

İŞVEREN, İŞÇİYE/ÇALIŞANA COVID -19 PANDEMİSİ NEDENİYLE AŞI OLMA ZORUNLULUĞU GETİREBİLİR Mİ?

Covid-19 pandemisi 2020 yılının başlarında ortaya çıktı ve ülkemiz ile tüm dünyada milyonlarca insanı etkiledi. Dünyada 3 milyon civarında, ülkemizde ise 50 bin civarında insan bu salgın hastalık nedeniyle yaşamını yitirdi. Yine tüm dünyada yaklaşık 200 milyon insan bu salgın hastalığı geçirdi. Geçen süre içinde bu hastalığın aşısı bulundu ve insanlar aşı olmaya başladılar. Ülkemizde resmi açıklamalara göre, bugüne kadar yaklaşık nüfusun %60'ına tek, %20'sine ise çift doz aşı yapıldı. Sosyal hayattaki kısıtlamalar ortadan kalktı, işyerleri açıldı ve işçiler çalışmaya başladılar.

Şimdi ise çalışma hayatında ortaya çıkan bir tartışma konusu var: işçi /çalışan aşı olmak zorunda mıdır, işveren işçiyi aşı olmaya zorlayabilir mi?

Konuyu ülkemizdeki yasal düzenlemeler, hukuk ve akademik çevrelere hakim olan görüşler çerçevesinde aşağıda inceleyip değerlendireceğiz.

1.Konuyla ilgili Yasal Düzenlemeler

Hukukun genel ilkesi olarak, hiç kimsenin kaynağını anayasa ve yasalardan almayan bir hakkı kullanması mümkün değildir. Hak, hukuk düzeni tarafından tanınan ve korunmasını isteme konusunda bireyin yetkili kılındığı menfaattir.

Kişinin maddi, manevi ve iktisadi bütünlüğü üzerinde sahip olduğu mutlak haklara **kişilik/şahsiyet hakları** denir. Bu haklar kişiye, kişi olması sebebiyle tanınmıştır, devredilemez, sınırlamaya tabi tutulamaz. Hukuk düzenimiz kişiliği hem o kişinin kendisine karşı hem de dışarıdan gelebilecek saldırılara karşı korumuştur. Hiç kimse hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Hiç kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka veya ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz.

Anayasa'nın 17. maddesi uyarınca kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını koruma hakkı bulunmaktadır. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz. Ancak yazılı rıza üzerine organ nakli borcu altına girmek mümkündür.

Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, hakkın özüne dokunulmadan, ölçülülük ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir şekilde ancak kanunla olabilir.

Medeni Kanun'un 23. maddesinde **kişiliğin korunması** düzenlemesi yer almıştır. Buna göre; "Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz. Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz."



Bulaşıcı hastalık konusunda aşının zorunluluğu 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda düzenlenmiştir. Kanunun 57. maddesinde sayılan bulaşıcı hastalıkların ortaya çıkması halinde,72/2. madde uyarınca hastalığa maruz kalanların aşılmasına yetki tanınmıştır. Bulaşıcı hastalık olması durumunda söz konusu kanuna göre aşı zorunluluğu bulunmasına karşın, kanun çok eski bir kanundur ve anılan kanunda Covid-19 bulaşıcı hastalığı bakımından güncel bir düzenleme mevcut değildir.

Kişi hak ve özgürlüklerinin Anayasa ve yasalarla **kamu sağlığı ve güvenliği** gibi nedenlerle **zorunlu olarak sınırlanması** mümkündür. Buna karşın, ülkemizde Covid-19 pandemisi nedeniyle aşı olma konusunda yasal bir zorunluluk getirilmemiştir. Ayrıca Sağlık Bakanlığı tarafından da aşı olmanın zorunlu olmadığı kamuoyuna açıklanmıştır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında sağlık hakkının kişisel olduğunu ve özel alanı oluşturduğunu söylemek mümkündür.

2.Konunun Yasal Mevzuat ve İşyeri Bazında Değerlendirilmesi

a) İş Hukuku ve İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatı Yönünden Değerlendirme

Yasalarda, işçinin yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğünün özel olarak korunması doğrultusunda hükümler bulunmasının nedeni, işçinin söz konusu değerleri de içerecek bir biçimde kişi olarak hizmetini işverene sunmasından kaynaklanmaktadır. Söz konusu hizmetin ifası asli edim (borç) yükümünün ötesinde bir anlam taşımaktadır. İşçi kişilik sahibi bir fiziki varlık, bir insan olarak işverenin egemenlik alanına girmektedir. Bu evrede işçinin **işverenin yönetim hakkı** karşısında genel olarak iş ve işyerini düzenleme yetkisi bulunmamaktadır. Tam tersine işverene uyma, onun talimatlarına uygun davranma ödevi altındadır. İşte bu bağımlılığın karşılığı, **işverenin işçinin kişiliğine saygı göstermesi** yani **işçiyi gözetme borcuna** uygun davranması zorunludur.¹

Borç ilişkisinin devamı süresince, iş görme ve ücret ödeme asli edimleri gibi, üretim faaliyetinin her anında kendini duyuran **gözetme borcu** da hizmet sözleşmesinin belirttiğimiz anlamda kişisel (tipini) belirlemeye yaradığından bir asli edim yükümlülüğüdür.²

Nitekim konuyla ilgili olarak Borçlar Kanunu'nun 417. maddesinde işverene **"işçinin kişiliğinin koruma"** yükümlülüğü getirilmiştir.

Buna göre, "İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.



¹Pro.Dr. İlhan Ulusan, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu S.17. ,Kazancı Kitap Tic. A.Ş. İstanbul 1990

² A.g.e.,s.19

İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir.”

İşçinin kişiliğinin korunması, onun yaşamının, sağlığının, bedensel ve ruhsal bütünlüğünün, şeref ve haysiyetinin, kişisel ve mesleki saygınlığının, özel yaşamının ahlaki değerlerinin ve genel olarak özgürlüğünün korunması anlamına gelmektedir.³

6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 4/f.I.(a) maddesinde de işveren iş sağlığı ve güvenliği açısından her türlü önlemi almakla yükümlü tutulmuştur. Bu yönü itibarıyla düzenleme TBK m.417/f.II ile de uyumludur.

Yukarıdaki yasal düzenlemeler değerlendirildiğinde, işyerindeki tüm işçilerin istisnasız aşılmasını sağlamak, işverenin yükümlülükleri arasında bulunmamaktadır. Aşı, işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğü kapsamında alması gerekli bir önlem de olamaz. Buna ilişkin olarak iş sağlığı ve güvenliği (İSG) mevzuatında açık bir dayanak bulunmamaktadır. Ayrıca aşı yapılan kişilerin farklı komplikasyonlarla karşılaşma olasılığı (ölüm dahil) çerçevesinde aşının genel bir İSG tedbiri olarak kabul edilmesi teknik açıdan da mümkün değildir. Bir İSG önlemi, uygulandığında herkes bakımından koruyuculuk ve güvenlik sağlayan bir sonuç doğurmalıdır. İSG önleminin genellik niteliği, koruyuculuk ve güvenlik bakımından istisnasının olmaması demektir. Oysa aşı, her ne kadar genel koruyucu bir sağlık önlemi olarak kabul edilse de herkesin aşı konusunda gösterdiği **fizyolojik tepki** aynı değildir.⁴

Bununla birlikte, geliştirilen aşilar dahil Covid-19 bakımından henüz daha dünya genelinde ruhsatlandırılmış herhangi bir ilaç ya da aşı yoktur. Kullanılan tüm aşilar da yetkili mercilerin (WHO-Dünya Sağlık Örgütü'nün) acil kullanım onayı çerçevesinde uygulanmaktadır.⁵

Aşı, **işverenin yönetim hakkının** da kapsamı dışında kalmaktadır. Keza, kanun koyucunun aşı zorunluluğunu öngörmediği bir hukuk sisteminde, aşı olup olmamak işçinin kişisel yaşamına ilişkin bir karardan ibarettir.⁶

Yukarıda yapılan tüm açıklamalara karşın, hukukçular tarafından Avrupa İnsan Hakları Mahkeme'sinin (AİHM) 08.04.2021 tarihli pandemi öncesi bir kararı işçinin zorunlu aşı olması konusunda bir referans olarak gösterilmektedir. AİHM, çocukluk dönemi aşilarının zorunlu tutulmasını kamu sağlığının korunmasına meşru bir amaç olarak değerlendirerek, bu yöndeki bir politikanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) aykırılık teşkil etmeyeceğine hükmetmiştir.

Özetle, AİHM zorunlu aşiların yasal olduğuna ve demokratik toplumlarda gerekli olabileceğine karar vermiştir. AİHM kararları son derece önemlidir, zira Türkiye'nin de

³ Mustafa Tiftik, Ayşe Adıgüzel, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na Göre Genel Hizmet Sözleşmesinde İşverenin İşçiyi Koruma Borcu Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Dergisi 2016/1 S.319-356

⁴ Av. Zeynep Yıldırım, “Çalışma Hayatında Aşı”, Habertürk.com,15.06.2021

⁵ Av. Zeynep Yıldırım, “Çalışma Hayatında Aşı”, Habertürk.com,15.06.2021

⁶ Dr. Canan Ünal Adanır, “İşverenler İşçileri Covid-19 aşısı olmaya zorlayabilir mi?”, Dünya.com(Serbest Kürsü)



taraf olduğu AİHS'nin 48. Maddesine göre sözleşmeye taraf tüm devletler AİHM kararlarına uymaya mecburdur.⁷

Bununla birlikte, ülkemizde aynı konuda Yargıtay ve Anayasa Mahkemesinin ters yönde kararları bulunduğunu da eklemek gerekmektedir. AİHM'ne herhangi bir konuda başvuru yapılabilmesi için de iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekmektedir.

b) İşçinin İş Sözleşmesinin Feshi Yönünden Değerlendirme

Aşı olmak istemeyen işçilerin bu tutumunun **kusurlu bir davranış** olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. **Aşı olmayı istememek** kusurlu bir davranış değil, bir **tercihtir**. Bu nedenle aşı yaptırmaktan kaçınmanın kusurlu bir davranış olarak nitelendirilerek işçinin iş sözleşmesinin, işveren tarafından 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesi uyarınca feshi söz konusu olamaz.

Buna karşın, işçinin aşı olmamasının işyerinin ya da işletmenin sağlık politikalarına aykırılık ve olası sağlık riskleri sebebiyle, işyerinin ve işletmenin gereklerinden kaynaklanan geçerli nedenle iş sözleşmesinin feshi mümkündür.

Burada her somut olaya bakıp değerlendirme yapmak gerekmektedir. Örneğin işçinin pozisyonuna/görevine, diğer işçilerle temasının olup olmadığına bakılmalıdır.

Hasta, yaşlı, engelli gibi özel koruma ve bakıma ihtiyacı olan kişilerle yakın temas halinde mesleğini icra eden hemşire ve hastabakıcılar; aşı olmadıkları takdirde bu kişiler bakımından yaşamsal bir tehlike oluşturabilirler. Bu olasılıkta, işveren tarafından feshin geçerli olarak yapılabilmesi mümkündür.⁸

Yoğun bir şekilde müşteri ile yüz yüze çalışan kasiyer, gişe görevlisi vb. çalışanlar ile üretim bandında birlikte çalışan işçiler eğer aşı olmamışlarsa geri planda başka bir görevle çalıştırılabilirler. Çalışanın pozisyonu/görevi değiştirilebilir. Yeni eğitimler verilerek tele çalışma (uzaktan çalışma) yapması sağlanabilir. Ancak **işveren feshe son çare olarak** yaklaşmalı, ölçülülük ilkesine riayet etmelidir.

c) 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) Yönünden Değerlendirme

6698 Sayılı KVKK ve ilgili mevzuat uyarınca sağlık verileri özel nitelikli kişisel veridir. Bu sebeple, kişilerin/işçilerin aşı karnesi/aşı olup olmadığı bilgisi de sağlık verisi olarak sayılmaktadır. Sağlık verilerinin işveren tarafından işlenebilmesi için kural olarak hem çalışan adaylarının hem de çalışanların aydınlatılması ve açık rızalarının alınması gerekmektedir.⁹



⁷ Erdal Kardeş, "Aşı Olmak İstemeyen Çalışanı İşveren Aşı Olmayı Zorlayabilir mi?" kplegal.com

⁸ Dr. Canan Ünal Adanır, "İşverenler İşçileri Covid-19 Aşısı Olmaya zorlayabilir mi?", Dünya.com.(Serbest Kürsü)

⁹ Av. Özgür Güner Av. Eylül Bengisu Gümüş, Av. Hande Şişek, Av. Bahar Esentürk, Stajyer Av. İrem Tanık, "Covid-19 Aşısını Olmayı Reddetmenin Çalışan İşveren İlişisine Etkileri", Dünya.com(Serbest Kürsü),19.06.2021

d) Aşı Olma Konusunda İşyerinde Süreç Yönetimi

Çalışanın kişiliğinin korunması hakkı ve işverenin teşebbüs hürriyeti ve çalıştırma hürriyeti arasındaki çatışma/çarpışma nasıl aşılanacaktır?

Çalışan kişiliğine bağlı dokunulmaz, maddi ve manevi varlığını koruma hakkına sahip olarak, sağlık hakkının kişisel ve özel alanı olduğunu, bu konuda kendisine baskı ve zorlama yapılamayacağını savunacak; işveren ise iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı ve diğer düzenlemeler uyarınca işyerindeki diğer çalışanlarını ve müşterilerini koruma yükümlülüğü bulunduğunu ileri sürecektir.

İşverenin teşebbüs hürriyeti ve çalışma hayatında hem işçileri/çalışanları hem de müşterilerini koruma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu konuda işveren ve çalışan yönünden karşılıklı çarpışan/çatışan menfaat ve haklar olduğu ortadadır. Belirtilen nedenle işverenin aşı olma konusunda işyerinde bir süreç yönetiminde bulunmasının, ikna ve teşvik tedbirleri uygulanmasının doğru olacağı hukuk ve akademik çevrelerce ileri sürülmektedir.

Öncelikle, Covid-19 aşısı olmak istemeyen çalışanlarla ilgili süreç yönetimi iletişim ve bilgilendirme esasları üzerine kurulmalıdır. Aşı olma konusunda ikna ve teşvik edici uygulamalar gerçekleştirilmelidir. Bu aşamada çalışanın tercihi değişmezse, çalışanla işyeri hekimi ve/veya uygun görüşecek İSG uzmanlarının da katılımıyla yüz yüze bir görüşme daha yapılarak ve bu görüşme tutanağa bağlanarak son bir yazılı bilgilendirme yapılabilir.

Bütün bunlara karşın çalışan aşı olmazsa feshin son çare olduğu ilkesinden hareket ederek; işçinin önce ücretli izinleri kullandırılabilir, ücretli izin yoksa tarafların anlaşmasıyla makul bir süre ücretsiz izin uygulamaya sokulabilir. Eğer ücretli izin yoksa ücretsiz izin de çalışan tarafından kabul edilmezse, **bu durumda işçinin/çalışanın iş sözleşmesi işin, işyerinin ve işletmenin gereklerine dayanarak geçerli nedenle ve tazminatlı olarak feshedilebilecektir.**

e. İşverenin Aşı Olmayı Zorunlu Tutması Hali ve Olası Sonuçları

Bugünkü mevzuat ve yasal düzenlemelere göre işverenin aşı olmayı zorunlu tutması ya da aşı olmayan çalışana yaptırım uygulaması mümkün değildir.

Buna karşın, işverenin ikna ve teşvik etme gibi yöntemler uygulaması ya da yasal bir düzenleme olmamasına karşın baskıyla çalışanı aşı olmaya zorlaması ihtimali bulunmaktadır. Bu durumda, çalışanın vücudunda bir komplikasyonla karşı karşıya kalması hatta yaşamını yitirmesi olasıdır da söz konusudur.

İşçiler/çalışanlar üzerinde aşı olma baskısının ülkemizde ve tüm dünyada artacağı bugünden işaretlerini göstermektedir. Nitekim Fransa'da hükümet tarafından Covid-19 aşısı olmanın zorunlu hale getirilmeye çalışılması ve aşı kartesi uygulanmaya başlanması girişimi kamuoyunda sert tartışmalar yaşanmasına ve protesto gösterileri yapılmasına neden olmuştur.



ABD Hastalıkları Kontrol ve Önleme Merkezi (CDC); "Koronavirüs nedeniyle hastaneye kaldırılanların %97'sinin aşı yaptırmayan kişiler olduğunu ve Covid-19 salgınının, **aşılınmayanların salgınına** dönüştüğünü" belirtmiştir. ¹⁰

Ülkemizde mevzuat kapsamında doğrudan bir düzenleme bulunmamasına karşın, aşılamanın büyük bir hızla devam ettiği bugünlerde, işveren tarafından işyerinde zorunlu aşı uygulaması getirilmesi ya da ikna ve teşvikle çalışanın aşı olmasının sağlanması sonucunda bir yan etki/komplikasyonun ya da ölümün ortaya çıkması halinde bu durumun **iş kazası*** olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği de hukuk ve akademik çevrelerde yoğun şekilde tartışılmaktadır.¹¹

3. Sonuç

Ülkemizde zorunlu aşı olma konusunda bir yasal düzenleme bulunmamaktadır.

Anayasa'ya göre, aşı zorunluluğunu yalnızca kanun koyucu getirebilir. Anayasa'ya göre, temel hak ve özgürlükler **sağlık nedeniyle** sınırlanabilir, ancak bu bir kanuni düzenlemeyle yapılabilir.

Kurum ve kuruluşlar tarafından, işveren tarafından, iş sözleşmesiyle, toplu iş sözleşmesiyle de aşı olma zorunluluğu getirilemez. Hukuk devleti yasalara tabi olarak işler ve kaynağını Anayasa ve yasalardan almayan hiçbir hak kullanılamaz.

Aşı konusu işverenin yönetim hakkının da dışında kalmaktadır.

Aşı olup olmama hususu işçinin/çalışanın özel yaşamına ilişkin bir konudur.

İşçinin/çalışanın aşı olmayı reddetmesi iş sözleşmesinin işveren tarafından **haklı feshine gerekçe oluşturamaz.**

Buna karşın, aşı olmayı reddetme hali, işçinin pozisyonu/görevi ve yaptığı iş nedeniyle diğer çalışanlar ve müşterilerle yoğun bir temas içinde bulunup bulunmadığı, olası yaşamsal tehlikeler de göz önünde bulundurularak iş sözleşmesinin **geçerli feshine konu yapılabilecektir.** Burada her somut olayın kendi içinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

İşçinin/çalışanın özgür iradesiyle aşı olup olmamaya karar vermesi asıldır.

Ortada yasal bir düzenleme bulunmazken baskı ile aşı olmanın zorunlu tutulması halinde ya da ikna ve teşvik uygulamaları sonucu aşı olunması durumunda, çalışanın

*İş kazası, işçinin/çalışanın işyerinde bulunduğu sırada, işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle meydana gelen ve sigortalıyı hemen ve sonradan bedenen ya da ruhen engelli hale getiren olay olarak tanımlanmıştır. İşveren tarafından işyerinde aşı olma zorunluluğu, salgının yayılmasını önlemek amacıyla getirildiğinden, işçinin aşı olması nedeniyle yaşayacağı komplikasyonların iş kazası olarak nitelendirilmeyeceği, burada işverenin iş kazası nedeniyle sorumlu tutulamayacağı, illiyet bağının burada kesildiğini ileri süren hukuki görüşler mevcuttur. Bunun aksine, aşılama inisiyatif kullanıldığı için, işverenlerin, çalışanların aşılama sonucuna bağlı zararları karşılaması gerektiği yönünde hukuki değerlendirmeler de bulunmaktadır.

¹⁰ Mynet.com, "CDC: ABD'de Covid-19 Salgını , Aşılınmayanların Salgını Haline Geliyor"16.07.2021, Evrensel Gazetesi, " Koronavirüs Aşılınmayanların Salgınına Dönüştü", 17.07.2021

¹¹ Av. Özgür Güner, Av.Eylül Bengisu Gümüş, Av. Hande Bialak, Av. Bahar Esentürk, Stajyer Av. İrem Tanık, "Covid-19 Aşısını Olmayı Reddetmenin Çalışan İşveren İlişkisine Etkileri", Dünya.com(Serbest Kürsü),19.06.2021

vücudunda bir komplikasyonun gelişmesi hatta yaşamını yitirmesi halinde işveren/çalıştıran açısından iş kazası sorumluluğunun ortaya çıkıp çıkmayacağı da bugün ülkemizde ve dünyada geniş ölçüde bir tartışma konusudur.

Sonuç olarak, aşı olmanın zorunlu tutulması konusunda henüz bir yasal düzenleme ve yargı içtihadı bulunmadığı göz önünde bulundurulduğunda, çalışanların/ işçilerin aşı olması konusu, özgür iradelerine, rızalarına bağlı bulunmaktadır.

Bu durum, Anayasa'da düzenlenmiş olan; kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını koruma hakkı ile yasada düzenlenmiş olan işçinin kişiliğinin korunması hakkının doğurduğu bir sonuçtur.

BARIŞ ERDEM DANIŞMANLIK İŞ HUKUKU EKİBİ

isVerenim.com

