

Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü

DOCTOR'S RESPONSIBILITY OF KEEPING SECRET

Dr. Zafer ZEYTİN^a

^aMedeni Hukuk AD, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ANTALYA

Özet

Hasta-hekim ilişkisinde iyi bir teşhis ve tedavi hizmetinin sağlanması hasta açısından en önemli yükümlülüktür. Hem hekimlik mesleğinin tarihsel sürecindeki değişmeyen 'güven ilişkisi' özelliği hem de son zamanlardaki insan hakları alanındaki gelişmeler, hasta-hekim ilişkisindeki ikincil sayılacak sır saklama yükümlülüğünü ön plana çıkartmaktadır. Hasta-hekim ilişkisinde hastanın giz alanına ilişkin kişisel bilgi ve belgelere ulaşılabilmesi, bu güven ilişkisinin hem tarafların menfaatine, hem de toplumun menfaatine uygun olarak sağlıklı şekilde ayakta tutulabilmesi için, hekime sır saklama yükümlülüğü yüklenmesi ve bu yükümlülüğe aykırılığın ceza ve tazminat yaptırımına bağlanması kaçınılmazdır.

Anahtar Kelimeler: Hasta hakları, sır saklama, meslek etiği, ceza hukuku, tazminat hukuku

Türkiye Klinikleri J Med Ethics 2006, 14:77-82

Abstract

In patient-doctor relationship a good diagnoses and cure is the most important responsibility of doctor. Nowadays both for reasons of historical "trust relationship" pattern of doctor-patient relationship and developments in the area of human rights brought subordinate role of "keeping secrets" prime importance. "Keeping secret" principle is important in terms of social order and doctor-patient relations. Thus, there should be a burden upon doctor for keeping secret and in case of breach of this rule it may have results both in the area of crime and liability law.

Key Words: Patient rights, keeping secret, professional ethics, criminal law, liability law

Hekimlik tüm dünya toplumlarında en fazla saygı duyulan mesleklerin başında gelir. Mesleğin sunduğu ekonomik imkânların ötesinde bunun en önemli sebebi, modern toplumlarda anayasalarla en üstün değer olarak korunan insanın yaşam hakkını, vücut bütünlüğünü ve sağlığını konu edinmesidir. Ancak bu saygınlık, meslek sahiplerinin mesleklerini icra ederlerken kusurları ile meslek kurallarına aykırı olarak verdikleri zararlardan sorumlu olmalarını engellemiştir.¹

Hasta hekim ilişkisinde, hekimin temel yükümlülükleri olarak karşımıza çıkan tıp ilmine uygun teşhis ve tedavide bulunma borcu ve kişinin yaşam, vücut ve sağlık hakkına ilişkin tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlamaya yönelik aydınlatma borcunun² yanında, sır saklama yükümlülüğü de mevcuttur.³

Değer yargılarımızdaki değişikliklerle beraber tıp ilmi ve tıp ilmine bakış da, her geçen gün belirgin şekilde değişmektedir. Magazinsel bir toplum yapısı içinde geleneksel, kişisel ve toplumsal değerlerden uzak materyalist bir yaklaşım altında yaşam ve ölümle ilgili sorulara verilen cevaplar, Hipokrat yemininin geçerliliği olduğu zamanlarda verilenlerden değil, artık dünkülerden de farklıdır.⁴ Hukuki anlamda bir bağlayıcılık arz etmeyen Hipokrat yemini, bahsedilen hususlarda kısmen geçerliliğini yitirse de, sır saklama yükümlülüğüne ilişkin içerdiği mesleki etik kural bugün de geçerliliğini korumaktadır.⁵ Öyle ki, hem sağlık mesleğine ilişkin mevzuatta, hem ceza hukukuna ilişkin mevzuatta, hem de hasta hakları yönetmeliğinde hekimin sır saklama yükümlülüğü açık bir şekilde düzenlenmiştir.

Hasta-Hekim Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği ve Sır Saklama Yükümlülüğünün Kaynağı

Hasta-hekim arasındaki ilişki Türk hukukunda genel olarak bir vekâlet ilişkisi olarak nitelendirilmektedir.⁶ Hekim, bu ilişkide tıp ilminin kuralları ve imkânları çerçevesinde hastanın sağlığına kavuşması için (menfaatine uygun) gerekli müdahaleleri yapmayı üzerine almıştır. Hastanın sağlığına kavuşması hekimin borcu değildir.⁷

Geliş Tarihi/Received: 10.05.2006

Kabul Tarihi/Accepted: 13.06.2006

Yazışma Adresi/Correspondence: Dr. Zafer ZEYTİN
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk AD, ANTALYA
zzeytin@web.de

Copyright © 2006 by Türkiye Klinikleri

Hekim bu borucunu, hastasının menfaatine uygun olarak yerine getirmek zorundadır. Bu borcunu hastanın menfaatine (ya da talimatlarına)⁸ uygun yerine getirmeyen hekim, haklı sebepler (BK 398/I) hariç borcunu ifa etmiş değildir, meydana gelen zararı da tazmin etmedikçe de ifa etmiş kabul edilmeyecektir (BK 398/II).⁹ Bunun yanında istisnai olarak bu ilişkiye eser sözleşmesi hükümleri de uygulanabilir, özellikle hastaya bir protezin takılması söz konusu olunca gündeme gelmektedir.¹⁰

Hasta-hekim arasındaki ilişki ister bir özel hukuk (vekâlet veya eser sözleşmesi) ilişkisi, ister bir kamu hukuku ilişkisi olarak nitelendirilsin, geçmişte olduğu gibi bugün de özü itibarıyla bir güven ilişkisidir.¹¹ Bu güven ilişkisinin temelinde de, hasta-hekim ilişkisinin hukuk düzenlerinde en üstün değer olarak korunan kişilik değerleri olan yaşam sağlık ve vücut bütünlüğünü konu edinmesi yatar. Hastanın bu en önemli kişilik değerlerini teslim ettiği hekime güvenmesi hem doğal olduğu gibi, teşhis ve tedavinin gereği gibi yerine getirilebilmesi işlevi açısından da gereklidir. Dolayısıyla hasta-hekim arasındaki bu güven ilişkisi hem tıbbi, hem de hastanın kişilik haklarının korunması nedeniyle gerekli olan sır saklama yükümlülüğünün kabul sebebidir.¹²

Sır Saklama Yükümlülüğünün Hukuki Dayanakları

Hasta-hekim arasındaki güven ilişkisinin sonucu olan sır saklama yükümlülüğü, sadece meslek etiği kuralları arasında yer almamıştır. Mevcut hukuk kuralları arasında da sır saklama yükümlülüğü düzenlenmiştir. Bahsettiğimiz gibi Hipokrat yemininde ve Hekimlik Mesleği Etik Kurallarındaki (madde 9) düzenlemelerde de yer alan sır saklama yükümlülüğü, hukuki anlamda bağlayıcılığını doğrudan veya dolaylı olarak aşağıdaki temel yasal düzenlemelerde bulmaktadır: Anayasa ve Türk Medeni Kanununda, Borçlar Kanununda, Türk Ceza Mevzuatında ve Mesleki Mevzuatta.

Yasal düzenlemelere geçmeden, Hipokrat yeminindeki sır saklama yükümlülüğüne ilişkin ifadeye burada kısaca yer vermek yerinde olacaktır: *Gerek sanatımın icrası sırasında, gerek sanatımın dışında insanlarla münasebette iken etrafımda olup bitenleri, görüp işittiklerimi bir sır olarak saklayacağım ve kimseye açmıyacağım.* Buradaki 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. Dolayısıyla hekim, toplumdaki statüsü gereği güvenilir bir kişi olmak zorundadır. Ancak, Hipokrat yemininde yer alan sır saklama yükümlülüğünün bu kapsamı ile hukuki bağlayıcılığı, yasal düzenlemeler karşısında mevcut değildir.

a. Anayasa ve Türk Medeni Kanununda Sır Saklama Yükümlülüğü

Ne Anayasamızda ne de Türk Medeni Kanununda hekimin sır saklama yükümlülüğünü düzenleyen açık bir hüküm bulunmaktadır. Ancak, AY 17. maddesindeki, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olması şeklindeki genel kişilik hakkı ve 20. maddedeki herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu ve özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı şeklinde ifadelerden, hastanın, bu sıfatının yanında insan olması nedeniyle hakkındaki sirlara ulaşamayacağı ve ulaşılanların da açıklanamayacağı sonucu çıkartılabilmektedir.¹³

Hasta-hekim arasındaki ilişki nedeniyle hasta hakkındaki sır niteliğindeki bilgilere ulaşan hekim, hastanın özel hayatına saygı gösterilmesine ilişkin anayasal hakkı nedeniyle bu sirları açıklayamayacaktır.

Türk Medeni Kanununun 23 vd. maddelerinde kişiliğin korunması düzenlenmiştir. TMK 23. ve 24. hükümlerinde kişinin kişilik haklarından vazgeçemeyeceği, onları hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlayamayacağı ve bu haklara karşı yapılan hukuka aykırı saldırılar nedeniyle hak sahibinin hâkimden koruma isteyebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler AY yer alan kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme ve özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkının medeni hukuk alanındaki yansımalarıdır. Bunun sonucu olarak hasta-hekim ilişkisinde hastasının sır niteliğindeki bilgilerine ulaşan hekimin, bu bilgileri hukuka aykırı olarak açıklama tehlikesi var ise hasta hâkimden TMK 25 göre saldırının önlenmesini isteyebileceği gibi, sır açıklanması gerçekleşti ise ortaya çıkan maddi ve manevi zararın tazminini Borçlar Kanununun ilgili (BK 96 vd.) hükümlerine göre de isteyebilecektir.

b. Borçlar Kanununda Sır Saklama Yükümlülüğü

Hasta-hekim arasındaki ilişkiye vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin kural olarak uygulanacağından daha önce bahsetmiştik. Borçlar Kanununun 386 vd. maddelerinde düzenlenen vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerde sır saklama yükümlülüğü açıkça düzenlenmiş değildir. Ancak, BK 390'a göre hekimin (vekilin) sadakat yükümlülüğü olduğu ve bunun aynı zamanda sır saklama yükümlülüğünü de içerdiği kabul edilmektedir.¹⁴

Bilindiği gibi mevcut Borçlar Kanununun yenilenmesi amacıyla hazırlanan Borçlar Kanunu Tasarısının çalışmaları devam etmektedir. Söz konusu Tasarıda, vekilin borçlarını düzenleyen (BK 390'a tekabül eden) 511. maddede sadakat yükümlülüğü açıkça düzenlenmiş olmakla beraber, vekilin sır saklama yükümlülüğüne açıkça yer verilmemiştir. Buna karşın Tasarının genel hizmet sözleşmesi başlığı altındaki 400 üncü maddesinin 4. fıkrasında işçinin sır saklama yükümlülüğü düzenlenmiştir: *İşçi iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sirları gibi bilgileri,*

hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz. İşverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür. Yine Tasarıda, BK 390'da 'işçinin sorumluluğuna ilişkin' yapılan atıf da kaldırılmıştır. 818 sayılı Borçlar Kanununun 390 ıncı maddesi de üç fıkradan oluştuğu hâlde bu maddenin birinci fıkrasında öngörülen ve vekilin sorumluluğunun genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin hükümlere tâbi olduğu şeklindeki düzenleme Tasarı metnine alınmamış; bunun yerine, vekilin vekâlet sözleşmesinden doğan sorumluluğuna özgü bir düzenleme yapılması daha doğru görülmüştür. Bu düzenlemelerle Tasarının yasallaşması halinde, işçinin sır saklama yükümlülüğünün olduğu, buna karşın vekilin sır saklama yükümlülüğünün olmadığı sonucuna kanunlaştırma çalışmalarına dayanarak varmak mümkün olmamalıdır. Kanun Koyucu bu şekilde açıkça belirtme ve işçiye ilişkin sorumluluk hükümlerinden ayrılma bile, hekimin (vekilin) sır saklama yükümlülüğünün varlığı, sadakat borcunun içinde mevcuttur.

c. Türk Ceza Mevzuatında Sır Saklama Yükümlülüğü

Eski Türk Ceza Kanununun (eTCK) 198. maddesinde 'bir kimse resmi mevki veya sıfatı veya meslek ve sanatı icabı olarak ifşasında zarar melhuz olan bir sırı vakıf olup da meşru bir sebebe müstenit olmaksızın o sırrı ifşa ederse mahkum olur' denilmiştir. Yeni TCK'da 198. maddeyi karşılayan bir hüküm yoktur. Dolayısıyla meslek faaliyeti nedeniyle hastaya zarar verecek bir sırı vakıf olan hekimin bu sırrı ifşası başka bir suç oluşturmuyorsa (örn. görevi kötüye kullanma TCK 257) hekimin cezai sorumluluğu olmayacağı ilk bakışta düşünülebilir. Ancak, TCK *Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar başlığı altında 136. maddede*, kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Bu genel nitelikteki düzenlemeye ek olarak TCK 137 /I b. bendinde, bu suçun belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesine daha ağır (yarı oranında arttırılır) ceza öngörülmüştür. Dolayısıyla bir hekimin, mesleki faaliyeti sırasında hastası veya yakınları hakkında öğrendiği kişisel bilgileri açıklaması, sır saklama yükümlülüğünün ihlâli olup cezai yaptırıma tabi olabilecektir. Ki, buradaki kişisel bilgi sır kavramından daha geniş yorumlanmaya müsaittir.

Genelde ve özellikle sağlık mesleği mensuplarınca hasta-hekim ilişkisinin, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun uygulama alanına gireceği şüphe ile karşılanırsa ve hastanın müşteri olarak değerlendirilemeyeceği kabul edilse de, söz konusu Kanunun, uygulama şartlarının varlığı halinde hasta-hekim ilişkisine de uygulanabilir.¹⁵ Özellikle sağlık hizmetinin ücret karşılıklı mal ve hizmet piyasasında sunulması, hasta-hekim ilişkisine TKHK uygulanabileceğini göstermektedir. Bu halde hekimin hastası hakkındaki sırları açıklaması TCK 239. maddesi kapsamına girebilecektir. TCK 239 müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin açıklanmasını yasaklanmıştır.

Hekimin sır saklama yükümlülüğü CMK 46 / I b. bendi ve HMUK 254/4 fıkrasına göre hekimlere tanınan tanıklıktan çekinme hakkı ile de pekiştirilmiştir. Hekime tanınan bu hakkı kullanmaktan hekim, ceza veya hukuk davasında bu haktan, bu hakkın tanınması ile korunan hastanın *hukuka uygun rızası* ile vazgeçebilir. Aksi takdirde hekimin, cezai veya hukuki sorumluluğu doğabilecektir.

d. Mesleki Mevzuatta Sır Saklama Yükümlülüğü

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 4 üncü maddesine göre: 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. Bu hükümle hasta hakkındaki sır niteliğindeki bilgilerin saklanması hekimden istendiği gibi, hastanın kişilik hakkının korunması amacıyla aynı kapsamdan olmak üzere hastanın kimlik bilgilerinin de açıklanması yasaklanmıştır.

HHY 20, 21 ve 23. maddelerinde sır saklama yükümlülüğü açık ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. HHY 21'de düzenlenen mahremiyete saygı gösterme yükümlülüğü de sır saklama yükümlülüğü kapsamındadır. Çünkü, hekim bu halde hastayla ilgili sır veya sır olmayan kişisel bilgilere üçüncü kişilerin hukuka aykırı olarak ulaşmasını engellemektedir. HHY 20'ye göre, ilgili mevzuat hükümlerine ve hastalığın mahiyetine göre yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; hasta, ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini isteyebilir. Bunun yanında sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamayacağı HHY 23'de hüküm altına alınmıştır. Hatta hastanın rızasına dayansa bile, kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlanması neticesini doğuran hallerde bilgilerin açıklanması, bunları açıklayanın hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı gibi, haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya zarar verme ihtimali bulunan bilginin ifşa edilmesi, personelin ve diğer kimselerin hukuki ve cezai sorumluluğunu da gerektirebilecektir. Araştırma ve eğitim amacı ile yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgileri, rızası olmaksızın açıklanamaz.

Sır Saklama Yükümlülüğünün Konusu

Bu yükümlülüğün kapsamında değerlendirilebilecek sır olarak karşımıza, hastanın maddi veya manevi menfaatinin zedeleyebilecek her husus çıkabilir. Hatta, hastanın

kimlik bilgileri ve sağlık harcamalarını finanse ettiği kaynağa ilişkin bilgiler de buraya girer.

Özellikle, HHY 21. maddesi mahremiyete saygı gösterilmesi bağlamında sır saklama kapsamında değerlendirilebilecek hususları örnek mukabili saymıştır. Buna göre sır saklama yükümlülüğü, hastanın, sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin; teşhis ve tedavi bilgilerinin, saklanması; muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesini; tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin, tıbbi müdahale sırasında bulunmamasını; hastalığın mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsi ve ailevi hayatına müdahale edilmemesini; sağlık harcamalarının kaynağının gizli tutulmasını, kapsar.

Sır Saklama Yükümlüsü

Hasta-hekim ilişkisinden bahsettiğimizde, ilk olarak hasta ile teşhis ve tedavi ilişkisinde olan hekim bu yükümlülüğün borçlusudur. Ancak bu yükümlülüğün borçlusu sadece hekim değildir. Doğrudan veya dolaylı olarak hasta ile ilgili bilgi ve belgelere ulaşan her yetkili ilgili bu yükümlülüğün borçlusudur. Dolayısıyla hekim mahiyetinde çalışan hemşireden, hastaya ilişkin bilgilerin saklı tutulduğu arşivdeki görevliye kadar her ilgili bu yükümlülüğün borçlusu olarak karşımıza çıkabilir. Bu halde hasta ile sözleşme ilişkisine giren hekim, mahiyetindeki çalışanların bu yükümlülüğü ihlâl etmesinden de sorumlu olacaktır. Hekimin yanında kamu veya özel sağlık kuruluşu da sözleşme veya istihdam ilişkisi kapsamında bu yükümlülüğün ihlâlinden doğan zararlardan mali açıdan sorumlu olabilecektir.

Lehine Sır Saklanacak Kişi

Kural olarak sırrı saklanacak kişi, tedavi ilişkisi tarafı hastadır. Acaba hastadan doğrudan veya dolaylı olarak üçüncü kişilere ilişkin öğrenilen sır niteliğindeki bilgiler de saklanmak zorunda mıdır? Bu soruya sözleşmelerin üçüncü kişileri koruyucu etkisinde yola çıkarak evet diyebilmek mümkündür. Bunun yanında TDN 4 '*...meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları...*' ifadesine yer vermektedir. Yine HMEK 9 da '*hekim, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamaz*' ifadesi yer almaktadır. HHY 23 te de '*Sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler*' ifadesine yer verilmiştir. CMK 46'da tanıklıktan çekinme hakkı sadece hastalar lehine tanınmamıştır. Bu ifadelerden, sır saklama yükümlülüğü kapsamına giren sırların sadece hastaya ait olması gerektiği sonucuna varılamaz. Sır bir üçüncü kişiye de ait olsa, mesleki faaliyet nedeniyle öğrenilmiş ise saklanmalıdır. Hekimler bu sıfatları ile hasta yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler için de tanıklıktan çekinebilirler.

Hekimlerin mesleki faaliyetleri sırasında üçüncü kişiler hakkında öğrendikleri sırları açıklamalarında, sırrın

açıklanmasından zarar gören kişi, hasta ile hekim arasındaki sözleşme ilişkisinin koruyucu etkisinden yararlanarak hekime karşı dava açabileceği gibi, Borçlar Kanununun genel hükümleri çerçevesinde de dava açabilir.

Sırrın Saklanacağı Kişiler

Kural olarak her üçüncü kişiye karşı hekim sırrı saklamalıdır. Hastanın izin vermesi söz konusu değilse, hekim sırrı hastanın yakınlarına karşı da saklamalıdır. Ancak, özellikle bilincin kapalı olup karar verebilme yeteneği olmayan acil durumlarda, hastanın yakınlarına karşı sır saklama yükümlülüğü sınırlandırılabilir.

HHY 20'ye göre hasta, sağlık durumu hakkında kendisine yakınlarına bilgi verilmemesini isteyebilir. Hastanın talebi ile hekimin, hastanın kendisine sağlık durumu hakkında bilgi verilmeme yükümlülüğü altına girmesi, kanımca kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını aşırı sınırlandırması olacağından TMK 23'e aykırı olacaktır. Hastanın bu konudaki talebi ancak hekimin kabul etmesi veya sağlığı konusunda bilgi verilmesinin onun sağlığını etkilemesi söz konusu ise hekime böyle bir yükümlülük getirilebilir.

Sır Saklama Süresi ve Zamanaşımı Süreleri

Sır saklama için bir süre öngörülmemiştir. Hasta-hekim ilişkisi sona erse veya hasta ölse de hekim sırrı saklamak zorundadır (Hekimlik Meslek Etiği Kuralları madde 9). Sır saklama konusunda kural olarak bir süre öngörülmemiş olmakla beraber, sır saklama yükümlülüğünün ihlâlinde gündeme gelecek tazminat davaları ve diğer yaptırımlar için süreler öngörülmüştür.

Sır saklama yükümlülüğünün ihlâlî halinde doğan tazminat talepleri BK 125 /I e göre on yıllık zamanaşımına tabidir.

Türk Tabipler Birliği Disiplin Yönetmeliği 10'a göre, meslekten alıkoyma cezası verilmesini gerektiren eylemlerin işlenmesinden itibaren beş yıl, diğer cezaların verilmesini gerektiren eylemlerin işlenmesinden itibaren iki yıl içinde soruşturma açılmasına dair yönetim kurulu kararı verilmemiş ise bu suçlarla ilgili disiplin işlemi yapılamaz. Disiplin cezası gerektiren eylem, aynı zamanda bir suç oluşturuyor ve bu suç için, yasa daha uzun bir zamanaşımı süresi koymuş bulunuyorsa, bu zamanaşımı süresi uygulanır.

Sır Saklama Yükümlülüğünün İstisnaları

Umumi Hıfzısıhha Kanunu 57, 97, 107, 114. maddelerine göre, özellikle kamunun sağlığını tehlikeye düşüren hastalıklara maruz kişilerle ilgili bilgiyi yetkili makamlara vermek sır saklama yükümlülüğüne aykırı olmayacaktır. Ancak, yetkili makamlar dışındaki kişi ve kurumlara bu konuda açıklamada bulunmak yükümlülük ihlâlidir.

TCK 280'e göre hekim bir suçun varlığına ilişkin belirtilere rastladiysa bunu bildirmek zorunda olup bu halde de yükümlülüğün ihlâlinden söz edemeyiz. Hekim bir suç belirtisine rastladığında bu suçu ihbar etmek zorundadır, ancak o suç ile ilgili kendisinden tanıklık istenince CMK 46'ya göre tanıklıktan kaçınma hakkına sahiptir. Eğer bu hakkını kullanmaz ve tanıklık yaparsa sır saklama yükümlülüğünü ihlâl etmiş olacaktır.

Hastanın teşhis ve tedavisine birden fazla hekim katılması gerektiği hallerde veya hasta ile teşhis ve tedavinin mahiyetine göre farklı uzmanlık alanındaki meslek mensuplarının ilgilenmesi söz konusu ise hasta hakkındaki bilgilerin bu kişilere açıklanması yükümlülük ihlâli değildir.

Hekimin daha üstün çıkarı söz konusu olduğu hallerde, sır sayılabilecek bilgileri açıklaması sır saklama yükümlülüğünün ihlâli olmaz. Örneğin hekime karşı dava açan hasta hakkındaki bilgilerin hekimce açıklanması buna örnek verilebilir. Ancak her hangi bir davada kendisini savunmak için hasta hakkındaki bilgileri açıklaması yükümlülük ihlâlidir. Ancak, hastanın anonimliği korunarak mesleği icra ederken gerekli dikkat ve özeni gösterdiğini kanıtlamak için bilgi verilebilir.

Hastanın rızası ile de hekim sır sayılan hususları açıklayabilir. Ancak bu rızanın TMK 23'e göre hukuken geçerli olması gerekir. Verilen rıza ile sırrın açıklanması sonucunda hastanın kişilik hakları ölçüsüz olarak zedelenecek ise, rıza TMK 23'e göre kişilik haklarının aşırı sınırlandırılması olacağından geçersizdir.¹⁶

Sır saklama yükümlülüğünün ihlâli sayılmayan durumlara bir örnek de, teşhis ve tedaviye yönelik müdahalenin acil olduğu hallerdir. Bu halde hastanın rızası aranmadan, yakınlarına karşı sır saklama yükümlülüğü ihlâl edilebilir. Özellikle, kişini ailesine sağlık durumu hakkında bilgi verilmesi bu halde sır saklama yükümlülüğünün ihlâli değildir. Ancak, somut olayın özelliklerine göre hastanın bilincinin açık olduğu hallerde, hasta yakınlarına hastanın rızasını almadan bilgi vermek sır saklama yükümlülüğünün ihlâlidir.

Eğer bir üçüncü kişinin üstün çıkarı söz konusu olursa sır saklama yükümlülüğü göz ardı edilebilir.¹⁷ Örneğin HIV virüsü taşıyan kocanın (AİDS hastası) bu hastalığı hakkında eşine bilgi verilmesinde durum böyledir. Bu halde hekim, öncelikle hastasını hastalığın tehlikesi ve bulaşıcılığı konusunda aydınlatmalı ve ondan bulaşma riski altında olan çevresini bilgilendirmesini istemelidir. Hastanın, bu bilgilendirmeye rağmen hastalığını saklaması yakın çevresi için önemli tehlike oluşturacağından, hekimin sır saklama yükümlülüğünü haklı olarak risk altındaki üçüncü kişileri karşı ihlâl etmesi, sorumluluğunu doğurmayacaktır, bilakis aksi davranış koruma yükümlülüğünün ihlâli olarak sorumluluğunu gerektirebilecektir.¹⁸

Sır Saklama ile İlgili Özel Durumlar

Çocukların, hasta anne veya babaları hakkında bilgi istemeleri halinde, hasta anne babanın bu konuda rızasına gerek vardır. Somut olayın özellikleri bu rıza aranmadan çocuğa, hasta anne babası hakkında bilgi vermeyi haklı kılabılır, özellikle acil durumlarda.

Hasta-hekim arasındaki sözleşme ilişkisinin geçerli şekilde kurulması için kural olarak hastanın fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Hastanın küçük olduğu hallerde, sözleşme ilişkisi ancak kanuni temsilcinin rızası ile kurulabilir. Bu halde hekimin sözleşme tarafı olan kanuni temsilciye karşı, küçük hakkındaki sır niteliğindeki bilgileri saklayıp saklayamayacağı sorusu ile karşılaşılr.

Temyiz kudretine sahip küçük hastanın arzusu üzerine hekim, küçüğün anne babasına karşı da sır saklamalıdır. Örneğin genç bir kızın tıbbi müdahalede cinsi ilişkiye girdiği tespit edilirse ve bunun ailesine açıklanmamasını isterse hekim susmalıdır.

Eşlerden biri kendisinin sterilizasyon edilmesini ve bunun örneğin kız arkadaşından saklanmasını istiyorsa hekim bu sırrı saklamalıdır. Ancak söz konusu eş ise, Aile Planlaması Hakkındaki Kanunun (APHK) 6 ıncı maddesine göre bu halde eşin rızası da aranır.

Evlilik dışı bir ilişki sonucu çocuk aldırarak isteyen küçük söz konusu ise ve bu durumun aileden saklanmasını istiyorsa bu da sır saklama yükümlülüğü kapsamında olmalıdır. Ancak APHK 6 bu halde velinin iznini aradığından, hekimin bu durumu küçüğün ailesine bildirmesinde yükümlülük ihlâli yoktur.

Sır Saklama Yükümlülüğünün İhlaline Bağlanan Yaptırımlar

Hukuka aykırı olarak sır saklama yükümlülüğünü ihlâl eden hekim, diğer hukuki yaptırımlar saklı kalmak üzere, bu yükümlülüğün ihlâli nedeniyle ortaya çıkan maddi ve manevi zararı tazmin etmek zorundadır. Bu bağlamda, örneğin sağlığı hakkındaki bilgilerin açıklanması nedeniyle işinden atılan işçinin, iş kaybı sebebiyle yaşadığı maddi zararı (BK 96 vd.); hastanın AİDS hastası olduğunun duyulması nedeniyle iş ve arkadaş çevresinden dışlanması nedeniyle yaşadığı manevi zararını (BK 49) manevi tazminat yolu giderilmesi gündeme gelebilecektir. Hekimin sır saklama yükümlülüğünün ihlâlinden sorumlu olabilmesi için kusurlu olması gerekir. Hekimin kusuru kast (fiili bilerek ve isteyerek yapmak) olabileceği gibi, ağır ya da hafif ihmâl de olabilir. Sorumluluk açısından kusurun ağırlığının önemi olmamakla beraber, hekimin tazminat sorumluluğunun kapsamının belirlenmesinde rol oynar (BK 98/II, BK 43, BK 390).

Sır saklama yükümlülüğünü ihlâl eden hekim, TCK 135 ve devamı maddelerine göre de cezalandırılabilir. TCK 136 ıncı maddeye göre kişisel verileri, hukuka aykırı olarak

bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun, kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle veya belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. Ceza Kanunu anlamında bir yaptırımın gündeme gelebilmesi için, hekimin tazminat sorumluluğundan farklı olarak suçun kasten işlenmesi gerekmektedir.

Hastaya ait sırların hukuka aykırı olarak (yasal zorunluluk dışında) açıklanması halinde hekime, Türk Tabipler Birliği Disiplin Yönetmeliğinin 5 inci maddesi c bendine göre, geçici meslekten alıkoyma cezası verilebilir. Geçici meslekten alıkoyma, oda bölgesinde 15 günden altı aya kadar meslek uygulamasından alıkonulmasıdır. Meslekten geçici olarak alıkonma cezası alanlar, bu süre dolmadan Türkiye'nin hiçbir yerinde muayenehane açamaz, herhangi bir yolla mesleğini uygulayamaz, resmi kurum ve kuruluşlarda da mesleğini yürütemez. Üç defa meslekten alıkonma cezası alanlar, oda bölgesi içinde sürekli olarak meslek uygulamasından alıkonurlar.

Sonuç

Hasta-hekim ilişkisinin bir güven ilişkisi olarak geçmişte olduğu gibi bugün de devam edebilmesi, hastanın hasta-hekim ilişkisinin konusu değil tarafı olan bir süje olarak saygı görmesiyle mümkündür. Bu saygınlık konumuz itibarıyla kendisini hekimin sır saklama yükümlülüğünde göstermektedir ki, günümüzde artan iş bölümü ve teknolojiye gelişmeler nedeniyle bu yükümlülüğün yerine getirilebilmesi daha da zor hale gelmektedir. Özellikle hasta hakkındaki bilgilerin dijital ortamlarda saklanması da gerekli olan önlemlerin alınması kaçınılmazdır.

Sır saklama yükümlülüğü ve bunun ihlaline bağlanan yaptırımlar, insan ve insan haklarına bakışta yaşanan toplumsal değişim ve toplumsal gelişime paralel olarak, zamanla hekim hatalarının yanında daha sık olarak gündeme gelecektir. Bu gelişme ve değişimlere rağmen hasta-hekim ilişkisi geçmişte olduğu gibi gelecekte de bir güven ilişkisi olmalıdır. Bunun sağlanması taraflar kadar, hukukçuların da görevidir.

KAYNAKLAR

1. Bayraktar, Köksal: Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, 4; Ayan, Mehmet: Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991; Hancı, Hamit: Malpraktis, Ankara 2002; Öztürkler, Cemal: Tıbbi Sorumluluk, Ankara 2003, 59 vd, 209; Laufs, A.: Arztrecht 5. Aufl. 1993, 1 vd.; Heilmann, Joachim: Der Stand der deliktischen Arzthaftung, NJW 1990, 1513 vd.
2. Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali özellikle Alman hukukunda meslek (hekim) hatası yanında en çok dava konusu olmuştur. Öyle ki, bu yükümlülüğün ihlali genel sorumluluk sebebi halini almaktadır. Mertens, in: MuKo/BGB, Bd. 5, 3. Aufl. 1997, § 823, Rdnr. 421 f.; Schelling, Erlinger, Rainer: Die Aufklärung über Behandlungsalternativen, MedR 2003, 331-333.; bkz. Spickhoff, Andreas: Die Entwicklung des Arztrechts 2002/2003, NJW 2003, 1701-10.
3. Ayan, age.
4. Bu konuya ilişkin bkz. Zeytin, Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu Kitabı, İstanbul 2005, 135 vd.; Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı ile ilgili olarak bkz. Bockenheimer-Lucius, Der nichteinwilligungsfähige Patient – Ethische Probleme einer Vorausverfügung, Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu Kitabı, 23.
5. Parzeller/Wenk1/Rothschild, Die ärztliche Schweigepflicht, Deutsches Ärzteblatt, Jg- 102, Heft 5, 289 vd.
6. Aral, Fahrettin: Borçlar Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2002, 405; Ayan, 49 vd.
7. Alman İmparatorluk Mahkemesi (RGZ 78, 435; 128, 123; 165, 338 (339); RG, JW 1937, 2592 = HRR 1937, Nr. 130) verdiği kararlarında bu sonuca, insan bünyesindeki biyolojik ve psikolojik gelişmelerin tam olarak kontrol edilebilir olmamasına dayanarak varmıştır. Bu görüş bugün Alman Federal Mahkemesince (BGH) de kabul görmektedir. [VersR 1952, 180; VersR 1956, 499 = NJW 1956, 1835 L; VersR 1967, 663; NJW 1968, 2291 (2293) = VersR 1968, 850 (851); NJW 1969, 553 (554) = VersR 1969, 310 (312) = ZZZP 1969, 466 m. Anm. Prölss; NJW 1977, 1102 (1103) = VersR 1977, 546 (547) = JR 1978, 61 (63) m. Anm. Baumgärtel; NJW 1991, 1540 (1541) = VersR 1991, 310 (311)]; Spickhoff, NJW 2003, 762.; Aral, 406 ayrıca bkz. aynı sayfada Dipnot 19 ve 20. Tıp bilimindeki tüm gelişmelere rağmen, hekimin ve mesleki faaliyetin korunması ve gelişmesi açısından, hastanın sağlığına kavuşturulması hekimin borcu olmamalıdır.
8. Hasta-hekim ilişkisinde hastanın hekime talimat vermesi, mesleğin gerektirdiği uzmanlık sebebiyle çok sınırlıdır (bkz. Yavuz, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, İstanbul 2002, 590) . Hekim tıbbi müdahalenin seçimi ve nasıl yapılacağı konusunda kural olarak serbesttir. Örneğin diş dolgusunda kullanılacak malzemeyi seçen hastanın, bu talimatına (haklı tıbbi başka bir sebep olmadıkça) hekim uymak zorundadır. Aksi halde hekimin dolguyu tekrar yapması veya bundan kaynaklanan maddi ve manevi zararı tazmin etmesi gerekir. Ancak, hastanın seçtiği malzeme ile dolgunun nasıl yapılacağı konusunda hekime talimat verme hakkı yoktur.
9. Aral, 426.
10. Ayan, 52.
11. Laufs, Nr. 425; Uygur, Turgut: Borçlar Kanunu, C. 7, sh. 8544; Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C II, 3. Bası Ankara 1987, 41.
12. Laufs, Arzt, Patient und Recht am Ende des Jahrhunderts, NJW 1999, 1758 (1768).
13. Bkz. Laufs, Nr. 424.
14. Ayan, 97 ve 98; Aral, 417; Zevkliler, Aydın: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2004, 367; Yavuz, Cevdet: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 595 vd.; Tandoğan, II, 407 vd; bkz. Öztürkler, 209; Karahasan, Mustafa Karahasan: Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, İlgili Mevzuat 2, 1019 vd.
15. Bkz. Zeytin, 135 (139).
16. Zevkliler/Acabey/Gökyayla, Medeni Hukuk, 6. Baskı, Ankara 2000, 455 ve 466 vd..
17. Laufs, Nr. 431.
18. Laufs, Nr. 432; Deutsch, Erwin: Anmerkung (zu LG Hamburg, NJW 1989, 1551), NJW 1989, 1554; bkz. Ayrıca BGH (Alman Federal Yüksek Mahkemesi), NJW 1989, 781; Prittwitz, C.: Strafbarkeit des HIV-Virusträgers trotz Aufklärung des Sexualpartners?, NJW 1988, 2942-2943.