

Sosyal Güvenlik ve İş Mevzuatı Sirküler No: 64

İstanbul, 13 Ağustos 2021

Konu: Aşı olmamak işverene iş sözleşmesini fesih hakkı verir mi?

Çin’de ortaya çıktıktan sonra tüm ülkelere yayılan covid-19 salgını tüm iş ve sosyal hayatı alt üst etmiş; azalan ümitler aşılama ile tekrar yeşermiştir. Ancak hızlı normalleşme ile birlikte gelen aşamada çok dramatik bir gelişme ile karşılaşmış bulunmaktayız. Açıklanan verilerden pandeminin dördüncü evresinde temel hastalık kaynağının hiç aşılınmayanlar ve/veya eksik doz aşı yaptıranlar olduğu anlaşılmaktadır. Bu olgunun ortaya çıkmasından sonra iş hayatında en çok tartışılan konuların başında ise aşı olmayı reddedenlerin iş akitlerinin işverenleri tarafından haklı veya geçerli nedenle feshedilip edilemeyeceği noktasında düğümlenmiş bulunmaktadır. Konu ile ilgili Yardımcı Şirket Ortağımız Dr. Hakkı Demirci’nin Dünya Gazetesinde 13.08.2021 tarihinde yayımlanan yazısı Sirküler olarak sizlerle paylaşılmıştır.

Anayasamıza göre; Tıbbi Zorunluluklar ve Kanunda Yazılı Haller Dışında Zorla Aşı Yapılamaz.

1982 Anayasa’sınının 17 nci maddesinde; “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz”;13 üncü maddesinde de; “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir” denilmiştir.

Bu noktada covid aşısı yönünden ortaya çıkan temel gereklilikler tıbbi zorunluluk, kanunilik ve ölçülülük olarak görülmektedir.

Zorunlu Aşı Uygulamasına İlişkin AYM’nin Halime Sare AYSAL Kararı

Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, 11/11/2015 tarihinde, Halime Sare Aysal’ın başvurusunda (Başvuru No: 2013/1789), zorunlu aşı uygulaması hususunda verilen tedbir kararı nedeniyle başvurusunun maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesine göre; Anayasa’nın 17 ve 13. maddesinde tıbbi müdahalelere ilişkin ulusal ve uluslararası alandaki mevzuat hükümlerinin rıza unsurunu temel şart olarak öngördüğü, hak ya da özgürlüğe bir müdahale söz konusu olduğunda öncelikle tespiti gereken hususun, müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün, yani müdahalenin hukuki bir temelini mevcut olup olmadığıdır. Bu kapsamda yasal düzenlemenin içerik, amaç ve kapsam bakımından belirli ve muhataplarının hukuksal durumlarını algılayabilecekleri açıklıkta olması gerekmektedir. Hak ya da özgürlüğe müdahale eden kuralla belirli ölçülerdeki takdir alanının uygulayıcıya bırakılması mümkünse de etkin hak korumasının

Kuzey YMM ve Bağımsız
Denetim A.Ş.
Maslak Mahallesi
Eski Büyükdere Cad.
Orjin Maslak Plaza
No: 27 Kat: 1-5 Sarıyer
İstanbul - Turkey
Tel: +90 (212) 315 30 00
Fax: +90 (212) 234 10 67
www.vergidegundem.com
www.ey.com

Bu dokümanda yer alan açıklamalarımız, konuya ilişkin genel bilgiler içermektedir. EY ve/veya Kuzey YMM ve Bağımsız Denetim A.Ş.’ye, işbu dokümanın içeriğinden kaynaklanan veya içeriğine ilişkin olarak ortaya çıkan sonuçlardan dolayı herhangi bir sorumluluk iddiasında bulunulamaz.

sağlanabilmesi için müdahaleye temel alınan yasanın lafız ve yorumunda asgari bir kesinliğin sağlanması gerekmektedir.

AYM bu kararı ile aşı ile ilgili yapılacak bir kanuni düzenlemenin çerçevesini çizmiş bulunmaktadır. AYM ayrıca 1593 sayılı Kanun kapsamında da zorunlu aşı uygulamasına kanuni dayanak teşkil edecek bir düzenlemenin bulunmadığı ifade edilmiştir.

Mevcut yasalarda covid-19 aşısına özel bir düzenleme bulunmamaktadır.

Covid-19 aşısı özelinde yapılan düzenlemeler genel olarak Sağlık Bakanlığı ve Bilim Kurulu kararlarına dayanmaktadır. **1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu** bulaşıcı hastalıklardan birine yakalananlara “çalışma yasağı” getirmiştir (m.126). AYM de ülkemizde mevcut durumda zorunlu aşı uygulamasına ilişkin öngörülebilir nitelikte bir kanuni düzenlemenin bulunmadığına karar vermiştir.

Günümüzde pandemi olarak adlandırılabilir yeni virüs salgınları artık sıklıkla görülebildiğinden, mevzuatta yer alan salgın hastalık listeleri güncelliğini kaybedebilmektedir. Bir hastalığın bulaşıcı olup olmadığı DSÖ ve Sağlık Bakanlıkları tarafından ilan edilebilmektedir. Bu çerçevede koronavirus bir salgın/bulaşıcı bir hastalık olarak kabul edildiğinden, doğal olarak bu hastalığa yakalananların “çalışmaları” yasaklanmış durumdadır.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa göre işveren; çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup, çalışanların işyerinde maruz kalacakları sağlık ve güvenlik risklerini dikkate alarak sağlık gözetimine tabi tutulmalarını sağlar. İşyerinde karşılaşılacak sağlık ve güvenlik riskleri, koruyucu ve önleyici tedbirler hakkında çalışanlarını bilgilendirir. Sağlık muayenesi yaptırılan çalışanın özel hayatı ve itibarının korunması açısından sağlık bilgileri gizli tutulur.

Aşı Yaptırmayan işçinin hastalanarak 1 haftadan fazla işe gelmemesi işverene haklı fesih hakkı verir.

4857 sayılı İş Kanununun 25/III maddesinde işçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması işverene derhal fesih hakkı veren nedenler arasında sayılmıştır. Covid pandemisi bulaşıcı hastalık olarak zorlayıcı bir neden olarak kanunda yer almaktadır.

Sırf aşı yaptırmamak işverene fesih hakkı verir mi?

Bu sorunun cevabını hem Anayasal/yasal düzenlemelerde hem de bireysel ve toplumsal ölçekte aramak gerekmektedir. Bir tarafta kişinin vücut bütünlüğüne ilişkin konularda özgür karar verme yetkisi diğer tarafta ise kamu sağlığı bağlamında başkalarının sağlık ve yaşam hakkına müdahale boyutudur.

Anayasamız zorunlu aşı için tıbbi zorunluluk ve kapsamı, amacı ve çerçevesi doğru belirlenmiş bir yasal düzenleme ihtiyacına atıf yapmaktadır. Şahsi kanaatim aşı konusunda tek başına yaşayan, kendisi ve aile üyeleri hiç bir toplumsal-sosyal ortama girmeyenler hariç olmak üzere (çok mümkün olmamakla birlikte) her birey için tıbbi bir zorunluluk olduğu yönündedir. Aşıya erişimin mümkün olduğu ülkemizde kamu sağlığı bakımından en başta özendirici daha sonra da yaptırmayanlar yönünden caydırıcı önlemlerin zaman geçmeden alınması gerekmektedir. Örneğin okulların açılmasının önemine binaen, ebeveyni aşı olmamış çocukların

okula gelişleri bir tarafta ebeveyni aşılı olan çocukları tehlikeye atarken diğer tarafta aşısız olanların çocuklarının okula erişimlerinde sorunlara yol açabilecektir. En erken zamanda net mesajların ve düzenlemelerin yapılması elzem görülmektedir.

İşverenler çalışanların sağlık ve güvenliklerini korumakla ödevlidirler. Bu kapsamda öncelikle bilgilendirici ve teşvik edici olmalıdırlar. Her organizasyon kendi iş yapış şekillerine, her bir çalışanın çalışma mekanına göre değişebilecek farklı önlemler almalıdır. Aynı ortamda çalışmak durumunda kalanlar için aşının özendirilmesi ve belirli bir süre verilerek zorunluluk getirilmesi mümkün olabileceken, uzaktan çalışan veya tek başına kendine özel odasında çalışanlar için daha esnek uygulamalar belirlenebilecektir.

Mevcut düzenlemelerimiz gereğince, sırf aş olmamak işverenlere iş sözleşmelerini haklı nedenle fesih hakkı vermemektedir. Ancak iş ve çalışan özelinde gerekli değerlendirmeler yapılarak, hakkaniyet ve ölçülülük prensiplerinden şaşmadan, eşit işlem borcuna riayetle önceden gerekli bilgilendirme yapılmak koşuluyla çalışanların mevcut haklarının verilerek geçerli feshe kadar gidebilecek idari kararların alınabileceği kanaatini taşımaktayım. Feshin son çare olduğu ilkesinden hareketle yıllık izin, telafi çalışması ve ücretsiz izin uygulamalarının aşı yaptırmamakta direnenler için öncelikle dikkate alınması uygun olacaktır. Kanuni düzenleme yapılmaması halinde konu uzun vadede yargı kararları ile netleşecektir. Ancak bu durum geçen zaman içinde iş piyasasında tamiri zor anlaşmazlıklara yol açabilecek bir boyut taşımaktadır.

Söz konusu Yazıya <https://www.dunya.com/kose-yazisi/asi-olmamak-isverene-is-sozlesmesini-fesih-hakki-verir-mi/630645> linkten ulaşabilirsiniz.

Saygılarımızla.
Kuzey YMM ve Bağımsız Denetim A.Ş.
Erdal Çalıkoğlu

Yukarıda yer verilen açıklamalarımız, konuya ilişkin genel bilgiler içermektedir. EY ve/veya Kuzey YMM ve Bağımsız Denetim A.Ş.'ye, işbu dokümanın içeriğinden kaynaklanan veya içeriğine ilişkin olarak ortaya çıkan sonuçlardan dolayı herhangi bir sorumluluk iddiasında bulunulamaz.