

Makale Gönderim Tarihi: 27 Kasım 2020

Makale Kabul Tarihi: 4 Aralık 2020

Covid-19 Pandemisinde İşçilere Ait Sağlık Verilerinin İşlenmesi

Öz

İş ilişkisi boyunca işverenin işçiye ait sağlık verilerini işlemek istemesinin birçok makul gerekçesi mevcuttur. Gerçekten, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması, işçinin işe uygun olup olmadığının tespiti, yasal yükümlülüklerin yerine getirilmesi gibi çeşitli nedenlerle işverenler işçilere ait sağlık verilerine ihtiyaç duyabilirler. Covid-19 hastalığının pandemiye dönüşmesi kamu sağlığının korunması amacını ön plana çıkartmış ve çalışma yaşamında işçilerin sağlık verilerinin iş-

lenmesine duyulan gereksinim artmıştır. Pandemi ile mücadele önemli bir amaç olmakla birlikte, işverenlerin sağlık verilerini işlerken veri koruma mevzuatında yer alan hükümlere uymakla yükümlü oldukları unutulmamalıdır. Çalışmamızda Covid-19 pandemisinde işverenlerin işçilere ait sağlık verilerini işlerken dikkate alacakları hukuka uygunluk sebepleri, temel ilkeler ve veri işleme yöntemleri Türk hukuku ve yabancı hukuk uygulamalarından örneklerle açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Sözcükler:

İşçiye ait sağlık verileri, hassas (özel nitelikli) kişisel veri, kamu sağlığı, Covid-19 pandemisi, sağlık verilerinin işlenmesindeki yöntemler.

Processing of Employees' Health Data During The Covid-19 Pandemic

Abstract

There are many acceptable reasons why the employer would like to process health data of employee during the employment relationship. Indeed, employers may need employees' health data for various reasons such as ensur-

ing occupational health and safety in the workplace, determining whether the employee is suitable for the related job, fulfilling his legal obligations. The fact that Covid-19 disease has turned into a pandemic has brought the aim of

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı- mstfalp@yahoo.com, ORCID: 0000-0001-7299-4487

** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı- ilkekdas@gmail.com, ORCID: 0000-0001-7212-2953

protecting public health to forefront and the need for processing health data of employees in working life has increased. While struggling against the pandemic is an important goal, it should be kept in mind that employers are obliged to comply with the provisions of data protection legislation when processing health

data. In our study, legal grounds to legitimize data processing, basic principles and data processing methods that employers will consider when processing health data of employees in the Covid-19 pandemic are tried to be explained with examples from Turkish law and foreign law practices.

Keywords:

Health data of employee, sensitive personal data, public health, covid-19 pandemic, methods for processing of health data.

Giriş

Dünya Sağlık Örgütü tarafından 11 Mart 2020 tarihinde yapılan açıklamada, Covid-19 virüsünün yayılım ve ciddiyet seviyesinin alarm verici düzeye yükselmesinden duyulan derin endişe vurgulanmış ve söz konusu virüsün *pandemi* olarak nitelendirildiği resmi olarak duyurulmuştur¹. Sınırları belirli bir alanda enfeksiyonun yayılması epidemi (salgın) olarak adlandırılırken; salgının ülkeler arasında yayılıp birden fazla ülkede etki göstermesi hâli pandemi kavramıyla ifade edilir². Dolayısıyla, Covid-19 virüsünün pandemi boyutuna ulaştığının kabulü, kamu sağlığı ve güvenliğine karşı ne kadar tehlikeli bir salgın ile karşı karşıya olduğumuzu bize kanıtlamaktadır. Pandemi sürecinin günlük yaşantımıza damga vurduğu, çalışma yaşantısının da pek çok boyutuyla bu virüsten etkilendiği kesindir. Konumuz itibarıyla Covid-19 pandemisinin çalışma yaşamına yansımalarından biri olan işçilere ait sağlık verilerinin işlenmesi sorunu ele alınacaktır. Bu bağlamda, incelememiz esnasında sağlık verisinin tanımı ve önemine, sağlık verilerinin işlenebilmesindeki hukuka uygunluk sebeplerine,

pandemi sürecinde işçilere ait sağlık verileri işlenirken takip edilebilecek kurallara ve yabancı devlet uygulamalarından örneklere değinilecektir.

I. Sağlık Verisi Kavramı

1. Sağlık Verisinin Tanımı

Sağlık verisi kavramı 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) m. 6/1'de özel nitelikli veri grubuna dâhil edilmiş; ancak kavram hakkında herhangi bir tanımlamaya yer verilmemiştir. 21.06.2019 tarihli ve 30808 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik m. 4/1(j)'de ise, kişisel sağlık verisi, "*kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığına ilişkin her türlü bilgi ile kişiye sunulan sağlık hizmetiyle ilgili bilgiler*" şeklinde açıklanmıştır. Hukukumuzda sağlık verisine yönelik kabul edilen bu tanımlama ile Avrupa Birliği'nde yürürlükte bulunan Genel Veri Koruma Tüzüğündeki (General Data Protection Regulation – GDPR) tanım birbirine paraleldir. GDPR m. 4(15) gereğince, sağlığa ilişkin veri; bireye sağlanan sağlık hizmetlerine ilişkin bilgiler de dâhil olmak üzere, bireyin sağlık durumu hakkındaki bilgilerini ifşa eden onun fiziksel ya da ruhsal sağlığına ilişkin kişisel verileridir. Uluslararası belgeler arasında Avrupa Konseyine ait 108 sayılı Sözleşmenin Açıklama Raporunda (Explanatory Report par. 45) da bir tanımlama yapılmıştır. Buna göre, sağlığa ilişkin veriler; bireyin geçmişteki, şimdiki ve gelecekteki

1 Bkz. <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>, (16.10.2020).

2 Epidemiyoloji ve pandemi kavramlarının tanımı için bkz. [http://www.tdk.gov.tr/icerik/basindan/dilimize-bulasanlar/#:~:text=Pandemi%2C%20salg%C4%B1n%20demek%20de%C4%9Ffil%3A%20salg%C4%B1n,etkisi%20alt%C4%B1na%20al%C4%B1rsa%20pandemi%20oluyor,\(16.10.2020\).](http://www.tdk.gov.tr/icerik/basindan/dilimize-bulasanlar/#:~:text=Pandemi%2C%20salg%C4%B1n%20demek%20de%C4%9Ffil%3A%20salg%C4%B1n,etkisi%20alt%C4%B1na%20al%C4%B1rsa%20pandemi%20oluyor,(16.10.2020).)

fiziksel ya da ruhsal sağlığını ilgilendiren bilgileri- dir. Söz konusu kavram, bireyin hasta, sağlıklı ya da engelli olduğuna dair bilgileri yanında alkol ve uyuşturucu kullanımına yönelik alışkanlıklarını dahi içeren geniş bir kavram olarak ele alınmaktadır³.

Fransız Veri Koruma Otoritesi GDPR'deki sağlık verisine yönelik geniş tanımlamaya dikkat çekmek üzere, kavramın içerebileceği bilgilere örnekler vermiştir. Bu bağlamda, sağlık hizmetlerinden yararlanmak amacıyla kaydolurken ya da bu tür hizmetler ifa edilirken toplanan gerçek kişiye ilişkin bilgiler; genetik verilerden ve biyolojik numunelerden elde edilenler dâhil olmak üzere vücudun bir kısmının ya da bedensel bir maddenin test edilmesi veya incelenmesi sırasında sağlanan bilgiler; bir hastalık ya da engellilik hâli yahut hastalık riski, tıbbi özgeçmiş, klinik tedavi ya da bir kişinin fizyolojik veya biyomedikal durumu hakkındaki bilgiler bu nitelikte sayılmalıdır. Hatta, Fransız Veri Koruma Otoritesine göre, tıbbi özgeçmiş, verilen sağlık hizmetleri, muayene sonuçları gibi doğası gereği sağlığa ilişkin veriler yanında, diğer verilerle keşiferek bireyin sağlık durumu ya da sağlık riskleri hakkında sonuca ulaşmaya izin vermek suretiyle sağlık verisine dönüşen verilerin varlığı dahi kabul edilmelidir. Ağırlık ölçümü ile adım sayısının yahut alınan kalori ölçümünün birleşmesi hâli bu kategoriye güzel bir örnek teşkil etmektedir⁴. Dolayısıyla, bir kişinin fiziksel, zihinsel ve ruhsal sağlık durumu hakkında *doğrudan ya da dolaylı şekilde* sonuç çıkarılmasına imkân veren bilgilerinin tümü sağlık verisi olarak kabul edilecektir⁵.

Konumuz itibarıyla vurgulamak gerekir ki, bir

işçinin Covid-19 pozitif olup olmadığı, taşıdığı semptomlar (yüksek ateş, öksürük, tat ve koku alma kaybı vs.), karantina altında olma bilgisi, hastalık iznine ayrılma sebebi, Covid-19 tanısı için uygulanan test/tetkiklerden elde edilen diğer sonuçlar, hastalık kapsamında alınan tedaviler gibi bilgilerin tümü aynı zamanda ilgili işçiye ait sağlık verisidir.

2. Hassas (Özel Nitelikli) Veri Niteliği

Gerek Kişisel Verilerin Korunması Kanunumuzda gerek AB Genel Veri Koruma Tüzüğünde sağlık verileri hassas (özel nitelikli) veri grubu adı altında düzenlenmiştir. Sağlık verilerinin bu şekilde konumlandırılmasının temel gerekçesi, bu tür verilerin işlenmesinde genel nitelikli verilere nazaran daha etkin bir korumaya ihtiyaç duyulmasıdır.

Her şeyden önce, sağlık verileri, bireyin "*özel hayat alanı*" ile "*gizli hayat alanı*"nı ilgilendiren bilgilerden oluşması nedeniyle önem taşır. Gizli hayat alanı, bireyin esasen kendine saklı kalmasını istediği, fakat zaman zaman kendi seçtiği ve özel olarak güvendiği kişilerle de bilgi paylaştığı ve bunlar dışındaki üçüncü kişilerin bilgisinden uzak tuttuğu olgu ve olaylardır⁶. Bu nedenle, bireyin herkese söyleyebildiği hastalıkları ve herkes tarafından bilinebilecek yönleri dışında sağlığına ilişkin bilgileri gizli hayat alanına girmektedir⁷. Sağlık verileri ister özel ister gizli hayat alanını ilgilendirsin, her hâlükârda bu verilerin korunması veri öznesinin kişilik hakkının korunması bakımından gereklidir⁸. Madde 29 Çalışma Grubunun 2011 yılında hazırladığı ve sağlık verilerinin topluma ifşa edilmesinin bireyin kendisi ve sosyal çevresi

3 <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800ca434>, (18.10.2020).

4 Bu yöndeki ayrıntılı açıklamalar için bkz. *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL)*, Qu'est-ce ce qu'une donnée de santé ?, <https://www.cnil.fr/fr/quest-ce-ce-qu'une-donnee-de-sante>, (18.10.2020).

5 Agnès Hertig Pea, La protection des données personnelles médicales est-elle efficace? Etude des moyens d'action en droit suisse, Helbing Lichtenhahn, Collection Neuchâteloise, 2013, s. 8, bkz. <https://www.swisslex.ch/fr/doc/unknown/2e1fdb4f-73eb-4dfa-8173-5d580c96637b>, (19.10.2020).

6 Tanım için bkz. Halûk Tandoğan, "Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:XX, Sayı:1-4, 1963, s. 26; Hertig Pea, s. 9.

7 Aydın Akgül, "Danıştay Kararları Işığında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması", Danıştay Dergisi, Yıl:2013, Sayı:133, s. 39; Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence (PPDT), *Secret médical et protection des données, 2015, s. 16*, <https://www.ge.ch/ppdt/fiches-info/doc/secret-medical.pdf>, (22.10.2020); Hertig Pea, s. 9.

8 Hertig Pea, s. 9.

açısından kalıcı ve uzun vadeye yayılan sonuçları olabileceği, bu şekilde özel hayatın gizliliği hakkı ile ayrımcılık yasağının ihlal edilebileceği yönünde görüş bildirdiği değerlendirme az önce yaptığımız açıklamaları destekler niteliktedir⁹. Benzer şekilde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de sağlık verilerinin ifşasıyla ilgili bir başvuruyu değerlendirdiği kararında, sağlık verilerinin taşıdığı hassas niteliğe işaret etmiş ve özel ve aile hayatına saygı hakkının kullanılabilmesi için bireyin kişisel verilerinin korunmasının büyük ölçüde önem taşıdığını vurgulamıştır¹⁰.

Gerçekten bireye ait hastalıklar, tekrarlayan sağlık sorunları, genetik bozukluklar bireyin toplumdan dışlanması ya da işini kaybetmesi dâhil birçok riski barındırdığından, veri sahibinin söz konusu bilgileri herkesle paylaşmak istememesi doğaldır. Aksi hâlde, bireyin hem sosyal hem özel yaşantısı bakımından ciddi sonuçların doğması ihtimali mevcuttur¹¹. Örneğin, yargıya yansıyan bir uyumsuzlukta davacıya konulan AIDS teşhisi gazeteler aracılığıyla kamuoyuna duyurulmuş ve bunun üzerine davacı işten çıkarılmıştır. Maddi ve manevi tazminat istemiyle açılan davada, Danıştay yanlış olarak konulan AIDS teşhisi henüz kesinleşmeden hastalığın basına sızdırıldığı bu olayda davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğu sonucuna ulaşmıştır. İdarenin sorumlu tutulmasında sağlık hizmetinin alındığı sırada hizmeti alan kişiye kesin ve sağlam bilgi verilmemesi yanında, ilgili bireyin rızası olmaksızın sağlık verilerinin üçüncü kişilerle paylaşılması da önemli bir rol oynamıştır¹².

9 Article 29 Data Protection Working Party, Advice paper on special categories of data ("sensitive data"), 20.04.2011, s. 4, https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/other-document/files/2011/2011_04_20_letter_artwp_mme_le_bail_directive_9546ec_annex1_en.pdf, (20.10.2020).

10 27.08.1997 karar tarihli, 20837/92 başvuru no.lu *M.S./İsveç Kararı*, Kararın ayrıntıları için bkz. İlke Gürsel, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 73, dn. 279.

11 Hertig Pea, s. 9.

12 Danıştay 10. D., 31.01.1996, 1994/5314 E. – 1996/294 K., bkz. Akgül, s. 39-40; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi incelediği bir başvuruda ceza kovuşturması kapsamında başvurana ait sağlık verilerinin mahkeme dosyasına sunulmasını özel ve aile hayatına saygı hakkının düzenlendiği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 8'e aykırı

Bu noktada vurgulamak gerekir ki, sağlık verilerinin gerektiği gibi korunmamasının sonuçları ayrımcılığa uğrama ve/veya özel yaşamın gizliliğinin ihlal edilmesi ile sınırlı değildir. Zira, sağlık verilerinin gizli tutulamayacağı endişesi taşıyan bireylerin tıbbi yardım/sağlık hizmeti almaktan kaçınabileceği ve özellikle salgın hastalık gibi durumlarda bireyin sağlık hizmeti almaktan kaçınmasının toplum sağlığı üzerinde dahi ciddi sonuçları olabileceği göz ardı edilmemelidir¹³. Açıklanan nedenlerle, sağlık verilerinin yasa gereği tanınmış olan özel nitelikli veri özelliğine itibar edilmek suretiyle çalışma yaşamında işlenmesine özen gösterilmelidir.

3. Sağlık Verilerinin İşlenmesindeki Hukuka Uygunluk Sebepleri

a. KVKK'da Sağlık Verileri Hakkında Öngörülen Hukuka Uygunluk Sebepleri ve GDPR'de Düzenlenen İstisnalarla Karşılaştırılması

Kanun koyucu hassas kişisel verilerin etkin olarak korunması amacından hareketle bu gruba giren kişisel verilerin işlenebileceği hukuki temelleri özel olarak düzenlemiştir. Hatırlatmak gerekir ki, hassas kişisel veriler dışındaki verilerin işlenebilmesi için KVKK m. 5/1-2(a-f)'deki hukuka uygunluk sebeplerinden birinin varlığı somut olayda yeterli görülürken; hassas nitelikli kişisel verilerin işlenebileceği nedenler dar bir kapsamda belirlenmiştir. İnceleme konumuz sağlık verilerinin işlenmesi olduğundan, KVKK m. 6/2 ve m. 6/3 cümle 2 gereğince iki ayrı hukuka uygunluk sebebi karşımıza çıkmaktadır: (i) *veri sahibinin açık rızası*; (ii) *kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık*

bulmazken; yerel mahkeme kararının basına verilen örneğinde başvuranın sağlık durumuna (örneğin, HIV pozitif olduğuna dair bilgilere) açıkça yer verilmiş olmasını 8. maddenin ihlali olarak görmüştür. (25.02.1997 tarihli, 22009/93 başvuru no.lu *Z./Finlandiya Kararı*); Başvurana ait gizli hasta kayıtlarının meslektaşları tarafından hukuksal olarak aykırı olarak incelenmesi hakkında bkz. 03.04.2007 tarihli, 20511/03 başvuru no.lu *I./Finlandiya Kararı*, Kararlar hakkında bilgi için sırasıyla bkz. Gürsel, s. 234, dn. 258; s. 232, dn. 251.

13 Elif Küzeci, Kişisel Verilerin Korunması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 469; Akgül, s. 30.

hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından verinin işlenmesi.

Kişisel verilerin korunması hakkının tesisi ve uygulanması açısından öncü adımlar atan Avrupa Birliği hazırlamış olduğu düzenlemelerle hukukumuzdaki yeniliklere de ışık tutmaktadır. Nitekim, KVKK Tasarısının Genel Gereğesinde dikkate alınan uluslararası belge ve düzenlemeler arasında AB 95/46/EC sayılı Direktif de sayılmıştır. 95/46/EC sayılı Direktif m.8'de hassas kişisel veriler için öngörölmüş istisnalara bakıldığında, söz konusu hukuka uygunluk sebeplerinin geniş bir yelpazede düzenlendiği görülecektir. Buna göre, veri öznesinin rızası, veri sorumlusunun iş hukukundan doğan hak ve yükümlölükleri, hayati menfaatlerin korunması, belirli kuruluşlara tanınan ayrıcalık, kamuya duyurulmuş kişisel veriler, yasal hakların tesisi, sağlık uzmanlarının muafiyeti, önemli kamu menfaati şeklinde özetleyebileceğimiz hukuka uygunluk sebepleri Direktifte yerini almıştır (m. 8/2(a-e), 8/3-4)¹⁴. Üstelik, 95/46/EC sayılı Direktifi yürürlükten kaldıran ve hâlihazırda uygulanmakta olan AB Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) ile söz konusu nedenlere bazı eklemeler yapılmıştır. Misal olarak, GDPR'de veri sorumlusunun iş hukuku yanında *sosyal güvenlik ve sosyal koruma hukukundan doğabilecek hak ve yükümlölükleri göz ardı edilmemiş* ve bu nedenlerle veri sorumlusunun (örneğin işverenin) hassas kişisel veri işleyebileceği kabul edilmiştir (m. 9/2(b)). Yine, 95/46/EC sayılı Direktifte koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, bakım veya tedavinin sağlanması ya da sağlık hizmetlerinin yönetimi için gerekli olması hâlinde sağlık uzmanlarının gerçekleştireceği veri işleme faaliyetlerine GDPR'de *işçinin çalışma kapasitesinin değerlendirilmesi* yönündeki istisna ilave edilmiştir (m. 9/2(h)). Böylece, çalışma yaşamında işçinin çalışma kapasitesi değerlendirilirken gerek duyulabilecek söz gelimi sağlık verilerinin işlenmesi faaliyetleri bakımından yeni düzenlemede yasal bir zemin oluşturulmuştur. Keza, kamu sağlığı alanın-

da kamu yararının gerekli kılması hâli (m. 9/2(i)) ile bilimsel/tarihsel/istatistiksel amaçlarla veri işlenmesi (m. 9/2(j)) gibi yeni eklemelerle GDPR'deki hassas kişisel verilerin işlenebileceği istisnai hâller genişletilmiştir.

AB'de hassas kişisel verilerin işlenebileceği durumlar geniş bir liste hâlinde düzenlenirken, Türk hukukunda özellikle sağlık verileri söz konusu olduğunda hukuka uygunluk sebeplerinin daha da sınırlı öngörölmüş olması ve KVKK m. 6/3 cümle 2'deki istisnanın çalışma yaşamında uygulama alanının dar olması nedeniyle veri öznesinden (işçiden) açık rıza alınması olasılığı ön plana çıkmaktadır. Hâlbuki, iş ilişkisinin doğası gereği işçinin işverene bağımlı şekilde çalışması iş ilişkisi sürerken işçinin vereceği rıza üzerindeki soru işaretlerini arttırmaktadır. Özellikle (açık) rıza kavramın önemli bir unsuru olan özgür irade ile açıklanması koşulu işçinin rızasını sorgulanabilir kılmaktadır. Gerçekten, veri işleme faaliyetine onay vermesi durumunda işe alınmayacağı veya iş sözleşmesinin feshedileceği endişesi taşıyan işçinin özgür bir iradeyle hareket etme olasılığı düşüktür. Bu nedendir ki, Avrupa Veri Koruma Kurulunun (EDPB) rıza kavramını ele aldığı 04.05.2020 tarihli Kılavuzda, işçi-işveren arasındaki güç dengesizliği nedeniyle iş ilişkisinden kaynaklanan veri işleme faaliyetlerinin çoğunluğu bakımından işçiye ait rızanın yasal bir temel oluşturamayacağını altı çizilmiştir. Kurula göre, işçinin rızasına ihtiyatla yaklaşılması veri işleme faaliyetlerinde rızaya yasal bir temel olarak asla başvurulamayacağı anlamına gelmez. Nitekim, rıza verip vermemenin menfi bir sonucu olmadığı (istisnai) durumlara özgü olarak işçinin özgür iradesi ile rıza gösterdiği kabul edilebilir¹⁵. Benzer şekilde, GDPR'deki özgür iradeye da-

14 Bu yönde bkz. Gürsel, s. 120-124.

15 Örneğin, ofisin bir bölümünün film ekibi tarafından kayda alınacağı bir veri işleme faaliyetinde, kaydın arka planında görünecek olmaları nedeniyle ofisin o bölümünde çalışan işçilere rızaları sorulduğunda, kayda alınmaya izin vermeyen işçilere yaptırım uygulanmadığı ve hatta kayıt süresince bu işçilere işyeri binasının bir başka yerinde çalışma ortamının sağlandığı durumlarda, özgür iradeye dayalı rıza söz konusu olabilecektir. Bu yönde bkz. European Data Protection Board, Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, 04.05.2020, s. 9, par. 21-23, <https://edpb.europa.eu/>

yalı rıza kavramının madde gerekçesinde de, veri öznesi ile veri sorumlusu arasında açık bir denge-sizliğin söz konusu olduğu durumlarda veri işleme faaliyetlerine verilecek rızanın yasal dayanak ola-mayacağı yönündeki genel kanı vurgulanmıştır¹⁶. Ne var ki, hukukumuzda sağlık verilerine özel bir koruma sağlama gayesinden hareket edilerek dar kapsamda belirlenen hukuka uygunluk sebepleri uygulamada tam tersi bir etki doğurmakta ve en-der olarak başvurulması gereken veri öznesinin açık rızasına ilişkin hukuki temele daha sık başvuru-lduğu görülmektedir. Bu nedenle, KVKK'da özel nitelikli verilerin işlenebileceği hukuka uygunluk sebeplerinin kanun koyucumuz tarafından AB'deki düzenleme ve görüşler ışığında gözden geçirilmesi ciddi olarak düşünülmelidir¹⁷.

b. Salgın Hastalık Nedeniyle İşverenin KVKK m. 6/3 cümle 2 Kapsamında Sağlık Verilerini İşlemesi

Az önce açıklandığı gibi, *kamu sağlığının korun-ması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve ba-kım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla* hükümde öngörülen kişi ya da kurumlarca sağlık verilerinin işlenebilmesine yönelik hukuka uygun-luk sebebine başvurulabilecek hâller çalışma yaşa-mı bakımından sınırlıdır. Misal olarak, söz konusu istisna işçinin/iş başvurusunda bulunan adayın işe uygunluğuna yönelik olarak herhangi bir sağlık verisinin işlenebilmesine imkân tanımaz. Öte yan-dan, içinden geçmekte olduğumuz salgın süreci tam anlamıyla KVKK m. 6/3 cümle 2'deki istisna

hükümünün uygulama alanına girdiğinden, işveren tarafından salgına yönelik olarak işçilere ait sağlık verilerinin işlenebileceği kabul edilmelidir. Burada-ki yorumumuzun temel gerekçesini, hükümde yer alan "*kamu sağlığının korunması*" ile "*sır saklama yükümlülüğü altındaki kişilerce verinin işlenebilece-ği*" yönündeki koşullara dayandırabiliriz.

aa. Kamu Sağlığının Korunmasında Sağlık Verilerinin İşlenmesine Duyulan İhtiyaç

En başta "*kamu sağlığı*" kavramının tanımlama-sıyla başlayacak olursak, kamu sağlığı; hastalık ve engellilik de dâhil olmak üzere sağlık durumu, bu sağlık durumu üzerinde etkisi olan belirleyici fak-törler, sağlık bakımıyla ilgili ihtiyaçlar, sağlık hiz-metlerine ayrılan kaynaklar, sağlık hizmetlerinin sağlanması, ölüm nedenleri gibi sağlığa yönelik tüm unsurlardır¹⁸. Kamu sağlığı multidisipliner bir alan olup, temel amacı insanların sağlıklı olabilece-ği şartları sağlayabilmektir. Tıp bilimi esasen müs-takil olarak bireylerdeki hastalıkları iyileştirmeye odaklanırken; kamu sağlığına yönelik faaliyetlerin temel amacı toplum düzeyinde sağlığın geliştiril-mesidir¹⁹.

KVKK'da kamu sağlığının korunması amacı-yla hassas verilerin işlenebileceği öngörüldüğüne göre, kamu sağlığı üzerinde ciddi bir tehdit oluşturan salgın hastalıklar söz konusu olduğunda sağlık verilerinin işlenebileceği evleviyetle kabul edilme-lidir. Bu yöndeki bir kabul yabancı hukuk uygula-maları ile de uyumludur. Örneğin, GDPR'de kamu sağlığı alanında kamu yararının veri işlemeyi ge-rekli kılmasına yönelik istisna hükmünde (m. 9/2(i)) özellikle sağlığa yönelik ciddi sınır ötesi tehditlere

sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_en.pdf, (23.10.2020); İstisnai durumlar olmadık-ça, işverenin işçiyeye ait rıza dışındaki diğer hukuka uygun-luk sebeplerine dayanması gerektiği yönündeki benzer görüş için bkz. Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 2/2017 on data processing at work, 08.06.2017, s. 4, s. 23, https://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=45631, (24.10.2020).

16 GDPR, Recital 34-Freely Given Consent, <https://gdpr-info.eu/recitals/no-43/>, (30.10.2020).

17 Bu yöndeki değerlendirme ve eleştirilerimiz için bkz. Gürsel, s. 251-254; Kişisel verilerin işlenmesine yönelik düzenlemeler arasındaki çelişkilerin mevzuat değişikliği ile giderilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Canan Ünal, "İş Sözleşmesinin Kurulmasında Sağlığa İlişkin Veriler", İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, Ed. Tankut Centel, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 310-311.

18 Tanımlama için bkz. Regulation (EC) No 1338/2008 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on Community statistics on public health and health and safety at work, art. 3(c), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R1338&rid=2>, (30.10.2020).

19 Natalie M. Schmitt/Jochen Schmitt, "Definition of Public Health", Encyclopedia of Public Health, Ed. Wilhelm Kirch, 2008 Edition, s. 222, https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007/978-1-4020-5614-7_723; Dünya Sağlık Örgütü de kamu sağlığını toplumdaki organize çabıyla hastalıkları önlemeye, ömrü uzatmaya ve sağlığı geliştirmeye yönelik bilim olarak tanımlamıştır, <https://www.euro.who.int/en/health-topics/Health-systems/public-health-services>, (31.10.2020).

karşı korumanın gerekli kılması hâlinde hassas kişisel verilerin (bir diğer deyişle sağlık verilerinin) işlenebileceği açıkça düzenlenmiştir. Avrupa Veri Koruma Kurulunun 20.03.2020 tarihinde yayımladığı ve işverenlerin çalışma yaşamında Covid-19'a yönelik veri işleme faaliyetlerindeki hukuka uygunluk sebeplerini ele aldığı resmi bildiri yine bu açıdan dikkate değerdir. Açıklamada, işyerindeki sağlık ve güvenliğe ilişkin yükümlülükleri gereğince işverenler tarafından veri işlenebileceği ifade edildikten sonra, kamu sağlığı alanında kamu yararının veri işlemeyi gerekli kılması hâli ile veri öznesinin hayati menfaatlerinin korunmasına gerek duyulması hâlinin de hukuki bir zemin oluşturacağına özel olarak yer verilmiştir²⁰. Şu hâlde, salgın hastalıklarla mücadele ve bunların takibi için sağlık verilerine yönelik veri işleme faaliyetlerinin kamu sağlığının korunmasına hizmet eden bir fonksiyonun bulunduğu kuşku yoktur.

bb. İşverenin Sır Saklama Yükümlülüğü

KVKK m. 6/3 cümle 2'deki istisna hükmünde sağlık verilerinin işlenebilmesine yönelik kim/kimlere yetki tanınmış olduğu konumuz bakımından incelenmeyi gerektirir bir başka konudur. Hükümde sağlık verilerinin işlenebileceği amaçlar sayıldıktan sonra, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından verinin işlenebileceği öngörülmüştür. Madde 6'nın gerekçesi incelendiğinde, Sağlık Bakanlığı ile her türlü sağlık kuruluşunun ve Sosyal Güvenlik Kurumunun maddede sözü edilen "yetkili kurum ve kuruluş" olarak değerlendirildikleri görülmektedir²¹. Sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler grubuna ise en başta hekimler, diş hekimleri, eczacılar, yardımcı personelleri ve diğer

sağlık çalışanları girmektedir²². Ayrıca, doktrinde işaret edildiği üzere, işçi özlük dosyası düzenleme yükümlülüğünün öngörüldüğü 4857 sayılı İş Kanunu m. 75'in ikinci fıkrasındaki *gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri işverenin açıklamakla yükümlü olduğuna* ilişkin hüküm uyarınca işveren bakımından da sır saklama yükümlülüğü tesis edildiği kabul edilmelidir²³. Yine, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 15/5'deki *sağlık muayenesi yaptırılan çalışanın sağlık bilgilerinin gizli tutulması* yönündeki hüküm işveren bakımından getirilen sır saklama yükümlülüğünün bir diğer somut örneğini oluşturmaktadır. Dolayısıyla, mesleki gizlilik yükümlülüğü altında bulunan işyeri hekimi dışında, sözü edilen hükümler gereğince sır saklama yükümlülüğü bulunan işverenin kendisinin dahi salgın hastalıklara karşı kamu sağlığını gözeterek işyerindeki işçilerin bulaşıcı hastalıklarına dair verilerini işleyebileceği kanımızca kabul edilmelidir.

Hemen eklemek gerekir ki, sağlık verileriyle ilgili işverenin yapacağı işleme faaliyetlerinin sınırları net bir şekilde belirlenmelidir. Söz gelimi, işçinin sağlık muayenesinden geçirilmesi, tıbbi teşhis konulması, sağlık bilgilerini içerir bir dosyanın hazırlanması gibi tıp hekiminin yetki alanına giren ve aynı zamanda veri işleme faaliyeti niteliği taşıyan işlemlerin işveren eliyle gerçekleştirilmesi kuşkusuz ki düşünülemez. Bu noktada Fransız Veri Koruma Otoritesinin Covid-19 nedeniyle işverenlerin yapabileceği veri işleme faaliyetlerini değerlendi-

20 EDPB, Statement on the processing of personal data in the context of the COVID-19 outbreak, 20.03.2020, s. 1-2, https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_statement_2020_processingpersonaldataandcovid-19_en.pdf, (29.10.2020); Benzer şekilde, İsviçre Federal Mahkemesi de kamu yararı çerçevesinde bulaşıcı bir hastalığın önlenmesi için sağlık verilerinin işlenebileceğine hükmetmiştir, bkz. Hertig Pea, s. 107.

21 Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı 6. madde gerekçesi için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf>, (01.11.2020).

22 Faruk Erem, "Ceza Hukukunda Meslek Sırını", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, 1943, s. 44; Canan İmançlı, Kişisel Sağlık Verilerinin Korunmasından Doğan Özel Hukuk Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s. 128-130, <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/ET001221.pdf>, (29.10.2020).

23 Sarper Süzek, İş Hukuku, Beta, İstanbul, 2020, s. 484; Ufuk Aydın, "İşverenin İşçi Özlük Dosyası Tutma Yükümlülüğü", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara, 2006, s. 500; Eda Manav, "İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:XIX, Sayı:2, 2015, s. 106; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, "İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunmasına İlişkin Sorunlar ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu", İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, (Ed. Kübra Doğan Yenisey/Seda Ergüneş Emrağ), Beta, İstanbul, 2017, s. 39; Ünal, s. 311.

rirken işaret ettiği ayırım uygulamamızda KVKK m. 6/3 c. 2 gereğince sağlık verilerinin işlenmesi bakımından da dikkate alınabilir. Örneğin, Fransız Veri Koruma Otoritesi GDPR’de işverenlerin iş ve sosyal güvenlik hukukundan doğan yükümlülükleri çerçevesinde gerekli sağlık verilerini işleyebileceğine yönelik hükümden hareketle, tarih, ilgili işçinin kimliği, hastalığın işçiye bulaştığı ya da bundan şüphelenildiği bilgisi, alınan organizasyonel önlemler gibi bilgiler ile sınırlı olmak üzere verilerin işverence işlenebileceğini kabul etmektedir. Yine, Covid-19’a yakalanan işçinin tıbbi bakım alabilmesi için gerek duyulan sağlık verilerinin işveren tarafından yetkili sağlık kuruluşlarına iletilebilmesi mümkündür. Bunun dışında, koruyucu hekimlik veya işyeri hekimliği, işçinin çalışma kapasitesinin sağlığı dikkate alınarak değerlendirilmesi, tıbbi teşhis konulması gibi amaçlarla işleme faaliyetleri söz konusu olacaksa bir sağlık uzmanının varlığına ihtiyaç duyulacağı açıkça vurgulanmıştır²⁴.

Türk hukukunda da KVKK m. 6/3 c. 2’nin kamu sağlığının korunması amacıyla bile olsa işçilere ait her türlü sağlık verisini işleyebilme yetkisini işverene bahşetmiş olduğu söylenemez. Bu bağlamda, örneğin Umumi Hıfzısıhha Kanunu m. 61’deki²⁵ işverenlerin salgın hastalıkları ilgili makamlara bildirmesi yükümlülüğüne paralel şekilde Covid-19’a yakalanan ya da yakalandığından şüphe duyduğu işçilere ait ad-soyad, tarih gibi bilgilerin işveren tarafından Sağlık Bakanlığına iletilebileceği kabul edilmelidir. Üstelik, Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans ve Kontrol Esasları Yönetmeliğinin 10. maddesinde bildirim yükümlülüğüne yönelik daha spesifik bir düzenleme öngörülmüştür. Buna göre, *kamu ku-*

rum ve kuruluşları yanında tüm gerçek ve tüzel kişiler, bildirim sistemi kapsamında yer alan bir bulaşıcı hastalığın (ki 22.04.2020 tarihinde yapılan ekleme ile Covid-19 hastalığı bildirimine esas listeye dâhil edilmiştir) *ve vaka bilgilerinin, bunlar için uygulanan kontrol önlemlerinin yerel sağlık birimine ihbarı ve bildirimleriyle yükümlü tutulmuştur.* Burada yer verdiğimiz açıklamaların Kişisel Verileri Koruma Kurumunun 27.03.2020 tarihli ve “Covid-19 ile Mücadele Sürecinde Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Bilinmesi Gerekenler” başlıklı kamuoyu duyurusundaki²⁶ görüşü ile de uyum gösterdiği kanısındayız. Kurum tarafından işaret edildiği üzere, KVKK madde 8’de, hassas kişisel verinin m. 6/3’deki hukuka uygunluk sebebiyle veya aktarılmaya yönelik diğer kanun hükümlerinin saklı tutulduğuna ilişkin hüküm çerçevesinde üçüncü kişilere aktarılabileceği öngörülmüştür. Duyuruda söz konusu düzenlemenin altı çizilerek, *bildirim esas bulaşıcı hastalıkları taşıyanlara ilişkin kişisel verilerin işveren tarafından ilgili makamlar ile paylaşılabileceği* görüşüne yer verilmiştir.

cc. Sağlık Verilerinin İşlenmesinde Dikkate Alınacak Temel İlke ve Önlemler

Veri işleme faaliyetinde veri koruma hukukuna hâkim ilkelere uyum gösterilmesi faaliyetin hukuka uygunluğu için aranan diğer koşullardan biridir. Veri işleme faaliyetine konu olacak veri ister hassas (özel nitelikli) ister genel nitelikli kişisel verilerden biri olsun, her durumda hukuka uygunluk, dürüstlük, ölçülülük, kesinlik, öngörülebilirlik, güncellik ve doğruluk, sınırlı süreyle işleme, veri güvenliği gibi temel ilkeler ışığında hareket edilmelidir (KVKK m. 4/2). Veri işleme faaliyetlerinin şeffaflığı ve dürüstlük kuralına uygunluğu bakımından “*veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğü*”ne (KVKK m. 10) uygun davranılmalı, hangi sağlık verilerinin ne amaçla işleneceği, kimlere aktarılabileceği ve ne kadar süre saklanacağı gibi temel hususlar hakkında veri öznesine bilgi verilmelidir. Sözünü ettiğimiz

24 CNIL, Coronavirus (COVID-19): les rappels de la CNIL sur la collecte de données personnelles par les employeurs, 23.09.2020, <https://www.cnil.fr/coronavirus-covid-19-les-rappels-de-la-cnil-sur-la-collecte-de-donnees-personnelles-par-les>, (02.11.2020).

25 Madde 61: “*Hastane baştabipleri, mektep, fabrika, imalathane, hayır müesseseleri, ticarethane ve mağaza, otel, pansiyon, han, hamam, hapisane sahip veya müstecirleri ve müdürleri, apartman kapıcıları buldukları mahallede, köy ihtiyar heyetleri köylerinde zuhur eden ve eczacılar, dış tabipleri ve ebeler, hasta bakıcıları, ölü tabutlıyan ve yıkananlar sanatlarını icra sebebiyle muttali oldukları 57 nci maddede zikredilen vakaları derakap alakadar makamlara tebliğ ve ihbara mecburdurlar.*”

26 Sözü edilen duyuruya ulaşmak için bkz. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6721/KAMUÖYU-DUYURUSU-Covid-19-ile-Mucadele-Surecinde-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Kapsaminda-Bilinmesi-Gerekenler->, (Covid-19 ile Mücadele), (03.11.2020).

kurallar yanında, hassas kişisel veri işleme faaliyetlerine özgü olarak Kişisel Verileri Koruma Kurulunun belirleyeceği önlemlerin somut olayda sağlanmış olup olmadığı ayrıca araştırılmalıdır (KVKK m. 6/4). Nitekim, 31.01.2018 tarihli ve 2018/10 sayılı Kurul kararında²⁷, özel nitelikli kişisel verilerin güvenliğine yönelik yönetilebilir ve sürdürülebilir ayrı bir politika oluşturulması; eğitim verme, gizlilik sözleşmesi imzalama, düzenli yetki kontrolü gibi bu tür verileri işleme görevi üstelenen çalışanlara özgü tedbirlerin alınması; işleme faaliyetinin gerçekleştirildiği ortamın özelliğine (elektronik-fiziksel ortama) göre, kriptografik yöntem, loglama, güvenlik güncellemesi, yazılımlara güvenlik testi yapılması, iki kademeli kimlik doğrulama, yetkisiz giriş-çıkış ya da yangın/su baskını gibi istenmeyen durumlara karşı ortamın fiziksel güvenliğinin sağlanması; verilerin aktarılması hâlinde başvurulacak tedbirler gibi ayrıntılı önlem başlıklarına yer verilmiştir. Görüldüğü gibi, Kurul hassas kişisel veriler söz konusu olduğunda veri güvenliğine ayrı bir önem vermektedir. O hâlde hatırlatmak gerekir ki, veri işlemenin amacı, niteliği ve kapsamı, veri öznesiyle ilgili olası risklerin değerlendirilmesi ile teknik gelişmelerin hesaba katılması veri güvenliğinde etkili tedbirlerin alınabilmesi için zaruridir²⁸.

II. Covid-19 Pandemisinde Sağlık Verileri İşlenirken Başvurulabilecek Veri İşleme Yöntemlerinin Değerlendirilmesi

Kişisel verilerin veri öznesinden elde edilmesinin çeşitli yöntemleri mevcuttur. Soru sorma, anket doldurma, test yapma, video kamera ile görüntü kaydetme, konum bilgisinin tespiti gibi birbirinden farklı yollarla kişisel verilerin işlenmesi

olasıdır. Pandemi sürecinde işçilere ait sağlık verilerinin de pek çok yöntemle toplanarak kaydedildiği/aktarıldığı bilinmektedir. Aşağıda işverenler tarafından sağlık verileri hakkında başvurulabilecek veri işleme yöntemleri ve bu yöntemlerin hukuka uygunlukları incelenecektir.

1. İşyerine Girişlerde HES Kodu Üzerinden Sağlık Verilerinin İşlenmesi

Sağlık Bakanlığı HES (Hayat Eve Sığar) Kodu uygulaması ile, sosyal hayatta gerçekleştirilen birçok faaliyette (ulaşım, konaklama, ziyaret, alışveriş vb.) temasa geçilen kurum veya kişilerin veri öznesinin Covid-19 riski taşıyıp taşımadığını hızlı bir şekilde sorgulayabilmesini amaçlamaktadır. HES Kodu, veri öznesi tarafından e-Devlet üzerinden numerik şekilde elde edilebileceği gibi, sorgulama kolaylığı sağlaması nedeniyle QR kod şeklinde de alınabilir²⁹. Hiç kuşku yok ki, HES Kodunun her iki versiyonu da veri koruma hukuku açısından sağlık verisi niteliği taşımaktadır. Aynı şekilde, Fransız Veri Koruma Otoritesi işçinin Covid-19'a maruz kalma riskini gösteren her türlü işaretin (örneğin, sayısal bir göstergenin ya da QR kodun) aynı zamanda sağlığa ilişkin veri teşkil ettiğine ve bu nedenle toplama ve erişim yetkisinin yalnızca işyeri sağlık biriminde olması gerektiğine işaret etmektedir³⁰.

İçişleri Bakanlığı çeşitli tarihlerde yayımladığı genelgeler ile şehirlerarası otobüslerde ve şehir içi toplu ulaşımda, (özel/kamu) konaklama tesislerinde HES Kodu zorunluluğu getirmiştir³¹. Yine, Bakanlık talimatıyla 23.09.2020 tarihinden itibaren tüm kamu kurumlarını kapsayacak şekilde HES Kodu uygulamasına geçilmesi planlanmıştır. Birçok ilin İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulu da hastalığın gösterdiği yayılıma göre kamu kurumları yanında söz gelimi PTT ve bankalar, alışveriş yapılan işyer-

27 "Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Veri Sorumlularınca Alınması Gereken Yeterli Önlemler" başlığını taşıyan karar için bkz. <https://www.kvkk.gov.tr/lce-rik/4110/2018-10>, (03.11.2020).

28 Hertig Pea, s. 100.

29 Bu yönde bkz. <https://hayatevesigar.saglik.gov.tr/HES.pdf>, (05.11.2020).

30 CNIL, Coronavirus (La réorganisation du travail, notamment via des solutions logicielles).

31 <https://www.icisleri.gov.tr/81-ile-sehirlerarası-otobüslerde-hes-kodu-zorunlulugu-genelgesi>; <https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligine-hes-kodu-konulu-2-genelge>, (05.11.2020).

leri ile belirli bir sayının üzerinde işçi çalıştıran ya da organize sanayi bölgelerinde kurulu işyerleri gibi alanlara girişlerde HES Kodu sorgulamasını zorunlu kılmıştır³². Böylece, HES Kodu zorunluluğu getirilen kamu kurumları ve özel işyerleri/işletmeler açısından gerek işçi/çalışan gerek ziyaretçi/hizmet alan vafına sahip bireylerin sağlık verilerini işleme zorunluluğu gündeme gelmiştir.

Söz konusu kurum ve işletmeler yasal bir yükümlülük gereği sağlık verilerini işleyecek olsa bile, konu KVKK bakımından değerlendirildiğinde bazı uygulama zorlukları ile karşılaşılacaktır. Kamu kurum ve kuruluşlarının gerçekleştireceği HES Kodu işleme faaliyetleri KVKK m. 28/1(ç)'deki istisna kapsamında değerlendirildiğinden³³ sağlık verilerinin işlenebilmesi için Kanunun aradığı hukuka uygunluk sebeplerinin somut olayda var olup olmadığı araştırılmayacaktır. Özel işyeri/işletmeler ise KVKK m. 28/1(ç) hükmünün uygulama alanında yer almazlar, dolayısıyla genelge ve Hıfzıssıhha Kurulu kararları ile tesis edilen yükümlülüğe rağmen söz konusu veri sorumlularına ait işleme faaliyetlerinin KVKK'ya uygun olabilmesi ya açık rıza alınmasına ya da yukarıda incelediğimiz KVKK m. 6/3 c. 2 kapsamında verinin işlenmesine bağlıdır. İşyerlerinin girişinde HES Kodunun sorgulanması gerektiğinden, sorgulamayı gerçekleştirecek kişiler genellikle güvenlik personeli yahut resepsiyon görevlisi unvanına sahiptir. Açıklandığı üzere, KVKK m. 6/3 c. 2'deki hukuka uygunluk sebebinde sır saklama yükümlülüğü altındaki kişiler tarafından sağlık verisinin işlenmesi zaruridir. Bu nedenle, yasal yükümlülük getirilen işyerlerine girişlerde HES Kodunun sorgulanması bu istisna hükmünün uygulama alanına girmeyecektir. O hâlde, veri sorumlusunun dayanabileceği tek hukuka uygunluk nedeni, HES Kodu sorgulamasına yönelik veri öz-

nesinden alınacak açık rızadır. Bu noktada hemen hatırlatmak gerekir ki, açık rızaya dayalı olarak sağlık verisinin işlenmesi, veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğünü ya da veri güvenliğine yönelik Kişisel Verileri Koruma Kurulunun aradığı teknik/idari önlemlerin alınması zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Tam tersine, özellikle ziyaretçi/müşteri yoğunluğunun yaşandığı işyerleri yönünden veri akışının fazla olacağı ve bunun veri güvenliği açısından işverenlere ek külfetler getireceği açıktır. Kanaatimizce, kendilerine hukuki bir yükümlülük getirilmedikçe, işyerlerine girişlerde kendiliğinden HES Kodu uygulamasına geçilmesi işverenler tarafından tercih edilmemelidir³⁴.

2. İşverenin İşçiye Ait Sağlık Verilerini Yetkili Sağlık Kuruluşu ile Paylaşması

Yukarıda ayrıntılı şekilde açıklandığı gibi³⁵, Covid-19 pandemisinde KVKK m. 6/3 c. 2'deki istisna hükmü gereğince kamu sağlığının korunması amacıyla (İş Kanunu ile İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunundan doğan) sır saklama yükümlülüğü altındaki işveren tarafından işçinin adı-soyadı, hastalığın bulaştığı ya da bulaşma şüphesinin varlığı yönündeki bilgiler kaydedilerek yetkili sağlık kuruluşlarıyla paylaşılabilir. İşverenin salgın hastalık nedeniyle gerçekleştireceği veri işleme faaliyetleri yine yukarıda işaret ettiğimiz hususlarla sınırlı tutulmalı ve bunun dışındaki işleme faaliyetleri için işyeri hekimi ve diğer sağlık personeli devreye girmelidir.

3. Covid-19 Hastalığı Bulaşan İşçi Hakkında Diğer İşçilerin Bilgilendirilmesi

İşyerinde sağlık ve güvenliği tesis etmekle yükümlü olan işveren, işyerinde doğrulanmış bir Covid-19 vakası ortaya çıktığında durumu diğer işçilere haber vermelidir. Kanımızca işverenin işçi-

32 Örnek kararlar için bkz. <http://www.malatya.gov.tr/il-hifzissihha-kurul-karari-karar-no-2020129-hes-kodu-zorunlulugu>; <http://www.yozgat.gov.tr/il-hifzissihha-kurul-karari-hes-kodu-zorunlulugu>; http://www.kirklareli.gov.tr/kurumlar/kirklareli.gov.tr/duyuru-belgeler/2020/10-EKIM/20201002/113nolukarar_1.pdf; <http://www.izmir.gov.tr/2020129-sayili-il-hifzissihha-kurulu-karari> (03.11.2020).

33 Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Covid-19 ile Mücadele (Kanuna Uygunluk).

34 Fransız hukukunda işverenin işçiden Covid-19'a karşı bulaşık olduğunu gösterir bir belge talep edemeyeceği ileri sürülmektedir. Bkz. Sophie Fantoni-Quinton, Responsabilité de l'employeur dans le cadre de la pandémie COVID-19, Archives des Maladies Professionnelles et de l'Environnement, Vol. 81, 2020, s. 325.

35 Bkz. yuk. I, 3, b, bb.

yi gözetme borcu, işçinin hastalıktan korunması, gerekli tedbirleri alabilmesi amacı ile durumdan haberdar edilmesini gerektirir. Bu noktada işverenin işçiyi gözetme borcundan doğan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğü, kişisel verilerin korunmasının bir adım önüne geçmektedir. Ancak, işveren tarafından konu hakkında diğer işçiler bilgilendirilirken, durumu ana hatlarıyla açıklayıcı bir metinde var olması gerekenden daha fazlasının paylaşılması önem arz eder. Zira, işçinin kimliğinin açıklanması onun için bir "damgalama-etiketleme-dışlanma (stigmatizasyon)" sonucunu doğurmakta, kişilik haklarına ve insan onuruna ciddi bir müdahale oluşturmaktadır. Özellikle Alman Federal ve Eyalet Veri Koruma Otoriteleri bu gerekçe ile hasta olan işçinin kimliğinin açıklanmasına karşı çıkmakta; ancak istisnaen işçinin kimliğinin açıklanmasını uygun bulmaktadırlar³⁶. Baden-Württemberg Eyaleti Veri Koruma Otoritesi konuyla ilgili olarak, işçinin adının-kimlik bilgilerinin açıklanmasından kural olarak kaçınılmasını, bulaşma riski olan işçilerin izne çıkarılmasının yeğlenmesini önermektedir. İstisnaen bunu yapmanın koruma için yeterli olmadığı bir durumda işveren sağlık kurumları ile irtibata geçerek görüş almalı; ancak bu da mümkün değil ise, işçinin kimliği bulaşma kaynağını belirlemek ve bulaş riskini önlemek amacı ile diğer işçilere bir bakıma son çare olarak açıklanabilmelidir³⁷.

Az önceki ifadelerimizden anlaşılacağı üzere, işverenden asıl olarak beklenen, Covid-19 hastası olan işçinin kimlik bilgilerini ya da kimliği tespiti arayacak şirket içi seviye/ekip bilgilerini açıklamamasıdır³⁸. Bu nedenle, örneğin işyerinde Co-

vid-19 hastalığı taşıyan bir işçinin tespit edildiği, ilgili işçinin hastalık iznine ayrıldığı, uzaktan çalışmaya geçirildiği, bulaş riski taşıyan diğer işçilerin tespit edildiği ve işyeri hekimine/sağlık kuruluşuna yönlendirildiği, dezenfeksiyon işlemlerinin uygulandığı gibi işyerinde sağlık ve güvenliği sağlamak üzere alınan organizasyonel önlemler hakkında bilgilendirme yapılması yeterli olacaktır³⁹. Fakat, doktrinde ifade edildiği gibi, ortak kullanım alanlarının fazla olduğu işyerlerinde söz konusu alanları kullanmaları nedeniyle bulaş riski altındaki diğer işçilerin durumdan haberdar olabilmesi ve işyerinde ortaya çıkabilecek salgın riskinin önüne geçilebilmesi için ilgili işçinin kimliğinin açıklanması zorunluluğu söz konusu olabilir⁴⁰. Alman hukukunda da bu görüşü savunanlar bulunmakla birlikte hastanın kimliğini açıklamanın istisna olması gerektiği kabul edilmektedir⁴¹. Böyle bir olasılıkla karşılaşıldığında ise, ilgili işçinin yapılacak açıklama hakkında önceden bilgilendirilmesi, onur ve saygınlığının gözetilmesi yönündeki şartlara uyulmalıdır⁴².

4. İşçi ve İşçi Yakınlarının Covid-19 Belirtileri Gösterip Göstermediği Hakkında Bilgi Toplanması

Salgına karşı iş sağlığı ve güvenliğinin tesisi için işverenin üzerine düşen görevler; işyerine özgü Covid-19 risk değerlendirmesi yapması ve acil eylem planı oluşturması, koruyucu tedbirler (sosyal

Statement on the COVID-19 outbreak, s. 3.

39 Gülsevil Alpagut, Pandemi Süresince Çalışanların Kişisel Verilerinin Korunması, <https://datassist.com.tr/en/pandemi-suresince-calisanlarin-kisisel-verilerinin-korunmasi-2/>, (07.11.2020); Örnek metin için bkz. Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Covid-19 ile Mücadele (Sıkça Sorulan Sorular).

40 Alpagut'un bu yöndeki görüşü için bkz. <https://datassist.com.tr/en/pandemi-suresince-calisanlarin-kisisel-verilerinin-korunmasi-2/>, (07.11.2020).

41 Markus Wünschelbaum, COVID-19: Pandemiebewältigung und Datenschutz Kollektivvereinbarungen als krisentaugliches DS-GVO-Instrument? NZA 2020, s. 612.

42 EDPB, Statement on the COVID-19 outbreak, s. 3; Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Covid-19 ile Mücadele (Sıkça Sorulan Sorular); Gülsevil Alpagut, Pandemi Süresince Çalışanların Kişisel Verilerinin Korunması, <https://datassist.com.tr/en/pandemi-suresince-calisanlarin-kisisel-verilerinin-korunmasi-2/>, (07.11.2020).

36 Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder, Stellungen. Zu Datenschutz und Corona v. 13.03.2020, https://www.bfdi.bund.de/DE/Datenschutz/Themen/Gesundheit_Soziales/GesundheitSozialesArtikel/Datenschutz-in-Corona-Pandemie.html?nn=5217154, (16.11.2020)

37 <https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/faq-corona/>, (16.11.2020).

38 Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Covid-19 ile Mücadele (Sıkça Sorulan Sorular); Benzer yönde, Information Commissioner's Office (UK), Testing, <https://ico.org.uk/global/data-protection-and-coronavirus-information-hub/coronavirus-recovery-data-protection-advice-for-organisations/testing/#t6>, (07.11.2020); EDPB,

mesafenin sağlanması, maske/eldiven kullanımı, hijyen önlemleri, uzaktan çalışma modeli, işyeri hekimliğine ait hizmetler vb. konular) hakkında işçiyi bilgilendirmesi/eğitmesi ve işyerinde bu tedbirleri somut olarak hayata geçirebilmesidir. Bununla birlikte, Kişisel Verileri Koruma Kurumu işçi ya da işçi yakınlarının virüs belirtisi taşıyıp taşımadığı hususunda bilgi toplanması açısından işverenin haklı gerekçeleri olabileceğini öngörmektedir. Ölçülülük ilkesini gözeterek ve veri işleme faaliyetinin doğurabileceği riskleri değerlendirdikten sonra, bu yöndeki sağlık bilgilerinin gerçekten gerekli olduğu durumlar mevcutsa bilgi talep edilebileceği kabul edilmelidir. Örneğin, pozisyonu gereği çok seyahat eden bir işçi geri döndüğünde işyerinde kronik rahatsızlığı olan ya da virüsten daha ağır etkilenme ihtimali bulunan işçilerle teması söz konusu olacaksa, işçinin seyahat bilgileri ve/veya gösterdiği belirtiler hakkında bilgi toplanması mümkündür⁴³.

İşçideki belirtileri değerlendirme uzmanlık ve yetkisi işyeri hekiminde olduğundan, ilgili sağlık verilerinin işyeri hekimi tarafından toplanması gerekecektir. Benzer şekilde, Fransız Veri Koruma Otoritesi işçinin sağlık durumuna ilişkin bilgileri toplama ve bu bilgileri içerir tıbbi formlara/anketlere erişim yetkisinin yalnızca işyerindeki yetkili sağlık personelinde (ve özellikle işyeri hekiminde) olduğunu vurgulamaktadır⁴⁴. Hatta, Fransız Veri Koruma Otoritesi tarafından hazırlanan değerlendirmede, işçinin aile durumu, yaşam koşulları, muhtemel seyahat planları ile ilgili bilgileri sağlık verilerinin yararlandığı koruma kapsamına alınmış ve bu bilgilerin de yalnızca yetkili sağlık personeli tarafından işlenebileceği sonucuna varılmıştır⁴⁵. Aslında seyahat planı, yaşam koşulları gibi bilgiler veri öznesinin sağlığına ilişkin verilerden olmayıp, hassas kişisel veri grubuna girmezler. Ne var ki, kanaatimize göre Fransız Veri Koruma Otoritesi bu değerlendirmesinde salgındaki bulaş riskinin sosyal temas fazlaştıkça arttığını göz önüne almış ve seyahat

planı bilgisinin işçinin sağlık riskleri hakkında öngöründe bulunmaya imkân tanıyacağını varsayarak sağlık verisine dönüşebileceği yorumunda bulunmuştur. Fransız Veri Koruma Otoritesinin söz konusu görüşünde haklılık payı bulunmakla birlikte, Kişisel Verileri Koruma Kurumumuzun 27.03.2020 tarihinde yayımladığı görüşü incelenecek olursa, seyahat bilgilerini veri öznesinin sağlık durumu ile ilişkilendirmek suretiyle ele almadığı görülecektir. Kurumun bu bakış açısından hareketle, KVKK m. 5/2(f)'deki "ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması"na ilişkin hukuka uygunluk sebebine dayanmak suretiyle işçinin seyahat bilgilerinin işlenmesi mümkündür.

Alman hukukunda ilke olarak işverenin işçiyeye Covid-19 riskini arttıran durumlar hakkında soru sorabileceği ve aldığı bilgileri işleyebileceği kabul edilmektedir. Bu kapsamda özellikle işçinin Covid-19 hastası başka kişiler ile risk oluşturabilecek bir temasının olup olmadığı ile işçinin seyahat uyarısı verilen ülke veya bölgelerde bulunup bulunmadığı sorulabilecektir. Alman Veri Koruma Otoritesi işçinin risk oluşturan kişilerle temasına ve risk bölgelerinde bulunmasına dair verilerinin işlenmesini veri koruma hukukuna uygun bulmaktadır⁴⁶. İşverenin iş sağlığı ve güvenliğinden doğan yükümlülüklerini etkin şekilde yerine getirebilmesi için bu bilgileri toplamasının zorunlu olduğu kabul edilmektedir⁴⁷. Öte yandan, işçinin bu sorulara cevap verirken kiminle veya nerede olduğunu somut olarak bildirme zorunluluğu yoktur. Başka bir deyişle, sadece risk bakımından gereken ölçü ile sınırlı şekilde veri toplanmalıdır⁴⁸.

43 Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Covid-19 ile Mücadele (Sıkça Sorulan Sorular).

44 CNIL, Coronavirus (La réalisation de tests sérologiques et de questionnaires sur l'état de santé).

45 CNIL, Coronavirus (La réalisation de tests sérologiques et de questionnaires sur l'état de santé).

46 <https://www.bfdi.bund.de/DE/Datenschutz/Datenschutz-Corona/Arbeitsumfeld/Arbeitsumfeld-node.html>, (16.11.2020).

47 Wünschelbaum, NZA 2020, s. 612; BeckOK DatenschutzR/Riesenhuber, Karl, 33. Ed. 1.8.2020, BDSG § 26 Rn. 121-123.3.

48 BfDI, Datenschutzrechtliche Informationen im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie, www.bfdi.bund.de, (16.11.2020); LfDI BW, FAQ Corona, <https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de>, (17.11.2020); Adam Sagan/Marius Brockfeld, Arbeitsrecht in Zeiten der Corona-Pandemie, NJW 2020, s. 1112, 1113.

5. İşyerine Girişlerde Ateş Ölçümü Yapılması

Yüksek vücut ısısı Covid-19 hastalığının bir belirtisi olarak görülmekte ve işyeri girişlerinde işçilerin ve ziyaretçilerin ateşlerini ölçen otomatik sistemlerin kurulması işverenlerin salgınla mücadele kapsamında tercih ettiği uygulamalar arasında yerini almaktadır. Çalışmamızın en başında ifade ettiğimiz gibi, bir bireyin vücut sıcaklığı bilgisi sağlığına ilişkin veri olduğundan, sağlık verilerinin işlenmesi hususunda açıklamaya çalıştığımız tüm kural ve ilkeler ateş ölçümüne yönelik veri işleme faaliyetleri hakkında da geçerli olacaktır.

Sağlıklı bir yorum yapabilmek için, ateş ölçümünde kullanılan yöntemleri ikiye ayırarak incelemek faydalı olacaktır. Bu bağlamda, ilk olarak termal kameralar gibi vücut sıcaklığını otomatik şekilde ölçüp kaydeden cihazlar ele alınabilir. Fransız hukukunda işverenlere termal kamera ya da akıllı video kameralar ile vücut sıcaklığını otomatik şekilde ölçüp kaydeden cihazları kullanma izni verilmemektedir⁴⁹. İşverenlerin söz konusu uygulamadan imtina etmeleri için farklı gerekçeler sunulmuştur. Konu temel hak ve özgürlükler açısından ele alındığında, video kamera gibi müdahaleci teknolojilerin kontrolsüz gelişimlerinin bireyler arasındaki gözetlenme hissini genelleştireceği/önemsizleştireceği, gözetleme faaliyetlerinde bir artışa neden olacağı ve böylece demokratik bir toplumdaki düzgün işleyişin sarsılacağı savunulmaktadır⁵⁰. Konu kişisel verilerin korunması özelinde ele alındığında, video kamera ile otomatik ateş ölçümünün takip edilen amaç için gerekli ve ölçülü bir uygulama olduğunun kanıtlanması gerektiğine işaret edilmektedir⁵¹. Hukuka

uygunluk sebebi açısından da söz konusu uygulama sorunlu bulunmakta ve en basit örneğiyle GDPR'de kamu sağlığı alanında kamu yararı gözetilerek hassas verinin işlenmesine izin verilmiş olsa bile otomatik gözetleme faaliyetinin üye devlette spesifik bir metinle düzenlenmesinin gerekliliği dile getirilmektedir. Video kamera yöntemi geniş çaplı bir uygulamayı gerektirdiğinden, veri öznesinden rıza almaya yönelik hukuka uygunluk sebebinin de uygulama zorluğu doğuracağı ve ayrıca rıza vermenin reddi hâlinde ilgili binaya girişin reddedilmesi gibi sonuçların doğabilecek olmasının rızanın özgür iradeye dayalı olması özelliğini ortadan kaldıracağı vurgulanmaktadır⁵². Üstelik, yüksek vücut ısısı Covid-19'un sistematik bir belirtisi olmadığı gibi bir başka hastalığın göstergesi dahi olabileceğinden, söz konusu yöntemin etkinliği ile uygunluğunun sorgulanmaya açık hâle geldiği belirtilmektedir⁵³. Hatta, Covid-19 pandemisi sürecinde işçilerin sağlık verilerinin işlenmesinde esnek bir tavır benimseyen Birleşik Krallık Enformasyon Komiserliği (Information Commissioner's Office - ICO) bile hazırladığı rehberde, bir yandan kameralar yoluyla ateş ölçümünün müdahaleci yapısına vurgu yapmış, diğer yandan bireyin termal görüntüsünün bağlı olacağı kapalı devre kamera sisteminin özelliğine göre biyometrik veri oluşturma ihtimalinin varlığına işaret etmiştir⁵⁴. Yabancı hukuktan aktardığımız bu haklı çekincelerin Türk hukukunda da aynı ölçüde ileri sürülebileceği kanaatindeyiz. Bu nedenle, işyerine girişlerde vücut sıcaklığını video kamera ya da termal kameralarla otomatik şekilde ölçecek bir yöntem tercih edilmemelidir.

Vücut sıcaklığı ister otomatik şekilde ister kağıt üzerinde kaydedilsin, söz konusu uygulamaları

49 CNIL, Coronavirus (Les relevés de température à l'entrée des locaux).

50 CNIL, Caméras dites «intelligentes» et caméras thermiques : les points de vigilance de la CNIL et les règles à respecter, Les enjeux pour les libertés individuelles, 17.06.2020, <https://www.cnil.fr/fr/cameras-dites-intelligentes-et-cameras-thermiques-les-points-de-vigilance-de-la-cnil-et-les-regles>, (09.11.2020).

51 CNIL, Caméras dites «intelligentes» et caméras thermiques (Les grands principes de la protection des données à respecter); ICO, Testing, <https://ico.org.uk/global/>

[data-protection-and-coronavirus-information-hub/coronavirus-recovery-data-protection-advice-for-organisations/testing/#temp4](https://ico.org.uk/global/data-protection-and-coronavirus-information-hub/coronavirus-recovery-data-protection-advice-for-organisations/testing/#temp4), (09.11.2020).

52 CNIL, Caméras dites «intelligentes» et caméras thermiques (Le cas spécifique des caméras thermiques).

53 CNIL, Coronavirus (Les relevés de température à l'entrée des locaux).

54 ICO'nun bu yöndeki görüşü için bkz. <https://ico.org.uk/global/data-protection-and-coronavirus-information-hub/coronavirus-recovery-data-protection-advice-for-organisations/testing/#temp4>, (09.11.2020).

veri koruma hukukuna uygun bulmayan Fransız Veri Koruma Otoritesi, (örneğin, temassız kızılötesi tipteki) elle çalıştırılan termometrelerin bina girişlerinde ateş ölçümü için kullanılmasına daha olumlu yaklaşmaktadır. Bu uygulamada önem taşıyan husus, vücut sıcaklığının ölçülmesinden sonra söz konusu verinin herhangi bir şekilde depolanmaması, iç ya da dış geribildirimle konu edilmemesidir. Dikkat edileceği üzere, el termometresi ile ateş ölçümünde vücut sıcaklığı tam/kısmen otomatik şekilde ya da bir veri kayıt sisteminin parçasını oluşturmak üzere kağıt üzerinde kaydedilmediğinden, veri koruma kurallarının uygulama alanı dışında kalmaktadır⁵⁵. GDPR bakımından gündeme gelen bu sonucun KVKK'nın kapsamını düzenleyen madde 2 ışığında hukukumuz açısından da kabulü yanlış olmayacaktır. Ancak, ne olursa olsun ateş ölçümü iş sağlığı ve güvenliğini korumanın vazgeçilmez bir yöntemi olarak görülmemeli, ateş belirtisinin salt Covid-19 hastalığının belirtisi olmadığı, kaldı ki asemptomatik (belirli göstermeyen) kişilerde vücut ısısı yükselmediğinden bu gruba giren kişilerin ateş ölçümü ile tespit edilemeyeceği göz ardı edilmemelidir. Alman hukukunda bazı yazarlar bu gerekçeler ile ateş ölçümüne mesafeli yaklaşmakta, işyerinde Covid-19 vakalarının görülmesi veya işyerinin salgının yaygın olduğu bir yere yakın olması durumları haricinde ateş ölçümünün işverenin yönetim hakkı kapsamında görülemeyeceğini savunmaktadır⁵⁶. Bununla birlikte, salgınla mücadelede tüm tedbirleri belirleyen ve durumu takip eden Alman Robert Koch Enstitüsü, toplu etkinliklerde kamera yolu ile semptomların araştırılmasına (Eingangsscreening) etkili bir sal-

gın önleme yöntemi olarak işaret etmektedir⁵⁷. Öğretide de buna uygun olarak ateş ölçmenin ölçülü bir önlem olarak haklı olduğu görüşü ileri sürülmektedir⁵⁸. Covid-19 riski arttıkça konuya yaklaşımın değiştiği, kişisel veri koruması yerine işverenin işyerinde bulaş riskini azaltacak tedbirlerine öncelik tanındığı göze çarpmaktadır. Yine, Alman Çalışma Bakanlığı Sars-CoV-2-İş Güvenliği Standartlarında, işçilere temas etmemek koşulu ile ateş ölçümünü tavsiye etmektedir⁵⁹.

İşyeri girişinde bir işçinin ya da ziyaretçinin ateşinin yüksek çıkması olasılığında atılması gereken adımlar hakkında önceden bir politika oluşturulması da yararlı olacaktır⁶⁰. Zira, Fransız hukukunda sağlık durumu gereğince yahut bu ölçümü reddetmesi nedeniyle binaya girişi engellenecek bireyin temel hak ve özgürlüklerinin zarar görebileceği ve bunun aynı zamanda ayrımcı bir işlem olarak görülebileceği ifade edilmiştir⁶¹. Kanımızca, işyeri girişinde el termometresi ile yapılacak ölçümde yüksek ateş tespiti hâlinde Covid-19 riskini açıklığa kavuşturmak için, ilgili kişi bir işçi ise işyeri hekimine yönlendirilebilir, ziyaretçi ise bir sağlık kuruluşu ile temasa geçmesi önerilebilir. Daha da önemlisi, ateş ölçümü hakkında gerek ziyaretçilerin gerek işçilerin aklında oluşabilecek soru işaretlerini yanıtlamak amacıyla bina girişinde ve işyerinin resmi bir internet sayfası var ise bu sayfada bir bilgilendirme metni yayımlanabilir. Söz konusu metinde Covid-19'a karşı iş sağlığı ve güvenliği kapsamında alınan önlemlere ek olarak bina girişinde el termometresi ile ateş ölçümü yapıldığına ve söz konusu kontrol sırasında ve sonrasında herhangi bir veri kaydedilmediğine yönelik bilgi verilerek uygulama hakkında bireyin aydınlatılması sağlanabilir.

55 Fransa'da her ne kadar Çalışma Genel Müdürlüğü söz konusu kontrollerin aleyhine görüş bildirirse de, CNIL özel durumlar gerektiriyorsa vücut ısısının el termometreleri ile ölçülmesi işleminin uygulanabileceğini ifade etmiştir. Bkz. CNIL, Coronavirus (Les relevés de température à l'entrée des locaux); Ateş ölçümünün çalışma yaşamındaki sosyal tarafların mutabakatı sağlanmak suretiyle yapılmasının gerekliliği yönünde bkz. Fantoni-Quinton, s. 325.

56 Sagan/Brockfeld, s. 1113; Michael Fuhlrott, Arbeitsrechtliche Fragestellungen im Zusammenhang der Coronavirus-Epidemie, GWR 2020, s. 107

57 <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/artikel/handlungsempfehlungen-corona-rki.html>, (18.11.2020).

58 Wünschelbaum, NZA 2020, s. 612; BeckOK DatenschutzR/Riesenhuber, Karl, 33. Ed. 1.8.2020, BDSG § 26 Rn. 121-123.3

59 NZA-Beilage 2020, 24, 26.

60 Benzer yönde bkz. ICO, Testing, <https://ico.org.uk/global/data-protection-and-coronavirus-information-hub/coronavirus-recovery-data-protection-advice-for-organisations/testing/#temp4>, (11.11.2020).

61 Fantoni-Quinton, s. 325.

6. İşverenin İşçileri Covid-19 Testine Tâbi Tutması

İş sağlığı ve güvenliğini korumak amacıyla Covid-19 hastalığına karşı uyulması gereken önlemler hakkında bilgi verilirken, hastalığın bulaştığı ya da bulaş riskinin olduğu durumlarda işçinin işvereni/işyeri hekimini ya da yetkili sağlık kuruluşunu haberdar etme yükümlülüğü mutlaka hatırlatılmalıdır⁶². Nitekim, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 19/1 gereğince, *çalışanlar, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili aldıkları eğitim ve işverenin bu konudaki talimatları doğrultusunda, kendilerinin ve hareketlerinden veya yaptıkları işten etkilenen diğer çalışanların sağlık ve güvenliklerini tehlikeye düşürmemekle yükümlüdür*. Yine, Türk Borçlar Kanunu m. 417/2'ye göre, *işçiler iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür*. O hâlde, işçi kendisine Covid-19 bulaştığına yönelik şüphe taşıyorsa ya da bulaştığı bilgisine sahipse, sağlık durumunu derhâl işvereni ile paylaşması gerekir. İşçinin böyle bir bilgiyi gizli tutması bulaş riskini arttıracak ve işyerindeki diğer işçilerin sağlığını ve güvenliğini ciddi şekilde tehlikeye sokacaktır. Kusurlu davranışı ile işin güvenliğini bu şekilde tehlikeye düşürmesi işçinin özen yükümlülüğünün ihlali anlamına gelir⁶³. Görüldüğü gibi, işçinin bulaşıcı hastalığına rağmen iş görmeye devam

etmesi diğer işçilerin sağlık ve güvenliğini tehlikeye düşürmeme yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmektedir⁶⁴. Bunun yanında, doktrinde sadakat borcu kapsamında yapılan incelemede, işçinin hastalığına rağmen iş görmeye devam etmesinin hastalığın ilerlemesine ve daha uzun süreli olarak iş görmesinin engellenmesine neden olacağından bahisle sadakat borcunun ihlali sonucunun doğacağı ifade edilmiştir⁶⁵. Ayrıca kabul edileceği üzere, işçinin aldığı eğitim ve talimatlara rağmen Covid-19 hastalığını yahut hastalık şüphesini vakit kaybetmeden işverene bildirmesi gerekirken (diğer bir ifadeyle işçinin bu yönde bir davranış yükümü söz konusu iken) tersine bir davranış sergilemesi de sadakat borcunun ihlali olarak değerlendirilebilecektir⁶⁶.

Alman hukukunda da aynı esaslar benimsenmektedir. Kural olarak işçinin işverene hastalığı hakkında bilgi verme yükümlülüğü bulunmamakla birlikte, Covid-19 gibi salgın hastalıklar bunun istisnasını oluşturur. Çünkü, bu durumda hastalığın diğer işçilere bulaşma riski bulunmaktadır. İşverenin diğer işçileri hastalıktan etkin şekilde koruyabilmesi için Covid-19'a yakalanan işçinin durumundan haberdar olması zorunludur. Ancak, işçinin hastalığı hakkında bilgi verme yükümlülüğü de son çare olarak görülmekte, diğer işçilere

62 CNIL, Coronavirus (L'obligation de sécurité des employeurs); Türk Tabipleri Birliği tarafından işyeri hekimleri için hazırlanan rehberde göre, Covid-19 hastalığı şüphesinde çalışanların yapmaları gerekenler hakkında bilgilendirme yapılırken, hastalık belirtilerine, bu belirtilerin ortaya çıkması hâlinde acil tıbbi yardım almaları ve sağlık durumlarındaki gelişmelerden işvereni/işyeri hekimini haberdar etmeleri gerektiğine değinilmelidir. Bkz. Türk Tabipleri Birliği, Covid 19 Pandemisinde İşyeri Hekimleri İçin Rehber, 27.04.2020, Ankara, s. 5, https://www.ttb.org.tr/userfiles/files/covid_isih_rehber.pdf, (12.11.2020).

63 İş güvenliğini tehlikeye düşürmeme yükümlülüğünün özen borcunun ihlalinin özel bir şekli olduğu yönünde bkz. Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Beta, İstanbul, 2012, s. 459; Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, Beta, İstanbul, 2018, s. 233; Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, İş Hukuku Ders Kitabı, Lykeion Yayınları, Ankara, 2019, s. 244; Arzu Arslan Ertürk, Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 284-285.

64 Ulaş Baysal, Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri, Beta, İstanbul, 2019, s. 42; İnan Eryılmaz/Sevil Doğan, "İş Hukuku Boyutuyla Absenteizm ve Presenteeizm", Örgütsel Davranışlar ve İş Hukukuna Yansımaları, (Ed. Sevinç Köse/Mustafa Alp), Seçkin, Ankara, 2020, s. 48-49.

65 Baysal, s. 47; Eryılmaz/Doğan, s. 50.

66 Ulaş Baysal, "Covid-19 ve Çalışanın Hastalığına Rağmen İş Görmesi (Presenteeism)", EMO İzmir Şubesi Haber Bülteni, Sayı:359, Nisan 2020, s. 25, (Covid-19); Eryılmaz/Doğan, s. 50-51; "...Bu durumda olay anında orada bulunduğu anlaşılan davacının, bildirim yükümlülüğünü de yerine getirmeyerek darp olayını yetkililere bildirmedigi dosya kapsamı ile sabittir. Bilindiği üzere iş ilişkisi, karşılıklı güven esasına dayanan sürekli bir borç ilişkisi olup, bu güvenin sarsıldığı durumlarda, anılan tutumla karşılaşan taraftan böyle bir ilişkiyi sürdürmesini beklemek işin doğasına uygun düşmez. İşçinin sadakat borcu işverenin işi ve işyeri ile ilgili hukuken haklı menfaatlerini korumak, zarar verici ve risk altına sokabilecek davranışlardan kaçınmayı gerektirir.", Yargıtay 22. HD., 26.12.2019, 2016/26676 E. – 2019/24572 K.; Yargıtay 9. HD., 10.01.2019, 2016/27787 E.-2019/631 K.; Yargıtay HGK., 14.03.2018, 2015/7-908 E.- 2018/483 K., www.kazanci.com.tr, (12.11.2020).

bulaşma riski olmadığı takdirde işçinin bilgi veremeyeceği kabul edilmektedir. Buna örnek olarak, işçinin maksimum kuluçka süresi olan 14 gün diğer işçiler ile bir temas kurmasının gerekmediği hâller gösterilebilir⁶⁷.

Bu noktada işçinin Covid-19 hakkında bilgilenme yükümlülüğünü yerine getirip getirmeyeceğinden emin olamayan işverenlerin doğrudan işçileri Covid-19 tarama testinden geçirmesinin ya da hasta olduğundan şüphelendiği bir işçiyi teste zorlamasının mümkün olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, Covid-19 testlerinin işyeri hekimince yapılması uygun değildir. Zira, Covid-19 şüphesi bulunan bir işçinin işyerindeki ön değerlendirmesi işyeri hekimi tarafından yapılabilecekken; Covid-19 tanısı yalnızca Sağlık Bakanlığının yetkilendirdiği sağlık kuruluşları tarafından konulabilir⁶⁸. Yine, herhangi bir hastalık şüphesi bulunmamasına rağmen, sağlık durumlarını garanti altına almak için işverenlerin işçileri toplu/düzenli tarama testine göndermesi de amacı aşan bir uygulama olacaktır⁶⁹. Yukarıda ifade edildiği gibi, hastalık şüphesi hâlinde işverenin atacağı adımlar, ilgili işçinin diğer işçilerden izole edilerek yetkili sağlık kuruluşuna yönlendirilmesine ve işyerinde gerekli organizasyonel önlemlerin (dezenfeksiyon işlemleri, temaslıların tespiti ve izolasyonu, işçinin sağlık durumuna ve ifa ettiği işe göre uzaktan çalışma modelinin uygulanması gibi önlemlerin) alınmasına yönelik olmalıdır. Öte yandan, Birleşik Krallık Enformasyon Komiserliği sağlık ve sosyal hizmet sektörlerindeki gibi hassas bireylerle etkileşimin olağan olduğu sektörlerde çalışanların teste tâbi tutulmasının ve bunun daha çok tekrarlanması gerektiğinin altını çizmektedir⁷⁰.

67 Sagan/Brockfeld, s. 1113.

68 T.C. Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, Yeni Tip Koronavirüs Hakkında Soru ve Cevaplar, s. 10, https://ailevecalisma.gov.tr/media/47845/intes_soruvecevaplar_20200611.pdf, (13.11.2020).

69 Fransa'da da Çalışma Bakanlığı işverenlerin işçiler için genel bir Covid-19 tarama testi uygulamasına izin vermemektedir. Bu yönde bilgi için bkz. CNIL, Coronavirus (La réalisation de tests sérologiques et de questionnaires sur l'état de santé); Fantoni-Quinton, s. 325.

70 ICO, Testing, <https://ico.org.uk/global/data-protection-and-coronavirus-information-hub/coronavirus-recovery-data-protection-advice-for-organisations/testing/#t8>, (11.11.2020).

Fakat, her hâlükârda işverenin yetkisi işçiyi sağlık kuruluşuna yönlendirmekten ibaret olup⁷¹, işçinin teste zorlanması mümkün değildir. Türk Medeni Kanunu m. 23/3 gereğince *insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli yazılı rıza üzerine mümkün olduğundan*, esas olan işçinin yazılı rızasıdır. Bununla birlikte, Covid-19 hastalığına dair belirtiler göstermesine ve yetkili sağlık kuruluşuna yönlendirilmesine rağmen test yaptırmamakta ısrar eden ve iş sağlığı ve güvenliği talimatlarına aykırı şekilde kendini izole etmeyen bir işçinin (kendi isteği veya savsaması yüzünden) işyerindeki sağlık ve güvenliği tehlikeye düşürmesine izin verilemeyeceğinden, İş Kanunu m. 25/II-ı gereğince iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi yönünde bir yaptırım uygulanabilir. Çünkü, işçinin kusuruyla (kasıtlı, ağır ya da hafif ihmalle) işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi yeterli olup, bunun yanında bir zararın ortaya çıkması şartı aranmaz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararında vurguladığı gibi, *işçi işyerinde çalışan diğer işçilerin sıhhatini ve yaşayışını tehlikeye düşürmemek zorundadır. Bu zorunluluk, işçinin özen borcundan kaynaklanır. Özen borcunun ihlalinin özel bir şekli olan işçinin "işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi" hâli işveren açısından haklı fesih nedeni yaratabilir*⁷². Yine, doktrinde haklı

71 Sagan/Brockfeld, s. 1113; Benzer yönde bkz. Gülsevil Alpagut, Pandemi Süresince Çalışanların Kişisel Verilerinin Korunması, <https://datassist.com.tr/en/pandemi-suresince-calisanlarin-kisisel-verilerinin-korunmasi-2/>, (10.11.2020).

72 "...işçi işi aksatmamak ve işyerinde çalışan diğer işçilerin sıhhatini ve yaşayışını tehlikeye düşürmemek zorundadır. Bu zorunluluk, işçinin özen borcundan kaynaklanmaktadır. Eş söyleyişle, işçinin özen borcunun bir gereği olarak iş sağlığını ve iş güvenliğini tehlikeye düşürmekten kaçınması gerekmektedir. Özen borcunun ihlalinin özel bir şekli olan işçinin "işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi" durumunun işveren tarafından bir haklı fesih sebebi olarak kabul edilebilmesi için bir takım şartların bir arada gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunların başında işçinin iş güvenliğini tehlikeye düşürmüş olması gelmektedir. Burada zarar olasılığı ve tehlikenin varlığı gerekli ve yeterli bulunmakta; zararın meydana gelmiş olması aranmamaktadır. Bunun yanında tehlikeye düşürme halinin işçinin kendi isteği ile veya savsaması sonucu ortaya çıkmış olması da gereklidir. İşçinin kastı veya savsamasının olup olmadığı ise işin niteliğine göre uzman bilirkişilerden alınacak raporla belirlenecektir.", Yargıtay HGK., 17.06.2009, 2009/9-210 E. – 2009/274 K., bkz. Haluk Hadi Sümer, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Seçkin, Ankara, 2019, s. 274, dn. 750; Yargıtay 9. HD., 24.01.2018, 2016/36188 E. – 2018/1120 K.; Yargıtay 7.

olarak işaret edildiği üzere, Covid-19 hastalığına ilişkin bir şüphenin doğruluğunu sorgulamak üzere işverenin işçiden gerekli testleri yaptırmasını talep etmesine rağmen işçinin söz konusu talebi reddetmesi aynı zamanda sadakat borcuna aykırılık oluşturur. Bu gibi durumlarda ilgili işçinin işyerinden uzak tutulması için işveren tarafından gereken tedbirlerin alınabileceği (misal olarak işyerinde kartlı giriş sistemi mevcutsa kartın geçici süreyle girişe kapatılabileceği) yahut fesih hakkının kullanılabilmesi kabul edilebilir⁷³.

7. Mevcut Sağlık Durumları Gereğince Yüksek Risk Altında Bulunan İşçilerin Covid-19 Nedeniyle Diğer Sağlık Verilerinin İşlenmesi

Covid-19'un bulaşması hâlinde bünyesinde var olan kronik rahatsızlıklar ya da daha önce geçirilen hastalıklar nedeniyle sağlık durumunun ağırlaşması ihtimali olan işçilerin bu yöndeki sağlık bilgilerine organizasyonel önlemlerin planlanması bakımından ihtiyaç duyulabilir. Bu yöndeki sağlık bilgileri işçilerin sağlık dosyalarında mevcutsa, işyeri hekimi tarafından söz gelimi bireysel risk faktörlerinin tespitinde kullanılmak üzere işlenebilir. İhtiyaç duyulan bilgiler sağlık dosyasında kayıtlı değilse, yine işyeri hekimi tarafından işleme faaliyetinin amacı açıklanmak suretiyle işçilerden toplanabilir. Her iki olasılıkta da dikkate alınması gereken nokta, Covid-19 ile etkileşime geçebilecek hastalık bilgileri kullanılmadan ya da soru yoluyla elde edilmeden önce işçinin açık rızasının alınmasıdır. Zira, işçinin sağlık dosyasında kronik rahatsızlık bilgisi yer alsa bile, söz konusu sağlık bilgisi an itibarıyla iş süreçlerinin/çalışma şekillerinin yeniden oluşturulması amacıyla işleneceğinden (diğer bir ifadeyle, sağlık dosyasına ilk girdiği

tarihteki işleme amacından farklı bir amaç söz konusu olduğundan) açık rızanın varlığı bir gerekliliktir. Keza, ele aldığımız örnekte kamu sağlığının korunmasından çok bireysel risk faktörü yüksek işçilerin bireysel menfaatleri gözetildiğinden, işyeri hekiminin açık rıza almak yerine KVKK m. 6/3 c. 2'deki hukuka uygunluk sebebine dayanabilmesi kanımızca mümkün değildir.

Kabul edileceği üzere, işçinin sağlığına yönelik tüm bilgilerinin değil, Covid-19 hastalığı ile bir araya geldiğinde yüksek risk oluşturacağı düşünülen sağlık bilgilerinin kullanılmasına/sorulmasına dikkat edilmelidir. Ayrıca, bu yöndeki sağlık bilgilerine erişim yetkisi işyeri hekimi ile sınırlandırılmalı, organizasyonel önlemlerin alınmasına karar verecek işverenin ve/veya diğer yöneticilerin bu sağlık verilerine erişimine izin verilmemelidir. Dolayısıyla, örneğin Covid-19 nedeniyle uzaktan çalışmanın planlanacağı durumlarda sağlık durumu hassasiyet gösteren işçilere öncelik verilmesi ya da daha uzun süreli uzaktan çalışma planı yapılması yönünde karar alınırken, işyeri hekimi işçinin sağlığında hassasiyet yaratan durumun ayrıntılarına yer vermeden ilgili işçinin uzaktan çalışma modeline dâhil edilmesi yönünde işverene öneride bulunabilir. Önemli bir diğer husus ise, Covid-19 ile bir araya geldiğinde yüksek risk oluşturma ihtimalinde dahi işçinin işveren veya işyeri hekimi ile paylaşmak istemediği verilerinin bulunmasıdır. Alman Çalışma Bakanlığı'nın Alman İş Sağlığı ve Güvenliği Kurumu ile birlikte hazırladığı Sars-Cov2-İş Güvenliği Kurallarına göre, maruz kalma riskinin yüksek olduğu işlerde bile sağlık verilerinin korunması hakkı iş güvenliğinden önce gelir. İşverenin bu durumda işçilere ait sağlık risklerini ortaya koyan verileri toplama hakkı ve işçilerin de bilgi verme yükümlülüğü yoktur (madde 5.4. fıkra 4)⁷⁴. Öğretide buna örnek olarak, işçinin HIV/AIDS veya kanser hastalığı yahut geçmişi hakkındaki bilgileri gösterilmektedir⁷⁵. Kanımızca da işçinin bu verileri paylaşmak istememesi iş ilişkisinde aleyhine doğabilecek sonuçlar nedeni ile doğal kabul edil-

HD., 23.03.2016, 2016/2344 E. – 2016/6960 K.; İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 19 hükmüne aykırı davranışının işverene İş K. m. 25/II-ı gereğince haklı sebeple fesih hakkı vereceği yönünde bkz. Öner Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Ulucan, Bireysel İş Hukuku, Beta, İstanbul, 2017, s. 414; Süzek, s. 929; Sümer, s. 274; İbrahim Aydın, İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Seçkin, Ankara, 2015, s. 274-275.

73 Bu yönde açıklamalar için bkz. Baysal, Covid-19, s. 24, 25.

74 NZA-Beilage 2020, 27

75 Adam Sagan/Marius Brockfeld, Arbeitsschutzstandard und Arbeitsschutzregel, NZA-Beilage 2020, s. 17, 20, 21.

melidir. Bununla birlikte, şüphesiz ki sağlık risklerini işyeri hekimi ile paylaşmayan işçinin bu durum nedeniyle zarar görmesinden işveren sorumlu tutulamaz.

Sonuç

İşçinin sağlık durumu iş sözleşmesinin kurulmasından sona ermesine kadar tüm iş ilişkisi boyunca önem teşkil eden bir konudur. Bununla birlikte, Covid-19 hastalığı doğrudan işçinin sağlığını etkilemekte ve içinde bulunduğumuz salgın sürecinde işçiye ait sağlık verilerinin işlenmesinde belirgin bir artış yaşanmaktadır. Bir kişinin fiziksel, zihinsel ve ruhsal sağlık durumu hakkında doğrudan ya da dolaylı şekilde sonuç çıkarılmasına imkân veren bilgilerinin tümü sağlık verisini oluşturur. Covid-19 testinin pozitif çıkması, hasta bireyin taşıdığı semptomlar, karantina altında olma bilgisi, hastalık iznine ayrılma sebebi, Covid-19 tanısı için uygulanan test/tetkiklerden elde edilen diğer sonuçlar, hastalık kapsamında alınan tedaviler, kamera ya da el termometresi ile ölçülen vücut sıcaklığı, HES Kodu gibi bilgiler işçinin Covid-19 pandemisi özelinde işlenen başlıca sağlık verilerindedir. Önemle belirtmek gerekir ki, kamu sağlığını ciddi şekilde tehdit eden Covid-19 hastalığı nedeniyle bile olsa, işçinin az önce örneklendirdiğimiz sağlık verileri işlenirken Kişisel Verileri Koruma Kanununda (KVKK) hassas (özel nitelikli) kişisel verilerin işlenebilmesi için öngörülmüş hükümler ile Kişisel Verileri Koruma Kurumunca işaret edilen kuralların takibi zorunludur.

Sağlık verilerinin işlenebileceği hukuka uygunluk nedenleri KVKK m. 6/2 (açık rıza) ile m. 6/3 cümle 2'de düzenlenmiştir. KVKK m. 6/3 cümle 2'deki hukuka uygunluk sebebinin çalışma yaşamında sağlık verilerinin işlenmesi bakımından temel alınabileceği ihtimaller sınırlıdır. Ne var ki, Covid-19 pandemisi nedeniyle işlenecek sağlık verileri KVKK m. 6/3 cümle 2'deki hukuka uygunluk sebebinin uygulama alanına girdiğinden, (İş Kanunu ile İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunundan doğan) sır saklama yükümlülüğü altındaki işverenin kamu sağlığının korunması amacıyla işçilere ait sağlık verilerinden bir kısmını işleyebileceği kabul edil-

melidir. Ancak, sözünü ettiğimiz bu hüküm salgın hastalıklar söz konusu olsa da işverene sınırsız bir veri işleme yetkisi vermemektedir. Bu kapsamda, işveren işçinin adı-soyadı, hastalığın bulaştığı ya da bulaşma şüphesinin varlığı yönündeki bilgileri kaydederek yetkili sağlık kuruluşlarıyla paylaşabilir.

Covid-19 salgını ile mücadelede karşılaştığımız uygulamalardan biri, HES Kodu sorgulamasıdır. Dikkat edilecek olursa, KVKK'da sağlık verilerinin işlenebileceği hukuki dayanaklar arasında işverenlerin yasal yükümlülükleri şeklinde bir hukuksal uygunluk sebebine yer verilmemiştir. O hâlde, İçişleri Bakanlığı genelgeleri yahut İl Hıfzıssıhha Kurulu kararları ile özel işyerlerine girişlerde getirilen HES Kodu zorunluluğuna rağmen, işverenlerin KVKK mevzuatını bir kenara bırakarak sağlık verilerini işleyebilmesi mümkün değildir. Mevzuat hükümlerinin yaratmış olduğu bu çelişkili durumu aşarken, işverenlerin açık rızaya dayalı olarak ve Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 31.01.2018 tarihli ve 2018/10 sayılı kararında işaret ettiği kurallar ışığında veri güvenliğine yönelik alt yapıyı oluşturarak veri işleme faaliyeti gerçekleştirmeleri kritik bir öneme sahiptir.

İşyerinde rastlanan Covid-19 vakaları hakkında işverenin diğer işçileri bilgilendirmesi bir anlamda işçiyi gözetme borcunun bir gereğidir. Diğer işçiler bilgilendirilirken hasta işçinin kimliğinin açıklanması yönünde bir uygulama yapılması o işçinin işyerinde "damgalanması-etiketlenmesi-dışlanması" sonucunu doğurabileceğinden, yapılacak duyarılarda ilgili işçiye ait kimlik bilgilerinin paylaşılmasından kural olarak kaçınılmalıdır. Fakat, işçinin kimliği bulaşma kaynağını belirlemek ve bulaş riskini önlemek için vazgeçilmez nitelikte ise, söz konusu bilgilerin bir bakıma son çare olarak açıklanabileceği gerek Türk hukukunda gerek yabancı hukukta kabul görmektedir.

Kişisel Verileri Koruma Kurumumuz işçi ya da işçi yakınlarının virüs belirtisi taşıyıp taşımadığı ya da seyahat bilgileri hususunda haklı gerekçeler mevcutsa bilgi toplanabileceğini kabul etmektedir. Benzer şekilde, Alman Veri Koruma Otoritesi de işçinin risk oluşturan kişilerle temasına ve risk bölgelerinde bulunmasına dair verilerinin işlenme-

sini veri koruma hukukuna uygun bulmakta; ancak Covid-19 riski bakımından gereken ölçü ile sınırlı şekilde veri toplanması gerektiğinin altını çizmektedir.

Yüksek vücut ısısı Covid-19 hastalığının bir belirtisi olarak görüldüğünden, işyeri girişlerinde ateş ölçümü yapılması pandemi sürecinde karşılaştığımız yaygın uygulamalardan biridir. Kişisel Verileri Koruma Kurumumuz 27.03.2020 tarihinde yayımladığı kamuoyu duyurusunda ateş ölçümünü doğrudan ele alan bir değerlendirmede bulunmamıştır. AB üyesi devletlerdeki uygulamaların da yeknesak olmadığı, konuya dair farklı bakış açılarının geliştirildiği söylenebilir. Örneğin, Fransız Veri Koruma Otoritesi akıllı kamera ya da termal kameralar vasıtasıyla gerçekleştirilecek ateş ölçümü işlemlerini tümünden hukuka aykırı bulmakta; buna karşılık, herhangi bir veri kaydetmeden salt ateşi ölçen el termometrelerinin kullanımına daha olumlu yaklaşmaktadır. Buna karşılık, Alman hukukunda Covid-19 riski arttıkça konu hakkındaki tutumun değiştiği, kişisel verilerin korunması yerine işverenin işyerinde bulaş riskini azaltacak tedbirlerine öncelik tanındığı söylenebilir. Bu bağlamda, Alman Çalışma Bakanlığı işçilere temas etmemek koşulu ile ateş ölçümünü tavsiye etmektedir. Kanımızca ek bir tedbir olarak başvurulması gereken ateş ölçümü temassız kızılötesi tipteki el termometreleri aracılığıyla gerçekleştirilmeli ve ölçüm esnasında/sonrasında herhangi bir veri kaydı oluşturulmamalıdır. Ayrıca, işyeri girişinde bir işçinin ya da ziyaretçinin ateşinin yüksek çıkması olasılığında işyeri girişinde görevli personelin takip edeceği prosedüre yönelik önceden bir politika oluşturulması da yararlı olacaktır.

Covid-19 pandemisinde hassasiyet taşıyan bir başka husus, işverenlerin işçileri Covid-19 tarama testlerinden geçirmek istemeleridir. Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, Covid-19 riski taşıyan bir işçinin işyeri hekimi tarafından ön değerlendirme yapıldıktan sonra teşhis konulmak üzere yetkili sağlık kuruluşlarına yönlendirilmesi mecburidir. Dolayısıyla, işyerinde işçilerin Covid-19 tarama testlerinden geçirilmesi hukuka uygun değildir. İşçinin kendi sağlığı ya da kamu sağlığı gibi

gereklere rızası olmadıkça işveren tarafından teste zorlanması da mümkün olmayacaktır. Örneğin, Fransa'da Çalışma Bakanlığı işverenlerin işçiler için düzenleyeceği genel bir Covid-19 tarama testi uygulamasına izin vermemektedir. Bununla birlikte, işyerinde Covid-19 ile mücadeleye yönelik bilgilendirme ve eğitime rağmen Covid-19 riski taşıyan işçinin test yaptırmayı reddetmesi özen ve sadakat borcuna aykırılık kapsamında değerlendirilebilir. Dolayısıyla, böyle bir olasılıkta işveren tarafından iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi yönünde bir yaptırım uygulanabilir. Son olarak vurgulamak gerekir ki, Covid-19 virüsü ile bir araya gelmesi hâlinde hastalığın daha ağır seyretmesine yol açacak kronik rahatsızlık ya da daha önce geçirilen hastalık bilgileri işyerindeki organizasyonel önlemlerin planlanması (söz gelimi uzaktan çalışma planının oluşturulması) ile sınırlı olmak ve işçilerden açık rızaları alınmak suretiyle işyeri hekimi tarafından toplanabilir. Öte yandan, Alman hukukunda Covid-19'a maruz kalma riskinin yüksek olduğu işlerde dahi işçilerin söz konusu sağlık riskleri hakkında bilgi verme yükümlülüğünün bulunmadığına işaret edilmektedir. Türk hukuku bakımından da söz konusu görüş kabul edilebilir. Ancak, sağlık risklerini işyeri hekimi ile paylaşmak istemeyen işçinin bu durum nedeniyle zarar görmesi ihtimalinde, artık işverenin sorumluluğu gündeme gelmemelidir.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

- Akgül, Aydın: "Danıştay Kararları Işığında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması", Danıştay Dergisi, Yıl:2013, Sayı:133, s. 21-45.
- Arslan Ertürk, Arzu: Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Aydın, Ufuk: "İşverenin İşçi Özlük Dosyası Tutma Yükümü", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara, 2006, s. 491-505.
- Aydın, İbrahim: İş Sağlığı ve Güvenliğinden

- Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Seçkin, Ankara, 2015.
- Baysal, Ulaş: Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Yüklümlükleri, Beta, İstanbul, 2019.
 - Baysal, Ulaş: "Covid-19 ve Çalışanın Hastalığına Rağmen İş Görmesi (Presenteeism)", EMO İzmir Şubesi Haber Bülteni, Sayı:359, Nisan 2020, s. 22-25. (Covid-19)
 - BeckOK DatenschutzR/Riesenhuber, Karl: 33. Ed. 1.8.2020, BDSG § 26.
 - Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz: "İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunmasına İlişkin Sorunlar ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu", İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, (Ed. Kübra Doğan Yenisey/Seda Ergüneş Emrağ), Beta, İstanbul, 2017, s. 19-101.
 - Erem, Faruk: "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, 1943, s. 35-72.
 - Eryılmaz, İnan/Doğan, Sevil: "İş Hukuku Boyutuyla Absenteizm ve Presenteeizm", Örgütsel Davranışlar ve İş Hukukuna Yansıması, (Ed. Sevinç Köse/Mustafa Alp), Seçkin, Ankara, 2020, s. 19-58.
 - Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim: Bireysel İş Hukuku, Beta, İstanbul, 2017.
 - Fantoni-Quinton, Sophie: Responsabilité de l'employeur dans le cadre de la pandémie COVID-19, Archives des Maladies Professionnelles et de l'Environnement, Vol. 81, 2020, s. 323-326.
 - Fuhlrott, Michael: Arbeitsrechtliche Fragestellungen im Zusammenhang der Coronavirus-Epidemie, GWR 2020.
 - Gürsel, İlke: İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
 - Hertig Pea, Agnès: La protection des données personnelles médicales est-elle efficace? Etude des moyens d'action en droit suisse, Helbing Lichtenhahn, Collection Neuchâteloise, 2013.
 - Küzeci, Elif: Kişisel Verilerin Korunması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
 - Manav, Eda: "İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:XIX, Sayı:2, 2015, s. 95-136.
 - Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt1: Bireysel İş Hukuku, Lykeion, Ankara, 2019.
 - Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Beta, İstanbul, 2012.
 - Sagan, Adam/Brockfeld, Marius: Arbeitschutzstandard und Arbeitsschutzregel, NZA-Beilage 2020.
 - Sagan, Adam/Brockfeld, Marius: Arbeitsrecht in Zeiten der Corona-Pandemi, NJW 2020.
 - Sümer, Haluk Hadi: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Seçkin, Ankara, 2019.
 - Süzek, Sarper: İş Hukuku, Beta, İstanbul, 2020.
 - Tandoğan, Halük: "Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:XX, Sayı:1-4, 1963, s. 1-36.
 - Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, Beta, İstanbul, 2018.
 - Ünal, Canan: "İş Sözleşmesinin Kurulmasında Sağlığa İlişkin Veriler", İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, Ed. Tankut Centel, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 261-318.
 - Wünschelbaum, Markus: COVID-19: Pandemiebewältigung und Datenschutz Kollektivvereinbarungen als krisentaugliches DS-GVO-Instrument? NZA 2020.

Elektronik Kaynaklar

- Article 29 Data Protection Working Party, Advice paper on special categories of data ("sensitive data"), 20.04.2011, https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/other-document/files/2011/2011_04_20_letter_artwp_mme_le_bail_directive_9546ec_annex1_en.pdf, (20.10.2020).
- Article 29 Data Protection Working Party,

- Opinion 2/2017 on data processing at work, 08.06.2017, https://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=45631, (24.10.2020).
- Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI), Datenschutzrechtliche Informationen im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie, https://www.bfdi.bund.de/DE/Datenschutz/Themen/Gesundheit_Soziales/GesundheitSozialesArtikel/Datenschutz-in-Corona-Pandemie.html?nn=5217154, (17.11.2020).
 - Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, Empfehlungen des Robert Koch Instituts (RKI) zur Bewertung von Großveranstaltungen, <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/artikel/handlungsempfehlungen-corona-rki.html>, (18.11.2020).
 - Canan İmançlı, Kişisel Sağlık Verilerinin Korunmasından Doğan Özel Hukuk Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/ET001221.pdf>, (29.10.2020).
 - Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL), Qu'est-ce ce qu'une donnée de santé ?, <https://www.cnil.fr/fr/quest-ce-ce-quune-donnee-de-sante>, (18.10.2020).
 - Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL), Caméras dites «intelligentes» et caméras thermiques : les points de vigilance de la CNIL et les règles à respecter, Les enjeux pour les libertés individuelles, 17.06.2020, <https://www.cnil.fr/fr/cameras-dites-intelligentes-et-cameras-thermiques-les-points-de-vigilance-de-la-cnil-et-les-regles>, (09.11.2020).
 - Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL), Coronavirus (COVID-19): les rappels de la CNIL sur la collecte de données personnelles par les employeurs, 23.09.2020, <https://www.cnil.fr/fr/coronavirus-covid-19-les-rappels-de-la-cnil-sur-la-collecte-de-donnees-personnelles-par-les-employeurs>, (02.11.2020).
 - European Data Protection Board (EDPB), Statement on the processing of personal data in the context of the COVID-19 outbreak, 20.03.2020, https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_statement_2020_processingpersonaldataandcovid-19_en.pdf, (29.10.2020).
 - European Data Protection Board (EDPB), Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, 04.05.2020, https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_en.pdf, (23.10.2020).
 - Gülsevil Alpagut, Pandemi Süresince Çalışanların Kişisel Verilerinin Korunması, <https://datassist.com.tr/en/pandemi-suresince-calisanlarin-kisisel-verilerinin-korunmasi-2/>, (07.11.2020).
 - Hayati Develi, Dilimize Bulaşanlar, <http://www.tdk.gov.tr/icerik/basindan/dilimize-bulasanlar/#:~:text=Pandemi%2C%20salg%C4%B1n%20demek%20de%C4%9Fil%3A%20salg%C4%B1n,etkisi%20alt%C4%B1na%20al%C4%B1rsa%20pandemi%20oluyor>, (16.10.2020).
 - Information Commissioner's Office (UK), Testing, <https://ico.org.uk/global/data-protection-and-coronavirus-information-hub/coronavirus-recovery-data-protection-advice-for-organisations/testing>, (07.11.2020).
 - Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Covid-19 ile Mücadele Sürecinde Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Bilinmesi Gerekenler, 27.02.2020, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6721/KAMUOYU-DUYURUSU-Covid-19-ile-Mucadele-Surecinde-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Kapsaminda-Bilinmesi-Gerekenler>, (03.11.2020).
 - Landesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit Baden-Württemberg (LfDI Baden-Württemberg), FAQ

Corona: Beschäftigtendatenschutz, <https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/faq-corona/>, (16.11.2020).

- Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence (PPDT), Secret médical et protection des données, 2015, <https://www.ge.ch/ppdt/fiches-info/doc/secret-medical.pdf>, (22.10.2020).
- T.C. Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, Yeni Tip Koronavirüs Hakkında Soru ve Cevaplar, https://ailevecalisma.gov.tr/media/47845/intes_soruvecevaplar_20200611.pdf, (13.11.2020).
- Türk Tabipleri Birliği, Covid 19 Pandemisinde İşyeri Hekimleri İçin Rehber, 27.04.2020, Ankara, https://www.ttb.org.tr/userfiles/files/covid_isih_rehber.pdf, (12.11.2020).
- World Health Organization, WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020, <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>, (16.10.2020).