

Yürütmenin durdurulması ve duruşma istemlidir

DANIŞTAY BAŞKANLIĞINA

DAVACILAR :1)Türk Tabipleri Birliği
GMK Bulvarı Ş. Daniş Tunalıgil Sk. No:2/4 Maltepe/Ankara
2)Türk dişhekimleri Birliği
Ziya Gökalp Caddesi 37/11 Kızılay / Ankara

VEKİLLERİ¹ :Av. Mustafa Güler (Ankara Barosu 10568) - Av. Özgür Erbaş
Strazburg Caddesi 28/28 Sıhhiye 06430 Ankara
Tel: 0312 2297130 – 0532 4905981

DAVALI :Sağlık Bakanlığı / Ankara

İŞLEM TARİHİ :5.2.2015

KONUSU :Sağlık Bakanlığı'nın 5.2.2015 günlü "e-Nabız projesi" konulu Genelgesinin öncelikle yürütmesinin durdurulmasına ve iptaline karar verilmesi, incelemenin duruşmalı olarak yapılması istemidir.

AÇIKLAMALAR :

1) Dava konusu Genelge

Sağlık Bakanlığı, 5 Şubat 2015 tarihinde, 2015/5 sayılı, "e-Nabız Projesi" konulu bir genelge yayınlamıştır. (Ek-²) Bu Genelge ile Bakanlık, Sağlık Net Online Sistemi kurduğunu bildirmekte ve muayenehaneler de dahil olmak üzere -ve kamu ya da özel ayrımı yapılmaksızın- bütün sağlık kurum ve kuruluşlarından hastaların 1.1.2015 tarihinden itibaren tutulan **bütün kayıtlarının** 1.3.2015 tarihinden başlayarak kendisine gönderilmesini istemektedir.

Genelge'de bu sistemin amacının hastaların kendi kayıtlarına dijital ortamda ulaşmalarını ve sağlıklarıyla ilgili kararlara katılmak suretiyle kendi sağlık durumlarını yönetmelerini sağlamak; teşhis ve tedavi sürelerini kısaltmak ve gereksiz tetkik tekrarını önlemek suretiyle de hastaların ve ülkenin ekonomik çıkarlarını korumak olduğu ifade edilmiştir.

Hasta bilgilerinin Sağlık Bakanlığı elektronik kayıt sistemine gönderilmesinde hastanın açık ve aydınlatılmış rızasının aranacağına ilişkin net bir bilgi Genelge'de bulunmamakla birlikte enabiz.gov.tr/bilgi.html adresinde hastanın bilgi ve izniyle verilerin gönderilmemesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir. Bir baka anlatımla, hastanın bilgilerinin paylaşılması esas, paylaşılmaması istisna olarak tanımlanmıştır.

Sağlık Bakanlığı'nın geçmişte de hasta bilgilerini toplamak amacıyla çeşitli düzenleyici işlemler ve uygulamalar yaptığı ancak bunların tamamının hukuka aykırı bulunarak iptal edildiği bilinmektedir. Bu bakımdan Bakanlık, bu kez, aynı sistemi farklı bir açıdan, bu bilgilerin hastanın kendi kullanımı için toplandığına ilişkin sunumuyla yaşama geçirmeye çalışmaktadır. Ayrıca, önceki düzenlemelerin iptalinden kaynaklanan yasal bir dayanak olmaması durumu da Anayasa'nın 56. maddesi, 663 sayılı kuruluş KHK'sının 2. maddesi ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun 3/f maddesindeki genel görev düzenlemelerine atıf yapılarak temellendirilmeye çalışılmıştır.

Son olarak, içeriğinde ne olduğu idari işlemde belirsiz olan "acil sağlık veri seti"nin ve kişinin aksine kararı olmadıkça diğer bilgilerinin elektronik sisteme gönderilmemesinin, ihtiyaç halinde bu bilgilere erişilememesi sebebiyle ilgililer için hukuki sorumluluk doğurabileceğine ilişkin anlatımla Genelge tamamlanmıştır.

Genelge'de ayrıntılı bilgi edinilebileceği belirtilen "enabiz.gov.tr" adresinden herhangi bir ayrıntı öğrenmek ise mümkün değildir. Zira söz konusu bilginin tamamı şöyledir:

E-nabız'da* bulunan sağlık bilgileri, sistemin devreye alınmasından itibaren hastalıklarınızla ilgili konulan teşhislerin, yaptırılan tahlillerin, çekimi yapılan tıbbi görüntülerin, yazılan ilaçların, aşı, tespit edilen alerji ve benzeri bilgilerin sağlık hizmeti alınan sağlık kuruluşları tarafından elektronik ortamda e-nabız sistemine gönderilmesi ile oluşmaktadır.**

***Sisteme e-devlet şifresi ile erişilebilecektir.**

****Sağlık hizmeti sunan kuruluşların sisteme veri gönderme sorumluluğu, genelge de açıklandığı husus çerçevesinde ve ancak sağlık hizmeti alan kişinin izni ve isteği çerçevesinde yerine getirilmeyebilir. Kişinin rızası olmadan sisteme sağlık bilgisi gönderilmemesi, dolayısıyla gelecekte vatandaşın alacağı sağlık hizmetinin doğuracağı ihtiyaç anında bu bilgilere erişilemez olması, kişinin yaşamsal çıkarını tehdit edebilir ve ilgililer için hukuki sorumluluk doğurabilir.**

e-Nabız projesi hakkında 2015/5 sayılı genelgeyi indirmek için [tıklayınız.](#)

2) Kişisel sağlık verileri ile ilgili temel düzenlemeler ve AİHM kararları

Dava konusu Genelge hastaların sağlık hizmetine erişmek için verdikleri bilgiler ile sağlık hizmeti almaları sürecinde temin edilen bütün verilerin Sağlık Bakanlığı tarafından oluşturulan elektronik sisteme gönderilmesini düzenlemektedir. Genelge'nin

değerlendirilmesinde taşıdığı önem sebebiyle bu bilgilerin niteliğine ilişkin kısa açıklama yapmakta yarar bulunmaktadır.

Kişisel veri, belirli veya kimliği belirlenebilir gerçek ve tüzel kişilere ilişkin bütün bilgiler olarak tanımlanabilir.

Kişinin yalnızca özel yaşamı hakkındaki değil, ekonomik ve mesleki bilgileri dahil, onun bütün bilgilerini içeren kişisel veri; özünde bireyin kimliğini ortaya çıkartan, bir kişiyi belirli kılan ve karakterize eden verilerdir. Kişinin adı, adresi, doğum tarihi, medeni hali, tabiiyeti, mesleği, görüntüsü, kanaatleri, fotoğrafı, e-posta adresi, banka bilgileri, kimlik, emeklilik, kurum sicili ve vergi numarası, parmak izi, eğitim bilgileri, **sağlık verileri**, telefon mesajları, telefon rehberi, mail veya facebook ve tweeter gibi sosyal paylaşım sitelerinde yazdığı veya paylaştığı yazı, fotoğraf, ses veya görüntü kayıtları kişisel verileri olarak belirtilmektedir.¹

Kişisel veri olarak kabul edilen bu bilgilerden **sağlık bilgileriyle ilgili olan verileri de içeren** bir kısmı, diğerlerine göre kişilik haklarının korunması bakımından çok daha özellikli bir korumaya tabi tutulması gerektiği kabul edilmiştir. **Hassas veriler** Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme'nin "Özellikli veri kategorileri" başlıklı 6. maddesinde ayrıca ifade edilmiş olup, bu verilerin işlenmeleri kural olarak yasaktır:

*"İç hukukta uygun güvenceler sağlanmadıkça, ırk menşesini, politik düşünceleri, dini veya diğer inançları ortaya koyan kişisel nitelikteki verilerle **sağlık** veya cinsel yaşamla ilgili kişisel nitelikteki veriler ve ceza mahkumiyetleri, otomatik bilgi işlemine tâbi tutulamazlar."*

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin "Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması" başlıklı 8. maddesinde, herkesin özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin "Mahremiyet Hakkı" başlıklı 17. maddesinde de, hiç kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna veya haberleşmesine keyfi veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemeyeceği; onuru veya itibarının hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılmayacağına,

¹ Aydın Akgül, Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s.9.

herkesin bu tür saldırılara veya müdahalelere karşı hukuk tarafından korunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin *Özel Yaşam ve Bilgi Edinme Hakkı* başlıklı 10 uncu maddesinde de kişisel bilgilerin korunmasına “*Herkes, kendi sağlığı hususundaki bilgilerle ilgili olarak, özel yaşamına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.*” ifadesiyle yer verilmiştir.

Bütün bu uluslararası belgelerin yanı sıra Anayasamızın “*Özel Hayatın Gizliliği*” başlıklı 20. maddesinin 3. fıkrasında da kişisel verilerin korunmasına ilişkin bir takım ölçütler belirlendikten sonra; kişisel verilerin temel hak ve özgürlükler ile yakın bağı gözetilerek bu alandaki kuralların da yasayla konulması gerektiği emredici biçimde düzenlenmiştir:

*“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 konudaki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına baktığımızda; AİHM gündemine gelen farklı ülke uygulamalarında, kişisel sağlık verilerinin AİHS’nin 8. maddesi ile koruma altına alındığının vurgulandığını görmekteyiz. Bu tür verilerin nasıl, hangi amaçla, nasıl bir yöntemle toplanacağına dair temel ölçüt ise kanunla yapılacak açık bir düzenlemenin zorunluluğunun yanı sıra açıkça kamu yararı ve kamu güvenliğinin temel amaç olması ve bunlar ile uygulamanın örtüştürülmesidir. Dolayısıyla uygulamanın sadece “kamu yararı” için yapıldığının açıklanması yeterli görülmemekte işlem ile amacın nasıl birleştirildiğinin net bir biçimde belirtilmesi gerekmektedir.

AİHM’nin 4.12.2008 günlü S. Marper/Birleşik Krallık kararında, kişilerin kan, doku örneklerinin amacı dışında kullanılması özel hayatın ve mahremiyetin korunmasının ihlali olarak değerlendirilmiştir. Yine Mahkemenin 25.2.1997 günlü Z/Finlandiya kararında kişisel sağlık verilerine ilişkin düzenlemelerin öngörülebilir ölçütler içermesi gerektiği vurgulanmıştır.

3) Anayasa Mahkemesi'ne göre kişisel veriler ve bu konudaki düzenlemenin olması gereken nitelikleri

Kişisel verilerin önemi, değeri ve korunması için yapılması gerekenler, 1.1.2015 tarih ve 29223 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 2.10.2014 tarih ve 2014/149 E. 2014/151 K. sayılı Anayasa Mahkemesi kararında ortaya konulmuşturⁱⁱ. Buna göre;

"Anayasa'nın 20. maddesinin ilk fıkrasında, herkesin, özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı belirtilmiş; son fıkrasında da "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." denilerek kişisel verilerin korunması, özel hayatın gizliliğinin korunması kapsamında güvenceye kavuşturulmuştur.

*Kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sağlanan anayasal güvencenin yaşama geçirilebilmesi için, bu hakkı ilgilendiren **yasal düzenlemelerin, açık, anlaşılabilir ve kişilerin söz konusu haklarını kullanabilmelerine elverişli olması gerekir.** Ancak böyle bir düzenleme ile kişilerin özel hayatlarını ilgilendiren veri, bilgi ve belgelerin resmi makamların keyfi müdahalelerine karşı korunması olanaklı hâle getirilebilir.*

Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayan ve kullanılamaz hâle getiren sınırlamalar hakkın özüne dokunur. Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi güvenceler hep demokratik toplum düzeni kavramı içinde

ⁱⁱ <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/8a9c9ba2-b43e-48b7-9283-40dade21b8a4?excludeGerekce=True&wordsOnly=False>

değerlendirilmelidir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnai olarak ve ancak özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin gerekleri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilirler.

Özel hayatın korunması her şeyden önce bu hayatın gizliliğinin korunması, başkalarının gözleri önüne serilmemesi demektir. Kişinin özel hayatında yaşananların, yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kimseler tarafından bilinmesini isteme hakkı, kişinin temel haklarından biridir ve bu niteliği nedeniyle insan haklarına ilişkin beyanname ve sözleşmelerde yer almış, tüm demokratik ülkelerin mevzuatlarında açıkça belirlenen istisnalar dışında devlete, topluma ve diğer kişilere karşı korunmuştur.

Nitekim, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 12. maddesinde "Hiç kimse özel hayatı, ailesi, konutu veya yazışması konusunda, keyfi karışmalara, şeref ve şöhretine karşı saldırılara maruz bırakılamaz. Herkesin bu saldırı ve karışmalara karşı yasa ile korunmaya hakkı vardır."; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde de, "1. Herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir; 2. Bu hakkın kullanılmasında bir kamu otoritesi tarafından müdahale, demokratik bir toplumda ancak ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenliğin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın ve ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir." denilerek özel yaşamın dokunulmazlığı sağlanmıştır.

(...)AİHM kararlarında da belirtildiği gibi, özel hayat bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak kadar geniş bir kavram olup devletin yetkili temsilcileri tarafından ilgililer hakkında rızası olmaksızın bilgi toplamasının her zaman söz konusu kişinin özel hayatını ilgilendireceği kuşkusuzdur.

(...)Anayasa'nın 20. maddesi, kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sağlanan anayasal güvenceyi, **kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hâllerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği** şeklinde belirtmiştir. Dolayısıyla **bu hakkı ilgilendiren yasal düzenlemelerin, çerçevesi çizilmiş, açık, anlaşılabilir, kişilerin söz konusu haklarını kullanabilmelerine elverişli ve özel hayatlarını ilgilendiren veri, bilgi ve belgelerin resmi makamların keyfi müdahalelerine karşı korunmasını olanaklı hâle getirmesi gerekmektedir.**"

Anayasa Mahkemesi, başka kararlarında olduğu gibi bu kararında da kişisel sağlık verilerinin toplanabilmesi için buna açıkça izin veren, kişinin açık rızasını arayan ve kişilerin kendi verilerini yönetebilmelerine olanak sağlayan yasal düzenleme yapılması gerektiğini ifade etmektedir.

4) Genelge'yi hukuka aykırı kılan sebepler

a) **Kişisel veriler ancak açıkça yetki veren bir yasaya dayalı olarak toplanabilir. Genelgenin ise yasal dayanağı yoktur**

Yukarıda belirtildiği üzere Anayasa'nın 20. maddesine göre kişisel sağlık verileri, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller *kanunla* düzenlenir.

Sağlık Bakanlığı'nın bütün hastaların kişisel sağlık verilerini kaydetmesi, işlemesi ve paylaşması konusunda yasa ile verilmiş bir yetkisi bulunmamaktadır.

663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 47. maddesi ile Sağlık Bakanlığı'na veri toplama ve işleme konusunda iki kez yetki verilmiş, ikisi de Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir.ⁱⁱⁱ Anayasa Mahkemesi, aynı yaklaşımla, kişisel verilerle ilgili düzenlemeyi yönetmeliğe bırakan Elektronik Haberleşme Kanunu'nun ilgili maddesini de iptal etmiştir.^{iv} (Ek³)

Sosyal Güvenlik Kurumu'nun sağlık hizmeti alan hastaların kimlik doğrulamasında avuç içi izi doğrulaması yapmasına olanak veren yasal düzenlemenin iptali istemini inceleyen Anayasa Mahkemesi, **biyometrik yöntemlerle elde edilen verilerin kişisel olduğu kabul edilmekle birlikte sağlık verileri gibi hassas veri niteliğinde görülmemiş;** bu bakımdan hizmetten yararlanmadaki kötüye kullanmayı önlemeyi amaçladığı ifade edilen bu yöntemin uygulanmasının kişisel verilerin korunmasına müdahale niteliğinde olmakla birlikte amaçla orantılı olduğu değerlendirilerek Anayasa'ya aykırı bulunmamıştır. Karara muhalif kalan üyeler ise haklı olarak, biyometrik verilerin niteliğine vurgu yapmış, benzer konulardaki AİHM kararları ile Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarını hatırlatarak ilgili yasal düzenlemenin iptali gerektiğini ifade etmişlerdir.

ⁱⁱⁱ Anayasa Mahkemesinin 14.2.2013 tarih, 2011/150 E. 2013/30 K. sayılı kararı R.G.: 25.06.2013-28688 ve 4.12.2014 tarih 2013/114 E. 2014/22 YD K. sayılı kararı R.G.: 06.12.2014-29197

^{iv} Anayasa Mahkemesinin 9.4.2014 tarih ve 2013/122 E. 2014/74 K. sayılı kararı RG: 26.7.2014-29072

Diğer yandan, Sağlık Bakanlığı'nın veri toplamakta kullandığı Sağlık Net2 Sistemine veri gönderilmesini zorunlu tutan Genelge de daha önce açıkça hukuka aykırı bulunmuş ve Danıştay tarafından yürütmesi durdurulmuştur.^v

Dava konusu Genelge'nin dayanakları olarak gösterilen hükümler genel olarak Sağlık Bakanlığı'nın görevlerini tanımlayan kurallardır. Bunlar temel alınarak hastaların bütün verilerin toplanması mümkün değildir.

Sağlık Bakanlığı'na hastaların verilerin toplayıp kaydetme, işleme ve paylaşma izni veren; bu verilerin toplanması, korunması ve gerektiğinde silinmesiyle ilgili yöntemi tanımlayan herhangi bir yasa yoktur. Sağlık kuruluşları ve hekimler yönünden de tedavi ettikleri hastalarının kişisel sağlık verilerini Sağlık Bakanlığı ile paylaşmalarını, merkezi bilgi ve kayıt sistemine göndermelerini hukuka uygun kılacak bir uygunluk nedeni yoktur.

b) Hastaların rızası aranmamaktadır

Genelge, hastaların bütün verilerinin merkezi bir elektronik sisteme gönderilmesini zorunlu tutmakla birlikte hastanın rızasına ilişkin bir düzenleme içermemektedir. Her ne kadar Genelge'nin ikinci sayfasında "...açık rıza şartına bağlı kalınmakta..." olduğu ifade edilmiş ise de söz konusu paragrafta kişinin kendi verisine nasıl erişebileceğine ilişkin yöntem anlatılmaktadır. Düzenlemenin herhangi bir kuralında da *açık rızaya hürmet eden bir hüküm yoktur.*

Hassas veri niteliğinde olan kişisel sağlık verilerinin toplanabilmesi ve işlenebilmesi için yasal düzenleme yapılmasının yanı sıra hastanın bu duruma ilişkin açık ve aydınlatılmış rızasının da bulunması gerekir.

Genelge'de hüküm bulunmamakla birlikte bu konudaki uygulamayla ilgili geniş bilginin alınabileceği belirtilen web sayfasına bakıldığında "*Sağlık hizmeti sunan kuruluşların sisteme veri gönderme sorumluluğu, genelge de açıklandığı husus çerçevesinde ve ancak sağlık hizmeti alan kişinin izni ve isteği çerçevesinde yerine getirilmeyebilir.*" şeklinde bir açıklamanın bulunduğu görülmektedir.

Hekimin sır saklama yükümlülüğü bulunduğu, yasal ve etik açıdan hasta bilgilerinin hastanın açık rızası olmaksızın paylaşılması gerektiği tartışmasızdır. Toplumun sağlığını tehdit edebilecek sınırlı bir takım bulaşıcı hastalıkların saptanmasında usulü ve çerçevesi

^v Danıştay 15. Daire 12.6.2014 tarih ve 2013/2084 E. sayılı kararı

açıkça belirlenmiş olan bildirim zorunluluğuna ilişkin istisna dışında, hekim ve sağlık kuruluşlarının hasta hakkında öğrendikleri bilgileri paylaşmaları yasaktır.

Genelge'de ise, hasta ile ilgili bütün kayıtların paylaşılmasının kural, paylaşılmamasının istisna olarak değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Bir başka anlatımla, hasta kendisiyle ilgili bilgilerin paylaşılmamasını istemedikçe bu bilgilerin elektronik ağ üzerinden paylaşılması zorunu tutulmaktadır.

Hastanın rızasının tersten kurulmuş olması, hasta ile ilgili bütün bilgilerin paylaşılması öncesinde hastanın bilgilendirilerek onay alınmasına ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamış olması hukuka aykırıdır.

c) Amaçla sınırlı olma ölçütüne aykırılık bulunmaktadır

Genelge, hastaların bütün bilgilerinin elektronik bir sisteme gönderilmesi gerektiği ifade edilirken bunun amacının hastanın kendi verisine erişmesinin sağlanması olduğu söylenmektedir. Kişilerin sağlık kayıtlarının tutulması ve hastanın izin verdiği kişilerin bu kayıtları görmesine olanak sağlanması yerinde bir amaçtır. Ancak bu husus kullanılarak kişilerin sağlık kayıtları da dahil pek çok kaydının tek bir merkezde tutulması, yukarıda belirtildiği üzere yasal alt yapısının olmaması ve rızanın aranmaması sorunlarının yanı sıra; hangi kayıtların toplanacağı, toplanan kayıtlardan hangisinin kim tarafından görülebileceği ve bu kayıtlara erişim sınırlarına ilişkin hiçbir kurala yer verilmemiş olması ile sistemin güvenliği gibi konularda da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Diğer yandan, davalının bu sistemle ortaya koyduğu amacın gerçekleştirilmesinde kişisel sağlık verilerinin üst düzey korunmasını da sağlayacak en iyi yöntem bütün kayıtların tek bir merkezde toplanması değildir. Hastanın kayıtlarının kendisinde toplandığı ve bu kayıtlara hasta izin verdiğinde erişilebildiği sistem mevcut Genelge ile öngörülen sisteme göre çok daha güvenlidir.

Hasta haklarına ilişkin mevzuat kapsamında da kişilerin sağlık dosyalarının özel sağlık kuruluşları dahil olmak üzere saklanma süreleri (20 yıl) belirlenmiştir. Diğer Hasta Hakları Yönetmeliğimizin de bir gereği olarak hasta kendisi ile ilgili bilgi, belge ve kayıtların bir örneğini alma hakkına sahiptir. Gelişen teknolojik olanaklar gözetilerek söz konusu örneklerin tek bir kart üzerinde dijital olarak saklanmasını sağlayacak bir sistemin kurulması amaca uygun olacaktır.

Bütün bunlardan başka, Sağlık Bakanlığı tarafından yapılan pek çok değerlendirmede de esasen kişisel verilerin önemi ortaya konularak bunların merkezi olarak toplanmasından kaçınılması; bu verilerin toplanıp işlenmesinde de kişinin açık rızasının gerektiği ifade edilmiştir.

Nitekim, Sağlık Bakanlığı, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun MEDULA ismiyle hasta bilgilerini toplamaya başlaması üzerine yazdığı yazıda, hastaların sağlık verilerinin bir merkezde toplanması yerine, kamu hizmeti gerektirdiğinde bu verilere ilgili sağlık kurumunda sınırlı olarak erişilebilmesi gerektiğini diğer ülke örneklerini de ifade ederek ortaya koymuştur: “...gelişmiş bazı ülkeler arasında yapılan araştırmalarda; sağlık sigorta kurumlarının tıbbi verilere erişimi ve kişisel sağlık verileri üzerinde analiz yapmasının kanunlarla engellenmiş olduğu görülmüştür. İhtiyaç duyulması halinde; verilen sağlık hizmetleri kontrolünün sorgulaması, gerektiğinde sunulan sağlık hizmetlerine ilişkin ödemeye esas veriler üzerinde bir takip numarası aracılığı ile ilgili sağlık kurumuna erişilerek yapılabilmektedir. ... Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından elektronik ortamda yapılacak fatura kontrol işleminin, **kişisel sağlık verileri toplanmaksızın** verilen hizmetler üzerinden ülkemizin e-Sağlık stratejisine uygun olarak yapılmasının daha uygun bir yöntem olacağı kanaatini taşımaktayız.” (Ek-⁴)

Sağlık Bakanlığı Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu'nun hastanelerdeki güvenlik kameraları, telefon görüşmelerinin kayda alınması ve mesai takipleri için biyometri teknolojilerinden yararlanılmasını kişisel verilerin korunmasıyla ilgili kurallara göre değerlendirdiği yazısında da **kişisel verilerin ancak ilgili kişinin rızasıyla – kaydedilebileceği- işlenebileceği, kişisel verilerin işlenebilmesi için zımni rızanın yeterli sayılmadığı ve açık rıza şartının gerektiği; buna aykırı davranılmasının Türk Ceza Kanununa göre suç oluşturduğu** saptamasında bulunulmuştur. Bununla bağlantılı olarak güvenlik kameralarının hasta mahremiyetini ihlal etmeyecek şekilde yerleştirilmesi gerektiği, kamera sisteminin açıkça görülmesi ve kayıt yapıldığına ilişkin olarak görünür uyarıların yapılması gerektiği; kişilerin telefon görüşmelerinin kayıt altına alınmadığı bir kanala ilişkin seçeneğin sunulması gerektiği ve mesai takibinde biyometri teknolojilerinden yararlanılmasının hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir.(Ek-⁵)

d) Koruma önlemleri belirsizdir

Sağlık bilgilerinin hastalarının rızaları ile de olsa merkezi olarak toplanıp işlenmesi bu bilgilerin başkalarının eline geçmesi, mahremiyetin ihlal edilmesi riskini büyütmektedir.

Nitekim Merkezi nüfus İdaresi Sistemi (MERNİS) kayıtlarının yanı sıra pek çok kamu ve özel kurum tarafından toplanmış ve elektronik ortamda saklanmakta olan bilgiler kötünietli kişiler tarafından ele geçirilmiştir ve bugün el altında satılmaktadır.⁶

Diğer yandan, SGK'nın hastalara ait olan sağlık verilerini özel bir şirkete gelir paylaşımını hedefleyen bir anlaşmayla sattığı Sayıştay raporuna yansımıştır. Ayrıca hekimlerin kişisel verilerinin Sağlık Bakanlığı tarafından korunamadığı ve bu bilgilerin internette yayınlandığı; aynı şekilde engellilerle ilgili bilgilerin de Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından korunamadığı ve internette yayınlandığı da bilinmektedir.

Devlet Denetleme Kurulu'nun 2013 yılında yayınladığı Rapor'da, içinde Sağlık Bakanlığı'nın da yer aldığı kamu kurumlarının kişisel verilerin korunmasındaki yetersizlikleri ve ortaya çıkan hak ihlalleri ayrıntılarıyla saptanmıştır.^{vi}

Bütün bu olgular ortada iken, herhangi bir yasal düzenleme oluşturulmadan, genelge niteliğindeki bir yazı ile bütün nüfusun hassas veri niteliğindeki bilgiler de dahil olmak üzere her türlü bilgisini toplamaya çalışmak; ortalığa saçılacak yeni bir veri kümesi oluşturacaktır. Kişilerin bu verileri değiştirme şansı olmadığı da gözetildiğinde, mevcut riskin ne kadar büyük boyutta olduğu ayrıca anlaşılmaktadır.

e) Genelge'de belirsizlikler vardır

Genelgenin konusu "proje" olmasına karşın veri toplanmasını zorunlu tutmakta ve aksi halin sorumluluk doğuracağından söz edilmektedir. Dolayısıyla 1 Mart 2015 tarihi itibarıyla verilerin toplanılmasına başlanacağı ancak bu verilerin nasıl, kim, kimler, hangi usulle toplanacağı belirsizdir. Kaldı ki Genelge metninde yer verilen, sistem entegrasyonu sağlanması için yazılım geliştiricilere yapılan duyuru sayfası incelendiğinde de herhangi bir ölçüt belirlenmediği görülmektedir. Bir projeden söz edilirken kuralların açık ve ayrıntılı olarak tanımlanmadığı, uygulamaya yön verilmediği, uygulayıcılara yol gösterici bir düzenleme yapılmadığı görülmektedir. Bu bakımdan "proje" konulu Genelge, amaca uygun olarak taşınması gerekli unsurları içermemesi nedeniyle de hukuka aykırıdır.

Genelge'nin konusu olan "e-Nabız projesi" içeriği incelendiğinde, kişilere ait tüm sağlık verilerini de içeren sağlık hizmeti alınması sırasında hekime ya da sağlık kuruluşuna verilen "bütün kayıtlar"dan söz edildiği görülmekte; "acil sağlık veri seti" olarak belirtilen

^{vi}http://www.ttb.org.tr/images/stories/file/2015/ddk_rapor.pdf

bir takım bilgilerin hastanın rızasına bağı olmaksızın gönderilmesinin zorunlu olduğu ifade edilmektedir.

Sağlık Bakanlığı tarafından kurulmuş olan Hastane Bilgi Yönetim Sisteminde “sağlık.net” olarak adlandırılan birime veriler Ulusal Sağlık Veri Sözlüğü (USVS) olarak adlandırılan bir sınıflandırma belgesi uyarınca toplanmaktadır. USVS 2.2. sürümü ile güncellenen belge incelendiğinde Genelge’de belirtilen **“acil sağlık veri seti” tanımı yer almamaktadır**. Belgede, kimi durumlar hastalıklar (gebelik, kanser, diyabet vb) açısından toplanması gerekli bilgiler, takip ve istatistik çıkarılması yönüyle sayılarak belirlenmiştir.

Uygulamanın nasıl şekilleneceğindeki belirsizlikler düzenlemenin denetlenmesini imkansız kılmakta; İdare’nin herhangi bir düzenlemeye bağı kalmaksızın vereceğı talimatlar ya da sistem üzerinde yapacağı elektronik işlemlerle toplanan verilerin içerik ve niteliğini bütünüyle değiştirmesine olanak sağlamaktadır. Genelge bu yönüyle de hukuka aykırıdır.

f) Genelgeyle hekimlere kusursuz sorumluluk yüklenemez

Genelge ile verilerin girişinin yapılmaması nedeniyle kamu ve özel sağlık kuruluşlarında çalışan tüm hekimler yönünden bir tür kusursuz sorumluluk tarif edilmiştir. Sağlık verilerine kişilerin ulaşamaması nedeniyle oluşacak sorunlardan sorumlu tutulmasının usulü, gerekçesi, amacı belirlenmediğı gibi kişilerin kusuru olmaksızın herhangi bir eylemleri nedeniyle sorumlu tutulması hukukun genel ilkelerine aykırıdır.

Diğer yandan idare açısından bile sınırlı olarak (Terör ve Terörle Mücadeleden Kaynaklı Zararların Karşılanması Hakkında Kanun tek mevzuat örneğidir) kabul edilen “risk ilkesine” dayalı kusursuz sorumluluğun kişiler açısından uygulaması mümkün değildir. Hasta hekim ilişkisinde etik kurallar çerçevesinde aranan aydınlanmış onam istenmesinin kişisel verilerin toplanmasında uygulama olanağı bulunmamaktadır. Hekimin hastasıyla ilişkisinde yapılacak teşhis ve tedaviye ilişkin hastanın bilgilendirilmesi ve istemediğı herhangi bir uygulamaya maruz kalmaması için kabul edilen bu temel düzenleme hasta hekim arasındaki güven ilişkisine ve hekimlik uygulamasına yön vermesi açısından önemlidir. Dolayısıyla hekimlerin hastalarının kişisel sağlık verilerinin toplanmasını sağlamak evrensel hekimlik kurallarının yanı sıra 1219 sayılı Yasa ile çerçevesi çizilmiş hekimin hak ve görevleri arasında da sayılamaz. Dolayısıyla hekimlerin kendi görevleri olmayan bir uygulamayı yapmaya zorlanmaları, aksi halde kusur/ihlal tanımı yapılmaksızın

kusursuz sorumluluklarına gidileceğinin kabul edilmesi açıkça hukuka aykırı olup Genelge'nin bu yönüyle de iptali gerekir.

YÜRÜTMENİN DURDURULMASI İSTEMİ

Dava konusu Genelge ile başta Anayasa ve tarafı olunan uluslararası sözleşmelerde belirlenen asli unsur olan kanunla düzenleme ilkesine aykırı olarak düzenleyici işleme kişisel sağlık verilerinin toplanması ve işlenmesi amaçlanmıştır.

Yasal ve hukuki dayanağı olmayan, hem tüm kişisel sağlık verilerinin toplanması ve işlenmesi tehlikesiyle karşı karşıya olan kişiler hem de hekimlik uygulaması açısından mesleki etik ilkeleri, idari ve cezai yaptırımla karşı karşıya gelebilecek hekimler yönünden uygulanması halinde telafisi imkansız zararlara neden olması nedeniyle İYUK 27. Maddesinden belirlenen koşulların oluşması nedeniyle öncelikle dava konusu Genelge'nin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmesini talep ederiz.

SONUÇ VE İSTEM :Açıklanan nedenlerle Sağlık Bakanlığı'nın 5 Şubat 2015 tarihinde yayımladığı 2015/5 sayılı "e-Nabız projesi" konulu Genelge'nin öncelikle yürütmesinin durdurulmasına ve iptaline, kişilerin sağlık bilgilerinin depolanmasıyla meydana gelecek riskin büyüklüğü gözetilerek davalının savunma süresinin kısaltılmasına, incelemenin duruşmalı olarak yapılmasına ve yargılama gideri ile vekalet ücretinin davalıya yükletilmesine karar verilmesini talep ederiz. Saygılarımızla. 6.4.2015

Davacılar vekilleri
Av.Mustafa GÜLER – Av.Özgür ERBAŞ

Ekleri:

¹ Vekaletname

² Dava konusu 2015/5 sayılı Genelge

³ Yargı kararları

-Danıştay 15. Daire 2013/2084 E. sayılı YD Kararı

-Anayasa Mahkemesinin 2013/122 E. 2014/74 K. sayılı kararı

-Anayasa Mahkemesinin 2013/114 E. 2014/22 E. sayılı YD kararı

-Anayasa Mahkemesinin 2011/150 E. 2013/30 K. sayılı kararı

-Anayasa Mahkemesinin 2014/149 E. 2014/151 K. sayılı kararı

⁴ Sağlık Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı'nın 1.7.2008 tarih ve 1486 sayılı yazısı

⁵ Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumunun 2.10.2012 tarih ve 2543 sayılı yazısı

⁶ Medyada çıkan bir kısım haberler