

İşyerinde Covid – 19 Aşısı ve PCR Testi Uygulamalarının İş Hukuku Yönünden Değerlendirmesi

07/09/2021



1. İşveren çalışana aşı yaptırmaya zorlayabilir mi?

Anayasa m. 17/2 gereği “tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.”

Buna göre aşının kişilere zorunlu tutulabilmesi için, kanuni düzenleme gereklidir. Covid – 19 aşısı yaptırmamanın zorunluluğuna ilişkin ise henüz açık bir yasal düzenleme yoktur.

Aşının “toplum sağlığı” için ne kadar önemli ve etkili olduğu konusunda bilimsel bir şüphe olmasa dahi, yasal düzenleme olmadıkça, işverenler çalışanlarını aşı yaptırmaya zorlayamazlar.

2. İşveren çalışana PCR testi yaptırmaya zorlayabilir mi?

PCR testleri de Anayasa m. 17/2 kapsamında tıbbi bir müdahale olduğundan, işveren, açık bir “yasal düzenleme” olmaması nedeniyle, hukukçular arasında işverenin çalışana PCR testi yaptırmaya zorlayamayacağı kanaati hâkimdir.

Ancak, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü’nün 02.09.2021 tarihli bilgilendirme yazısında,

“COVID-19 aşısı olmayan işçilerden 6 Eylül 2021 tarihi itibari ile zorunlu olarak haftada bir kez PCR testi yaptırmaları işyeri/işveren tarafından istenebilecek, test sonuçları gerekli işlemler yapılmak üzere kayıt altında tutulacaktır” denilmiştir.

Bu bilgilendirme yazısı, doğrudan bir kanuni düzenleme gereği olmamakla beraber, işverenin genel kanuni yükümlüklerinden olan işçi sağlığı ve güvenliğini koruma yükümlülüğünün tezahürü niteliğindedir.

İçişleri Bakanlığı İller İdaresi Genel Müdürlüğü’nün 20.08.2021 tarihli genelgesi, 06.09.2021 tarihinden itibaren kamusal alanda sinema, konser gibi toplu faaliyetlere katılmak isteyenler için negatif sonuçlu PCR testi yaptırmaya zorunluluğu getirilmiştir. Bu genelge de doğrudan işverenlerin çalışanlarına uygulayabileceği bir “kanuni düzenleme” değildir.

3. Aşı veya PCR testi yaptırmayan çalışanın işyerine girişi yasaklanabilir mi?

Aşı bilgilerini vermeyen, aşı ve PCR testi yaptırmayan bir çalışan, işyerindeki diğer çalışanlar ve üçüncü kişiler bakımından tehlike yaratabilir.

Zira Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK) 417/2 maddesinde işverene ve çalışanlara “İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksatsız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.” denilmiş, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun (İSGK) 4/1 maddesinde işverenin “çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla” yükümlü olduğu belirtilmiştir.

Aynı yasanın 19/1 maddesinde ise çalışanların “..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 yükümlü.” olduklarını düzenlemiştir.

Görüldüğü gibi işyerinde iş sağlığı ve güvenliği hem işveren hem de çalışanlar tarafından kolektif şekilde korunması gereken bir yarar olarak yasa hükmüne bağlanmıştır.

Bu nedenle işveren aşı bilgilerini vermeyen, aşı ve PCR testi yaptırmayı reddeden çalışanın işyerine girişini yasaklayabilecektir.

Tüm bu açıklamalardan görüleceği gibi aşı bilgilerini vermeyen, aşı veya PCR testi yaptırmayı reddeden bir çalışanın, işyerinde diğer bir çalışana Covid – 19 virüsü bulaştırması halinde, işveren İSGK kapsamında gerekli tedbirlerin alınmaması nedeniyle sorumlu tutulabilecektir.

Dolayısıyla belirtilen yasa hükümleri gereği yükümlülüklerini yerine getirmek, işyerinde sağlık ve güvenliği, iş düzeni ile akşını sağlamak ve kendisine diğer çalışanlar tarafından yöneltilebilecek taleplere cevap verebilmek bakımından, işveren bu durumdaki çalışanları işyerine almak zorunda olmadığı söylenebilir.

4. İşveren, aşı bilgilerini paylaşmayan, aşı veya PCR testi yaptırmayan çalışana tek taraflı ücretsiz izin verebilir mi?

İşverenin İş Kanunu ve diğer mevzuat gereği çalışanı tek taraflı olarak ücretsiz izne göndermesi ya da çalışanın tek taraflı olarak ücretsiz izne çıkması mümkün olmayıp, bu yola işveren ile çalışanın mutabakatı ile başvurulabilecektir.

5. Aşı bilgilerini vermeyen, aşı veya PCR testi reddeden çalışanın uzaktan çalıştırılabilir mi?

Uzaktan Çalışma Yönetmeliği m. 5/1 gereği, uzaktan çalışma ancak işveren ile çalışanın karşılıklı yazılı anlaşması ile mümkündür.

Ancak Uzaktan Çalışma Yönetmeliği m. 14/6 gereği, uzaktan çalışmanın mevzuatta belirtilen zorlayıcı nedenlerle işyerinin tamamında veya bir bölümünde uygulanacak olması halinde, uzaktan çalışma için çalışanın talebi veya onayı gerekli değildir.

Nitekim Covid – 19 salgınının işyeri yönünden belirtilen madde kapsamında “bir zorlayacağı neden” olduğu ve Covid – 19 salgınından kaynaklı sorunlar devam ettiği şüphesizdir. Bu nedenle işveren, “normale dönme sürecinde” de söz konusu çalışanın onayı olmaksızın, uzaktan çalışma yoluna başvurabilecek / uzaktan çalışmayı devam ettirebilecektir.

Bu durumda çalışanın yaptığı işin ve iş süreçlerinin uzaktan çalışma modeline uygun olup olmadığı kararı münhasıran işverene ait olacaktır.

6. Aşı ya da PCR testi yaptırmayan çalışanın iş sözleşmesi feshedilebilir mi?

Yukarıda izah edildiği üzere, İşveren TBK m. 417/2 ile İSGK m. 4 gereği işyerinde çalışanların sağlığını ve güvenliğini sağlamak zorundadır.

Çalışan ise İSGK m. 19/1 gereği diğer çalışanların sağlık ve güvenliklerini tehlikeye düşürmemekle ve işverenin iş sağlığı ve güvenliği kuralları ile talimatlarına uymak ile yükümlüdür.

Bu nedenle işveren, aşı bilgilerini vermeyen, aşı veya PCR testi yaptırmaktan kaçınan çalışanın iş sözleşmesinin “geçerli nedenle” feshinin mümkün olabileceği kanaatindeyiz.

7. Aşı veya PCR testi yaptırmayan çalışanın iş sözleşmesi hangi şartlarda feshedebilir?

Aşı bilgilerini vermeyen, aşı veya PCR testi yaptırmaktan kaçınan çalışanın iş sözleşmesi İş Kanunu m. 18 şartları doğrultusunda geçerli sebebe dayanarak, çalışanların kıdem ile ihbar tazminatları ödenerek ve “feshin son çare ilkesi” gözetilerek feshedilebilecektir.

İş Kanunu m. 25 gereği haklı nedene dayanarak tazminat ödemeksizin fesih ise ölçüsüz olacağı kanaatindeyiz.

Buna göre her bir somut durumda “feshin son çare olması ilkesine” göre fesihten önce aşağıdaki yöntemler kullanılabilir:

- Aşılama ve PCR testleri teşvik edici duyuruların yapılması, aşı olan çalışanlara ödüllendirme yapılması gibi tedbirlerin alınması,
- Çalışanlarla karşılıklı mutabık kalınarak ücretsiz izin kullandırılması,
- Çalışanın işinin uygun olması durumunda, uzaktan çalışma yaptırılması,
- Çalışanların, İş Kanununda belirlenmiş olan şartlara uymak suretiyle, başka pozisyonlara geçirilmesi.

SONUÇ:

- İşveren çalışanları aşı yaptırmaya zorlayamaz.
- İşveren çalışanlarının haftada bir defa PCR testi yapmalarını isteyebilir.
- İşverenin aşı bilgilerini paylaşmayan, aşı ve PCR testi yaptırmayan çalışanlara işyerine girişleri yasaklama hakkı olduğu söylenebilir.

- İşveren iş güvenliğini ve işçi sağlığını korumak amacıyla çalışana ancak karşılıklı mutabık kalarak ücretsiz izine gönderebilecektir.
- Covid – 19 salgının Uzaktan Çalışma Yönetmeliğın m. 14/6 kapsamında “zorlayıcı neden” olması nedeniyle, işveren aşı bilgilerini paylaşmayan, aşı ve PCR testi yaptırmayan çalışanlar bakımından, çalışanın onayı veya talebi olmaksızın, işini uzaktan yaptırabilecektir.
- Diğer çalışanların ve toplumun sağlığı bakımından aşı bilgisini paylaşmayan, aşı veya PCR testi yaptırmayan çalışanların yaratacağı muhtemel tehlike ve işverenin İSGK gereğı alması gereken tedbirler gözetilerek, işveren söz konusu çalışanların iş sözleşmelerini, somut olayın özel koşullarına göre ve ancak İş Kanununun m. 18 şartları gereğince geçerli sebeple feshedebilecektir.

TİLEGAL AVUKATLIK BÜROSU

Bu belge sadece bilgi vermek amacıyla hazırlanmıştır. Tüm hakları TİLEGAL Avukatlık Bürosu'na aittir. Kısmen dahi olsa izinsiz kullanılamaz. Genel hukuki konularla ilgili olarak hazırlanan bilgi notu, somut hukuki problemlere doğrudan uygulanmayabilir. Somut uyuşmazlıklarınız için hukuk danışmanlarınıza başvurmanızı tavsiye ederiz.