

Kişilik Hakkı Kapsamında İşçinin Sağlığına İlişkin Veriler

Personal Data Concerning Health of the Employee with regard to Individual Rights

Ufuk AYDIN*

ORCID ID: 0000-0001-5413-9022

Doğukan KÜÇÜK†

ORCID ID: 0000-0002-3024-6285

Makale Geliş Tarihi / Received : 02.01.2019

Makale Kabul Tarihi / Accepted : 27.06.2019

Öz

İşçinin özel ve giz alanındaki kimi bilgiler günümüz teknolojisi, iletişim olanakları ve küreselleşme sayesinde kolaylıkla işlenebilmektedir. Bu nedenle bu bilgilerin özel olarak korunması ihtiyacı hissedilmiştir. Özel olarak korunması gereken bilgilerin başında ise işçinin sağlığına ilişkin verileri gelmektedir. Bu çerçevede 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda işçinin sağlığına ilişkin verilerinin işlenmesinin sınırları düzenlenmiştir. Ancak getirilen bu sınırlamaların yeterli olup olmadığının ve işçinin bu kapsamdaki verilerin hukuka uygun olarak işlenip işlenmediğinin belirlenmesi gereklidir.

Anahtar Sözcükler: Kişilik Hakkı, Sağlığına İlişkin Veri, Veri İşleme, Hukuka Uygunluk, Rıza

Abstract

Some information about an employee which are relevant to his/her private and confidential area can be easily processed with today's technology, communication possibilities and globalization. For these reasons, the need for special protection of this information were arose. Personal data concerning health of the employee comes first at information that needs to be protected distinctively. Within this framework, Code on the Protection of Personal Data No. 6698 and Code of Code of Obligations No. 6098 regulates the limits to process of personal data concerning health of the employee. However, it is necessary to determine whether these restrictions are sufficient and the data in this scope are processed in accordance with the law.

Keywords: Individual Rights, Personal Data Concerning Health, Processing of Data, Legality, Consent

Giriş

Kişinin maddi, manevi ve ekonomik değerleri üzerindeki haklarından olan kişilik hakkı, kişiye bir yandan kapsam dâhilindeki değerler üzerinde egemenlik yetkisi sağlarken diğer yandan üçüncü kişilerin hukuka aykırı müdahalelerine karşı korunma sunar. Bu noktada kişinin manevi değerleri arasında bulunan kişisel veriler dikkate değerdir. Kişisel verilerin kapsamı sınırlı olmamakla birlikte; bu veriler kimliği belirli veya belirlenebilir kişiye ait her türlü bilgiyi ifade etmektedir. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında özel nitelikli kişisel veri olarak da düzenlenen sağlığına ilişkin veri, kişilik hakkının bir parçası olmasının yanında, kolayca ve sıkça ihlal edilmesi sebebiyle çalışmamız açısından ayrıntılarıyla ele alınmıştır. Bu bağlamda işçinin sağlığına ilişkin verileri kişilik hakkı kapsamında değerlendirildiğinden, sağlığına ilişkin verinin ne olduğunun, işverenin bu verileri hangi durumlarda işleyebileceğinin ve hangi durumların hukuka aykırı işleme sayılacağına belirlenmesi de gerekecektir. Bunların

*Prof. Dr., Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, uaydin@anadolu.edu.tr

†Arş. Gör., Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, dogukankucuk@anadolu.edu.tr

E-ISSN: 2651-4036 / © 2017-2019 Journal of Management and Labour. This is an open access article.

Önerilen Atıf Biçimi / Recommended Citation: Aydın, U. ve Küçük, D. (2019). Kişilik Hakkı Kapsamında İşçinin Sağlığına İlişkin Veriler. *Yönetim ve Çalışma Dergisi*. 3(1) 54-79.

devamında ise işçinin sağlığına ilişkin verilerin işyeri ortamında ve özellikle üçüncü kişilere karşı korunmasının esasları da incelenecektir.

1. KİŞİLİK HAKKI VE İŞÇİNİN SAĞLIĞINA İLİŞKİN VERİ KAVRAMLARI

1.1. Kişilik Hakkı ve Kişisel Verilerin Korunması Hakkına İlişkin Düzenlemeler

Kişilik (şahsiyet) hakkı, kişinin maddi, manevi veya ekonomik bütünlüğü gibi kişiliğini oluşturan değerleri üzerinde kişiye sıkı sıkıya bağlı olan mutlak bir haktır (Öztaş, 2000, s. 117; Serap, 2001; Aydın, 2002, s. 5 vd.; Akipek ve Akıntürk, 2002, s. 360 vd.; Kaplan, 2011, s. 41; Akıntürk, 2012, s. 108 vd.; Hatemi, 2017, s. 66; Helvacı, 2017, s. 69; Ateş Karaman, 2012, s. 108).³ Bu hak, kapsam dâhilinde bulunan değerler üzerinde bir yandan egemenlik ve bu değerleri geliştirme olanağı tanırken öte yandan da bu değerler bakımından üçüncü kişilerin hukuka aykırı müdahalelerden kaçınmalarını talep etme yetkisi verir (Akipek ve Akıntürk, 2002, 360 vd.)

Uygulamada genellikle kişilik hakkı kapsamında bulunan değerlerin neler olduğu tahdidi yöntemle sayılmamakta, kapsam dâhiline neler girdiğinin tespiti hâkime bırakılmaktadır (Serozan, 2011, s. 411; Dural ve Oğuz, 2017, s. 101). Çünkü gelişen ve değişen dünyada hakkın kapsamı genişlerken, tahdidi yöntemin uygulanması durumunda hakkın kapsamına girmeyen değerler üzerinde kişilik hakkı ileri sürülemeyecek ve bu durumda ilgili değerler üçüncü kişilerin hukuka aykırı müdahalelerine karşı savunmasız kalabilecektir. Durum bu olmakla beraber, doktrinde genellikle kişinin hayatı, sağlığı, vücut tamlığı⁴, şeref ve haysiyeti⁵, ismi veya resmi⁶, meslek, sanat ve ticari hayatı gibi değerler kişilik hakkı kapsamında değerlendirilmektedir.

Kişilik hakkı kapsamındaki değerler arasında kişiliğin bir yansıması olan yaşam alanı da bulunmaktadır (Helvacı, 2017, s. 58). Doktrinde çoğunlukla benimsenen yaklaşıma göre kişinin yaşam alanı kamuya açık alan, özel alan ve giz (gizlilik) alanı olarak üçe ayrılır (Sevimli, 2006, s. 8; Küzeci, 2018, s.74). Kamuya açık alanda yer alan olay ve belgeler kural olarak hukuken korunmasa da özel alan ve giz alanına ilişkin olay ve belgelerin üçüncü şahısların müdahalelerine karşı korunması gereklidir (Oğuz, 2008, s. 142). Çünkü özel hayatın bağımsızlık ve gizlilik gibi iki önemli yanı bulunmaktadır (Kaboğlu, 1993, s. 164). Bunlar da üçüncü kişilerden gelecek müdahalelere karşı bir mahremiyet ortamı yaratır (Aydın, 2002, s. 17). Herkesin, bir diğer kimsenin özel hayatına saygı göstermesi zorunluluğu karşısında özel hayatın gizliliği hakkı daha da önem kazanmaktadır (Akipek ve Akıntürk, 2002, s. 409).

Özel hayatın gizliliği hakkının bir uzantısı olan kişisel verilerin korunması hakkı çalışmamız açısından önem taşımaktadır (Süzek, 2017, s.421; Sevimli, 2011, s. 120; Sevimli, 2017, s. 5;

³ "... Kişilik hakkı, kişi kavramını da içinde barındıran kişinin, kişi olmasından ötürü sahip olduğu, hak ve fiil ehliyeti ile hukuk düzeninin korunmaya değer bulunduğu maddi ve manevi kişisel değerleri üzerindeki mutlak haktır." HGK., 2018/19-374 E., 2018/943 K., 25.04.2018 T.; "... Kişilik hakkı ise kişisel varlıkların korunması ile ilgilidir. Kişisel varlıklar, bedensel ve ruhsal tamlık ve yaşam ile nesep gibi insanın insan olmasından güç alan varlıklar ya da kişinin adı, onuru ve sır alanı gibi dolaylı varlıklar olarak iki kesimlidir." 4. HD., 2008/7577 E., 2009/2902 K., 26.02.2009 T. (www.kazanci.com.tr).

⁴ "... Kişisel değerler, insanın insan oluşu sebebiyle sahip olduğu vücut, sağlık, yaşam gibi bedensel bütünlüğe bağlı değerler ile ruhsal bütünlük, faaliyet özgürlüğü gibi ruhsal değerleri kapsar." HGK., 2017/3-2786 E., 2017/2016 K., 20.12.2017 T. (www.kazanci.com.tr).

⁵ "... kişinin toplum içindeki değerlerinden olan "onur ve saygınlığı" kişilik hakkının koruduğu kişisel değerlerdendir. Medeni Kanunun 24. maddesi, kişilik hakkının mutlak bir hak olarak kabul etmiştir; kişi, kişilik hakkının tanınmasını ve ona saygı gösterilmesini "kişisel değerlerde bir ayırım yapmaksızın" herkese karşı ileri sürebilir. Kuşkusuz onur ve saygınlık, nisbi kavramlar olduğundan, çevre ve zaman içinde değerlendirilip değişik yargılara varılabilir. Ancak unutulmamalıdır ki kişinin saygınlığı, ona verilen değerlerin bir ifadesidir." 4. HD., 1983/4708 E., 1963/5665 K., 30.05.1983 T. (www.kazanci.com.tr).

⁶ "... Kişilik hakları şahsa sıkı sıkıya bağlı, devredilemeyen ve vazgeçilemeyen haklar olup hayat beden ve ruh tamlığı, düşünce ve çalışma özgürlüğü, şeref, haysiyet, ad ve resim üzerindeki haklar olarak sayılabilir ve bu sayılanlarla da sınırlı değildir." 4. HD., 2013/7425 E., 2014/3799 K., 06.03.2014 T. (www.kazanci.com.tr).

Lynskey, 2015, s. 130; European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe; 2018, s. 19). Bu bağlamda öncelikle kişisel veri kavramının açıklanması yerinde olacaktır. Zira kavramın açıklanmasıyla kapsam ve sınırları da belirlenmiş olacaktır.

Uluslararası ve ulusal metinlerdeki tanımlara göre kişisel veri, belirli ya da belirlenebilir nitelikteki kişiye ait bilgiyi ifade etmektedir (Okur, 2011, s. 373. Lynskey, 2015, 122). Avrupa Konseyi'nin 108 Sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesi Bakımından Kişilerin Korunmasına İlişkin Sözleşmesi md. 2/a'da, AB'nin 2016/679 sayılı Tüzüğü md. 4/I-1'de, OECD'nin “Özel Yaşamın Gizliliğinin ve Sınır Ötesi Kişisel Veri Dolaşımının Korunmasına İlişkin Rehber İlkeler” md. 1/(a)'da, UÇÖ'nün İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkında Uygulama Kodu md. 3.1.'de ve KVKK md. 3/1-d'de benzer tanımlar karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada tekraren vurgulamak gerekir ki, kişisel verilerin kapsamındaki unsurların tahdidi olmadığı ve olamayacağı açıktır (Kişisel Verileri Koruma Kurumu, 2018, s. 52).⁷

Kişisel verilerin korunması hakkı ise, kişiliğin korunması amacını güden, kişinin kişisel verileri üzerinde karar alma özgürlüğünü garanti altına alan ve bu verilerinin işlenmesi ile ortaya çıkan tehlikelere karşı kişiyi koruyan hak olarak tanımlanmaktadır (Okur, 2011, 369-370; Gürsel, 2016, s. 766). Başka bir deyişle kişisel verilerin korunması hakkı ile birlikte kişinin özel hayatı güvence altına alınmakta, kişi kendi hayatını serbestçe geliştirebilmekte, kişisel verileri üzerinde tasarruf edebilmekte ve bu verilerin üçüncü kişiler tarafından kendisi aleyhinde kullanılması engellenmektedir. Öte yandan ilgili hak ile birlikte kişi, geleceğini şekillendirebilmekte ve bu veriler dolayısıyla geleceğinin olumsuz yönde etkilenmesinin önüne geçmektedir.⁸

Hem ulusal hem de uluslararası belgelerde düzenlenen kişisel verilerin korunması hakkı mutlak bir hak değildir. Başka bir anlatımla bu hak sadece kişisel verileri toplayan, kullanan ya da işleyen kişilere karşı ileri sürülebilecektir. Bu hakkın toplumdaki işleviyle birlikte düşünülmesi ve orantılılık ilkesine çerçevesinde diğer temel haklara karşı dengelenmesi gerekir. Örneğin işverenin işe alımda aday işçiye soru sorma hakkı ile işçinin kişisel verilerinin korunması hakkı arasında sağlanması gereken denge bu gereksinimin bir sonucudur (Okur, 2011, s. 370).

Kişisel verilerin korunması hakkı, Avrupa Birliği mevzuatı bakımından öncelikle Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 8'inci maddesi ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 16'ncı maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Ayrıca “*Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Verilerin Serbest Dolaşımı ile İlgili Olarak Gerçek Kişilerin Korunması Hakkında (EU) 2016/679 sayılı Tüzük*” kişisel verilerin korunması hakkı bakımından kapsamlı bir düzenlemedir. Öte yandan “*Bireylerin Topluluk Kurumları ve Organları Tarafından Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Verilerin Serbest Dolaşımı ile İlgili Olarak Korunması Hakkında (EC) 2001/45 sayılı Tüzük*”, “*Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Elektronik Haberleşme Sektöründe Gizliliğin Korunması Hakkında (EC) 2002/58 sayılı Direktif*” gibi düzenlemeler de kişisel verilerin korunması hakkı yönünden dikkate değerdir.

Avrupa Konseyi'nin 1950 yılında kabul ettiği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) kişisel verilerin korunması hakkı açıkça yer almasa da, Sözleşmenin 8'inci maddesi dolaylı yoldan bu hakkı garanti altına almaktadır (Kilkelly, 2001, s. 13; Council of Europe, 2011, s. 17; European Court of Human Rights, 2018, s. 33). Öte yandan Türkiye açısından da bağlayıcı olan

⁷ “... Hemen ifade edilmesi gerekir ki kişisel verinin sayısal olarak sınırlandırılması mümkün değildir. Ancak içtihatlar ve akademik yayınlar dikkate alındığında bireyin kimliğini ortaya çıkartan, bir kişiyi belirli kılan ve karakterize eden kişinin kimlik, ekonomik ve dijital bilgileri, tabiiyeti, kanaatleri, ırk, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep veya diğer inançları, dernek, vakıf ve sendika üyeliği, sağlık bilgileri, fotoğrafları, parmak izi, sağlık verileri, telefon mesajları, telefon rehberi, sosyal paylaşım sitelerinde yazdığı veya paylaştığı yazı, fotoğraf, ses veya görüntü kayıtları kişisel verileri olarak kabul edilebilir.” HGK., 2014/4-56 E., 2015/1679 K., 17.06.2015 T. (www.kazanci.com.tr).

⁸ İlgili karar için bk. HGK., 2014/4-56 E., 2015/1679 K., 17.06.2015 T. (www.kazanci.com.tr).

Avrupa Konseyi'nin 108 Sayılı Sözleşmesi ile temel hak ve özgürlüklere saygı duyulması ve kişisel verilerin otomatik olarak işlenmesi bakımından özel hayatın gizliliğinin korunması amaçlanmıştır. Bununla birlikte yine Avrupa Konseyi'nin "181 Sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesine Ek Denetleyici Makamlar ve Sınır Aşan Veri Akışına İlişkin Protokol" ile Türkiye, kişisel verilerin korunması alanına ilişkin gerekli denetleyici makamı kurmayı kabul etmiştir. Ayrıca Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin aldığı çeşitli Kararlarda⁹ ve Bakanlar Komitesi'nin kabul ettiği çeşitli Tavsiyelerde¹⁰ de ilgili hakın korunması bakımından düzenlemeler bulunmaktadır.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (UÇÖ) kişisel verilerin korunması hakkını doğrudan içeren herhangi bir sözleşmesi bulunmamaktadır. Bunun yerine UÇÖ'nün genellikle uygulama kodları çıkararak konu ile ilgili düzenlemeler yaptığı görülmektedir. Örneğin "İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkında Uygulama Kodu", "İşyerinde Alkol ve Uyuşturucuyla ilgili Konuların Yönetimi ile İlgili Uygulama Kodu", "HIV/AIDS ve Çalışma Dünyası Hakkında Uygulama Kodu" gibi düzenlemeler kişisel verilerin korunmasına yönelik UÇÖ belgeleri arasında yer almaktadır.

Birleşmiş Milletler (BM) tarafından kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 12'nci maddesiyle kişinin özel hayatına yönelik keyfi müdahalelere maruz kalmasına karşı korunma hakkı düzenlenmiştir. Bununla yanında BM'nin kabul ettiği 16 Aralık 1966 tarihli Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 17'nci maddesinde benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Kişisel verilerin korunması hakkının bu maddeler kapsamında değerlendirileceği söylenebilir (Bozkurt Gümrükçüoğlu, 2017, s. 44).

1982 Anayasası'nda kişisel verilerin korunması hakkı ayrı bir başlık altında bağımsız bir hak olarak düzenlenmese de, herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını düzenleyen 17'nci madde ile özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkı ile kişisel verilerin korunmasını isteme hakkını düzenleyen 20'nci madde, kişisel verilerin korunması hakkına kimi garantiler getirmektedir (Şimşek, 2008, s. 111).

Öte yandan; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK), 4857 sayılı İş Kanunu (İK), 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK), 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK), 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (İSGK), Türk Medeni Kanunu (TMK) gibi Kanunlar da kişisel verilerin korunması hakkı ile ilgili düzenlemeler getirmektedir.

1.2. Sağlığın İlişkin Veriler

Kişi, özel veya giz alanında bulunan kendisi hakkındaki kimi bilgilerin öğrenilmemesini isteyebilir. Ancak hızla gelişen teknoloji, iletişim olanakları ve küreselleşme ile birlikte kişisel verilerin elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, açıklanması, kullanılması veya aktarılması, kısaca verilerin işlenmesi kolaylaşmaktadır (Helvacı, 2017, s. 83). Böylece kişisel verilerin üçüncü kişilere karşı korunmasında daha özel bir korunma ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Bu özel koruma gerektiren alanlardan birisi kişinin, daha özelde ise işçinin sağlığı ilişkin verileridir.

Uluslararası düzenlemeler incelendiğinde Avrupa Birliği'nin (AB) 2016/679 sayılı Tüzüğü md. 4/15'te sağlığa ilişkin veri (*data concerning health*), "sağlık hizmetlerinden sağlanan veriler de dâhil olmak üzere, bir gerçek kişinin fiziksel veya ruhsal sağlığı ile ilgili sağlık durumunu ortaya koyan kişisel veriler" şeklinde tanımlanmıştır.

⁹ Örneğin, İnternet ve Çevrimiçi Medyada Gizlilik ve Kişisel Verilerin Korunması hakkında: Resolution 1843 (2011), Siber Alanda Kullanıcıların Korunmasını ve Kullanıcı Güvenliğini Geliştirme hakkında: Resolution 1986 (2014) vb.

¹⁰ Kişisel Verilerin İstihdam Bağlamında İşlenmesine İlişkin CM/Rec(2015)5 Tavsiyesi, Kişisel Verilerin Profil Oluşturma Bağlamında Otomatik Olarak İşlenmesi Bakımından Kişilerin Korunmasına İlişkin CM/Rec(2010)13 Tavsiyesi, Tıbbi Verilerin Korunması Hakkında No.R(97)5 Tavsiyesi, Sağlık Hizmeti Amacıyla Genetik Test ve Taramalar Hakkında No.R(92)3 Tavsiyesi vb.

Avrupa Konseyi'nin (AK) Kişisel Verilerin İstihdam Bağlamında İşlenmesine İlişkin CM/Rec(2015)5 Tavsiyesi'nde ((2015)5 sayılı Tavsiyesi) ise “*sağlık verisi*” (*health data*) kavramı kullanılmış ancak herhangi bir tanım yapılmamıştır. Tıbbi Verilerin Korunması Hakkında No.R(97)5 Tavsiyesi'nde ((97)5 sayılı Tavsiyesi) ise “*tıbbi veri*” (*medical data*) kavramı kullanılmış ve bir kişinin sağlığı ile ilgili tüm kişisel veriler tıbbi veri olarak ifade edilmiştir. Kişisel Verilerin Profil Oluşturma Bağlamında Otomatik Olarak İşlenmesi Bakımından Kişilerin Korunmasına İlişkin CM/Rec(2010)13 Tavsiyesi'nde ((2010)13 Tavsiyesi) ise “*sağlıkla ilgili kişisel veri*” (*personal data on health*) kavramı kullanılmış ancak tanım yapılmamıştır.

UÇÖ'nün İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkında Uygulama Kodu'nda ise tıbbi kişisel veri (*medical personal data*) ifadesi kullanılmış ve burada da herhangi bir tanım yapılmamış, dolayısıyla kapsam belirlenmemiştir.

Ulusal mevzuat ele alındığında; Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda (KVKK'da) da sağlığa ilişkin verinin tanımlanmadığı görülmektedir. Kanun'un 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında “*kişilerin ...sağlığı... ile ilgili verileri*”; yine aynı maddenin 3'üncü fıkrasında “*sağlık...a ilişkin veriler*” terimleri kullanılmıştır. Bununla birlikte Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetin Sağlanması Hakkında Yönetmelik md. 4/1-(g)'de “*kişisel sağlık verisi*”nin tanımı yapılmıştır. İlgili düzenlemeye göre kişisel sağlık verisi, “*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü sağlık bilgisini*” ifade etmektedir.

Sağlığa ilişkin veri hakkında bir tanım yapabilmek için kavramın kapsamına nelerin girdiğinin belirlenmesi gereklidir. Türk hukuku düzenlemelerinde yukarıda da ifade edildiği gibi, sağlığa ilişkin veri kapsamında nelerin bulunduğu düzenlenmiş değildir. Ancak bu konuda uluslararası mevzuattan yararlanılabilir. AB'nin 2016/679 sayılı Tüzüğü'nde nelerin sağlığa ilişkin veri olduğu 35'inci paragrafta belirtilmiştir. İlgili Tüzüğe göre “*genetik veriler ve biyolojik örnekler dâhil olmak üzere, vücudun belirli bir bölümü veya tamamı üzerinde yapılan kontrol ve testlerden elde edilen veriler*” sağlığa ilişkin veri kapsamındadır. Bununla birlikte yine ilgili Tüzükte “*kaynağından bağımsız olmak üzere, veri öznesinin hastalık, sakatlık, hastalık riski, tıbbi geçmişi, klinik tedavi, fizyolojik veya biyomedikal duruma ilişkin bilgiler*” de kapsam dâhilindedir. Tanımda yer alan “*kaynağından bağımsız olması*” terimi ise verilerin “*sağlık profesyonelleri, hastane, tıbbi araç ya da tanı testlerinden*” herhangi birisi tarafından elde edilmesinin hiçbir öneminin bulunmadığını ifade etmek için kullanılmıştır. Öte yandan Tüzük, “*sağlık amacıyla gerçek kişiyi diğer kişilerden ayıracak şekilde tanımlamak amacıyla bu gerçek kişiyle ilişkilendirilen sayı, sembol veya bilgileri*” de sağlığa ilişkin veri kapsamında kabul etmiştir. Son olarak “*sağlık hizmetlerden yararlanmak için kayıt olunması veya sağlık hizmetlerinden yararlanma sırasında toplanan gerçek kişiyle ilgili bilgiler*” de sağlığa ilişkin veri olarak ifade etmiştir.

Sağlığa ilişkin veri, bir gerçek kişiyi diğer bir gerçek kişiden ayırmaya yarayan ve o kişiye ait sağlık durumunu ortaya koyan kişisel sayı, sembol veya bilgiler olarak tanımlandığında, aynı kişinin sağlığı ile ilgili mali bilgiler de sağlığa ilişkin veri olarak kabul edilmelidir. Çünkü 2016/679 sayılı Tüzükte de belirtildiği üzere, sağlık kapsamında bir gerçek kişiyi diğer bir gerçek kişiden ayıran sayı, sembol ve bilgi sağlığa ilişkin veridir. Bu bağlamda örneğin bir kişinin hastane masraflarına ilişkin veriler de sağlığa ilişkin veri kapsamında kabul edilmelidir.

Bunlara ek olarak kişinin gebeliği, geçirdiği rahatsızlıklar, yaşadığı ameliyatlar, tedavi öncesi sağlığına ilişkin verdiği bilgiler, tedavi sonrası kullandığı ilaçlar, sahip olduğu bulaşıcı hastalıklar, genetik hastalıklar, önleyici ya da tedavi amaçlı yapılan testlerden elde edilen veriler, psikolojik test sonuçları, herhangi bir sağlık probleminin olup olmadığını belirlemek amacıyla uygulanan test sonuçları, kişinin obezite risk grubunda olup olmadığını gösteren veriler, kişinin alkol yahut uyuşturucu bağımlılığı, röntgen sonuçları, idrar veya tükürük örneklerinin tahlili sonucu elde edilen bilgiler, tüm beden tarama sonuçları gibi bilgiler kişinin

sağlığına ilişkin veri olarak kabul edilebilir (European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, 2018, s. 335).

Sağlığa ilişkin veriler bakımından yapılan bir ayrım da, *tanımlanabilir sağlık verileri ve tanımlanamayan sağlık verileri* ayrımıdır (Gostin ve Hodge, 1999, s. 30). Tanımlanabilir sağlık verisi kişinin geçmişteki, şimdiki veya gelecekteki sağlık durumu hakkında bilgi veren ve sağlık verisinin öznesi olan kişinin kimliğini ortaya çıkaran yazılı, sözlü, elektronik, görsel gibi hangi formda olduğuna bakılmadan toplanan veridir (Gostin ve Hodge, 1999, s. 30). Tanımlanamayan sağlık verisi ise kişinin sağlık durumunu ortaya çıkarmayan veri olarak ifade edilmektedir. Bu noktada kişi açısından risk oluşturacak, ayrımcılığa uğramasına sebep olacak veriler tanımlanabilir sağlık verisidir. Buna karşılık, anonimleşmiş sağlığa ilişkin veriler tanımlanamayan sağlık verisi olduğundan kişi için herhangi bir risk oluşturmayacaktır.

Sağlığa ilişkin veriler hem ulusal hem de uluslararası belgelerde özel nitelikli kişisel veri olarak kabul edilmiştir. Hassas veri, duyarlı veri, özel kişisel veri olarak da anılan özel nitelikli kişisel veri, diğer verilere göre daha fazla korunmaya ihtiyacı olan, ilgili verilerin ifşası halinde kişiyi zarara uğratma tehlikesi diğerlerine göre daha fazla olan veridir (Kaya, 2011, s. 318; Akgül, 2016, s. 18.). KVKK'nın 6'ncı maddesine göre "*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*". İlgili bu maddede veya Kanunun tanımlar kenar başlığını taşıyan 2'nci maddesinde, herhangi bir tanım yapılmamış, sınırlı sayıda saymak suretiyle hangi verilerin özel nitelikli kişisel veri olabileceğini sıralamıştır.

Sağlığa ilişkin verilerin özel nitelikli veri olarak kabul görmesinin nedeni, KVKK'nın 6'ncı maddesinin gerekçesinde de belirtildiği gibi, bunların özel nitelikte olmayan verilere göre işlendikleri zaman veri öznesinin ayrımcılığa uğrama riskinin veya kişinin zarara uğrama tehlikesinin fazla olması, bu nedenle de daha çok korunmaya ihtiyaç duyulmasıdır (Süzek, 2017, s. 424; Ünal, 2018, s. 263; Akgül, 2016, s. 19). Keza AB'nin 2016/679 sayılı Tüzüğü'nde özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi kenar başlıklı 9'uncu maddesinde ve 108 sayılı Sözleşme'nin 6'ncı maddesinde sağlığa ilişkin veriler özel nitelikli veriler arasında sayılmıştır.¹¹ Bununla birlikte KVKK'nın 6'ncı maddesinde de benzer bir düzenleme mevcuttur.¹²

Kişilik hakkı çerçevesinde bulunan değerler konusunda olduğu gibi özel nitelikli verilerin neler olduğu konusunda da bir sınırlamaya gidilmemesi kanımızca yerinde olacaktır. İlgili bilgilerin özel nitelikli veri kabul edilmesinin nedeni yukarıda da belirtildiği gibi işlenme sırasında ayrımcılığa ve kişinin zarara uğrama riskinin daha fazla olmasıdır. Bu noktada somut olayın özelliğine göre hareket edilmeli, eğer bir verinin işlenmesi diğer verilere göre zarar ve ayrımcılık tehlikesini daha fazla ortaya çıkarıyorsa ilgili veri o somut olay çerçevesinde özel nitelikli veri olarak değerlendirilmelidir (Akgül, 2016, s. 21; Kaya, 2011, 320-321).

1.3. İşçinin Sağlığa İlişkin Verileri

İş sözleşmesini iş görme borcu doğuran diğer sözleşmelerinden ayıran en önemli özellik işçinin, işverene bağımlı olarak çalışması, yani bağımlılık unsurudur (Tunçomağ ve Centel, 2016, s. 69). Nitekim İK'nın 8'inci maddesinde açıkça işçinin bağımlı olarak iş görmesinden bahsedilmektedir. Bağımlılık unsuru öncelikle hukuki, yani kişisel bir bağımlılık olarak kabul

¹¹ İlgili Tüzüğe göre "ırk, etnik köken, siyasi düşünce, felsefi inanç, sendika üyeliği, genetik veri ve biyometrik, sağlık ya da cinsel yaşamı veya cinsel yönelimine ilişkin veriler" özel nitelikli veri olarak kabul edilmiştir. 108 sayılı Sözleşme'de ise "ırksal köken, siyasi düşünce, dini ya da diğer inanışlar, sağlık ve cinsel yaşamına ilişkin veriler" özel nitelikli veri olarak kabul edilmiştir.

¹² KVKK'ya göre sağlığa ilişkin veriler haricinde "kişinin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve gündelik tedbirleri ile ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri" özel nitelikli veri olarak kabul edilmiştir. Böylece maddenin sınırlayıcı bir şekilde hangi durumların özel nitelikli veri olduğu sıralanmıştır.

edilmelidir (Süzek, 2017, 237; Eyrenci, Taşken ve Ulucan, 2017, s. 61).¹³ Başka bir deyişle, iş sözleşmesinde bağımlılık işçinin kişiliği ile ilgilidir (Ertürk, 2002, s. 87). Bununla birlikte bağımlılık unsuru işçinin ekonomik bağımlılığını da kapsamaktadır. Her iki bağımlılık türü de işçinin özel hayat hakkı ve kişisel verilerin korunması hakkı kapsamında ele alındığında işçi açısından risk yaratabilecek alanları oluşturmaktadır (Kaplan, 1997, s. 370; Sevimli, 2008, s. 55).

İş sözleşmesinin bağımlılık unsuru ile birlikte taraflar arasında kişisel ilişki kurulması, işveren açısından gözetme borcunu, işçi açısından ise sadakat borcunu doğurur. İşverenin gözetme borcunun yanında ayrı bir borç olarak değerlendirilmesi gereken işçinin “kişiliğini koruma borcu” bulunmaktadır (Güven ve Aydın, 2017, s. 147). TBK’nın 417’nci maddesinin 1’inci fıkrasında işveren, iş ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla yükümlü tutulmuştur. Böylece işverenin sadece işçinin maddi değerleri üzerinde değil, manevi değerleri üzerinde de bir koruma yükümü doğmaktadır (Aydınlı, 2015, s. 22; Bayram, 2006, s. 16).¹⁴ Bu bağlamda işçinin kişiliğinin bir uzantısı olan işçinin kişisel verileri de koruma kapsamına girmektedir (Çelik, Canikoğlu ve Canbolat, 2017, s. 321-322).

İşçi hukuku bakımından ve işçi açısından kişisel veri kavramını tanımlamak gerekirse, belirli ya da belirlenebilir nitelikteki bir işçiye doğrudan ya da dolaylı olarak ait olan bilgi ve veriler işçinin kişisel verileri anlamına gelir (Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal 2017, s. 232). Bu bilgiler işçinin özel hayatı ilgili olabileceği gibi mesleki hayatıyla da ilgili olabilir. Örneğin işçinin kimlik bilgileri, adı, soyadı, ücreti, telefon numarası, doğum tarihi, medeni durumu, mesleki durumu, sigorta sicil numarası vs. bilgiler işçinin kişisel verilerinin kapsamı içinde değerlendirilir (Güven ve Aydın, 2017, s. 148; Manav, 2015, s. 97).¹⁵ Bu bağlamda işçinin sağlığına ilişkin verilerin de kişisel veriler arasında yer aldığına kuşku bulunmamaktadır (Sevimli, 2011, s. 123; Yıldız, 2008, s. 85; Ünal, 2018, s. 263).

İş hukuku açısından bakıldığında, işçinin sağlığına ilişkin veri, işçinin sağlığı hakkında bilgi veren her türlü veri olarak ifade edilebilir. Bu noktada işçinin işe alımdan önce sahip olduğu hastalıklar, işçinin işyerinde meydana gelen iş kazası, geçirdiği meslek hastalığı, işçiye uygulanacak testler vb. işçinin sağlığına ilişkin verilerdir.

İşçinin sağlığına ilişkin bilgiler doğru olmasa bile, ilgili bilgiler veri olarak kabul edilecektir (Beytar, 2017, s. 51). İşçi HIV pozitif olmasa bile işyerinde HIV pozitif olduğunun yayılması bu duruma örnek olarak gösterilebilir (European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, 2018, 219-221). Öte yandan bu verilerin nesnel ya da öznel olmasının da bir önemi bulunmamaktadır. Çünkü kişisel verilerin korunması ilgili verinin değil, gerçek kişinin korunmasını sağlar. İşçinin iş kazası sonucu kolunu kırması nedeniyle hastaneden alacağı sağlık raporu nesnel bir veriyken, işverenin işçinin burun estetiği ameliyatını çok pahalıya oluyor değerlendirmesi öznel bir veri olacaktır.

¹³ “... İş sözleşmesini belirleyen ölçüt hukukî-kişisel bağımlılıktır. Gerçek anlamda hukukî bağımlılık işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki talimatlara uyma yükümlülüğünü içerir. İşçi edimini işverenin karar ve talimatları çerçevesinde yerine getirir. İşçinin işverene karşı kişisel bağımlılığı ön plana çıkmaktadır. İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini, işçinin işverenin talimatlarına göre hareket etmesi ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır.” 9. HD., 2015/28321 E., 2017/14781 K., 03.10.2017 T. (www.kazanci.com.tr).

¹⁴ “... İşverenin işçiye gözetme borcu geniş kapsamlı bir borçtur. Bu borcun kapsamına hangi hususların girdiğini önceden sınırlı bir şekilde belirlemek mümkün değildir. Bunların başında işçinin kişiliğinin korunması gelir.” HGK., 2015/22-1890 E., 2017/383 K., 01.03.2017 T. (www.kazanci.com.tr).

¹⁵ “... Öncelikle Whatsapp sistemi, telefon ve internet ortamında internet vasıtası ile iletişimi gerçekleştiren bir sistemdir. Burada kişi, kişiler ile iletişime geçtiği gibi gruplar kurarak grup içi iletişimi gerçekleştirilmektedir. Ancak bu sistem kendi içinde korunan ve üçüncü kişilere kapalı bir konumdadır. Dolayısı ile işçilerin iş akışını bozmadığı ve çalışmaların etkilemediği sürece bir grup kurmaları ve burada iletişim içinde olmaları yasak değildir. İşçilerin bu kapsamda burada iletişimlerinin kişisel veri olarak da korunması esastır.” 2016/14205 E., 2017/9526 T., 01.06.2017 T. (www.kazanci.com.tr).

İşçinin sağlığına ilişkin verilerin elektronik ortamda toplanıp toplanmamasının da herhangi bir önemi bulunmamaktadır (Okur, 2011, s. 370; Manav, 2015, s. 98). Günümüzde işçilerin verileri genel olarak elektronik ortamda toplansa da İK'nın 75'inci maddesinde işçi adına özlük dosyası tutulması düzenlenmiştir. Böylece ilgili veriler bir dosya içinde muhafaza edilecektir (Aydın, 2006, s. 493; Yıldız, 2008, s. 85). Bu dosyada muhafaza edilen verilerden sağlıkla ilgili olanlar, işçinin sağlığına ilişkin verilerini oluşturmaktadır.

2. İŞÇİNİN SAĞLIĞA İLİŞKİN VERİLERİNİN HUKUKA UYGUN İŞLENMESİ

2.1. Veri İşleme Kavramı

KVKK'nın 3'üncü maddesinde kişisel verilerin işlenmesi, *“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 hale getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem”* şeklinde tanımlanmıştır. Benzer bir tanım AB'nin 2016/679 sayılı Tüzüğü'nde de bulunmaktayken¹⁶, 108 sayılı Sözleşme otomatik yolla işlenen verilerle ilgili bir sözleşme olduğu için, bu Sözleşmenin 2'nci maddesinin yalnızca otomatik işlemeden (*automatic processing*)¹⁷ bahsedilmiştir. UÇÖ'nün İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkında Uygulama Kodu md. 3.2'ye göre ise işleme, *“kişisel verilerin toplanması, depolanması, bağlanması, nakli veya kişisel verilerin diğer kullanımları”* anlamına gelir.

İşçinin sağlığına ilişkin veriler de kişisel veri kapsamında olduğu için ilgili verilerin elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hale getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi sağlığa ilişkin verilerin işlenmesi anlamına gelir. Bu bağlamda vurgulamak gerekir ki, verilerin işlenmesine ilişkin genel düzenlemelerin sağlığa ilişkin veriler bakımından evleviyetle geçerli olduğunu söylemek mümkündür.

2.2. Verilerin Hukuka Uygun İşlenmesi

İşverenler çeşitli nedenlere dayanarak işçilerin kişisel verilerini işlemektedir (Sevimli, 2011, s. 124). Ancak işçiye ait her türlü verinin işverenler tarafından işlenemeyeceği de açıktır. Bu bağlamda işverenin herhangi bir veriyi işleyebilmesi için hukuka uygunluk nedeninin bulunması gerekir. Aksi halde işçinin kişisel verilerin korunması hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Bu durumda işçi, hukuk düzeni tarafından sağlanan korumadan yararlanacaktır. Konuya ilişkin uluslararası ve ulusal düzenlemeleri ele almakta yarar bulunmaktadır.

2.2.1. Uluslararası Düzenlemeler Bakımından

AB'nin veri işleme ile ilgili temel düzenlemesi olan 2016/679 sayılı Tüzüğü'ne göre sağlığa ilişkin veri özel nitelikli kişisel veri kapsamında kabul edilmektedir. İlgili Tüzüğün 9'uncu maddesinde özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, kişinin sağlığına ilişkin verileri açığa çıkaran işlemler kural olarak yasaklanmıştır. Ancak maddenin 2'nci fıkrasında bu genel kuralın istisnaları detaylı bir şekilde on bent halinde sıralanmıştır. Örneğin Birlik veya üye devlet hukuku çerçevesinde özel nitelikli verilerin işlenmesi yasağının veri öznesi tarafından kaldırılamayacağına ilişkin bir hüküm bulunması haricinde, veri öznesinin belirtilen bir veya daha fazla sayıda amaca yönelik olarak söz konusu kişisel verilerin işlenmesine açık bir şekilde rıza göstermesi durumunda, sağlığa ilişkin veriler işlenebilecektir.

AK'nin kabul ettiği 108 sayılı Sözleşme'nin 6'ncı maddesine göre, özel veri kategorileri, iç hukukta uygun güvenceler sağlanmadığı sürece, otomatik işleme tabi tutulmayacaktır. 9'uncu

¹⁶ İlgili Tüzükte “veri işleme”nin değil “işleme”nin (*processing*) tanımı yapılmıştır.

¹⁷ Otomatik veri işleme, *“tamamen veya kısmen otomatik yöntemlerle gerçekleştirilen verilerin kaydı, bu verilere mantıksal ve/veya aritmetik işlemlerin uygulanması, verilerin değiştirilmesi, silinmesi, geri elde edilmesi veya dağıtılması”* ifade etmektedir.

maddede ise belirli sınırlar haricinde 6'ncı madde hükmüne istisna getirilmeyeceği düzenlenmiştir. Sözleşmenin 9'uncu maddesine göre, devletin güvenliğinin korunması, kamu güvenliği, devletin mali menfaatleri veya suçun önlenmesi ile ilgili kişi ya da bir başkasının hak ve özgürlüklerinin korunması adına kanunlarda öngörülmüş ve demokratik bir toplum için gerekli olma şartıyla 6'ncı maddede istisna getirilebilir.

AK'nin (97)5 sayılı Tavsiyesinin 4'üncü maddesinde, tıbbi verilerin toplanması ve işlenmesi düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre kamu sağlığı, kamu yararı ya da gerçek bir zararın veya ceza gerektiren bir suçun önlenmesi için kanunun öngördüğü durumlarda tıbbi veriler toplanıp işlenebilecektir. Ayrıca ilgili maddeye göre tıbbi veriler, önleyici tıbbi amaçlar için ya da veri öznesinin veya genetik çizgideki akrabasının teşhis ya da tedavi için izin vermesi, veri öznesinin veya üçüncü bir kişinin yaşamsal çıkarlarının korunması, belirli bir sözleşme yükümlülüğünün yerine getirilmesi ya da hukuki bir iddianın saptanması, gösterilmesi ya da bu iddiayı savunmak için kanunun izin verdiği ölçüde işlenebilecektir.

AK'nin (2015)5 sayılı Tavsiyesinde ise 108 sayılı Sözleşme'de belirtilen duyarlı verilerin işlenmesi hakkında usul ve esaslar 9'uncu maddede düzenlenmiştir. Buna göre işçinin belirli bir işe alımı için veri işleme kaçınılmazsa veya iç hukukun belirlediği sınırlar dâhilinde ve uygun koruma uyarınca iş sözleşmesiyle ilgili yasal zorunlulukların yerine getirilmesi gerekiyorsa duyarlı veriler işlenebilecektir. Ancak md. 9.4'e göre sağlık verileri sadece kanun tarafından düzenlendiği ve uygun koruma sağlandığı sürece işçilerden toplanabilecektir.

UÇÖ'nün İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkında Uygulama Kodu md. 6.7'ye göre işçinin tıbbi kişisel verileri, ulusal kanunlara, tıbbi gizliliğe ve iş sağlığı ve güvenliğinin genel prensiplerine uygun olarak ancak işçinin belirli bir işe uygun olup olmadığının belirlenmesi, iş sağlığı ve güvenliği ihtiyaçlarını karşılanması ve işçinin sosyal haklarının belirlenmesi veya bu hakların verilmesi için gerekliyse işlenebilir.

2.2.2. Ulusal Düzenlemeler Bakımından

KVKK'nın 6'ncı maddesinde özel nitelikli kişisel verilerin işlenme şartları düzenlenmiştir. Kişinin sağlığına ilişkin veriler de özel nitelikli veri kapsamında olduğu için bu verilerin işlenmesi bakımından 6'ncı madde uygulanacaktır. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasına göre, ilgilinin açık rızası olmaksızın sağlığa ilişkin verilerin işlenmesi yasaktır. Aynı maddenin 3'üncü fıkrasında ise sağlığa ilişkin verilerin işlenmesi bakımından istisna getirilmiştir. Buna göre sağlığa ilişkin veriler, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ancak *“kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla”* ilgilinin açık rızası olmaksızın da işlenebilecektir.

KVKK'ya göre daha spesifik bir durumu düzenleyen TBK'nın 419'uncu maddesinde kişisel verilerin kullanılması bakımından ayrı bir hüküm bulunmaktadır. İlgili maddenin birinci fıkrasına göre işveren, işçiye ait kişisel verileri, *“ancak işçinin işe yatkinlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde”* kullanabilecektir. İkinci fıkrada ise özel kanun hükümleri saklı tutulmuştur ki, burada kastedilen kanunların başında KVKK'nın geldiği açıktır.

Öte yandan madde kenar başlığı ve birinci fıkrada geçen “kullanma” teriminin “işleme” olarak anlaşılması gereklidir (Sevimli, 2011, s. 134; Ünal, 2018, s. 266; Polat, 2012, s. 19). Başka bir deyişle burada sadece işçiye ait verilerin kullanılması değil, KVKK'nın 3'üncü maddesinde yapılan kişisel verilerin işlenmesi tanımında geçen kaydetme, depolanma, muhafaza etme, değiştirilme gibi faaliyetleri de kapsama girmektedir.

Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinde uygulanma alanı bulunan 4983 sayılı Bilgi Edinme Kanunu'nun özel hayatın gizliliği kenar başlığını taşıyan 21'inci maddesine göre, kişinin izin verdiği hâller saklı kalmak

üzere, özel hayatın gizliliği bakımından, açıklanması hâlinde kişinin sağlık bilgileri bilgi edinme hakkı kapsamı dışında tutulmuştur.

İşçinin sağlığına ilişkin verilerin işlenmesi açısından getirilen bir başka düzenleme ise İSGK'nın 15'inci maddesinde bulunmaktadır. İlgili maddenin 5'inci fıkrasına göre “sağlık muayenesi yaptırılan çalışanın özel hayatı ve itibarının korunması açısından sağlık bilgileri gizli tutulur”.

İK'da ise işçinin kişisel verilerinin işlenmesi açısından hüküm bulunmaktadır. Kanunun 75'inci maddesinin birinci fıkrasına göre işveren, “çalıştırdığı her işçi için bir özlük dosyası düzenler. İşveren bu dosyada, işçinin kimlik bilgilerinin yanında, bu Kanun ve diğer kanunlar uyarınca düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kayıtları saklamak ve bunları istendiği zaman yetkili memur ve mercilere göstermek zorundadır”. Bu maddenin 2'nci fıkrasına göre işveren, “işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlüdür” (Güven ve Aydın, 2017, s. 149; Aydın, 2006, s. 492).

2.3. İşçinin Sağlığına İlişkin Verilerin Hukuka Uygun İşlenmesi Koşulu

İşçinin sağlığına ilişkin verilerin işlenmesi bakımından birden çok dağınık hüküm bulunmaktadır. Doktrinde kabul gören ve tarafımızca da benimsenen görüşe göre, TBK'nın 419'uncu maddesi bu konuya ilişkin özel hüküm olarak kabul edilmektedir (Ünal, 2018, s. 266; Bozkurt Gümrükçüoğlu, 2018, s. 37). Buna karşılık, vurgulamak gerekir ki, kişisel verilerin işlenmesi bakımından KVKK özel kanun niteliğindedir. İşçinin sağlığına ilişkin verilerin işlenmesi açısından TBK'nın 419'uncu maddesi ve KVKK arasında herhangi bir çatışma durumu bulunmadığı için hem 419'uncu madde hem de KVKK düzenlemesi aynı anda uygulanabilir niteliktedir. Zira 419'uncu maddenin son fıkrasında özel kanun hükümlerinin saklı tutulduğu ayrıca düzenlenmiştir (Sevimli, 2011, s. 134).

TBK'nın 419'uncu maddesi incelendiğinde işçinin kişisel verileri ancak “işçinin işe yatkınlığı ile ilgili” veya “hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu” olduğu ölçüde işlenebilecektir (Soyer, 2012, s. 18, dn. 59; Bozkurt Gümrükçüoğlu, 2017, s. 36; Sevimli, 2011, s. 135). Doktrinde bu iki koşul bakımından farklı değerlendirmeler yapılmaktadır. Bir görüşe göre bu iki koşul da hukuka uygunluk sebebi değildir. İlgili düzenlemeler veri işleme ilkelerinin iş hukukuna yansımalarıdır (Ünal, 2018, s. 268). Başka bir görüşe göre ise ilgili ifadeler üstün yarar ve işçinin rızası gibi hukuka uygunluk nedenlerini daraltmaktadır (Sevimli, 2011, s. 135).

Kanımızca işçinin sağlığına ilişkin veriler özel nitelikli kişisel veri olduğu için, ilgili veri eğer KVKK kapsamında işlenecek bir veri ise hem KVKK'nın 6'ncı maddesindeki işleme şartlarına ve hem de TBK'nın 419'uncu maddesinde düzenlenen ölçütlere tabi olacaktır. Başka bir deyişle eğer işveren, işçinin KVKK kapsamında işlenebilecek olan sağlığına ilişkin veriyi işlemek istiyorsa, ilgili veri işçinin işe yatkınlığı ya da iş sözleşmesinin ifası için zorunlu olmalı ve veri işlenmesi için işçinin açık rızası alınmalıdır. İşçinin açık rızasının bulunmaması ve iki ölçütten birinin eksikliği halinde işveren, işçinin sağlığına ilişkin verisini işleyemeyecektir. Zira KVKK'nın 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasının ilk cümlesine göre sağlık ve cinsel hayat dışındaki verilerin kanunlarda öngörülen hallerde açık rıza aranmaksızın işlenebileceğini düzenlemiştir. Her ne kadar 3'üncü fıkranın 2'nci cümlesinde açık rızaya ilişkin istisna düzenlenmiş olsa da, Kanunun ilgili madde gerekçesinde değinildiği üzere, ilgili istisna sadece Sağlık Bakanlığı ile her türlü sağlık kuruluşu ve Sosyal Güvenlik Kurumu bakımından öngörülmüştür.¹⁸ Bununla birlikte KVKK kapsamında bulunan işçinin sağlığına ilişkin bir verinin işlenebilmesi için ayrıca KVKK'nın 4'üncü maddesinde düzenlenen genel ilkelere de

¹⁸ İlgili cümleye göre “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” işlenebilecektir.

uyulması gerekecektir (Okur, 2011, s. 388 vd.). Bu maddenin 1'inci fıkrasında belirtildiği gibi sağlığa ilişkin verinin işlenmesi ayrıca, bu ve diğer kanunlarda öngörülen usul ve esaslara da uygun olmak zorundadır. Öte yandan aynı maddenin 2'nci fıkrasında belirtilen kişisel verilerin işlenmesinde uyulması zorunlu ilkeler de göz ardı edilmeyecektir.¹⁹

KVKK kapsamına girmeyen işçinin sağlığa ilişkin veriler bakımından ise TBK'nın 419'uncu madde düzenlemesine başvurulacaktır. Bu bağlamda işçinin işe yatkınlığı ya da iş sözleşmesinin ifası için zorunlu olması ölçütlerinden birisinin yanında sadece işçinin açık rızası değil, diğer özel kanunlarda da bulunan hukuka uygunluk nedenlerinden birisi de gerekecektir.

2.4. İşçinin Rızası

İşçinin sağlığına ilişkin verilerin işlenebilmesi için gereken tek hukuka uygunluk nedeni işçinin vereceği açık rızadır. İşçinin vereceği onay, verinin işlenmesi bakımından hukuka aykırılığı ortadan kaldıracaktır (Okur, 2011, s. 385). Bu yüzden işçiden alınacak bu rızanın niteliğinin iyi belirlenmesi gerekmektedir.

KVKK'ya göre, sağlığa ilişkin verinin işlenebilmesi için kişinin açık rızasına ihtiyaç bulunmaktadır. Kanun'un 3'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde açık rızanın tanımı yapılmıştır. Buna göre *“belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rıza”*, açık rızadır. Başka bir deyişle açık rıza, işçinin sağlığına ilişkin verilerin işlenmesinde, işçinin isteği ile ya da işveren tarafından gelen talep üzerine, işçinin verinin işlenmesi bakımından kuşkuya yer bırakmayacak şekilde ve özgür iradesiyle onay vermesidir (Sevimli, 2008, s. 145). Bu bakımdan işçinin susması başka bir deyişle zımni rıza, geçerli bir rıza olarak kabul edilmeyecektir (Bozkurt Gümrükçüoğlu, 2017, s. 55). Doktrinde, açık rızanın aranmasının bu hukuka uygunluk nedeninin uygulama alanını daralttığı ileri sürülmüştür ki, bu görüşe katılmamak mümkün değildir. Zira konunun hassasiyeti dikkate alındığında bu yerinde bir düzenleme olmuştur.

KVKK'da da belirtildiği gibi işçinin açık rızasının alınabilmesi için, işverenin veri işleme konusunda işçiyi bilgilendirmesi gereklidir. Bilgilendirme işveren açısından bir yükümlülüktür (Sevimli, 2008, s. 157-158). Bilgilendirme anlaşılır bir dille yapılmalıdır (Küzeci, 2018, s. 242). Böylece işçi neye rıza göstereceğini, bunun olası sonuçlarını öğrenebilir ve buna göre rızasının olup olmadığını açıklayabilir (Küzeci, 2018, s. 241). Başka bir anlatımla, yapılacak bilgilendirme sadece işlenecek sağlığa ilişkin veri üzerine değil, bu verilerin işlenmesinin sonuçları hakkında da olmalıdır (Kişisel Verilerin Koruması Kurumu, 2018, s. 49). Nitekim KVKK'nın 10'uncu maddesinde veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğü düzenlenmiştir. Bu maddeye göre yapılacak bilgilendirmede “veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliği, kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği, kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılabilirliği, kişisel veri toplamanın yöntemi ile hukuki sebebi ve ilgili kişinin KVKK'nın 11'inci maddesinde²⁰ sayılan diğer haklar”ın bulunması gereklidir. Öte yandan Kişisel Verilerin Korunması Kurumu tarafından çıkartılan “Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ'de (Tebliğ) de aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı benzer şekilde düzenlenmiştir. Buna göre; kişisel verilerin elde edilmesi sırasında veri sorumluları veya yetkilendirdiği kişilerce, ilgili kişilerin bilgilendirilmesi gerekcek ve yapılacak bilgilendirme asgari olarak veri sorumlusunun ve

¹⁹ Bu fıkra göre kişisel verilerin işlenmesinde uyulması gereken ilkeler “ hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma, doğru ve gerektiğinde güncel olma, belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme, işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma ve ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme”dir.

²⁰ KVKK'nın 11'inci maddesinde dokuz bent halinde kişisel verisi işlenen ilgili kişinin sahip olduğu haklar düzenlenmiştir. Buna göre örneğin ilgili kişi, veri sorumlusuna başvurarak kendisiyle ilgili kişisel verilerin işlenip işlenmediğini öğrenme, kişisel verilerin işlenme amacını ve bunların amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını öğrenme, kişisel verilerin kanuna aykırı işlenmesi sebebiyle zarara uğraması halinde zararın giderilmesini talep etme gibi haklara sahiptir.

varsa temsilcisinin kimliği, kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği, kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılabilirliği, kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi, ilgili kişinin Kanunun 11'inci maddesinde sayılan diğer hakları içerecektir.

Bu noktada önemli bir husus da iş sözleşmesi yapılırken verilmiş rıza beyanının durumudur. Veri işleme, işçinin kişilik hakkına bir müdahale niteliği taşıdığı için kanımızca işçinin baştan vereceği genel bir rıza hukuken geçersiz olacaktır (Okur, 2011, s. 385). İşveren, işlemek istediği veri bakımından bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirdikten sonra, işçinin somut olarak işlenecek veri üzerindeki açık rızası aranacaktır (Küzeci, 2018, s. 241; Kaya, 2011, s. 326). Dolayısıyla iş sözleşmesine konulacak bir hükümle işçinin önceden rızasının alınması mümkün ve geçerli değildir. Eğer iş sözleşmesine böyle bir hüküm konulmuşsa da ilgili hüküm işçi açısından geçersiz olacaktır.

İşçinin özgür iradesi, vereceği rıza açısından önemlidir. İşçi, üstünde herhangi bir baskı hissetmeden, rıza vermediği takdirde herhangi bir olumsuz durumla karşılaşma korkusu olmadan hareket edebilmelidir. İşçinin iradesini sakatlayacak her fiil, her ima, her ifade rızanın meşruluğunu da sakatlayacaktır. İşçinin sağlığına ilişkin verilerin işlenmesi bakımından verdiği açık rızayı geri alması her zaman mümkündür.

Verilecek rızanın sözlü ya da yazılı olması bakımından herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bakımdan rızanın hangi yolla verildiğinin bir önemi yoktur (European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, 2018, s. 113). Ancak yazılı olarak alınan rıza, ispat bakımından fayda sağlayacaktır (Kaya, 2011, 326; Gürsel, 2016, s. 780).

Doktrinde rızanın toplu iş sözleşmesiyle de alınabileceği ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre toplu iş sözleşmesinin koruma ve düzen işlevi işçinin özel hayatı bakımından da geçerlidir ve rızanın özgürce verilir verilmeyeceği konusundaki kuşku, toplu iş sözleşmesiyle en aza iner (Sevimli ²¹, 2006, s. 119). Kanımızca toplu iş sözleşmesine konulacak hükümle işçilerin rızalarının alınması mümkün görülmemelidir. Öncelikle toplu iş sözleşmesi ile getirilmek istenen düzenlemeler üst hukuk kurallarına aykırı olamayacağı için kanunların emredici hükümlerinin aksine düzenlemeler toplu iş sözleşmelerinde yer alamaz (Ekmekçi, 2018, s. 170). KVKK özel nitelikli veriler açısından ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesini yasaklamış bu noktada emredici bir hüküm tesis etmiştir.²² Öte yandan kişisel veriler üzerinde kişinin sahip olduğu kişilik hakkı vardır. Kişilik hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı olan, vazgeçilmez ve devredilmez mutlak bir haktır. Bu nedenlerle işçi yerine sendikanın veriler üzerinde herhangi bir rıza ortaya koyması mümkün değildir.

İşçinin vereceği rızanın yorumunda dikkatli olmak ve ilişkinin doğası gereği rızaya kuşkuyla bakmak yerinde olacaktır (Sevimli, 2008, s. 70). Başka bir deyişle, açık rızanın tespitinde işçi ile işveren arasındaki bağımlılık ilişkisinin dikkate alınması ve verilen rızanın ihtiyatla yaklaşılması gerekir (Güven ve Aydın, 2017, s. 149). Çünkü işçinin işini kaybetme korkusu yüzünden rızasını istemeden de olsa vermesi muhtemeldir. KVKK'nın sağlığa ilişkin verilerin

²¹ Yazar ayrıca özel yaşam hakkının toplu iş sözleşmesi düzenlemeleriyle kaldırılamayacağı görüşünün etkisini de yadsımamaktadır. *Ibid*, 120.

²² Anayasa Mahkemesi 2003/66 E., 2005/72 K. sayılı Kararıyla (Resmi Gazete Tarih-Sayısı : 24.11.2007-26710) İK'nın 20'nci maddesinde düzenlenen “*toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa ... uyuşmazlık ... özel hakeme götürülür*” düzenlemesini iptal etmiştir. Mahkemeye göre toplu iş sözleşmesine özel hakeme gitme hükmü konulmuşsa, bu hüküm normatif nitelikte olacak ve sendika üyesi olan işçiyi yasa hükmü gibi bağlayacaktır. Ancak Anayasa'nın 36'ncı maddesinin 1'inci fıkrasına göre, herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı olarak iddiada bulunmak ve adil yargılanmak hakkına sahiptir. Bu nedenle iptali istenilen düzenlemede yargı önünde davacı olarak esas yönünden iddiada bulunulmasına olanak verilmemiş olması hak arama özgürlüğünü sınırlayacaktır. Benzer şekilde toplu iş sözleşmesine konulacak özel nitelikli kişisel verilerin toplanmasına ilişkin bir hüküm de normatif nitelikte olacak ve bir yasa hükmü gibi bağlayacaktır. Böylece toplu iş sözleşmesi kapsamına giren işçilerin Anayasanın 20'nci maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği hakkı ile kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı sınırlanacaktır.

işlenmesi bakımından düzenlediği tek hukuka uygunluk nedeni işçinin vereceği açık rızadır. Kanımızca işçinin işini kaybetme korkusu nedeniyle istemese bile rızasını verecek olması ihtimali karşısında açık rızadan başka hukuka uygunluk nedenin aranması gerekebilecektir. Örneğin İSGK'nın 15'inci maddesine göre işveren işe girişte işçinin sağlık muayenesini yapmak zorundadır. Ayrıca bu maddenin 2'nci fıkrasıyla, tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde çalışacakların, yapacakları işe uygun olduklarını belirten sağlık raporu olmadan işe başlatılması yasaklanmıştır. KVKK sadece işçinin rızasını geçerli bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul ettiğinden, işveren muayeneyi yaptırabilmesi için işçinin rızasını aramak durumunda kalacaktır. Böylece kanunun zorunlu tuttuğu bir düzenleme ile KVKK arasında uyumsuzluk meydana gelmektedir (Ertürk, 2002, s. 64). Bu gibi durumlarda menfaatlerin dengelenmesi ve işçinin rızasının aranmaması yerinde olacaktır. Dolayısıyla sağlığa ilişkin verilerin de (cinsel hayata ilişkin veriler de dâhil olmak üzere) diğer özel nitelikli veriler gibi kanunlarda öngörülen zorunlu hâllerde (kamu düzeni, genel sağlık vb.) ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilmelidir. Fakat bu noktada Kanunda bir değişiklik yapılması şarttır (Gürsel, 2016, s. 792-793).

Son olarak ekleyelim ki, Türk hukuku dışında, uluslararası belgelerde de rıza bakımından düzenlemeler olduğu görülmektedir. AB'nin 2016/679 sayılı Tüzüğü'nün 4'üncü maddesinde rıza *“veri öznesinin beyanla ya da açık bir onay eylemiyle kendisine ait kişisel verilerin işlenmesine onay verdiğini gösteren özgür şekilde verilmiş veri öznesinin isteklerini gösteren spesifik, bilgilendirilmiş ve açık gösterge”* şeklinde tanımlanmıştır (European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, 2018, 112). 108 sayılı Sözleşme'de rızanın herhangi bir tanımı yapılmamış, tanımın yapılması iç hukuka bırakılmıştır. AK'nin (2015)5 sayılı Tavsiyesi'nde veri öznesinin tam, açık, özgürce verilmiş ve bilgilendirilmiş rızasından bahsedilmiştir. Ayrıca (97)5 sayılı Tavsiyesinde ise rızanın özgür, bilgilendirilmiş ve açık olması gerektiği düzenlenmiştir. UÇÖ'nün İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkında Uygulama Kodu'nun 6'ncı maddesinde ise işçinin açık rızasının alınması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

3. İŞÇİNİN SAĞLIĞINA İLİŞKİN VERİLERİN TOPLANMASI AŞAMASINDA KİŞİLİK HAKKINA YÖNELİK İHLALLER

3.1. İşçinin Sağlığına İlişkin Sorular

İşveren, bilgi edinme amacıyla aday işçiye/işçiye çeşitli sorular sorabilmektedir (Aydınlı, 2015, s. 29). Kişisel verilerin elde edilmesi bir veri işleme faaliyeti olduğu için, işverenin işçiye soru sorması da veri işleme kapsamında değerlendirilir (Ünal, 2018, s. 274).

İşverenin aday işçiye/işçiye soracağı sorular arasında sağlığa ilişkin olanların bulunması muhtemeldir. Çünkü işveren aday işçinin/işçinin, işyerindeki pozisyona sağlık açısından uygun olup olmadığını, diğer işçilere bulaşacak bir hastalığının bulunup bulunmadığını bilmek isteyebilir. Bu noktada işverenin aday işçiye/işçiye sağlığa ilişkin soru sorma hakkının sınırlarının belirlenmesi gerekir.

AK'nin (2015)5 sayılı Tavsiyesi md. 9.2'ye göre işverenin, aday işçiye/işçiye sağlığa ilişkin sorular sorabilmesi için, burada sayılan koşullardan birinin varlığı gerekmektedir. Maddeye göre işveren, işçinin yaptığı ya da aday işçinin yapacağı iş için uygun olup olmadığını belirleyebilmek amacıyla soru sorulabilir. Benzer şekilde işveren, koruyucu hekimlik gereksinimlerini yerine getirebilmek amacıyla da soru sorulabilecektir. Maddede ayrıca uygun bir iyileştirme ya da diğer çalışma ortamı şartlarının sağlanması, veri öznesinin veya diğer çalışanların ya da kişilerin hayati çıkarlarının korunması, sosyal yardımların sağlanması veya yargılama sürecine cevap verilmesi adına işverenin, aday işçiye/işçiye sağlığa ilişkin sorular sorabileceği düzenlenmiştir.

Doktrindeki bir görüşe göre çalışma yeri ve işin niteliği açısından aday işçiye/işçiye sağlığa ilişkin sorular sorulabilecektir (Ertürk, 2002, s. 68; Bozkurt Gümrükçüoğlu, 2017, s. 77;

Rehbinder, 1982, s. 752 ve 754; Canikoğlu, 2002, s. 268; Odaman, 2002, s. 41; Erkanlı, 2015, s. 75). Bir başka görüşe göre ise işçiye sorulacak sorular onun çalışma yeteneğini sınırlandırıp sınırlandırmadığını öğrenmeye yönelikse sorulabilir (Sevimli, 2006, s. 178; Manav, 2015, s. 118). Diğer bir görüş ise işçinin işe yatkınlığı ile iş sözleşmesinin ifası için zorunlu olan durumların öğrenilmesi adına işçiye sağlığına ilişkin sorular sorulabileceğini ileri sürmektedir (Ünal, 2018, s. 276). Son bir görüş ise sağlığa ilişkin soruların sınırının kişilik hakları, işin niteliği ve işe uygunluk olduğunu ifade etmektedir (Yıldız, 2008, s. 83).

Kanımızca KVKK kapsamında bir veri işleme faaliyeti mevcutsa, işçinin açık rızasının aranmasının yanında TBK md. 419'da düzenlenen kişisel verilerin işlenmesi şartları, sağlığa ilişkin sorular sorulması bakımından da aranmalıdır. Böylece işçinin işe yatkınlığı veya iş sözleşmesinin ifası için zorunlu olan durumları öğrenmek adına işveren aday işçinin/işçinin açık rızasını alarak sağlığa ilişkin sorular sorabilecektir. KVKK kapsamına girmeyen bir veri işleme faaliyeti açısından ise genel hukuka uygunluk nedenleri ile işçinin işe yatkınlığı veya iş sözleşmesinin ifası için zorunlu olma durumu birlikte aranacaktır.

Bu bağlamda işveren aday işçiye/işçiye her bulaşıcı hastalık değil, işçinin veya bulaştığı zaman işçi ile aynı işyeri ortamında çalışan diğer işçilerin iş görme borcunu etkileyen ya da müşteri çevresine tehlike yaratma riski bulunan bulaşıcı hastalıklar sorulabilecektir.²³ Çünkü işverenin bu noktada haklı menfaati bulunmaktadır (Manav, 2015, s. 118). Bunun haricindeki bulaşıcı hastalıkların, örneğin grip, nezle gibi iş görme borcunu esaslı surette etkilemeyen hastalıkların sorulması mümkün ve anlamlı değildir (Ünal, 2018, s. 276). Doktrinde, işyerinde çalışmasında sakınca doğurabilecek önemli bulaşıcı hastalığı bulunuyorsa, sorulmasa bile sadakat borcu gereği işçinin bu durumunu söylemesi gerektiği de haklı olarak ileri sürülmüştür (Rehbinder, 1982, s. 756).

Öte yandan sorulacak soruların sınırını, yapılan işin süresinin çizeceği de ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre kısa süren işler açısından işçinin sağlık durumu ile uzun süren işler açısından işçinin sağlık durumu aynı etkiyi doğurmayacaktır (Canikoğlu, 2002, s. 270. Yıldız, 2008, s. 84).

Hukuka uygunluk nedeni bulunmayan ve işçinin işe yatkınlığı veya iş sözleşmesinin ifası için soru sorulması zorunlu olmayan hallerde aday işçi/işçilerin sorulan sorulara cevap verme zorunluluğu bulunmamaktadır (ILO, 1997, s. 17). Nitekim UÇÖ'nün İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkında Uygulama Kodu md. 6.8'de veri işleme prensiplerine aykırı sorulan sorulara işçinin eksik veya yanlış cevap vermesi nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilemeyeceği ya da disiplin cezası verilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu bağlamda hukuka uygun olan sorular aday işçi/işçi tarafından tam ve doğru cevaplandırılmalıdır (Bozkurt Gümrükçüoğlu, 2017, s. 75). Ancak işe alınmama ya da işini kaybetme korkusu nedeniyle aday işçi/işçi sorulan sorulara cevap vermek durumunda kalırsa, bu noktada aday işçinin/işçinin yanlış cevap verme hakkının olduğu kabul edilmelidir (Ünal, 2018, 277; Yürekli, 2014, s. 552).

Son olarak eklemek gerekir ki, işçinin kişisel verilerini hukuka uygun olarak işlemeyen işveren, işçinin kişilik haklarını ihlal edeceği için işçi, TMK md. 24/I ve md. 25 ile TBK md. 49 ve md. 58'e dayanarak kişilik hakkının korunmasına ilişkin davaları açabilecektir (Kaplan, 2011, s. 51; Öztan, 2000, s. 151).

²³ Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği'nin 19'uncu maddesi mesleki bulaşıcı hastalıklar kenar başlığını taşımaktadır. İlgili maddeye göre "Mesleki bulaşıcı hastalıklar Listesinin "D Grubu"nda yer alan bulaşıcı hastalıkların, görülen işin gereği olarak veya işyerinin özel koşullarının etkisiyle oluşması ve enfeksiyonun laboratuvar bulguları ile de kanıtlanması gereklidir." Bu bağlamda D Grubunda yer alan malarya, lekeli humma, veba, şarbon gibi bulaşma riski yüksek olan hastalıklara işçinin sahip olup olmadığı sorulabilir. Benzer şekilde Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans ve Kontrol Esasları Yönetmeliği'nin EK-1 listesindeki Hepatit B, sıtma, tüberküloz gibi bulaşıcı hastalıklar da işçiye sorulabilir.

3.2. İşçiye Uygulanacak Testler

3.2.1. HIV/AIDS Testi

AIDS hastalığının işçinin iş görme edimini etkilemesi ve HIV'in aynı işyerinde çalışan diğer işçilere veya müşteri çevresine bulaşma korkusu nedeniyle bazı işverenler işe alımda veya işin devamında HIV/AIDS testi yaptırılmasını istemektedir. İşçinin HIV pozitif veya AIDS olması²⁴, sağlığa ilişkin bir durumdur ve işverenin, işçinin HIV pozitif ya da AIDS'li olup olmadığını öğrenmek üzere test yaptırılmasını istemesi işçinin sağlığına ilişkin veri işleme faaliyetidir. Bu nedenle, yapılacak test ile işçiye ait bilgiler elde edileceğinden bu süreçte hukuka uygunluk nedenlerinin bulunması gerekecektir (Bayram, 2006, s. 20 vd. Erkanlı, 2015, s. 87). Aksi halde işçinin özel hayatının gizliliği ve kişisel verilerinin korunması hakkı, başka bir deyişle işçinin kişilik hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Bu bakımdan işlenecek veriler KVKK kapsamında ise ilgili verinin özel nitelikli veri olması dolayısıyla aranacak hukuka uygunluk nedeni işçinin açık rızası olacaktır. Dolayısıyla işçinin açık rızası olmadan HIV testinin²⁵ yaptırılması mümkün değildir. Öte yandan işçi, HIV testi yapılmasına açık rıza gösterse bile kişisel veriler işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olmak da zorundadır. Aksi halde uygun veri işlemeden söz edilemeyeceği için, işverenin işçinin sağlığına ilişkin veriyi işlemesi hukuka uygun olmayacaktır.

UÇÖ'nün HIV/AIDS ve Çalışma Dünyası Hakkında Uygulama Kodu'na göre işe alım sırasında işçiden HIV testi yaptırmayı istenmemelidir (ILO, 2002, s. 15). UÇÖ'nün 2010 yılında kabul ettiği 200 sayılı HIV ve AIDS Hakkındaki Tavsiye'nin 24'üncü ve 25'inci maddelerine göre, HIV testi ya da HIV durumunu açığa çıkaran diğer taramalar aday işçi/işçiden istenmemelidir. Eğer işe alımda bir test yapılmak isteniyorsa bunun tamamen gönüllülük esasına uygun olması gereklidir.

Aday işçinin/işçinin HIV testine açık rıza vermemesi ya da test sonucunun pozitif çıkması gibi durumlarda, işverenin aday işçiyi işe almama yahut işçinin iş sözleşmesini feshetme hakkının bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gereklidir.

Öncelikle aday işçinin/işçinin HIV pozitif olması nedeniyle herhangi bir farklı muameleye maruz kalması ayrımcılık yasağı kapsamına girer (Ünal, 2018, s. 280 ve 281; Parli, 2015, s. 379). UÇÖ'nün 200 sayılı Tavsiyesi md. 3/c'ye göre de aday işçilerin/işçilerin HIV/AIDS nedeniyle herhangi bir ayrımcılığa uğramaması gereklidir. Benzer şekilde AİHS'nin ayrımcılık yasağını düzenleyen 14'üncü maddesi de HIV/AIDS nedeniyle ayrımcılığı yasaklamıştır. Türk hukukunda ise HIV/AIDS durumu, İK'nın 5'inci maddesinde düzenlenen "benzeri sebepler" kavramı kapsamında görülmeli ve bu nedenle işçi, uğrayacağı ayrımcılığa karşı maddede düzenlenen korumadan yararlanmalıdır.

İş görüşmeleri sırasında aday işçinin HIV testine rıza göstermemesi ya da bu testi yaptırdıktan sonra sonucun pozitif çıkması halinde, işverenin aday işçiyi işe almaması ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilecektir. Örneğin Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'nin karara bağladığı "Hoffmann v. South African Airways"²⁶ davasında olduğu gibi işe alımda yapılan kan

²⁴ HIV (*Human Immunodeficiency Virus*) vücudun bağışıklık sistemini azaltan ve sonunda AIDS'e neden olan virüstür. Virüs, özellikle kan, sperm, vajinal salgılar ve anne sütü gibi vücut sıvılarıyla bulaşmaktadır. Virüsün en yaygın bulaşma şekli korunmasız cinsel birleşmedir. Bunun dışında virüs, kan ve kan ürünlerinin kullanılması, HIV'e sahip annenin emzirmesi ve doğum yapması yoluyla bulaşabilmektedir. Dolayısıyla hapsirme, tokalaşma, aynı havayı soluma, aynı tuvaleti paylaşma gibi yollarla virüs bulaşmamaktadır. AIDS (*Acquired Immune Deficiency Syndrome*) ise fırsatçı enfeksiyonlar nedeniyle ortaya çıkan bir dizi sağlık durumudur. HIV, bağışıklık sistemini zayıflatığı için kişi, normalde savaştığı fırsatçı enfeksiyonlara karşı artık savaşmamakta ve bu nedenle çok kolay hastalanmaktadır. Bu noktada HIV pozitif olan kişi hemen AIDS hastası olmamaktadır. Virüs kapıldıktan sonra hastalıkla ilgili hiçbir belirti görülmeden kişi yıllarca yaşayabilmektedir. (ILO, 2002, s. 1-19; Aydın, 2002, s. 177 vd; Ertürk, 2002, s. 7; ILO, 2002, s. 1 vd.).

²⁵ UÇÖ'nün 200 sayılı Tavsiyesinde ilgili test HIV testi şeklinde kullanılmaktadır.

²⁶ İlgili karar için bk. <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/17.html>. Erişim Tarihi 15.08.2018.

testinin neticesinde HIV pozitif olduğu anlaşılan işçinin işe alınmaması sağlık temelinde ayrımcılık oluşturacaktır.²⁷ Ancak işe alımda ayrımcılık yasağının yaptırımı İK'nın 5'inci maddesinde düzenlenmemiştir.²⁸ Bu bakımdan kanımızca bu noktada iş görüşmelerinde doğan sorumluluk (*culpa in contrahendo*) çerçevesinde işçi tazminat talep edebilecektir (Yürekli, 2014, s. 563; Urhanoglu Cengiz, 2009, s. 27). Öte yandan işçinin kişilik haklarına aykırı davranılması nedeniyle de maddi ve manevi tazminat hakkının doğumu söz konusu olabilecektir (Süzek, 2017, s. 313).

İş ilişkisinin devamında ve sona ermesinde, işçinin HIV pozitif olması ile AIDS olması bakımından ayırım yapılması gereklidir. İşçinin HIV pozitif olması nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesi kural olarak geçerli değildir. Çünkü yukarıda da değinildiği üzere HIV normal işyeri koşullarında bulaşmamakta ve işçinin çalışmasını engellememektedir (Parli, 2015, s. 375-377).²⁹ Ancak bazı meslek grupları açısından bu virüsün bulaşma riski bulunmaktadır. Sağlık, hijyen, can ve mal kurtarma, güvenlik gibi işler buna örnek olarak gösterilebilir. Bu gibi işlerde çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin somut olayın özelliğine göre feshedilmesi haklı neden olarak kabul edilebilir (Ulucan, s. 49).³⁰ Aksi halde HIV taşıyıcısı işçinin yaralanma ve kan teması ile diğer işçilere ve üçüncü kişilere HIV bulaştırma riski olmayan işlerde HIV pozitif olmanın bulaşıcı hastalık kabul edilmemesi gerekir. Dolayısıyla iş sözleşmesinin HIV durumu nedeniyle feshedilmesi haklı bir nedene dayanmayacaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), "*I.B. ve Yunanistan*"³¹ davasında işçinin HIV pozitif durumu nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesini AİHS'nin 8'inci maddesiyle bağlantılı olarak 14'üncü maddenin ihlali olarak

²⁷ Davaya göre Bay Hoffmann, kabin görevlisi olmak için davalı havayolu şirketine başvurmuştur. İşe alım öncesi yapılan tıbbi muayenede davacı iş için uygun bulursa da, yapılan kan testi sonucu davacının HIV+ çıkması nedeniyle ilgili sağlık raporu "iş için uygun değildir" şeklinde değiştirilmiştir. Bunun üzerine Bay Hoffmann, ayrımcılığa uğradığı gerekçesiyle mahkemeye başvurmuştur. Havayolu şirketi cevap dilekçesinde, uçuş ekibinin dünya çapında görevler yaptığını, kimi zaman sarıhumma hastalığının görüldüğü yerlere de uçuş olduğunu, bu ülkelere uçulmadan önce ilgili hastalığa karşı aşı yapılmasının zorunlu olduğunu, HIV+ kişilerin ise bu aşıya karşı olumsuz reaksiyon gösterebileceğini, aşı olmadığı zaman ise sarıhumma hastalığına yakalanabileceği ve bu hastalığı yolcular dâhil diğer insanlara yayabileceğini bu nedenlerle davacının işe alınmadığını ileri sürmüştür. Bununla birlikte davalı şirket, HIV+ insanların eğitim masraflarını karşılayamayacak kadar ortalama yaşam sürelerinin az olduğunu ve diğer büyük havayolu şirketlerinin de aynı uygulamayı yaptığını belirtmiştir. Mahkeme ise HIV+ kabin görevlilerinin iş görme edimlerini eksiksiz yerine getirebileceğini, bütün HIV+ kişilerin sarıhumma aşısı olamayacağını gösteren tıbbi bir gerçekliğin olmadığını, davalının açıkça davacıya karşı ayrımcılık yaptığına karar vermiştir.

²⁸ İK'nın 5'inci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre "*İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem*" yapamayacaktır. Bu bağlamda işe alımda sağlığa dayalı ayrımcılık bakımından ilgili maddede herhangi düzenleme bulunmamaktadır.

²⁹ Bir futbol kulübünde profesyonel sporcu olan davacının sözleşmesi HIV+ olması nedeniyle feshedilmiştir. Futbol kulübü fesih nedeni olarak futbol mesleğinin yüksek bulaşma riski taşıması nedeniyle hastalığın kolayca bulaşabilmesi ve davacının sözleşme kurulurken HIV durumunu söylememesi olarak ileri sürmüştür. Zürih Mahkemesi ise, futbol kulübünde profesyonel sporcu olan davacının iş sözleşmesinin HIV+ nedeniyle feshedilmesini haksız bulmuştur. Mahkeme öncelikle işçinin, iş ilişkisi kurulmadan önce HIV durumu hakkında bilgi verme zorunluluğu bulunup bulunmadığını incelemiştir. Mahkemeye göre işçi eğer iş görme edimini yerine getirmede yetersizse, iyiniyet kuralı gereği HIV durumu hakkında işvereni bilgilendirmesi gereklidir. Öte yandan Mahkemeye göre HIV durumu ayrıca kişisel veri kapsamında yer almaktadır. Dolayısıyla işveren üçüncü kişilere virüsün bulaşma riski olduğu durumlarda bu bilgiyi toplayabilme hakkı bulunmaktadır. Ancak somut olay bakımından Mahkeme, davacının herhangi bir bilgilendirme yapmamasını fesih için geçerli bir sebep olarak kabul etmemiştir.

³⁰ İK'nın 25'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendine göre "*İşçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğuun Sağlık Kurulunca saptanması durumunda*" işveren iş sözleşmesini derhal feshedebilecektir.

³¹ Başvuru No. 552/10. Karar için bk.

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22I.B.%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-127055%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22I.B.%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-127055%22]}). Erişim Tarihi 15.08.2018.

görmüştür.³² Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi, işçinin HIV pozitif olması nedeniyle önce ücreti ödenmesine karşılık birkaç ay süreyle işyerinden uzaklaştırılmasını, daha sonra prim adı altında bir miktar para ödenerek istifa dilekçesi verilmesini, sonuç olarak işveren tarafından işyerinden ayrılmaya zorlanmasını Anayasa'nın 20'nci maddesinin ihlali olarak kabul etmiştir.³³

İşçinin AIDS hastası olması halinde ise, eğer işçi iş görme edimini bu nedenle yerine getiremeyecek kadar çok hastalanıyorsa işveren İK'nın 25'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendi kapsamında iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir (Savaş, 2012, s. 49; Sümer, 2007, s. 66).

3.2.2. Alkol ve Uyuşturucu Testleri

İşçinin alkol ve uyuşturucu kullanım problemleri de sağlığa ilişkin durumlardır (ILO, 1996, s. 6) ve bu bağlamda toplanacak bilgiler sağlığa ilişkin veri işleme olarak kabul edilmelidir. HIV testinde olduğu gibi KVKK kapsamında işlenecek alkol ve uyuşturucu ile ilgili veriler için de işçinin açık rızasının aranması gerekecektir (Ünal, 2018, s. 288-289; Erkanlı, 2015, s. 85). Aksi halde işçinin rızası alınmadan yapılacak testler işçinin kişilik hakkını ihlal edecektir.³⁴

Alkol ve uyuşturucu işçilerin çalışma performanslarını etkileyen maddelerdir. İşverenler ise hem işçilerin iş görme edimlerinin etkilenmesi hem de iş sağlığı ve güvenliğini riske atması nedeniyle alkol ve uyuşturucu testlerinin yaptırılmasını isteyebilmektedir.

Alkol testi, üfleme veya kanın incelenmesi yoluyla testin yapıldığı anda vücutta bulunan alkol miktarını ölçmeye yaramaktadır. Dolayısıyla yapılan bu test, kişinin alkolden ne kadar etkilendiğini değil, alkolün vücutta bulunup bulunmadığının tespitine yaramaktadır. Bu bağlamda işe alımda, işverenin işçiye alkol testi yaptırmada herhangi bir menfaati bulunmamaktadır (Ünal, 2018, s. 291).

İşin devamında alkol testinin ise belirli işlerle sınırlı olmak üzere yapılabileceği doktrinde belirtilmiştir (Bayram, 2006, s. 21). Özellikle taşıma işlerinde olmak üzere madencilik, güvenlik, savunma gibi işlerde ve hassas işyerlerinde işçiye alkol testinin uygulanabileceği ileri sürülmüştür. Kanımızca işçinin işe yatkınlığı veya iş sözleşmesinin ifası için zorunlu ise, ölçülülük ilkesi çerçevesinde ve hukuka uygunluk nedeninin bulunması koşuluyla işin devamında alkol testi yaptırılabilir.

³² I. B., mücevher üretim şirketinde çalışmaktayken HIV+ olduğunu öğrenmiştir. Bunun üzerine çalışma arkadaşları I.B.'nin "AIDS olduğu"nu ve işten çıkartılması gerektiğini işverene bildirmiştir. İşveren, her ne kadar işyerine işyeri hekimini çağırıp, işyeri hekimi çalışanlara HIV'in bulaşma yollarını anlatmış olsa da diğer işçiler "sağlık ve çalışma haklarının korunmasını" ve I.B.'nin işten atılmasını talep etmeye devam etmiştir. Bunun üzerine işveren I.B.'ye gerekli tazminatı ödeyerek I.B.'nin iş sözleşmesini feshetmiştir. Fesihden sonra I.B., başka bir şirkette iş bulsa da haksız fesih nedeniyle dava açmıştır. İlk derece mahkemesi yapılan feshi haksız bulmuşsa da davacının kişilik haklarının zedelenmediğine ve yeni iş bulduğu için eski işine iade edilmesine gerek olmadığına karar vermiştir. İstinaf Mahkemesi ise işçinin feshin haksız olduğuna ve davacının kişisel haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir. Temyiz Mahkemesi ise iş barışının sağlanması adına yapılan feshi haklı görmüştür. AİHM'e göre ise HIV+ olmak, hem özel hayat hem de çalışma hayatını ilgilendiren ve sadece sağlık sorunu olarak görülemeyecek kadar hayatın her alanını etkileyen bir durumdur. Hastalığın herhangi bir belirtisi görülmesi bile işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi onun damgalanmasına (*stigmatisation*) neden olur ve bu da işçinin özel hayatına ve kişilik haklarına karşı ciddi etkileri olmaktadır. Bununla birlikte Mahkemeye göre kişinin sağlık durumu AİHS'in 14'üncü maddesinde belirtilen "*diğer durumlar*" arasında yer almaktadır. Bu nedenle HIV+ durumu 14'üncü madde kapsamında incelendiğinde, başvuranın HIV+ olması nedeniyle diğer işçilere göre daha az olumlu davranılmıştır. Öte yandan diğer çalışanların HIV+ hakkındaki bize de bulaşır önyargısı, başvuranın iş sözleşmesini feshetme bahanesi olarak kullanılamaz. Bu nedenlerle Mahkeme, başvuranın sağlığına dayalı ayrımcılığa uğradığı sonucuna varmıştır.

³³ Başvuru No. 2014/19081, Karar Tarihi 01.02.2017, R.G. Tarih ve Sayı 10.03.2017-30003. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/19081>. Erişim Tarihi 15.08.2018.

³⁴ Bununla birlikte TMK'nın 23'üncü maddesinin 2'nci fıkrası gereği insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılınması ve nakli için yazılı rızanın alınması gereklidir. Dolayısıyla alkol testi için kan örneğinin alınması madde kapsamında değerlendirilebilecektir.

Yapılan testin pozitif çıkması nedeniyle işverenin işçinin iş sözleşmesini feshedip edemeyeceğinin de belirlenmesi gerekir. İK'nın md. 25- 2/d bendine³⁵ göre işçinin işyerine sarhoş gelmesi ya da işyerinde içki kullanması derhal fesih için haklı sebep olarak düzenlenmiştir. Öte yandan özellikle taşıma işlerinde çalışan işçiler bakımından dikkate değer bir düzenleme ise Karayolları Trafik Kanunu'nda yer almaktadır. İlgili Kanunun 48. maddesinde alkol, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin etkisi altında araç sürme yasağı düzenlenmiştir. Bu maddenin 1'inci fıkrasına göre “*Uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri almış olan sürücüler ile alkolü olan sürücülerin karayolunda araç sürmeleri yasaktır.*”. Karayolları Trafik Yönetmeliği'nde de benzer düzenlemeler bulunmaktadır. Bu Yönetmeliğin 97. maddesine göre “*kanlarındaki alkol miktarı 0.50 promilin üzerinde olan hususi otomobil sürücülerinin ve kanlarındaki alkol miktarı 0.20 promilin üstünde olan diğer araç sürücülerinin karayolunda araç sürmeleri*” yasaklanmıştır. Yapılan ölçüm sonucunda yasal sınırların üzerinde alkolü olarak araç kullandığı tespit edilen sürücünün sürücü belgesi birinci defasında altı ay, ikinci defasında iki yıl, üç veya üçten fazlasında ise her seferinde beşer yıl süreyle geri alınacaktır. Dolayısıyla işçi sarhoşluk seviyesinde olmasa bile belirtilen promil seviyesini aşması neticesinde sürücü belgesinin alınması iş görme borcunu etkileyeceğinden İK'nın 25'inci maddesinin 2'nci fıkrası kapsamında haklı neden olarak görülebilecektir (Aydın, 2010, s 236).

İşe alımda ve işin devamında yapılacak uyuşturucu testleri bakımından ise; test yapılması işçinin işe yatkınlığı veya iş sözleşmesinin ifası için zorunlu olmalı ve KVKK kapsamında işlenecek bir veri ise işçinin açık rızası alınmalıdır (Gürsel, 2016, s. 816; Ünal, 2018, s. 291). Örneğin AIHM'in karara bağladığı “*Wretlund ve İsveç*” davasında³⁶ nükleer santralde temizlik görevlisi olarak çalışan işçiye uyuşturucu testi uygulanması, AIHS'in 8'inci maddesinin ihlali olarak görülmüştür.³⁷

3.2.3. Genetik Testler

AB'nin 2016/679 sayılı Tüzüğü md. 4.13'te genetik verinin tanımı yapılmıştır. Buna göre genetik veri, “*bir gerçek kişinin fizyoloji veya sağlığı ile ilgili eşsiz bilgiler sağlayan ve özellikle söz konusu gerçek kişiden alınan biyolojik numunenin analizinden kaynaklanan, bu kişinin kalıtsal ya da sonradan kazanılan genetik özelliklerine ilişkin kişisel verilerdir.*” İlgili Tüzüğe

³⁵ İlgili bent “*İşçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması, işyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde almış olarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması*” şeklinde düzenlenmiştir.

³⁶ Başvuru No. 46210/99.

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22%3A%2246210/99%22%2C%22itemid%22%3A%22001-23775%22%7D>.

Erişim Tarihi 18.09.2018.

³⁷ Başvuran, nükleer santralde temizlik görevlisi olarak çalışmaktadır. Başvuranın üyesi olduğu sendika ve işveren arasındaki toplu iş sözleşmesinde uyuşturucu ve alkol testini öngören herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. İlerleyen zamanda işyeri hekimi, şirket temsilcisi ve şirkette örgütlenmiş bulunan dört sendikanın yer aldığı çalışma gurubu, “uyuşturucu politikası programı” üzerinde anlaşmaya vararak işe başlayacaklar için uyuşturucu testinin yapılmasını kararlaştırmıştır. Her ne kadar sadece işe alımda test yapılması kararlaştırılmışsa da başvuran sendikası hariç diğer sendika temsilcileri hâlihazırda çalışan işçiler için de zorunlu uyuşturucu testini öngören değişikliği kabul etmiştir. İlerleyen yıllarda kabul edilen bu uyuşturucu politikası revize edilmiş ve işçilerden her üç yılda bir idrar örneği almayı içerecek şekilde değiştirilmiştir. Yapılacak bu test, idrarda kenevir maddesinin olup olmadığını tespit etmeye yöneliktir. Test yapılmadan önce işçiler dolduracakları formda kullandıkları ilaçları ayrıca belirtmektedir. Eğer testin sonucu pozitif çıkarsa işveren öncelikle işçinin rehabilitasyonu için gereken önlemleri alacak, uyuşturucu kullanımı devam ederse bu durum iş sözleşmesinin feshi sonucunu doğuracaktır. Testi reddedilmesi, sonucun pozitif çıkması gibi değerlendirilecektir. Başvuranın üyesi olduğu sendika, söz konusu bu zorunluluğun başvuran için uygulanamayacağı iddiası ile iş mahkemesine dava açmıştır. İş mahkemesi ise başvuranın uyuşturucu testine katılmasının zorunlu olduğuna hükmetmiştir. AIHM ise bu düzenlemeyi toplu iş sözleşmesi çerçevesinde işverenin yönetim hakkı kapsamında olduğuna, nükleer santral faaliyetlerinin çok yüksek düzeyde güvenlik gerektirdiği için kamu güvenliği ve çalışanların hak ve özgürlüklerinin korunması açısından gerekli kontrol önlemlerinin alınabileceğine karar vermiştir. Öte yandan Mahkemeye göre uygulanan test sonucunun gizli olması, işyerinde çalışan tüm işçilere yapılması ve test ile sadece kenevir maddesinin araştırılması, demokratik bir toplum için gerekli olma koşulunu sağlamaktadır.

göre genetik veri özel nitelikli kişisel veri olarak kabul edilmiştir. Benzer şekilde AK'nin (97)5 sayılı Tavsiyesi'nin 1'inci maddesinde genetik veri, "*kişinin kalıtsal özellikleriyle ya da ilgili kişinin içinde bulunduğu grubun kalıtım özellikleriyle ilgili her türlü veri*" şeklinde ifade edilmiştir. Aynı zamanda, kişinin ya da bu kişiyle aynı genetik mirası taşıyanların sağlığı ve tanımlanabilir olup olmadığına bakılmaksızın hastalığı ilgili olarak genetik bilgiler taşıyan her türlü veri de genetik veri olarak kabul edilmiştir.

KVKK'da genetik verinin tanımı yapılmamış olsa da 6'ncı maddede ilgili verinin özel nitelikli kişisel veri olduğu düzenlenmiştir. Bu bağlamda işverenin işçinin genetik bilgilerini öğrenmek amacıyla genetik testi yaptırtması ve bu test sonucu hakkında bilgiler elde etmesi özel nitelikli veri işleme olarak kabul edilecektir.

UÇÖ'ye göre genetik testler genetik inceleme (*screening*) ve genetik kontrol (*monitoring*) olarak ikiye ayrılmaktadır. Genetik inceleme kişinin kalıtsal özelliklerine veya bozukluklarına odaklanan bir kereliğine yapılan bir testken, genetik kontrol ise genetiği oluşturan maddelerdeki değişiklikleri izleyen periyodik muayeneleri ifade etmektedir. Dolayısıyla her iki türde de yapılan testler kişisel veri işleme kapsamında yer alacaktır.

Genetik veri, hem ulusal hem de uluslararası kaynaklarda sağlığa ilişkin veriden ayrı olarak ele alınsa da sağlığa ilişkin verinin bir parçası olarak kabul edilmektedir (Yıldırım, 2007, s. 390). Zira yukarıda da bahsettiğimiz gibi, AB'nin 2016/679 sayılı Tüzüğü'nde genetik veriler, sağlığa ilişkin veri kapsamında kabul edilmiştir. Dolayısıyla Türk hukuku açısından KVKK'nın 6'ncı maddesinde sağlık ve cinsel hayata ilişkin veriler bakımından aranan hukuka uygunluk nedeni genetik veriler açısından da aranmalıdır. Bu bağlamda KVKK kapsamına giren işçinin genetik bilgilerine ilişkin veri işleme faaliyeti bakımından aranacak tek hukuka uygunluk nedeni işçinin açık rızası olacaktır.

Uluslararası düzenlemeler incelendiğinde, AK'nin (2015)5 sayılı Tavsiyesi md. 9.3'te, aday işçinin/işçinin yapacağı işe uygun olup olmadığını belirlemek amacıyla, veri konusunun rızası bulunsu dahi, genetik verilerinin işlenemeyeceği düzenlenmiştir. Bu noktada getirilen istisna ise uygun güvencelerin sağlanması koşuluyla iç hukukta genetik verilerin işlenebileceği yönündedir. AK'nin (97)5 sayılı Tavsiyesi md. 4.7'de ise veri öznesinden önleyici tedavi, tanı ya da tedavi amacıyla toplanan ve işlenen genetik verilerin sadece bu amaçlar için kullanılması veya veri öznesinin bu konularda özgür ve bilgilendirilmiş rızasının aranması gerektiği belirtilmiştir. Tavsiye md. 4.9'da ayrıca genetik verilerin prensip olarak, yalnızca sağlık nedenleriyle ve özellikle de veri öznesi veya üçüncü kişilerin sağlığı için ciddi önyargılardan kaçınılması durumunda toplanıp ve işlenmesi gerektiği düzenlenmiştir. AK'nin İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi'nin 12'nci maddesinde genetik testlerin "sadece sağlık amaçlarıyla veya sağlık amaçlı bilimsel araştırma için ve uygun genetik danışmada bulunmak şartıyla" yapılabileceği düzenlenmiştir. UÇÖ'nün İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkında Uygulama Kodu md. 6.12'ye göre ise ulusal mevzuat tarafından açıkça yetki verilen durumlar hariç genetik taramalar sınırlandırılmalı veya yasaklanmalıdır. Bu bağlamda KVKK'nın 6'ncı maddesi uluslararası düzenlemeler ışığında yorumlandığında, kişisel verinin işlenmesi, işlendiği amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olması gerekeceğinden işçiden alınacak rıza yeterli olmayacak ve tedavi, tanı ya da önleyici tedavi gibi amaçların da bulunması gerekecektir. Aksi halde genetik verilerin işlenmesi mümkün görülmemelidir.

Genetik testlerin hukuka uygun olabilmesi için sadece veri öznesinin açık rızası aransa da, genetik bilgiler sadece veri öznesinin değil, veri öznesinin ailesi ya da aynı genetik mirası taşıyan ırk ya da etnik grubu hakkında da genetik bilgileri açığa çıkarmaktadır (Gostin ve Hodge, 1999, s. 22; Ajunwa, 2016, s. 86). Örneğin kadın işçinin açık rızası ile yaptırılan genetik testi sonucunda, genetik kökenli BRCA 1 ve BRCA 2'nin mutasyonu³⁸ sebebiyle meme

³⁸ BRCA 1 ve 2, hücrelerde yer alan, tümörü baskılayan ve zarar gören DNA'yı onaran proteinler üreten genlerdir. Bu genlerin mutasyona uğraması sonucu protein üretilmemekte ya da üretilen proteinler işlevini düzgün

kanserine yakalanma riskinin çok yüksek olduğunun tespiti ile işveren, kadın işçinin aynı işyerinde çalışan kız kardeşinin de benzer bir risk taşıdığı bilgisine ulaşacaktır. Dolayısıyla kanımızca aynı işyerinde çalışan hısımlar açısından, tek bir kişinin rızası yeterli olmayacak, diğer akrabaların da rızasının aranması yerinde olacaktır.

İşverenin işe alımda ve işin devamında işçiden genetik test yaptırmasını istemesinin geçerli sayılmaması gerekir. Öncelikle işverenin ilgili testleri yaptırmada herhangi bir yararı bulunmamaktadır (Ajunwa, 2016, s. 78). İlgili testler, işçinin sahip olabileceği hastalıklar hakkında tahmini bilgi verir ve bu bilgi işçinin mevcut iş görme edimini etkileyen bir durum taşımaz. Ayrıca çevresel ve davranışsal faktörler genetik bir hastalığın gelişmesinde önemli rol oynar (Gostin ve Hodge, 1999, s. 40). Çevresel ve davranışsal faktörlerin de iş görme edimi üzerinde ne zaman rol oynayacağı belirli değildir. Öte yandan ilgili testlerin güvenilirliği de tartışmaya açıktır. Bu bakımdan işe alımda ve işin devamında testlerin kullanılması işçinin özel hayatının ihlali anlamına gelecek ve kişilik hakkını zedeleyecektir.

İşçinin genetik testine rıza vermemesi yahut yapılan test sonucunun işveren açısından olumsuz olması durumunda işçiyi işe almamasının yahut işten çıkarmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilmez. Öncelikle işverenin işçinin genetik bilgileri dolayısıyla yapacağı farklı uygulama ayrımcılık oluşturabilecek niteliktedir (Ajunwa, 2016, s. 78. Gürsel, 2016, s. 818.). Zira İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi'nin 11'inci maddesinde genetik kalıtım nedeniyle ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır. Örneğin ABD'de orak hücre anemisi, Afrika kökenli insanlarla bağlantısı kurulan ırksallaşmış bir genetik hastalık olarak görülmektedir (Ajunwa, 2016, 106). Bu bağlamda hastalıkları genetik kategoriye koymak ırk temelinde ayrımcılık olarak kabul edilebilecektir. Bunun dışında genetik kalıtım nedeniyle ayrımcılık yapılması İK'nın 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasında belirtilen "benzeri sebepler" kapsamında görülmeli ve bu nedenle uğranılan ayrımcılığa karşı işçi maddede düzenlenen korumadan yararlanmalıdır. Böylece, işçinin genetik verileri iş sözleşmesinin feshi için geçerli veya derhal fesih nedeni sayılamayacaktır. Zira genetik verilerin fesih sebebi olması, İK'nın md. 18/3-d'de belirtilen "benzeri nedenler" kapsamında değerlendirilebilecektir.

3.3. Kadın İşçinin Gebeliği

Gebelik, kadının gebe kaldığı andan başlayan ve doğum olayının gerçekleştiği zamana kadar geçen evredir (Bakırcı, 2012, s. 87; Sözer, 2017, s. 244). İşçinin gebeliği sağlığa ilişkindir ve işçinin gebe kalması veya doğum yapması ile ilgili bilgiler sağlığa ilişkin kişisel veri kapsamındadır. Bu bağlamda işverenin kadın işçiden gebeliğe ilişkin soru sorması, gebelik testi istemesi yahut gebe olup olmadığını gösteren bir belgeyi talep etmesi sağlığa ilişkin veri işleme olarak değerlendirilir. Ancak her ne kadar KVKK kapsamında işlenecek sağlığa ilişkin veri için işçinin rızası aranacaksa da veri işleme faaliyetinin ayrıca genel ilkelere uygun olması gerekecektir. Bu bakımdan gebelik testi ya da gebeliğe ilişkin belge talebinin mümkün olup olmayacağının değerlendirilmelidir.

Doktrinde kadın işçinin gebelik durumunu işverene bildirme yükümlülüğünün bulunduğu belirtilmiştir (Ekonomi, 2009, s. 19). Bu görüşe göre işverenin yükümlülüklerini yerine getirebilmesi ve kadın işçinin doğum sonrası yokluğunda gerekli önlemleri alabilmesi için bu bildirim gereklidir (Sözer, 2017, s. 1052). Kanımızca da işçinin, gebe kaldığını işverene bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmeliğin 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında çalışanlara, gebelik halinde işvereni bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiştir. Yine 4'üncü maddede gebe çalışan "herhangi bir sağlık kuruluşundan alınan belge ile işvereni bilgilendiren çalışan" olarak tanımlanmıştır. Yönetmelikte ayrıca gebe işçiler için yapılacak

gerçekleştirememektedir. Böylece DNA onarımı uygun şekilde olmamaktadır. Sonuç olarak hücre kansere yol açabilecek genetik değişiklikler gerçekleştirilebilmektedir. <https://www.cancer.gov/about-cancer/causes-prevention/genetics/brca-fact-sheet#q1>. Erişim Tarihi 30.10.2018.

işin niteliği ya da iş koşulları ve çalışma sürelerine ilişkin yasak ve sınırlamalar da bulunmaktadır (Bakırcı, 2012, s. 90). Böylece yapılacak bilgilendirme ile işveren hem gebe kadın işçi için hem de işyeri için gerekli önlemleri alabilecektir.³⁹ Bu bağlamda işçinin gebelik hali bakımından bilgilendirme yükümlülüğü bulunması karşısında, kadın işçiden ayrıca gebelik testi istemesi yahut bu konu hakkında belge talep etmesi ölçülülük ilkesine aykırı olacaktır (Ertürk, 2002, s. 71; aksi görüş Sözer, 2017, s. 1053).

İşveren gebelik hakkında elde ettiği sağlığa ilişkin veriler neticesinde, işçiye olumsuz davranışlarda bulunabilir. İşverenin gebelik ile ilgili yapacağı olumsuz uygulamalar öncelikle ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilecektir. İlgili yasak hem uluslararası hem de ulusal kaynaklarda ele alınmıştır. Örneğin 183 sayılı Anneliğin Korunması Hakkında UÇÖ Sözleşmesi'nin 9'uncu maddesinde işçinin gebelik nedeniyle ayrımcılığa uğraması yasaklanmıştır. Aynı Sözleşme md. 9/2'ye göre; ulusal kanun veya yönetmeliklere göre gebe ya da emziren kadının ilgili işte çalışmasının yasaklandığı ya da sınırlandırıldığı durumlar ile ilgili iş bakımından kadın ve çocuğun sağlığı için önemli risk bulunduğu durumlar hariç işe alımda aday işçiden gebelik testinin yaptırılmasının istenmesi veya buna ilişkin bir belgenin sunulmasının talep edilmesi yasaklanmıştır. Öte yandan 158 sayılı İş İlişkisinde İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşme'nin 5'inci maddesine göre gebelik iş sözleşmesinin feshi için geçerli bir neden olarak kabul edilmemiştir (Bakırcı, 2012, s. 264 vd.). Türk hukuku bakımından ise kadın işçinin gebelik nedeniyle farkı bir muameleyle tabi tutulması İK'nın 5'inci maddesiyle yasaklanmıştır. Maddeye göre işveren *“biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça”* gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı bir işlem yapamayacaktır. Öte yandan İK'nın 18'inci maddesiyle de gebelik, doğum ve benzeri nedenlerin fesih için geçerli neden olmayacağı hüküm altına alınmıştır.

Sıklıkla karşılaşılan bir başka uygulama ise, işçinin gebeliği ile ilgili işverenin soru sormasıdır. Kural olarak gebelik ile ilgili soru sorulamayacağı, böyle bir sorunun işverenin soru sorma hakkının kapsamında olmadığı, ancak işçi iş görme edimini yerine getiremeyecekse veya işin niteliği gereği soru sorulması gerekiyorsa gebeliğe dair sorular sorulabileceği doktrinde kabul edilmiştir (Bozkurt Gümrükçüoğlu, 2016, s. 75; Erkanlı, 2015, s. 76, Ekonomi, 2009, s. 17; Manav Özdemir, 2017, s. 150 vd.; aksi görüş için bk. Rehbinder, 1982, s. 754; Sözer, 1982, s. 1050-1051). Kanımızca da gebeliğe ilişkin veriler sağlığa ilişkin veri kapsamında olduğundan, işçinin işe yatkınlığı veya iş sözleşmesinin ifası için soru sorulması zorunlu ise gebeliğe ilişkin soru sorulabilecektir (Ünal, 2018, s. 282).

Sonuç

Özel hayatın gizliliği hakkı, kişilik hakkının bir yönünü oluşturur. Bağımsızlık ve gizlilik gibi unsurları bulunan özel hayat, üçüncü kişilerden gelecek müdahalelere karşı bir mahremiyet alanı yaratmaktadır. Bu mahremiyet kişisel verilerin korunması bakımından da geçerlilik arz etmektedir. Bu bağlamda kişisel verilerin korunması hakkı kişilik hakkının bir uzantısı görülmektedir. Her ne kadar TMK 23-25. maddeleriyle kişilik hakkını korumaya çalışsa da kişisel verilerin korunması bakımından KVKK özel düzenlemeler getirmektedir.

Gelişen teknoloji ve iletişim olanakları karşısından kişisel verilerin işlenmesi her geçen gün kolaylaşmaktadır. Bu bağlamda özel koruma gerektiren verilerden birisi de kişinin, iş hukuku açısından ise işçinin, sağlığa ilişkin verileridir. Sağlığa ilişkin verinin ne olduğu ve kapsamına nelerin girdiği hususunda uluslararası hukuk düzenlemeleri bulunurken, iç hukukta konuyla ilgili açıklayıcı ve yeterli bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bakımdan sağlığa ilişkin

³⁹ Örneğin işçinin SSGSSK'nın 18'inci maddesinde düzenlenen gebe kadının analık sigortası kapsamında geçici işgöremezlik ödeneğinden faydalanabilmesi için bildirim gereklidir. Benzer şekilde İK'nın 74'üncü maddesinde düzenlenen hamilelik süresince kadın işçiye periyodik kontroller için ücretli izin verilebilmesi, hekim raporuyla hamile kadın işçinin sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırılabilmesi için işverene gebe olduğunu bildirmesi gerekecektir.

verilerin kapsamının belirlenmesinde uluslararası düzenlemelerden yararlanılması önem arz etmektedir.

KVKK'nın 6'ncı maddesinde özel nitelikli kişisel veri olarak kabul edilen sağlığa ilişkin veri, bir gerçek kişiyi diğer bir gerçek kişiden ayırmaya yarayan ve o kişiye ait sağlık durumunu ortaya koyan kişisel sayı, sembol veya bilgiler olarak tanımlanabilir. Tanımdan da anlaşılacağı gibi bir kişinin geçirdiği rahatsızlıklar ve ameliyatlar, taşıdığı bulaşıcı hastalıklar, tedavi öncesi sağlığına ilişkin verdiği bilgiler, gebelik, genetik hastalıklar, önleyici ya da tedavi amaçlı yapılan testlerden elde edilen veriler, psikolojik test sonuçları ve kişinin hastane masraflarına ilişkin sayısal bilgiler gibi veriler sağlığa ilişkin veri olarak kabul edilebilir.

İş sözleşmesinin özünde var olan bağımlılık unsuru ile taraflar arasında kişisel ilişki kurulması, işveren açısından işçinin kişiliğini koruma borcunu doğurmaktadır. Bu borç işçinin kişisel verilerinin korunmasını da içeren bir borç olarak kabul edilir. Dolayısıyla bu borç kapsamında işverenin, işçisinin sağlığına ilişkin verileri hukuka aykırı olarak işlememe ve bu veriler bakımından işçinin haklı çıkarlarını koruma yükümlülüklerinin ortaya çıktığı açıktır.

TBK'nın 419'uncu maddesi kişisel verilerin kullanılması bakımından, KVKK'ya göre daha özel bir durumu düzenlemektedir. Buna göre işveren, işçiye ait kişisel verileri, "ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmeti/iş sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde" kullanabilecektir. Öte yandan bu maddenin ikinci fıkrasında özel kanun hükümleri saklı tutulmuştur. İlgili fıkarda kastedilen kanunların başında ise KVKK'nın gelmektedir.

İşçinin sağlığa ilişkin verilerin işlenmesi bakımından doktrinde ve tarafımızca da kabul gören görüşe göre, TBK'nın 419'uncu maddesi bu konuya ilişkin özel hüküm olarak kabul edilmelidir. Öte yandan kişisel verilerin işlenmesi bakımından KVKK özel hükümler barındırmaktadır. Bu bağlamda işçinin sağlığa ilişkin verileri özel nitelikli kişisel veri olduğu için, ilgili veri eğer KVKK kapsamında işlenecek bir veri ise hem KVKK'nın 6'ncı maddesindeki işleme şartlarına ve hem de TBK'nın 419'uncu maddesinde düzenlenen ölçütlere tabi olacaktır. Dolayısıyla ilgili verilerin işlenmesi açısından hukuka uygunluk nedeni olarak işçinin açık rızası aranacak ve ilgili verilerin işlenmesi işçinin işe yatkınlığı ya da iş sözleşmesinin ifası için zorunluluk arz edecektir. Eğer ilgili veriler KVKK kapsamında işlenmeyecekse, sadece işçinin açık rızası değil, diğer özel kanunlarda bulunan hukuka uygunluk nedenlerinden birisi de aranabilecektir.

Bu noktada işçiden alınacak rızanın niteliği de önem arz etmektedir. İşçinin vereceği rıza, verinin işlenmesi bakımından kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde ve özgür iradesiyle olmalıdır. Öte yandan kanımızca verilerin hassas olması bakımından sadece açık rızanın aranması yerinde bir düzenlemedir. Bununla birlikte sağlığa ilişkin verilerin işlenmesi, kişilik hakkına bir müdahale niteliği taşıdığından kanımızca işçinin en baştan vereceği genel bir rıza hukuken geçerli olmayacak ve işleme faaliyetinden önce yeniden rıza talep edilecektir. Benzer bir geçersizlik veri işleme izninin toplu iş sözleşmesinde bulunan hüküm çerçevesinde temin edilmesinde de kabul edilmelidir.

Uygulamada işçinin sağlığına ilişkin verileri birçok durumda toplanabilmektedir. İşe girişte ve işin devamında sorulacak sorular çerçevesinde, aday işçinin/işçinin işe uygun olup olmaması bakımından yapılacak değerlendirmeler buna örnektir. Bu bağlamda KVKK kapsamında bir veri işleme faaliyeti mevcutsa, işçinin açık rızasının aranmasının yanında TBK 419'uncu maddede düzenlenen kişisel verilerin işlenmesi şartları, sağlığa ilişkin soruların sorulması bakımından da aranmalıdır.

İşçinin AIDS/HIV durumu da sağlığa ilişkin veri kapsamında değerlendirileceğinden, bu bilgilere ilişkin veri işlemenin hukuka uygun olabilmesi için işçinin açık rızasının aranması zorunlu olacaktır. Aksi halde HIV testinin yaptırılması mümkün gözükmemektedir. Öte yandan aday işçinin/işçinin HIV pozitif olması nedeniyle herhangi bir farklı muameleye maruz kalması ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilecektir.

Benzer şekilde işçinin alkol ve uyuşturucu kullanımı ile ilgili bilgiler de sağlığa ilişkin veri kapsamında değerlendirileceğinden işçinin açık rızası alınmadan yapılacak testler işçinin kişilik hakkını ihlal edecektir. Bununla birlikte işverenin herhangi bir menfaati bulunmayacağı için işe girişte yapılacak alkol testlerinin geçerli sayılmaması gerekecektir.

Bunun gibi, genetik testler açısından da durum değişmeyecek ve işverenin işe alımda ve işin devamında işçiden bu testlerin yaptırılmasını istemesi geçerli sayılmayacaktır. İşçinin genetik testine rıza vermemesi yahut yapılan test sonucunun işveren açısından olumsuz olması durumunda işverenin herhangi bir farklı davranışı ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilecektir.

İşçinin gebeliği de sağlığa ilişkin veri kapsamındadır. Bu bağlamda ve işçinin bilgilendirme yükümlülüğü karşısında, işçiden gebelik testi istenmesi yahut bu konu hakkında belge talep edilmesi ölçülülük ilkesine aykırı olacak, gebelik hakkında elde edilen sağlığa ilişkin veriler nedeniyle karşılaşılabilecek olumsuz uygulamalar ayrımcılık yasağı kapsamında olacaktır.

İş hukukunda işçinin kişilik hakları sıkça ihlal edilme tehdidi altındadır. İşyeri ortamı ve bu ortamın doğasından kaynaklanan hiyerarşik yapı işveren ve işveren vekillerinin işçilerin kişilik haklarına yönelik ihlallerde bulunduklarını göstermektedir. Kişilik haklarının önemli bir yönünü kişisel veriler, kişiler verilerinin en hassas kısımlarından birini de sağlığa ilişkin veriler oluşturmaktadır. Uluslararası mevzuatla karşılaştırıldığında bir hayli eksiklikleri bulunsa da, ulusal mevzuatımız işçinin sağlığına ilişkin verilerin işlenmesinde işçiden açık rıza istenmesi koşulu getirmektedir ki, bunun yerinde bir yaklaşım olduğunu kabul etmek gerekir. Kanımızca yapılması gereken mevzuatın eksikliklerini tamamlamak ve özellikle işçinin sağlığına ilişkin kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesinin yaptırımını yeniden düzenleyerek caydırıcı hale getirmek doğru olacaktır.

Kaynakça

- Akgül, A. (2016). *Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması*, 2. Bası. İstanbul: Beta.
- Akıntürk, T., Ateş Karaman, D. (2012). *Medenî Hukuk*. İstanbul: Beta.
- Akipek, J., Akıntürk, T. (2002). *Türk Medenî Hukuku Birinci Cilt Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*. İstanbul: Beta.
- Akyiğit, E. (2014). *İş Hukuku*. Ankara: Seçkin.
- Aydın, U. (2002). *İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları*. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları; No. 1343.
- Aydın, U. (2010). İşçinin Sürücü Belgesine El Konulması ve İş Hukuku Bakımından Sonuçları. *Sicil*, S. 18, 232-243.
- Aydın, U. (2006). İşverenin İşçinin Özlük Dosyası Tutma Yükümü. *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı*.
- Aydınlı, İ. (2015). İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirilmesi. *TÜHİS*.
- Bakırcı, K. (2012). *Uluslararası Hukuk, Ab ve ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliği Arayışı Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı ve Türkiye*. Ankara: Seçkin.
- Bayram, F. (2006). *Borçlar Kanunu Tasarısı Işığında İşverenin, İşçinin Kişiliğini Koruma Borcu*. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı.
- Beytar, E. (2017). *İşçinin Kişiliğinin ve Kişisel Verilerinin Korunması*. İstanbul: On İki Levha.

- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Y. (2017). İş İlişkisinde Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Sorunlar ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu. Kübra Doğan Yenisey, Seda Ergüneş Emrağ (Ed.), *İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar içinde*. İstanbul: Beta.
- Caniklioğlu, N. (2002). *Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi*. İstanbul: Beta.
- Council of Europe. (2011). *The Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data in the Context of Profiling Recommendation CM/Rec(2010)13 and Explanatory Memorandum*. Council of Europe Publishing.
- Çelik, N., Caniklioğlu, N. ve Canbolat, T. (2017). *İş Hukuku Dersleri*. İstanbul: Beta.
- Dural, M., Oğuz, T. (2017). *Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitapevi.
- Ekmekçi, Ö. (2018). *Toplu İş Hukuku Dersleri*. İstanbul: On İki Levha.
- Ekonomi, M. (2009). Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması. *Çalışma ve Toplum*, S.3, 11-33.
- Erkanlı, Betül. (2015). *Tarafların İş Sözleşmesinin Yapılması Sırasındaki Hak ve Yükümlülükleri*. Ankara: Adalet.
- Ertürk, Ş. (2002). *İş İlişkisinde Temel Haklar*. Ankara: Seçkin.
- Ertürk, Ş. (2002). İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları. *DEÜHFD*, C. IV, S. 2, 1-25.
- European Court of Human Rights. (2018). *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights, Right to Respect for Private and Family Life*. Council of Europe/European Court of Human Rights.
- European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe. (2018). *Handbook on European Data Protection Law*. Publications Office of the European Union.
- Gürsel, İ. (2016). Kişisel Verilerin Korunması Hakkının İşçi ve İşveren İlişkisine Etkileri. *İSGHD*, C. 13, S. 50, 763-848.
- Güven, E., Aydın, U. (2017). *Bireysel İş Hukuku*. Eskişehir: Nisan.
- Eyrenci, Ö., Taşkent, S., Ulucan, D. (2017). *Bireysel İş Hukuku*. İstanbul: Beta.
- Hatemi, H. (2017). *Kişiler Hukuku*. İstanbul: On İki Levha.
- Helvacı, S. (2017). *Gerçek Kişiler*. Ankara: Arıkan Yayıncılık.
- Helvacı, S. (2001). *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (MK. md. 24/a fıkra I/İMK md. 28a fıkra I)*. İstanbul: Beta.
- Ifeoma Ajunwa, *Genetic Data and Civil Rights*, 51 Harv. C.R.-C.L.L. Rev. 75 (2016).
- ILO. (2001). *An ILO Code of Practice on HIV/AIDS and the World Of Work*. International Labour Organization, 2001, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---ilo_aids/documents/normativeinstrument/kd00015.pdf. (Erişim Tarihi: 10.08. 2018).
- ILO. (2002). *Implementing the ILO Code of Practice on HIV/AIDS and the World of Work: An Education and Training Manual*. International Labour Organization.
- ILO. (1996). *Management of Alcohol- and Drug-related Issues in the Workplace. An ILO Code of Practice*. International Labour Office.
- ILO. (1997). *Protection of Workers' Personal Data. An ILO Code of Practice*. International Labour Office.

- Kaplan, E. T. (1997). İş Hukukunda Kişilik Haklarının Özellikle Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunması. *Cemal Mihçioğlu'na Armağan*, AÜSBFD, 367-386.
- Kaplan, E. T. (2011). Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunması. *Sicil*, S. 24, 40-53.
- Kaya, C. (2011). Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi. *İÜHFM*, C. LXIX, S. 1-2, 317-334.
- Kilkelly, U. (2001). *The Right to Respect for Private and Family Life, A Guide to the Implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*. Human Rights Handbooks, No. 1, Council of Europe.
- Kişisel Verileri Koruma Kurumu. (2018). *Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Uygulama Rehberi*. KVKK Yayınları.
- Küzeci, E. (2018). *Kişisel Verilerin Korunması*. Ankara: Turhan Kitapevi.
- Lawrance O. Gostin; James G. Jr. Hodge, *Genetic Privacy and The Law: An End to Genetics Exceptionalism*, 40 Jurimetrics 21 (1999).
- Lynskey, O. (2015). *The Foundations Of EU Data Protection Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Manav, E. (2015). İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIX, S. 2, 95-136.
- Manav Özdemir, E. (2017). İş Hukukunda İşçilerin Cinsiyet Ayrımcılığına Karşı Korunması. Kübra Doğan Yenisey, Seda Ergüneş Emrağ (Ed.). *İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar içinde*. Beta, 2017.
- Mollamahmutoğlu, H., Astarlı, M. ve Baysal, U. (2017). *İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku*. Ankara: Lykeion.
- Odaman, S. (2002). İşçinin İşe Başvurusu Esnasında İşvereni Yanıltması ve Hukuki Sonuçları. *Tekstil İşveren Dergisi*, S. 274, 40-43.
- Okur, Z. (2011). Türk İş Hukuku'nda İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı. *İş Dünyası ve Hukuk*, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 368-408.
- Öztan, B. (2000). *Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar*. Ankara: Turhan Kitapevi.
- Rehbinder, M. (1982). İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar. Ömer Teoman (Çev.), *İstanbul Üniversitesi Hukuk Mecmuası*, C. 45, S. 1-4, 745-759.
- Savaş, B. (2012). *İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi*. İstanbul: Beta.
- Serozan, R. (2011). *Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Sevimli, A. (2017). İşçinin Kişisel Verilerinin İşlenmesi İçin Verdiği Rızanın Hukuki Değeri. *Toprak İşveren*, S. 116, 4-11.
- Sevimli, A. (2008). İşçinin Özel Yaşam Hakkı Bağlamında İşçi-İşveren İlişkisi. *Sicil*, 53-79.
- Sevimli, A. (2006). *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*. Doktora Tezi.
- Sevimli, A. (2011). Veri Koruma Hukuku İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu Madde 419. *Sicil*, S. 24, 120-139.
- Soyer, P. (2012). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan "Genel Hizmet Sözleşmesi"ne İlişkin "Bazı" Hükümlerin İş Hukuku Açısından Önemi. Ali Güzel ve Deniz Ugan Çatalkaya (Ed.), *İş Hukukunda Güncel Sorunlar (2)*, Seminer-25 Mayıs 2012 içinde, İstanbul: Kadir Has Üniversitesi Yayınları.

- Sözer, A. N. (1982). Hamilelik ve İş Hukukunda Sonuçları. *Adalet Dergisi*, C. 73, S. 6, 1049-1072.
- Sözer, A. N. (2017). *İşçi, Bağımsız Çalışan Ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku*. İstanbul: Beta.
- Sümer, H. H. (2007). İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleri ile Feshi. *Sicil*, 66-73.
- Süzek, S. (2017). *İş Hukuku*. Ankara: Beta.
- Şimşek, O. (2008). *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*. İstanbul: Beta.
- Tunçomağ, K.; Centel, T. (2016). *İş Hukukunun Esasları*. İstanbul: Beta.
- Ulucan, D. *İş Güvencesi*. Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası.
- Urhanoglu Cengiz, İ. (2009). Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarının İş Sözleşmesine Etkisi. *Kamu-İş*, C. 10, S. 4.
- Ünal, C. (2018). İş Sözleşmesinin Kurulmasında Sağlığa İlişkin Veriler. Tankut Centel (Ed.), *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III içinde*. İstanbul: On İki Levha.
- Yıldırım, M. F. (2007). Gen Analizleri ve Kişilik Haklarının Korunması. *EÜHFD*, C. XI, S. 3-4, 383-402.
- Yıldız, G. B. (2008). Türk İş Hukukunda Özürlülük ve Sağlık Durumuna Dayalı Ayrımcılık Yasağı. *Sicil*, S. 10, 80-87.
- Yürekli, S. (2014). İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo). *İÜHFM*, C. LXXII, S. 2, 541-580.