

İşverenin, Çalışanları Bakımından COVID-19 Aşısını Zorunlu Kılma veya Teşvik Etme Hakkı

COVID-19 aşısını olmaktan imtina eden işçiler bakımından işverenin elindeki yasal imkanların neler olabileceği hakkında açık bir düzenleme yoktur. Bununla birlikte, konuya ilişkin yargının yaklaşımı da belirsizdir, zira emsal teşkil eden bir karar henüz yayınlanmamıştır.

İşyerinde aşı zorunluluğu, yasal düzenleme ve içtihat olmadığı için hukukçular arasında tartışılan bir husustur ve konu ile ilgili farklı görüşler bulunmaktadır;

- 1- İstanbul Barosu Başkanı Av. Mehmet Durakoğlu'nun da katıldığı bir görüşe göre; çalışanların aşı olmaya zorlanması anayasal temel hak ve özgürlüklere aykırılık teşkil etmektedir. Dolayısıyla işveren, aşı olma, aşı kartı ibrazı, PCR testi gibi tedbirlerin uygulanması bakımından çalışmanı zorlayamaz. Bu yönde alınan tedbirlere riayet edilmemesi halinde iş akdi feshedilen çalışan, işe iade davası, ayrımcılık tazminatı ve temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması gerekçesiyle tazminat davası açabilir. Bu görüşe göre söz konusu davaların çalışan lehinde sonuçlanması ihtimali oldukça yüksektir.
- 2- Bir başka görüşe göre, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca işveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olduğu için bu kapsamda aşı kartı ibrazı zorunluluğunun getirilmesi, işverenin yönetim hakkına dayanan bir işyeri tasarrufu olarak değerlendirilebilir. Ancak, bu yönde alınan tedbire uyulmaması hali işverene iş sözleşmesini feshetme hakkı vermez. İş sözleşmesinin feshinin son çare olarak uygulanması esas olduğundan, bu yönde alınan tedbiri ihlal eden bir çalışan hakkında öncelikle;
 - a- ücreti ve hakları azaltmamak kaydıyla ücretli izin,
 - b- uzaktan çalışma,
 - c- işçinin pozisyonunu değiştirme

gibi tedbirlere başvurabilir.

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi Doç. Dr. Tolga Şirin, konunun vakıa özelinde değerlendirilmesi gerektiği kanaatindedir. Şirin'e göre işçinin diğer işçiler veya müşterilerle temasının olup olmadığına bakılması gerekir. Eğer bu türden risk faktörleri varsa, öncelikle yukarıda belirttiğimiz şekilde tedbirlerin uygulanması gerekir. Bu tedbirlerin uygulanmadığı durumlarda ise, çalışanların iş akdi "geçerli sebeple" ve kıdem ve ihbar tazminatları ödenerek feshedilebilir.

- 3- Azınlıkta olan başka bir görüşe göre yine aşı zorunluluğunun getirilmesi mümkündür, üstelik işveren İş Kanunu m. 25/2-1 uyarınca işçinin kendi isteği veya savaşması yüzünden iş güvenliğini tehlikeye düşürmesi sebebiyle haklı fesih yapabilir.

Yukarıdakilere ek olarak 02.09.2021 tarihinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından yayımlanan Genelgeye¹ göre;

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

Genelge henüz doktrinde yorumlanmamıştır. Bununla birlikte, aşı olmamanın yaptırımının haklı nedenle fesih olarak değerlendirilmesi ağır yorumlanabilir. Durumun (çalışma şekli, çalışma koşulları, işin niteliği vb) kendi içerisinde özellikleri dikkate alınarak, feshe son çare ilkesinin (yani fesih yerine alınabilecek diğer tedbirlerin) öncelikli olarak uygulanması uygun olacaktır.

Kanaatimizce:

Bilimsel olarak bulaşmayı engellediği kesinleşmemiş olan ve tıbbi zorunluluk arz etmeyen bir aşının işverence zorunlu tutulması açıkça işçinin kişilik hakkına, temel hak ve özgürlüklerine müdahale eder niteliktedir. Bu nedenle aşı kartı vb tedbirlerin zorunlu kılınması işe iade davası ve tazminat davası risklerini taşımaktadır.

Eğer böyle bir uygulama yapılması düşünülüyorsa, işveren tarafından özetle ve sırayla aşağıdaki hususların dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz;

- önce işyerinin aşığı teşvik edici uygulamalar yapması (ör: aşı olunan gün izinli sayılma, işyeri hekiminin konuyla ilgili bilgilendirmeler yapmasının ve broşürler yayımlanması vb.),
- vakıa özelinde değerlendirilmek suretiyle uzaktan çalışma tedbirinin alınması,
- iş akdi feshedilmeden evvel pozisyon değişikliği vb diğer tedbirlerin dikkate alınması/önerilmesi,
- iş akdinin feshi düşünülüyorsa ikale anlaşması önerilmesi,
- tek taraflı fesih durumunda ise tazminatlar ödenerek geçerli nedenle fesih prosedürünün uygulanması (bu durumda, işe iade davası riskinin yüksek olacağını hatırlatmak isteriz).

Nergis Kundakçıoğlu

¹ T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Çalışma Genel Müdürlüğü'nün 02/09/2021 tarihli ve 41515602-000/99 sayılı bilgilendirme yazısı.