırılması gereken bir veri oluşudur.

Örneğin CMK m. 137/3 hükmüne göre *“135. maddeye göre verilen kararın uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da aynı maddenin birinci fıkrasına göre hâkim onayının alınamaması halinde, bunun uygulanmasına Cumhuriyet savcısı tarafından derhal son verilir. Bu durumda, yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edilir.”*. Bu düzenlemeye göre soruşturma kapsamında elde edilen kişisel veri içeren kayıtların nasıl ve hangi süre içinde yok edileceği hükme bağlanmıştır. Kanun koyucu, bu nitelikteki kişisel verilerin yok edilmesi için belirli bir süre öngörülmüştür. Bu süre kanuni bir süredir. Kapsamında kişisel verilerin barındıran bu nitelikteki kayıtların belirtilen on günlük sürenin sonunda yok edilmemiş olması halinde incelenen suç oluşacak ve söz konusu nitelikli hal gereğince cezası artırılarak uygulanacaktır.²¹⁰²

CMK'de bu nitelikte yok edilmesi gereken verilerin içeren birçok düzenleme bulunmaktadır. Bu yönüyle Kanun'un 75. ve 76. maddelerine göre, şüpheli veya sanık veya diğer kimselerin vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınması halinde, bu örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları kişisel veri niteliğinde olup başka bir amaçla kullanılamaz ve dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez. Alınan bu örneklerin tamamı bünyelerinde kişiye ait sağlık verilerini barındırmaktadırlar. Aynı Kanun'un 80. maddesine göre de bu bilgiler kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip

²¹⁰² Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 572; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 138-139; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 34.

kesinleşmesi hallerinde Cumhuriyet savcısının *huzurunda* derhal yok edilir ve bu husus tutanağa geçirilir.

CMK'nin 81. maddesine göre şüpheli veya sanığın kimliğinin tespiti için gerekli olması halinde, fotoğrafı, beden ölçüleri, parmak ve avuç içi izi, bedende yer almış olup tespitini kolaylaştıracak diğer özellikleri ile sesi ve görüntüleri kayda alınarak soruşturma ve kovuşturma dosyasına konulabilir. Bunlar niteliği itibarıyla neredeyse tamamen kişisel sağlık verilerini içermektedir. Maddenin 2. fıkrasına göre ise şüpheli veya sanık hakkında da kovuşturmayla yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi halinde, söz konusu kayıtlar Cumhuriyet savcısının *huzurunda* derhal yok edilecektir.

CMK'nin 140. maddesi gereğince madde de sayılan suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka suretle delil etme imkânının bulunmaması halinde şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işleri teknik araçlarla izlenebilir, ses ve görüntü kayıtları alınabilir. Bu surette elde edilen delillerin ceza kovuşturması bakımından gerekli olmadığı takdirde aynı düzenleme kapsamında Cumhuriyet savcısının *gözetiminde* derhal yok edilmesi gerekmektedir. Tüm bu düzenlemeler kişisel veri içeren kayıtlara ilişkindirler ve önemi nedeniyle yasa koyucu tarafından derhal yani en kısa süre içinde yok edilmeleri istenilmektedir. Derhal, en kısa süre içinde gibi ibareler de yukarıda değindiğimiz üzere süre niteliğinde olup olayın koşullarına göre kabul edilebilecek en kısa süreyi ifade ederler. Bu nedenle aksine davranışlar halinde, yani mümkün olan en kısa sürede yok edilmemeleri halinde nitelikli halin uygulanması gerekmektedir.

Suçun konusunu oluşturan verilerin kişisel sağlık verileri veya diğer özel nitelikli veriler olması halinin ağırlatıcı bir nitelikli hal olarak düzenlenmemiş olması, aynen yayma ve ele geçirme suçunda olduğu gibi önemli bir eksikliklerdir. Zira bu nitelikteki verilere ilişkin olarak işlenen suçların veri öznelere verebilecekleri zararlar çok daha ağırdır. Yerine göre bu nitelikteki suçların mağdurunu toplum içine çıkamaz hale getirme potansiyeli bulunduğu üst kısımlarda sıklıkla söz ettik. İncelenen suçun mevcut düzenleme tarzı, özel nitelikli kişisel verilere ilişkin olarak görev yapanları daha dikkatli ve özenli bir davranış göstermeye zorlayıcı bir nitelik taşımamaktadır. Bu kapsamda vergi kaydına ilişkin kişisel veri ile cinsel tercihe ilişkin

veri aynı önemi haiz olmadığına göre bunların korunmasını amaçlayan suçların ceza miktarlarının da aynı olmaması gerekmektedir.

Suçun belli özel amaçlarla işlenmesi ya da suçun işlenmesi sayesinde haksız bazı menfaatlerin temin edilmesi hallerinin ağırlatıcı hal olarak düzenlenmemiş olması da kanaatimizce önemli bir eksiklik. Örneğin hasmının kişisel sağlık verilerine sağlık bilişim sistemi üzerinden ulaşmaya çalışan ancak bunu henüz başaramamış bir kişinin, verileri yok etmekle görevli sağlık meslek mensubuna bu özel amacını söylemeyip, tamamen maddi bir menfaat karşılığında belli bir süre daha verinin yok edilmeyerek sistemde kalmasını sağlaması durumunda, menfaat karşılığı veriyi yok etmeyen görevlinin fiilinin daha ağır şekilde cezalandırılması gerekmektedir. Ancak düzenleme mevcut şekliyle bunu sağlamaya müsait değildir.

Yine incelenen suç açısından yasa koyucu failin sıfatından kaynaklanan bir nitelikli hal öngörmemiştir. Ancak bu durum eleştiriye açıktır. Özellikle suçun failinin kamu görevlisi olmasının daha ağır neticelere yol açabileceği ve kamu düzeni ile kamunun işleyişine zarar vereceği düşünüldüğünde, failin kamu görevlisi olmasının cezanın artırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak düzenlenmesi gerektiği²¹⁰³ ifade olunmuştur. Ancak bu kanaate katılmamaktayız. Zira suçun temel şeklinde dahi failin vasfına ilişkin olarak “*sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara*” ibaresi nedeniyle sadece görevli olanların suçun faili olabileceği hüküm altına alınmıştır. Zaten incelenen suçun mahiyeti gereği silmekle/yok etmekle görevli olmayan bir kimsenin fail olarak düzenlenmesi mümkün gözükmemektedir. Çünkü suç, ifa edilmesi gereken bir görevin yerine getirilmemesini içeren bir suçtur ve bu durum başlı başına zaten bir görevde bulunmayı kapsamına alır. Bu nedenle böyle bir nitelikli hal düzenlemesi, aynı hususun hem suçun oluşabilmesi için hemde ayrıca ağırlatıcı bir nitelikli hal olarak düzenlenmiş olması sonucunu doğuracaktır. Bu da aynı eylem nedeniyle kişinin birden fazla kez cezalandırılmasını yasaklayan non bis in idem kuralına aykırılık taşıyacaktır.

2.2.3.3.4. Hukuka Aykırılık

Suç bakımından özel bir hukuka uygunluk nedeni yoktur. Bu nedenle genel hukuka uygunluk nedenlerinin tamamı bu suç bakımından da geçerlidir.²¹⁰⁴

²¹⁰³ Gültekin, *Kişisel Verilerin*, 193.

²¹⁰⁴ Gerçekler, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2753.

Bu suçla da ilgili olarak soruşturması ve kovuşturulması şikâyeteye tabi suçlar bakımından mağdurun üzerinde tasarrufta bulunabileceği bir hakkın var olduğu kabul edilemeyeceğinden bahisle ve bu suçun suç tipi şikâyeteye bağlı bulunmaması²¹⁰⁵, suçla iki farklı hukuksal değer korunması ve buna bağlı olarak hem kişisel verilerin ilgilisi olan bireyin hem de toplumu oluşturan her bireyin suçun mağduru olması nedeniyle, yok edilmeyen verilerin ilgilisi olmasına rağmen tek başına suçtan zarar gören kişinin rızasının eylemi hukuka uygun hale getirmeyeceği²¹⁰⁶ öne sürülmüştür.

İncelenen diğer suçlarda da belirtildiği üzere bu kanaate katılmak mümkün değildir. Zira ilgilinin rızası –kural olarak- suç türüne göre etkili olan bir hukuka uygunluk nedeni olmayıp kural olarak tüm suç tipleri açısından geçerlilik taşıyan bir hukuku uygunluk nedenidir. Ayrıca suçla korunan hukuksal yararlarından biri her ne kadar kamu idaresine olan güven olsa da suçun koruduğu birincil/ temel hukuksal değer özel yaşamın gizliliği ile kişisel verilerin korunması hakkıdır. Yani korunan hukuksal değer anlamında bunlar daha önceliklidir. Bu hakların temelini ise kişilerin kendi kaderini tayin edebilme özgürlüğü oluşturmaktadır.²¹⁰⁷ Bu nedenle bu suç bakımından ilgilinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkının bulunduğu rahatlıkla söylenebilir ve ilgilinin rızası bu nedenle eylemi hukuka uygun hale getirir. Yine yukarıda da izah olunduğu üzere, bir suçun şikâyeteye bağlı olup olmaması ile rızanın hukuka uygunluğu sağlaması farklı bir şeydir ve farklı amaçlara hizmet eder. Bu kapsamda şikâyet bir ceza usul hukuku müessesesidir ve tamamen soruşturmaya başlanılmasının ön şartıdır. Ancak rızanın hukuka uygunluk nedeni olması ise tamamen maddi ceza hukuku kurumudur ve yapılan davranışın hukuk düzeni ile çelişip çelişmediğini belirlemeye yarar. O halde bir suç şikâyeteye bağlı olmasa bile bu suçun mağdurunun rıza göstermesi davranışı hukuka uygun hale getirmelidir.

Bunun dışında bu suç tipi açısından yasadan kaynaklanan başka bir hukuka uygunluk sebebinin bulunmadığı²¹⁰⁸ öne sürülmüştür. Ancak biz bu düşünceye iştirak etmiyoruz. Olayın oluşum şekline göre kanunda belirtilen tüm genel hukuka uygunluk nedenlerinin bu suçla da uygulanabileceğini düşünmekteyiz. Örneğin incelenen diğer

²¹⁰⁵ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 573; Küzeci, *Kişisel Verilerin*, 314.

²¹⁰⁶ Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hayata*, 22; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 166; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 156.

²¹⁰⁷ Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 130.

²¹⁰⁸ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 156; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 166.

suçlarda olduğu gibi hakkında açılan bir davada kendini savunmak amacıyla süre geçmesine rağmen kişisel veriyi yok etmeyen sağlık meslek mensubunu davranışı hakkın icrası, veri öznesinin ileride kendisine gerekli olacağını düşündüğü için kendisinden yaptığı rica üzerine süre dolmasına rağmen veriyi yok etmeyen sağlık meslek mensubunun davranışı ilgilinin rızası, bir kanunda verinin yok edilmesinden söz ederken, bir başka kanunda belli nitelikteki verilerin özel amaçlarla saklanması öngören bir hükmünün gereğini yerine getirerek veriyi yok etmeyen sağlık meslek mensubunun davranışı ise görevin ifası hukuka uygunluk nedenini oluşturacaktır.

2.2.3.3.5. Kusurluluk

Kusurluluğu kaldıran veya etkileyen hallerin bu suç kapsamında da gerçekleşmesi mümkündür. Öğretide failin veriyi silmeyi unutması, kanunun koyduğu sürenin hesabında hataya düşmesi, vs. halleri fiili hata olması nedeniyle kusuru kaldıracağı²¹⁰⁹ öne sürülse de biz bu düşünceye iştirak etmiyoruz. Zira TCK m. 30/1 hükmü kapsamında fiil hatası, failin kusurunu değil kastını kaldırır ve fail kasten hareket etmiş kabul edilmez. TCK m. 138 hükmünün taksirli hali de suç olarak düzenlenmediğinden, fiil hatasının bulunduğu bir eylem bakımından, verileri yok etmeme suçunun manevi unsuru oluşmaz ve fail hakkında “*manevi unsurunun oluşmaması nedeniyle*” beraat kararı verilmelidir (CMK m. 223/2-c).

Verileri yok etmeme suçu bakımından, zorunluluk halinin uygulanabilmesi mümkündür. Bu kapsamda veri öznesinin kayıtlı verilerle ilgili olarak önemli bir tehlike altında olması halinde, örneğin bir şekilde ilişkiye girdiği kişinin AIDS olduğunun tespit olunduğu, bu durumun kendisine bildirilmesi gerektiği halde kendisine ulaşamadığı, süre geçmesine rağmen kendisine ulaşamaması nedeniyle olası bir ulaşma halinde kişinin buna inanmasını sağlamak amacıyla süre geçmesine rağmen veri silinmemişse zorunluluk hali söz konusu olacak ve fail kusursuz kabul edilecektir.

Kusurluluğu kaldıran ya da etkileyen diğer hallerden amirin hukuka aykırı emri hariç olmak üzere tamamının bu suç açısından uygulanma kabiliyeti bulunduğunu düşünmekteyiz. Amir hukuka aykırı emri ise özellik taşımaktadır. Zira Anayasa’nın 137/2 ve TCK’nin 24/3 maddeleri konusu suç teşkil eden bir emrin hiçbir surette yerine getirilmesine meşruluk tanımamaktadır. Bu kapsamda kişisel verilerle çalışan kamu

²¹⁰⁹ Hafızogulları ve Özen, *Özel Hayata*, 22.

görevlilerin kendilerine bu yönde verilecek emirlerle ilgili olarak, emrin konusunun suç teşkil edip etmediğini dikkatle analiz etmeleri gerekmektedir.

2.2.3.4. Soruşturma ve Kovuşturma Şartları

Suç resen soruşturulan ve kovuşturulan bir suçtur. Zira 139. madde bu suçu takibi şikâyetle bağlı bir suç olarak kabul etmemiştir.

Suçun kamu görevlileri tarafından ve görevleri kapsamında işlenmesi halinde suçun soruşturulabilmesi için soruşturma izni alınması gerekmektedir. Bu nedenle suçun kamu görevlisi olan sağlık çalışanları ve sağlık meslek mensupları tarafından ve görevleriyle bağlantılı olarak işlenmesi halinde de öncelikle yetkili merciden soruşturma izni alınması gerekmektedir.

Şikâyet ve izin konularında yukarıdaki suçlarda yaptığımız açıklamalar bu suç açısından da geçerlidir.

2.2.3.5. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

2.2.3.5.1. Teşebbüs

İhmali suçlar şekli suç niteliğinde olup tipte yer alan ihmali hareketin gerçekleştirilmesi ile tamamlanır.²¹¹⁰ İncelenen suç da saf ihmali bir suç olup²¹¹¹ neticesi harekete bitişik bir suç²¹¹² ve sırf hareket suçu niteliği taşımaktadır.²¹¹³ Bu nedenle kural olarak bu suça teşebbüs mümkün değildir.²¹¹⁴

Suçun istisnai olarak da olsa icrai hareketle işlenmesi mümkün olduğu öne sürülmüş ve CMK'nin 137 (3) maddesi uyarınca yapılacak imha sırasında görevli polisin imha edilmesi gereken verilerden bazılarını Cumhuriyet savcısını bir şekilde kandırarak imha edilecek diğer verilerin yanından alıp saklaması ve imha etmemesi hali örnek olarak²¹¹⁵ verilmiştir. Bu kapsamda artık icrai bir hareket söz konusu ve memurun imha etmek istemediği verileri diğer verilerden ayırırken yakalanması halinde artık

²¹¹⁰ Malkoç, 5237 Sayılı, 915; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 571.

²¹¹¹ Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hayata*, 22; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 157.

²¹¹² Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 37; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 573.

²¹¹³ Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2101.

²¹¹⁴ Gerçeker, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2753; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 166; Malkoç, 5237 Sayılı, 915; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 571; Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hayata*, 22; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2101; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 157; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 573; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 37.

²¹¹⁵ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 37.

eylemi kısımlara bölünebilmekte ve isnat olunan suç teşebbüs aşamasında kalmaktadır.²¹¹⁶

Biz de bu suçun işlenme şekline göre teşebbüs halinde kalabileceğini düşünmekteyiz. Bu kapsamda bir kişisel sağlık verisinin süresi dolduğunda silinmesini sağlayan bir yazılıma belli bir kişi ile ilgili olarak sürenin dolmasına rağmen verinin silinmesini engelleyen virüs vb. yerleştiren sağlık çalışanı, süre henüz dolmadan durumun fark edilmesi halinde incelenen suça teşebbüsten sorumlu tutulabilecektir. Yine özel bir virüs vb. olmaksızın imha edilecek verilerin tek tek seçilmesini sağlayan bir sistemde süre sonrasında yok edilmesi gereken bir veriye ilişkin olarak özellikle yok etmeme yönünde seçim yapan herhangi bir görevli, süre dolmadan durum fark edilir ve bunu kasten yaptığı ortaya konulur ise teşebbüsten sorumlu olacaktır. Tüm bu nedenlerle suçun teşebbüse müsait olduğunu düşünmekteyiz.

Gönüllü vazgeçme hali aynen diğer suçlarda olduğu gibi suçta da uygulanma kabiliyeti kazanabilir. Maddi menfaat karşılığında kişisel sağlık verisinin belli bir süre daha sistemde kalmasını sağlayan görevli örneğinde, görevlinin verinin süre dolduğu an silinmemesini sağlayan komutu sisteme girmesi, ancak sürenin dolmasına çok az bir zaman kaldığı bir anda nedamet göstererek bu komutu iptal etmesi halinde, tam anlamıyla gönüllü vazgeçme vardır ve amaç suç olan verileri yok etmeme suçunda cezalandırılmayacaktır. Ancak o ana kadar gerçekleştirdiği eylemleri sisteme izinsiz girme vb. suçlarını oluşturuyorsa o suçlardan sorumluluğu söz konusu olacaktır.

2.2.3.5.2. İştirak

Verileri yok etmeme suçu, iştirak açısından kendine has bir özellik göstermediğinden²¹¹⁷ iştirakin her şekli bu suç açısından mümkün olduğu öne sürülmektedir.²¹¹⁸ Ancak bu kanaate katılmamaktayız. Zira fail kısmında suçun özgü suç olduğundan bahsedilmişti. Bu nedenle bu suça yapılabilecek iştirak şekilleri de failin sıfatına göre değişiklik gösterebilecektir. Suç, kişisel verileri yok etme yükümlülüğü olan görevlilerce işlenebilen özgü suç niteliğinde olduğundan, böyle bir

²¹¹⁶ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 37.

²¹¹⁷ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 573; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 38; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 157.

²¹¹⁸ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 157; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 38; Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 573.

yükümlülüğü bulunmayan kimseler TCK m. 40/2 hükmü uyarınca bu suça ancak şerik, yani azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştirak edebilirler.²¹¹⁹

Bu suç tipi açısından TCK'nin 39/ 2- b maddesinde yer alan “suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin ilenmesinde kullanılan araçları sağlamak” ile aynı maddenin c bendinde yer alan “suçun işlenmesinden önce veya ilenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak” şeklindeki iştirak türlerinin gerçekleşmesinin pek olası olmadığı²¹²⁰ öne sürülmüştür. Ancak bu kanaate de katılmamız mümkün değildir. Aksine bu iştirak şekilleriyle çok sık karşılaşılabileceğini düşünmekteyiz. Örneğin bilişim sistemindeki verileri süre dolmasına rağmen yok etmemesini isteyen bir görevliye, bilişim sistemine bu yönde nasıl bir komut dosyası yüklemesi gerekliliğini anlatan, yine dosyayı yüklemeye çalışırken başarılı olamayan aynı görevlinin tekrar yardım istemesi halinde suç mahalline gelerek bizzat yönlendirici komutlar vermek suretiyle yardımcı olan kişi bu iştirak şekillerinin her ikisini de gerçekleştirmiş olacaktır.

2.2.3.5.3. İçtima

İncelenen suç açısında suçların içtimasına ilişkin olarak özel bir düzenleme bulunmamakta, bu nedenle içtima sorunun da genel hükümlere göre çözümlenmesi gerekmektedir.²¹²¹

Verileri yok etmeme suç ile en önemli içtima ilişkisi KVKK'nin 17/2 maddesindeki kişisel verileri silmeme veya anonimleştirmeme suçları arasında olabilir. Zira iki suç tipi birbirine çok benzemektedir, ancak bu iki suç tipi tamamen farklı suçlardır.²¹²²

İki suç açısından mukayeseli bir şekilde incelendiğinde, fail anonimleştirmesi gereken kişisel veriyi anonimleştirmemiş ise hareketi yalnızca KVKK'nin 17/2. maddesindeki suçu oluşturacaktır. Fail silmesi gereken veriyi silmemişse bu takdirde suçun konusuna bakılmalıdır. Eğer suçun konusunu oluşturan veri KVKK'nin

²¹¹⁹ Aynı yönde Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2101; Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 166; Gerçeker, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2753.

²¹²⁰ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 166.

²¹²¹ Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2101.

²¹²² Aynı yönde Dülger, *Kişisel Verilerin*, 160.

kapsamına girmeyen bir veri ise ortada yine uygulanabilecek tek norm vardır ve eylem sadece TCK'nin 138. maddedeki suçu oluşturacaktır.²¹²³

Silinmesi gerekirken silinmeyen veri KVKK'nin kapsamına giren kişisel veri niteliği taşıyorsa bu durumda hem KVKK'nin 17/2. maddesinin hem de TCK'nin 138. maddesi aynı anda uygulanabilme kabiliyeti bulunmakta ve hemen akla fikri içtima hali gelmektedir. Ancak her iki suçun cezası da aynıdır ve bu nedenle fikri içtimadan söz edilemez. Olaya uygulanabilir gözükken iki suçtan biri diğerinden daha ağır değildir. Bu kapsamda hem TCK'nin ve hem de KVKK'nin genel yasa formunda olduğu, aynı konuyu çok benzer şekilde biri diğerine ceza açısından atıf yaparak düzenlediği, bu nedenle sorun ancak önceki genel yasa – sonraki genel yasa kuralından hareketle çözülmesi gerektiği ve bir kişisel verinin silinmesi gerekirken silinmemesi halinde sonraki genel yasa olan KVKK'nin 17/2. maddesinin uygulanması gerektiği²¹²⁴ ifade olunmuştur.

Biz bu kanaate birkaç yönden katılmamaktayız. Öncelikle suçlar ve cezalar anlamında KVKK, TCK'ye göre kesinlikle özel kanun niteliği taşımaktadır. Yine kalıcı nitelikte silmek fiili, sadece bilişim sisteminde tutulan veriler yönüyle yok etme şekillerinden biridir ve hatta tekidir. Yani bilişim sistemindeki veriler ancak kalıcı bir şekilde silinerek yok edilebilirler. Bu nedenle silme, yok etmenin özel bir şeklini oluşturmaktadır. Yok etme, silmeyi de içine alan çok daha geniş bir kavramdır. Bu nedenlerle bu son ihtimalde, yani silinmesi gereken kişisel verinin silinmemesi halinde fikri içtima hiçbir şekilde geçerlilik taşımayacağı gibi ortada net bir şekilde görünüşte içtima hali bulunmaktadır. Çünkü *özel kanunun önceliği* prensibi çerçevesinde suç ve cezalar anlamında özel kanun olan KVKK, genel kanun olan TCK'yi dışlayacak ve eyleme sadece o uygulanacaktır. Yine özel bir hal olan silmeme fiili nedeniyle fail yargılanacak, daha genel nitelikteki yok etmeme fiili eyleme uygulanma kabiliyeti taşımayacaktır.

Fail, hukuka uygun olarak kaydedilen kişisel verileri kanunda belirlenen sürelerin geçmiş olmasına karşın yok etmediği gibi bu kişisel verileri örneğin hukuka

²¹²³ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 160.

²¹²⁴ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 160.

aykırı olarak başkasına verdiği veya yaydığı takdirde 136. ve 138. maddelere uyan iki ayrı suç olunacağından gerçek içtima kurallarının uygulanması gerekecektir.²¹²⁵

Kişisel veriler hukuk aykırı olarak ele geçirilmiş ve sonra da yok edilmemişse iki ayrı suç oluşacağı²¹²⁶ öne sürülmüştür. Bu kanaate katılmak mümkün görünmemektedir. Hukuka aykırı şekilde ele geçirmek zaten bir süre verinin tutulmasını, yok edilmemesi gerektirmektedir. Yani fail veriyi hâkimiyetinde tuttuğu sürece ele geçirme fiili devam etmektedir. Bu halde, ele geçirme fiili esasında yok etmemeyi tüketmekte ve bu nedenle belli bir süre sonra ele geçirdiği veriyi yok etmemek ayrıca bir suç oluşturmamaktadır. Yine ele geçirilen verinin bir süre sonra silinmesine dair özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Zaten mahiyeti gereği bu nitelikteki verilerin yok edilmesi veya iade edilmesi gerekmektedir. Tüm bu nedenlerle ele geçirilen verinin silinmemesi cezalandırılmayan sonraki eylem niteliğinde olup tükenen – tüketilen norm ilişkisi çerçevesinde görüşte içtima kapsamında değerlendirilmelidir.

Verileri yok etmeme suçu zincirleme şekilde işlenebilecek bir suçtur.²¹²⁷ Bu kapsamda failin aynı kişiye ait birden çok veriyi aynı suç işleme kararı kapsamında, değişik tarihlerde süreleri dolmasına rağmen imha etmemesi durumunda TCK 43 anlamında zincirleme suç hükümlerinin tatbiki gerekecektir.²¹²⁸ Bu durumda faile her eylem için ayrı ayrı ceza verilmeyecek, sadece cezası artırılacaktır. Yok edilmesi gereken kişisel verilerin birden fazla olması ve kanunda belirtilen sürelerin aynı tarihte geçmiş olması halinde yok etmeme eylemi tek suç oluşturur.²¹²⁹ Böyle bir durumda zincirleme suç hükümleri geçerli olamaz.

İncelenen suç fikri içtima hükümlerinin uygulanmasına da müsaittir. Failin birden çok kişiye ait veriyi tek bir ihmali hareketle imha etmemesi halinde aynı neviden fikri içtima söz konusu olacaktır.²¹³⁰ Örneğin aynı soruşturma bağlamında birden fazla şüpheli veya sanığın dış veya iç beden muayenesi yoluyla alınan ve sisteme yüklenen

²¹²⁵ Kuşkonmaz, *Kişisel Verilerin*, 167; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2101.

²¹²⁶ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 572.

²¹²⁷ Özbek, Kanbur, Doğan vd., *Özel Hükümler*, 573; Dülger, *Kişisel Verilerin*, 160; Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 38; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2101.

²¹²⁸ Aynı yönde Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 38.

²¹²⁹ Gerçeker, *Yorumlu Uygulamalı*, Cilt-2, 2753; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2101.

²¹³⁰ Aynı yönde Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 38; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2101.

kişisel verilerin yok edilmemesi halinde 43/2 maddesindeki aynı neviden fikri içtima durumu oluşacaktır.²¹³¹

Bu suç bakımından farklı neviden fikri içtima hükmünün uygulanması da söz konusu olabilir. Örneğin, elektronik sistemdeki bir veriyi yok etmekle görevli kişi veriyi kayıtlı bulunduğu sistemde başka bir sisteme aktararak ya da farklı bir ortama kaydederek asıl bulunduğu ortamda silmiş ise tek eylemle yok etmeme ve kaydetme suçların işlemiş olacaktır. Bu durumda, veri bulunduğu sistemden yok edilmiş olduğundan TCK'nin 138. maddesindeki suçun oluşmayacağı, başka bir yere kayıt yapılan veri kişisel veri ise TCK'nin 135. maddesindeki kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun normal bir veri ise TCK'nin 244/2 maddesindeki verileri başka bir yere göndermek suçunun oluşacağı²¹³² öne sürülmüştür. Ancak biz bu kanaate katılmamaktayız. Zira bir yerden başka bir yere aktarmak hiçbir zaman yok etmek değildir. Bu nitelikte kabul edilemez. Bu nedenle bahse konu aktarma fiili gerçekleştirildiğinde yok etmeye yönelik yasal süre dolmuş ise verinin niteliğine göre tüm bu suçlar birlikte ve tek eylemle işlenmiş olacaktır. Yani farklı farklı suçları oluşturan ihmalî hareketle, icrai bir hareket aynı anda gerçekleştirilebilir. Bu nedenle farklı neviden fikri içtima müessesesi kapsamında failin en ağır suçtan dolayı cezalandırılması gerekmektedir.

İnceleme konusu suç kamu görevlileri açısından özel bir görevi ihmal suçudur. Kamu görevlileri bakımından genel nitelikteki görevi ihmal suçu, TCK'nin 257. maddesinde düzenlenen suçtur. Bu nedenle kamu görevlileri bakımından TCK'nin 138. maddesi ile 257. maddedeki suç arasından *özel hükmün genel hükmü dışlaması* prensibi çerçevesinde görünüşte içtima söz konusudur. Her iki suçun bir eylemde birleşmesi durumunda sadece verileri yok etmeme suçu uygulanacaktır.²¹³³

2.2.3.6. Yargılama, Zaman Aşımı ve Yaptırım

Suçun cezası bir yıldan iki yıla kadar hapis cezasıdır. Suçun faili olamamakla birlikte, suçun işlenmesinde araç olarak kullanılması veya suçun işlenmesi sayesinde

²¹³¹ Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza*, 2. Cilt, 2101.

²¹³² Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 38.

²¹³³ Aynı yönde Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 38.

tüzel kişiye herhangi bir menfaat temin edilmişse tüzelkişiye, kendilerine özgü güvenlik tedbirleri uygulanacaktır.²¹³⁴

Hükümde öngörülen cezanın üst sınırı iki yıl olduğuna göre 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11. maddesi uyarınca bu suçun yargılamasını yapma görevi asliye ceza mahkemesine aittir.

Yetkili mahkeme ise 5271 sayılı CMK'nin 12. maddesi kapsamında belirlenecektir. Buna göre kural olarak yetkili mahkeme suçun işlendiği yer mahkemesidir. Suç teşebbüs halinde kalmış ise son icra hareketinin yapıldığı yer, suç temadi eden bir şekilde işlenen bir nitelik taşıdığından temadinin kesildiği yer, zincirleme suç şeklinde işlenmişse zincirin son halkasını oluşturan suçun işlendiği yer mahkemesi yetkilidir. Bu kapsamda incelenen suç özellik arz etmektedir. Zira teşebbüs halinde kalması halleri hariç olmak üzere suçun daima temadi eden bir niteliği²¹³⁵ bulunmaktadır. Bu nedenle tüm durumlarda temadin kesildiği yer dikkate alınacaktır. Örneğin suç zincirleme şekilde işleniyor ise zincirin son halkasındaki suçun kesintiye uğradığı yer dikkate alınacaktır. Yetkili savcılık da buna göre belirlenecek yetkili mahkemenin yanında kurulu bulunan savcılık teşkilatı olacaktır. Buna göre verme, yayma ya da ele geçirme eyleminin yapıldığı yer mahkemeleri ve bu mahkemelerin yanında kurulu bulunan Cumhuriyet savcılığı²¹³⁶ yetkili olacaktır.

2.3. 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamındaki Koruma

Kişisel verilerle ilgili olarak işlenen suçlarlar ilgili olarak KVKK'nin beşinci bölümünde 17 ve 18. maddelerinde ve suçlar ve kabahatler başlığı altında özel olarak düzenleme yapılmıştır. Kanun kişisel verilere ilişkin haksızlıkları kabahatler ve suçlar olarak ikiye ayırmak suretiyle düzenlemiştir. Bu kapsamda Kanun'un 17. maddesi suçlara ilişkin olup 18. madde ise kabahatlere ilişkindir.

Kanun'un suçlara ilişkin 17. maddesi, oldukça geniş bir ifade tarzı ile kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından TCK'nin 135 ila 140. maddelerine atıfta bulunmaktadır. Bununla birlikte, ilgili hükmün ikinci fıkrası daha spesifik bir

²¹³⁴ Hafızoğulları ve Özen, *Özel Hayata*, 22.

²¹³⁵ Aynı yönde Dülger, *Kişisel Verilerin*, 160.

²¹³⁶ Erdoğan, *Kişisel Verilerin*, 33.

düzenleme ile kişisel verilerin KVKK hükümlerine aykırı olarak silinmemesi veya anonim hale getirilmemesi halinde failin TCK'nin 138. maddesine göre cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır.

Kişisel verileri konu alan bir suç işlendiğinde KVKK'nin 17/2 maddesindeki suçun maddi unsuruna ilişkin istisna haricinde artık TCK'nin ilgili hükümleri uygulama alanı bulacak ve ona göre işlem tesis edilecektir. Yani bu istisna hükmü haricinde KVKK'de suçlarla ya da suçların unsurlarıyla ilgili olarak başkaca bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu düzenleme tarzı isabetlidir. Zira bir konuda değişik mevzuatlarda ne kadar çok hüküm var ise o kadar çok çakışma ve yorum farklılıkları oluşmaktadır. Bu çatışmalar zaman zaman hükümlerin uygulanırlığını dahi etkilemekte ve bu anlamda hükümleri etkisiz hale getirebilmektedir. Bu nedenle suç oluşturan davranışların belirlenmesi ve cezai yaptırıma bağlanması hususunun bu alanın en temel kanunu olan TCK'ye bırakılması isabetli bir tercih olmuştur.

Bununla birlikte TCK'nin, kişisel verilere ilişkin hükümleri ile KVKK'nin ilgili hükümleri arasında farklılıklar da yok değildir. TCK ile KVKK arasındaki önemli bir farklılık, özel nitelikli veri kapsamlarının birbiri ile uyuşmamasıdır. Yukarıda da açıklandığı üzere, KVKK'de özel nitelikli veri olarak düzenlenen birtakım kişisel veriler, daha eski tarihli TCK tarafından aynı kapsamda sayılmamıştır. Bunun sonucunda *kişilerin ırkı ve etnik kökeni, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek veya vakıf üyeliği, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri* KVKK uyarınca özel nitelikli kişisel veri olarak değerlendirilmiş olmalarına rağmen, TCK tarafından tanınan nitelikli korumadan yararlanamayacaklar ve yalnızca madde 135/1 hükmü ile düzenlenen suçun yalın halinin konusunu oluşturabileceklerdir. Buna karşın yalnızca TCK tarafından özel nitelikli veri olarak kabul edilen *kişilerin ahlaki eğilimlerine ilişkin kişisel veriler* ise KVKK'de özel nitelikli veri olarak kabul edilmemelerine rağmen suçun nitelikli halinin konusunu oluşturacak ve ilave bir cezai korumadan yararlanacaktır. Kişilerin ahlaki eğilimlerine ilişkin kişisel verilerine tanınan bu geniş kapsamlı koruma, anlamı ve içeriği tam olarak belirli olmayan bu kavramın yanlış yorumlamalara oldukça açık olması gerekçesiyle de eleştiri konusu olmuştur. Arzu edilen korumanın tam olarak sağlanabilmesi için bu tür belirsizliklerin açıklığa kavuşturulması ve özellikle yasal

tanımlar söz konusu olduğunda KVKK'nin bu amaca hizmet eden tek bir rehber olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

KVKK'nin 18. madde hükmü, aydınlatma yükümlülüğünün, veri güvenliğine ilişkin yükümlülüklerin ve veri sorumluları siciline kayıt ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesini ve Kişisel Verileri Koruma Kurulu (Kurul) tarafından verilen kararlara uyulmamasını açıkça kabahat niteliğindeki eylemler olarak saymış ve böylece söz konusu haksızlıkları TCK'nin kapsamı dışında tutarak idari para cezası ile cezalandırılmasını öngörmüştür. Maddenin 2. fıkrası gereğince bu idari para cezaları hem gerçek kişiler olan veri sorumluları hem de özel hukuk tüzel kişileri hakkında uygulanacaktır.

Kanun'da öngörülen bu idari yaptırımlara karar verme yetkisine Kanun'un 22/1-ğ maddesi gereğince Kurul sahiptir. 18. maddede sayılan eylemlerden biri gerçekleştirildiği takdirde idari para cezasının kanunda belirlenen sınırlar içinde olmak kaydıyla belirleyecek ve uygulanmasını da sağlayacak organ bizzat kurulun kendisidir.

Çalışmamızın bu kısmında, çalışmamızın kapsamı gereği KVKK'nin 17/2 maddesinde düzenlenen kişisel verileri silmeme veya anonim hale getirmeme suçunu ayrıca incelememiz uygun olacaktır.

2.3.1. Kişisel Verilerin Silinmemesi veya Anonim Hale Getirilmemesi Suçu

KVKK'nin 17/2 maddesi *“Bu Kanunun 7’nci maddesi hükmüne aykırı olarak; kişisel verileri silmeyen veya anonim hâle getirmeyenler 5237 sayılı Kanunun 138 inci maddesine göre cezalandırılır.”* şeklindedir. Düzenleme ile özel bir suç tipi belirlenmiş olup sadece yaptırım açısından TCK'ye gönderme bulunulmuştur.

Suçla korunan hukuksal değer, aynen incelediğimiz diğer suçlarda olduğu gibidir. Bu anlamda insan onuru çerçevesinde olmak üzere bu suç tipi, özel hayata saygı hakkını, kişisel verilerin korunması hakkını korumaktadır. Kişisel verileri sadece özel işletmeler değil kamu kurumları da işlediğinden ve KVKK'nin kapsamına bu kurumlarda girdiğinden kamu hizmetlerinin düzgün işleyişine olan güvenin de korunduğu kabul edilebilir.

Suçun konusunu, ilgili mevzuatı çerçevesinde silinmesi veya anonimleştirilmesi gereken kişisel veriler oluşturmaktadır. Kişisel verilerin niteliklerine kapsamına ilişkin olarak incelenen diğer suçlarda yapılan açıklamalar aynen bu suç için de geçerlidir.

Suçun faili KVKK'nın 7/1 maddesi gereğince veri sorumlusudur. Bu nedenle özgü suç niteliği taşımaktadır. Kanun'un 7. maddesinde kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hâle getirilmesinden veri sorumlusunun yükümlü olduğu belirtilmektedir. Veri sorumlusunun niteliği ise Kanun'un m. 3/1-1 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre suç tipi anılan maddeler ve atıflar birlikte okunduğunda suç tipi şu şekilde olmalıdır: *"6698 sayılı Kanun ve ilgili diğer kanun hükümlerine uygun olarak işlenmiş olmasına rağmen, işlenmesini gerektiren sebepleri ortadan kalkan kişisel verilerin resen veya ilgili kişinin talebi üzerine veri sorumlusu tarafından silinmemesi, yok edilmemesi veya anonim hâle getirilmemesi halinde veri sorumlusu gerçek kişi ise bu kişiye, tüzel kişi ise yetkili ve görevli organ ve/veya temsilcilerine ...hapis cezası verilir."*²¹³⁷

Tüzel kişiler suçun faili olamayacağına göre veri sorumlusu tüzel kişiler açısından bu işlemde kimin ya da kimlerin sorumlu olduğunun açıkça belirlenmesi gereklidir.²¹³⁸

Suçun maddi unsurunu kanuna aykırı şekilde, kişisel verileri silmemek veya anonimleştirmemek oluşturmaktadır. Ancak anonimleştirilmiş verileri yeniden kişilerle bağlantılı hale getirmek, başka bir deyişle yeniden tanımlamak gibi eylemler suç olarak düzenlenmemiştir.²¹³⁹ Bu da kanaatimizce önemli bir eksikliktir. Tam da bu noktada bahse konu eylemin kişisel verilere erişme ve ya davranışın niteliğine göre kişisel verileri kaydetme suçunu oluşturacağı savunulabilir. Ancak anonimleştirilmiş bir verinin yeniden veri öznesi ile bağının kurulmasını sağlayıcı eylemler çok özel bir kastı ve özel bir gayreti gerektiren eylemlerdir ve bu nedenle zaten İngiliz hukuk sisteminde 2018 yılı itibarıyla ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. İç hukuk sistemimizde de bu nitelikteki eylemlerin ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

²¹³⁷ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 135.

²¹³⁸ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 136.

²¹³⁹ İngiliz hukuk sisteminde bu eylemler suç olarak düzenlenerek yaptırım altına alınmıştır. Bkz. Data Protection Act 2018, Chapter 12, Section 171, 98-99.

Suç kasten işlenebilecek bir suçtur. Bu nedenle failin kişisel verinin işlenme sebeplerinin ortadan kalktığı bilmesi ancak buna rağmen ihmali hareketin gerçekleştirerek silmesi gereken veriyi silmemesi veya anonimleştirilmesi gereken veriyi anonimleştirmemesi gerekli ve yeterlidir. Taksirli hali bulunmamaktadır. Özel kast gerekli değildir. Failin eylemini gerçekleştirirken taşıdığı saik de önem taşımamaktadır.

Bu suç için tıpkı verileri yok etmeme suçunda olduğu gibi failin özel kastı, suç karşılığında özel bir menfaat temin etmiş olması, suç nedeniyle mağdurun ağır bir zarara uğramış olması halleri ağırlatıcı nitelikli hal olarak düzenlenmemiştir. Hiç şüphesiz bu, önemli bir eksikliklerdir.

Hukuku uygunluk nedenleri, kusurluluğu kaldıran haller, soruşturma ve kovuşturma şartları, yaptırım, görevli ve yetkili mahkeme açısından yok etmeme suçundan herhangi bir farklılık arz etmemekte, bu yönleriyle orada yapılan açıklamalar bu suç açısından da geçerlilik taşımaktadır.

Maddede her ne kadar TCK'nin 138. maddesine göndermede bulunulmuşsa da burada ayrı bir suç tipinin düzenleme altına aldığı düşünmekteyiz.²¹⁴⁰ Çünkü yapılan atıf sadece suçun cezasına yönelik olup suç oluşturan eylemler yani tipik hareketler özel olarak belirtilmiştir. Yine maddede “5237 sayılı Kanunun 138 inci maddesi uygulanır.” ifadesi kullanılmamış, aksine “5237 sayılı Kanunun 138 inci maddesine göre cezalandırılır.” ifadesini kullanmak suretiyle yalnızca yaptırım açısından TCK'nin 138. maddesine gönderme yapılmıştır.²¹⁴¹

Düzenleme veri sorumlularının hem verilerin silinmesi hem de anonim hale getirilmesine ilişkin yükümlülüklerine aykırı davranışları halinde uygulanması gereken bir yaptırım öngörmektedir.²¹⁴²

Bazı yazarlar bu suçun ihmali hareketle işlenebilen ve seçimlik hareketli bir suç olduğunu²¹⁴³ düşünmüşlerdir. Bu kapsamda seçimlik hareketlerin *yok etmemek*, *silmemek* ve *anonim hale getirmemek* olduğunu²¹⁴⁴ ifade etmişlerdir. Ancak biz görüşe katılmamaktayız. Zira KVKK'nin 17. maddesi suçu tipini düzenlerken “Bu Kanunun

²¹⁴⁰ Aynı yönde Dülger, *Kişisel Verilerin*, 135.

²¹⁴¹ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 135.

²¹⁴² Sarıusta, *Kişisel Verilerin*, 175.

²¹⁴³ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 136.

²¹⁴⁴ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 136.

7'nci maddesi hükmüne aykırı olarak; kişisel verileri silmeyen veya anonim hâle getirmeyenler” ibaresini kullanmakta ve yok etmekten bahsetmemekte, suç oluşturan hareketleri tek tek saymak suretiyle “*kışisel verileri silmemek ve anonim hale getirmemek*” şeklinde ifade etmektedir. Bu nedenle tipik hareketler sadece “*silmemek ve anonim hale getirmemek*”tir. Bu anlamda maddedeki 7. maddeye yapılan atıf bu iki işlemin nasıl yapılacağıının usulüne ilişkin değerdendirmede bu maddenin esas alınmasını sağlamaya yöneliktir. Yoksa 7. maddede²¹⁴⁵ sayılan tüm fiilleri suç haline getirmeye yönelik bir amaç taşımamaktır. Buna göre her iki madde birlikte düşünıldüğünde suçun hareket unsurunu, kanun hükümlerine uygun olarak işlenmiş olmasına rağmen, işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması hâlinde kişisel verileri silmemek ve anonim hale getirmemek oluşturmaktadır. Bu anlamda kişisel verilerin yok edilmemesi bu kapsamda suç olarak düzenlenmemiştir. Ancak yukarıda da ayrıntılı bir şekilde izah olunduğı üzere, bu eylem zaten TCK'nin 138. maddesinde ayrıca suç olarak düzenleme altına alınmıştır. Bu nedenle burada ayrıca düzenlemesine de gerek yoktur. Ayrıca Kanun'un 7. maddesi kişisel verilerin silinmesi veya anonim hale getirilmesine ilişkin olarak diğerd konulardaki düzenlemelerin saklı olduğunu belirtmekte bu işlemlere ilişkin usul ve esasların yönetmelikle düzenleneceğini belirtmektedir. Dolayısıyla bu suçun oluşması için ihlal edilmesi gerekli olan yükümlölük KVKK'nin 7. maddesi ve ilgili yönetmeliklerle belirlenecektir.²¹⁴⁶ Bu anlamda suçun hareket unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti anlamında bunlarda göz önünde bulundurulacaklardır.

Suçun seçimlik hareketli bir suç olduğuna katılmamaktayız. Zira bir suçun seçimlik hareketli bir suç olması için failin tipiklikte belirtilen birden fazla tipik hareketten en az birisini seçebilme imkânı olmalıdır. Ancak incelenen suçta böyle imkân faile tanınmamaktadır. Çünkü kişisel verilerden hangilerinin anonimleştirileceğı, hangilerinin silineceğı veri işleyenlerin takdirlerine bırakılmamakta, yerine göre düzenleyici idari işlemler ile bunlar belirlenmektedir. Bu nedenle esasında hangi kişisel

²¹⁴⁵ Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hâle Getirilmesi kenar başlıklı 7. maddesi şöyledir: “(1) Bu Kanun ve ilgili diğerd kanun hükümlerine uygun olarak işlenmiş olmasına rağmen, işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması hâlinde kişisel veriler resen veya ilgili kişinin talebi üzerine veri sorumlusu tarafından silinir, yok edilir veya anonim hâle getirilir. (2) Kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hâle getirilmesine ilişkin diğerd kanunlarda yer alan hükümler saklıdır. (3) Kişisel verilerin silinmesine, yok edilmesine veya anonim hâle getirilmesine ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir.”

²¹⁴⁶ Dölger, *Kişisel Verilerin*, 137.

verini anonimleştirileceği, hangi kişisel verinin silineceğinin önceden belli olması gerekmektedir. Bu kapsamda silmesi gereken veriyi silmemek, anonimleştirilmesi gereken veriyi anonimleştirmemek tipik hareketi oluşturacaktır. Failin bir tercih yapma imkânı bulunmamakta, bu nedenle de suç seçimlik hareketli bir suç niteliği taşımamaktadır. Silmesi gereken veriyi anonimleştirmek silme niteliği taşımayacağı için silmeme suçunun oluşumuna sebebiyet verecektir. Anonimleştirilmesi gereken veriyi silmek ise anonimleştirmeme suçunu oluşturmayacaktır. Zira silmek veriyi geri ulaşılmayacak şekilde yok ettiği için kişisel verilerin korunmasına anonimleştirmeden daha çok hizmet etmektedir

Kişisel verilerin silinmesi, Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik'te de tanımlanmıştır. Yönetmelik'in 4. maddesine göre kişisel verilerin silinmesi, kişisel verilerin ilgili kullanıcılar için hiçbir şekilde erişilemez ve tekrar kullanılamaz hâle getirilmesi işlemini ifade etmektedir, Silmek terimi bilişim alanında *“bir ya da birden çok bellek yerinin genellikle sıfır ya da boşluk damgası ile gösterilen, belirli bir duruma getirilmesi”* olarak tanımlanmıştır.²¹⁴⁷ Yani ilgili bir verinin bulunduğu yeri gösteren dizinden bağının kaldırılması veya bu veri üzerine başka verilerin kaydedilmesi ve böylelikle bahse konu veriye erişim imkanının yok edilmesi hallerinde silme var demektir. Buna göre failin bahse konu silmeyi gerçekleştirmeye yönelik olarak var olan bir yükümlülüğü kapsamında bu davranışı gerçekleştirmemesi halinde tipik hareket olan silmemek davranışı gerçekleştirilmiş olur.²¹⁴⁸

Kişisel verilerin silinmesinin verilerin kayıt altında tutulduğu şekle ve bu verilere erişimde kullanılan araçlara göre değişik şekilleri olabilir. Fiziken el veya bilgisayar yazısı ile yazılan bir verinin üzerinin okunamayacak şekilde karalanması, elektronik ortamda tutulan verilere formatlama işlemi yapılması, bu verilerin üzerine tamamen başka verilerin aktarılması bunlara örnek olarak verilebilir. Tüm işlemlerle amaçlananın verilerin bir daha geri getirilemeyecek ve bu nedenle aynı verinin yeniden erişilemeyecek hale getirilmesidir.²¹⁴⁹

Anonimleştirmek ise 6698 sayılı KVKK'nin 3. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde tanımlanmıştır. Buna göre anonim hâle getirme, *“kişisel verilerin, başka*

²¹⁴⁷ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 136.

²¹⁴⁸ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 136.

²¹⁴⁹ Sariusta, *Kişisel Verilerin*, 175.

verilerle eşleştirilerek dahi hiçbir surette kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek hâle getirilmesi”dir. Aynı şekilde Avrupa Birliği Veri Koruma El Kitabı’nda anonimleştirme, “veri öznesinin artık tanımlanamaması için veride bulunan tüm tanımlayıcı unsurların kişisel veriden çıkarılması”²¹⁵⁰ olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla bu işlemi yapmakla yükümlü olan kişinin kişisel verileri gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek hale getirmemesi halinde tipik hareket söz konusu olacaktır. Anonimleştirme halinde elde kalan istatistiki bilgidir ve bu bilginin tıbbi, finansal ya da kriminolojik çalışmalarda kullanılması mümkündür ve bu suç oluşturmaz. Zira bu bilgi, belli bir kişiyi belirlenebilir kılmaz.²¹⁵¹ Anonim hale getirme Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik’te de tanımlanmıştır. Buna göre anonimleştirme, “kişisel verilerin, başka verilerle eşleştirilerek dahi hiçbir surette kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek hâle getirilmesini” ifade etmektedir.

Anonim veriler üzerinde işlem yapılması kişisel verilerin işlenmesi olarak kabul edilmemektedir. Zira verinin sahibi ile veri arasındaki illiyet bağı kopmuş olduğundan, bu tür veriler üzerinde yapılan herhangi bir işlem kişi hak ve hürriyetlerinin ihlali sonucunu da doğurmayacaktır.²¹⁵² Kişisel verilerin mahremiyeti örselemeden kullanımının sağlanabilmesinin temel yolu, kavramın tanımında yer alan kişinin belirlenebilirliğinin kaldırılması yani bilgilerin anonimleştirilmesi olacaktır. Böylece bilgilerin kişisellik niteliği ortadan kalkacak ve sadece veri özelliği kalacaktır.²¹⁵³ Zira anonimlik, verilerin gizlenmesi noktasında veri öznesi kişilerin kimliklerini saklamaya yarayan bir yöntemdir.²¹⁵⁴ Anonimleştirme, verilerin gizlenmesi noktasında kişilerin kimliklerini saklamaya yarayan bir yöntemdir. Burada amaç, mahremiyetin sağlanmasıdır.²¹⁵⁵ Paylaşılan verilerin anonimleştirilmesi veya takma isimle paylaşılması koruma açısından alınabilecek önlemlerdendir. Anonim verilerle (isimsiz verilerle), bir kişinin kimliğini belirli kılmak mümkün değildir. Esasında anonim veriler de belirli bir kişiyle ilgilidir, ancak bilginin kimle ilgili olduğu belli değildir. Ancak isimsizleştirilmiş verilerde kişinin kimliği tespit edilebilir. Takma isimli verilerde ise

²¹⁵⁰ Handbook on European Data Protection Law, 93.

²¹⁵¹ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 136.

²¹⁵² Dülger, *Sağlık Hukukunda*, 54.

²¹⁵³ İzgi, *Mahremiyet Kavramı*, 36.

²¹⁵⁴ Aynı yönde Karaarslan, Eren ve Koç, *Cevrimiçi Mahremiyet*, 188.

²¹⁵⁵ Karaarslan, Ergin, Turgut vd., *Elektronik Sağlık*, 2.

bilginin kime ait olduğu yalnızca ilgili kod çözülerek belirlenebilir. Hastanın verilerinin doğrudan paylaşılması yerine anonimleştirilerek veya takma isimle paylaşılması koruma açısından daha uygundur.²¹⁵⁶ Bilimsel çalışmalarda hastanın kimliği gizlenmelidir. Hastanın resmi kamufle edilmelidir. Eğer açıklanması gerekiyorsa veya olduğu gibi verilecekse hastanın rızası alınmalıdır.²¹⁵⁷

Maddede düzenleme altına alınan suç kesintisiz suç/ mütemadi suç niteliğindedir. Bu nedenle suçun tamamlanma anı ile bitme anı farklıdır ve mütemadi suçlara ilişkin diğer özellikler bu suç açısından da geçerlidir.²¹⁵⁸

Kişisel verilerin silinmemesi veya anonim hale getirilmemesi suçu açısından hukuka uygunluk nedenleri kişisel verilerin yok edilmemesi suçundan daha farklı ve özel bir nitelik taşımamaktadır.²¹⁵⁹ Bu nedenle orada yapılan alçıklamalar bu suçta da geçerlilik taşımaktadır.

İncelenen suçun verilerin yok edilmemesi suçundaki nitelikli halini kapsayıp kapsamadığı, yani 138/2'deki nitelikli halin bu suç açısından uygulanma kabiliyeti taşıyıp taşımadığı tartışılmıştır. Bu kapsamda bu suç açısından TCK'ye gönderme yapılırken fıkra ayrımı yapılmaksızın 138. maddenin uygulanacağını ifade edilmesi nedeniyle bahse konu nitelikli halin bu suça da uygulanabileceği²¹⁶⁰ ifade edilmiştir. Ancak biz bu kanaate iştirak etmiyoruz. Zira KVKK'nin 28/1-b maddesi gereğince Kişisel verilerin soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenmesi halleri KVKK kapsamında kalmamaktadır. KVKK'nin hiçbir hükmü bu verilerle ilgili olarak uygulanma kabiliyeti taşımamaktadır. Bu kapsamda silinmesi ya da anonim hale getirilmesi gerekip te bu işlemlerin gerçekleştirilmediği kişisel veriler CMK kapsamındaki kişisel veriler ise eylem KVKK 17/2 maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceğinden bu nitelikteki eylemler ancak koşulların bulunması kaydıyla TCK'nin 138/1 ve 2 maddeleri kapsamında suç oluşturabilecektir.

²¹⁵⁶ Yeşilyurt, *Hastanın Kişisel*, 9.

²¹⁵⁷ Soyaslan, *Hekimlerin Ceza*, 133.

²¹⁵⁸ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 160.

²¹⁵⁹ Aynı yönde Dülger, *Kişisel Verilerin*, 156.

²¹⁶⁰ Dülger, *Kişisel Verilerin*, 139.

2.4. 1489 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu Kapsamında Koruma

1489 sayılı Kanun'un gerekçesinde “*Ceza hükümlerinin Türk Ceza Kanunu ile daima uygun olması düşünülmüş ve pek zaruret olmadıkça ve ceza kanununda mukabil hükümler mevcut oldukça yeniden yeniye ceza hükümleri vazından içtinap olunmuştur.*²¹⁶¹” denilerek öncelikle bu Kanun’da ceza hükümleri koyma yolunun zorunlu olmadıkça tercih edilmediği belirtilmiştir. Yine “*Filhakika ceza kanununun umumî ve mahdut hükümleri ve imperatorluk devrine ait ve eski zamanlar şeraitine göre tanzim edilmiş elde mevcut birkaç nizamname bu işlerin tedviri esnasında halihazırda tesadüf edilen birçok müşküllerin hallinde sakit kalmaktadır.*²¹⁶²” denilerek ceza kanununda bulunan hükümlerin sıhhi konularda yetersizliğine dikkat çekilerek zorunlu olmadıkça kanunla cezai düzenleme yapılmamaya çalışılmış ancak zorunlu görülen hususlarda cezai yaptırım getirme yolu tercih edilmiştir. Bu kapsamda kişisel sağlık verilerine ilişkin olarak oldukça önemli ve bir o kadar da ilginç ceza hükmü içeren bir düzenleme UHK’nin 104/2 maddesinde bulunmaktadır. Madde metni “*Mahrem olarak alınacak bu ihbaratı ifşa eden memurlar hakkında devletin mahrem kayıtlarını ifşa ve vazifei memuriyetini suiistimal etmenin istilzam ettiği mücazat tayin olunur.*” şeklindedir. Yani yasa koyucu daha 1930 yılında bu nitelikteki kişisel verilerin gizliliğinin korunmasına o kadar büyük bir önem vermiştir ki bu verilerin gizliliğini ihlal edici davranışları, ceza hükmü koymayı tercih etmediği bir yasada ve çok ciddi bir yaptırım altına almıştır. Buna göre madde metninde frengili hastalara ilişkin olarak önemli bir bildirim yükümlülüğü kayıt altına alınmış ve bu yükümlülüğe göre yapılan bildirimde muhatap olan memurlar, bu bilgileri gizli tutmakla yükümlü tutulmuştur. Bu yükümlülüğüne aykırı davranan, yani frengili hastalara ilişkin olarak maddeye kapsamında hekimler tarafından yapılan bildirimleri alan memurların devletin gizli kayıtlarını ifşa ve görevi kötüye kullanma suçlarından cezalandırılması hüküm altına alınmış bulunmaktadır.

Bahse konu düzenleme üst bölümlerde de değinildiği üzere iki yönüyle oldukça ilginçtir. Bunlardan birisi kişisel sağlık verileri içeren bu bildirim içindeki bilgileri ifşa eden memurlar hakkında devletin gizli kayıtlarını ifşa suçundan cezalandırılmasının öngörülmüş olmasıdır. Yani yasa koyucu bir kişiye ilişkin belli kişisel sağlık verilerini,

²¹⁶¹ Umumi Hıfzıssıhha Kanunu Gerekçesi, 7.

²¹⁶² Umumi Hıfzıssıhha Kanunu Gerekçesi, 1.

devletin gizli kayıtları ile eşdeğer bir önem ve değerde görmüş ve buna göre cezalandırılmasını istemiştir. Yine düzenlemede gerçek içtima kuralı bulunmakta ve bu nedenle bu nitelikteki bir kaydı ifşa eden memurun hem devletin gizli kayıtlarını ifşa suçundan hem de görevi kötüye kullanma suçundan ayrı ayrı cezalandırılmasını zorunlu tutulmaktadır. Bu nedenle düzenleme çalışmamızın amaçları açısından oldukça önemlidir.

Suçun unsurlarına biraz daha ayrıntılı bir şekilde bakıldığında suçla korunan hukuki değer şu ana kadar incelediğimiz diğer suçlardan herhangi bir farklılık arz etmemektedir. Frengili hastalar özelinde olmak üzere bu hastaların yaşama, insan onuruna uygun şekilde yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme, sağlık hakları ile kişisel verilerin korunması hakları korunmaktadır. Bu kapsamda özellikle frengi hastalığının cinsel yolla bulaşan bir hastalık olması nedeniyle özel ve cinsel yaşamına saygı hakları özel olarak korunduğu da söylenebilir.

Suçun konusu özellik taşımaktadır. Bu yönüyle suçun konusu tüm kişisel sağlık verileri olmayıp frengili hastaların kimlik bilgileri, hastalığın derecesi ve bu hastalık kapsamında daha önce tedavi görüp görmediği ile görmüş ise ne tür bir tedavi gördüğünü içerir bilgiler suçun konusunu oluşturmaktadır. Yani suçun hukuki konusu tüm kişisel sağlık verileri olmayıp özel bir önem taşıyan frengili hastalara ilişkin bildirim zorunlu olan ve maddede tek tek sayılan bilgilerdir. Bu yönüyle bunların kişisel sağlık verilerinin çok hassas ve özel bir önem taşıyan çekirdek bir alanını oluşturduğu rahatlıkla söylenebilir. Bu şekilde ifade kullanmamızın nedeni yasa koyucunun madde ile bu verilere ilişkin olarak öngördüğü yaptırımın oldukça ağır olması ve yaptırımı itibarıyla devletin gizli kayıtlarına karşı işlenen suçlar ile eşdeğer derecede görülmüş olmasıdır. Zira kanunların geneli incelendiğinde, aynı konuda olup gerçek kişilere değil de devlete ait bir konu üzerinde herhangi bir suç işlenmişse çok daha ağır yaptırımların düzenlendiği görülmektedir. Ancak ilk defa bir cezai düzenlemede kişiye ait bir veri ile devlete ait bir veri eşdeğer önem ve değerde görülmüştür. Bu insan hakları yönüyle oldukça önemli bir yaklaşım ve bakış açısıdır. Yasa'nın daha 1930'larda yürürlüğe girmiş oldu hususu ile birlikte bu tespitimiz değerlendirilir ise ne kadar erken bir dönemde ve ne kadar önemli bir düzenleme yapma tarzının kabul edildiği gerçeği ortaya çıkmaktadır. Ancak bu şekilde özel olarak koruma altına alınan çekirdek alanın hatalı bir şekilde dar tutulduğu rahatlıkla söylenebilir. Zira

cinsel yollarla bulaşan hastalıklar sadece frengiden (sifiliz) ibaret olmayıp bunun dışında AIDS, hepatit B, hepatit C, gonore (bel soğukluğu), klamidyal enfeksiyonlar, trikomonas, üreoplazma, herpes-1 ve herpes-2, human papilloma virus (HPV) gibi²¹⁶³ ciddi hastalıklarda cinsel yollarla bulaşmakta ve aynen frengide olduğu gibi hastanın toplum içinde dışlanmasına, ayrımcılığa maruz bırakılması vb. olumsuzluklara yol açabilmektedirler. Ancak yasanın yapıldığı tarih itibariyle bu hata mazur görülebilecek bir hatadır. Zira yaklaşık olarak yüzyıl öncesinde yasa metni kaleme alınmıştır. AIDS ve cinsel yolla bulaşan diğer pek çok hastalık yasanın yürürlüğe girmesinden çok sonraları tespit olunabilmiş hastalıklardır. Yine bu tip hastalıkların başlıca bulaşma yolu korunmasız cinsel ilişki olsa da bu hastalıklar gebelik sırasında anneden bebeğe geçebilmekte veya kan ürünlerinin transfüzyonu sırasında ya da bu ürünlerle temas ile de bulaşabilmektedirler.²¹⁶⁴ Bu nedenle bu tip hastalıklara yakalanmış kişilerin, mutlak anlamda korunmasız ya da gayrimeşru bir ilişkiye girmiş oldukları sonucu çıkarılamayacağı gibi bu nedenlerde ayrımcılığa ya da toplumsal dışlanmaya maruz bırakılmaları büyük haksızlıklara neden olabilecek bir niteliktedir. Ancak toplumlar bu konuda genel anlamda yeterli ve doğru bilgiye sahip olmadıkları için hastalar bu nitelikteki ayrımcılıklara gerek işyerleri içinde gerek işyerleri dışında sıklıkla maruz kalabilmektedir.²¹⁶⁵

Söz konusu suç tipini düzenleyen yasa koyucunun amacı, öncelikle bu ayrımcılığı önlemek olduğuna göre bu hastalıklara ilişkin bilgilerin de aynen frengili hastalarda olduğu gibi korunması gerekmektedir. Bu nedenle sadece frenginin değil cinsel yollarla bulaştığı kabul edilen diğer tüm hastalıklara ilişkin kişisel sağlık verilerinin de bu kapsamda özel olarak koruma altına alınması, incelenen suç gibi nitelikli bir suçun konusunu oluşturması gerekmektedir.

Suçun faili memurlardır. Hatta bütün memurlar değil hekimler tarafından yapılacak frengili hastalara ilişkin kayıtları içeren bildirimleri alan veya bildirimler üzerinde herhangi bir şekilde işlem yapan memurlar, suçun failidir. Bu nedenle suç, özgü bir suç niteliği taşımaktadır. Her ne kadar özgü suç niteliğinde olsa da failini

²¹⁶³ Hastalıkların listesi için bkz. Sultan Doğan ve Ece Altındağ, *Cinsel Yolla Bulaşan Hastalıklar Konusunda Danışmanlık Vermek*, Klinik Tıp Aile Hekimliği Dergisi, Cilt: 9 Sayı: 2, Mart- Nisan 2017, 33.

²¹⁶⁴ Doğan ve Altındağ, *Cinsel Yolla*, 33.

²¹⁶⁵ Aynı yönde Encyclopedia Of Privacy, 378.

mutlaka sağlık meslek mensubu olması gerekmektedir. Kişisel veriye muhatap olan herhangi bir memur suçun faili olabilir. Suç açısından memur olmayıp sözleşme ile çalışan, yine devlet bünyesinde olmak kaydıyla işçi statüsündeki personelin suçun faili olup olmayacağı tartışılabilir. Maddede sadece “*memurlar*” suçun faili olarak gösterilmiş olduğundan genişletici bir yorumla memur kapsamını genişletmek ve sözleşmeli statüde olan veya işçi statüsünde olan diğer personelleri memur gibi kabul ederek cezalandırmak kanaatimizce mümkün değildir. Zira aksine kabul ve uygulama suçta kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Çünkü yasa koyucu özellikle memurlar ibaresini kullanmıştır. Maddenin düzenlenme amacına bakıldığında işçi veya geçici statüdeki personelin de bu kayıtlara muhatap olmaları durumunda, kayıtların gizliliğine maksimum gayret göstermelerini sağlamak amacıyla onlarında suçun faili olarak kabul edilmesi gerektiği söylenebilir. Ancak yasa koyucu bunu tercih etmemiştir. Bu düzenleme tarzında maddenin düzenlenme tarihinin eski oluşu da etkili olmuş olabilir. Bahse konu düzenleme daha yakın dönemlerde yapılmış olsaydı büyük olasılıkla fail kısmında “*memurlar*” kelimesi yerine “*tüm görevliler*” ibaresi kullanılırdı. Maddeden beklenen gerçek korumanın sağlanabilmesi açısından maddenin belirtilen şekilde değiştirilmesi gerekmektedir.

Her ne kadar memurlar dışındaki sözleşmeli veya geçici herhangi bir kamu personeli, bu nitelikteki verilere muhatap olmuş ve bunları ifşa etmiş ise madde metnindeki suç oluşmasa da şu ana kadar incelediğimiz kişisel sağlık verilerine ilişkin diğer suçlar oluşacaktır. Bu nedenle madde kapsamındaki fail kavramına girmeyen herhangi bir personel maddenin konusunu oluşturan kişisel sağlık verilerini ifşa eder ise TCK 136’ncı maddesinde düzenlenen kişisel verileri verme suçundan cezalandırılacaktır. Ancak bu iki suçun yaptırım miktarları arasında yukarıda izah edildiği üzere büyük bir farklılık bulunmaktadır.

Suç, mağduru açısından da özel bir önem taşımaktadır. Zira bu suçun mağduru sadece frengili hastalar olabilir. Zira suçun konusunu sadece frengili hastalara ilişkin kimlik bilgileri, yaşı, hastalığın düzeyi ve bu kapsamda daha önce tedavi görüp görmediğine dair bilgiler oluşturmaktadır. Bu nedenle mağdur itibarıyla da suç özgü bir nitelik taşımaktadır. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere cinsel yollarla bulaşan ciddi birçok hastalık bulunmakta ve bunlara maruz kalan kişilerin kişisel sağlık verileri bu şekilde özel olarak korunmamaktadır. Bu nedenle cinsel yollarla bulaşan diğer

hastalıklara yakalanan kişiler hastalıkların bazıları frengiden çok daha ağır ve daha bulaşıcı olmalarına rağmen suçun incelenen suçun mağduru olamamaktadırlar. Bu durum ise suçun düzenlenme tarihinin eski olmasından kaynaklamaktadır. Zira cinsel yollarla bulaşan hastalıkların önemli bir kısmı yasanın yürürlük tarihinden sonra keşfedilmiş (ilk defa tanı konulmuş), ancak yasalaştırma faaliyetlerinin ağır işlemesi nedeniyle bunlara ilişkin veriler nitelikli bir suçla korunma altına alınmamışlardır. Bu nedenle suçun konusu ile birlikte mağdur kapsamının da genişletilmesi gerekmektedir.

Suçun hareket unsurunu “*ifşa etmek*” oluşturmaktadır. Ifşa etmek: “*Gizli bir şeyi ortaya çıkarmak, yaymak, gizli bir şeyi ortaya dökmek, açığa vurmak, ilan etmek, afişe etmek, reklam etmek*”²¹⁶⁶ gibi anlamlara geldiğine göre suçun hareket unsurunu gizli verilerin yetkisiz kişiler tarafından öğrenilmesini sağlamak oluşturmaktadır. Maddeye göre frengili bir hastaya ilişkin olarak hekim tarafından yapılacak bir bildirim alan her derecedeki Sağlık Bakanlığı memurları, bu bildirim kapsamındaki tüm bilgileri gizli tutmakla yükümlüdürler. Bu memurlar bahse konu bu bilgileri görevleri kapsamında öğrenme yetkisi olan kişiler dışındaki herhangi bir kimse ya da kimseler ile paylaşır ise eylem suç teşkil edecektir. Bu bilgilerin, bir kişiyle dahi paylaşılması suçun oluşması açısından yeterlidir. Bu anlamda diğer suçlarda olduğu gibi yaymak ya da birden fazla kişi ile paylaşmak nitelikli bir hal olarak öngörülmemiştir. Kanaatimizce bu da önemli eksikliktir.

Suç, netice itibarıyla herhangi bir özellik göstermez. Bahse konu kaydın ifşası nedeniyle herhangi bir zarar doğup doğmadığı önem taşımamaktadır. Herhangi bir zarar doğması yani mağdur bu ifşa nedeniyle herhangi bir zarara uğramamış olsa veya zarar tehlikesi doğmamış olsa dahi suç oluşmuş olacaktır. Sadece ifşa edilmesi bu anlamda yeterlidir. Somut olarak bir netice aranmadığından şekli bir suç niteliği taşımaktadır. Bu anlamda neticesi harekete bitişik bir nitelikte taşımaktadır. İlliyet bağı da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Kişisel verinin ifşasının memurun hareketi sonucunda gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

Suçun manevi unsurunu kasıt oluşturmaktadır. Genel kast yeterli olup özel bir kasıt bulunması gerekmemektedir. Failin bahse konu kaydı ifşa ederken güttüğü amaç ya da saik suçun oluşumu açısından herhangi bir önem taşımamaktadır. Genel kast

²¹⁶⁶ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <https://sozluk.gov.tr/>, (18.08.2020).

yeterli olduğuna göre bahse konu bilgiye vakıf olan memurun hareketini gerçekleştirirken bu hareketi sonucunda verinin yetkisiz kişi veya kişiler tarafından öğrenilebileceğini bilmesi ancak buna rağmen hareketini gerçekleştirmesi yeterlidir. Örneğin suçun konusuna ilişkin olarak herhangi bir üst yazı hazırlaması gereken bir memurun mesai bitiminde bahse konu bilgileri içerir dokümanı kurumunda bulunan ve bu kaydı öğrenme yetkisi olmayan diğer görevliler tarafından öğrenilebileceğini öngörmesine rağmen çok sayıda değişik birimlerde çalışan görevlilerin girip çıktığı bir ortamda ve açıkta bırakarak işyerinden ayrılması, görev yerini terk etmesi durumunda suç oluşacaktır. Suçun taksirli hali düzenlenmemiştir, bu nedenle taksirle işlenemez.

Suç hukuka uygunluk nedenleri açısından özel bir nitelik taşımamaktadır. Bu nedenle diğer suçlara ilişkin olarak belirttiğimiz görevin ifası yani kanun emrini icra, meşru savunma, hakkın icrası, ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedenlerinin tamamı bu suç açısından da uygulanabilir. Örneğin kendisine karşı açılan herhangi bir davada savunma açısından gerekli ise bu nitelikteki kayıtları ibrazında davranış ifşa etme niteliği taşısa da failin eyleminde herhangi bir hukuka aykırılık yoktur. Çünkü fail, savunma hakkını kullanmaktadır.

Suç kusurluluğu kaldıran ya da azaltan haller itibarıyla da herhangi bir özel nitelik taşımamaktadır. Bu nedenle cebir, şiddet, korkutma ya da tehdit altında bu nitelikteki verileri açıklamak zorunda kalan memurun durumunda olduğu gibi fail kusurlu kabul edilemeyecektir. Yine haksız tahrik, hata, zorunluluk hali ya da hukuka aykırı ancak yerine getirilmesi zorunlu bir emrin ifası gibi kusurluluğu etkileyen haller bu suç kapsamında da geçerli olabilecektir. Ancak suçun faili sadece devlet memurları olabileceği için 657 s. Devlet Memurları Kanunu'nun (DMK) m. 40/2'de yer verilen istisnai hal (meslek veya sanat okulu bitirenlerin mahkeme kararı ile ergin kılanarak memuriyete atanması) dışında, yaş küçüklüğü hali bu suç açısından kusurluluğu etkileyen bir hal olarak karşımıza çıkmayacaktır.

Suç için cezayı ağırlaştıran ya da hafifletiren nitelikli bir hal bulunmamaktadır. Çalışmamızın başından bu yana tüm kişisel sağlık verilerinin eşdeğer önemde olmadığını, kişisel sağlık verileri içerisinde çok özel ve hassas bir alanın bulunduğunu, bu anlamda cinsel sağlığa ilişkin bilgilerin bu çok hassas alanda bulunması gerektiğini savunmaktayız. Bu yönüyle incelenen suçta cinsel sağlığa ilişkin bilgileri koruyan

önemli bir suçtur. Zira suçun konusunu oluşturan veriler mağdur üzerinde çok önemli oranda zararlar doğurabilme niteliğini haizdir. Mağdur üzerinde tipik fiil neticesinde zarar doğup doğmadığının, daha doğru bir deyişle ağır bir zararın doğmuş olmasının özel bir ağırlatıcı nitelikli hal olarak düzenlenmemiş olmasını ve ifşa etmek dışında verinin çok fazla sayıda kişinin öğrenmesine neden olacak şekilde ifşa edilmesinin başka bir deyişle yayılmasının nitelikli bir hal olarak düzenlenmemiş olmasını önemli birer eksiklik olarak görmekteyiz.

Suç yaptırım yönüyle özel bir önem taşımaktadır. Zira devlet sırlarını ifşa suçuna ilişkin olarak öngörülen ceza ile aynı miktarda ceza verilmesini öngörmektedir. Buna göre suç yaptırım bakımından 5237 sayılı TCK'nin 329 /1 maddesine göndermede bulunmakta ve bu yönüyle yaptırım olarak 5 yıldan 10 yıla kadar hapis cezasını gerektirmektedir. Ceza miktarı nedeniyle şu ana kadar incelediğimiz diğer suçlardan önemli oranda farklılık göstermektedir ve yaptırımı oldukça ağırdır. Yine düzenlemede gerçek içtima öngörüldüğü için failin hem devlet sırlarını ifşa hem de görevi kötüye kullanma suçlarından cezalandırılması gerektirmektedir. Fail ayrıca 5237 sayılı TCK'nin 257 / 1 maddesi gereğince de cezalandırılacaktır. Bu suçun cezası ise 6 aydan 2 yıla kadar hapis cezasıdır. Yani fail her iki suçtan da iki ayrı yaptırım ile cezalandırılacaktır. Bu nedenle maddede yapılan düzenleme gerçek içtimanın bizzat yasa koyucu tarafından hüküm altına alındığı nadir hallerden birisidir. Yasa koyucunun böyle bir ceza öngörme yöntemini tercih etmesinin nedeni yasanın gerekçesindeki *“Frengililerin ihbarı mecburî olmakla beraber bu ihbar ve buna dair kuyudatın mahremiyetini kâfil ahkâm vazolunmuştur.”*²¹⁶⁷ ifadesinden çıkarılabilir. Yasa koyucu bu nitelikteki kişisel sağlık verilerine o kadar büyük bir önem atfetmiştir ki, bu nitelikteki verilerin mahremiyetini devlet sırlarının mahremiyeti ile eşdeğer önemde görülerek bu şekilde bir cezalandırma öngörülmüştür. Hatta bu tespit bir adım daha ileriye götürülebilir. Zira devlet sırları aleyhine işlenen suçlarda aranmayan ayrıca görevi kötüye kullanma suçundan da failin cezalandırılması bu suçta zorunlu kılınmıştır. Bu kapsamda yasa koyucu daha o dönemlerde bu nitelikteki kişisel verilere ilişkin kayıtların mahremiyetinin bu şekilde çok ciddi bir cezalandırma ile sağlanabileceğini düşünmektedir.

²¹⁶⁷ Umumi Hıfzıssıhha Kanunu Gerekçesi, 3.

Suç faili itibarıyla özgü bir suç niteliği taşıdığından iştirak açısından da önem taşır. Suçun faili sıfatını ancak memurlar taşıyabilir. Memur olmayan diğer kişiler bu nedenle bu suça ancak şerik olarak katılabilirler, fail olamazlar. TCK m. 40/2 hükmü uyarınca memur olmayan kişiler bu suç da ancak azmettiren ya da yardım eden olarak sorumluluk taşırlar. Yine bu nedenle nitelikli hallerin şeriklere sirayeti konusunda diğer suçlara ilişkin olarak yaptığımız açıklamalar bu suç açısından da geçerli olmalıdır ancak bu suça ilişkin olarak ağırlatıcı bir nitelikli hal ön görülmediğinden bu durumun ayrıca tartışılmasına gerek bulunmamaktadır.

Suç her ne kadar neticesi harekete bitişik şekli bir suç olarak nitelendirilen bir suç olsa da hareketlerin gerçekleştiriliş tarzına göre bu suçun da teşebbüse müsait olduğunu düşünüyoruz. Bu kapsamda diğer suçlara ilişkin olarak yaptığımız açıklamalar aynen bu suç içinde geçerlidir. Bu yönüyle kastı tereddütsüz bir şekilde ortaya çıkaracak şekilde suçun konusunu oluşturan sağlık verilerini açıklamak için gerekli hazırlıkları yapıp icra hareketlerine başlanıldığı esnada, örneğin tanınmış bir kişinin utanç verici bir şekilde bu hastalığa sahip olduğunun bildirileceğinin birkaç gün önceden ilan edilmiş olması ve basına bu yönde açıklama yapılmaya başlanıldığı esnada mahkemeden alınan bir karar ile açıklamanın durdurulması halinde suç teşebbüs halinde kalmış olacaktır.

Bu suçun TCK 136 maddesindeki kişisel verilerin açıklanması suçu ile içtima ilişkisi içerisinde bulunabileceği düşünülebilir. Bu kapsamda failin tek bir eylemi ile hem incelenen suçun hem de 136 maddede ki kişisel verilerin açıklanması suçunu gerçekleştirmiş olacağı ve bu nedenle iki suç arasında fikri içtima ilişkisinin bulunacağı söylenebilirse de biz bu kanaatte değiliz. Zira her iki suç arasında özel hükmün önceliği prensibi çerçevesinde görünüşte içtima hükümlerinin geçerli olduğunu düşünmekteyiz. Zira her ifşa her iki suçu da oluşturmakta ancak incelenen suç 136'ncı maddeye göre çok daha dar kapsamlı bir şekilde sadece frengili hastalara ilişkin kişisel verileri ve bunların sadece memurlar tarafından açıklanması halini konu edinmektedir. Bu yönüyle konusu itibarıyla daha özel bir düzenleme olduğundan, genel mahiyetteki 136'ncı madde uygulanamayacaktır.

Suçun zincirleme suç şeklinde de işlenmesi mümkündür. Fail aynı mağdura ait kişisel sağlık verilerini değişik zamanlarda açıklar ise eylemine uygulanacak yaptırım

zincirleme suç hükümleri kapsamında TCK 43/1 maddesi gereğince arttırılarak hükmolunacaktır. Suçun aynı neviden fikri içtima şeklinde de işlenmesi mümkündür. Bu kapsamda birden fazla kişiye ait suçun konusunu oluşturabilen kişisel verilerin yani frengili hastalara ait bilgilerin tek bir fiille ifşa edilmesi açıklanması durumunda 43/2 maddesindeki aynı neviden fikri içtima hükmü geçerli olacaktır.

Suçun yargılamasını yapma görevinin hangi mahkemeye ait olduğu tartışmalıdır. Bu nedenle bu konuda farklı görüşler ortaya çıkabilir. Zira düzenleme tarzı buna müsaittir. Bu konuda yargılama yapma görevinin ağır ceza mahkemesine ait olduğu, bu kapsamda her ne kadar 10 yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suç niteliği taşıyorsa da 5235 sayılı Kanun 12. maddesi gereğince TCK'nin 4 kısmının 7. bölümünde sayılan suçları yargılama görevinin doğrudan Ağır Ceza Mahkemelerine verildiğinden sadece Ağır Ceza Mahkemelerinin bu suçları yargılama yetkisine sahip olduğu belirtilebilir. Yine bu konuda incelenen suçun düzenlendiği UHK'nin 104/2 maddesindeki gönderme “*mücazat tayin olunur*” şeklinde olduğundan ve mücazat kelimesi de Türk Dil Kurumu sözlüklerinde : “*İşlenen bir suçtan dolayı ceza verme*”²¹⁶⁸ eylemini, tayin olunma ise “*gösterme, belirtme, kararlaştırma*”²¹⁶⁹ fiillerini ifade ettiğinden, mücazat tayin olunur ibaresinin bir bütün halinde *cezayı gösterme, belirleme, cezayı kararlaştırma* olarak anlamak gerekeceği söylenerek göndermenin sadece ceza miktarının tayini yönünden yapıldığı ve göreve ilişkin herhangi bir hususu kapsamın almadığı bu nedenle ceza miktarının 10 yılı aşmaması nedeniyle asliye ceza mahkemelerinin yetkili olduğu savunulabilir. Biz bu yaklaşımlardan ilkinin daha isabetli bulmakta incelenen suçun yargılamasını yapma görevinin ağır ceza mahkemesine ait olduğunu düşünmekteyiz. Zira 5235 sayılı Kanun'un 12. maddesindeki görev tayini, ceza miktarına ilişkin olmayıp belirtilen kapsam dâhilindeki tüm suçlara ilişkindir. Bu yönüyle TCK'nin 329/1 maddesindeki ceza, miktarına bakılmaksızın ancak ağır ceza mahkemeleri tarafından uygulanabilir bir nitelik taşımaktadır. İncelenen suçta da hüküm kurulurken “*UHK'nin 104/2 maddesi yollamasıyla 5237 sayılı TCK'nin 329/1 maddesi gereğince failin...süre ile hapis cezası ile cezalandırılmasına*” şeklinde yaptırımın ifade edilmesi gerektiğinden ve bu maddedeki ceza da ancak ağır ceza mahkemesince uygulanabilir bir

²¹⁶⁸ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, www.sozluk.gov.tr, (15.08.2020).

²¹⁶⁹ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, www.sozluk.gov.tr, (15.08.2020).

nitelik taşıdığından incelenen suçun yargılamasını yapma görevi de ancak ağır ceza mahkemesine ait olmalıdır.

Suç yetkili mahkeme konusunda herhangi bir özellik taşımamaktadır. Diğer suçlara ilişkin olarak yapılan açıklamalar bu suç bakımından da geçerlidir.

Bu suçun çalışmamız açısından özel bir önemi bulunduğundan bahsetmiştik. Bu hususa bir kez daha değinmeyi faydalı bulmaktayız. Zira en baştan beridir öne sürdüğümüz kişisel sağlık verileri içerisindeki çok önemli ve hassas bir alana ilişkin özel bir koruma öngörmektedir. Daha Cumhuriyetin ilk yıllarında çıkartılan Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'na böyle bir hükmün konulmuş olması kanaatimizce çok önemlidir. Her ne kadar sadece frengili hastaların kişisel sağlık verilerine ilişkin olarak düzenleme yapılmış olsa da bahse konu hastalığın cinsel sağlığa ilişkin olması ve buna dair önemli kişisel verilere işaret etmesi nedeniyle öznesine çok önemli oranda ve ağır zararlar verebilecek nitelikte bilgileri kapsamına almaktadır. Bu yönüyle kişisel verilere ilişkin 6698 sayılı Kanun, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'ndan yaklaşık 90 yıl sonra yürürlüğe girmiş olmasına rağmen, 6698 sayılı Kanun'da kişisel sağlık verilerinin içerisinde özel ve çok hassas bir alanın öngörülmemesi ve buna özgü bir korumanın getirilmemiş olmasının ne kadar büyük bir eksiklik olduğunun en önemli göstergelerindendir. Zira yasa koyucu daha 1930'lu yıllarda cinsel sağlık gibi çok önemli hususlara ilişkin bilgi içeren bir konuda kişisel veriler ile devlet sırlarını eşdeğer bir önemde görmüş ve buna göre bir düzenleme yapma yolunu tercih etmiştir. Bu anlamda yasa koyucunun daha o zamanlardaki iradesinin bir yansıması olarak kişisel sağlık verilerine ilişkin özel bir kanun çıkartılması veya kişisel verilere ilişkin çıkartılan genel kanuna kişisel sağlık verileri ve içerisinde yer alan daha hassas ve çok önemli cinsel sağlık gibi hususları içeren çekirdek alana ilişkin olarak çok özel bir koruma sistemi öngörülmesi gerekmektedir. Her ne kadar bu düzenleme şu an itibariyle de yürürlükte olsa da cinsel yollarla bulaşan hastalıklar sadece frengiden ibaret olmayıp yeni birçok hastalık tipi ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda yeni ve ciddi pekçok hastalık bu şekilde bulaşabilmektedir. Bu kapsamda örneğin HIV virüsü de bu yolla bulaşabilmekte ve bu hastalığa yakalanan kişilerin cinsel hayatı ile ilgili olarak ayrımcılığa dahi neden olabilecek çok önemli bilgilere işaret etmektedir. Bu nedenle ya Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'ndaki bu düzenlemenin yeniden ele alınarak sadece frengili hastaları içerir şekilde değil, cinsel yollarla bulaşan bütün hastalıklara ilişkin bilgileri kapsamına alır

şekilde genişletilmesi ve yeniden düzenlenmesi gerekmekte ya da kişisel verilere ilişkin suçların düzenlenme altına alındığı Türk Ceza Kanunu'nun 135, 136, 137 ve 138 maddelerinin tamamen yeniden düzenlenmesi suretiyle, kişisel verilere ilişkin tüm suçlara suçun hukuki konusunun çok hassas nitelikteki kişisel sağlık verileri olması durumunun önemli ağırlatıcı bir neden olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

2.5. 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumuna İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Kapsamında Koruma

Hem kişisel verilere hem de kişisel sağlık verilerine ilişkin olarak yasal olarak düzenleme altına alınmış ilginç bir hüküm de Sosyal Güvenlik Kurumuna İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkındaki 5502 sayılı Kanun'un 35/5 ve 6'ncı fıkralarında bulunmaktadır.

İlgili fıkralar *“Kurumca, işverenlerin, sigortalıların, genel sağlık sigortalılarının, emeklilerin, bunların hak sahipleri ile dul ve yetimlerinin ve Kurumdan aylık alan diğer kişilerin bireysel veri ve hakları, bireysel veri ve haklarından oluşan toplu veri ve hakları ile işletmelerin ticari sırları satılamaz ve paylaşılamaz. Kurum bunların dışında sahip olduğu gayri maddi haklarını Yönetim Kurulunun onayı ile satabilir veya paylaşabilir. Bu fıkranın aksine davrananlar hakkında Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanır.*

(Değişik altıncı fıkra: 4/4/2015-6645/43 md.) Kurum, bu Kanun ve diğer mevzuatla verilen görevleri yerine getirmek amacıyla işlediği kişisel veriler ile ticari sır niteliğinde olan verileri, veri sahibinin noter onaylı muvafakati veya e-Devlet uygulaması üzerinden kimlik teyidi ile verilen izni olmadan gerçek veya tüzel kişilerle paylaşamaz. Ancak, 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununun eki (I), (II), (III) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri ile Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının ilgili mevzuatında belirtilen görevleri yapabilmeleri için ihtiyaç duydukları sağlık verisi dışındaki kişisel veriler ile ticari sır niteliğindeki veriler paylaşılabilir. (Ek cümle:17/7/2019-7186/18 md.) Kurum, kişisel sağlık verilerini kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, verilen sağlık hizmetlerinin uygunluğunun ve yerindeliğinin takibi ve finansmanının planlanması amacıyla talebi hâlinde Sağlık Bakanlığı ile paylaşır. Kurum, bunların dışındaki gayri maddi hakları ile kimliği belirli

veya belirlenebilir bir gerçek veya tüzel kişiyle ilişkilendirilemeyecek şekilde anonim hâle getirdiği verileri araştırma, planlama ve istatistik gibi amaçlar için kamu idareleri, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, bilimsel araştırma yapan kamu personeli, bilimsel dernekler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları veya üniversiteler ile ücretsiz olarak paylaşabilir. Anonim hâle getirilen verinin tüzel kişilere ait olması hâlinde bu fıkra da sayılanlar dışındaki gerçek veya tüzel kişilere tüzel kişinin noter onaylı muvafakati alınmak kaydıyla ücretli olarak verilebilir. Veri paylaşılan kamu idareleri ile gerçek ve tüzel kişiler, paylaşılan verinin gizliliğinden ve güvenliğinden sorumludur. Bu fıkranın aksine davrananlar hakkında, veri paylaşımı yapılanlar da dâhil olmak üzere 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile diğer ilgili mevzuat hükümleri uygulanır.” şeklindedir.

Bilindiği üzere Sosyal Güvenlik Kurumu, genel sağlık sigortası kapsamındaki (toplumun büyük çoğunluğunu oluşturan) bireylere ilişkin pek çok kişisel veriyi işlemekte ve kaydetmektedir. Bu nedenle kurum tarafından işlenen verilerin güvenliğinin ve gizliliğinin korunmasına özel bir önem veren yasa koyucu bu şekilde özel bir düzenleme yapma yolunu tercih etmiştir. Bu düzenlemeye ilişkin olarak öncelikle önemli gördüğümüz bir hususu belirtmekte fayda bulunmaktadır. O da şudur ki; bu hükümler ile hükümlerin düzenlendiği madde başlığının birbiriyle uyumsuz olmasıdır. Maddenin kenar başlığı Kurumun Taşınmaz Edinimi, Taşınır ve Taşınmaz Mal Varlıkları ile Gayri Maddi Varlıklarının Hukuki Durumu şeklindedir. Yine bu şekliyle kişisel verilere ilişkin TCK’ye atıf yapmak biçiminde de olsa suç düzenlendiği için²¹⁷⁰ kişisel verileri gayri maddi bir hak olarak görme yani alınabilir satılabilir ve bir nevi eşya olarak görme anlayışının bir yansıması niteliği taşımaktadır. Bu düzenleme tarzı da eleştiriye açıktır. Ayrıca bu durum kişisel veriler gibi çok hassas bir alana ilişkin olarak düzenleme yapma yolu tercih edilirken ne kadar özensiz davranıldığının da açık bir göstergesidir.

Her iki fıkra da genel olarak bakıldığında 5’nci fıkra da Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından kayda alınan ve tutulan kişisel veri ve hakların paylaşılamayacağı ve satılamayacağı kayıt altına alındıktan sonra, 6’ncı fıkra da bu paylaşımın nasıl ve hangi hallerde yapılabileceği genel anlamda düzenleme altına alındığı görülmektedir. Buna

²¹⁷⁰ Söz konusu Kanun’a göre 5. ve 6. fıkralara aykırı davranışlar hakkında “veri paylaşımı yapılanlar da dâhil olmak üzere 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile diğer ilgili mevzuat hükümleri uygulanır”.

göre kurum tarafından kaydededilen kişisel veriler ve toplu veriler yine ticari sırlar, satılamaz ve paylaşılamaz. Maddede belirtilenler dışında kurumun sahip olduğu gayri maddi hakları yönetim kurulu onayı ile satılabilir ve paylaşılabilir bir nitelik taşımaktadır. Satılamayan ve paylaşılamayan bu nitelikteki verilerin hangi hallerde paylaşılabilceğı de sonraki fıkrada düzenleme altına alınmıştır. Buna göre kişisel veriler ile ticari sır niteliğindeki veriler, veri öznesinin noter onaylı rızası veya e-devlet uygulaması üzerinden kimlik teyidi ile verilen izni dahilinde paylaşılabilir. Bu paylaşım tüm gerçek ve tüzel kişilerle yapılabilir ancak kamu kurumu niteliğindeki kurumlar ile Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankasının görevlerini yapabilmeleri için ihtiyaç duydukları *sağlık verisi dışındaki* kişisel veriler ile ticari sır niteliğindeki veriler, bu şekilde bir yazılı rıza olmasa dahi paylaşılabilir. Bu kurumlarla kişisel sağlık verilerinin paylaşılabilmesi ancak kişinin noter onaylı açık rızası ve e-devlet uygulaması üzerinden yapılacak kimlik teyidi doğrultusunda verilen izin ile gerçekleştirilecektir.

Düzenlemeyle kişinin rızası olmaksızın kişisel sağlık verilerinin paylaşılması da mümkün kılınmıştır. Sadece Sağlık Bakanlığı ile ve yine maddede sayılan belli amaçlar doğrultusunda bu nitelikteki veriler paylaşılabilir. Maddede belirtilen amaçlara bakıldığında ise bu amaçların Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Kanun ve Kişisel Sağlık Verileri Hakkındaki Yönetmelik'te sayılan amaçlarla benzer nitelikte olduğu görülmektedir. Buna göre Sosyal Güvenlik Kurumu'nda kayıt altında bulundurulmuş kişisel sağlık verileri: Kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, verilen sağlık hizmetlerinin uygunluğunun ve yerindeliğinin takibi ve finansmanın sağlanması amaçlarıyla ve sadece Sağlık Bakanlığı ile paylaşılabilir. Bu amaçlarla olsa dahi başkaca herhangi bir kurum ya da kuruluşlar ile kurum bünyesindeki kişisel sağlık verilerinin paylaşılabilmesi mümkün değildir.

Bunların dışında SGK, anonimleştirdiğı kişisel verileri araştırma, planlama ve istatistik gibi amaçlar için kamu idareleri, bilimsel araştırma yapan kamu personeli, bilimsel dernekler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, üniversiteler ve Merkez Bankası ile ve ancak ücretsiz olarak paylaşılabilir. Maddeye göre ücretli olarak paylaşılabilir veriler ancak anonim hale getirilmiş ve tüzel kişilere ait verilerdir. Yasa koyucu bu durumda dahi tüzel kişinin noter onaylı rızasını almak zorunluluğunu getirmiştir.

Ücretli veya ücretsiz olarak her ne şekilde olursa olsun verilerin paylaşıldığı kamu idareleri ve gerçek veya tüzel kişiler paylaşılan verilerin gizliliğinden ve güvenliğinden özel olarak sorumlu tutulmuşlardır. Belirtilen kaidelere aykırı hareket edenler hakkında ise TCK'nin ilgili hükümlerinin uygulanacağı belirtildiğinden, bu madde kapsamındaki eylemler TCK m. 136 hükmü kapsamında, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu kapsamında değerlendirilecektir.



SONUÇ

Hukuk devletinde, insan onuruna saygı esas olduğundan, kişilerin özel yaşam alanlarının korunması gerekmektedir. Tıp bilimi ve tıp uygulamaları çağımızda hızla artan şekilde kişisel veri odaklı bir bilim ve uygulama haline gelmiştir. Zira günümüzdeki bilimsel araştırmalar ve tıp uygulamaları kapsamında toplanan ve işlenen verilerin önemli bir kısmı kişisel verileri, özellikle de kişisel sağlık verilerini oluşturmaktadır. Bu alandaki hızlı bilimsel gelişmeler nedeniyle kişisel sağlık verilerinin gizliliğinin korunması yönündeki endişeleri de arttırmaktadır. Çünkü gerçekleştirilmesi zor bir hal alan sağlık sisteminin hedeflerini gerçekleştirebilme adına kişisel sağlık verilerinin gizliliğinin korunması zaman zaman göz ardı edilebilir hale gelmiştir. Bu nedenle alanda yaşanan etik ihlalleri giderek artmakta ve mahremiyetin korunması daha da zor bir hale gelmiştir.

Mahremiyeti ihlal eden davranışlara yönelik olarak bazı yaptırımlar bulunsa da bu alandaki en doğru uygulama yaklaşımlarının ve etik hassasiyetlerin yerleşik hale getirilmesi ve bunun sürekli olarak izlenmesi bu anlamda büyük bir önem taşımaktadır. Bu yönüyle tüm sağlık hizmetlerinin sunumunda kapsamlı bir “Gizlilik Politikası” ortaya konulmalı ve etkin bir şekilde hayata geçirilmelidir. Bu kapsamda kişisel sağlık verilerini içeren sağlık kayıtları için ciddi oranda güvence içeren bir kodlama sistemi ile veriler toplanmalı, bu sistemin şifrelerine tabii ki sunulması gereken hizmetlerin işleyişini aksatmamak kaydıyla güvenilirliği üst düzey kişilerce ve çok sınırlı sayıda kişi tarafından erişilmesi sağlanmalıdır. Yine tüm sağlık kurum ve kuruluşlarında kişisel sağlık verilerinin korunmasına yönelik olarak öncelikle var olan aksaklıkları tespit ederek gereken önlemleri alan özel birimlerin kurulması, tüm bilgi edinme taleplerinin bu birimlerin incelemesi ve sonrasında bu birimdeki uzmanların izni dahilinde ve çizecekleri sınırlara riayet ederek bilgi paylaşımlarının yapılması gerekmektedir.

Kişisel sağlık verilerine erişim ve işleme usullerinin kanuna aykırı şekilde yapılmasının önüne geçilmesi, buna aykırı şekilde işlem tesis edenler en kısa zamanda tespit edilerek haklarında gerekli işlemler tesis edilmelidir. Bu verilere sadece ilgili hekimler ve doğrudan ilgili sağlık meslek mensuplarınca erişilmeli, bahse konu verilerin işlenmesine yönelik olarak yapılan tüm işlemler esnasında anayasal teminat altında bulunan temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmemesine maksimum gayret gösterilmeli ve bu verilerin kayıtlı olduğu ortamlar üst düzeyde güvenlik önlemleri alınarak korunmalıdır.

Tıp uygulamalarında gizliliği korumanın en etkili yollarından biri ise esasında bu anlamda görev sadece sağlık çalışanlarına düşmemekle birlikte, hasta mahremiyetinin en temel bir hasta hakkı olduğunu özümsemiş sağlık meslek mensuplarının var olması ve bu yönüyle icra ettikleri her faaliyette bu hassasiyeti göstererek faaliyet göstermeleridir.

Sağlık meslek mensupları ve diğer sağlık çalışanları için mesleklerine özgü özel bir cezai sorumluluk sistemi bulunmasa da bunlar toplumda yaşayan diğer herkes gibi cezai sorumluluk içeren genel düzenlemelere tabidirler. Buna göre hekimler de diğer sağlık meslek mensuplarıda özel ve ayrıcalıklı bir konumda olmadıkları gibi cezai anlamda hesap vermeleri gereken önemli durumlar bulunmaktadır.

Çalışmanın en başında örnek olarak gösterilen durumlar gibi hasta mahremiyetini ihlal eden kişisel sağlık verilerinin yetkisiz ellere aktarılması gibi ağır durumlarla uygulamada sık sık karşılaşılır hale gelinmiştir. Bu nedenle kişisel sağlık verileri özelinde cezai olarak konuyu ele alan düzenlemelerin yapılması ve etkin bir şekilde hayata geçirilmesi büyük önem taşımaktadır. Çünkü kişisel sağlık verilerinin yetkili olmayan kişilerce öğrenilmesi veri öznesi üzerinde telafisi imkânsız çok ağır zararlar doğurabilecek bir nitelik taşımaktadır. Bu nedenle bu veriler diğer kişisel verilerden farklı olarak çok özel bir korumayı hak etmektedir. Bu veriler kanuna aykırı şekilde işlenmemeli, kanuna aykırı işleme, erişme vb. faaliyetleri en kısa zamanda ortaya çıkarıcı bir sistem geliştirilmelidir.

Kişisel sağlık verilerini korumayı amaçlayan önemli uluslararası düzenlemeler bulunmakla birlikte iç hukukumuzda doğrudan kişisel sağlık verilerine özel olmasa da bu verilere yönelik yapılan haksız müdahaleleri sınırlandırıcı düzenlemeler hayata

geçirilmiş bulunmaktadır. Bu kapsamda kişisel sağlık verilerini de kapsamına alan kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi, verilmesi, yayılması ve yok edilmesi gereken verinin yok edilmemesi hareketleri suç olarak düzenlenmiş ve yaptırım altına alınmıştır. Yaptırımların yazılı olarak öngörülen boyutu da esasında yadsınamayacak düzeydedir. Örneğin İngiltere’de bu suçlar için sadece para cezası öngörülürken bizde bu suçlar için hapis cezası öngörülmüştür. Ancak iç hukukumuzdaki bu düzenlemelerin neredeyse tamamı normal kişisel verilere ilişkin olarak yaptırımlar içermekte olup, kişisel sağlık verileri gibi çok hassas niteliği bulunan verilerin bu hassas niteliklerine özgü düzenlemeleri içermemektedirler.

Pozitif hukukumuzda kişisel sağlık verileri ile ilgili olarak sadece temel ceza kanununda değil diğer kanunlarda da önem arz eden bazı ceza içerici düzenlemeler bulunmaktadır. Bu yönüyle bakıldığında 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kişisel verilerin anonimleştirilmemesini ve silinmemesini ayrı bir suç tipi olarak düzenleme altına alınmıştır. Yine 1489 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu frengili hastalara ilişkin kişisel sağlık verilerinin korunmasını sağlayıcı önemli bir düzenleme getirmiştir. Bu yasada mahiyeti gereği çok daha özel bir nitelik taşıyan kişisel sağlık verilerini ifşa eden görevliler hakkında çok ciddi bir yaptırım öngörülmüş ve bahse konu veriler cezai koruma anlamında devlet sırları ile eşdeğer önemde kabul edilmiş ve buna göre yasa koyucu tarafından yaptırımı belirlenmiştir. Aynı şekilde 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumuna İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun da kişisel sağlık verilerine ilişkin olarak suç düzenlemesi yapan bir kanundur. Kanun, kişisel sağlık verilerinin Sağlık Bakanlığı dışında kurum ya da kuruluşlarla paylaşılması ya da Sağlık Bakanlığıyla sayılan sınırlı amaçlar dışında paylaşılması gibi eylemleri ve daha birçok eylemi yaptırım altına almıştır.

Tüm bu düzenlemeler gereğince kişisel sağlık verilerine ilişkin olarak herhangi bir işlem yapmak düşüncesinde olanların yasal mevzuatı çok iyi bilmesi gerçekleştirmeyi düşündüğü tüm davranışların kanuna aykırılık taşıyıp taşımayacağını objektif bir şekilde değerlendirmesi gerekmektedir. Zira kişisel sağlık verilerini işlemeye ilişkin olarak elinde açık bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması halinde eylemi büyük bir ihtimalle suç olacaktır ve cezai sorumluluğu doğacaktır.

Kişisel sağlık verilerinin korunmasını amaçlayan iç hukukumuzdaki düzenlemelerin bu nedenle önemi yadsınamaz. Ancak kanaatimizce bahse konu düzenlemeler ideal hukuk anlamında istenen düzeyde bir korumayı sağlayıcı nitelik taşımamakta, bünyesinde önemli eksiklikleri barındırmaktadır. Bu eksik gördüğümüz noktaları çalışmamızın muhtelif yerlerinde ayrıntılı bir şekilde izah etmeye çalıştık. Bir hususu bu noktada belirtmekte fayda vardır: Bahse konu düzenlemelerin etkin bir şekilde hayata geçirilmesinde uygulamada önemli sorunlar yaşandığı gözlemlenmiştir. Bu yönüyle özellikle ve çoğunlukla hekimler özelinde olmak üzere davaların görüldüğü, suçun unsurlarının tespitinde önemli hatalar yapıldığı, yerine göre çok önemsiz ve hafif kusurlu hallerin dahi cezai sorumluluk gerektirecek şekilde yorumlandığını, bu nedenle sağlık çalışanlarının mesleki cesaretlerinin kırıldığını, yerine göre ise çok ağır nitelik taşıyan davranışların dahi cezalandırılmayarak adli mercilerce mazur görülme eğiliminin gösterildiğini tespit etmiş bulunuyoruz. Bu nedenlerle uygulamanın yeknesak bir hale getirilmesi özel bir önem taşımakta ve bu anlamda görev Yargıtay’a düşmektedir. Ancak Yargıtay dahi bu yönüyle kendi içinde yeknesak bir uygulama geliştirebilmiş değildir.

Toplumsal yapının karmaşıklığının güven ve gizlilik konusundaki sorunları da beraberinde getirdiği açıktır. Ülkemizde bireysel düzeyde gerçekleşen hızlı dönüşümün ne yazık ki kurumsal düzeyde bir karşılığı bulunmamaktadır. Bu da konumuzla ilgili olarak sağlık alanında hukuksal ve etik açıdan giderek daha fazla sorunla karşılaşacağımız anlamına gelmektedir. Toplumsal dönüşümün zorladığı bu yapısal değişimi gerçekleştirmek için hem kamu otoritesine hem de sivil toplum örgütlerine ve meslek teşekküllerine ciddi görevler düşmektedir. Zira tamamen bilgisayarlaşmış bir sağlık sisteminde, kişisel sağlık verilerinin gizliliği ciddi bir şekilde tehlikededir ve sadece mahremiyet mevzuatı ile etkili bir şekilde korunamaz. Bilişim ve teknoloji alanındaki gelişmelerin “*dijital mahremiyet*” konusunda da ilerleme kaydetmesi yadsınamaz bir ihtiyaç olarak karşımıza çıkmaktadır.

Genel anlamda kişisel verilerin özelde ise kişisel sağlık verilerinin tam anlamıyla korunabilmesi için veri güvenliğinin sağlanması, meşru amaçlarla ve makul süreyle verilerin yasal olara yetkilendirilmiş mercilerce, yasal olarak tanınan amaçlarla, yasada düzenlenen sürelerle riayet edilerek işlenmesi, büyük bir önem taşımaktadır. Yine yedeklemesinin yapılması için açık yasal düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktadır.

Bu genel tespitlerden sonra çalışmamızın kapsamı nedeniyle önem ve özellik arz eden önerilerimizi özet bir şekilde belirtmek uygun bir tercih olacaktır. Bu çerçevede, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kişisel sağlık verilerini işleme konusunda Sağlık Bakanlığı'na ve diğer sağlık kuruluşlarına yetki verilmesi Anayasa ve 6698 sayılı Kanun'a açıkça aykırıdır. Zira hem Anayasa ve hem 6698 sayılı KVKK bu nitelikteki verilerin açıkça kanunlarda öngörülen usul ve esaslara uygun şekilde işlenebileceği düzenleme altına almış bulunmaktadır. Yine 6698 sayılı Kanun'da kişisel sağlık verilerine ilişkin olarak bu verilerin yetkili kurum ve kuruluşlarca işlenebileceğinin hüküm altına alınmış olması da Anayasa'ya aykırıdır. Zira yetkili kurum ve kuruluşların hangileri olduğunun açıkça gösterilmemesi ve bu kadar geniş kapsamlı, sınırları belirsiz ifadelerin kullanılması, kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. "*Sır saklama yükümlülüğü altındakiler*" ibareside aynı niteliktedir. Çünkü aşırı geniş bir içeriğe sahiptir. Çalışmada ayrıntıları belirtildiği üzere, alanda bir şekilde yer alan hemen herkes sır saklamakla yükümlüdür. Bu nedenle bahse konu ibare ayırıcı, sınırlandırıcı, kapsamı daraltıcı bir nitelik taşımamaktadır. Yine KVKK'nin 4. maddesinde kişisel veriler ancak kanunda öngörülen usullere göre işlenebilir ibaresi konulmakta ancak aynı Kanun'un 6 /3. maddesinde bu kez, "*sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi*" gibi çok geniş yorumlanmaya müsait kavramlarla ve adeta ana kural yok edilerek çok geniş kapsamlı bir yetkilendirme yapılmaktadır.

Hukukun genel mantığı gereği istisna içeren bir düzenlemede bu kadar geniş yorumlanmaya müsait kavramların kullanılmaması genel hukuk tekniği açısından daha uygun olacaktır. Mevcut haliyle Anayasa'nın 20/3 maddesindeki "*Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde ...işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.*" ibaresine açıkça aykırıdır. Zira idare, sağlık verilerini işlemeye yetkili yeni kurumlar ya da kuruluşlar kurabileceği gibi bu ibarelerin geniş yorumlanmaya müsait olması nedeniyle bu aşamada hiç öngöremediğimiz bazı kuruluşlar kendilerini bu konuda yetkili kabul edebileceklerdir. Bu durum da kanunilik ilkesine aykırıdır. Netice itibarıyla Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile ya da Sağlık Bakanlık'ınca çıkarılacak bir yönetmelikle kişisel sağlık verilerini işleme konusunda bir yetkilendirme yapılamayacağı gibi kanunla yapılacak yetkilendirmede dahi çok geniş yorumlanmaya müsait kavramlar kullanılmamalıdır. Bu nedenle kişisel sağlık verilerini işleme yetkisinin çok geniş yorumlanmaya müsait kavramlar kullanılmaksızın ve sadece

şekli anlamda kanunla verilmesi gerekmektedir. Bu kanunda da kişisel sağlık verilerinin hangi bilgileri içine aldığı, bunların hangi amaçlarla, hangi alanlarda, hangi kuruluşlar tarafından, hangi sürelerle işlenebileceği, temelde nasıl muhafaza edileceği, işlemekten sonra nasıl saklanacağı, hangilerinin anonimleştirileceği, hangilerinin kimliksizleştirileceği, hangilerinin yok edileceği, bu işlemlerin ne zamana kadar yapılacağı vb. açıkça düzenleme altına alınmalıdır. Yine bu kanunda kişisel sağlık verilerinin temel niteliği olarak gizli olduğu, alınıp satılamayacağı kayıtlandıktan sonra kişisel sağlık verileri içinde daha da önem ve özellik taşıyanlarının neler olduğu açıkça belirtilmeli ve korunmalarına ilişkin ilkeler ona göre belirlenmelidir.

Çalışmamızın pek çok yerinde, öğretinin kişisel sağlık verilerini hassas nitelikte ve özel bir koruma rejimine tabi olması gereken veriler olarak gördüğünden bahsettik. Ancak biz bu anlayışı bir adım ileri götürmekte ve kişisel sağlık verileri içinde de diğer kişisel sağlık verilerinden çok daha özel ve hassas bir öneme sahip, çok daha mahrem olan ve ifşa edilmesi halinde sahibine diğer sağlık verilerine göre çok daha ağır zararlar verebilecek birtakım veriler bulunduğunu düşünmekteyiz. Yani bir hücrenin çekirdeğinin bulunması gibi kişisel sağlık verileri içinde de çekirdek bir alan bulunmalı/oluşturulmalı ve bu kısma ilişkin olarak çok daha farklı ve çok özel bir koruma sistemi düzenlenmelidir.

UHK'nin 104 /2 maddesindeki düzenleme ve yine Umum Kadınlar Tüzüğü'ndeki düzenleme esasında bu yöndeki fikirlerin çok da yeni olmadığını göstermektedir. Zira düzenlemeye göre kişisel sağlık verileri içerisinde çok ayrı ve özel bir alanı ifade eden frengili hastaya ilişkin bilgiler, devlet sırlarına ilişkin korunma düzeyine eşdeğer bir korunma rejimine tabi tutulmaktadır. Yani kişisel sağlık verileri içindeki çok özel ve ayrı bir alan, yine çok özel ve ayrı bir korumaya tabi tutulmaktadır. Öyleki bu alan hukuk sistemi içinde çok büyük bir önem atfedilen devlet sırları ile eşdeğer kabul edilerek ve onun gibi bir cezai koruma sistemine tabi tutulmamaktadır. Bu çekirdek alanın sadece frengili hastalara ilişkin olarak değil de cinsel yollarla bulaşabilen tüm hastalıkları, yine cinsel yönelimleri gösterir nitelikteki tüm kişisel sağlık verilerini içerecek şekilde ama sınırları net bir şekilde çizilerek oluşturulmalıdır. Kişisel sağlık verilerini kapsamına alan tüm suçlarda, suçun konusunun bu nitelikteki kişisel sağlık verileri olması hali çok daha ağır bir nitelikli hali oluşturmalıdır. Bunun

düzeyi ise aynen UHK’de olduğu gibi devlet sırları ile eşdeğer olacak şekilde belirlenmelidir.

Hastane ve diğer sağlık kurumlarına girişte hizmet alıcısı ile hastane arasında kişisel verilerin korunmasına dair bir sözleşme yapılması gerektiğini düşünmekte ve bunun halen yapılmıyor olmasını önemli bir eksiklik olarak görmekteyiz. Zira bu sözleşmede hastanın hangi bilgilerinin isteneceği ve bu bilgilerin hangi kurum ya da kuruluşlarla paylaşılacağı ya da bu verilerin hangi usul ve yöntemlerle işleneceği açıkça belirtilmeli, hastaya anlayacağı bir şekilde anlatılmalı ve hasta bununla aydınlatılmış şekilde bahse konu sözleşmeyi imzalamalıdır. Yine sözleşmede bu verilere kimlerin erişebileceği, kimlerin erişemeyeceği, hastadan hangi hallerde yeniden bir onay alınacağı, kayıtların kimlere karşı gizli tutulacağı açıkça belirtilmelidir.

Sağlık Bakanlığınca yürürlüğe konulan Kişisel Sağlık Verilerine İlişkin Yönetmelik’te, kişisel sağlık verilerinin ne kadar süreyle saklanacağı, bu verilerin ne zaman silineceği ya da anonimleştirileceği, zaman/ süre yönünden açıkça belirtilmemiştir. Bu önemli bir eksiklik olup hukuki belirlilik ilkesine de aykırılık taşımaktadır. Zira kişisel sağlık verilerini silmemek ya da anonimleştirmemek 6698 sayılı Kanun kapsamında suç olarak düzenlenmiştir. Buna göre esasında bunun için yapılabilecek en doğru tercih, yönetmelikle bu hususların düzenlenmesi değil doğrudan bu işlere ilişkin olarak çıkarılacak özel bir yasada ya da kişisel verilere ilişkin genel yasada özel nitelikli hassas verilerin/ kişisel sağlık verilerinin ne kadar süreyle saklanacağı ve ne zaman anonimleştirileceği veya silineceği hususların açıkça düzenleme altına alınmasıdır.

Beccaria’nın da dediği¹ gibi bir cezanın etkili olmasını sağlayan ve bu nedenle kişileri o suçun işlenmesinden alıkoyan en önemli husus, öngörülen bu “*cezanın tereddütsüz bir şekilde infaz edileceğine dair olan inanç*” olduğuna göre ve inceleme konumuzu oluşturan suçlar ceza miktarı itibarıyla hafif suçlar olarak kabul edilen suçlar kategorisinde bulundukları için bu suçlara ilişkin infaz rejiminin mutlaka ve öncelikle gözden geçirilmesi gerekmektedir. Zira cezaları oldukça düşüktür ve bu nedenle hâkim tarafından bu suçlara ilişkin olarak hükmedilecek hürriyeti bağlayıcı cezaların sanığın hürriyetini bağlayarak infazı mevcut infaz sistemimizde neredeyse imkânsız

¹ Beccaria, *Suçlar ve Cezalar*, 129.

görülmektedir. Zira 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun'a (CGTİHK) göre (m. 14) kasıtlı suçlardan 3 yıl ve daha az süreli hapis cezasına mahkûmiyetler doğrudan açık ceza infaz kurumunda yerine getirilmekte ve yine bu nitelikteki suçlarda şartla tahliye tarihi hâkim tarafından hükmedilen cezanın ½'lik kısmının ceza infaz kurumunda geçirilmesi şartına bağlı kılınmaktadır (Bkz. aynı Kanun, m. 107/2). Bu oranın CGTİHK'nin 105/A maddesinde düzenlenen şartla tahliyesine bir yıl ve daha az süre kalan hükümlülere denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması zorunluluğu ile birlikte düşünülmesi durumunda kişisel verilere karşı işlenen incelediğimiz neredeyse tüm suç tiplerinde sanıklara hükmedilecek hürriyeti bağlayıcı cezanın mahkûmun hürriyeti bağlanmaksızın infaz olunmaması yönündeki tuhaf ama gerçek durum ortaya çıkmaktadır.

UHK'deki suç tipi hariç, incelediğimiz suçlardan yaptırım olarak en yüksek yaptırıma sahip olan suç 136. maddedeki yayma suçu olup onun üst sınırı ise dört yıl hapis cezasıdır. Üst sınırdan ceza verilmesi uygulamada neredeyse hiç karşılaşılmayan bir durum olup, hükmolunan cezaların neredeyse tamamı alt sınırdan hükmedilmektedir. Alt sınırlar itibariyle bakıldığında ise yine en ağırı aynı suç olup, bu sınır iki yıl hapis cezasıdır. TCK'deki taktiri indirim de düşünüldüğünde bu suçtan hükmedilecek ceza çoğunlukla Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması müessesesi kapsamında kalacaktır. İnfaz rejimini ilişkin olarak belirttiğimiz hususlar bu tespitlerimizle birlikte değerlendirildiğinde, madde başında belirttiğimiz bu suçlara ilişkin olarak verilen hürriyeti bağlayıcı cezaların sanığın hürriyetini bağlayarak infaz edilmesinin neredeyse imkânsız olduğuna dair tespitimizin haklılığı ortaya çıkmaktadır. Zira bu miktarda bir hapis cezasına mahkûm olan hiç kimse açık ya da kapalı ceza infaz kurumuna konulamayacağı gibi hakkında neredeyse doğrudan denetimli serbestlik tedbiri uygulanacaktır. Uygulamada çoğu zaman bu sürede cezaya mahkûm olmuş kişilerin cezalarının infazı kapsamında çoğu kez yarım günlüğüne açık ceza infaz kurumuna konulduğu ve aynı gün denetimli serbestlikle tahliye edildiği gözlemlenmektedir. Bu durum ise bu suçlara ilişkin cezaların etkililiği ve caydırıcılık gücünün zayıflığını ortaya çıkarmaktadır. Bu şekilde infaz kabiliyeti ve caydırıcılığı olmayan hapis cezası yerine uygulanabilir nitelikte adli para cezası öngörmenin daha isabetli/ caydırıcı bir tercih olabileceği de söylenebilir.

Çalışma kapsamında incelediğimiz tüm suç tiplerinde görüldüğü üzere, genel olarak kişisel sağlık verilerini hukuka aykırı şekilde kaydetmek, ifşa etmek, yaymak, yok etmemek, silmemek, anonimleştirmemek şeklindeki davranışlar, suç olarak düzenleme altına alınmışlardır. Ancak bu düzenlemeler yeterli olmadığı gibi kişisel verilerin gizliliğini koruyucu düzeyde de değildir. Zira uygulamada kişisel veriler sadece belirtilen şekillerde işlenmemekte ve çok farklı uygulamalar söz konusu olmakta ve bu nedenlerle veri özneleri önemli zararlar görebilmektedir. Bu sebeple sayılan eylemlerin dışında hukuka aykırı nitelikteki tüm veri işleme şekilleri suç olarak düzenlenmelidir.

Kişisel verileri hukukun izin verdiği hallerin dışında okumak, taşımak, nakletmek, kopyalamak, çoğaltmak, anonimleştirilmiş verilerin anonimliğini kaldırmak, kişisel verileri satmak, satışa arz etmek, bu yönde reklam yapmak, verileri erişilemez kılmak, süresinden önce yok etmek, imha etmek gibi davranışların tamamı suç olarak düzenlenmelidir. Esasında bu yaklaşım tarzı diğer hukuk sistemlerinde de benimsenmiştir. Örneğin İngiltere'deki Data Protection Act 2018'de, kişisel verilerin satılması, satılmaya çalışılması, anonimleştirilen verilerin anonimliğinin kaldırılması gibi davranışlar suç olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.² Yine bu kapsamda, iç hukuk sistemimizde kişisel verileri yok etmemek, silmemek ya da anonimleştirmemek davranışları suç olarak düzenlenmiş olmasına rağmen kasıtlı olarak kişisel verileri yok etmek, ortadan kaldırmak, erişilmez kılmak davranışları ise suç olarak düzenlenmemiştir. Bu yönüyle örneğin bir kurumda arşivlenmesi gereken bir verinin ilgili görevliler tarafından kasıtlı olarak arşivlenmeden imha edilmesi, bu verilerin bir yedeğinin bulundurulmaması durumlarında mağdurlar açısından önemli zararlar doğabilecek bir nitelik taşımaktadır. Zira bu durumda yerine göre ivedi şekilde ulaştırılması gereken ve belli bir süre muhafaza edilmesi gereken önemli bir veri, muhafaza edilmemiş, yok edilmiş olacağından bu verilere bir daha ulaşılamayacaktır. Bu nedenle geçmiş teşhis ve tedavi kayıtlarının Sağlık Bakanlığı tarafından güvenli bir şekilde saklandığına güvenen ve bu nedenle sağlık verilerini yedekleyerek yanında bulundurmayan bir kişi bu nedenle önemli zararlar görebilir. O halde kasten yok etme davranışı da kesinlikle suç tipleri arasına konulmalıdır. Ayrıca kişisel sağlık verilerinin kasıtlı olarak yok edilmesi yanında kontrolsüz şekilde muhafazası nedeniyle yok

² Bkz. Data Protection Act 2018, Chapter 12, Section 170 et al., 97 et al.

edilmesine neden olunması hallerinin yani suçun taksirli halinin gerçekleştirilmesi durumlarının dahi suç olarak düzenlenmesi gerekliliği ayrıca tartışılmalıdır.

İncelenen tüm suç tiplerinde suç olarak düzenlenen davranışlara, manevi unsur itibariyle bakıldığında, sadece kasıtlı ya da olası kasıtlı hallerinin suç olarak düzenleme altına alındığı görülmektedir. Bu da ilgili kısımda ayrıntılı şekilde değinildiği üzere kanaatimizce yeterli ve doğru bir tercih değildir. Zira kişisel verileri, özellikle de hassas nitelikteki kişisel verileri konu alan bazı davranışların en azından bilinçli taksirle gerçekleştirilen hallerinin dahi suç olarak düzenlenmesi ve buna uygun şekilde ve tabiki kasıtlı şekillerinin gerektireceğinden daha hafif bir şekilde yaptırım altına alınması gerekmektedir. Esasında bu yaklaşım ilk olmayıp İngiliz hukuk sisteminde bunun örnekleri bulunmaktadır. Zira Data Protection Act 2018’de, kişisel verileri konu olan tüm temel suç tiplerinin bilinçli taksirli halleri de suç olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.³ Bizde de aynı şekilde yaymak, ifşa etmek, kaydetmek gibi daha önemli ve kişiler üzerinde daha ağır zararlar doğurabilecek fiillerin en azından bilinçli taksirle gerçekleştirilen şekillerinin suç olarak yaptırım altına alınması gerekmektedir. Özellikle de kişisel verileri; görevleri, meslek veya sanatları gereği öğrenen, toplayan, bir yerde saklayan, koruması ve başkaları ile paylaşmaması gereken hekim, sağlık meslek mensupları gibi aşırı ve zaruri güven duyularak verilerin paylaşıldığı kişilerin normal taksir derecesinde dahi ceza sorumlulukları bulunmalıdır.

İncelememiz kapsamına giren tüm suçlarda, hekimler ve sağlık çalışanları suçun nitelikli halinin faili haline getirilmeli ve daha ağır bir ceza ile cezalandırılmalıdırlar. Zira bu meslek mensupları hekim-hasta ilişkisindeki güvenin merkezindedirler ve kişiler yerine göre aileleriyle dahi paylaşmadıkları bir kısım verileri bunlarla paylaşmak zorunda kalmaktadırlar. Yine yasal mevzuat gereği, pek çok durumda bu görevliler, veri öznelerinden rıza dahi alınmaksızın çok önemli kişisel sağlık verisini işleme ve erişme hakkına sahip bulunmaktadırlar. Kültürümüzde “*Doktora ayıp olmaz.*” şeklinde çok önemli bir anlayış bulunmakta ve bu yönüyle özellikle hekimler ön plana çıkartılmaktadır. Yani diğer sağlık çalışanları ile dahi paylaşılmak istenmeyen bir kısım veriler, hekimlerle tereddütsüz bir şekilde ve rahatlıkla paylaşılabilir. Bu bilgiler ifşa edildiğinde ise giriş kısmında ayrıntılı bir şekilde izah edildiği üzere kişinin

³ Bkz. Data Protection Act 2018, Chapter 12, Section 170.

hayatını katlanılmaz bir hale getirebilecek kadar ağır zararlar doğabilmektedir. Tüm bu nedenlerle hekimler ve diğer sağlık meslek mensupları, kendine özgü ağırlatıcı nitelikte özel faillik vasfına sahip kişiler olarak kabul edilmeli ve bu nitelikli hal, kişisel sağlık verilerini konu alan tüm suçlar için geçerli kılınmalıdır.

Suç tipleri açısından genel ve ortak bir ağırlatıcı nitelikli hal olarak zarar verme kastı ya da haksız çıkar sağlama kastının düzenleme altına alınmamış olması önemli bir eksikliktir. Zira cezanın bireyselleştirilmesi ilkesi bunu gerektirmektedir. Çünkü özel olarak zarar verme amacıyla hareket eden ya da mağdura ait kişisel veriler üzerinden çok önemli boyutlarda haksız menfaatler, haksız kazançlar elde etme amacı güden fail ile bu özel kasıtlı hareket etmeyen, sadece verileri genel kasıt altında başkasına veren ya da aktaran faillerin cezai durumlarının aynı olması, ceza adaleti (ölçülülük) ilkesine açıkça aykırılık taşımaktadır. Uygulamada suçları bu özel kasıt altında işleyen azımsanamayacak kadar fail bulunduğu ise hiçbir tereddüt bulunmamaktadır.

Kişisel verileri kaydetme suçuna ilişkin olarak suçun konusunu oluşturan verilerin kişisel sağlık verilerini de içine alan hassas nitelikli veriler olması durumunun nitelikli bir hal olarak düzenlenmiş olması isabetli bir tercih iken, mağdura kaydetme suçundan çok daha büyük oranda zararlar veren, verme ve yayma suçlarında aynı nitelikli halin öngörülmemiş olması önemli bir eksikliktir. Bu durum, çok önemli bir eksikliktir. Zira mağdur kişi genellikle kişisel verilerin kaydedilmesi fiili ile doğrudan zarara uğramaz. Ancak bu fiiller itibariyle asıl zarar kişisel verilerin verilmesi veya yayılması halinde ortaya çıkar. Özellikle basın yayın araçları kullanılarak yapılan bir yayma fiilinde o kadar büyük bir zarar oluşabilir ki bu zararın hesaplanması dahi çoğu zaman mümkün olamaz. Bu nedenle kaydetmede suçuna ilişkin olarak bahse konu nitelikli halin düzenleme altına alınmış ancak yayma haline ilişkin olarak alınmamış olması, tam anlamıyla ağır bir çelişkidir. Bu nedenle en kısa zamanda bu eksikliğin giderilmesi ve verme/yayma fiillerine konu olan kişisel verilerin özel nitelikli kişisel veriler, özellikle de kişisel sağlık verileri olmaları durumunu kapsayacak şekilde ve cezayı hem de önemli oranda bir ağırlatıcı nitelikli hal olarak düzenleme altına alınması gerekmektedir.

5237 sayılı TCK'nin 136. maddesinde ayrı ayrı suç olarak düzenlenen verme veya yayma eylemlerinin mağdur üzerinde doğuracakları zararın boyutları aynı düzeyde

değildir. Zarar doğurma olasılığı olan suçlarda cezanın zararlar orantılı olması (ölçülülük) ilkesi gereği, kanuni tipte bu iki fiil tipi için aynı miktarda cezanın öngörülmesi ceza adaletine uygun değildir. Zira verme fiili sadece bir kişiye verinin ulaştırılması ile oluşmakta iken, yayma halinin sınırlarını çizmek neredeyse mümkün değildir. Ulusal ve hatta uluslararası basın yayın organları ile dahi açıklanması hali yayma olarak nitelendirilmektedir. Bu nedenle bir kişiye vermek ile uluslararası nitelik taşıyan bir yayın organında kişisel verinin yayınlanmış olması halinin aynı temel cezayı gerektiriyor olmasının kabul edilebilir mantıklı hiçbir yanı yoktur. Bu nedenle yayma eylemi, verme suçunun daha fazla cezayı gerektiren nitelikli bir hali olarak düzenlenmelidir. Ayrıca basın yayın organı gibi çok kısa zamanda ve inanılmaz sayıda kişiye ulaştırılmayı sağlayan yöntemlerle bahse konu suçun işlenmesi hali, normal yaymadan dahi daha ağır cezayı gerektirir şekilde düzenleme altına alınmalıdır.

Kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi suçunda, bu verilerin hukuka aykırı bir şekilde elde tutulması, bulundurulma süresi herhangi bir nitelikli hal olarak düzenlenmemiştir. Ancak failin bu durumdaki kastı, kısa süreli olarak muhafaza etme kastıyla suç işleyen fail ile aynı düzeyde değildir. Uzun süre boyunca veriyi elinde tutması mağdur açısından uzun süre boyunca risk altında bulunması, uzun süre boyunca zarar tehlikesi altında bulunması sonucunu doğuracaktır ve bu durumun ceza adaleti açısından mutlak surette göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu anlamda sadece kaydetme veya kaydetme ile birlikte aylarca ya da yıllarca bu veriyi kayıtlı bulunduğu hukuk dışı ortamda bulundurma fiilleri iki ayrı suç olarak düzenlenebileceği gibi bu ikinci ihtimal cezayı ağırlatıcı nitelikli bir hal olarak da düzenlenebilir.

Kişisel verileri ele geçirme suçunun düzenlendiği yer, ceza kanununun sistematigi açısından hatalı olmuştur. Zira tarihsel süreçte ele geçirme, erişme fiilleri, kaydetme ve yayma verme gibi fiillerin hepsinden önceki aşmada, zaman diliminde gerçekleşen bir eylem niteliği taşımaktadır. Bu nedenle bu fiillerin ceza kanunu sistematigine uygun şekilde kaydetmeden daha az bir oranda cezayı gerektirir şekilde ve ondan önceki maddelerde düzenleme altına alınması gerekmektedir.

Kişisel verilerin yok edilmemesine ilişkin suçta, suçun konusu olarak sadece kişisel veriler gösterilmemiştir. Suç sayılan eylem, verileri yok etmemek olduğuna göre, suçun konusu aşırı derecede geniş yorumlanmaya müsaittir. Suçun kanuniliği ilkesinin

önemli sonuçlarında biri de belirlilik ilkesidir ki bu da kanunda geçen ibarelerin herkesin anlayabileceği ve sınırlarını çizebileceği şekilde seçilmiş olmasını gerektirir. O halde kanun koyucu, suç olarak tanımladığı fiili açıkça belirtmeli ve kıyas uygulamasına kapı aralamamalıdır. Buna göre bahse konu kavramın sınırları belirli bir şekilde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Bize göre bu suç tipinde sadece kişisel verilerin yok edilmemesi fiilleri suç olarak düzenleme altına alınmalıdır.

Aynı suça ilişkin olarak kişisel verileri yok etmemek fiilleri sadece belli sürelerin geçmesi haline münhasır olmak üzere suç olarak düzenlenmiştir. Ancak belli olaylar gerçekleştiğinde süre öngörülmemiş olsa bile kişisel verilerin yok edilmemesi, silinmemesi veya anonimleştirilmemesi fiilleri suç olarak düzenlenmelidir. Örneğinin hasta şifa bulmuş ise ve bu teşhis ve tedavi süresine ilişkin bilgilere bir daha erişilmesi gereksiz ise veya ölmüş ise artık bu verilerinin saklanması herhangi bir hukuki yararı bulunmadığından, telafisi imkânsız zararlar doğurup doğurmayacağına somut olarak bakılmak kaydıyla bu verilerin silinmesi yönünde bir tercih yapılmalı ve bu tercihe aykırı davranışlar suç olarak düzenlenmelidir.

Kişisel verileri yok etmeye ilişkin olarak yok etme için öngörülen süre geçtikten sonra suç oluşmakta, ancak süre geçtikten sonra verilerin yok edilmesi veya silinmesi halinde eylem suç olmaktan çıkmadığı gibi bu durum ayrıca bir indirim nedeni de oluşturmamaktadır. Bu durumda ceza adaleti açısından haklılık taşımamaktadır. Zira herhangi bir sebeple süresi içerisinde yok edemediği kişisel verileri, süre geçmesine rağmen fakat hakkında herhangi bir şekilde yargılama, soruşturma ve benzeri işlem gerçekleştirmeden önce yok eden kişilerin sorumluluğunun hiç yok etmeyen kişilerden daha hafif olması gerekmektedir. Bu nedenle bu nitelikteki verileri, haklarında herhangi bir adli işlem başlatılmadan önce veya soruşturma aşamasında ya da yargılama aşamasında yok etmek şeklindeki davranışların tamamının kademeli olarak hafifletici nitelikli hal olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

Kişisel verileri yok etmeme, silmeme veya anonimleştirme suçlarına özgü olarak, özel nitelikteki verilerin silinmemesi ya da yok edilmemesi hallerinin nitelikli bir hal olarak düzenlenmemiş olması da önemli bir eksikliktir.

Son olarak incelenen suçlar açısından Yargıtay'ın tavrına da genel olarak değinmekte fayda bulunmaktadır. Özellikle suç tiplerini ve hukuka uygunluk

nedenlerini yanlış yorumlaması nedeniyle bazen çok net bir şekilde tipik olan hareketleri cezalandırmamakta, ancak bazen de tam tersine çok basit nitelikteki eylemlerin cezalandırılmasını gerekli görmektedir. Özellikle içtima konusunda Yargıtay uygulaması ve kararlarda ortaya konulan gerçekçeler ciddi bir kavram kargaşası olduğunu göstermektedir. Yine özellikle özel hayatın gizliliğini ihlal suçu ile kişisel verilerin verilmesi ve yayılması suçları arasındaki farkın Yargıtay tarafından netleştirilemediği anlaşılmaktadır. Çalışmada incelenen kararlara ilişkin olarak belirtildiği üzere, suçun konusunun kişisel verileri oluşturması durumunda Yargıtay çok benzer durumları içermelerine rağmen bazı kararlarında özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun oluştuğunu kabul ederken bazı olaylarda ise kişisel verileri yayma suçunun oluştuğunu kabul etmektedir. Ayrıca bu tespiti yaparken iki suç arasında içtimanın geçerli olamayacağını belirtmekte ancak görünüşte içtimayı kabul ettiğini düşündürür tarzda ifadeler kullanmaktadır. Ancak buna rağmen görünüşte içtimanın hangi halini kabul ettiği kararlarından anlaşılamamaktadır. Yani bu iki suç arasında görünüşte içtima halini kabul edermiş gibi görünmekte ancak hangi görünüşte içtima halini kabul ettiğini ve netice hangisine dayanarak sonuca ulaştığını kararlarında açıkça belirtmemektedir. Halbuki Yargıtay’a düşen uygulamanın önünü açacak nitelikte olmak üzere bu şekilde birbirine karıştırılmaya müsait suç tipleri arasında genel kabul görecektir makul kıstaslar belirleyerek uygulamanın önünü açmak olmalıdır.

KAYNAKÇA

- A Dictionary Of Law*, Oxford University Press, Fifth Edition New York.
- Açık Rıza, Kişisel Verileri Koruma Kurumu Yayını, <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolder/Server/CMSFiles/66b2e9c4-223a-4230-b745-568f096fd7de.pdf>, (26/12/2019).
- Adalet Bakanlığı, <http://www.ceza-b.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc>, (05/12/2019).
- AHIMA e-HIM Personal Health Record Work Group, *The Role of the Personal Health Record in the EHR*, Journal of AHIMA 76, no.7, July-August 2005.
- Akbulut, Berrin. *Tıp Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı*, V. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Birinci Baskı, Nisan 2008, Ankara.
- Akçakoca, Mehmet, *Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğe Aykırı Davranmasının Ceza Hukuku Açısından Doğuracağı Sorumluluk*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt II, Sayı 1-2.
- Akdağ, Hale, *Türk Ceza Kanunu'nda Kişisel Verilerin Korunması*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara 2010.
- Akdur, Recep, *Türkiye'de Sağlık Hizmetleri ve Avrupa Topluluğu Ülkeleri ile Kıyaslanması*, Ankara 1999, <https://acikders.ankara.edu.tr/mod/resource/view.php?id=19673>, (03/06/2019).
- Akgül, Aydın, *Kişisel Verilerin Korunması Açısından İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Yargısal Denetimi*, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli 2013.
- Akıllıoğlu, Tekin, *İdari Usul ve Kişisel Verilerin Korunması*, <http://www.idare.gen.tr/akillioglu-idariusul.htm> (06/05/2019).
- Akıncı, Ayşe Nur, *Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün Getirdiği Yenilikler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*, Kalkınma Bakanlığı Çalışma Raporu – 6, İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü, Bilgi Toplumu Dairesi Başkanlığı, Haziran 2017.
- Akit, *Başörtülülere Hakaret Eden Ahlaksız Gözaltına Alındı*, <https://www.yeniakit.com.tr/haber/basortululere-hakaret-eden-ahlaksiz-gozaltina-alindi-681644.html>, (17/12/2019).
- Aksoy, Hüseyin Can, *Kişisel Verilerin Korunması*, Çakmak Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2010,
- Aktaş, Sururi, *Cezalandırmanın Amacı Üzerine*, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XIII, Sayı 1–2, yıl 2009.
- Akyıldız, Sunay, *Uygulamada Hekimin Cezai Sorumluluğu Yönünden Ortaya Çıkan Sorunlar*, Uluslararası 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu, XII. Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ekim 2015 Ankara.
- Alkan, Nevzat, *Sağlık Kuruluşlarında Tıbbi Belge ve Dökümanların Muhafaza Edilme Süreleri*, Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği Bülteni, Yıl: 2, Sayı: 3, Ocak 2007.

- Alptekin, Kâmil, *Sağlık Hakkı ve İnsan Hakları Üzerine Bir Değerlendirme*, Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, Yıl: 2004, Cilt: 12, Sayı: 2.
- Anayasa Mahkemesi, K. 2008/86, Resmî Gazete, Tarih 25.06.2008, Sayı: 26917.
- Anayasa Mahkemesi, K. 2012/102, Resmî Gazete, Tarih 06.10.2012, Sayı: 28433.
- Anayasa Mahkemesi, K. 2013/30, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, https://legalbank.net/belge/aym-e-2011-150-k-2013-30-t-14-02-2013/13_50652, E.T. 11/05/2021.
- Anayasa Mahkemesi, K. 2014/184, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, <https://legalbank.net/belge/aym-e-2013-114-k-2014-184-t-04-12-2014-6495-sayili-bazi-kanun-ve-kanun-huk-munde-kararnamelerde-degis/1483931>, E.T. 11/05/2021.
- Anayasa Mahkemesi, K. 2015/102, www.kazanci.com/kho/ibb/files/amk2015-32.htm, E.T. 19.03.2020.
- Anayasa Mahkemesi, K. 2017/143, Resmî Gazete, Tarih 23.01.2018, Sayı 30310.
- Anayasa Mahkemesi, K. 2021/13, Resmî Gazete, Tarih 16.06.2021, Sayı 31513.
- Arda, Berna, *Etik nedir? Tıp Etiği, Temel İlkeleri, Etik Değerler ve Kural Önerme Üzerine*, IV. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayını, Ankara 2012.
- Arıkan, Kemal, *Psikoterapi nedir? Niçin Yapılır?*, <https://www.kemalarikan.com/psikoterapi-nedir-nicin-yapilir.html> (25/05/2019).
- Arslan, Elif Türkan ve Hüseyin Demir, *Sağlık Çalışanlarının Hasta Mahremiyetine İlişkin Tutumu: Nitel Bir Araştırma*, AİBÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2017, Cilt:17, Yıl:17, Sayı: 4, Yıl: 2017.
- Arslan, Kahan Onur, *İnsan Onuru Kavramı ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 2015, Sayı: 120.
- Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen ve A. Caner Yenidünya, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, 3.Cilt, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2014.
- Avaner, Elif, *Mahremiyet Nedir? Mahremiyetin Sağlık Hizmetleri Penceresinden Görünürlüğü Nasıldır?* Türkiye Biyoetik Dergisi, 2018, Cilt: 5, Sayı: 3.
- Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü, <https://www.kisiselverilerinkorunmasi.org/wp-content/uploads/2017/09/GDPR-T%C3%BCrk%C3%A7e-%C3%87eviri-AB-Bakanl%C4%B1%C4%9F%C4%B1.pdf> (23/05/2019).
- Avrupa Birliği Türkiye Delegasyonu, <https://www.avrupa.info.tr/tr/avrupa-birligi-temel-haklar-bildirgesi-708#>, (30/12/2019).
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 25.02.1997, Başvuru No 22009/93, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58033>, E.T. 18.04.2020.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, S. ve Marper – Birleşik Krallık Kararı, Başvuru Numaraları 30562/04 ve 30566/04, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22ite mid%22:%5B%22001-90051%22%5D%7D>, E.T. 27/06/2021.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Tematik Bilgi Notu, Kişisel Verilerin Korunması*, Ocak 2016, https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Data_TUR.pdf, (16/10/2019).
- Ayan, Mehmet, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Kazancı Kitap, Ankara 1991.

- Aydın, Hüseyin, *Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı*, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:68, Sayı: 2010/1.
- Aydın, Nizamettin, *Tıp Ceza Hukukunda Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme ve Ele Geçirme Suçu*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/21(2).
- Aydın, Sedat Erdem, *AIHM İçtihatları Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı.
- Aydın, A. Buğra ve Nurhak Özer, *Kişisel Sağlık Verilerinin Korunmasına İlişkin Yeni Bir Düzenleme: Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik*, [http. // www.mondaq.c om/ turkey/ x/ 818906/Data+ Protection+ Privacy/ Kiisel+ salk+ verilerinin +korunmasna +ilikin+ yeni+ bir+ dzenleme+ kiisel+ salk+verileri+ hakknda+ ynetmelik](http://www.mondaq.com/turkey/x/818906/Data+Protection+Privacy/Kiisel+salk+verilerinin+korunmasna+ilikin+yeni+bir+dzenleme+kiisel+salk+verileri+hakknda+ynetmelik), (24/10/2019).
- Aygörmez, Gülsün Ayhan, *Hukuki Kurum Rızanın, Tıp Ceza Hukukunda Geçerli Olarak Kurulması*, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: VI, Sayı 2, Yıl 2009.
- Bakıcı, Sedat, *5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuk Genel Hükümleri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.
- Bakıcı, Sedat, *Ceza Hukuku Genel Hükümleri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.
- Banks, Marcus, *Ethnicity: Anthropological Constructions*, Routledge 1996, London And New York.
- Bardak, Ümmühan ve Dilaver Tengilimoğlu, *Sağlık Alanında İnsan Hakları ve Etik*, Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, sayı: 1-2, Yıl: 1998.
- Barnshaw, John, Race, Richard T. Schaefer, (Ed.). *Encyclopedia of Race, Ethnicity, and Society*, Volume 1. Sage Publications, 2008.
- Başalp, Nilgün, *Avrupa Birliği Veri Koruması Genel Regülasyonu'nun Temel Yenilikleri*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:21, Sayı: 1.
- Bayraktar, Köksal, *Tıp Etik Kurallarının Hukuka Etkisi*, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayını.
- Beccaria, Cesare, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, İtalyanca Aslından Çeviren Sami Selçuk, İmge Yayınevi, 4. Baskı.
- Belgesay, Mustafa Reşit, *Tıbbi Mesuliyet*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1953.
- Biggs, Hazel, *Aydınlatma ve Sır Saklama Yükümlülüğü: Uygulama ve Malpraktis*; Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2009.
- Bir Gün, *Salatalık, İmamı İşinden Etti*, <https://www.birgun.net/haber-detay/salatalik-imami-isinden-etti-117579.html>, (08/11/2017).
- Birtek, Fatih, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara Ekim 2018.
- Birtek, Fatih, *Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat*, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- Birtek, Fatih, *Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ekim 2012.
- Birtek, Fatih, *Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon- Malpraktis Ayırımı*, İstanbul

- Barosu Dergisi, Cilt: 81, Sayı: 5, Yıl 2007.
- Boz, Ahmet, *Kişisel Verilerin Korunması: Türkiye, ABD ve AB Örnekleri*, Yüksek Lisans Tezi, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Güvenlik Stratejileri ve Yönetimi Anabilim Dalı, Ankara 2014.
- Boz, Burak, *Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı*, Yüksek Lisans Tezi, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Mayıs 2016.
- Bozkurt, Enver, *İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı*, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara Barosu Yayını, Birinci Baskı Ankara 2008.
- Braun, Cihan Avcı, *Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza*, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XV, Sayı: 1, Yıl: 2018.
- Bulakbaşı, Müge, *Sağlık Tanımı Sağlık Hizmetleri Türk Sağlık Sistemi*, <https://neu.edu.tr/wp-content/uploads/2015/11/Sa%C4%9Fl%C4%B1k-Tan%C4%B1m%C4%B1-Sa%C4%9Fl%C4%B1k-Hizmetleri-T%C3%B Crk-Sa%C4%9Fl%C4%B1k-Sistemi1.pdf> (25/05/2019).
- Bulut, Pınar, *Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi*, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, Nisan 2012.
- Bük, Alaattin, *Elektronik Ortamda Saklanan Kişisel Verilerin Elde Edilmesi /Değiştirilmesi Suretiyle İşlenen Suçların Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Güvenlik Stratejileri ve Yönetimi Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara 2015.
- Büyükcay, Yusuf, *Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VIII, S. 1-2 (2004).
- Büyükcay, Yusuf, *Tıbbi Kayıt Olarak Biyolojik Veri Bankaları*, Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010 Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2011.
- Carr, Claudia, *Beginning Medical Law*, Routledge Taylor & Francis Group, First Published 2015, London And New York.
- Ceza Mahkumiyeti*, <https://www.google.com/search?q=t%C3%BCrk%C3%A7e+s%C3%B6zl%C3%BCk&oq=t%C3%BCrk%C3%A7e+s&aqs=chrome.1.69i57j0j69i60j0l3.7763j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8#dobs=mahkumiyet>, (26/05/2019).
- Cin, M. Onursal, *Tip Etiği ve Cezai Sorumluluk*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Konya – 2004.
- Cinsel Eğitim, Tedavi ve Araştırma Derneği, *Cinsel Yönelim*, <https://www.cetad.org.tr/73/sik-sorulan-sorular/46/cinsel-yonelim>, (09/05/2021).
- Civelek, Dilek Yüksel, *Kişisel Verilerin Korunması ve Bir Kurumsal Yapılanma Önerisi*, Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı Yayını, Yayın No: 2821, Nisan 2011,
- Council of Europe, *Committee of Ministers, Recommendation No. R (97) 5 on the Protection of Medical Data (Feb. 13, 1997)*, <http://hrlibrary.umn.edu/instreet/coerecr97-5.html> (06/05/2019).
- Cross, Noel, *Criminal Law & Criminal Justice An Introduction*, Sage Publications Ltd, First published 2010 Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washinton DC.
- Çakıroğlu, Maral Törenli, *Hekimin Borçlarından Özel Olarak Sır Saklama Borcu*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi- Cilt: 12, Sayı 2, 2010, Yıl:

2012.

- Çakmut, Özlem Yenerer, *Hekimin Cezai Sorumluluğu*, Uluslararası 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu, XII. Levha Yayıncılık, İstanbul Ocak 2011.
- Çakmut, Özlem Yenerer, *Tıbbî Uygulamalarda Ebelerin Cezai Sorumluluğu*, Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Mayıs 2010 Ankara Barosu Yayınları, 2011.
- Çankaya, Hürol, *Biyoteknoloji ve İnsan Hakları*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2009.
- Çınar, Tuncay, *Olay Yerinde Tespit Edilen Ayak İzlerinin Değerlendirilmesi; İki Olgu Sunumu*, Adli Tıp Dergisi 2004; 18(3-4).
- Çimen, Mesut, *Sağlık Yönetimi ve Sağlık Yönetim Eğitimi*, Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 3, Temmuz 2010.
- Çobanoğlu, Nesrin, *Tıp Etiği Açısından Tıbbi Bilgilerin Mahremiyeti*, Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010 Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2011.
- Danıştay 10. Dairesi, E. 2011/7001, <http://www.ankarabarusu.org.tr/images/diger/63/dan10id.Pdf>, E.T. 24.03.2020.
- Danıştay 15. Dairesi, E. 2016/10500, www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=15d-2016-10500.htm&kw=`2016/10500`#fm, E.T. 05.11.2019.
- Danıştay 15. Dairesi, E. 2018/1490, www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=15d-2018-1490.htm&kw=`2018/1490`#fm, E. T. 05.11.2019.
- Data Protection Act 2018, Chapter 12, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/-2018/12/contents>, (01.09.2020).
- Değer, Mebrure, *Hastane Eczacılığında Sır*, Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, 1997;5(3):133-5.
- Demir, Mehmet, *Hasta Tasarrufları ve Tıbbi Kayıt: Alman Hukukunda Konuya İlişkin Yasal Düzenleme*, Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010 Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2011.
- Demirel, Birol, *Hekimin Yasal Sorumlulukları*, Gazi Tıp Dergisi, Yıl 2005, Cilt 16, Sayı 3.
- Deryal, Yahya, *Hastanın Özel Yaşamına Saygı Hakkının İki Boyutu: Hasta Sırrının Korunması ve Beden Mahremiyeti*, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, 2, Baskı, Ankara 2009.
- Deyimler Sözlüğü*, www.dilbilgisi.net, (13.07.2020).
- Dictionary Of Law*, Peter Collin Publishing, Fourth Edition, London.
- Doğan, Cahid, *Sağlık Haklarından Hekimin Sır (Kişisel Veri) Saklama Mükellefiyeti*, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2009.
- Doğan, Cahid, *Tıbbi Kayıtların Tutulmasından Cezai Sorumluluk*, Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010 Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2011.
- Doğan, Murat, *Embriyon Nakillerinde Mahremiyet Hakkı*, II. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayını, 2009 Ankara.
- Doğan, Öznur Vuran, *Bir İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı ve Uluslararası Dayanakları*, Sağlık Hukuku Digestası Dergisi, Ankara Barosu Başkanlığı Yayını,

Yıl: 1 Sayı:1, 2009 Ankara.

- Doğan, Sultan ve Ece Altındağ, *Cinsel Yolla Bulaşan Hastalıklar Konusunda Danışmanlık Vermek*, Klinik Tıp Aile Hekimliği Dergisi, Cilt: 9 Sayı: 2, Mart-Nisan 2017.
- Doğru, Osman ve Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi Yayını, Cilt: II. Pozitif Matbaa, 2013.
- Dolan, Bridget, *Medical Records: Disclosing Confidential Clinical Information*, Psychiatric Bulletin, Year: 2004, Vol.: 28.
- Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt: II, Beta Basım Yayın, 10. Basım, Mayıs 1994 İstanbul.
- Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt: I, Beta Basım Yayın, 10. Basım, Mayıs 1994 İstanbul.
- Dülger Murat Volkan, *Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması*, Yaşar Hukuk Dergisi, Cilt 1, Sayı 2, Temmuz 2019.
- Dülger, Murat Volkan, *Bilişim Suçları*, 1. Baskı, Ankara 2004, Seçkin Yayınevi.
- Dülger, Murat Volkan, *Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) ve Getirdiği Yenilikler*, https://www.academia.edu/38309802/General_Data_Protection_Regulation_-_Sunum.pdf (06/01/2020).
- Dülger, Murat Volkan, *Kişisel Sağlık Verileri Yönetmeliği'nin Yürütmesinin Durdurulmasına İlişkin Danıştay'ın 9.10.2018 Tarihli Kararına İlişkin Değerlendirme*, [https://www.academia.edu/37873732/Ki%C5%9Fisel_Sa%C4%9Fli_Verileri_Y%C3%B6netmeli%C4%9Finin_Y%C3%BCr%C3%BCtmesinin_Durdurulmas%C4%B1na_%C4%B0li_%C5%9Fkin_Dan%C4%B1%C5%9Ftay_%C4%B1n_9.10.2018_Tarihli_Karar%C4%B1na_%C4%B0li_%C5%9Fkin_De%C4%9Flendirme_\(23/10/2019\).](https://www.academia.edu/37873732/Ki%C5%9Fisel_Sa%C4%9Fli_Verileri_Y%C3%B6netmeli%C4%9Finin_Y%C3%BCr%C3%BCtmesinin_Durdurulmas%C4%B1na_%C4%B0li_%C5%9Fkin_Dan%C4%B1%C5%9Ftay_%C4%B1n_9.10.2018_Tarihli_Karar%C4%B1na_%C4%B0li_%C5%9Fkin_De%C4%9Flendirme_(23/10/2019).)
- Dülger, Murat Volkan, *Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması*, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3 (2), Güz 2016.
- Dülger, Murat Volkan, *Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti*, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1, Sayı 2, 2015.
- Elçioğlu, Ömür Şaylıgil, *Hasta Hakları Açısından Hekimlik Sırrı*, Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, 1997;5(1):16-9.
- Ele Geçirmek Deyiminin Anlamı*, <https://www.basarisiralamalari.com/ele-gecirmek-deyiminin-anlami/#:~:text=%E2%9E%A1Ele%20Ge%C3%A7irmek%20deyiminin%20anlam%C4%B1,anlam%C4%B1nda%20da%20olumlu%20%C5%9Fekliyle%20kullan%C4%B1lmaktad%C4%B1r,> (13.07.2020).
- Elliott, Catherine and Frances Quinn, *Criminal Law*, Pearson Education Limited, Eleventh Edition.
- Encyclopedia Of Privacy*, Edited By William G. Staples, Greenwood Press, London 2007.
- Er, Ünal, *Sağlık Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara 2008.

- Erbaş, Rahime, *Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçun Bildirme Yükümlülüğü*, XII Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2015.
- Erdem, Mustafa Ruhan, *HIV Enfeksiyonu Bağlamında Hekimin Bildirim Yükümlülüğü*, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını.
- Erdemir, Ayşegül Demirhan, *Hekimin Ceza Hukuku Yönünden Sorumluluğu ve Bazı Sonuçlar*, Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, 1996;4(2).
- Erdin, Selim, *Ceza Hukukunda İlliyyet*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013.
- Erdoğan, Yavuz, *Kişisel Verilerin Korunması Bakımından Türk Ceza Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi (Madde 135,136,137,138)*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Doğan Soyaslan Armağanı, Cilt: 8, Sayı:2, Yıl: 2013, Aralık 2013 Kay-seri, <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/dsp.php?fn=makale-yavuzerdogan-1.htm&kw=K%C4%B0%C5%9E%C4%B0SEL+VER%C4%B0LER%C4%B0N+KORUNMASI+BAKIMI+NDAN+T%C3%9CRK+CEZA+KANUNU+H%C3%9CK%C3%9CMLER%C4%B0N%C4%B0N+DE%C4%9EEERLENDIRME+YUKUMLU%20LUGU>, (15/11/2019).
- Ergün, İsmail, *Siber Suçların Cezalandırılması ve Türkiye’de Durum*, Adalet Yayınevi, Ankara Eylül 2008.
- Ermeydan, İdris, *Yargıtay Kararları Işığında Meşru Savunmada Sınırın Aşılması*, FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, Sayı: 3, Yıl: 2014 Bahar.
- Esatoğlu, Afsun Ezel, *Sağlık Kurumları Yönetiminin Tıbbî Kayıtlarda Sorumluluğu*, Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010 Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2011.
- European Commission- Press Release, *Commission proposes a comprehensive reform of data protection rules to increase users' control of their data and to cut costs for businesses*, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_12_46 (06/01/2020).
- European Commission, *What Is Personal Data?*, https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data_en, (21.08.2020).
- Felsefe Nedir?, https://www.google.com/search?ei=xD3pXNLTHeqFk74P0LK0yAk&q=felsefe+nedir&oq=felse&gs_l=psy-ab.1.0.0l10.441897.446446..448573...0.0..0.230.2335.0j15j1.....0....1..gws-wiz.....0..0i71j0i7i30j0i13j0i13i5i30j0i13i1j0i67.VHTPqJZPSug, (25/05/2019).
- Ferguson, Angus H., *Should A Doctor Tell?, The Evolution of Medical Confidentiality in Britain*, Routledge Taylor & Francis Group 2016, London And New York.
- Gardner, Thomas J. and Terry M. Anderson, *Criminal Law*, Wadsworth Cengage Learning, Eleventh Edition.
- Gerçekler, Hasan, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt-2, Seçkin Hukuk Yayınları, Güncellenmiş 2. Baskı.
- Google Türkçe Sözlük, *Hasta*, https://www.google.com/search?ei=4JaQXqfNI42MmwXUx5WACg&q=hasta+nedir&oq=hasta+nedir&gs_lcp=CgZwc3ktYWlQAZIHCAAQRhD5ATICCAAYBgAEBYQHjIGCAAQFhAeMgYIABAWEB4yBggAEBYQHjIGCAAQFhAeMgYIABAWEB4yBggAEBYQ

HjIGCAAQFhAeUOv AAVjr wAFgqsMBa ABw AHgAgAGjAYgBnQO SAQ MwLjOYAQCgAQGq AQdnd 3M td2l6& sclient =psyab &ved=0ahUKE winvd Hl54_p AhUNxqY KHdRjBaAQ 4dU DCAw &uact=5, (25.06.2020).

Google Türkçe Sözlük, <https://www.google.com/search?q=t%C3%BCrk%C3%A7e+s%C3%B6zl%C3%BCk&oq=t%C3%BCrk%C3%A7e+s%C3%B6zl%C3%BCk&aqs=chrome.0.69i59j0j46j0l4.3927j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8#dobs=%C5%9Fahsi>, (05.06.2020).

Google Türkçe Sözlük, *Kamu Sağlığı*, https://www.google.com/search?biw=1440&bih=789&ei=7W3qXNCfH8GIk74PweqxAQ&q=kamu+sa%C4%9Fl%C4%B1%C4%9F%C4%B1+ne+demek&oq=kamu+sa%C4%9Fl%C4%B1%C4%9F%C4%B1+ne+demek&gs_l=psy-ab.1.1.0j0i22i30l6.1452.7194..10605...0.0..0.187.2056.0j15.....0....1..gw-s-wiz.....0i131j0i67j0i131i70i257j0i131i67.j6CZCOLkBtk, (26/05/2019).

Google Türkçe Sözlük, *Rıza Göstermek*, https://www.google.com/search?q=r%C4%B1za+g%C3%B6stermek&rlz=1C1GCEA_enTR937TR937&oq=r%C4%B1za+g%C3%B6stermek&aqs=chrome..0j69i57j0j0i22i30l4j69i60.4271j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8, (11/05/2021).

Google Türkçe Sözlük, *Tedavi*, https://www.google.com/search?biw=1440&bih=789&ei=qejqXPu9H-qLmwW9prqQCg&q=tedavi+nedir&oq=tedavi&gs_l=psy-ab.1.6.0l10.779.475.780360..783.504...0.0..0.168.842.0j6.....0....1..gws-wiz.....0i71j0i131j0i67.BMrxaAz7tCI, (26/05/2019).

Gökcan, Hasan Tahsin, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuku ve Cezai Sorumluluk*, Seçkin Hukuk Yayınları.

Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Ekin Basım Yayın, Yedinci Baskı, Temmuz 2015.

Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Basım Yayın, Onsekizinci Baskı, Şubat 2015.

Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data File, <https://www.refworld.org/pdfid/3ddcafaac.pdf>. (24/12/2019).

Güler, Dilek, *Meşru Savunma*, Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Şubat 2017.

Gültekin, Nil Melek, *Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Yönünden Korunması*, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Mayıs 2012.

Günday, Şeref, *Doğru ve Doğruluk Kuramları*, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 2 / 1-2, Şubat 2010.

Güriz, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, Siyasal Kitapevi, Dördüncü Baskı, Eylül 1994, Ankara.

Gürpınar, Damla, *Kişisel Verilerin Korunamamasından Doğan Hukuki Sorumluluk*, DEÜ. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017.

Güven, Bilhan, *Hasta Bilgilerinin Gizliliği Prensibi*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010.

Haber Türk, *Genetik Verilerimiz İlerde Savaş Silahına Dönüşebilir*, <https://www.haberturk.com/saglik/haber/734629-genetik-bilgilerimiz-ileride-savas>

silahına- donusebilir (18/12/2019).

Hafen, Ernst, *Personal Data Cooperatives – A New Data Governance Framework for Data Donations and Precision Health*, The Ethics of Medical Data Donation, Springer Nature Switzerland AG Company, 2019.

Hafizoğulları, Zeki ve Muharrem Özen, *Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:67, Sayı: 4, Güz 2009.

Hafizoğulları, Zeki ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukukunda Devlet Sırrına Genel Bir Bakış*, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:68, Sayı: 2010/1.

Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku*, Genel Hükümler, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

Hakeri, Hakan, *Hastane Yönetiminin Sorumluluğu*, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları 2008.

Hakeri, Hakan, *Tıbbî Bilirkişinin Cezaî Sorumluluğu*, IV. Sağlık Hukuku Kurultayı Ankara Barosu Yayını, 2012 Ankara.

Hakeri, Hakan, *Tıbbi Uygulamalardan Hemşirelerin Cezai Sorumluluğu*, Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Mayıs 2010 Ankara Barosu Yayınları, 2011.

Hakeri, Hakan, *Tıp Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Onuncu Baskı Eylül 2015 Ankara.

Hakeri, Hakan, *Yeni Türk Ceza Kanunu ve Hekim*, Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği Bülteni, Yıl: 1, Sayı: 1, Ocak 2006.

Handbook on European Data Protection Law, Publications Office of the European Union, April 2018 Luxemburg.

Hasta Hakları Platformu, *Bali Bildirgesi*, <http://www.saglikhakki.org/bali1.htm>, (03/06/2019).

Hasta Hakları Platformu, *Lizbon Bildirgesi*, <http://www.saglikhakki.org/lizbon.htm>, (03/06/2019).

Hasta Hakları, <https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/amsterdam.htm> (03/06/2019).

Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü (ANA Sözleşmesi) Temel Doküman, <https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/avrupastatusu.htm> (03/06/2019).

Hasta ve Hasta Yakını Hakları Derneği, *Bali Bildirgesi*, <http://www.hayad.org.tr/bali-bildirgesi-1995> (03/06/2019).

Hasta ve Hasta Yakını Hakları Derneği, *Dünya Tıp Birliği Helsinki Bildirgesi*, <http://www.hayad.org.tr/dunya-tip-birligi-helsinki-bildirgesi> (03/06/2019).

Hasta ve Hasta Yakını Hakları Derneği, <http://www.hayad.org.tr/lizbon-hasta-haklari-bildirgesi>, (03/06/2019).

Herring, Jonathan, *Criminal Law*, Palgrave Macmillan, Macmillan Publishers Limited, Hamps-hire 2011, Eighth Edition.

Hope, Tony, Julian Savulescu and Judith Hendrick, *Medical Ethics and Law*, The Core Curriculum, Elsevier Limited, Reprinted 2009.

Hukuk Sözlüğü, İleri Kitapevi Yayınları, 2013 İzmir.

Hüseyin, Oktay (Guseinov), *Genetik Silahlar*, *Eğitim Dergisi Savaş ve Uygarlık Sayısı*, Sayı 17, Kasım 2007, <http://www.egitim.gen.tr/tr/index.php/arsiv/sayi-11-20/sayi-17-savas-ve-uygarlik-kasim-2007/210-genetik-silahlar>, (18/12/2019).

- Irk ne demek?*, <https://www.google.com/search?q=%C4%B1rk+ne+demek&oq=%C4%B1rk&aqs=chrome.469i57j0l5.616j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8> (25/05/2019).
- İçel, Kayıhan ve Süheyl Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım*, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1, Bası, İstanbul Mayıs 1987.
- İçel, Kayıhan, *Çağdaş Ceza Hukukunun Evrensel İlkelerinin Kabahat Türünden Eylemler Alanındaki Boyutları*, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 2016, Sayı 7.
- İktisadi Kalkınma Vakfı, *Kamu Sağlığı Politikası*, <https://www.ikv.org.tr/ikv.asp?id=235> (26/05/2019).
- İmamoğlu, Deniz Alp, *6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Uyarınca Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenme Şartları*. İstanbul 2017, https://www.academia.edu/36628413/6698_SAYILI_K%C4%B0%C5%9E%4%B0SEL_VER%C4%B0LER%C4%B0N_KORUNMASI_KANUNU_UYARINCA_%C3%96ZE_L_N%C4%B0TEL%C4%B0KL%C4%B0_K%C4%B0C5%9E%C4%B0SEL_VER%C4%B0LER%C4%B0N_%C4%B0%C5%9ELENME_%C5%9EARTLARI, (23/10/2019).
- İnanç Nedir?*, <https://www.google.com/search?q=inan%C3%A7+nedir&oq=inan%C3%A7+&aqs=chrome.269i57j0l5.4238j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8> (25/05/2019).
- İstanbul Psikiyatri Enstitüsü, *Cinsel Yönelim*, <https://www.ipe.com.tr/tr/icerik/71/cinsel-yonelim>, (09/05/2021).
- İstanbul Tabip Odası, *25 Soruda "Sağlık.Net 2" Sistemi*, <https://www.istabip.org.tr/dosyalar/hukuk/25sagliknet2.pdf>, (11/05/2021).
- İstek, Ahmet, *Hasta Mahremiyeti Kapsamında Kişisel Veri*, Akademik Teklif Hukuk ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 5, Yıl: 2016.
- İtişgen Rezzan, *Türk Ceza Hukukunda Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme Suçu*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 23, Yıl: 2015.
- İzgi, M. Cumhur, *Mahremiyet Kavramı Bağlamında Kişisel Sağlık Verileri*, Türkiye Biyoetik Dergisi, Yıl: 2014, Cilt: 1, Sayı: 1.
- İzgi, Mustafa Cumhur ve Neyyire Yasemin Oğuz, *Türk Ceza Kanunu 280. Madde: Sağlık Hakkı mı? Güvenlik mi?* Türkiye Klinikleri, Yıl:2008, Sayı: 16.
- Jones, James W. and Laurence B. McCullough, *Limits Of Confidentiality: To Disclose Or Not To Disclose*, *Journal Of Vascular Surgery*, Volume 58, Number 2, August 2013.
- Journalagent, http://www.journalagent.com/aot/Helsinki_Declaration_tur.pdf (03/06/2019).
- Kaba, Ladi, *Aihm Kararlarında Aile Hayatına Saygı Hakkının Uygulanmasında Devletin Yükümlülükleri*, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, Konya 2018.
- Kalemoğlu, Murat, *Hekimlerin Deontolojik, Cezai ve Hukuki Sorumlulukları*, Nobel Medicus 38, Cilt: 13, Sayı 2.
- Kalyon, Tunç Alp, *Tıbbi Rehabilitasyon*, <http://tuncalpkalyon.com/2008/09/22/tibbi-rehabilitasyon/>, (26/05/2019).
- Kanbur, Mehmet Nihat, *Türk Ceza Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Hekimin ve Diğer*

- Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Genel Değerlendirme*, Türkiye Acil Tıp Dergisi, 2009;9 (1).
- Kaplan, Yavuz, *Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 24, Sayı: 1-2, Ocak 2004.
- Kara, Hayrettin ve M. Yücel Ağargün, *Psikiyatrik Etik Açısından Hastaya Ait Bilgilerin Saklanması ve Aktarılması*, Türkiye Klinikleri Journal of Medical Ethics-Law and History, 1996;4 (1).
- Karaarslan, Enis, Ali Murat Ergin, Nalin Turğut ve Özgür Kılıç, *Elektronik Sağlık Kayıtlarının Gizlilik ve Mahremiyeti*, https://www.researchgate.net/profile/Enis_Karaarslan/publication/28797_5276_Elektronik_SaglikKayitlarinin_Gizlilik_ve_Mahremiyeti/links/576cc6ff08ae9bd709961314/Elektronik-Saglik-Kayitlarinin-Gizlilik-ve-Mahremiyeti.pdf, (28/08/2019).
- Karaarslan, Enis, Mehmet Beşir Eren ve Serhat Koç, *Çevrimiçi Mahremiyet: Teknik ve Hukuksal Durum İncelemesi*, inet-tr'14 - XIX. Türkiye'de İnternet Konferansı Bildirileri, 27 - 29 Kasım 2014 Yaşar Üniversitesi, İzmir, [https:// docplayer. biz. tr/ 39695166- Cevrimici- mahremiyet- teknik -ve- hukuksal- durum-incelemesi. html](https://docplayer.biz.tr/39695166-Cevrimici-mahremiyet-teknik-ve-hukuksal-durum-incelemesi.html), (01.06.2020).
- Karadaş, Neslihan, *Tıp Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması Suçu*, Yüksek Lisans Tezi, İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Malatya 2019.
- Karakaş, A. Işıl, *Ulusalüstü Anayasada Temel Haklar Problematikliği: Teorik ve Pratik Sorunlar*, [http://anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/ anyarg22/% C4%B1s%C4%B1l.Pdf](http://anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg22/%C4%B1s%C4%B1l.Pdf), (10/10/2019).
- Karakul, Selman, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı*, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3 (2), Güz 2016.
- Karasu, Sinem, *Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.
- Kaya, Cemil, *Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas Kişisel Veriler ve İşlenmesi*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt. 69, Sayı: 1-2, Yıl: 2011.
- Kaya, Emin, *Sağlık Hizmetleri Yönetimi Ders Notları*, www.eminkaya.net, (12/15/2018).
- Kaya, Mehmet Bedii, *Sağlık Bakanlığı'nın Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik'in e İlişkin Değerlendirmeler*, <https://www.mbkaya.com/saglik-bakanligi-kisisel-saglik-verileri-yonetmeligi>, (24/10/2019).
- Kazancı Elektronik ve Basılı Yayımcılık AŞ. Mevzuat Bilgi Bankası Programı.
- Kazancı Hukuk Otomasyon İçtihat, [http://www.kazanci.com/kho2/ ibb/files/ dsp.php?fn =cgk-2012-12-1510.htm&kw="+`2012/12-1510`#fm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2012-12-1510.htm&kw=), (06/12/2019).
- Kazancı Hukuk Otomasyon, Mevzuat Bilgi Bankası, Kazancı Elektronik ve Basılı Yayımcılık AŞ.
- Ketizmen, Muammer ve Ülküderner Çağlar, *E-Devlet Uygulamalarında Kişisel Verilerin Korun(ma)ması*, XII. "Türkiye'de İnternet" Konferansı 8-10 Kasım 2007, Ankara, [https:// www. academia. edu /9996163/ E-Devlet Uygul amalar %C4 %B1 nda_Ki% C5%9 Fisel_ Verilerin_ Korun_ ma_mas %C4% B1](https://www.academia.edu/9996163/E-Devlet_Uygulamalar_%C4%B1nda_Ki%C5%9Fisel_Verilerin_Korun_ma_mas_%C4%B1), (29.05.2020).
- Keyman, Selahattin, *Hekimin Cezaî Sorumluluğu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dergisi, Cilt 35, Sayı: 1-4.

Kılıçoğlu, Ahmet, *Borçlar Hukuku*, Genel Hükümler, Turhan, 7. Baskı, Ankara 2006.

Kılık Kıyafet, [Kızılyel, Serkan, *İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu*, Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara Barosu Yayınları 2008.](https://www.google.com/search?ei=F0PpXPH1HluQmwWGkKW4DQ&q=k%C4%B1% C4%B1k+k%C4%B1 yafet+nedir&oq =k %C4 %B1% C4 %B1k +k% C4 %B1yafet+nedir&gs_l=psy-ab.3..0j0i22i 30l3. 1610590. 16152 60.. 1615 654...0.0.. 0. 172. 2639. 0j19.....0....1..gws-w iz 0i71j0 i67 j0 i131 j0 i22i1 0i30.fw P2An2zYx0, (25/05/2019).</p></div><div data-bbox=)

Kızılyel, Serkan, *Sağlık Hizmetinin Sunumunda Sır Saklama Yükümlülüğünün İdare Hukukuyla Etkileşimi Üzerine*, Sağlık Hukuku Digestası Dergisi, Ankara Barosu Başkanlığı Yayını, Yıl: 1 Sayı:1, 2009 Ankara.

Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 31/01/2018 Tarihli ve 2018/10 Sayılı Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Veri Sorumlularınca Alınması Gereken Yeterli Önlemler [https://kvkk.gov.tr/Icerik/4110/2018-10, \(04/12/2019\).](https://kvkk.gov.tr/Icerik/4110/2018-10, (04/12/2019).)

Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 21/12/2017 Tarihli ve 2017/62 Sayılı İlke Kararı, [https://kvkk.gov.tr/Icerik/4114/2017-62, \(04/12/2019\).](https://kvkk.gov.tr/Icerik/4114/2017-62, (04/12/2019).)

Kişisel Verileri Koruma Kurulunun, Veri Sorumlusu Nezdindeki Kişisel Verilere Erişim Yetkisi Bulunan Personelin Yetkisi ve Amacı Dışında Söz Konusu Verileri İşlemesi Hususunun Değerlendirilmesine İlişkin 31/05/2018 Tarih ve 2018/63 Sayılı İlke Kararı, [https:// kvkk.gov.tr/ Icerik/ 5248/2018-63 \(04/12/2019\).](https:// kvkk.gov.tr/ Icerik/ 5248/2018-63 (04/12/2019).)

Kişisel Verilerin Koruma Kurulu, *Kişisel Veri Güvenliği Rehberi*, [https:// www.kvkk.gov. tr/ Shared Folder Server/ CMSFiles/7512d0d4- f345-41cb- bc5b-8d 5cf125 e3a1 .pdf, \(25/05/2019\).](https:// www.kvkk.gov. tr/ Shared Folder Server/ CMSFiles/7512d0d4- f345-41cb- bc5b-8d 5cf125 e3a1 .pdf, (25/05/2019).)

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı (1/541) ve Adalet Komisyonu Raporu, Türkiye Büyük Millet Meclisi Yasama Dönemi:26, Yasama Yılı:1 Sıra Sayısı: 117, [https://www.tbmm. gov.tr/sirasayi /donem26/yil01/ss117.pdf, \(06,05,2019\).](https://www.tbmm. gov.tr/sirasayi /donem26/yil01/ss117.pdf, (06,05,2019).)

Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Yedinci Baskı, Eylül 2014 Ankara.

Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

Koca, Mahmut, *Yeni TCK'de Hekimler Hakkında Uygulanacak Yaptırımlar*, 2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: III, Sayı: 2, Yıl: 2006.

Kocasakal, Ümit, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Hekimin Cezai Sorumluluğu*, 2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: III, Sayı: 2, Yıl: 2006.

Korkmaz, İbrahim, *Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.

Koruyucu Hekimlik, [https:// www. google.com/ search?q= koruyucu+ hekimlik+ nedir&oq= koruyucu+ hekimlik +n&aqs= chrome. 1.69i57j0l5. 9704j0j 8&so urceid= chrome&ie=UTF-8 \(26/05/2019\).](https:// www. google.com/ search?q= koruyucu+ hekimlik+ nedir&oq= koruyucu+ hekimlik +n&aqs= chrome. 1.69i57j0l5. 9704j0j 8&so urceid= chrome&ie=UTF-8 (26/05/2019).)

Kubbealtı Lügatı, [http://www.lugatim.com/s/mahremiyet, \(11.06.2020\).](http://www.lugatim.com/s/mahremiyet, (11.06.2020).)

Kuşkonmaz, Elif Mendos, *Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Yoluyla Korunması*, Yüksek

- Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013 İstanbul.
- Küçükgüngör, Erkan, *Tıbbi Kayıtlarda Sır Saklama Yükümlülüğü*, Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010 Ankara, Ankara Barosu Yayınları.
- Küzeci, Elif, *Kişisel Verilerin Korunması*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2010.
- Langmack, Hans, *Ceza Hukuku Açısından Hekimin Sır Saklama Yükümü*, Çeviren: Erdener Yurtcan, İÜHFM, S. 1-4, İstanbul 1974.
- Leung, Wai-Ching, *Law for Doctors*, Blackwell Science Ltd, Reprinted 2000.
- Luggat *Osmanlıca Türkçe Sözlük*, <https://www.luggat.com/index.php#ceviri> (19/03/2020).
- Maclean, Alasdair, *Briefcase on Medical Law*, Cavendish Publishing Limited, First Published, Great Britain 2001.
- Madalyon Psikiyatri Merkezi, *Psikoterapi nedir?*, <https://madalyonklinik.com/blog/psiko-terapi-nedir> (25/05/2019).
- Malkoç, İsmail, *5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, 1. Cilt, Malkoç Kitapevi, 2007 Ankara.
- Nedir.com, *Teşhis nedir?*, <https://www.nedir.com/te%C5%9Fhis> (25/05/2019).
- Nedir.Org, *Hukuk Nedir?*, <http://hukuk.nedir.org/> (30/05/2019).
- NND Ne Nedir Ne Demek, Metri Ne Demek?, <https://www.nedirnedemek.com/metri-ne-demek>, (09/05/2021).
- Nuhoğlu, Ayşe, *Tıp Ceza Hukukunda Zaruret Halinin Sınırları*, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Şen Matbaa, Nisan 2008 Ankara, s. 34-69.
- Official Journal of the European Union, 04.05.2016, L 119/34, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2016:119:FULL>, (12/06/2019).
- Oksay, Reyhan, İnsan, *Nasıl Tanımlanırsa Tanımlansın, Hakları Kutsal*, New Scientist, 6 Ağustos 2016, <https://www.herkesebilimteknoloji.com/haberler/toplum/insan-nasil-tanimlanirsa-tanimlansin-haklari-kutsal>, (15/10/2018).
- Osmanlıca Türkçe Sözlük*, <http://www.osmanlicaturkce.com/?k=sanat&t=%40> (19/03/2020).
- Ölmez, Âdem, *İkinci Abdülhamid Döneminde Koruyucu Hekimlik ve Bazı Vesikalar*, Belgeler, Sayı:34, Yıl: 2013, https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/54796433/3-Adem_Olmez_1-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1629370615&Signature=AqUGS-0Tjy1qqe72mCA8t2qEcyQdCd5EVu2eufUFEpthsoDtTPh0o-pVuqRo3TjzbM3OORGJI83bzdmiy2YnnBOBEoXjBIOE~8SLa67X3f~kNizO5PHEeDhPhoy-x1i2Axe3e0gVuc-LWPHqUm~ancRza~yFFhN40d87F6~S7Bp4hObsvh8-r8F4k7fGNAIeM02-laWJ3tB7MRaG7OTzUcSYq5uIencvDSf7O7g1g6r3Qw7kG42IA2kW-jrj~aWG4RWxB~tr306WXxU2KXXJCTUzclCHeGRI0OQkLHP6M9g~m-3RdhiYh8Nir9kXUJ5yDAOEsy-rbJow7Ri5Buw__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA, (22/05/2021), 87-107.
- Ömür, Rahmi Can, *Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması ve Hastanelerin Sorumluluğu*, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XV, Sayı 1, Yıl 2018.
- Öncü, Güray Arslan, *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı*, İnsan Hakları Avrupa

- Sözleşmesi ve Anayasa, Ed. Sibel İncooğlu, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi Yayını, Şen Matbaa, 1. Baskı, 2013.
- Özalp, Faruk ve Tuba Özalp, *Hekimin Cezai Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Özbek, Veli Özer, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Yedinci Baskı, Eylül 2014 Ankara.
- Özdemir, Hayrunnisa, *Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*, III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010 – Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2011.
- Özdemir, Hayrunnisa, *Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Kayda Geçirme ve Sır Saklama Yükümlülüğü*, Sağlık Hukuku Digestası Dergisi, Ankara Barosu Başkanlığı Yayını, Yıl: 1 Sayı:1.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2007.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Üçüncü Baskı, Ocak 2006.
- Özkan, Hasan ve Sunay Öner Akyıldız, *Hasta – Hekim Hakları ve Davaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.
- Parlar, Ali ve Muzaffer Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2010, II. Cilt.
- Parlar, Ali ve Muzaffer Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2010, I. Cilt.
- Paşaoğlu, Didem, Nuray Tokgöz, Nurhan Şakar vd., *Yönetim ve Organizasyon*, Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir, Ocak 2013.
- Posta, *Makatından Salatalık Çıkan Kayserili İmam Hakkında Flaş Açıklama!*, <http://www.posta.com.tr/makatindan-salatalik-cikan-kayserili-imam-hakkinda-flas-aciklama-haberi-350118>, (08/11/2017).
- Poyraz, Emel, *Avrupa Birliği'nin Tarihsel Gelişimi ve Türkiye*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, İstanbul 2009.
- Psikolojik.gen.tr, *Psikoterapi*, <https://www.psikolojik.gen.tr/psikoterapi.html> (26/05/2019).
- Regulation (EU) 2016/679 Of The European Parliament And Of The Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation)*, Official Journal of the European Union, <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>, (23/10/2019).
- Rosenau, Henning, *Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza*, Çeviren: Ahmet Hulusi Akkaş, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof Dr. Doğan Soyaslan Armağanı, Cilt: 8 Sayı: 2 Yıl: 2013 Aralık 2013 Kayseri.
- Sarıusta, Kader, *Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Yoluyla Korunması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Temmuz 2018, Gaziantep.
- Savaş, Halide, *Yargı Kararları Işığında Hekimin Sorumluluğu*, Sağlık Hukuku

- Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2009.
- Schwitzgebel, Eric, "Belief", Zalta, Edward (Ed.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, [https:// plato. stanford. edu/ entries/ belief/](https://plato.stanford.edu/entries/belief/) (12/11/2019).
- Selçuk, Sami, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Uygulaması*, Yargıtay Dergisi, Yıl: 25, Sıra Sayı: 98, Cilt:25, Sayı: 3, Temmuz 1999.
- Sert, Gürkan, *Tıp Hukuku ve Tıp Etiği Açısından Sağlık Hizmetlerinde Mahremiyet Hakkı Kavramı*, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Deontoloji Anabilim Dalı İstanbul 2007.
- Sevük, Handan Yokuş, *Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması*, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını.
- Seyyar, Ali, *Özürlülük Terimleri Sözlüğü*, Http://Www.Sosyalsiyaset.Net/ Documents/ Ozurluluk_Terimleri_ Sozlugu.Htm, (26/05/2019).
- Simsek, Oğuz, *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1. Baskı, Şubat 2008, İstanbul.
- Sistem ne demek?, <https://www.nedirnedemek.com/sistem-ne-demek>, (06/05/2020).
- Somer, Pervin, *Tıbbi Kayıtlar*, Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010 Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2011.
- Soyaslan, Doğan, *Hekimlerin Ceza Hukuku Yönünden Sorumluluğu*, Sağlık Hukuku Digestası, Ankara Barosu Yayınları, Yıl: 1, Sayı: 1, 2009 Ankara.
- Sözer, Ali Nazım, *Hukukta Yöntembilim*, Beta Yayıncılık, 4. Baskı, İzmir 2013.
- Stauch, Marc, Kay Wheat and John Tingle, *Sourcebook On Medical Law*, Cavendish Publish-ing Limited CP, Second Edition 2002, London – Sydney.
- Şahin, Cumhur ve İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı*, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını, 1. Baskı Mart 2007.
- Şahin, Mehmet, *Yasal (Meşru) Savunma*, TBB Dergisi, Sayı: 75, yıl: 2008.
- Şahin, Meral Ekici, *Ceza Hukukunda Rıza*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2010.
- Şatır, Nejdet, *Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu*, Yetkin Basım ve Dağıtım, Ankara 2015.
- Şenocak, Zarife, *Özel Hukukta Tıbbi Kayıtların Tutulmasından Sorumluluk*, Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010 Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2011.
- Şimşek, Oğuz, *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, 1. Baskı, Şubat 2008.
- T.C. Sağlık Bakanlığı, *Sağlık.NET Hakkında*, [https://e-saglik.gov.tr/ TR,6212/ sagliknet-hakkinda.html](https://e-saglik.gov.tr/TR,6212/sagliknet-hakkinda.html), (11/05/2021).
- Tang, Paul C., Joan S. Ash, David W. Bates at al., *Personal Health Records: Definitions, Benefits, and Strategies for Overcoming Barriers to Adoption*, Journal of the American Medical Informatics Association, Volume 13, Number 2, Mar / Apr 2006.
- TC. Adalet Bakanlığı, *Hukuk Sözlüğü*, <http://www.sozluk.adalet.gov.tr/hukuk> (30/05/2019).
- Teichmann, Jenny and Katherine C. Evans, *Philosophy: A Beginner's Guide* (Blackwell Publishing, 1999).

- Tek Yol Bilim, *Genetik Verilerimiz Ne Kadar Güvende?*, [https:// www. tekyolbilim. com /genetik- verilerimiz- ne-k adar- guvende/](https://www.tekyolbilim.com/genetik-verilerimiz-ne-kadar-guvende/), (18/12/2019).
- Tekin, Ayşe, *Sağlık Hastalık Olgusu ve Toplumsal Kökenleri*, Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyoloji Anabilim Dalı, 2007 Isparta.
- Tengilimoğlu, Dilaver, Mahmut Akbolat ve Oğuz Işık, *Sağlık Hizmetlerinin Özellikleri, Sınıflandırılması ve Fonksiyonları*, Sakarya Üniversitesi, İşleme Fakültesi Sağlık Yönetimi Dersi Sunumu, [https://docplayer.biz.tr/ 109959636- Hastane- isletmeciligi- saglik- hizmetler- inin- ozellikleri- siniflandirilmasi- ve- fonksiyonlari. html](https://docplayer.biz.tr/109959636-Hastane-isletmeciligi-saglik-hizmetler-inin-ozellikleri-siniflandirilmasi-ve-fonksiyonlari.html), (03.06.2019).
- Teşhis, https://www.google.com/search?ei=n9vq_XK6ZFPyEk74PxIewg_A4&q=te%C5%9Fhis+nedir&oq=te%C5%9Fhis&gs_l=psy-ab..0.0i67j0i1_31j0i_67j0l7.38695_52.387_1998..387_465_6...0.0..0.175.8_64.0j6.....0....1_.gws-wiz.....0i71.hA7gxz_6W4os (26/05/2019).
- Tezcan, Durmuş, *Özel Hayatın Gizliliğini İhlal ve Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu ile İlgili Bazı Gözlemler*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LXXI, Sayı 1.
- Tezel, Ayfer, *Halk Sağlığında Kullanılan Kavramlar*, Ankara Üniversitesi Açık Ders Notları, [https:// acikders. ankara. edu. tr mod/ resource/ view.php?id = 5058](https://acikders.ankara.edu.tr/mod/resource/view.php?id=5058) (11/12/2019).
- Toroslul, Nevzat, *Ceza Hukuku*, Dördüncü Baskı, Savaş Yayınevi, Ocak 1998.
- Tuğcu, Harun, Coşkun Yorulmaz ve Sermet Koç, *Hekim Sorumluluğu ve Tıbbi Malpraktis*, Birinci Basamakta Adli Tıp, Türk Tabipleri Birliği- İstanbul Tabip Odası Yayını, 2. Baskı, Mart 2011.
- Türk Dil Kurumu Sözlükleri, *İktisat Terimleri Sözlüğü-2004*, <https://sozluk.gov.tr/>, (09.06.2020), (26/05/2019).
- Türk Dil Kurumu, *Biyoloji Terimleri Sözlüğü – 1998*, <https://sozluk.gov.tr/>, (09/05/2021).
- Türk Dil Kurumu, *Edebiyat ve Söz Sanatı Terimleri Sözlüğü*, <http://sozluk.gov.tr/> (19/03/2020).
- Türk Dil Kurumu, *Eğitim Terimleri Sözlüğü – 1974*, <https://sozluk.gov.tr/>, (27.07.2020).
- Türk Dil Kurumu, *Felsefe Terimleri Sözlüğü*, <http://sozluk.gov.tr/> (31/05/2019). (19/03/2020); (25.06.2020).
- Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, <http://sozluk.gov.tr/> (30/05/2019), (05.06.2020), (23/05/2019), (09.06.2020).
- Türk Dil Kurumu, *Güzel Sanatlar Terimleri Sözlüğü*, <http://sozluk.gov.tr/> (19/03/2020).
- Türk Dil Kurumu, *İlaç ve Eczacılık Terimleri Sözlüğü*, <http://sozluk.gov.tr/> (25/05/2019).
- Türk Dil Kurumu, *Su Ürünleri Terimleri Sözlüğü – 2007*, <https://sozluk.gov.tr/>, (09/05/2021).
- Türk Dil Kurumu, *Tıp Terimleri Kılavuzu – 2010*, [http://sozluk. gov. tr/](http://sozluk.gov.tr/) (25/05/2019).
- Türk Dil Kurumu, *Yazın Terimleri Sözlüğü*, <http://sozluk.gov.tr/>, (30/05/2019).
- Türk Dil Kurumu, *Yöntembilim Terimleri Sözlüğü – 1981*, <https://sozluk.gov.tr/>, (27.07.2020), (30/05/2019).

- Türk Dil Kurumu, *Zooloji Terimleri Sözlüğü* – 1963, <https://sozluk.gov.tr/>, (09/05/2021).
- Türk Hematoloji Derneği, *Genetik Terimleri Sözlüğü*, http://www.thd.org.tr/thd_Data/Books/723/genetik-terimler-sozlugu.pdf (25/05/2019).
- Türk Tabipler Birliği Kişisel Sağlık Verileri Çalışma Grubu, *Sağlık Hizmetlerinde Kişisel Veri Toplanması, Korunması ve Değerlendirilmesi*, <http://www.kisiselsaglikverileri.org/32-saglik-hizmetlerinde-kisisel-veri-toplanmasi-korunmasi-ve-degerlendirilmesi.html> (09/11/2017).
- Türk Tabipleri Birliği *Hekimlik Meslek Etiği Kuralları*, https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&task=view&id=65&Itemid=31, (10.05.2019).
- Türkiye Barolar Birliği, *Biyometri nedir? Biyometrik fotoğraf nedir?*, <http://www.avukatkart.com/biyometrik.pdf> (26/05/2019).
- Türkiye Biyoetik Derneği, *Hekim Andı ve Taşıdığı Değerler Görüşü*, <https://biyoetik.org.tr/gorusler/hekim-andi-ve-tasidigi-degerler-gorusu/>, (02.06.2020).
- Türkmen, Hafize Öztürk, *Hekim-Hasta İlişkisinde Haklar ve Sorumluluklar*, Toraks Cerrahisi Bülteni, Mart 2014, Cilt: 5, Sayı:1.
- Tütüncübaşı, Deniz Seyrek, *Kişilerin Kendisine Ait Verilerin Kaderini Tayin Hakkında Ceza Hukuku Yoluyla Korunması*, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2015.
- Ukray, Murat, *Yaratılış Gerçekliği, Evrim Teorisi, Kıyamet Gerçekliği Külliyyatı*, 1. Cilt, Ağustos 2009 İstanbul, <https://play.google.com/books/reader?id=zg6SDwAAQBAJ&hl=tr&pg=GBS.PP1>, (10/05/2021).
- Umumi Hıfzıssıhha Kanunu Gereğesi* (UHKG), TBMM. Zabıt Ceridesi, Kırk Sekizinci İn'ikat, 17-IV-1930, Perşembe, Devre: 3. Cilt :18, İçtima: 3, Sıra No: 115.
- Uruşak, Uğur, *Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Bir Hakkın Kullanılması*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul 2008.
- UYAP Mevzuat ve İctihat Programı, TC. Adalet Bakanlığı.
- Uygun, Murat, *Avrupa Birliğinin 95/46 Sayılı Veri Koruma Yönergesi Işığında Kişisel Verilerin Korunması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2010.
- Ülman, Yeşim Işıl, *Etik, Biyoetik, Hukuk: Temel Kavramlar ve Yaklaşımlar*, Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, Ocak 2010.
- Ünver, Yener, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara, 2003.
- Ünver, Yener, *Tıbbi Kayıtlar ve Ceza Muhakemesinde İspat*, Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010 Ankara, Ankara Barosu Yayınları 2011.
- Ünver, Yener, *Türk Tıp Hukukunda Rıza*, 2. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: III, Sayı: 2, Yıl: 2006.
- Üzülmez, İlhan, *Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu*, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Şen Matbaa, Nisan 2008 Ankara, s. 823-845.
- World Medical Association, <https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-taipei-on-ethical-considerations-regarding-health-databases-and-biobanks/>, (03/06/2019).

- World Medical Association, About Us, <https://www.wma.net/who-we-are/about-us/> (03/06/2019).
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 2013/22504, Artuk, Gökçen ve Yenidünya, *Türk Ceza*, 3. Cilt, 4660.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, K. 2012/ 12126, [https:// lib. kazanci. com. tr/ kho3/ ibb/ files/ dsp. php? fn= 12cd- 2011-20072 .htm& kw=E.+2011/+ 20072,+K.+ 2012/+12126&cr=yargitay#fm](https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2011-20072.htm&kw=E.+2011/+20072,+K.+2012/+12126&cr=yargitay#fm), E.T. 26.06.2020.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, K. 2012/12232, Artuk, Gökçen ve Yenidünya, *Türk Ceza*, 3. Cilt, 4660.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, K. 2012/18222, [www. kazanci. com/ kho2/ ibb/files/ 12cd- 2012- 17703. htm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/12cd-2012-17703.htm), E.T. 26.03.2020.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, K. 2013/15772, [www.kazanci.com/ kho2/ ibb /giris. html](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html), E.T. 26.03.2020.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, K. 2013/24489, Artuk, Gökçen ve Yenidünya, *Türk Ceza*, 3. Cilt, 4678.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, K. 2013/24499, Artuk, Gökçen ve Yenidünya, *Türk Ceza*, 3. Cilt, 4619.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, K. 2013/28269, Artuk, Gökçen ve Yenidünya, *Türk Ceza*, 3. Cilt, 4626.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, K. 2014/13374, [www.kazanci.com/ kho2/ ibb/ fİles/ dsp. php? fn = 12cd- 2013-25397. htm&kw=`tedavİ` `kİşİsel+ verİ`#fm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2013-25397.htm&kw=tedavi%20kişisel+veri#fm), E.T. 30.04.2020.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, K. 2014/156, Artuk, Gökçen ve Yenidünya, *Türk Ceza*, 4616.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, K. 2014/16601, [https:/ /lib. kazanci.com.tr / kho3/ ibb/ files/ dsp .php? fn =12cd-2013-27724.htm& kw =`2013/27724` &cr= yargitay # fm](https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2013-27724.htm&kw=2013/27724&cr=yargitay#fm), E.T. 26.03.2020.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, K. 2014/17260, [www. kazanci. com/ kho2/ ibb /f iles/ dsp. php? fn= 12 cd- 2014-1553. htm& kw= `meslek` `sanat` `kolaylık`# fm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2014-1553.htm&kw=meslek%20sanat%20kolaylik#fm), E. T. 19.03.2020.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, K. 2014/17262, [https: / / lib. kazanci. com. tr/ kho3 /ibb / files/ dsp. php? fn =12cd- 2014- 1463. Htm & kw =` 2014/1463`& cr= yargitay # fm](https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2014-1463.htm&kw=2014/1463&cr=yargitay#fm), E.T. 26.04.2020.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, K. 2014/20323, [www.kazanci.com/ kho2/ ibb/ files/ dsp.php? fn=12cd-2014-9139.htm& kw=`meslek` `sanat` `kolaylık`# fm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2014-9139.htm&kw=meslek%20sanat%20kolaylik#fm), E.T. 19.03.2020.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, K. 2014/20959, [www.kazanci.com/ kho2/ ibb/files/dsp.php?fn=12cd- 2014- 3107. htm& kw=`meslek` `sanat` `kolaylık` #fm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2014-3107.htm&kw=meslek%20sanat%20kolaylik#fm), E.T. 19.03.2020.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, K. 2014/2291, [www.kazanci.com/ kho2/ İbb/ files/dsp.php? Fn= 12cd- 2013- 8447. Htm& kw= `meslek` `sanat` `kolaylık`#fm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2013-8447.htm&kw=meslek%20sanat%20kolaylik#fm), E. T. 19.03.2020.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, K. 2014/24191, [www.kazanci.com/ kho2/ ibb/ files/ dsp. php?fn = 12cd- 2014-3346.htm & kw=`ilaç` `kişisel+verİ`#fm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2014-3346.htm&kw=ilaç%20kişisel+veri#fm), E.T. 30.04.2020.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, K. 2014/3720, [www.kazanci.com/ kho2/ İbb/ fİles/ dsp. php? fn= 12cd- 2013- 14988. htm& kw=`meslek` `sanat` `kolaylık`# fm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2013-14988.htm&kw=meslek%20sanat%20kolaylik#fm), E.T. 19.03.2020.

- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, K. 2014/4422, [www.kazanci.com/ kho2/ ibb/ files/ dsp.php?fn= 12cd- 2013- 9912. htm& kw=`kast+ yokluğu` `kişisel+ veri`#fm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2013-9912.htm&kw='kast+yokluğu'`kişisel+veri`#fm), E.T. 20.04.2020.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, K. 2014/5273, [www. kazanci.com /kho2/ ibb/ files/ dsp.php?fn= 12cd-2013-7112.htm &kw=`kişisel+ verileri` `kast`#fm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2013-7112.htm&kw='kişisel+verileri'`kast`#fm), E.T. 28.04.2020.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, K. 2014/62, [www.kazanci.com/ kho2/ ibb/ files/ dsp. php? fn= 12cd-2013- 8389.htm& kw=`137/1` # fm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2013-8389.htm&kw='137/1`#fm), E. T. 28.02.2020
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, K. 2014/6497, Kazancı Hukuk Otomasyon İçtihat, <http://www.kazanci.com>.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, K. 2014/7889, , [www.kazanci.com/ kho2/ ibb/ files/ dsp.php? fn= 12cd- 2013-12495. htm&kw= `2014/7889`# fm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2013-12495.htm&kw='2014/7889`#fm), E.T. 04.05.2020.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, K. 2017/6742, [www. kazanci.com/ kho2/ibb/ files/ dsp.php? fn= 12cd- 2016-1129. htm& kw=`137/1`#fm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2016-1129.htm&kw='137/1`#fm), E. T. 28.02.2020.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, K. 2018/12027, [www. kazanci. com/ kho2/ ibb/ files/ dsp. php?fn= 12cd- 2018- 3553.htm& kw =`137/1`#fm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2018-3553.htm&kw='137/1`#fm), E.T. 28.02.2020.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, K. 2018/2962, [www.kazanci.com/ kho2/ ibb/ files/ dsp. php?fn= 12cd- 2017-3653. htm& kw=`özel+ hayatın+ gizliliğini+ ihlal+ suçuna+ teşebbüs`# fm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2017-3653.htm&kw='özel+hayatın+gizliliğini+ihlal+suçuna+teşebbüs`#fm), E.T. 24.03.2020
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, K. 2018/3978, [www.kazanci.com/ kho2 /ibb/ files/ dsp.php? fn= 12cd- 2017-1636.htm&kw=`137/1`#fm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2017-1636.htm&kw='137/1`#fm), E.T. 28.02.2020.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, K. 2018/4285, [www.kazanci.com/ kho2/ ibb/ files/ dsp. php? fn= 12cd-2017-7439. Htm & kw=`haksız+ tahrik` `kişisel+ veri`# fm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2017-7439.htm&kw='haksız+tahrik'`kişisel+veri`#fm), E.T. 14.04.2020.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, K. 2018/5552, [https:// lib.kazanci.com.tr/ kho3/ ibb/ files/ dsp. php?fn=12cd- 2017-12478.htm&kw=E.+` 2017/12478`,`&cr=y argitay`# fm](https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2017-12478.htm&kw=E.+`2017/12478`,`&cr=yargitay`#fm), E.T. 24.03.2020.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, K. 2018/6760, [www. kazanci. com/ kho2/ ibb/ files/ dsp.php?fn= 12cd- 2018- 1187. htm&kw =`137/1` #fm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2018-1187.htm&kw='137/1`#fm), E. T. 28.02.2020.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, K. 2018/809, [www. kazanci.com /kho2/ İbb/ files/ dsp.php?Fn= 12cd- 2016-10581. Htm& kw= `meslek` `sanat` `kolaylık` # fm](http://www.kazanci.com/kho2/İbb/files/dsp.php?Fn=12cd-2016-10581.Htm&kw='meslek`sanat`kolaylık`#fm), E.T. 19.03.2020.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, K. 2019/3141, [www.kazanci.com/ kho2/ ibb/ files/ dsp. php?fn= 12cd- 2018- 8108. htm& kw =`meslek` `sanat` `kolaylık` #fm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2018-8108.htm&kw='meslek`sanat`kolaylık`#fm), E.T. 19.03.2020.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, K. 2019/4450, [https:// lib. kazanci.com.tr/ kho3/ibb/ files/ dsp. php? fn= 12cd-2019- 2123 .htm & kw=E.+` 2019/2123`,`+K.+` 2019/4450`&cr= yargitay`# fm](https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2019-2123.htm&kw=E.+`2019/2123`,`+K.+`2019/4450`&cr=yargitay`#fm), E.T. 24.04.2020.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, K. 2019/8315, [https:// lib. kazanci.com.tr /kho3/ ibb/ files/ dsp. php?fn = 12cd- 2018-8327.htm& kw=`2018/8327` &cr= yargitay`#fm](https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2018-8327.htm&kw='2018/8327`&cr=yargitay`#fm), E.T. 28.04.2020.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, K. 2019/8317, [www.kazanci.com/ kho2/ İbb/ files/ dsp.php? Fn= 12cd-2018- 8144 .htm&kw =`136.+ maddedeki`#fm](http://www.kazanci.com/kho2/İbb/files/dsp.php?Fn=12cd-2018-8144.htm&kw='136.+maddedeki`#fm), E.T. 28.04.2020.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, K. 2019/8625, [www.kazanci.com/ kho2/ ibb/ files/12cd-](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/12cd-)

2018-8366. htm, E.T. 26.03.2020.

- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, K. 2019/9054, www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2018-8466.htm&kw='136.+maddedeki'#fm, E.T: 28/04/2020.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi, K. 2019/9056, www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2018-8360.htm&kw='136.+maddedeki'#fm, E. T. 28.04.2020.
- Yargıtay 18. Ceza Dairesi, K. 2017/15004, Erişim [https:// kapagan- kocabey. com/ dosyalar/ dosya_10049_KENDiSiNE- KARsI- isLENEN- HAKARET-VE- TEHDiT- OLAYLARINDA- SES- KAYDI- ALINMASI -SUC -DEgiL- VE- HUKUKA- UYGUN-DELiL .pdf](https://kapagan-kocabey.com/dosyalar/dosya_10049_KENDiSiNE-KARsI-isLENEN-HAKARET-VE-TEHDiT-OLAYLARINDA-SES-KAYDI-ALINMASI-SUC-DEgiL-VE-HUKUKA-UYGUN-DELiL.pdf), E.T. 24.03.2020.
- Yargıtay 4. Ceza Dairesi, K. 2012/13691, Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Türk Ceza, 3. Cilt, 4670.
- Yargıtay 4. Ceza Dairesi, K. 2013/1376, [https://lib. kazanci.com.tr/ kho3/ ibb/ files/ dsp. php?fn= 4cd- 2011-11771. htm&kw='2011/11771'&cr= yargitay#fm](https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=4cd-2011-11771.htm&kw='2011/11771'&cr=yargitay#fm), E.T. 14.04.2020.
- Yargıtay 4. Ceza Dairesi, K. 2016/13258, [www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=4cd-2014-15883.htm&kw='kişisel+ veri'' teşebbüs'# fm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=4cd-2014-15883.htm&kw='kişisel+veri''teşebbüs'#fm), E.T. 20.03.2020.
- Yargıtay 8. Ceza Dairesi, K. 2012/35139, [https:// www.kararara.com/ forum/ viewtopic. php?p= 719920](https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?p=719920), E.T. 15.04.2020.
- Yargıtay 8. Ceza Dairesi, K. 2013/25854, , [www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp. Php ?fn= 8cd- 2013-10737 .htm& kw=' kişisel +veri'' teşebbüs'# fm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=8cd-2013-10737.htm&kw='kişisel+veri''teşebbüs'#fm), E.T. 20.03.2020.
- Yargıtay 8. Ceza Dairesi, K. 2014/11750, [https:// www. fullegal. com/ karar- arama/ yargitay - kararlari/ yargitay- 8- ceza - dairesi- 201311684- esas - 201411 - 8519882](https://www.fullegal.com/karar-arama/yargitay-kararlari/yargitay-8-ceza-dairesi-201311684-esas-201411-8519882), E.T. 15.04.2020.
- Yargıtay 8. Ceza Dairesi, K. 2019/12375, [www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp. P hp ?fn=8cd -2019-13 099.htm &kw ='kişisel+ verile ri''teş ebbüs'#f m](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=8cd-2019-13099.htm&kw='kişisel+verile ri''teşebbüs'#fm), E.T. 20.03.2020.
- Yargıtay Ceza Genel Kurulu, K. 2014/331, 17.06.2014, [http. // www. kazanci. com/ kho2/ ibb / files/ dsp. php? fn= cgk- 2012- 12- 1510. htm &kw= +'2012/ 12- 1510`# fm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2012-12-1510.htm&kw='+2012/12-1510'#fm), E.T. 06/12/2019.
- Yargıtay Ceza Genel Kurulu, K. 2014/331, Kazancı Hukuk Otomasyon İçtihat, [http. // www. kazanci. com/ kho2/ ibb / files/ dsp. php? fn= cgk- 2012- 12- 1510. htm &kw= +'2012/ 12- 1510`# fm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2012-12-1510.htm&kw='+2012/12-1510'#fm), E.T. 06/12/2019.
- Yargıtay Ceza Genel Kurulu, K. 2015/2, [www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp. php? fn= cgk- 2014-1-572.htm& kw=' teşebbüs''neticesi+ harekete+ bitişik''veri'# fm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2014-1-572.htm&kw='teşebbüs''neticesi+harekete+bitişik''veri'#fm), E.T. 20.03.2020.
- Yargıtay Ceza Genel Kurulu, K. 2019/414, [https:// lib.kazanci.com.tr/ kho3/ ibb/ files/ dsp. php?fn= cgk-2015-12- 708.htm& kw=' 2015/12-708`&cr= yargitay# fm](https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2015-12-708.htm&kw='2015/12-708'&cr=yargitay#fm), E.T. 12.04.2020.
- Yaşar, Osman, Hasan Tahsin Gökçen ve Mustafa Artuç, Yorumlu, *İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, III. Cilt, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ocak 2014.
- Yaşar, Osman, Hasan Tahsin Gökçen ve Mustafa Artuç, *Yorumlu, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, I. Cilt, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ocak 2014.
- Yeni Türk Ceza Kanunu Madde Gerekçeleri*, [http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/ mevzuat](http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat)

/ maddegerekce.doc (20/05/2019), (14/12/2017).

- Yeşilyurt, Allı, *Hastanın Kişisel Verilerinin Korunması ve İdarenin Yükümlülükleri*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9 Sayı: 2 Yıl: 2014, <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/dsp.php?fn=makale-alliyesilyurt-1.htm&kw=all%C4%B1#fm>, (01.06.2020).
- Yıldız, Ceren, *Ceza Hukuku Açısından Tıbbi Müdahalede Mağdurun Rızası*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Haziran 2012.
- Yıldız, Pervin, *Rıza ve Rıza Formlarının Hukuksal Niteliği*, VI. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayını, Ankara 2017.
- Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Hukuk Yayınları, 5. Baskı, Ankara, 1996.
- Yılmaz, Sabire Sanem, *Tıp Alanında Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Olarak Verilmesinin Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2004.
- Yılmaz, Tuğsan, *Hekimlerin Sır (Kişisel Verileri) Saklama Yükümlülüğü*; <http://www.tugsanyilmaz.av.tr/saglik-hukuku/hekimlerin-sir-kisisel-verileri-saklama-yukumlulugu>, (27/09/2017).
- Yurtcan, Erdener, *Yargıtay Kararları Işığında TCK Genel Hükümler*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Cilt 1. İkinci Bası, Kasım 2015, Ankara.
- Yücesoy, Aydın, *Tıp Etiği, İnsan Hakları ve Koruyucu Hekimlik*, İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi ve Unesco Felsefe ve İnsan Hakları Kürsüsü Bülteni, Temmuz 2019, Sayı: 5, 8-9.
- Yüksel, Gürbüz, *Kişisel Sağlık Verilerinin Hukuki Korunması*, Sağlık Akademisyenleri Dergisi, Yıl 2019, Cilt 6, Sayı 1.
- Zengin, Mehmet Ali, *Bilgi Paylaşımı Bakımından Devlet Sırrı Kavramı ve Ulusal Güvenlik*, Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi, Yıl: 2011, Cilt: VI, Sayı: II.
- Zengin, Mehmet Ali, *Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması*, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, Konya 2011.
- Zengin, Nazmi, *Sağlık Hakkı ve Sağlık Hizmetlerinin Sunumu*, Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/303589> (12/12/2019).
- Zevkliler, Aydın, Beşir Acabey ve Emre Gökyayla, *Medeni Hukuk*, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara 2000.
- Zevkliler, Aydın, *Medeni Hukuk*, Savaş Yayınları, Ocak 1992 Ankara.
- Zeytin, Zafer, *Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*, Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, 2006- 14.
- 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu TBMM Adalet Komisyonunca Kabul Edilen Madde Gerekçeleri, http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/madde_gerekce.doc, (14/12/20017).
- 6526 sayılı Kanun Gerekçesi, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem/24/yil01/ss560.pdf> (20/05/2019).