

Pandemi Döneminde İşyerinde Covid-19 Aşı Zorunluluğu Sorunu ve Tarafların Hakları

Öz

İşyeri, sosyal bir ortamdır. İşçilerin nefes alıp vermeleri ve konuşmaları kadar, öksürmeleri ve hapşurmaları da insan doğası gereği, son derece olağandır. Birlikte çalışan, yan yana bulunan, aynı ortamda yemek yiyen, sigara içen ve işyeri ortamında benzeri birçok şeyi bir arada yapan işçiler, ciddi bir bulaş riski altındadırlar. Hastalığın ölümcül olması, kuluçka süresinin uzun olması ve hastalığın semptomsuz geçirilerek, hasta olduğunun farkına varmadan virüsü yayan insanların varlığı, işçilerin kendisi kadar aile bireylerini de tehdit eder. İşveren açısından ise bu tehdit, işverenin kendi sağlığı üzerinde yaratabileceği etkilerin yanı sıra, işçilerin hastalanması, kendisi hastalanmasa dahi hasta olan diğer bir işçi ile temas ettiği için sağlıklı olsa bile karantinaya alınması, bu sebeple yaşanacak işgücü kaybı ve bunun doğal sonucu olarak da üretimin azalması ve hatta durmasıdır.

İşverenin, iş sözleşmesinden doğan borçlarından bir tanesi de işverenin işçiyi gözetme borcudur. İşçiler de iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasını, sağlıklı ve güvenli bir ortamda çalışmayı, bunu sağlama yükümlülüğü altında bulunan işverenden her zaman talep edebilirler. İşverenin alacağı önlemlerde, günün koşullarında bilim, teknik ve tecrübenin neleri işaret ettiği önemlidir. Bugün, bilim, teknik ve tecrübe, yukarıda açıklamaya çalıştığımız gibi, aşığı işaret etmektedir.

İşyerinin ve işçinin yapmakta olduğu işin özelliklerine göre, tarafların sözleşmeyi fesh haklarının yanı sıra, işçilerin alınmamış iş güvenliği önlemleri dolayısıyla çalışmaktan kaçınma hakları da kullanılabilecektir. Anılan fesih hakkı, son çare olarak, uzaktan çalışma ve benzeri bulaş riskini ortadan kaldıracak diğer önlemlerin mümkün olmaması halinde işverence son çare olarak uygulanabilir.

Anahtar Sözcükler:

İşyerinde aşı zorunluluğu, işçilere PCR testi, işçilere aşı olma zorunluluğu, aşısız işçinin sözleşmesinin feshi.

Compulsory Covid-19 Vaccine Problem at Workplaces and The Rights of The Parties During Pandemic

Abstract

The workplace is a social environment. Coughing and sneezing, as much as breath-

ing and talking, are human nature. The workers, who work together, stay side by side,

* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, caglarcopuroglu@gmail.com, ORCID: 0000-0003-2733-7546.

eat and smoke in the same environment, and do many similar things together in the workplace environment, are at serious risk of transmission. The fact that the disease is fatal, its incubation period is long, and there are people having the disease without symptoms and spreading the virus without realizing that they are sick, threatens family members as well as the workers themselves. From the employer's perspective, this threat, in addition to the effects that it may have on the employer's own health, is that if the employees get sick, even if they are healthy, they are quarantined because they come into contact with another employee who is sick, thus there will be a loss of labour and, naturally, production will decrease or even stop.

One of employer's debts, which arise from the employment contract, is to look after the employees. Also, employees can always

request that occupational health and safety measures be taken and that they work in a healthy and safe environment from the employer who is under obligation to provide it. What science, technique, and experience indicate under today's conditions is important in the measures that the employer will take. Today, science, technique, and experience, as we tried to explain above, indicate vaccination.

Based on the characteristics of the workplace and the work that the employee is doing, in addition to the parties' rights to terminate the contract, the workers may also use their right to refrain from working due to non-compliance with occupational safety measures. The said right of termination may be exercised as a last resort by the employer if remote working and other similar measures to eliminate the risk of transmission are not possible.

Keywords:

Compulsory vaccination at work, PCR testing of workers, vaccination requirement for workers, termination of the contract of unvaccinated workers.

Giriş

Dünyamız, bilindiği gibi uzun süredir Covid-19 virüsü kaynaklı bir pandemi yaşamakta, küresel ölçekte milyonlarca kişi hali hazırda hayatını kaybetmiş bulunmaktadır. Virüs kaynaklı ölü sayısı gün geçtikçe artmakta, iyileşme durumunda dahi, anılan virüsün vücutta bıraktığı etkilere bağlı olarak, ileride kişide ne gibi başka sağlık sorunlarına yol açabileceği bir muamma olarak karşımızda durmaktadır. Ülkemiz de bu pandemiden yoğun şekilde etkilenmiştir ve halen etkilenmektedir. Bu çalışma yapılırken, Sağlık Bakanlığı tarafından açıklanan resmi verilere göre ülkemizdeki günlük vaka sayısı 30,000 civarındadır ve günlük 300'e yakın ölüm bildirilmektedir. Bu, her 5 dakikada bir insanımızı kaybettiğimiz anlamına gelmek-

tedir. Bu sayılara Covid-19'un sebep olduğu kalp krizi gibi dolaylı diğer ölüm sebepleri dahil değildir. Bu kadar büyük ve ciddi sonuçları olan bir virüsün etkisindeki ülkemizde, virüsün solunum yolu ile bulaştığını da dikkate alarak, işçilerin bir arada bulunduğu işyerlerinde bu hastalığa ilişkin alınması gereken önlemlerden, bilim insanları ve Sağlık Bakanlığı tarafından ilk sırada önerilen önlem olan aşı konusunda işçi ve işverenin isteklerinin örtüşmemesinin sözleşme ilişkisine nasıl etki edebileceği, bunun sınırlarının nasıl belirleneceği, tarafların aşı ile ilintili bir fesih haklarının bulunup bulunmadığı tartışılmalı ve tespit edilmelidir. Bu çalışmada, tüm dünyayı ortadan ikiye böldüğü gibi ülkemizi de ikiye bölen bu tartışma kapsamında, işverenin işçilerden aşı olmalarını talep hakkının olup olmadığı, aşılı işçilerin aşısız

işçilerle çalışmayı reddedip reddedemeyecekleri ile tarafların iş sözleşmesini hangi durumlarda ve hangi gerekçelerle feshedebilecekleri, bu haklarının sınırları ve hukuki sonuçları ele alınacaktır.

I. İşverenin İşçilerden Aşılma Talebinin Hukuki Dayanağı

1. İşyeri ve Covid-19

Covid-19, öksürme, hapşırma, konuşmayla ve hatta salt nefesle yayılan damlacıkların solunması veya virüs bulunan yüzeylere dokunulduktan sonra ellerin burun, ağız ve göze temas etmesi yoluyla bulaşır.¹ Bu nedenle artık herkesçe bilindiği gibi, pandeminin başından bu yana sürekli olarak maske, mesafe ve temizlik önerilmektedir. Buna rağmen, bugüne kadar yapılan bilimsel çalışmalarda, maske kullanımının da virüsün bulaşmasını tam olarak engelleyemediği, ancak yalnızca belli oranda azalttığı saptanmıştır. Bu çerçevede maskenin ancak diğer önlemlerle birlikte bir anlam ifade edeceği (do it all!) Dünya Sağlık Örgütü tarafından belirtilmektedir.² Belirtilen üç önlemin yalnızca birisi tam çözüm sunabilmektedir: Mesafe. Ne var ki, bu önlemin de aile ve çalışma yaşamı, sosyal yaşam gibi sebeplerle uygulanabilmesi birçok insan için neredeyse olanaksızdır.

Sözü edilen mesafe kuralının uygulanmasının çok zor olduğu ortamlardan biri de, sıklıkla sosyal bir ortam olan işyeridir. İş ve sağlık karşılıklı olarak ilişkilidir. İş, işçinin sağlığını etkilerken, aynı zamanda işçinin sağlığı da işi etkiler. İşçilerin nefes alıp vermeleri ve konuşmaları kadar, öksürmeleri ve hapşırmaları da insan doğası gereği son derece olağandır. Birlikte çalışan, yan yana bulunan, aynı ortamda yemek yiyen, sohbet eden,

sigara içen ve işyeri ortamında benzeri birçok şeyi bir arada yapan işçiler, ciddi bir bulaş riski altındadırlar. Bu bulaş riski, ölümcül sonuçlara yol açabilecek bir risktir.

Hastalık ölümcül olduğu gibi, kuluçka süresi uzundur. Dolayısıyla bazı insanlar hastalığı semptomsuz geçirerek, virüsü hasta olduğunun farkına varmadan yaymaktadırlar.³ Tam da bu sebeple, pandeminin başından bu yana, insanlardan hem hastaymışlar gibi hem de sağlıklı ama her an hasta olabileceklermiş gibi yaşamaları, birçok defa bilim insanları, doktorlar ve devlet görevlileri tarafından dile getirilmiştir. Virüs, bu sayılan özelliklerinden ötürü, işçilerin kendisi kadar aile bireylerini de tehdit eder. İşveren açısından ise bu tehdit, işverenin kendi sağlığı üzerinde yaratabileceği etkilerin yanı sıra, işçilerin hastalanması, işçinin kendisi hastalanmasa da, hasta olan diğer bir işçi ile temas ettiği için sağlıklı olsa bile karantinaya alınması, bu sebeplerle yaşanacak işgücü kaybı ve bunun doğal sonucu olarak da üretimin azalması ve hatta durmasıdır.

2. İşçinin Sağlığının Korunması ve Aşısı

Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan iş sözleşmesinden, karşılıklı birtakım borçlar doğar. Bu borçlardan bir tanesi de işverenin işçiyi gözetme borcudur. Bu borç, dürüstlük kurallarına göre davranış yükümlülükleri içeren, somut sınırları olmayan geniş kapsamlı bir borçtur.⁴ Anılan borç, işçinin sağlığını ve yaşamını korumaya elverişli bütün önlemleri almak başta olmak üzere bir dizi yükümlülük içerir. Başka bir deyişle, yalnızca meslek ve yapılan işle ilgili riskler değil, yürütülen işle ilgili olsun veya olmasın her türlü riskin gide-

1 Covid 19 Bilgilendirme Platformu, TC. Sağlık Bakanlığı, <https://covid19.saglik.gov.tr/TR-66447/bulasma-yollari.html>

2 "All about masks in the context of Covid-19", Dünya Sağlık Örgütü, <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/when-and-how-to-use-masks>

3 Örneğin İtalya örneği çarpıcıdır. İtalya'da, ilk vakanın tespit edildiği 20 Şubat'tan 30 Mart'a kadar, Covid-19, 11,591 ölüme sebep olmuştur. Bu veri, ilk vakanın tespitinden önce, hastalığın fark edilmeden ne kadar büyük boyutlarda yayılabildiğini göstermesi açısından önemlidir. Bkz. De Natale ve diğerleri, s. 6 vd, <https://www.mdpi.com/2077-0383/9/5/1564>.

4 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.202; Sevimli, s. 110 vd.

rilmesi, bu borç içerisinde değerlendirilir.⁵ İşçinin bedensel sağlığının yanı sıra, psikolojik sağlığının da işverence korunması da bu kavram içerisinde yer alır.⁶ Bu yükümlülüklerin kapsamını ve çerçevesini, mevzuat hükümlerinin yanı sıra, dürüstlük ve iyiniyet kuralları çizer. Dolayısıyla işverenin alacağı önlemlerde, günün koşullarında bilim, teknik ve tecrübenin neleri işaret ettiği önemlidir. Bugün, bilim, teknik ve tecrübe, yukarıda açıklamaya çalıştığımız gibi, aşığı işaret etmektedir.

İşveren, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini almakla yükümlüdür. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, tüm işverenleri kapsamına aldığından, yalnızca İş Kanunu'na tabi işçiler değil, Borçlar Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'na tabi çalışan tüm işçiler de bu kanunun kapsamında yer alırlar.

Anılan yükümlülük, 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 4. maddesinde düzenlenmiş olup, işveren her türlü sağlık ve güvenlik önlemini almakla yükümlüdür. Takip eden 5. maddede ise risklerden korunma ilkeleri sayılırken, risklerden kaçınmak, toplu tedbirlere öncelik vermek gibi esaslardan söz edilmektedir. Düzenleme, günün koşullarına göre gerek risk değerlendirmesinde gerek alınacak olan önlemlerde, sürekli bir revizyon öngörmektedir. Dolayısıyla yukarıda işçiyi gözetme borcundan bahsederken belirttiğimiz gibi, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatının anlayışında da günün koşullarında bilim, teknik ve tecrübenin geldiği yer esastır. Nitekim kanunun temelinde bir önleme ve koruma politikası vardır.⁷ Bugünün bilimsel verileri ışığında, iki doz aşı olarak karşımıza çıkan birincil önlem, yarın başka bir şey olabilir (örneğin 3. doz aşı veya yeni başka bir yöntem). Bilim başka bir yol işaret ettiğinde, bu çalışmada yazılanlar, mevzuatın öngördüğü revizyon gereği, o önlem için de geçerli olacaktır.

Günümüzde, Sağlık Bakanlığının açıkladığı verilere göre, Covid-19 sebebiyle hasta olanların %81'i aşısız veya tam aşılmayan kişilerdir.

Ölümlerde bu oran %90 seviyesindedir.⁸ Konunun uzmanlarından teşekkül eden bir Bilim Kurulunun tavsiyeleri ile hareket eden Bakanlık, çözüm olarak ısrarla aşığı gösterdiğinden, küresel pandemiye sebep olan Covid-19 tehlike, aşısız temas ise risktir. Dolayısıyla işverence işyerinde yapılacak risk değerlendirmelerinde ve alınacak tedbirlerde, aşı da yer almalıdır. Bu çerçevede ışığında denilebilir ki, işverenin işçilerin aşılmasını talebi, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında dayanak bulur. Bu, işçilerin korunması kapsamında işveren açısından esasen bir yükümlülüktür.

Önlemlerin alınmaması işverenin sorumluluğunu gündeme getirir. Nitekim, salgının başından bu yana, bulaşı engelleyecek yollar üretilmiş, virüsün yayılımında mücbir sebep kaçınılmazlık gitgide azalmıştır.⁹

Burada belirtelim ki, 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 13. maddesine göre, işyerinde meydana gelen ve sigortalının işyerinde bulunduğu sırada, işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle, bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda, emziren kadın sigortalının iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda ve sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş ve geliş sırasında meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hale getiren olay iş kazası olarak tanımlanır. Salgın hastalık dönemi virüs kaynaklı ortaya çıkan zararlar da bu kapsamda değerlendirilir. Böyle bir durumda, kaçınılmazlık söz konusu olmadıkça, zarar ile iş arasında uygun illiyet bağı bulundukça, SGK'nın yanı sıra, işverenin de sorumluluğu gündeme gelir.¹⁰ Nitekim daha önce, Domuz Gribi-H1N1 kaynaklı ölüm olayında, Yargıtay da

5 Akın, s. 17-18.

6 Süzek, s. 386-387.

7 Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, s. 366.

8 Sağlık Bakanlığının açıklamaları için bkz. www.aa.com.tr/gundem/saglik-bakani-koca-kovid-19dan-vefat-edenlerin-yuzde-90i-ya-asi-olmamis-veya-asilari-ek-sik-kisilerdir/2353973.

9 Aydın, s. 205; Akın, s. 32.

10 Bkz. Akın, s. 22 vd.

bu doğrultuda hüküm kurmuştur.¹¹

İşçiler de iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasını, sağlıklı ve güvenli bir ortamda çalışmayı, bunu sağlama yükümlülüğü altında bulunan işverenden her zaman talep edebilirler. İş sağlığı, yalnızca bedensel değil, aynı zamanda psikolojik sağlığı da kapsar. Bu boyuttaki ölümcül bir pandemide, hastalığın işçilere işyerinde ve/veya iş dolayısıyla bulaşması bedensel sağlığa zarar vereceği gibi, bulaş riski olan işyerlerinde sürekli korku ve endişe ile çalışmak da hiç kuşku yok ki işçinin ruh sağlığına da zarar verecektir. Tam da bu sebeple işçiler, bulaş riskini azaltacak diğer her türlü önlemin yanı sıra, işverenden aşısız işçilerle teması kesecek önlemleri talep edebilirler. İşverence değerlendirilecek bu önlemlerden biri de, aşağıda daha ayrıntılı olarak ele alınacağı gibi, son çare olarak aşısız işçilerin sözleşmesinin feshedilmesi dahi olabilir.

3. Anayasaya Uygunluk

İşverenin işçilerden aşılınmalarını talebi ve bu talebin karşılanmaması durumunda son çare olarak işçinin iş sözleşmesinin feshedilebilecek olmasının, Anayasal haklar karşısında değerlendirilmesi gerekir. Zira aşı ile vücuda müdahalede bulunmaktadır. Bu müdahale kişinin Anayasal kişi dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ve özel hayatın gizliliği ve korunması hakları ile doğrudan ilişkilidir.¹²

Anayasa Mahkemesi, ebeveyni tarafından bebeklik dönemi aşılarının uygulanmasına muva-

fakat edilmeyen başvuru hakkında, bebeklik dönemi aşılarının yapılması hususunda zorunlu sağlık tedbiri uygulanmasının, başvurucaunun maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkına bir müdahale oluşturduğu sonucuna varmıştır. Yüksek Mahkeme'ye göre: "Bu kapsamda, birtakım hastalıklara karşı bağımsızlık sağlamak için o hastalığın mikrobuyla hazırlanmış eriyik olarak tanımlanan maddelerin vücuda verilmesi şeklindeki aşı uygulamasının da müdahalenin boyutundan bağımsız olarak vücut bütünlüğüne bir müdahale oluşturduğu açıktır."¹³ Temel hak ve özgürlüklerin tıbbi müdahale ile sınırlandırılmasında, "kanunilik" şartının yokluğu, anılan hüküm gerekçesidir.

Gerçekten, Covid-19 aşısı, mevzuatta zorunlu olarak düzenlenmiş bir aşı değildir. Aşı olmak zaten zorunlu olsa idi, bu çalışmaya da konu olan tartışmalara yer olmayacaktı. Yine de yeri gelmişken zorunlu aşılardan, kişilerin yukarıda sayılan Anayasal haklarını ihlal etmediğine ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çekya kararını hatırlatalım. Bu kararda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin temel gerekçesinin, toplum sağlığı için, demokratik toplumlarda aşının gerekli olduğu olarak özetlenebilir.¹⁴ AHİM, daha önce de, kanunilik şartını sağlayan uyuşmazlıklarda, bireyin vücut bütünlüğünün korunmasına ilişkin menfaat karşısında, kamu sağlığının korunması menfaatine üstünlük tanıdı.¹⁵ Ülkemizde kanunilik şartını sağlamadığı için, aşının zorunlu olarak tıbbi müdahale ile uygulanması söz konusu değildir; ancak bu durum aşısızlığın, diğer temel hak ve özgürlüklerin kullanımını engelleyici nitelik taşıması durumunda, iş ilişkileri kapsamında işveren ve diğer işçilere bazı haklar vermesine engel değildir. Bizim bu çalışmada tartışacağımız kısım budur.

11 Y.21.HD., 15.4.2019, E.2018/5018 K. 2019/2931. Bununla birlikte, pandemi döneminde çıkarılan 7.5.2020 tarihli ve 96597630-010.06.02-E.5852699 no'lu SGK Genelgesi'nde Koronavirüs, iş kazası ve meslek hastalıkları dışında kalan bir hastalık hali olarak tanımlanmış ve sigortalılara hastalık sigortası kapsamında işlem yapılacağı belirtilmiştir. Belirtelim ki, iş ile ilgisinin saptanabilmesi, diğer bir deyişle virüsün nereden, ne zaman ve kimden alındığının ispatı bugünün imkanları ile imkansız yakın olsa da, bağlantının ortaya konulabileceği durumlarda, yargının yine 5510 sayılı Kanun'un 13. maddesinde düzenlendiği şekliyle, iş kazası tanımına giren hallerde, Koronavirüs kaynaklı hasarları da iş kazası olarak nitelendirileceği öngörülebilir.

12 Şirin, s. 91 vd.

13 Halime Sare Aysal [GK], B. No: 2013/1789, 11/11/2015, §52.

14 Kararintammetni için bkz. [https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-209039#%22itemid22:\[%22001-209039%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-209039#%22itemid22:[%22001-209039%22]).

15 Boffa ve diğerleri/San Marino, B. No: 26536/95, 15/1/1998, §4; Solomakhin / Ukrayna, B. No: 24429/03, 15/3/2012, §33-38.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin normların büyük bir kısmı, soyut ve genel nitelikte güvenceler (ilke normlar) içerir. Normla birlikte belirlenmiş özel sınırlama sebepleri yoksa, somut olaya özgü olarak Anayasanın bütünlüğü ilkesi gereği diğer hak ve özgürlükler veya ölçülülük ilkesi gibi anayasal değerler çerçevesinde bir yorumlama gerekir. Normatif yapıya sahip temel hak ve özgürlükler bakımından, diğer Anayasal hak ve özgürlükler ile bir çatışma söz konusu oluyorsa, normun amacı esas alınarak uyumlaştırma söz konusu olur.¹⁶ Buna göre bir hak diğerini ortadan kaldırmayacak, her hak oranlı bir düzen içerisinde korunarak, en elverişli düzeyde korunacaktır.¹⁷ Bireysel iradenin tamamen dışlanmaması önem taşıırken, bu noktada bilimsel verilerin, dengelemenin merkezinde yer alacağı söylenmelidir.¹⁸ Nitekim Anayasa'nın, sözleşme özgürlüğünü düzenleyen 48. maddesi de, özel sınırlama nedenleri içermeyen bir hükümdür. Anayasa Mahkemesince de üstün kamu yararı, ölçülü olduğu sürece sınırlama sebebi olarak kabul edilmiştir.¹⁹

İşçilerin yukarıda anılan Anayasal haklarının yanında, işverenin de Anayasal hakları söz konusudur. Bu haklardan biri olan teşebbüs hürriyeti kapsamında işveren, yasal sınırlar içerisinde dilediği kişi ile sözleşme ilişkisine girebilir ve/veya sürdürebilir. Mevzuatta yasak olan ayırım değil, haksız ayırımdır. İşverenler işçiler arasında tahsil durumu, tecrübe gibi objektif sebeplere dayalı ayırım yapabilirler hatta bu ayırımın yapılması gereklidir. Bu çerçevede, sağlık durumuna ilişkin objektif sebepler de ayırımı haklı kılar.²⁰ Dolayısıyla işveren, işçinin sağlık durumunu, iş sözleşmesinin yapılmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde esas alarak işlem yapabilir, işçinin sağlık durumunun, iş sözleşmesinin kurulmasında ve/veya devamında dikkate alınması, ayrımcılık olarak nitelendirilemez. Bu gibi durumlarda çeşitli kanunların hükümlerinin tehlikeli salgın hastalık-

lar yönünden yeniden yorumlanması ve uygulanması gereklidir, bu gereklilik özel hukuk alanında özel hukuk sözleşmelerinin ve iş sözleşmelerinin uygulanmasında ek yorumlara başvurulması noktasında da geçerlidir.²¹

Kaldı ki aşının bulaştırıcılığı ciddi şekilde önlemekte olduğuna ilişkin veriler de –daha sonra aşağıda inceleneceği üzere- gösterilmeye başlanmış olduğundan, aşılı işçilerin aşısız diğer işçilerle bir arada çalışmayı ret hakkı, bu işçilerin yaşam hakkı da dahil olmak üzere, yukarıda anılan sağlık hakkı gibi birçok diğer anayasal hakkı ile doğrudan ilişkilidir. Dolayısıyla aşıyı reddeden işçi ile, sağlıklı ve güvenli bir ortamda çalışmayı arzulayan işçilerin haklarının, Anayasal temel haklar seviyesinde çatıştığını tespit etmek gerekir.

Bize göre, aşıyı reddeden işçinin kişisel özgürlüğü yanında, üstün bir yarar olarak, diğer işçilerin yaşama, sağlıklı bir ortamda çalışma hakkı ve bunlara ek olarak toplum sağlığı ve yararı önceliklidir. Toplumun birçok üyesinin, yaşama hakkı başta olmak üzere yukarıda sayılan birçok temel hak ve özgürlüğünü tehlikeye atan bir pandemi dönemi söz konusudur. Bu çerçevede denebilir ki, işverenin aşı kapsamında iş güvenliği mevzuatına uygun olarak alabileceği önlemler ve uygulayabileceği yaptırımlar, işçinin anayasal hakları ile çelişmez. Burada hakların özüne dokunulmadan, bir denge içerisinde kullanılabilmelerini sağlayan bir çözüm bulunmalıdır.

Aşılama talebi, anayasal ölçülülük ilkesine de uygundur.²² Ölçülülük ilkesi, hakka ilişkin sınırlandırmanın gerekli olması, amacın gerçekleştirilmesine elverişli olması ve amaç ve aracın orantısız olmaması şeklinde özetlenebilir. Dolayısıyla bu Anayasal ilke, üç alt başlıktan oluşur: Elverişlilik, gereklilik ve orantılılık²³.

Elverişlilik ilkesi, aracın doğru bir araç olduğunun denetlenmesinde yararlanılan ilkedir. Buna göre aşı, bulaş riskini mevcut bilim ışığında en aza indiren aşı önlemi, bulaş riskinden kaçınmak

16 Öden, 128 vd.

17 Gözler, 258.

18 Şirin, s. 97.

19 Öden, s. 145.

20 Yıldız, 162 vd.

21 Şirin, s. 78.

22 Aksi yönde, Ünal Adınır, s. 702.

23 Yüksel, s. 187. vd.

için en elverişli önlemdir. Gereklilik ilkesi ile amaç daha yumuşak araçlarla ulaşıp ulaşılamayacağı denetlenir. Aşağıda ele alınacağı üzere, bulaş riski olmayan işyerlerinde veya uzaktan yapılan çalışmalarda, işverenin işçilerden aşı ve/veya PCR testi talebinde bulunulamayacağını ancak bulaş riski barındıran işyerlerinde, mesafe uygulanabilmesi başlı başına bir sıkıntı iken, yalnızca temizlik ve maske önlemleri ile veya yine aşağıda el alınacağı gibi haftalık PCR test sonuçları ile amaca ulaşılamayacağını tespit etmek gerekir. Nitekim, pandemi başından bu yana geçen 1,5 yıllık süre zarfında, bu önlemlerin yetersiz kaldığı tecrübe edilmiştir. Dolayısıyla son olarak belirtelim ki, aşı gereklidir ve amaç ile aşı arasında ölçsüz bir ilişki yoktur.

Medeni Kanun'un 24. maddesi hükmü de kişilik haklarına müdahalenin hukuka uygunluk sebeplerini düzenlemekte, "kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kamunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır." ifadesine yer vermektedir. Aynı yönde düzenleme içeren TBK. 63. madde hükmü de üstün nitelikte özel ve kamu yararından, hukuka uygunluk sebebi olarak söz etmektedir. Pandemi döneminde, önlemlere bilimin gösterdiği yolda uyan işçilerin yaşama hakkı başta olmak üzere, kamu sağlığını da doğrudan ilgilendiren bu salgın döneminde, aşı diğer işçileri ve işvereni ve nihayet toplumu koruyucu bir nitelik taşıyacağından, anılan hükümlerde yer verilen kamusal üstün yararın varlığı kabul edilmelidir.²⁴

II. Güncel Negatif PCR Test Sonucunun Aşıya Alternatif Olup Olmayacağı

Son dönemde ismini sıklıkla duyduğumuz PCR testi ile, kişilerin enfekte olup olmadığı tespit edilmeye çalışılmaktadır. Özellikle aşısız iş-

çilerin, virüsü yayma potansiyeli dikkate alınarak, Çalışma Bakanlığı'nın 2 Eylül 2021 tarihli ve 41515602-000/99 sayılı Genelgesi ile işverenlerin aşısız işçilerden haftada bir kez PCR testi talebinde bulunabilecekleri öngörülmüştür.

Esasen pandemi döneminde, işverenin PCR Test talebi, yukarıda verdiğimiz iş güvenliği mevzuatına dayanmaktadır. Bu sebeple, anılan genelge olmasaydı dahi, işveren makul aralıklarla test sonucu talebinde bulunabilirdi. Dolayısıyla Bakanlığın genelgesini, işverene PCR sonucu talep hakkı getiren ve/veya işverenin aşı talebinde bulunabilmesini engelleyen bir düzenleme olarak algılamamak gerekir. Genelge işverenin, PCR Test sonucu talebini bir zaman periyodu içerisinde sınırlandırarak, haftada birden fazla talep edemeyeceğini düzenlemiştir.

PCR Testi, aşının muadili değildir. Aşı, hastalaktan ve onun yayılmasında koruma sağlarken, test yalnızca kişinin virüs yükünün tespit edilmesi işlevini görür. Bununla birlikte, çeşitli sebeplerden virüs taşıyan insanlarda test sonucu negatif gelebilir. Sağlık Bakanlığı'na göre enfekte bireyde bazı faktörler, virüs taşıyan insanlarda negatif sonuca neden olabilir. Bunlar, hasta materyalinin çok az olduğu kalitesiz örnek, örneğin enfeksiyonun çok erken ya da geç evresinde alınması veya doğru dönemde alınmış olmakla birlikte uygun bir şekilde işlenmemesi ve gönderilmemesi, PCR inhibisyonu veya virüs mutasyonu gibi testin doğasında bulunan teknik nedenler, virüsün semptomatik ve asemptomatik vakalarda dalgalı saçılım göstermesi olarak sıralanabilir. Bu gerçeklerden hareketle, bir veya daha fazla negatif sonuç ile COVID-19 olasılığının dışlanamayacağı belirtilmektedir.²⁵

Dolayısıyla alınan örnekler ve teste ilişkin yanlış sonuca neden olacak sebepler bir kenara bırakıldığında dahi, testin erken dönemde alın-

24 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 229. Kişiliğe yapılan müdahalede, hukuka uygunluk sebepleri için ayrıca bkz. Turan Başara, s. 67.

25 Bilimsel Danışma Kurulu, "Sars-Cov-2 Enfeksiyonu, Genel Bilgiler, Epidemiyoloji ve Tanı", T.C. Sağlık Bakanlığı, 27 Kasım, Ankara, s. 14, <https://covid19.saglik.gov.tr/Eklenti/39551/0/covid-19rehberigenelbilgiler-epidemiolojivetanipdf.pdf>.

mış olması bile başı başına problemlidir. Örneğin hafta sonu kendisine virüs bulaşmış bir işçi, Pazartesi günü negatif sonuçlu bir PCR Testi ile işbaşı yaptığında, haftanın ortasından itibaren viral yükünün artmasına bağlı olarak virüsü çevresindekilere bulaştırabilecektir. Tam da bu sebeple belirtelim ki İtalya, aşı olmayan işçilerden negatif sonuçlu PCR testinin, her iki günde bir talep edileceğine ilişkin, bir olağanüstü hal kararnamesi ile düzenleme yapmıştır.²⁶ Hal böyleyken, haftada bir PCR testinin etkin bir koruma sağlayacağı söylenemez, test sonuçlarına güvenerek iş sağlığı ve güvenliği önlemleri, alınabilecek son noktada alınmış sayılamaz.

Burada, aşının da tam koruma sağlamadığı, bulaşı tamamen önlemediği öne sürülebilir. Bu düşünce doğru olmakla birlikte, günümüzün bilim ve tecrübesi karşısında yalnızca PCR Testi ile önlem almaya çalışmaya göre, aşı önleminin daha ileri bir önlem olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Nitekim iş sağlığı ve güvenliği mevzuatımız, yukarıda da açıklanmış olduğu üzere, mevcut bilim, teknik ve tecrübenin günün koşullarında işaret ettiği son noktayı emretmektedir. Bu açıdan bakıldığında, bu önlemin test değil aşı olduğu açıktır. Nitekim son bilimsel veriler, aşının bulaş riskini düşürdüğü görülmektedir.²⁷ Aşılı işçinin virüsü kapma ihtimalinin de düşüklüğü göz önüne alındığında²⁸, bulaştırma ihtimali de düşük olduğundan, kişinin kendi sağlığı yanında, diğer insanların sağlığını tehlikeye sokma ihtimali de oldukça azalmaktadır. Eylül 2021 tarihinden itibaren, Sağlık Bakanlığı COVID-19 Temaslı Takibi

Salgın Yönetimi, Evde Hasta İzlemi ve Filyasyon Rehberinde yapılan değişiklik²⁹ ile, temaslı olduğu halde çift doz aşı olan kişilerin karantinaya alınmamasının sebebi de budur.

III. Tarafların Hakları

A. İşverence Sözleşmenin Feshi, Ücretsiz İzin ve Veri İşleme Uygulamaları

1. İşverenin Fesih Hakkı

Yukarıda, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tarafların karşılıklı hak ve yükümlülükleri ile ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde, işverenin işçilerden aşı olmasını talep hakkının varlığını, işçilerin ise alınacak iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyma yükümlülüğünden bahsedildi. Bu çerçevede aşı olmayı reddeden işçinin sözleşmesinin işverence feshi, bazı sınırlar içerisinde, mümkündür.

Bu hak, işyerine aşısız olan veya aktüel negatif PCR test sonucu olmayan müşterilerin alınmadığı sinema, konser alanı, kiraathane, uçak, tren gibi işyerlerinde daha da belirginleşir. İşverenin, müşterilerin dahi aşısız giremediği işyerlerinde, işçiden aşı veya PCR testi talebindeki hukuki menfaati, müşteriler için de söz konusudur. Anılan belirginleşme, müşteri profilinin durumuna göre de söz konusu olabilir. COVID-19, belli bir yaşın üzerinde oransal olarak çok daha fazla ölüme yol açtığı için, huzurevlerini bu kategoriye örnek olarak vermek mümkündür.³⁰

İşverenin alacağı iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin diğer tarafında işçi, bu önlemlere uymakla yükümlüdür. İtaat borcu olarak isimlendirilen bu yükümlülüğün iş sağlığı ve güvenliği boyutu, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 19. maddesinde "Çalışanlar, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili aldıkları eğitim ve işverenin bu konudaki talimatları doğrultusunda, kendilerinin ve hareketlerinden veya

26 İtalya'daki düzenlemelerde, aşı veya PCR Testine ilişkin şartları sağlamayan işçilere mazeretsiz olarak işe gelmemiş sayılma gibi yaptırımlar yanında, işverenlere de denetim yükümlülüğü ve idari para cezası yaptırımı öngörülmüştür. Bkz. İtalya Resmi Gazetesi, <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2021/09/21/226/sg/pdf>.

27 "Science Brief: COVID-19 Vaccines and Vaccination", Centers For Disease Control and Prevention, <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/science/science-briefs/fully-vaccinated-people.html>.

28 "The Possibility of COVID-19 after Vaccination: Breakthrough Infections" Centers For Disease Control and Prevention, <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/vaccines/effectiveness/why-measure-effectiveness/breakthrough-cases.html>.

29 <https://covid19.saglik.gov.tr/Eklenti/41623/0/COVID-19rehberitemaslitakibievdehastazilemivefilyasyon-021021pdf.pdf>, s. 5.

30 İşverenin istisnaen bu tip işyerlerinde fesih hakkının varlığı görüşü için bkz. Ünal Adınır, s. 704.

yaptıkları işten etkilenen diğer çalışanların sağlık ve güvenliklerini tehlikeye düşürmemekle yükümlüdür.” ifadesiyle açıkça yer almaktadır. İşçinin bu yükümlülüğü, COVID-19 kapsamında alınacak özel tedbirleri de kapsar. Özetle, işverence işin güvenliğine ilişkin verilmiş talimatlar işçiyi bağlar ve aksine davranışta, aşağıda inceleyeceğimiz gibi, iş sözleşmesinin feshine varabilecek boyutta çeşitli yaptırımlar söz konusu olabilir.

İş Kanunu'nun 25. maddesinin 2. fıkrasının 1 bendine göre: “İşçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi...” işveren lehine haklı nedenle derhal fesih sebebi olarak düzenlenmiştir. Burada bir zararın gerçekleşmiş olması aranmaz, bir zararın doğması olasılığına sebebiyet vermiş olmak dahi işverenin haklı veya geçerli olarak sözleşmeyi fesih hakkının doğması için yeterlidir. Nitekim Yargıtay da çelik uçlu ayakkabı giymeyen ve maske takmayan işçilerin iş sözleşmesinin işverence feshini haklı³¹, baret takmayan işçinin sözleşmesinin feshini geçerli bulmuştur³².

Her ne kadar, işverenin iş güvenliği önlemlerine uymayarak bir zarar olasılığına sebep olan işçinin iş sözleşmesini fesih hakkının, teknik ve dar bir yorumla haklı nedenle derhal feshe konu olabileceği sonucuna, hükmün salt lafzından ulaşmak mümkün olsa da, günümüzde halen aşı karşıtı gösteriler yapılmakta, bu gösterilere bir kısmı tıp doktoru olan kişiler, bazı gazeteciler, profesör sıfatı taşıyan akademisyenler, kimi siyasal parti liderleri de destek vermektedir. Aşının uzun vadeli sonuçlarının, şu ana kadar tespit edilenlerden farklı bir etki beklenmemekle birlikte³³, henüz kesin olarak yaşanarak görülmemiş olması gerçeği ile birleştiğinde, sayısı az olan bu aşı karşıtları toplumun kimi kesimlerini etkileyebilmekte, korkutabilmektedir. Temel karşıtlık mRNA (Biontech, Moderna vb.) tipi aşılara karşı olsa da geleneksel yöntemler ile hazırlanan inaktif yerli TURKOVAC

aşısının henüz üretim aşamasına gelmemiş olması ve yine aynı türden olan SINOVAŞ aşısının Çin'de üretiliyor olması dolayısıyla duyulan güvensizlikler, aşıları tümünden reddeden bir kesim oluşturmuştur. Bu kişilerin bir kısmının yerli aşı çıktıktan sonra dahi, aşı karşıtlığını devam ettirecekleri de öngörülebilmektedir. Bütün bunlar, çeşitli ve yaygın uydurma haberlerle desteklenmekte (insanların içine çip yerleştirildiği, insanı iletken hale getirerek bir nevi antene dönüştürdüğü vb.), çeşitli ihtimallerin varlığından bahsedilerek (aşılana insanın çocuklarının olmayaacağı, olursa yarı maymun olabileceği vb.) insanlar korkutulmaktadır. Bütün bunlar göz önüne alındığında, yukarıdaki kanun hükmü her ne kadar dar ve teknik bir yorumla haklı nedenle derhal feshe müsait gibi görünse de bize göre bu, kanun yapılırken ihtimal olarak hiç düşünülmemiş bir küresel pandemi dönemini yorumlarken aynı sonuca varmak, hakkaniyete uygun bir yorum olmaz. Ancak, işverenin alınan önlemlere uymayan işçinin sözleşmesini haklı nedenle derhal olmasa da geçerli olarak feshedebileceği sonucuna varılmalıdır. Burada feshin gerekçesini, işçinin sağlığa ilişkin yeterliliği oluşturur. Nitekim herkese “muhtemel hasta” gözüyle bakılması gereken bir dönemden geçilmekte, Sağlık Bakanlığı tarafından tespit edilebilmiş toplam aktif vaka sayısının yarım milyona yaklaştığı her gün duyurulmaktadır. Dolayısıyla pandemi döneminde aşı, temel bir yeterlilik kabul edilmelidir.³⁴

Bununla birlikte, temaslı olduğu ve ciddi risk taşıdığı kendisince bilinmesine rağmen temaslı durumunun saklanması veya temaslı durumu tespit edilmiş olmasına rağmen, karantinada olması gerekirken işyerine gelen işçinin durumu farklıdır. Bu durumlarda, işçinin hastalığın yayılabileceğini öngörmesine rağmen bundan kaçınmaması durumu net olarak söz konusudur ve bu gibi hareketler, işverene yukarıda anılan İK. m. 25/II-ı uyarınca haklı nedenle derhal fesih hakkı verir.

31 Y.9.HD., 20.9.2017, 5618/13712; Y.9.HD., 29.2.2000, 20125/2369.

32 Y.22.HD., 25.2.2016, 263/5617.

33 Colburn, s. 1-2.

34 Aksi yönde bkz. Ünal Adınır, 704.

Benzer şekilde, Koronavirüs hastalığının beklenenden uzun sürmesi veya “uzun Covid ya da uzun Koronavirüs” olarak adlandırılan ve hastalık sonrası birçok başka sağlık probleminin yaşanmasına sebep olan durumlarda, işçinin işe devamsızlığı bildirim sürelerini 6 hafta aşarsa, bu kadar uzun süreli devamsızlığa sebep olan her hastalık halinde olduğu gibi, işveren İş Kanunu m. 25/2-b uyarınca haklı nedenle derhal fesih hakkına sahip olur. Bu hüküm kapsamında feshin gerekçesini hastalık değil, herhangi bir hastalık sebebiyle devamsızlık oluşturur.

İşçinin işvereni yanıltması da haklı nedenle derhal fesih sebebidir. Sözleşme görüşmeleri sırasında işçinin işvereni aşı konusunda yanıltması da, bu çerçevede işveren lehine haklı nedenle derhal fesih sebebidir. İş Kanunu’nun 25. maddesinin 2. fıkrasının a bendine göre: “İş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek, yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işçinin işveren yanıltması” haklı nedenle derhal fesih sebebidir. İşverenin işçiye sözleşme görüşmeleri sırasında aşı olup olmadığını sorması üzerine, işçi tarafından doğru cevap verilmelidir. Verilecek yanıltıcı cevap, gerçeğe uygun olmayan bilgiler vererek işçinin işvereni yanıltması kapsamında değerlendirilmelidir. Burada haklı nedenle derhal fesihten söz edilmesinin sebebi, işçinin aşısız olması değil, işverenin güvenini zedelemiş olmasıdır.

Belirtelim ki işçiye sözleşme görüşmelerinde, aşı durumunun sorulması ayrımcılık değildir. İşçinin sağlığına ilişkin durumun, sözleşmenin yapılmasında, devamında ve sona erdirilmesinde esas alınarak işlem yapılabileceğini daha önce açıklamıştık. İşçinin COVID-19 taşıyacağı ve bulaştıracağı endişesi, işveren açısından günümüz koşullarında makul karşılanmalıdır.

2. Fesih Hakkının Sınırı

İşverenin aşı kaynaklı fesih hakkının ilk sınırını, mekânsal sınır oluşturur. İş sağlığı ve güvenliği perspektifinden aşı, virüsün işyerinde diğer işçi-

lere bulaşmasını engellemek içindir. Dolayısıyla evden yapılan çalışmalarda olduğu gibi, sosyal bir ortamda çalışmayan işçilerden aşığı reddedenlerin sözleşmeleri feshedilemez. Bu şekilde risk taşımayan işçiden aynı gerekçe ile PCR testinin de talep edilemeyeceğini de belirtmek gerekir. Bu gibi hallerde işveren tarafından yapılacak fesihler haksız/geçersiz fesih olur ve buna ilişkin hukuki sonuçlar ortaya çıkar.

Bahsedilebilecek ikinci sınır, zamansal sınırdır. Hastalığı geçirmiş olup da bilimsel olarak bağışıklık süresi içerisinde olduğu kabul edilen işçilerin bu süre içerisinde aşı olmamaları, işçi aleyhine herhangi bir hukuki sonuç doğurmaz. Zira devlet de bu dönem içerisinde, kişinin belirlenmiş süre boyunca aşılmış gibi korunmakta olduğundan hareketle aşı yapmamakta, dolayısıyla zaten kişilerin bu dönemde aşığı erişimi de bulunmamaktadır.

İşin doğası gereği, anılan aşular pandemi döneminde ciddi bir anlam ifade etmektedirler. Pandeminin sona ermesi ile birlikte, COVID-19 aşısının mevzuatla belirlenen zorunlu aşı olarak mevzuatta halen yer almamış olması durumunda, artık işçilerden aşı talebinde bulunulamaz.

Aynı durum, virüsün tedavisine olanak veren bir ilacın bulunması halinde de söz konusudur. Hastalığın tedavisini mümkün kılan bir ilacın bulunması, bu ilacın erişilebilir olması, tedavinin hızlı/kolay ve hastalığın ileriye dönük ciddi etkilerini de engelleyebilecek bir tedavi imkânı sağlaması halinde, tüm bu koşulların bir arada sağlanması koşuluyla artık işçilerden aşılanmaları talebinde bulunulamaz. Bu durum, virüsün mutasyona uğrayıp insanlara zarar vermeyen veya çok basit bir hastalığa dönüşmesi için de geçerlidir. Yukarıda verilen tüm hallerde işçiden artık aşı da, PCR testi de talep edilemeyecektir.

Belirtelim ki, işverenin fesih hakkının mevzuatta belirlenmiş sınırları, şüphesiz COVID-19 ile bağlantılı yapılacak fesihler için de geçerlidir. Bu sebeple, feshine ilişkin bir sınır olan “feshin son çare olması” ilkesine de değinilmelidir.

3. Feshin Son Çare Olması

Bilindiği gibi, İş Hukukunda fesih son çare olarak düşünülmelidir. Ölçülülük ilkesinin feshe uygulanması olarak özetlenebilecek bu ilkeye göre, feshi önleyebilecek daha hafif önlemler mümkün ise, iş ilişkisinin sürdürülmesi esastır, böyle durumlarda yapılan fesihler geçersiz sayılır.³⁵

Dolayısıyla işveren, işçinin sözleşmesini feshetmeden önce, aşılı ve aşısız işçileri mekânsal olarak ayırarak çalıştırma imkanını değerlendirmeli, uzaktan çalışabilecek işçileri uzaktan çalışmaya yönlendirmeli veya benzeri şekillerde aşı olmamasına rağmen işçinin bulaş riskini ortadan kaldıracak ise buna ilişkin önlemleri devreye sokmalıdır. Evden çalışma gibi talepler işçiden gelmiş ise, makul bir sebep olmadıkça bu tarz talepleri karşılanmalıdır.

Yukarıda sayılan ve benzeri, çalışma devam ederken bulaş riskini en aza indirmeye yönelik alınabilecek önlemler mümkün değilse, işveren işçinin –varsa- hak edilmiş yıllık ücretli izinlerini kullanarak işyerinden bir süre uzaklaştırabilir. Ancak bu süreç de geçici bir çözüm olacaktır. Daha sonra ise işçiye ücretsiz izin teklifinde bulunulmalıdır. Bu teklif de işçi tarafından kabul edilmez ise, nihayet hiçbir başka çıkar yol kalmadığında, işçinin iş sözleşmesi ancak o zaman feshedilebilir ve bu şekilde yapılmış bir fesih geçerli olur.

4. Ücretsiz İzin Uygulaması Yapılıp Yapılmayacağı

Bilindiği gibi, pandeminin başında İş Kanunu'nun geçici 10. maddesi ile, işverene tek taraflı olarak ücretsiz izin uygulaması yapma hakkı tanınmıştı. Hükme göre: "... Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç aylık süreyi geçmemek üzere işveren işçiyi tamamen veya kısmen ücretsiz izne ayırabilir. Bu madde kapsamında ücretsiz izne ayrılmak, işçiye haklı nedene dayanarak sözleşmeyi fesih hakkı vermez..." Yine aynı hüküm kapsamında, Cumhurbaşkanı'nın 30 Haziran 2021'e kadar 3'er aylık dönemlerle bu süreleri uzatma yetkisi

tanınmıştı.³⁶ 1 Temmuz itibarı ile sona eren bu uygulamadan itibaren, ücretsiz izin bakımından asli rejime dönmüştür.

İşçinin iş sözleşmesinden beklediği ana karşı edim olan ücret, iş sözleşmesinin esaslı unsurudur. Dolayısıyla işçinin ücretini azaltacak veya ortadan kaldıracak, işverence yapılan her türlü düzenleme, işçi aleyhine esaslı değişikliktir ve İş Kanunu'nun 22. maddesi çerçevesinde yapılabilir. Bu sebeple, ücretin ödenmemesi anlamına gelecek bu uygulamanın hukuken geçerli olabilmesi için işçiye yazılı olarak teklifte bulunulması ve işçinin bunu kabul etmesi gerekir.³⁷ Ücretin hiç veya gereği gibi ödenmemesi, işveren temerrüdüne yol açacağı gibi ayrıca işçiye İş Kanunu'nun 24. maddesinin 2. fıkrasına göre sözleşmeyi haklı nedenle derhal fesih hakkı verir.³⁸

Dolayısıyla ücretsiz izin uygulaması işçiye teklif edebilir, işçi tarafından bu teklifin kabul edilmemesi halinde ise tek taraflı ücretsiz izin uygulaması yapılamaz, yapılması hukuka aykırı olur. Anılan teklif, fesihten kaçınmak amacıyla, son çare olarak yapılmalıdır. Hukuka aykırı ücretsiz izin uygulamasının sonucu, yukarıda belirttiğimiz şekilde, işçinin ücret talebi veya sözleşmeyi haklı nedenle feshetmesine yol açabileceği gibi, yapılacak bir yargılamada, işverenin gerçek iradesinin sözleşmeyi fesih olduğu sonucuna varılır ise, işverenin haksız feshinin hukuki sonuçları da ortaya çıkabilir. Nitekim Yargıtay'ın uzun süreli tek taraflı ücretsiz izin uygulamalarında vermiş olduğu kararlarında, işverenin gerçek iradesinin sözleşmenin feshi olduğu gerekçesi ile, işverence haksız feshin hükümleri uygulandığı görülmektedir.³⁹

Bununla birlikte, iş sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen (sinallagmatik) bir sözleşmedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 97. maddesine göre: "Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve

35 Süzek, s. 602, Manav, s. 270 vd.

36 Bkz. Nazlı, 253 vd; Aydın, 188 vd.

37 Çopuroğlu, s. 162-163.

38 Taşkent, s. 26-27.

39 Süzek, s. 505-506; Aydın, s. 187.

özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadığına, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir". Bu tip sözleşmelerde, genel kural edimlerin aynı anda ifa edilmesi olmakla birlikte, iş sözleşmesinde işçi önce ifa yükümlülüğü altındadır. Dolayısıyla işçinin ücrete hak kazanabilmesi için, aksi sözleşmede öngörülmedikçe, öncesinde kendi edimini ifa etmiş veya ifayı ciddi bir biçimde teklif etmiş olması gerekir.⁴⁰ Bu sebeple işçinin iş görme edimini ifa teklifi ciddi değilse, işveren de kendi karşı edimi olan ücret ödeme borcunu ifa etmeyebilir. Pandemi döneminde, birincil önlem olan aşı korumasını taşımayan işçinin işi ifa teklifinin, uygun bir teklif sayılıp sayılmayacağı tartışılmalıdır. Bu dönemde aşının, temel bir sağlık yeterliliği olarak kabul edilmesi durumunda, aşısız işçinin ifa teklifi, uygun bir teklif sayılamaz.

Bu çerçeveden bakıldığında, işyerinde COVID-19 önlemleri kapsamında işveren, aşısız işçinin çalışma teklifini yukarıda açıklanan şekilde ödemezlik def'i çerçevesinde reddedebilir. Bu ret, iş güvenliği önlemleri göz önüne alındığında, haksız bir ret olarak nitelendirilemez. Bunun sonucu olarak iş sözleşmesi ayakta kalmakla birlikte, işverenin ödemezlik def'i hakkı, onun TBK m. 106 ve 408'e göre temerrüde düşmesini engeller ve işçi ücrete hak kazanamaz.⁴¹ Nitekim, anılan 106. maddenin 1. fıkrası hükmüne göre: "yapma veya verme edimi gereği gibi kendisine önerilen alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın onu kabulden ... kaçınırsa" temerrüde düşer. İşverenin temerrüdünü ayrıca düzenleyen 408. madde hükmüne göre ise: "İşveren, işgörme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez." Diğer işçilerin ve kendisinin anayasal haklarını gözetken işverenin, aşığı reddeden işçiler karşısındaki ifayı ret tutumunun haksız sayılması, içinde bulunduğumuz pandemi dönemi şartlarında zor görünmektedir.

5. Aşı ve PCR Testine İlişkin Verilerin Talep Edilmesi ve İşlenmesi

Aşı ve PCR testine ilişkin veriler, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) kapsamında, özel nitelikli kişisel verilerdir. Bu sebeple, işverenin bu verileri işçiden talep edip edemeyeceği ve işleyip işleyemeyeceği değerlendirilmelidir.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 6. maddesine göre: "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 veridir. Özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır." (KVKK m. 6/1,2). Buradan hareketle, sözleşme görüşmelerinde aşı duruma ilişkin soru sorulmasının ve verilerin işlenmesinin, KVKK hükümlerine ve işverenin, işçiye ait kişisel verilerini, ancak işçinin işe yatkınlığı ile ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabileceğini düzenleyen TBK m. 419 hükmüne aykırılık oluşturup oluşturmayacağı değerlendirilmelidir.

COVID-19 salgınının dünya çapında sağlık, sosyal hayat ve ekonomi üzerinde ciddi etkileri olmuştur ve olmaya devam etmektedir. Dolayısıyla salgının kamu güvenliğini ve sağlığını tehdit ettiği açıktır.⁴² Kişisel Verileri Koruma Kurulu da bu etkileri dikkate alarak, konuya ilişkin olarak vermiş olduğu 28/09/2021 tarih ve 2021/980 sayılı kararı ile bu noktaya değinmiş ve salgınla mücadele kapsamında aşı durumu ve PCR test sonucu gibi COVID-19'a ilişkin kişisel sağlık verilerinin; kamu sağlığının, kamu güvenliğinin ve kamu düzeninin korunması amacıyla işlenmesi gerekliliğinin kaçınılmaz olduğunu belirtmiştir.

Anılan karara göre: "Bilindiği üzere Kanununun 28 inci maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde, "Kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini veya ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olarak kanunla görev ve yet-

40 Çopuroğlu, s. 208.

41 Eren, s. 986; Kılıçoğlu, s. 595, Çopuroğlu, s. 208.

42 Akın, s. 33.

ki verilmiş kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında işlenmesi” halinde Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı düzenlenmiştir.

Bu noktadan hareketle salgın hastalık gibi kamu güvenliği ve kamu düzenini tehdit eden durumlarda bu tehdidi ortadan kaldırmak amacıyla salgın hastalığın bulaşıcılığının önüne geçilebilmesini teminen kanunla yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşlarınca yürütülen faaliyetler kapsamında kişisel verilerin işlenmesinin de Kanunun 28 inci maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Bu kapsamda COVID-19’un sebebiyet verdiği salgın hastalığın kamu güvenliği ve kamu düzenini tehdit etmesi sebebiyle hastalığın yayılımını engellemek amacıyla COVID-19 aşısı bilgisi ve/veya negatif sonuçlu PCR test bilgisinin anılan madde hükmü kapsamına giren kamu kurum ve kuruluşlarınca yürütülen önleyici ve koruyucu faaliyetler kapsamında işlenmesinin önünde bir engel bulunmadığı, dolayısıyla söz konusu kişisel veri işleme faaliyetlerinin Kanunun 28 inci maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendi kapsamında gerçekleştirilebileceği, bununla birlikte, COVID-19 salgını kapsamında yürütülen kamu güvenliğini ve kamu düzenini koruma amacına yönelik faaliyetler dışında kalan ya da bu amacı aşan nitelikteki kişisel veri işleme faaliyetlerinin Kanun kapsamında yer alacağı değerlendirilmektedir.” (KVKK Kamuoyu Duyurusu, 2021).

Bu kararla Kişisel Verileri Koruma Kurulu’nun da kişisel özgürlükten ziyade sağlık hakkı, ekonomik güvenlik, kamu güvenliği ve kamu düzeni noktalarından hareket ettiği, koruyuculuk ve önleyicilik perspektifinden, kişisel verilerin talep edilmesi ve işlenmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna vardığı görülmektedir.

Kararın atıf yaptığı m. 28/1-ç hükmünde, kanunla yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşlardan bahsedilmektedir. Ne var ki, işveren “kanunla yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşları” kapsamında değerlendirilemez.⁴³ Dolayısıyla işçi işve-

ren ilişkisi için bir sonuca varmak için tek başına bu kurul kararının yeterli olduğunu söylemek güçtür.

Kurulun burada, pandemi önlemleri çerçevesinde Sağlık Bakanlığı ve İçişleri Bakanlığı genelgeleri ile yürütülen faaliyetler kapsamında “işlenmesi” ifadesindeki edilgen gramerden, verilerin mutlaka sadece bu kamu kurumlarınca işlenmesi gerekliliğinin kanunda öngörülmemiş olduğu düşüncesinden hareket ettiği ve bu sebeple işverence de işlenebileceği sonucuna vardığı düşünülebilir. Gerçekten kanun açıkça verilerin de sadece yetkilendirilmiş kamu kurumları tarafından işlenebileceği yönünde açık bir ifade içermemektedir. Ne var ki bu yorum, pandemi dönemine cevap vermeyen, sıkı şartlar içeren kanuni düzenleme karşısında çözüm üretmeyi amaçlamaktadır. Ancak amaç makul olsa da belirtmek gerekir ki bu yorum, mevcut düzenlemeler ile bağdaşmamaktadır.

Ekleyelim ki, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, diğer kanunlarda öngörülen usul ve esaslarla veri işlenmesine izin vermektedir. Nitekim Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasına göre: “Kişisel veriler, ancak bu Kanunda ve diğer kanunlarda öngörülen usul ve esaslara uygun olarak işlenebilir.” İş Kanunu’nun 75. maddesinde de işçilerin özlük dosyalarının düzenlenişine ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Hükme göre: “İşveren 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.” Ancak hüküm, kanunla “işverenin mevzuat kapsamında düzenlemek zorunda olduğu” belge ve kayıtlardan söz etmektedir. Aşıya ilişkin bilgi toplamak, belge saklamak zorunluluğu henüz mevzuatta açıkça öngörülmemiştir. Dolayısıyla bu hüküm de ihtiyaca cevap vermemektedir. Kaldı ki iş mevzuatında sağlık verilerinin işlenmesine ilişkin, KVKK ile belirlendiği şekilde ayrıntılı bir düzenleme yer almamakta, bu haliyle KVKK’da yer alan sağlık ve-

43 Ünal Adınır, s. 712.

rilerinin işlenmesine ilişkin hükümler özel hüküm niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla bu hassas verilerin işlenmesi, günümüzde KVKK'nın öngördüğü şartlar dahilinde yapılabilir.

Bununla birlikte, Kanunun 6. maddesinin 3. fıkrası sorunu çözebilecek niteliktedir. Anılan hükme göre: *"Birinci fıkrada sayılan sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hallerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak 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 işlenebilir."* Dolayısıyla açık rıza ve kamu sağlığının korunması, karşımıza hukuka uygunluk sebepleri olarak çıkmaktadır.⁴⁴ KVKK kapsamında kamu sağlığının korunmasını amaçlayan hassas verilerin işlenmesinin yolu açık olduğuna göre, tüm dünyayı etkisi altına alan bir pandemi döneminde, mevcut ölümcül salgın hastalık söz konusu olduğunda da evleviyetle aynı sonuca varmak gerekir.⁴⁵

Tüm bu bilgiler ışığında, denilebilir ki KVKK kapsamında, işçinin açık rızası ile verilerinin işlenebileceğinde herhangi bir tereddüt yoktur.⁴⁶ Bize göre, yaşadığımız pandemi döneminde işçinin aşı durumuna ilişkin veri işlenmesine dair açık rıza vermesi, iş güvenliği mevzuatının ve dürüstlük kurallarının bir gereğidir. Ancak açık rıza olmasa dahi veriler yukarıda verilen mevzuat uyarınca işverence işlenebilir ve yetkili sağlık kurumları ile paylaşılabilir.⁴⁷ Ancak bu veri işleme faaliyeti, mevzuatın öngördüğü şekilde, amaca uygun sınırlamalarla yapılmalıdır. KVKK'da yer alan sınırlamaların yanı sıra, yukarıda anılan İş Kanunu'nun 75. maddesinin 2. fıkrası da "İşveren, işçi hakkındaki edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka

uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlüdür." hükmüyle işverene edindiği verileri açıklamama yükümlülüğü getirmektedir. Dolayısıyla sır saklama yükümü altında bulunan işyeri hekimi, eczacılar gibi sağlık personelinin yanı sıra, işverenin de aynı yükümlülüğü taşıdığını söylemek gerekir.⁴⁸

B. İşçinin Sözleşmesini Fesih ve Çalışmaktan Kaçınma Hakları

1. İşçinin İş Sözleşmesini Fesih Hakkı

İşyerinde risk değerlendirilmesinin yapılarak iş güvenliği önlemlerinin alınmaması, işçi açısından İş Kanunu'nun 24. maddesi kapsamında işçiye haklı nedenle derhal fesih hakkı verir.⁴⁹ İşçiler sağlıklı bir ortamda çalışmayı her zaman talep edebilirler ve bunun sağlanmaması İK. m. 24/II-f uyarınca "çalışma şartlarının uygulanmaması" anlamına gelir. İşçiden gelen ve yaşam kaygısı ile yapılacak bir uzaktan çalışma talebinin işverence karşılanmaması durumunda da aynı sonuca varmak, işçinin iş sözleşmesini yukarıda verilen sebebe dayanarak haklı nedenle derhal feshedebileceğini kabul etmek gerekir.⁵⁰ Kuşkusuz, bu hukuki sonuca varabilmek için işçinin işyerindeki fiziki varlığının, bir anlam ifade etmemesi, işçinin işveren karşısındaki yükümlülüklerini, yapmakta olduğu iş itibarı ile uzaktan da eksiksiz yapabilecek durumda olması gerekir.

İşçinin sözleşmeyi İş Kanunu'nun m. 24/1-b kapsamında haklı nedenle derhal feshedip feshedemeyeceği de tartışılmalıdır. Hükme göre: *"İşçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut başka bir işçi bulaşıcı veya işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulursa"* işçi sözleşmeyi haklı nedenle derhal feshedebilir. Madde kapsamında "bulaşıcı hastalık" ve "iş ile bağdaşmayan hastalık" ayrı ayrı sebepler olarak düzenlenmiş olup, bunlardan birinin varlığı, iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshi için ye-

44 Alp/Gürsel, s. 14.

45 Alp/Gürsel, s. 16-17.

46 Aksi yönde, Ünal Adınır, s. 711.

47 Alp/Gürsel, s. 20.

48 Alp/Gürsel, s. 17.

49 Ergin, s. 197.

50 Akın, s. 41.

terlidir.⁵¹ Konumuz bakımından bizim üzerinde duracağımız kısım, “bulaşıcı hastalık” sebebidir.

Hüküm her ne kadar “bulaşıcı” hastalıktan bahsediyor olsa da, bunun ciddi bir hastalık olması gerektiğine kuşku yoktur. Hasta olan diğer işçi veya işverenle sürekli ve yakından görüşmekte olduğu için bulaş riski altında bulunan işçiyi ruhen ve bedenen koruma amacı taşıyan madde, anılan şartların gerçekleşmesi halinde işçiye derhal fesih hakkı tanımaktadır. Bu kapsamda doktrinde verilmiş olan örnekler, HIV, Hepatit virüsü taşıyıcılığı veya Verem gibi hastalıklardır.⁵²

Bununla birlikte belirtilmelidir ki, yukarıda örneklenen hastalıklar, kişiyi işyerinde çalışmaktan alıkoymayan, taşıyıcılığı devam ederken işyerinde bulunabilecek hasta kişileri ve bu kişilerle olan teması esas almaktadır. “Yakından ve doğrudan buluşup görüşme” koşulunun aranmasının temeli budur. İşyerinde ciddi bir hastalığı olsa dahi, o işçi veya işverenle yakından ve doğrudan temas halinde olmayan işçinin anılan sebeple fesih hakkından bahsedilemez. Örnek olarak verilen hastalıklar karşısında Koronavirüs hastası veya COVID-19 taşıyıcısı, hastalığı tespit edildiği andan itibaren karantinaya alınarak izole edilmekte, iyileştikten sonra ise taşıyıcılık durumu oluşturmayarak sağlıklı bir şekilde işyerine dönmektedir. Dolayısıyla hastalık tespit edildikten itibaren, hasta işçinin sağlıklı işçilere virüsü bulaştırma ihtimali kural olarak yoktur. Bu ihtimal, ancak hasta işçinin karantina koşullarını ihlal etmesi ve işverenin de HES kodu takibi yoluyla işyerine giriş çıkışları kontrol etmemesi sonucu ortaya çıkabilir, ki bu durumda işçi zaten yukarıda açıkladığımız, iş güvenliği önlemlerinin alınmayarak çalışma şartlarının uygulanmaması sebebiyle haklı nedenle derhal fesih hakkına sahip olur.

2. İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı

Küresel ölçekte pandemi kaynaklı olarak üretimin düşmesi ile birlikte ekonomiler daralmış ve buna bağlı olarak birçok işyeri kapanmış, bazıları

ise küçülmüştür. Buna bağlı olarak işsizlik sayılarında artışlar gözlemlenmiştir. Ülkelerin ekonomileri toparlanma sürecine henüz girerken, pandemiden dolayı bulaş riski taşıyan bir işyerinde, korku ve endişe ortamında çalışmakta olduğu halde, ekonomik kaygıları daha ağır basan işçi, yukarıda açıkladığımız şekilde, iş sözleşmesini fesih hakkını kullanmayı tercih etmeyebilir. Bu yolu tercih etmeyecek işçilerin durumuna uygun olarak, mevzuatımızda hem sözleşme ilişkisini ayakta tutacak hem işçiye çalışmama hakkı verecek hem de ücret hakkının devam edebilmesini sağlayacak bir düzenleme mevcuttur: İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmamasından doğan işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesine göre: “Ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar kurula, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir. Kurul acilen toplanarak, işveren ise derhâl kararını verir ve durumu tutanakla tespit eder. Karar, çalışana ve çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirilir. Kurul veya işverenin çalışanın talebi yönünde karar vermesi halinde çalışan, gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir. Çalışanların çalışmaktan kaçındığı dönemdeki ücreti ile kanunlardan ve iş sözleşmesinden doğan diğer hakları saklıdır.”

Bu düzenlemeye göre, işçiler hayati tehlike bulunan ortamda çalışmayı reddedebilirler. Hayati tehlike bulunan ortamın varlığında belirleyici olacak olan, işyerindeki tedbir seviyesidir. Tarihte, dünya çapında bu kadar büyük sayılarda bulaş ve ölüme sebebiyet vermekle yerini şimdiden almış olan COVID-19'a maruz kalma ihtimali, ciddi ve yakın tehlike olarak değerlendirilmeli,⁵³ tüm tedbirler bir arada uygulanmalıdır.

Düzenleme, hakkın kullanımından önce bir prosedür (Kurul veya işveren/vekiline başvuru) öngörmektedir.⁵⁴ Hüküm, kaçınma hakkının

51 Ergin, s. 186.

52 Bkz. Ergin, s. 189-190.

53 Akın, 34-35.

54 Akın'a göre, Kanunun 13. maddesindeki prosedür, pandemi döneminde ülke çapında sağlanmış sayılmalıdır, bkz. s. 35.

kullanımı için her ne kadar başvurunun muhaptalarının olumlu cevap aşamalarını öngörse de hukuka aykırı şekilde başvuruya olumsuz cevap da verilebileceğinden, işçi ciddi ve yakın tehlikeyi ispatlayabileceği durumlarda –ispat riski kendine ait olmak üzere- bu hakkı yine de kullanabilir. Dolayısıyla COVID-19 ile ilgili tedbir alınmayan işyerlerinde, eğer bu işyerleri bulaşa müsait ise işçi çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir.

Bu hakkın kullanılması için işyerinde virüsün tespit edilmiş olması gerekmez. Virüsün sinsi şekilde bulaşıyor olması, daha önce verdiğimiz İtalya örneğindeki gibi, ağır sonuçlara yol açmasının beklenmeden de bu hakkın kullanılabilir olmasının haklı gerekçesini oluşturur. Nitekim her gün televizyonlardan resmi makamlarca yapılan açıklamalar, günde 30,000 civarında yeni vaka tespit edildiğini duyurmakta, bu sayılar bilinçli insanların ciddi şekilde yaşamsal endişeler duymalarına sebep olmaktadır. Bu sebeple aşılammış kişilerle bulaş riski taşıyan işyerlerinde, hakkın kullanımı için gerekli koşul olan ciddi ve yakın tehlikenin varlığı, işyerinde tespit edilmiş virüsün varlığı aranmaksızın kabul edilmelidir.

Madde metni, bu hak kullanılırken işçinin haklarının saklı olduğunu belirtmektedir. Bu sebeple işçi, ücretine hak kazanmaya devam edecektir. Belirtelim ki bu hakkın bir süre sınırı yoktur, gerekli sağlık ve güvenlik önlemleri alınıncaya kadar, ne kadar süre geçerse geçsin, işçi çalışmayı reddedebilir ve ücretine tüm süre boyunca hak kazanır. İşverence yapılacak ve bu redde dayanan tüm fesihler haksız fesih olur ve buna ilişkin hukuki sonuçları doğurur.

Sonuç

İşverenin işçiyi gözetme borcu bir dizi yükümlülük içerir. Bunlardan işçinin korunması, en başta iş güvenliği önlemlerinin alınmasıyla mümkündür. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, işverenlere yalnızca önlem alma yükümlülüğü değil aynı zamanda günün son bilim teknik ve tecrübeleri ışığında, alınmış olan önlemleri revize etmelerini öngörmektedir. Son derece bulaşıcı ve

ölümcül olan COVID-19 virüsünden korunmanın bugün temel yolu aşıdır.

Elbette aşı, aşılacak kişinin anayasal temel hakları ile doğrudan ilişkili olup, mevzuatta zorunlu olarak düzenlenmemiş bir aşığı olup olmak kişinin kendi iradesi ile karar verebileceği bir meseledir. Bununla birlikte, aşısız işçinin anayasal hakları karşısında toplumun aynı anayasal haklarının kullanılabilirliği sorunu karşımızda durmaktadır. Aşı olmayı reddeden işçinin sağlık hakkı karşısında diğer işçilerin sağlık hakları, vücut bütünlüğü ve özel hayat haklarının yanında diğer işçilerin ve toplumun vücut bütünlüğü ve özel hayat haklarının varlığı gibi. Burada anayasal düzeyde sorun, bir kişinin kullanmakta olduğu temel hak ve özgürlüklerin, diğer işçiler ve nihayet toplumun temel hak ve özgürlüklerin kullanımını engellemesi veya büyük ölçüde sekteye uğratabileceğidir.

Bu çerçevede, işçiler aşı olmayı reddedebilirler; ancak küresel bir pandemi döneminde işe ilişkin temel bir sağlık yeterliliği sayılması gereken aşısızlık durumunda, işverenin de teşebbüs ve sözleşme hürriyeti kapsamında aşılı işçilerle çalışmayı tercih etmek hakkı vardır. Bu hak işletmeyi, işçi ve nihayet toplum sağlığını koruyucu niteliktedir ve Anayasal seviyede bir hukuka aykırılık söz konusu değildir. Böylelikle tüm işçilerin ve işverenin de anayasal hakları bir denge gözetilerek korunmuş olur.

Toplum sağlığını koruma amacıyla pandemi döneminde işçinin sağlık verileri işverence işlenebilir, amaçla sınırlı olacak şekilde yetkili sağlık kuruluşları ile paylaşılabilir. Gerek Kişisel Verilerin Korunması Kanunu gerek iş mevzuatı kapsamında, bilgileri işleyecek olan işyeri hekimi gibi sağlık personelinin yanı sıra, işveren de elde edilen bilgiler bakımından, sır saklama yükümlülüğü altındadır.

İşveren, sözleşme görüşmelerinde bu durumu dikkate alabileceği gibi, mevcut sözleşme ilişkilerinin devamına da bu çerçevede karar verebilir, bu hakkını kullanabilmek için işçilerin açık rızasına dayanan, aşığı ilişkin kişisel sağlık

verilerini, amaca uygun sınırlamalarla işleyebilir. Sözleşmenin feshi ise ancak bir son çare olarak, diğer önlemlerle istenilen sonuca ulaşılamaması durumunda geçerli olarak yapılabilir. İşçilerin de önlem alınmayan işyerlerinde, sağlıklarını korumak için iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun şekilde çalışmaktan kaçınma haklarını kullanabilecekleri gibi, çalışma şartlarının uygulanmaması gerekçesi ile iş sözleşmelerini ayrıca haklı nedenle derhal feshederek tazminat talebinde bulunabilirler.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

- Adınır Ünal, C: "COVID-19 Aşısının İş İlişkilerine Etkileri", Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.27, S.1, Haziran 2021, s. 693-715.
- Alp, Mustafa/Gürsel, İlke: "COVID-19 Pandemisinde İşçilere Ait Sağlık Verilerinin İşlenmesi", SİCİL, S.44, Ocak 2021, 11-32.
- Akın, Levent: "COVID-19'un İş İlişkilerine Olası Etkileri", Çimento İşveren, C.34, S.3, Mayıs 2020, s. 16-70.
- Aydın, Ufuk: "COVID-19 Pandemisi; İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Alanında Yarattığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri", İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.2, s. 181-214.
- Colburn, Nora: How can we know the COVID-19 vaccine won't have long-term side effects? Ohio State University Wexner Medical Center, 14.9.2021, <https://wexnermedical.osu.edu/blog/COVID-19-vaccine-long-term-side-effects>
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu Nurşen/Canbolat Talat: İş Hukuku Dersleri, 31. Bası, Beta, İstanbul 2018.
- Çopuroğlu, Çağlar: Ücret ve Korunması, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.
- De Natale, G./ Ricciardi, V./De Luca, G./De Natale, D./ Di Meglio, G./Ferragamo, A./Marchitelli, V./Piccolo A./Scala, A./Somma, R./Spina, E./Troise, C.: "The COVID-19 Infection in Italy: A Statistical Study of an Abnormally Severe Diseases", MDPI, Journal Of Clinical Medicine, 2020/9, 1564, s. 1-19.
- Eren, Fikret: (2012) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Yetkin, İstanbul 2012.
- Ergin, Hediye: "Hastalık Riskinden Dolayı İşçinin İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Feshi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan – C.20 S.1 (Özel Sayı), 2014, s. 177-200, Beta.
- Gözler, Kemal: İnsan Hakları Hukuku, Ekin, Bursa 2017.
- Kılıçoğlu, A.M. (2013) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.
- Manav, Eda: İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı Muhittin/Baysal Ulaş: İş Hukuku Dersleri, C.1, Bireysel İş Hukuku, 5. Baskı, Lykeion, Ankara 2021.
- Nazlı, Seçkin: "COVID-19 Salgınının Ekonomik ve Sosyal Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanununun İş Hukukuna Yönelik Hükümlerinin Değerlendirilmesi", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7 (1), Bahar 2020, s. 251-271.
- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe: Kişiler Hukuku, 17. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018.
- ÖDER, Bertil Emrah: "Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlanma ve Somutlaştırma Sorunları, 2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler," Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması, Yayın no: 236, 29-30 Eylül 2012, s.121-213, Ankara: Barolar Birliği.
- Taşkent, Savaş: "İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması", SİCİL 3, 2006, s. 20-28.
- Turan Başara, G.: Kişiliğin İhlalinden Kaynakla-

nan Maddi ve Manevi Tazminat ile Haksız Kazancın İadesi, Turhan Kitabevi, Ankara 2018.

- Sevimli, Ahmet K: Türk Borçlar Kanunu m.417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması, Çalışma ve Toplum, 2013/1, s. 107-147.
- Şirin, Tolga: Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş", Anayasa Hukuku Dergisi, Yıl 2020, C.9, S.17, s. 43-146.
- Yıldız, Gaye Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin, Ankara 2008.
- Yüksel, Metin: Orantılılık İlkesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2002.

Elektronik Kaynaklar

- Bilimsel Danışma Kurulu Çalışması: "Sars-Cov-2 Enfeksiyonu, Genel Bilgiler, Epidemiyoloji ve Tanı", T.C. Sağlık Bakanlığı, 27 Kasım, Ankara, https://covid19.saglik.gov.tr/Eklenti/39551/0/COVID-19rehberigenelbilgiler_epidemiyoloji-vetanipdf.pdf
- COVID-19 Sars-CoV-2 Enfeksiyonu, Genel Bilgiler, Epidemiyoloji ve Tanısı, T.C. Sağlık Bakanlığı, Bilimsel Danışma Kurulu Çalışması, 7.12.2020, Ankara https://covid19.saglik.gov.tr/Eklenti/39551/0/COVID-19rehberigenelbilgiler_epidemiyoloji_vetanipdf.pdf
- Gazzettaufficiale: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2021/09/21/226/sg/pdf>
- KVKK Kamuoyu Duyurusu: Kişisel Verileri Koruma Kurulu, <https://kvkk.gov.ct.tr/DUYURULAR/kişisel-verileri-koruma-kurulundan-duyurulmuştur>
- Sağlık Bakanı'nın Açıklamaları: www.aa.com.tr/tr/gundem/saglik-bakani-koca-kovid-19dan-vefat-edenlerin-yuzde-90i-ya-asi-olmamis-ve-ya-asilari-eksik-kisilerdir/2353973.
- World Health Organization (WHO): "All about masks in the context of COVID-19", Dünya Sağlık Örgütü, <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/when-and-how-to-use-masks>
- COVID-19 Bilgilendirme Platformu: TC. Sağlık

Bakanlığı, <https://covid19.saglik.gov.tr/TR-66447/bulasma-yollari.html>