

## AŞI OLMAYAN İŞÇİ İŞTEN ÇIKARILABİLİR Mİ?

Cumhur Sinan ÖZDEMİR\*

### ÖZ

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun, 4'üncü maddesi hükmü gereği işverenler, işçilerin işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlüdür. Aynı Kanunu'nun, 19'uncu maddesi hükmü gereği ise; işçiler 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. *Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın, 81 İl Valiliğine gönderdiği genel yazıda; Covid-19 aşısı olmayan işçilerden 6 Eylül 2021 tarihi itibarıyla zorunlu olarak haftada bir kez PCR testi yaptırmalarının işyeri/ işveren tarafından istenebileceği, test sonuçlarının gerekli işlemler yapılmak üzere işyerinde kayıt altında tutulabileceği belirtilmiştir. PCR testi için işçinin çalışmadığı süre ücretinin ödenip-ödenmeyeceği ve/veya PCR testi ücretini işçimi, işverenmi ödeyecek sorunu gündemde kalmaya devam edecektir. Ancak 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun, 4'üncü ve 15'inci maddeleri gereği bu maliyetler işverene aittir. İşçiye yansıtılamaz. İşyerlerinde Covid-19 aşısı yaptırmaya zorunluluğu getiren yasal bir düzenleme yoktur. Covid-19 aşısının zorunlu tutulmasına yönelik yasal bir düzenleme olmadığından, aşı olmayanların iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilemeyeceği, ancak 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun, 4 ve 19 'uncu maddesi hükümleri doğrultusunda geçerli nedenle feshedilebileceği kanaatindeyim.*

**Anahtar Sözcükler:** Covid-19 – Aşı – İşçi – İşveren – İşyeri – İş Sağlığı ve Güvenliği – Kamu Sağlığı – İşten Geçerli Nedenle Çıkarma

### 1. GİRİŞ

Çalışma hayatını düzenleyici, işçi - işveren ilişkilerinde çalışma barışının sağlanmasını kolaylaştırıcı ve koruyucu tedbirler almak, iş sağlığı ve güvenliğini sağlayacak tedbirlerin uygulanmasını izlemek Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın, asli görevleri arasındadır. Bu doğrultuda, Bakanlıkça, işverenlerin işçilerinden isteyeceği PCR testi ve işçilerini Covid-19 riskleri ve tedbirleri konusunda bilgilendirmesini içeren, 2/9/2021 tarihli genel yazı 81 İl

\* İş Başmüfettişi

Valiliği'ne gönderilmiştir. Buna göre; İşverenlerin, işyerinde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik risklerine yönelik koruyucu ve önleyici tedbirler hakkında tüm işçilerini bilgilendirmekle yükümlü oldukları hatırlatılmakta, işverenlerin Covid-19 aşısı tamamlanmamış işçilerini yazılı olarak ayrıca bilgilendirmesi istenmektedir. Bilgilendirme sonrasında aşı olmayan işçilere, kesin COVID-19 tanısı konması durumunun iş ve sosyal güvenlik mevzuatı açısından olası sonuçları da işveren tarafından bu durumdaki işçilere bildirilecektir. Covid-19 aşısı olmayan işçilerden 6 Eylül 2021 tarihi itibarıyla zorunlu olarak haftada bir kez PCR testi yaptırmaları işyeri/işveren tarafından istenebilecek, test sonuçları gerekli işlemler yapılmak üzere işyerinde kayıt altında tutulacaktır.

## 2. FESİH HAKKI

Devam etmekte olan bir hukuki ilişkiyi, tek taraflı olarak ve ileriye dönük olmak üzere sonlandıran bozucu yenilik doğurucu irade beyanına “fesih” denir. Fesih hakkı, iş sözleşmesini derhal veya belirli bir sürenin geçmesiyle ortadan kaldırmaya yetkisi veren bozucu yenilik doğuran ve karşı tarafa yöneltilmesi gereken bir haktır. Haklı nedenle fesih hakkı, dürüstlük kuralları gereği iş ilişkisini sürdürmesini kendinden beklenmeyecek tarafa belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesini derhal feshetme yetkisi veren bozucu yenilik doğuran haktır. Sürekli borç ilişkisi yaratan iş sözleşmesinde ortaya çıkan bu durum nedeni ile bu ilişkiye devam taraflardan biri için çekilemez hale gelmişse haklı nedenle fesih hakkı ortaya çıkar. 4857 sayılı İş Kanunu'nun, 18'inci maddesi gereği ;otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedene dayanmak zorundadır. Geçerli fesih için söz konusu olabilecek sebepler, işçinin iş görme borcunu kendisinden kaynaklanan veya işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen sebepler olabilecektir.

## 3. AŞI UYGULAMASINA YÖNELİK YASAL DÜZENLEME

**3.1.** Ülkemizde Covid-19 salgını nedeniyle herkesin aşı olmasını zorunlu tutan yasal bir düzenleme yoktur. Yasal düzenlemelerin yeterli olmadığı durumlarda Yargı içtihatları bu boşluğu doldurmaktadır. Bu konuda Yargıtayın ve Anayasa Mahkemesinin çocuklarına zorunlu aşı yapılmasına

rıza göstermeyen bir ailenin itirazı üzerine verdiği kararlar özetle aşağıda açıklanmış, Yüksek mahkemelerin aşı konusunda görüş ayrılığı içinde olduğuda görülmüştür.

### **3.1. a.Yargıtay 19.Ceza Dairesi (E.No:2015/6-K.No:2105/6675-K.T:05.11.2015) kararında**

özetle:İnceleme konusu olayda çocuğa uygulanacak aşının, gelecekteki hastalıklardan çocuğu birey olarak korumak ve toplum sağlığı açısından gerekli olan Sağlık Bakanlığınca belirlenen “genişletilmiş bağışıklık programı” uyarınca yapılması zorunlu aşılarından olduğu görülmektedir. Böyle bir durumda çocuğun yasal temsilcileri uygulanacak aşı ile ilgili olarak aydınlatıldıkları halde, hiç bir haklı sebep ileri sürmeksizin buna rıza göstermiyorlarsa çocuğun menfaatine aykırı olan bu tavra hukuki sonuç bağlanamaz. Diğer bir ifadeyle ana ve babanın rıza göstermemeleri, çocuğun üstün yararına açıkça aykırı ise artık rıza aranmaz. Olayda ana baba çocuğa aşı uygulanmasına karşı çıkmışlar, buna rızalarının bulunmadığını ifade etmişlerdir. Ne var ki; bu beyanlarını haklı gösterecek bir sebep ve delil göstermedikleri gibi dosyada da, yapılması istenilen aşının çocuğun üstün yararına aykırı olacağına ilişkin bir bulgu ve olgu da bulunmamaktadır. Aşının, çocuğun gelecekteki bireysel sağlığı yanında, toplum sağlığı açısından da yapılması zorunlu olduğu anlaşıldığına göre, isteğin kabulüne karar verilmesi gerekirken salt ana ve babanın rıza göstermedikleri gerekçesine dayanılarak talebin reddi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur.” şeklindeki gerekçelerle Kanun kapsamında Aile Mahkemeleri tarafından aşı uygulanmasına ilişkin koruma tedbirlerinin usul ve yasaya uygun olduğu belirtilmiştir. Yargı kararından da anlaşılacağı üzere; ana ve babanın aşı uygulamasına rıza göstermemeleri halinde, çocuğun üstün yararına açıkça aykırı olan bu durumda ana babanın rızası aranmayacaktır.

**3.1.b.Anayasa Mahkemesi (Başvuru No:2013/1789-Karar Tarihi:11.11.2015-R.G.Tarih Sayı:24.12.2015-29572) kararında** özetle; Ebeveynin rızası olmaksızın sağlık tedbiri yolu ile çocuğa aşı yapılmasının Anayasa’ya aykırı olduğu vurgulanmıştır. Kararda, başvuruya konu müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı ve açıklanan nedenlerle başvuruçunun Anayasa’nın 17’nci maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerektiği, belirtilmiştir.

**3.2.6098** sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun, 419'uncu maddesi gereği işveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir. İşçinin rızası aranacağına ve verinin türüne yönelik Kanun hükmünde bir düzenleme olmadığından, işveren işçinin rızası olmadan da iş sözleşmesinin ifası için zorunlu olan verileri, diğer bir ifadeyle sağlık verilerini de işleyebilir ve kullanabilir.

**3.3.6698** sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun, 6'ncı maddesinde, kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veri olarak tanımlanmıştır. Sağlığa ilişkin verilerde özel nitelikte kişisel veridir ve ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır. İstisnası ise;

- Kamu sağlığının korunması,
- Koruyucu hekimlik,
- Tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi,
- Sağlık hizmetleri ile finansmanın planlanması ve yönetimi.

Yasal düzenlemede de yer verildiği üzere “Kamu Sağlığının Korunması” amacıyla sağlığa ilişkin verilerde, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilecektir. Covid-19 kapsamında işçinin aşı bilgileride sağlık verisi niteliğindedir ve Kanun kapsamında özel nitelikli kişisel veridir.

**3.4.6631** sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun, 15'inci maddesi “Sağlık Gözetimi” başlığı adı altında düzenlenmiştir. Kanun hükmü gereği; İşveren, çalışanların işyerinde maruz kalacakları sağlık ve güvenlik risklerini dikkate alarak sağlık gözetimine tabi tutulmalarını sağlar. İşveren işçilerin; işe girişlerinde, iş değişikliğinde, iş kazası, meslek hastalığı veya sağlık nedeniyle tekrarlanan işten uzaklaşmalarından sonra işe dönüşlerinde talep etmeleri hâlinde ve işin devamı süresince, çalışanın ve işin niteliği ile işyerinin tehlike sınıfına göre bakanlıkça belirlenen düzenli aralıklarla sağlık muayenelerinin yapılmasını sağlamak zorundadır. Sağlık muayenesi yaptırılan çalışanın özel hayatı ve itibarının korunması açısından sağlık bilgileri gizli tutulur.

**3.5.1475** sayılı İş Kanunu'nun, 75'inci maddesi hükmüne göre; işveren çalıştırdığı her işçi için bir özlük dosyası düzenler. İşveren bu dosyada, işçinin kimlik bilgilerinin yanında, bu Kanun ve diğer kanunlar uyarınca düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kayıtları saklamak ve bunları istendiği zaman yetkili memur ve mercilere göstermek zorundadır. İşveren, işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlüdür. Kanun hükmünde yer alan “her türlü belge ve kayıtların” neler olduğu düzenlenmemiştir. Uygulama da görüleceği üzere kimlik/ehliyet sureti, ikamet belgesi, öğrenim durumu belgesi, işe giriş bildirgesi vb. belgelerin yanısıra sağlık bilgilerini içeren belgelerinde bulunması gerekir.

**3.6.**Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 08.04.2021 tarihinde Pandemi öncesine ait bir davayı karara bağlamış ve çocukluk dönemi aşılmasının zorunlu tutulmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırılık teşkil etmediğine hükmetmiştir. Dava konusu olayda; Çekya'da çocuklarına hastalıklardan korunmak için aşı vurulmasına karşı çıkan aileler, yerel mahkemelerde bir sonuç alamayınca şikayetlerini Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) taşımıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) Büyük Dairesi, aşı zorunluluğunun, demokratik bir toplumda gerekli olduğuna hükmetmiş ve Çekya'dan yapılan başvuruları reddetmiştir. Büyük Daire'de 16 yargıç, ortak değerlendirilen başvuruların reddedilmesi yolunda oy kullanırken sadece 1 yargıç ihlal olduğu yolunda görüş belirtmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) aile ve özel yaşama saygı ilkesiyle ilgili 8'inci maddesinin ihlal edildiği şikayetiyle aynı ülkeden yapılan altı başvuruyu da kabul etmemiştir. Çekya'da çocukların difteri, tetanoz, kızamık ve Hepatit B'nin de aralarında olduğu dokuz hastalığa karşı zorunlu olarak aşılması gerekiyor. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ndeki (AİHM) davayı Çek aileler çocuklarına zorunlu olan aşıları yaptırmamaları üzerine kreşe kabul edilmemesi üzerine açmışlardı. Mahkeme, zorunlu aşının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, “Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı” başlıklı 8'inci maddesine aykırılık teşkil etmediğine karar vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu içtihadı ile zorunlu aşının kamu sağlığının korunmasında önemli bir faktör olduğu da vurgulanmıştır.

#### 4. AŞI OLMAYAN İŞÇİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun, 4'üncü maddesi hükmü gereği işverenler, işçilerin işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlüdür. Aynı Kanunu'nun, 19'uncu maddesi hükmü gereği ise; işçiler 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. 4857 sayılı İş Kanunu'nun, 25/II-ı maddesinde yer alan "işçinin kendi isteği veya savaşamı yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması" hükmü ise işverene haklı nedenle derhal fesih hakkı vermektedir. Ülkemizde zorunlu aşı konusunda yasal bir düzenleme olmaması, mahkeme kararlarındaki farklılıklar işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği kapsamında zorunlu aşı uygulamasını işverenler yönünden zorlaştırmaktadır. Bilindiği üzere Dünya Sağlık Örgütü'nün raporlarına göre Covid-19 aşısı %100 etkili kabul edilmemektedir. Ancak, Covid-19 aşısının salgınla mücadelede çok önemli bir yere sahip olduğu bilimsel araştırmalarla ortaya konmuştur. Dünya Sağlık Örgütü, Ülkemiz Sağlık Bakanlığı ve Bilim Kurulu da aynı görüş doğrultusunda salgınla mücadele için herkesin aşı yaptırmasını önermektedir. Kronik rahatsızlığı olup, aşı olmaması gerektiğini doktor raporu ile belgeleyen işçiler hariç, aşı olmayan işçilerin işyerinde iş sağlığı ve güvenliği yönünden tehlike oluşturacağı açık bir gerçektir. İşverenler; 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun, 4 ve 19 'uncu maddesi kapsamında aşı olmayan işçileri kanaatimce işyerine almayabilirler.

4857 sayılı İş Kanunu'nun, 18'inci maddesine göre otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. İş Kanunu'nun, 18'inci maddesi bakımından işçinin davranışlarından kaynaklanan sebepler, işçinin aynı Kanunun 25/ II. maddesinde öngörülen sebepler niteliğinde ve ağırlığında olmayan işyerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen, sözleşmeye aykırı davranışlarıdır. İşçinin davranışı ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli sebep olabilir. Geçerli fesih için söz konusu olabilecek sebepler, işçinin iş görme borcunu kendisinden kaynaklanan veya işyerinden

kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen sebepler olabilecektir. İşçinin yeterliliğinden ve davranışlarından kaynaklanan geçerli sebepler Kanunun 25'inci maddesinde belirtilenlerin dışında kalan ve işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen sebeplerdir. Kanun'da hangi sebeplerin işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli sebep olduğu sayılmamıştır. Geçerli neden veya haklı nedenle iş sözleşmesinin son bulması işçi açısından önem arz eder. Geçerli nedenle iş sözleşmesinin son bulması halinde işçi ihbar tazminatı ve hizmet süresi bir yıldan fazla ise kıdem tazminatına hak kazanacak, haklı nedenle iş sözleşmesinin son bulması halinde ise ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamayacaktır. Covid-19 aşısının zorunlu tutulmasına yönelik yasal bir düzenleme olmadığından, aşı olmayanların iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilemeyeceği, ancak 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun, 4 ve 19 'uncu maddesi hükümleri doğrultusunda geçerli nedenle feshedilebileceği kanaatindeyim.

## 5. SONUÇ

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun, 4'üncü maddesi hükmü gereği işverenler, işçilerin işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlüdür. Aynı Kanunu'nun, 19'uncu maddesi hükmü gereği ise; işçiler 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. *Ülkemizde Covid-19 aşılması yaygınlaşmış ve tüm sigortalı çalışanlara aşı yaptırma hakkı tanınmıştır. İşçinin, kendi hayatı ve sağlığı ile ilgili bir konuda aşı olmaktan kaçınması kişisel bir tercihtir. Ancak, salgın kapsamında Covid-19 aşısı olmaması kişisel bir tercih olamaz. Çünkü, işyeri ortamındaki diğer işçilerin sağlığı bakımından önem arz eder.* Covid-19 aşısının zorunlu tutulmasına yönelik yasal bir düzenleme olmadığından, aşı olmayanların iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilemeyeceği, ancak 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun, 4 ve 19 'uncu maddesi hükümleri doğrultusunda geçerli nedenle feshedilebileceği, diğer bir ifadeyle işçinin tüm kazanılmış yasal hakları ödenerek işten çıkarılabileceği kanaatindeyim.

### KAYNAKÇA

- 4857 sayılı İş Kanunu (2003, 10 Haziran). Resmi Gazete (Sayı: 25134)
- 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu(2011, 04 Şubat). Resmi Gazete (Sayı: 27836)
- 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu(2012, 30 Haziran). Resmi Gazete (Sayı: 28339)
- 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu(2016, 07 Nisan). Resmi Gazete (Sayı: 29677)
- Anayasa Mahkemesi (Başvuru No:2013/1789-Karar Tarihi:11.11.2015-R.G.Tarih-Sayı: 24.12.2015-29572)
- Özdemir, C. S. (2009). İçtihatlı İş Kanunu, Ankara : Yaklaşım Yayınları
- Özdemir, C. S. (2013). İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Uygulama Rehberi, Maliye Postası, Mart 2013
- Özdemir, C. S. (2018). Soru-Cevap ve İçtihatlı İş Mevzuatı Rehberi,. Ankara : Adalet Yayınevi
- Yargıtay 19.Ceza Dairesi (E.No:2015/6-K.No:2105/6675-K.T:05.11.2015)