

## KVKK VE İLGİLİ MEVZUAT HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE ADAYA/ÇALIŞANA UYGULANABİLECEK TESTLER

### I. GENEL OLARAK

İşverenin çalışana ilişkin kişisel verileri işleyebilmesi ancak işlenecek verilerin işe ilişkin olması haliyle sınırlıdır.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 15. maddesi hükmü uyarınca, işverenlere çalışanların sağlıklarının yapacakları işe uygun olup olmadığının tespiti amacıyla sağlık gözetimi yapma yükümlülüğü yüklenmiştir. İlgili madde uyarınca işveren işe girişlerde, iş değişikliklerinde, belirli nedenlerle uzun süreli işten ayrı kalanların işe dönüşlerinde ve iş ilişkisinin devamı süresince çalışanların sağlık muayenesinin yapılmasını sağlamaya yükümlüdür. Ayrıca tehlikeli ve çok tehlikeli işlerde çalışanlar sağlık raporu olmadan çalıştırılmazlar. Bu durumlarda işverenler söz konusu yükümlülüklerini yerine getirirken sağlık verilerini işlemek zorundadır.

Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmeliğin 4/1(j) maddesi uyarınca kişisel sağlık verisi, kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığına ilişkin her türlü bilgi ile kişiye sunulan sağlık hizmetiyle ilgili bilgileri ihtiva eder.

İşverenin, İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatı uyarınca işçinin kişisel sağlık verilerini sınırsız işleme olanağı bulunmamaktadır. Kişisel sağlık verilerinin gizliliği büyük önem taşımaktadır. Bu veriler özel nitelikli verilerdir ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 15/5 maddesi uyarınca işverenin çalışanın sağlık bilgilerinin gizliliğini sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır.

6698 Sayılı Kişisel Verileri Koruma Kanunu'nun 6. maddesi uyarınca kişilerin sağlığı, cinsel hayatı ile biyometrik ve genetik nitelikli kişisel verileri hassas/özel nitelikli kişisel verilerdir. Belirtilen verilerin hukuka aykırı bir biçimde işlendiğinde KVKK'daki yaptırımlar; bu verilerle işverenin çalışana ayrımcı muamelede bulunması halinde ise İş Kanunu ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'ndaki yaptırımlar uygulanır.

Adaylara/çalışanlara ait sağlık bilgilerinin edinilmesinde KVKK hükümleri uyarınca işverenin meşru bir menfaati olmalıdır. İşyerinde işçi sağlığı ve güvenliği ile ilgili yaşanan olumsuzlukların maliyetini işveren karşıladığından, çalışan aday ve çalışanın sağlık bilgileri hakkında bilgi sahibi olmasında açık bir yararı bulunmaktadır.

Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, işveren çalışmaya başlayacağı işçileri seçerken onların sağlık bilgilerini dikkate alarak bir seçim yapmak isteyebilir.

Hassas/özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde (işçinin sağlık ve cinsel hayatına dair kişisel verilerin işlenmesi) ilkin Kişisel Verileri Koruma Kanunu'nun 6. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca çalışanın açık rızasının alınması gerekmektedir.



İkincisi ise Kişisel Verileri Koruma Kanunu'nun 6. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi 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 işlenmesine izin veren istisnadır.

Bunlar; iş ilişkisinde işverenin sağlık verilerini işleyebilmesi için başvuracağı hukuka uygunluk sebepleridir.

İş ilişkisinin kurulması açısından çalışanın sağlığına ilişkin veriler büyük önem arz etmektedir. İşveren, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 15. maddesinde düzenlenen sağlık gözetimi yükümlülüğünü işyeri hekimi aracılığıyla yerine getirmektedir. Bu kapsamda işçinin sağlık verileri işyeri hekimi tarafından işlenir. İşyeri hekimi bir hekim olarak sır saklama yükümlülüğü altında bulunmaktadır. İşyeri hekimi çalışanın sağlığına ilişkin verileri işverenle ancak işçinin işe uygun olup olmadığı noktasında paylaşabilecektir.<sup>1</sup>

Çalışanın sağlığına ilişkin veriler özel/hassas nitelikli kişisel veri olduğu için işverenin dahi bilmemesi gerekir. Bu nedenle bu bilgiler işyeri hekiminde gizli, korunması için gerekli önlemler alınmış olarak saklanmalıdır.<sup>2</sup>

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 15. maddesinin 5. fıkrası uyarınca sağlık muayenesi yaptırılan çalışanın özel hayatı ve itibarının korunması açısından sağlık bilgileri gizli tutulmalıdır.

1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda düzenlenen veba, verem, kuduz, cüzzam gibi bulaşıcı hastalıklardan birinin işçide olduğunu tespit eden işyeri hekiminin bu hususu Kanun'da öngörülen mercilere bildirmesi gerekmektedir.

Kişisel verilerin işlenmesi bağlamında işyeri hekimi bulaşıcı hastalığı işverene değil Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda düzenlenen ilgili mercilere bildirmekle yükümlüdür. Ancak, işyeri hekimi işçinin işyerinde çalışmasında sakınca olduğunu işverene bildirmek zorundadır. Hastalığın diğer işçilere sirayet etmesinin mümkün olduğu durumlarda işyeri hekimi işvereni uymalı ve işçinin çalışmasının sakıncalı olduğunu işverene bildirmelidir. İşveren henüz işyeri hekimi çalıştırma yükümlülüğü kapsamında değilse ve kendisine ulaşan sağlık raporunu işlemek için yetkilendirdiği çalışanından bu durumu öğrendiğinde yukarıda belirtilen Kanun hükümleri uyarınca işçinin sağlık verisini ilgili mercilere bildirmek zorundadır.<sup>3</sup>



<sup>1</sup> Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Kişisel verilerin Korunması Açısından İşçilerin Hakları Prof. Dr. Nurşen Caniklioğlu (Tebliğ) Seçkin Yayınları, Ankara 2021 S. 284

<sup>2</sup> A.g.t.s. 285

<sup>3</sup> A.g.t.s. 286

## II. ADAYA /ÇALIŞANA YAPILABİLECEK PSİKOLOJİK VE BEDENSEL TESTLER

Aday/çalışan hakkında bilgi toplama yöntemlerinden biri de iş görüşmeleri sırasında ya da sözleşme ilişkisinin devamında uygulanan testlerdir. Psikolojik testler, uyuşturucu ve alkol testleri, genetik testler ve Covid-19/PCR testleri, HIV/AIDS testleri adayın/çalışanın kişilik haklarının ihlal edilmesi tehlikesi yarattığından KVKK ve diğer mevzuat yönünden incelenmesi önem arz etmektedir.

### 1. PSİKOLOJİK TESTLER

Yetenek testleri, zekâ testleri, ilgi ya da mesleki tercih testleri, kişilik testleri, dürüstlük testleri psikolojik test başlığı altında yer almaktadır.

Bu testler arasında yer alan kişilik testleri işverenler tarafından çalışan ya da çalışan adayının duygusal uyum, sosyal ilişkiler, motivasyon, ilgi alanları, bireyin değerleri ve tutumlarını ölçmek için yapılmaktadır. İşverenler bu veriler sayesinde çalışan adaylarının kişilikleri ve karakterleri hakkında birtakım bilgilere erişmektedir. Örneğin; hava trafik kontrolörlüğü, itfaiyecilik, güvenlik görevliliği gibi stres içeren veya sürekli yalnız çalışıldığı için depresyona neden olma olasılığı yüksek mesleklerde istihdam edilecekler için çalışan adayının psikolojik dayanıklılığını ölçmede işverenler bu test türüne ihtiyaç duymaktadır.

İşverenler kişilik testleri sonucunda çalışan adaylarının kişilik ve karakterleri hakkında birtakım bilgilere ulaşmaktadırlar. İşbu kişilik ve karakter bilgileri ise çalışan adaylarının kimliğini belirli veya belirlenebilir kılabilen nitelikte verilerdir.

İşverenler tarafından çalışan adaylarına kişilik testi yapılması ve bahse konu kişilik testi neticesinde çalışan adaylarının psikolojik verilerinin işlenebilmesi ancak çalışan adayının açık rızası ile mümkündür. Bu durumda işverenler öncelikle çalışan adaylarını kişilik testinin yöntemi, amacı ve kapsamı hakkında detaylı olarak aydınlatmalı ve çalışan adaylarının açık rızalarını almalıdır. Akabinde çalışan adaylarına kişilik testleri yapılmalıdır. Çalışan adaylarına yapılacak kişilik testleri yalnızca istihdam gerektiren pozisyonun nitelikleri ile sınırlı olmalıdır. Ayrıca, söz konusu testler uzman kişiler tarafından çalışan adaylarına uygulanmalı ve yine uzman kişiler tarafından yorumlanmalıdır. Son olarak Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) tarafından kabul edilen Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Uygulama Kodu düzenlemesi uyarınca işçinin kişilik testi uygulamasına itiraz etme hakkı bulunmaktadır.



## 2. BEDENSEL TESTLER

### A. ALKOL VE UYUŞTURUCU TESTLERİ

İşverenler, alkol ve uyuşturucu testlerine işyerindeki güvenliğin sağlanması, işle bağlantılı kazaların önlenmesi, ilgili işin düzgün ve güvenli bir biçimde yapılması, işçinin sağlık açısından işe uygunluğunun tespit edilmesi, üretkenliğin artırılması ve alkol/uyuşturucu madde kullanımından doğan işe geç gelme ya da gelmeme oranlarının düşürülmesi gibi nedenlerle başvurmak istemektedirler.<sup>4</sup>

Yapılmak istenen alkol ve uyuşturucu testine başlamadan önce KVKK hükümleri uyarınca adaydan/çalışandan teste yönelik onayının alınması gerekmektedir. ILO düzenlemelerinde de belirtildiği üzere, teste onay vermeyen aday/çalışan doğrudan alkol ya da uyuşturucu madde kullanıcısı olarak adlandırılmaz. Buna karşın, alkol ve uyuşturucu testlerinin işverenler tarafından yaptırılabilmesinin sınırlı sayıda haklı gerekçeleri bulunduğu düşünüldüğünde, bu haklı gerekçelere rağmen testin reddedilmesinin verilecek istihdam kararında etkisi olması makul karşılanmalıdır.<sup>5</sup>

Pozitif test sonuçları, işe başvuran adayın işe alınmaması ya da çalışmakta olan işçinin sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II(d) maddesi uyarınca (işçinin işyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde almış olarak işe gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması durumu) haklı nedenle iş sözleşmesine son verilmesi yahut disiplin yaptırımına maruz kalması gibi olumsuz sonuçlar yaratabilir.

Test sırasında kullanılan ekipmanın, biyolojik örneklerin değerlendirildiği laboratuvarın yüksek kalitede ve güvenilir olmasına dikkate edilmelidir. Test için görevlendirilen sağlık personeli bu konuda uzman kişilerden seçilmelidir. Aday/çalışan test sonucundan mümkün olan en kısa süre içinde ve özellikle işveren tarafından test sonucuna dayalı olarak bir karar alınmadan önce haberdar edilmelidir. Test sonuçları mutlaka tıbbi bir uzman tarafından değerlendirilmelidir.<sup>6</sup>

İşverenler tarafından bu testler yapılırken ölçülülük ilkesinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu nedenle, işverenler tarafından sadece işin mahiyeti gereği gereklilik arz eden hallerde (sürücü, güvenlik görevlisi vb.) çalışanlara alkol ve uyuşturucu testi yapılmalı, her çalışana bu testler yapılmamalıdır.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> İlke Gürsel, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.326

<sup>5</sup> İş Kanunu m.25/II(ı) uyarınca, işçinin kendi isteği veya savsakması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi haklı bir fesih nedenidir. Bu bağlamda, işçinin iş sağlığı ve güvenliği bakımından ciddi bir görev üstlenmesine rağmen işyerinde yapılan alkol ya da uyuşturucu testini reddetmesi İK m.25/II kapsamında kabul edilebilir. A.g.e.s.329.

<sup>6</sup> A.g.e.s.330

<sup>7</sup> Derya Yurteri Çetin, 6698 Sayılı KVKK Kapsamında Çalışanlara ve Çalışan adaylarına Yapılabilecek Testler, Kişisel Verileri Koruma Dergisi Cilt 4 Sayı:1 s.18

## B. HIV/AIDS TESTLERİ

HIV vücudun bağışıklık sistemini zayıflatarak sonuçta AIDS'e yol açan virüstür. HIV virüsü anneden çocuğa geçerek ya da virüs bulaşmış kan veya kan ürünlerinin nakli yoluyla yayılmaktadır. AIDS hastalığı diğer bulaşıcı hastalıklarda olduğu gibi havadan, besinlerden ya da normal temas yoluyla bulaşmamaktadır.

Genelde gündelik işyeri temaslarıyla HIV virüsü yayılmaz. Bununla birlikte, işyerinde bazı meslek grupları bakımından bu virüsün bulaşma riski bulunmaktadır. Örneğin, doktor, hemşire, diş hekimi gibi kan ile teması gerektiren işleri yapan kişilerin, acil kurtarma ya da ilk yardım ekibinde görev alanların, gıda endüstrisinde yiyecek-içecek hizmeti sağlamakta görev alanların HIV virüsü ile karşılaşma veya kendilerine bulaşmış olma ve virüsü diğer kişilere bulaştırma tehlikesi mevcuttur.<sup>8</sup>

ILO adayın/işçinin zorunlu bir HIV testine tabi tutulamayacağı, iş ilişkisinin kurulmasının ya da devam etmesinin buna bağlanmayacağı yönünde görüş bildirmiştir. Bununla birlikte, AIDS hastalığının toplum sağlığı ve refahı üzerinde oluşturduğu tehlikenin boyutu gözetilerek adayın/çalışanın kişisel verilerinin korunması hakkı ile kamu yararı arasında uygun bir denge kurulmalıdır.<sup>9</sup>

Söz konusu hastalığa yakalanma ve bulaştırma tehlikesi yüksek olan çalışanlar için kamu sağlığı ve güvenliği gözetilerek bu testin hem işe alımda hem de işin devamı süresince işverenler tarafından talep edilebileceği kabul edilmelidir. Bu gibi durumlarda, çalışanın ya da adayın testi reddetmesi, işe alımda adayın tercih edilmemesi; halen çalışmakta olan işçi bakımından ise iş sözleşmesinin feshi için gerekçe oluşturabilir.<sup>10</sup>

Hastalığa yakalanma ve bulaştırma riski fazla olan iş türleri dışında HIV/AIDS hastalığı nedeniyle işe alımda, iş ilişkisinde ya da iş ilişkisinin sona ermesinde adaya/çalışana farklı şekilde davranılması ayrımcılık yasağına aykırılık oluşturur. Buna karşın, AIDS'in ilerleyen dönemlerinde işçinin sık sık hastalanması 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinde öngörülen haklı neden boyutuna ulaşıyorsa artık bu nedenle feshin ayrımcılık taşıdığından söz edilmeyecektir.<sup>11</sup>

## C. ÇALIŞANLARA YAPILAN COVID-19/PCR TESTLERİ

6698 sayılı Kişisel Verileri Koruma Kanunu'nun 6.maddesinin 3. fıkrasında, sağlık verilerinin sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kamu kurum ve kuruluşları tarafından açık rızaya ihtiyaç duyulmaksızın yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. İlgili kanun maddesine göre özel sektörde faaliyet gösteren işverenler tarafından doğrudan çalışanlarına Covid-19 testi yapılması halinde söz konusu kanun maddesine göre çalışanların açık rızalarına ihtiyaç duyulacaktır.



<sup>8</sup> İlke Gürsel, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkında, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.332

<sup>9</sup> A.g.e.s.332

<sup>10</sup> A.g.e.s.335

<sup>11</sup> A.g.es.335

Ancak, özel sektörde faaliyet gösteren işverenlerin çalışanlarına direkt Covid-19/PCR testi yapmayıp, Covid-19/PCR testlerini sır saklama yükümlülüğü altında olan işyeri hekimlerine yaptırmaları halinde ise çalışanların açık rızasına ihtiyaç duyulmayacaktır.<sup>12</sup>

Kişisel Verileri Koruma Kurumu 28.09.2021 tarihli Covid-19 /PCR Test Sonucu ve Aşı Bilgisi Uygulamalarına İlişkin Kamuoyu Duyurusunda, Covid-19'un sebep olduğu salgın hastalığın kamu güvenliği ve kamu düzenini tehdit etmesi sebebiyle hastalığın yayılımını engellemek amacıyla Covid-19 aşı bilgisi ve/veya negatif sonuçlu PCR test bilgisinin kamu kurum ve kuruluşlarınca yürütülen önleyici ve koruyucu faaliyetler kapsamında işlenmesinin önünde bir engel bulunmadığı, dolayısıyla söz konusu kişisel veri işleme faaliyetlerinin Kişisel Verileri Koruma Kanunu'nun 28. maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendi kapsamında gerçekleştirilebileceği, bununla birlikte Covid-19 salgını kapsamında yürütülen kamu güvenliği ve kamu düzenini koruma amacına yönelik faaliyetler dışında kalan ya da bu amacı aşan nitelikteki kişisel veri işleme faaliyetlerinin KVKK kapsamında yer alacağı değerlendirilmiştir.<sup>13</sup>

İşverenler tarafından çalışanlara yapılan Covid-19/PCR testlerinin sonuçlarının gizlilik hükümleri çerçevesinde muhafaza edilmesi ve çalışanların kişilik haklarının korunması gerekmektedir.

#### **D. GENETİK TESTLER**

Genetik veri bir bireye kalıtsal olarak geçen ya da onun zamanla kazandığı genetik özellikleridir. Bireyden alınacak biyolojik bir örneğin analiz edilmesi suretiyle ulaşılabilecek bu tür veriler, ilgili olduğu bireyin fizyolojisi ve sağlığı hakkında özgün bilgiler sunmaktadır.<sup>14</sup>

Genetik testlerin çalışma yaşamında bazı olumlu etkileri mevcuttur. Genetik tarama bireyin mevcut/olası hastalıkları hakkında bir öngörü sağladığından, adayın/çalışanın bu bilgileri kullanılarak genetik yapısından kaynaklanan sorunları önleyebileceği düşünülmekte ve bu nedenle tarama testleri desteklenmektedir.<sup>15</sup> Genetik tarama, adayın/çalışanın sağlığındaki riskleri asgariye indirecek pozisyonlara atanmasını ya da onlara bu şekilde görevler verilmesini sağlamak açısından da fayda gösterebilmektedir.<sup>16</sup>

Kişisel Verileri Koruma Kanunu'nun 6. maddesinin birinci fıkrasına göre genetik veriler hassas/özel kişisel veri kapsamındadır.

<sup>12</sup> Derya Yurteri Çetin,6698 Sayılı KVKK Kapsamında Çalışanlara ve Çalışan adaylarına Yapılabilecek Testler, Kişisel Verileri Koruma Dergisi Cilt 4 Sayı:1 s.20

<sup>13</sup> A.g.m.s.20

<sup>14</sup> İlke Gürsel ,İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016,s.336

<sup>15</sup> A.g.e.s.337

<sup>16</sup> A.g.e.s.337



İşe alımda, iş ilişkisinin devamında ve sona ermesinde genetik verilere dayalı karar alınmamalı, işçiler arasında ayırım yapılmamalıdır. İşe alım kararının verilmesi adayın genetik testten geçip geçmemesine bağlanmamalıdır. İş ilişkisi süresince istisnai durumlarda (örneğin, işyerindeki kimyasalların işçilerin sağlığı üzerindeki etkilerini araştırmak, çalışma şartlarını, koruyucu önlemleri buna göre düzenlemek üzere) işçinin bilgilendirilip açık onayı alındıktan sonra bu testler gerçekleştirilmelidir. Söz konusu genetik testlerin konusunda uzman kişi/ kuruluşlar tarafından yapılmasına dikkat edilmelidir.

**BARIŞ ERDEM DANIŞMANLIK İŞ HUKUKU EKİBİ**

isVerenim.com

