

DENET SİRKÜLER

İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik

AUDIT | TAX | ADVISORY

For the latest from BDO Turkey, follow us



Sirküler Tarihi : 01.10.2021
Sirküler No : 2021/107
Yayımlandığı Yer : LEBİB YALKIN-MEVZUAT DERGİSİ DÜNYASI
EKim 2021

*Dr. Halit BAŞBUĞA
Engin UZUNER

AŞI OLMAYAN İŞÇİLERDEN PCR TESTİ İSTENMESİNİN İŞ HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ¹

ÖZET

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın 02.09.2021 tarih 99 sayılı İşyerlerinde Covid-19 Tedbirleri başlıklı genelgesi ile Covid19 aşısı olmayan işçilerden 6 Eylül 2021 tarihi itibari ile zorunlu olarak haftada bir kez PCR testi yaptırmaları işyeri/işveren tarafından istenecek olup, covid-19 aşısı olmayan çalışanlardan işverenlerin test yaptırmalarının istenmesinin hukuki dayanakları, kişisel verilerin korunması ile ilgili mevzuat açısından açık rıza ve aydınlatma metninin alınması, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı yönünden işçi ve işverenlerin sorumlulukları, işçilerin test yaptırmamakta ısrar etmesi durumunda, fesihle son çare ilkesi açısından izlenecek usul ve yöntemler, makalenin konusunu oluşturmaktadır.

ANAHTAR KELİMLER

Fesihle son çare ilkesi, Covid-19, PCR Testi, Kişisel Verilerin Korunması, Açık rıza ve aydınlatma metni.

BDO Yayıncılık A.Ş.

Eski Büyükdere Cad. No.14
Park Plaza Kat:4
34398 Maslak/İstanbul
Turkey

Tel: +90 212 365 62 00
Fax: +90 212 365 62 02
e-mail: bdo@bdo.com.tr
www.bdo.com.tr

Garantisi ile sınırlı bir Birleşik Krallık şirketi olan BDO International Limited'in üyesi ve bir Türk anonim şirketi olan BDO Yayıncılık A.Ş., bağımsız üye kuruluşlardan oluşan BDO ağıının bir parçasını teşkil etmektedir.

BDO International global ağıının toplam gelirleri 2020 yılında 10,3 milyar ABD Doları olarak gerçekleşmiştir. BDO, 167'den fazla ülkede bulunan 1.658 ofiste faaliyet göstermekte olup, bu ofislerde denetim ve danışmanlık hizmetleri veren ortaklar dahil dünya çapında 91.054 kişi çalışmaktadır.

Dikkat ve titizlikle hazırlanan bu yayının, geniş anlamda görüşleri içermekte olup, genel bir yol gösterici olarak değerlendirilmelidir. Özel durumlara ilgili olarak, mesleki görüş ve yardım almadan, bu yayına dayanarak uygulamalarda bulunulmamalıdır. Bu konuların kendi özel durumunuza ilişkin etkilerini görüşmek için BDO Yayıncılık A.Ş. ile temas kurabilirsiniz. Bu yayındaki bilgilere dayanarak belli eylemlerde bulunmak veya bulunmamak nedeniyle doğabilecek zararlar nedeniyle, BDO Yayıncılık A.Ş. ve ortakları, çalışanları ile yazarları herhangi bir yükümlülük veya sorumluluk kabul etmemektedirler.

¹ Dr. Halit BAŞBUĞA, E. SGK Denetmeni
Engin UZUNER, Hukukçu, İş ve Sosyal Güvenlik Uzmanı

GİRİŞ

Covid19 pandemisi başladığından bu yana ülkeler kendi içerisinde gerek toplumsal sağlığı korumak gerekse de kamu düzenini sağlamak üzere bir dizi önlemler almak zorunda kalmışlardır. Ülkemizde covid-19 salgınına karşı geliştirilen aşı çalışmaları bir yana, ülkemiz vatandaşlarının sağlığının korunması için Almanya ve Çin başta olmak üzere, aşı üreten ve bunların dağıtımını yapan kuruluşlardan aşı tedarikini gerçekleştirerek, sağlık sektörü başta olmak üzere, çeşitli kronik rahatsızlıklar, yaş gibi birtakım kriterler belirlenerek vatandaşlara aşılamaya başlanmıştır.

Çoğunluk aşı olmaktan yana tercihi kullanırken, bazı vatandaşlar aşı olmayı reddetmekte ve buna karşı toplumsal direnç gösteren birtakım gruplarında olduğu bilinmektedir. Son çıkan genelgeyle birlikte, aşı olmayan işçilere PCR testinin zorunlu kılınması bazı hukuki sorunları da beraberinde getirmiştir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun², İşçinin Kişiliğinin Korunması başlıklı 417.maddesi, “İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.” hükmüyle işçi ve işveren tarafına sözleşmeden doğan bir takım yükümlülükler getirilmiştir.

Gerek işverenlerin gerekse de işçilerin işyerinde iş sağlığı ve güvenliği noktasında gerekli tedbirlerin alınması için karşılıklı yükümlülükleri bulunmakta olup, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinin iş hukukundan doğan sonuçları bulunmaktadır. İşyerlerinde sağlık ve güvenlik tedbirlerinin alınması gerekli iken bir yandan da aşı olmayan işçilerin iş ve sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan haklarının da göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

1- İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatı Açısından Değerlendirme

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun³ 4.maddesi ile işverenlerin genel yükümlülüklerinin çerçevesi çizilmiş olup, bunlardan bazıları; sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi, işyerinde alınan sağlık ve güvenlik tedbirlerine uyulup uyulmadığının izlenmesi, denetlenmesi, uygunluğunun giderilmesi, risk değerlendirmesinin yaptırılması şeklinde sayılabilir.

Yine Kanunun risklerden korunma başlıklı 5.maddesinde: “Risklerden kaçınmak.

b) Kaçınılması mümkün olmayan riskleri analiz etmek.

c) Risklerle kaynağında mücadele etmek,

....

g) Toplu korunma tedbirlerine, kişisel korunma tedbirlerine göre öncelik vermek,

² 4 Şubat 2011 tarih ve 27836 sayılı R.G. yayımlanmıştır.

³ 30 Haziran 2012 tarih ve 28339 sayılı R.G. yayımlanmıştır.

ğ) *Çalışanlara uygun talimatlar vermek.*” işverenlerin yükümlüklerinin yerine getirilmesinde göz önünde bulundurulmuş hükümler arasında yer almaktadır. Kanunun 16.maddesi ile çalışanların bilgilendirilmesi ve 19.maddesi ile çalışanların yükümlülükleri belirtilmiştir.

İş sağlığı ve güvenliği kanununun 4.maddesinin son fıkrası uyarınca; “İşveren, iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin maliyetini çalışanlara yansıtamaz” ifadesi ile anlaşılacağı üzere, PCR test ücretleri ve buna ilişkin masrafların işveren tarafından karşılanması zorunludur. İşverenler genelgeden kaynaklanan zorunluluğa dayanarak söz konusu maliyetleri çalışanlara yansıtamaz veyahut onların ücretin kesemezler.

İşverenlerin yukarıdaki mevzuat hükümleri doğrultusunda, aşıları olan ve iş sağlığı ve güvenliği bakımından korunması gereken işçilerin ve işyerinin durumunu göz önünde bulundurarak, aşı olmayan işçilerden test yaptırmalarını isteyebilecek ve buna ilişkin gerekli önleyici tedbirlerin alınmasını da sağlayabilecektir.

2- Covid-19 Tedbirleri Kapsamında İşçilerin Açık Rıza ve Aydınlatma Metnin Talep Edilmesi

Anayasanın Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması başlıklı 20.maddesinde: “(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/2 md.) Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir.... Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir...” hükmüyle kişisel verilerin korunmasını istemek anayasal temel hak ve özgürlük olarak güvence altına alınmıştır. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin usul ve esasların kanunla düzenleneceği de anayasada belirtilmiştir. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun⁴ 5.maddesinde kişisel verilerin işleme şartları belirtilmiş olup, kişisel verilerin ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemeyeceği ifade edilmiştir. Ancak, kanunlarda açıkça öngörülmesi, bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması, bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlenmesinin zorunlu olması gibi bazı nedenlerle ilgili kişinin açıkça rızası aranmaksızın kişisel verilerin işlenmesi mümkün bulunmaktadır.

Kanunun 6.maddesinde; özel nitelikli kişisel verilerin işleme şartları belirtilmiş olup, birinci fıkrada; “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...” belirtilen konuların özel nitelikli kişisel veri olduğu açıklanmıştır. Bu itibarla Covid-19 tedbirleri kapsamında kişilerin aşı olup olmamalarına ilişkin sağlık verileri birer özel nitelikli kişisel veri kapsamında olduğu açıktır. Özel nitelikli kişisel verilerin açık rıza olmaksızın işlenmesi de kanun koyucu tarafından yasaklanmıştır.

Maddenin üçüncü fıkrasında; “Birinci fıkrada sayılan sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık

⁴ 7 Nisan 2016 tarih ve 29677 sayılı R.G. yayımlanmıştır.

rızası aranmaksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî 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.” hangi hallerde açık rıza aranmayacağı ifade edilmiştir. Covid-19’ a ilişkin kişisel verilerin kamu sağlığının korunması veya diğer nedenlerle kapsamında olduğunu söyleyemeyiz. Bu nedenle işçilerin aşı olup olmadığına ilişkin sağlık verileri ancak işçinin rızası hâlinde işlenebilecektir.

Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesinde uyulacak usul ve esaslar hakkında tebliğ⁵ in 5/f. Maddesinde; *“Kişisel veri işleme faaliyetinin açık rıza şartına dayalı olarak gerçekleştirilmesi halinde, aydınlatma yükümlülüğü ve açık rızanın alınması işlemlerinin ayrı ayrı yerine getirilmesi gerekmektedir.”* belirtildiği üzere, aşı bilgisi ve diğer sağlık verilerinin alınması için açık rıza ile aydınlatma yükümlülüğünün ayrı ayrı yerine getirilmesi gerekmektedir. Rızası alınan işçilere Kanunun 10.maddesi kapsamında aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin metnin de açıkça okutulup imzalatılması gerekmektedir. Söz konusu rıza ve aydınlatma metninin covid-19 özelinde alınması da önemlilik arz etmektedir. Genel ifadeleri içeren metinler, bu kapsamında değerlendirilemez. İşçinin açık rıza ve aydınlatma metnini imzalamaktan imtina edilmesi durumunda bu durum işyerinde tutanak altına alınarak ilgili işçiye bildirilmesi gerekir. Aydınlatma metninin, şeffaflık ilkesi uyarınca ilgili kişiyle ya da kamuya paylaşılacak olan bilginin öz, şeffaf, anlaşılır, kolayca ulaşılabilir ve basit, sade bir dille hazırlanmış olması da gerekmektedir.⁶

3- PCR Testi olmayan işçiler hakkında uygulanacak işlemler

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının genelgesi kapsamında, 6 Eylül 2021 tarihi itibari ile aşı olmayan işçilerin haftada bir kez PCR testi yapılmaları zorunlu kılınmıştır. Bu kapsamda aşı olmak istemeyen ve dolayısıyla da PCR testini de kabul etmeyen işçilerin öncelikle varsa yıllık izinlerini kullanmaları istenebilecektir. Yıllık izin kullandırılması işverenin yönetim hakkı kapsamında olup, işveren tek taraflı olarak işçiyi yıllık izne çıkarabilecektir. Yıllık izin kalmayan veyahut yıllık izinlerini kullanan işçiler yine PCR testi yapmamaya devam ediyorlarsa ücretsiz izin kullanımı yoluna gidilebilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki; 4857 sayılı İş Kanunu’nun⁷ geçici 10.maddesi kapsamında işverenlerin işçilere tek taraflı olarak ücretsiz izne çıkarma hakları 30.06.2021 tarihi itibari ile son ermiştir. Dolayısıyla da ücretsiz izin müessesinin iki taraflı olarak işçinin de rızasını almak kaydıyla uygulanabileceğini ifade etmeliyiz.

İşverenlerin yıllık ücretli izin veya ücretsiz uygulamasından başka imkân varsa işçilerle uzaktan çalışma sözleşmesi de yapabilecektir. Ancak Uzaktan

⁵ 10 Mart 2018 tarih ve 30356 sayılı R.G. yayımlanmıştır.

⁶ Aşıkoğlu, Ş.İ. (2019). Veri Sorumlularının Aydınlatma Yükümlülüğü -Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda- , Kişisel Verileri Koruma Dergisi. 1(2), 44.

⁷ 10 Haziran 2003 tarih ve 25134 sayılı R.G. yayımlanmıştır.

Çalışma Yönetmeliğinin⁸ 14.maddesi gereğince uzaktan çalışmaya geçişten işçiyle işverenin anlaşması halinde mümkün olup, ancak mevzuatta öngörülen zorlayıcı nedenlerin varlığı halinde bu şart aranmamaktadır. Uzak çalışmaya geçiş mümkün değilse, aşı olmayan ve PCR testi yaptırmayan çalışanların vardiyalarının değiştirilmesi, işçilerle yakın teması önleyecek diğer tedbirlerin alınması yoluna gidilebilecektir.

İş Kanunu'nun 18. Maddesinde, iş sözleşmesinin işveren tarafından işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanılarak feshedilebileceğini düzenlemiştir. Geçerli nedenler, kanunun 25. Maddesinde belirtilen derhal fesih için öngörülen sebepler yanında bu nitelikte olmamakla birlikte, işçinin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. İşçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebepler ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde fesih için geçerli sebep olabilirler. İş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli sebeplere dayandığı kabul edilmelidir.⁹ Yıllık izin, ücretsiz izin, uzaktan çalışma ve diğer tedbirler de alınmasına rağmen, aşı olmayan işçi yine de PCR testi olmayı kabul etmez ise fesihte son çare ilkesi (ultima ratio) işletilerek işçinin iş akdinin yazılı savunması da alınmak kaydıyla, 4857 sayılı İş Kanununun 18.maddesi uyarınca feshedilebilecektir. Ayrıca kanunun 25/II-ı bendinde; *"İşçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi..."* haklı fesih nedenleri arasında sayıldığından dolayı madde kapsamında geçerli fesih yoluna gidilmesi tercihen önerilmektedir.

Yargıtay bir kararında *"...Davacı işçinin iş sağlığı ve iş güvenliği konusunda, işverenin aldığı önlemlere uymadığı ve sağlığını tehlikeye attığı sabittir. Davacı işçinin davranışlarından kaynaklanan bu neden, işyerinde olumsuzluklara yol açmıştır. Ayrıca davacı işçinin bu neden yanında işverenin diğer işçisine hakaret etmesi, mesaiye geç gelerek iş görme edimini eksik ifa etmesi, davranışlarından kaynaklanan ve olumsuzluklara neden olan geçerli nedenlerdir. Fesih geçerli nedene dayanmaktadır..."* *"denilerek iş sağlığı ve güvenliği konusundaki gerekli önlemlere almayan işçi karşısında işveren feshini geçerli neden olarak kabul etmiştir."*¹⁰

4- Sonuç

Pandemi sadece sağlığımızı ilgilendiren konularda değil, ekonomi, ulaşım sektörleri başta olmak üzere, sosyoloji, psikoloji, hukuk gibi birçok alanda değişikliklerin yapılmasını da gerekli kılmıştır. Bu kapsamında ülkeler vatandaşlarının sağlığını korumak amacıyla idari ve hukuki anlamda birtakım normlar koymakta ve bunları hayata geçirmektedir. Son olarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılan genelge kapsamında işyerlerinde çalışan ve aşı olmayan işçilerin haftada bir kez PCR testi yaptırmaları zorunlu hale getirilmiştir.

⁸ 10 Mart 2021 tarih ve 31419 sayılı R.G. yayımlanmıştır.

⁹ Yargıtay 9. H.D. 11.06.2007 tarih, 2007/7999 E., 2007/18356 sayılı kararı.

¹⁰ Yargıtay 9. HD. 16.10.2006 tarih, 2006/19157E., 2006/27128 sayılı kararı.

Genelge kapsamında söz konusu tedbirlere bazı işçiler uymakta ve test yaptırmakta iken bazı işçiler de test yaptırmamakta ısrar etmektedir. Bu durum, aşı olan ve aşı olmamakla birlikte düzenli olarak test yaptıran işçiler, test olmayan işçiler arasında birtakım sorunlara da neden olmaktadır. İşverenlerin gerek işyerlerinde sağlık ve güvenlik tedbirlerini alma yükümlülüğü, gerekse de çalışanlar arasındaki çalışma barışının da korunması amacıyla tedbir almaları da zorunlu hale gelmiştir. Bu kapsamda kişisel verilerin korunması mevzuatındaki hükümler de dikkate alınarak, aşı bilgisi, test istenmesi ve bunların saklanmasına ilişkin işçilerden açık rıza alınması ve aydınlatma metnin de okutularak imzalatılması gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

İşverenlerin aşı olmayan ve test yaptırmamakta ısrar eden çalışanlara, uzaktan çalışma ve ücretsiz izin gibi alternatiflere sunmalı, esnek çalışma sistemlerini önermeleri, varsa yıllık izinlerini kullanmalarını, vardiyalarının değiştirilmesi, sayılabilecek alternatiflerden bir kaçısıdır. Ancak yine de aşı olmayan ve test yaptırmamakta ısrar eden çalışanlar olabileceğinden, bu halde işverenlerin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-ı bendi kapsamında iş akdini haklı nedenle feshedebilecekleri gibi aynı Kanununun 18. maddesi kapsamında iş sözleşmeler geçerli nedenlerle feshedilebilecektir. İşyerindeki çalışma koşulları ve işçilerin durumu da göz önüne alınarak işverenler haklı veya geçerli fesih yoluna gidebilecektir. Genelge kapsamında karşılığın bu durum karşısında işverenlerin geçerli fesih yolunu tercih etmeleri tarafımızca önerilmektedir.

KAYNAKÇA

- 1- İş Kanunu. (2003). T.C. Resmi Gazete, 25134, 10.06.2003.
- 2- İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu. (2012). T.C. Resmi Gazete, 28339, 30.06.2012.
- 3- Kişisel Verilerin Korunması Kanunu. (2016). T.C. Resmi Gazete, 29677, 07.04.2016.
- 4- Türk Borçlar Kanunu. (2011). T.C. Resmi Gazete, 27836, 4 Şubat 2011.
- 5- Uzaktan Çalışma Yönetmeliği. (2021). T.C. Resmi Gazete, 31419, 10.03.2021.
- 6- İşyerlerinde Covid-19 Tedbirleri Genelgesi, 99, 02.09.2021.
- 7- Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesinde uyulacak usul ve esaslar hakkında tebliğ. (2018). T.C. Resmi Gazete, 30356, 10 Mart 2018.
- 8- Aşıkoğlu, Ş.İ. (2019). Veri Sorumlularının Aydınlatma Yükümlülüğü - Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda- , Kişisel Verileri Koruma Dergisi. 1(2), 41-65.