

## AAŞI OLMAYAN / OLMAK İSTEMEYEN, PCR TESTİ YAPTIRMAYAN İŐÇİLER İÇİN 4857 SAYILI İŐ YASASI ÇERÇEVESİNDE HUKUKİ GÖRÜŞ

### > GİRİŐ

COVID virüsü ile ilgili olarak;

- . İşçinin aşı olması / PCR testi yaptırmaması zorunlu mu?
- . Aşı olmayan işçi, işveren tarafından ücretsiz izne çıkartılabilir mi?
- . Aşı olmayan işçi, işveren tarafından işyerine alınmayabilir mi?
- . Aşı olmayan işçinin iş sözleşmesi işveren tarafından geçerli veya haklı nedenlerle feshedilebilir mi?

gibi sorular uzun süredir sorulmakta ve tartışılmaktadır.

COVID virüsü ile ilgili olarak; ülkemiz ve dünya kapsamında; temizlik – maske- mesafe kurallarının önemli olduğu, fiziki iletişimin sınırlandırılması gerektiği ancak sadece bu tedbirlerle salgının nihai olarak sonlandırılmayacağı, şu an eldeki tek alternatifin aşı olan kişi sayısının artırılması ve toplumsal bağışıklığın sağlanması olduğu Sağlık Bakanlığı ve ilgili sağlık örgütleri tarafından vurgulanmaktadır.

Kısmi kapanma, sokağa çıkma yasağı, ücretsiz izin, uzaktan çalışma gibi zaman zaman uygulanan tedbirler ile de bir çözüme ulaşamadığı görülmektedir.

En büyük problem; aşı olma zorunluluğu ve aşı olmamanın hukuksal sonuçlarına ilişkin yasal bir düzenleme olmaması ile 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu hükümlerinin kişisel / sağlık verilerinin işlenmesine ilişkin engel olan / olduğu yorumlanan hükümleridir.

İşçi ve İşverenler açısından bu konunun tartışmalardan uzak bir zemine oturtulabilmesi için; işyeri açısından işçinin aşı olma zorunluluğu, işçinin aşı olmamasının hukuki sonuçları, aşı olmayan işçilerin işyerine alınıp alınmayacağı, ücretsiz izne çıkartılıp çıkartılmayacağı, aşı olmayan işçilerin iş sözleşmelerinin geçerli veya haklı nedenlerle feshedilip feshedilemeyeceği gibi konularda diğer ilgili mevzuatlarla ( Borçlar Kanunu, KVK, İSG mevzuatı vs ) ilişkilendirilmiş ve “ **YASA ile yapılması gereken** “ ayrıntılı düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktadır.

### > ÇALIŞMA VE SOSYAL GÜVENLİK BAKANLIĞININ YAZISI

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, işyerlerinde Covid-19 tedbirleri açısından, internet sayfasında 03.09.2021 tarihinde aşağıdaki yazıyı yayınlamıştır.

03 Eylül 2021, Cuma

Yazdır A- A+

### İş Yerlerinde Covid-19 Tedbirleri

**Çalışma hayatını düzenleyici, işçi - işveren ilişkilerinde çalışma barışının sağlanmasını kolaylaştırıcı ve koruyucu tedbirler almak, iş sağlığı ve güvenliğini sağlayacak tedbirlerin uygulanmasını izlemek Bakanlığımızın asli görevleri arasındadır.**

Bu doğrultuda, Bakanlığımızca, işverenlerin işçilerinden isteyeceği PCR testi ve işçilerini Covid-19 riskleri ve tedbirleri konusunda bilgilendirmesini içeren, 2/9/2021 tarihli genel yazı 81 İl Valiliği'ne gönderilmiştir.

Buna göre;

İşverenlerin, işyerinde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik risklerine yönelik koruyucu ve önleyici tedbirler hakkında tüm işçilerini bilgilendirmekle yükümlü oldukları hatırlanmakta, 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.

Av. Yüce DURMUŞ ( Tekirdağ Barosu Avukat )

www.yucedurmus.av.tr

06 Eylül 2021, Çorlu ... Hukuki Görüş ... Sayfa 1 / 4

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın " genel yazı " olarak nitelendirdiği bu yazı; idari bir işlem niteliğinde olup sadece aşı olmayan işçilerin bilgilendirilmesi, aşı olmayan işçilerden PCR testi istenmesine ilişkindir.

Bu genel yazıda; sağlık ve güvenlik risklerine yönelik koruyucu ve önleyici tedbirler hakkında işçinin yazılı olarak nasıl bilgilendirileceği, bilgilendirme sonrası aşı olmayan işçilere kesin COVID tanısı konması durumunun iş ve sosyal güvenlik mevzuatı açısından olası sonuçlarının neler olacağı, bunun işçiye nasıl bildirileceğine dair ayrıntılı bir açıklama bulunmadığı gibi şekilsel / şablon metinlere de yer verilmemiştir.

Yasal düzenlemeler yapılmadığı sürece; bu konularda yapılacak her türlü tespit, değerlendirme ve varılan sonuçlar kişisel ve subjektif olacaktır. Bu nedenle; bu yazı bir tavsiye niteliğinde olmayıp 4857 sayılı iş yasası çerçevesinde kişisel görüş ve hukuki değerlendirmelerimi içermektedir.

### **> DENEME SÜRELİ ÇALIŞANLAR AÇISINDAN**

4857 sayılı iş yasasının " Deneme süreli iş sözleşmesi " başlığını taşıyan 15. Maddesine göre; taraflarca iş sözleşmesine bir deneme kaydı konulduğunda, bunun süresinin en çok 2 ay olabileceği, ancak deneme süresinin toplu iş sözleşmeleriyle 4 aya kadar uzatılabileceği, deneme süresi içinde tarafların iş sözleşmesini bildirim süresine gerek olmaksızın ve tazminatsız feshedebileceği belirtilmiştir.

Yeni işe başlayan işçinin iş sözleşmesine deneme kaydı konulduğu taktirde; 2 aylık deneme süresi içinde olan, PCR testi veya aşı yaptırmayan / yaptırmak istemeyen işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından herhangi bir sebep bildirmeksizin, bildirimsiz ve tazminatsız olarak feshedebileceği, işverenin bu durumda yasanın kendisine tanıdığı bildirimsiz ve tazminatsız fesih hakkını kullandığı görüşümdedir.

Ancak 6 aylık kıdem şartı ve diğer iş güvencesi hükümlerine sahip olmayan, işe iade davası açma koşullarını yerine getirmemiş olan işçi; şartları ve ispat koşullarını yerine getiriyorsa işverene karşı ayrımcılık – haksız fesih - kötüniyet tazminat talepli dava açabilir.

Ancak 6 aylık kıdem süresini dolduran, iş güvencesine ilişkin diğer şartları da taşıyan işçinin iş sözleşmesi; " geçerli sebeplerle " feshedilebilecektir. Aksi taktirde bu işçi işverene karşı işe iade davası veya diğer yasal başvuru / dava haklarını kullanabilecektir.

Tabi ki ve eğer işyerinde yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesi varsa veya protokol ile bu konuda toplu iş sözleşmesine bir ekleme yapılmışsa; toplu iş sözleşmesinin bu konudaki hükümlerinin iş ilişkisinde uygulanması gerekeceği ( yasa ve içtihatlarla aykırı olmadığı sürece ) açıktır.

### **> İŞVEREN, AŞI OLMAYAN ÇALIŞANI ÜCRETSİZ İZNE GÖNDEREBİLİR Mİ?**

17.04.2020 tarih ve 31102 sayılı resmi gazetede yayınlanan 7244 sayılı torba yasanın 9.maddesi ile 4857 sayılı iş yasasına eklenen geçici 10. Maddenin 1. Fıkrası ile; Bu Kanunun kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın her türlü iş veya hizmet sözleşmesinin bu maddenin yürürlüğe girdiği 17.04.2020 tarihinden itibaren üç ay süreyle 25 inci maddenin birinci fıkrasının (II) numaralı bendinde ve diğer kanunların ilgili hükümlerinde yer alan ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzeri sebepleri ( belirli süreli iş veya hizmet sözleşmelerinde sürenin sona ermesi, işyerinin herhangi bir sebeple kapanması ve faaliyetinin sona ermesi, ilgili mevzuatına göre yapılan her türlü hizmet alımları ile yapım işlerinde işin sona ermesi halleri hariç ) işveren tarafından feshedilemeyeceği, geçici 10. Maddenin 2. Fıkrası ile bu maddenin yürürlüğe girdiği ( 17.04.2020 ) tarihinden itibaren üç aylık süreyi geçmemek üzere işverenin işçiyi tamamen veya kısmen ücretsiz izne ayırabileceği, bu madde kapsamında ücretsiz izne ayrılmanın işçiye haklı nedene dayanarak sözleşmeyi fesih hakkı vermeyeceği düzenlenmişti.

30.06.2020 tarih ve 31171 sayılı resmi gazetede yayınlanan 2707 karar sayılı cumhurbaşkanı kararı, 31.07.2020 tarih ve 31202 sayılı resmi gazetede yayınlanan 2811 karar sayılı cumhurbaşkanı kararı, 04.09.2020 tarih ve 31234 sayılı resmi gazetede yayınlanan 2930 karar sayılı cumhurbaşkanı kararı, 27.10.2020 tarih ve 31287 sayılı resmi gazetede yayınlanan 3135 karar sayılı cumhurbaşkanı kararı, 30.12.2020 tarih ve 31350 sayılı resmi gazetede yayınlanan 3344 karar sayılı cumhurbaşkanı kararı, 09.03.2021 tarih ve 31418 sayılı resmi gazetede yayınlanan 3592 karar sayılı cumhurbaşkanı kararı, 30.04.2021 tarih ve 31470 sayılı resmi gazetede yayınlanan 3930 karar sayılı cumhurbaşkanı kararı ile bu düzenleme ve süreler uzatılmış ve **01.07.2021 tarihi itibarıyla sona ermiştir**.

Bu mevzuat durumuna göre; **01.07.2021 tarihinden itibaren** işverenin işçiyi tek taraflı olarak ücretsiz izne gönderme hakkı bulunmamaktadır.

Yerleşik Yargıtay uygulamasına göre; işveren ve işçi karşılıklı anlaşma ile işçinin ücretsiz izne ayrılmasını kararlaştırabilir. Ancak bu anlaşmanın hukuka uygun olarak yazılı yapılması, işçinin iradesinin fesada uğratılmaması ( hata, hile, ikrah vs ) gerekir.

Yazılı olarak yapılmayan, işçinin serbest rıza ve iradesine dayanmayan, işveren tarafından tek taraflı olarak yapılmak istenen ücretsiz izin uygulamaları 01.07.2021 tarihinden itibaren İŞVEREN FESHİ olarak kabul edilecektir.

Bu durumda ilgili işçi, koşulları varsa işe iade davası veya kıdem ve ihbar tazminatı talepli tazminat davası açma imkanına sahip olacaktır.

### > **İŞVEREN, PCR TESTİ YAPTIRMAYAN / AŞI OLMAYAN ÇALIŞANI İŞYERİNE ALMAYABİLİR Mİ?**

. **BAKANLIK GENEL YAZISI AÇISINDAN;**

İşverenin PCR testi yaptırmayan veya aşı olmayan veya aşı olmak istemeyen işçiyi işyeri ve eklentilerine alıp alamayacağı konusunda yasal bir düzenleme bulunmamaktadır.

Bu konudaki güncel düzenleme; Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının işyerlerinde Covid-19 tedbirleri açısından internet sayfasında 03.09.2021 tarihinde yayınladığı 02.09.2021 tarihli genel yazıdır.

Bu genel yazıda; **bilgilendirme sonrası ve 06.09.2021 tarihinden itibaren**, aşı olmayan işçilerden zorunlu olarak haftada bir kez PCR test yaptırmalarının işyeri / işveren tarafından istenebileceği, test sonuçlarının gerekli işlemler yapılmak üzere işyerinde kayıt altında tutulacağı belirtilmektedir.

Bu genel yazının düzenleme amacı ve şeklinden hareketle; işçinin aşı olmak zorunda olmadığı ANCAK aşı olmayan işçiden zorunlu olarak haftada bir kez PCR test yaptırmasının işyeri / işveren tarafından istenebileceği, aşı olmayan ve haftada bir kez PCR testi yaptırmayan işçinin işyeri ve eklentilerine alınmamasının haklı nedenlere dayalı olacağı görüşündeyim.

. **4857 SAYILI İŞ YASASI AÇISINDAN;**

Bu konunun işverenin yönetim hakkı kapsamında da değerlendirilmesi gerekmektedir.

**Yönetim hakkı;** işverenin, Anayasa ve kanunların emredici hükümleri ile toplu ve bireysel iş sözleşmeleri hükümlerine aykırı olmamak üzere vereceği talimatlarla, işin yürütümü ve işçilerin işyerindeki davranışlarını düzenleyebilme hakkıdır.

Yönetim hakkının kullanılmasının; işçinin kişilik haklarına, emredici kurallara ve ahlaka aykırı olmaması, işverenin bu hakkını dürüstlük kuralına uygun kullanması ve keyfi olmaması gerekir.

Günümüzde; adliyelere, bazı kamu kurumlarına, alışveriş merkezlerine girmek için, şehirlerarası otobüs veya uçak seyahati yapmak için, yabancı ülkelere gitmek için HES kodu / PCR testi / aşı belgesi / seyahat izin belgesi talep edilmektedir.

Sonuç olarak; bu durumun hem işçinin hem işyerinde çalışan diğer kişilerin hem de kamu sağlığı ve güvenliğinin bir gereği olarak nitelendirilmesi gerektiği, PCR testi yaptırmayan, aşı olmayan veya aşı olmak istemeyen işçinin işveren tarafından işyeri ve eklentilerine alınmamasının yönetim hakkı kapsamında olduğu, bu durumun işgörme edimini kabul etmeme anlamına gelmeyeceği görüşündeyim.

### > **İŞVEREN, AŞI OLMAYAN İŞÇİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNİ FESHEDEBİLİR Mİ?**

Bu konuda yasal bir düzenleme ve yerleşik içtihat bulunmamaktadır.

4857 sayılı iş yasasının “ Amaç ve kapsam “ başlığını taşıyan 1. Maddesinde; bu kanunun amacının işverenler ile bir iş sözleşmesine dayanarak çalıştırılan işçilerin **çalışma şartları ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumluluklarını düzenlemek olduğu**, bu kanunun istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine ve işçilerine faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanacağı, işyerleri, işverenler, işveren vekilleri ve işçilerin bu Kanun hükümleri ile bağlı olacakları belirtilmiştir.

4857 sayılı iş yasasının “ Feshin geçerli sebebe dayandırılması “ başlığın taşıyan 18. Maddesinde; 30 veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az 6 aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işverenin, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorunda olduğu belirtilmiştir.

Bu maddenin **gereğesinde**; iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığı kabul etmek gerekeceği, işçinin yeterliliğinden ve davranışlarından kaynaklanan **geçerli sebeplerin işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen sebepler olduğu**, işçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebeplerin ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli sebepler olarak fesheden

olabileceği, **işçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışının**, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumunun işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamayacağı belirtilmiştir.

Günümüzde; adliyelere, bazı kamu kurumlarına, alışveriş merkezlerine girmek için, şehirlerarası otobüs veya uçak seyahati yapmak için, yabancı ülkelere gitmek için HES kodu / aşı belgesi / seyahat izin belgesi talep edilmektedir. Bu durum; hem kişinin hem işyerinde çalışan diğer kişilerin hem de kamu sağlığı ve güvenliğinin bir gereği olarak nitelendirilmez.

. *PCR TEST YAPTIRAN AMA AŞI YAPTIRMAYAN / YAPTIRMAK İSTEMEYEN İŞÇİ AÇISINDAN;*

İşçinin aşı olma zorunluluğuna ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktadır.

İşçi aşı olmuyor ama Bakanlığın genel yazısı uyarınca haftada bir kez PCR testi yaptırarak işverene ibraz ediyorsa; bu işçinin iş sözleşmesinin geçerli veya haklı olarak feshedilemeyeceği görüşündeyim.

. *PCR TESTİ YAPTIRMAYAN / YAPTIRMAK İSTEMEYEN İŞÇİ AÇISINDAN*

Bakanlık genel yazısında belirtildiği üzere bilgilendirme yapılan işçi buna rağmen aşı olmuyor veya PCR testi yaptırmıyorsa; bilgilendirme ve uyarılara rağmen bu şekilde davranmakta ısrar eden işçinin iş akdinin işveren tarafından bildirimsiz ve tazminatsız olarak feshedilebileceği görüşündeyim.

### > **SONUÇ**

> İşçi ve İşverenler açısından bu konunun tartışmalardan uzak bir zemine oturtulabilmesi için; ilgili mevzuatlarla ( Borçlar Kanunu, KVK, İSG mevzuatı vs ) ilişkilendirilmiş ve “ **YASA ile yapılması gereken** “ ayrıntılı düzenlemelere ihtiyaç bulunduğuna,

> 01.07.2021 tarihinden itibaren yazılı olarak yapılmayan, işçinin serbest rıza ve iradesine dayanmayan, işveren tarafından tek taraflı olarak yapılmak istenen ücretsiz izin uygulamalarının **İŞVEREN FESHİ** olarak kabul edileceğine,

> PCR testi yaptırmayan, aşı olmayan veya aşı olmak istemeyen işçinin işveren tarafından işyeri ve eklentilerine alınmamasının yönetim hakkı kapsamında olduğuna,

> İşçinin aşı olma zorunluluğuna ilişkin yasal bir düzenleme bulunmadığına, işçi aşı olmuyor ama Bakanlığın genel yazısı uyarınca haftada bir kez PCR testi yaptırarak işverene ibraz ediyorsa; bu işçinin iş sözleşmesinin geçerli veya haklı olarak feshedilemeyeceğine,

> Bakanlık genel yazısında belirtildiği üzere bilgilendirme yapılan işçi buna rağmen aşı olmuyor veya PCR testi yaptırmıyorsa; bilgilendirme ve uyarılara rağmen bu şekilde davranmakta ısrar eden işçinin iş akdinin işveren tarafından bildirimsiz ve tazminatsız olarak feshedilebileceğine dair hukuki görüş ve değerlendirmelerimi sunarım. 06.09.2021

Av. Yüce DURMUŞ