

## Covid-19 Aşısının İş İlişkilerine Etkileri

### The Effects of Covid-19 Vaccines on the Employment Relationships

Canan Ünal Adınır 

#### ÖZ

Covid-19 pandemisi, modern iş hukukunun dinamiklerini değiştirmekte, iş ilişkileri bakımından öncesinde karşılaşmadığımız yeni hukuki sorunları doğurmaktadır. Çalışmamızın konusunu oluşturan Covid-19 aşılı, pandemi ile mücadelede etkin bir araç olarak görülmektedir. Ancak aşılardan uygulanmaya başlaması, işverenlerin işçiyi aşı olmaya zorlayıp zorlayamayacakları, aşılanmayan işçinin iş sözleşmesini feshedip edemeyecekleri, aşığı teşvik için neler yapabilecekleri ile işçi ve işçi adayının aşı durumunu nasıl işleyebilecekleri gibi yanıtlanması güç sorular yöneltmelerine neden olmuştur. Çalışmamız ile amaçlanan bu soruların yabancı hukuktan da yararlanarak tartışılmasıdır.

**Anahtar Kelimeler:** Covid-19 Pandemisi, Aşı, Zorunlu Aşı, Teşvik, Aşı Durumuna İlişkin Sorular

#### ABSTRACT

The Covid-19 pandemic has changed the dynamics of modern employment law, by creating new legal problems in terms of employment relationships. Although the Covid-19 vaccines are seen as an effective tool in combating the pandemic, employers face a new set of challenges about vaccination of the employees. Here we will discuss whether employers are entitled to force the worker to be vaccinated or terminate the employment contract of the unvaccinated employee, how they can promote the vaccine, and process the health data of employees or candidate.

**Keywords:** Covid-19 Pandemic, Vaccine, Mandatory Vaccine, Promotion, Questions About Vaccine

## GİRİŞ

2019 yılında Çin'in Vuhan şehrinde başlayıp 2020 yılı Mart ayında ülkemizde de vakaların yaşanmaya başladığı Covid-19 hastalığı, Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) tarafından 11 Mart 2020 günü pandemi (küresel salgın) ilan edilmiştir<sup>1</sup>. Bu makalenin yazımı aşamasında, pandemi ile bir yıldan uzun süredir mücadele edilmesine rağmen dünyada olduğu gibi ülkemizde de vakalar artarak devam etmektedir. Nitekim ülkemizde 3 Nisan 2021 tarihinde günlük vaka sayısı 44.756, hasta sayısı 1.483 ve vefat sayısı 186 olarak duyurulmuştur<sup>2</sup>.

\* Doktor Öğretim Üyesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

1 Dünya Sağlık Örgütü'nün Covid-19 (yeni koronavirüs) salgımına karşı yaklaşımına ilişkin takvim için bkz. <https://www.who.int/news-room/detail/29-06-2020-covid19-timeline> (Erişim tarihi: 18.03.2021).

2 Bkz. TC Sağlık Bakanlığı Covid-19 Aşısı Bilgilendirme Platformu, Genel Koronavirüs Tablosu, <https://covid19.saglik.gov.tr/TR-66935/genel-koronavirus-tablosu.html> (Erişim tarihi: 04.04.2021). "Vaka sayısı" ile kastedilen, hasta sayısı üzerine semptomsuz olduğu halde PCR testi pozitif çıkanlar eklenmiş sayıdır. "Hasta sayısı" ise sadece semptomlu vakalara yapılan test sonuçlarını ifade etmektedir.

**Sorumlu Yazar/Correspondence Author:** Canan Ünal Adınır

**E-posta/E-mail:** canan.unal@marmara.edu.tr

**Geliş Tarihi/Received:** 01.04.2021

**Kabul Tarihi/Accepted:** 07.06.2021

Aşı, tüm dünyada, Covid-19 pandemisi ile mücadelede etkin bir araç olarak görülmektedir. Ülkemizde de Sağlık Bakanlığı tarafından “*pandemiye yanıt vermek amacıyla planlanan müdahalelerden biri*” olarak kitlesel Covid-19 aşılması planlanmıştır<sup>3</sup>. Bu plan doğrultusunda aşılama, 13 Ocak 2021’de başlamış<sup>4</sup> olup 4 Nisan 2021 tarihi itibarıyla iki doz aşı uygulanan kişiler, toplam ülke nüfusunun ancak % 8,5’ini oluşturmaktadır<sup>5</sup>.

Covid-19 aşısının uygulanmaya başlaması, tüm dünyada hukuki tartışmaları beraberinde getirmiştir. Bu makale ile amaçlanan, Covid-19 aşısının iş ilişkilerine mevcut ve olası etkilerini değerlendirmek; daha doğru bir ifadeyle, değerlendirmeye başlamaktır. Zira, aşıya erişimin yaygınlaşması ile tartışmalar da derinleşecektir. Aşağıda; işveren tarafından işçinin aşılmasına yönelik zorunluluk öngörülüp öngörülemeyeceği (III), aşılınmayan işçilerin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilip feshedilemeyeceği (IV), aşılınmayı teşvik için işverenler tarafından nelerin yapılabileceği (V); işçinin (ve işçi adayının) aşı durumunun sorular ile veri koruma hukuku kapsamında nasıl işlenebileceği (VI) tartışılacaktır. Ancak öncesinde, ülkemizde uygulanan Covid-19 aşıları ve bu aşıların etkililiğine ilişkin bilgilere (I) yer verilip Sağlık Bakanlığının aşı uygulama yetkisinin dayanak ve esasları (II) izah edilecektir.

## I. COVID-19 AŞILARI VE ETKİLİLİĞİ

1 Nisan 2021 tarihi itibarıyla DSÖ tarafından değerlendirmeye alınmış on sekiz adet Covid-19 aşısı bulunmaktadır<sup>6</sup>. Ülkemizde uygulanan ilk aşı, Sinovac tarafından üretilen “SARS-CoV-2 (Vero Cell)” aşısı olup 25 Mart 2021 tarihinden itibaren Pfizer ve Biontech tarafından üretilen “Comirnaty” aşısı da uygulanmaya başlamıştır<sup>7</sup>.

DSÖ tarafından yapılan açıklamalarda, bazı Covid-19 aşılarının yüksek düzeyde etkinliğe sahip olduğunu gösteren çalışmalar olmasına rağmen Covid-19 aşılarının %100 etkili olmayacağına yer verilmiştir. Buna ek olarak DSÖ Covid-19 aşılarının son aylarda geliştirilmiş olması nedeniyle aşının koruma süresinin bilinmesi için henüz erken olduğunu vurgulamış, aşıların koruma sürelerine ilişkin

- 3 TC Sağlık Bakanlığı Covid-19 Aşısı Ulusal Uygulama Stratejisi, <https://covid19asi.saglik.gov.tr/TR-77706/covid-19-asisi-ulusal-uygulama-stratejisi.html> (Erişim tarihi: 04.04.2021)
- 4 Sağlık Bakanı tarafından 13.01.2021 tarihinde paylaşılan tweet, <https://twitter.com/drfahtretinkoca/status/134.940.8226450804740> (Erişim tarihi: 04.04.2021).
- 5 4 Nisan 2021 tarihi itibarıyla toplam 16.794.025 doz aşı uygulanmış olup birinci doz aşı uygulanan kişi sayısı, 9.650.769, ikinci doz aşı uygulanan kişi sayısı 7.143.256’dır. Bkz. TC Sağlık Bakanlığı Covid-19 Aşısı Bilgilendirme Platformu, Türkiye Aşı Tablosu, 04 Nisan 2021, Pazar: 20:14, <https://covid19asi.saglik.gov.tr> (Erişim tarihi: 04.04.2021). Hesaplama kullanılan toplam nüfus, 31.12.2020 verisi olup 83.614.362’dir. Bkz. TÜİK, Adrese Dayalı Nüfus Kayıt Sistemi Sonuçları, <https://web.archive.org/web/202.102.04112703/https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Adrese-Dayali-Nufus-Kayit-Sistemi-Sonuculari-2020-37210> (Erişim tarihi: 04.04.2021).
- 6 Covid-19 aşılarının DSÖ değerlendirme sürecindeki durumuna ilişkin tablo için bkz. [https://extranet.who.int/pqweb/sites/default/files/documents/Status\\_COVID\\_VAX\\_01April2021.pdf](https://extranet.who.int/pqweb/sites/default/files/documents/Status_COVID_VAX_01April2021.pdf) (Erişim tarihi: 04.04.2021).
- 7 Sağlık Bakanı tarafından 25.03.2021 tarihinde paylaşılan tweet, <https://twitter.com/drfahtretinkoca/status/137.517.1865342308353> (Erişim tarihi: 04.04.2021). Ayrıca Sağlık Bakanı tarafından yapılan açıklama ile bu aşılar yanında farklı üreticiler ile de görüşüldüğü beyan edilmiştir. Sağlık Bakanı tarafından 25.03.2021 tarihinde paylaşılan tweet, <https://twitter.com/drfahtretinkoca/status/137.517.7288212418562> (Erişim tarihi: 04.04.2021).

olarak belirsizliğin söz konusu olduğunu ifade etmiştir. DSÖ, mevcut verilerin Covid-19 hastalığını geçiren çoğu kişinin enfeksiyona karşı en azından bir süre koruma sağlayan bir bağışıklık tepkisi geliştirdiğini göstermesinin cesaret verici olduğunu; ancak bu korumanın ne kadar güçlü olduğunun ve sürdüğünün hala bilinmediğini ifade etmiştir<sup>8</sup>.

Aşının koruma süresi ve etkililiğine ilişkin belirsizliklere rağmen aşılanmış kişilerin her halükârda daha az bulaştırıcı olduğu kabul edilmektedir. Nitekim DSÖ de Covid-19 aşısı ile sağlanan bağışıklık sonucunda hastalığın gelişim riski ile etkilerinin azalacağını belirtmiş ve aşılanan kişinin etrafındakileri enfekte etme ihtimalinin daha düşük olduğunu açıklamıştır<sup>9</sup>.

## II. ÜLKEMİZDE COVID-19 AŞILARININ UYGULANMASINDA HUKUKİ DAYANAK VE ESASLAR

### A. KANUNLA ZORUNLU COVID-19 AŞISI ÖNGÖRÜLMEMİŞTİR.

Bireylerin kendi bedenleri üzerinde tasarrufta bulunma ve karar verme hakkı söz konusu olup aşı uygulaması, vücut bütünlüğüne tıbbi bir müdahaledir<sup>10</sup>. Anayasamızın 17. maddesinin ikinci fıkrası, tıbbi müdahalelere sınırlı hallerde cevaz vermektedir. Söz konusu hükme göre, “*Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.*” Bu düzenleme gereği, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında tıbbi bir müdahale olan aşının zorunlu uygulaması yasak<sup>11</sup> olup kişinin tıbbi müdahaleyi ret hakkı bulunmaktadır<sup>12</sup>.

Hukukumuzda aşığı düzenleyen tek kanun, 1930 yılında kabul edilen 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’dur<sup>13</sup>. Bu Kanun ile sadece çiçek aşısı için zorunlu aşılama öngörülmüş, bunun dışında aşılar için ise bir zorunluluk getirilmemiştir<sup>14</sup>. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, Umumi Hıfzıssıhha

8 WHO, “Coronavirus disease (COVID-19): Vaccines”, 28.10.2020, updated on 19.02.2021, [https://www.who.int/news-room/q-a-detail/coronavirus-disease-\(covid-19\)-vaccines](https://www.who.int/news-room/q-a-detail/coronavirus-disease-(covid-19)-vaccines) (Erişim tarihi: 19.03.2021).

9 WHO, “Coronavirus disease (COVID-19): Vaccines”, Questions & Answers, 19.02.2021, [https://www.who.int/news-room/q-a-detail/coronavirus-disease-\(covid-19\)-vaccines?adgroupsurvey=%7Badgroupsurvey%7D&gclid=CjwKCAjwjbCDBhAwEiwAiudBy96Qajg54qTkuAIZKLxgPy12-iPEGb16sxAZmRZIUcrkhECck2fSaRoC0aoQAvD\\_BwE](https://www.who.int/news-room/q-a-detail/coronavirus-disease-(covid-19)-vaccines?adgroupsurvey=%7Badgroupsurvey%7D&gclid=CjwKCAjwjbCDBhAwEiwAiudBy96Qajg54qTkuAIZKLxgPy12-iPEGb16sxAZmRZIUcrkhECck2fSaRoC0aoQAvD_BwE) (Erişim tarihi: 04.04.2021).

10 Anayasa Mahkemesi tarafından “*hastalıklara karşı bağışıklık 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*” ifade edilmiştir. AYM, *Halime Sare Aysal* (Başvuru No. 2013/1789), 11.11.2015, para. 52; aynı yönde bkz. AYM, *Muhammed Ali Bayram* (Başvuru No. 2014/4077), 29.06.2016, para. 55

11 Anayasa Mahkemesi’ne göre, “*Tıbbi müdahalelere ilişkin gerek ulusal gerek uluslararası alandaki mevzuat hükümleri rıza unsurunu temel şart olarak öngörmekte... ve rıza şartına istisna getirilebilecek hâller genel olarak acil durumlar bağlamında tıbbi zorunluluk hâlleri ile kanunda belirtilen durumlara sınırlandırılmaktadır (§§ 15, 20-26).*”, AYM, *Halime Sare Aysal* (Başvuru No. 2013/1789), 11.11.2015, para. 55.

12 AYM, *Muhammed Ali Bayram* (Başvuru No. 2014/4077), 29.06.2016, para. 54.

13 RG 06.05.1930, 1489.

14 Kanunda zorunlu olmasa da aşı uygulaması kapsamına alınan hastalıklar bulunmaktadır. Gerçekten, Kanun’un m. 72 hükmü ile hastalara ve hastalığa maruz bulunanlara aşı uygulanacağı belirtilmiştir. Ancak 72. madde ile her hastalık değil “*57 nci maddede zikredilen hastalıklar*” ile sınırlı aşı uygulamasına imkân verilmiştir. 57. maddede sınırlı sayıda sayılan hastalıklar ise; “*kolera, veba (Bübön veya zatürree şekli), lekeli humma, karahumma (hummayi tiroidi)*”

Kanunu'nun 57. maddesinde sınırlı sayıda sayılan belirli hastalık türleri için 72. madde ile aşı uygulaması tedbirini ve 88-94. maddelerde zorunlu çiçek aşısına ilişkin düzenlemeleri izah ettikten sonra şu değerlendirmeyi yapmıştır: “*Bunun dışındaki aşı uygulamasının Bakanlığın ilgili Genelgesi kapsamında ve belirlenen program çerçevesinde yapıldığı görülmekle birlikte genel ve zorunlu aşı uygulamasına dayanak oluşturacak bir kanun hükmünün mevcut olmadığı anlaşılmaktadır.*”<sup>15</sup>.

Covid-19 aşısı ise, ne Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda ne de başka bir kanunda zorunlu aşı olarak öngörülmüştür. Bunun da sonucunda Covid-19 aşısı hukukumuzda ancak rızaya dayalı olarak uygulanabilir<sup>16</sup>. Aksinin kabulü, yani kişiye rızası dışında Covid-19 aşısı uygulanması, Anayasa ile korunan vücut bütünlüğü dokunulmazlığı hakkının, bu bağlamda da maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlalidir<sup>17</sup>. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru üzerine 11 Kasım 2015 tarihinde verdiği kararda<sup>18</sup>, velayeti altında bulunan başvuru çocuğa velisinin rızası olmaksızın aşı uygulanmasında kanunilik şartını sağlamadığı için Anayasa'nın 17.

*daimi surette basil çıkaran mikrop hamilleri dahi – paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümatı, çiçek, difteri (Kuşpalazı) – bütün tevkiatı dahi sari beyin humması (İltihabı sahayı dimağii şevkii müstevli), uyku hastalığı (İltihabı dimağii sari), dizanteri (Basilli ve amipli), lohusa humması (Hummai nifası) ruam, kızıl, şarbon, felci tıfli (İltihabı nuhai kuddamii sincabii haddı tıfli), kızamık, cüzam (Miskin), hummai racia ve malta humması”*dır. Bu maddede sayılı olmayan hastalıklar için ise aşı uygulaması, aynı Kanun'un 64. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre, “*57 nci maddede zikredilenden başka her hangi bir hastalık*” için hastalığın salgın haline gelmesi veya böyle bir tehlikenin baş göstermesi koşuluyla aşı da dahil Kanun'da yer alan tedbirleri almaya Sağlık Bakanlığı yetkili kılınmıştır.

- 15 AYM, *Halime Sare Aysal* (Başvuru No. 2013/1789), 11.11.2015, para. 71-72; AYM, *Muhammed Ali Bayram* (Başvuru No. 2014/4077), 29.06.2016, para. 79.
- 16 Doktrinde kanun değişikliği ile Covid-19 aşısının zorunlu kılınması önerilmektedir. Akbulut, tıbbi bir müdahale olan aşının zorunlu uygulamasının ancak kanunla açıkça düzenlenmesi halinde anayasa ve insan hakları sözleşmeleri kaynaklı haklar ile uyumlu olacağını; bunun için de Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda salgın hastalıklar ve aşı bakımından ortaya çıkan boşluğu Covid-19 aşısı bakımından dolduracak düzenleme yapılması gerektiğini savunmuştur. Yazar aşının açıkça zorunlu aşilar kapsamına alınmasını ve kanuni düzenlemede aşı olmaya yönelik zorunlu tedbirlere yer verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. **Akbulut**, Olgun: “Covid-19'a Karşı Türkiye'de Zorunlu Aşı Mümkün müdür?”, *İstanbul Politik Araştırmalar Enstitüsü*, [https://d4b693e1-c592-4336-bc6a-36c134d6fb5e.filesusr.com/ugd/c80586\\_029a2dded4164c6ea81d94e2810b9e73.pdf](https://d4b693e1-c592-4336-bc6a-36c134d6fb5e.filesusr.com/ugd/c80586_029a2dded4164c6ea81d94e2810b9e73.pdf) (Erişim tarihi: 18.03.2021), 4. Dönmez ve Güllü de Covid-19 pandemisi ile mücadelede zorunlu aşı uygulaması için ayrı bir kanuni düzenleme yapılması gerektiğini ileri sürmekte olup bu kanuni düzenlemenin toplu alanlara girmek için aşı belgesi gösterilmesi, belirli işkollarındaki veya belirli yaşlardaki kişilerin aşılınması ve aşılınmama halinde uygulanacak yaptırımların belirlenmesi şeklinde olabileceğini savunmaktadırlar. **Dönmez**, Ünsal/**Güllü**, Gözdenur: “Covid 19 Gelişmeleri Karşısında Zorunlu Aşı Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler”, *COVID-19 Küresel Salgısının Hukuktaki Yansımaları* (ed. Kemal Şenocak), Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları-I, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021, 973.
- 17 **Akbulut**, Zorunlu Aşı, 2-3; krş. **Dönmez/Güllü**, Zorunlu Aşı, 973; Alman hukukuna ilişkin değerlendirmeler için bkz. **Fuhlrott**, Michael/**Fischer**, Katharina: “Impfpflicht im Arbeitsverhältnis?”, *NJW*, 2021, 658; **Witteck**, Wolfgang: “COVID-19 Impfpflicht im Arbeitsverhältnis”, *Arbeitsrecht Aktuell*, 2021, 62; **Stück**, Volker: “Abmahnung und Kündigung im Zusammenhang mit Corona”, *Arbeitsrecht Aktuell*, 2021, 72.
- 18 AYM, *Halime Sare Aysal* (Başvuru No. 2013/1789), 11.11.2015, para. 53, 75. Anayasa Mahkemesi kararının değerlendirmesi ve zorunlu aşı öngörülebilmesi için aranan koşulların detaylı olarak izahı için bkz. **Kanadoğlu**, Korkut: “Zorunlu Aşının Anayasallığı”, *Lexpera Blog*, 20.02.2020, <https://blog.lexpera.com.tr/zorunlu-asinin-anayasalligi/#fnref8> (Erişim tarihi: 04.04.2021).

maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlali sonucuna ulaşmıştır<sup>19,20</sup>.

## **B. SAĞLIK BAKANLIĞINCA RIZAYA DAYALI COVID-19 AŞISI UYGULANMAKTADIR.**

Covid-19 hastalığı, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m. 57 hükmünde bulaşıcı hastalıklar arasında sayılmamıştır. Ancak Kanun'un 64. maddesi ile, 57. maddede sayılmayan hastalıklar bakımından da hastalığın salgın hal alması durumunda kanunda yer alan önlemleri almaya ve uygulamaya Sağlık Bakanlığı yetkili kılınmıştır.

Dayanağı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun m. 57 ve 64 hükümleri olan Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans ve Kontrol Esasları Yönetmeliği<sup>21</sup> uyarınca bildirim zorunlu bulaşıcı hastalıklar listesine 1 Mart 2020 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere Covid-19 hastalığı eklenmiştir<sup>22</sup>. Bu yönetmelik ile, salgınların saptanması ve kontrolü için gerekli olan müdahale yöntemlerinin belirlenmesi, hastalıklara özgü programlar geliştirilmesi amaçlanmaktadır.

Covid-19 bulaşıcı hastalığı ile mücadelede Sağlık Bakanlığı, kanundan kaynaklanan yetkisi gereği, "*pandemiye yanıt vermek amacıyla planlanan müdahalelerden biri*" olarak kitlesel aşılama planlanmıştır<sup>23</sup>. Ulusal aşı programı ile Covid-19 aşısı, aşı takvimine dahil edilmiştir. Ancak zorunlu aşılama öngörülmemiş olması sonucunda, kişinin kendi iradesiyle aşığı onaylama ve reddetmesine imkân verilmektedir<sup>24</sup>.

19 Karar metninde belirtildiği üzere Anayasa m. 148/3 ile 6216 sayılı Kanun m. 15/1 hükümleri gereği, Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasada güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerin kapsamına girmesi gerekir (para. 42) ki özel hayat alanına dâhil olan tüm hukuksal çıkarlar Avrupa İnsan Hakları Sözleşme'nin (AİHS) 8. maddesi kapsamında güvence altına alınmıştır (para. 47). "*Özel ve aile hayatına saygı hakkı*" başlıklı maddeye göre; "*Herkes özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir (f. 1). Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir (f. 2).*" Söz konusu kararda zorunlu aşı uygulamalarının AİHS'nin bu maddesi kapsamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadına da konu edildiği ve AİHM tarafından uygulanan tıbbi müdahalenin boyutuna bakılmaksızın söz konusu müdahalenin fiziksel bütünlük hakkına bir müdahale teşkil ettiği tespitine yer verildiğine işaret edilmiştir (para. 54).

20 AİHM'nin zorunlu aşıya ilişkin bir kararında, "*Zorunlu aşı - gönüllü olmayan bir tıbbi tedavi olarak - m. 8/1'de güvence altına alınan kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü kapsayan kişinin özel yaşamına saygı hakkının ihlali anlamına gelir. Mahkeme, somut olayda başvuranın özel hayatına müdahale olduğunu tespit eder. Mahkeme ayrıca, bu tür bir müdahalenin açıkça kanuna dayandığını ve sağlığın korunması meşru amacına yöneldiğini belirtir. Bu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı incelenecektir.*" ifadelerine yer verilmiştir. AİHM, *Solomakhin v Ukraine*, (Application no. 24429/03), 15.03.2012, final 24.09.2012, para. 33-35.

21 RG 30.05.2007, 26537.

22 Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans ve Kontrol Esasları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, RG 22.04.2020, 31107.

23 TC Sağlık Bakanlığı Covid-19 Aşısı Ulusal Uygulama Stratejisi, <https://covid19asi.saglik.gov.tr/TR-77706/covid-19-asisi-ulusal-uygulama-stratejisi.html> (Erişim tarihi: 04.04.2021)

24 TC Sağlık Bakanlığı Covid-19 Aşısı Bilgilendirme Platformu'nda "Sıkça Sorulan Sorular" arasında yer alan "Aşı yaptırmak zorunlu olacak mı?" sorusu "*Türkiye'de çocukluk aşıları dahil, aşı uygulaması zorunlu değildir.*" yanıtı verilmiştir. Bkz. <https://>

Aşılama programında Covid-19 hastalığına maruz kalma, hastalığı ağır geçirme ve bulaştırma riskleri ile hastalığın toplumsal yaşamın işleyişi üzerindeki olumsuz etkisi değerlendirilerek gruplar tespit edilmiştir. Belirlenen gruplar, aşamalı olarak sıralanmıştır; birinci aşamada yer alan gruplar aşılandıktan sonra ikinci aşamaya geçilecek, sırasıyla üç aşama da tamamlandıktan sonra ise dördüncü aşamada, aşılanma sırası geldiği halde zamanında aşı yaptırmayanlar aşılanabilecektir. Bakanlıkça belirlenen dört aşamalı aşı sırasına aşağıda yer verilmiştir<sup>25</sup>:

Aşama	Gruplar	Sıra	Alt Gruplar
1. AŞAMA	A. Sağlık kurumunda çalışanlar (kamu, özel, üniversite, vakıf vb. tıp fakültesi ve diş hekimliği fakültesi stajyer öğrencileri dahil), tüm (kamu, serbest) eczane çalışanları (eczacı ve kalfaları dahil)	A	
	B. Yaşlı, engelli, koruma evleri gibi yerlerde kalan ve çalışanlar	B	
	C. 65 yaş ve üstü bireyler	C1	90 yaş ve üzeri
		C2	85-89 yaş arası bireyler
		C3	80-84 yaş arası bireyler
		C4	75-79 yaş arası bireyler
		C5	70-74 yaş arası bireyler
C6	65-69 yaş arası bireyler		
2. AŞAMA	A. Hizmetin sürdürülmesi için öncelikli sektörler	A1	Milli Savunma Bakanlığı
		A2	İçişleri Bakanlığı
		A3	Kritik görevlerdeki kişiler
		A4	Zabıta, özel güvenlik
		A5	Adalet Bakanlığı
		A6	Cezaevleri
		A7	Eğitim sektörü (öğretmenler ve öğretim üyeleri)
		A8	Gıda sektörü (SGK kayıtlarına göre) çalışanların (fırın, yemek fabrikaları, gıda imalathaneleri, ambalajlanmış su üreticileri vb.)
		A9	Taşımacılık (SGK kayıtlarına göre) sektörde çalışanlar
B. 50-64 yaş arası bireyler	B1	60-64 yaş arası bireyler	
	B2	55-59 yaş arası bireyler	
	B3	50-54 yaş arası bireyler	
3. AŞAMA	A. Kronik hastalığı olanlar	A1	40-49 yaş arası bireyler
		A2	30-39 yaş arası bireyler
		A3	18-29 yaş arası bireyler
	B. Diğer gruplar	B1	40-49 yaş arası bireyler
		B2	30-39 yaş arası bireyler
		B3	18-29 yaş arası bireyler
4. AŞAMA	Aşılanma sırası geldiği halde zamanında aşı yaptırmayanlar		

covid19asi.saglik.gov.tr/TR-77694/sikca-sorulan-sorular.html (Erişim tarihi: 04.04.2021). Rızaya dayalı aşıya ilişkin bkz. **Kasapoğlu Turhan**, Mine: "İdari Kolluk Yetkisi Bağlamında Zorunlu Aşı Uygulaması", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 1, 2019, 4; **Kale Özçelik**, Fatmagül: "Hakların Çatışması ve Dengelenmesi Bağlamında Çocuklara Yönelik Zorunlu Aşı Uygulaması (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ekseninde Bir İnceleme)", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 2, 2020, 53; **Gökcan**, Hasan Tahsin: "Hasta Haklarının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması", *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları* (eds. Özge Yücel, ve Gürkan Sert), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, 169-170.

25 TC Sağlık Bakanlığı Covid-19 Aşısı Bilgilendirme Platformu, Aşı Uygulanacak Grup Sıralaması, <https://covid19asi.saglik.gov.tr/TR-77707/asi-uygulanacak-grup-siralaması.html#> (Erişim tarihi: 04.04.2021).



İlk aşama, 16 Şubat 2021 tarihinde tamamlanmıştır<sup>26</sup>. Bu makalenin yazıldığı sırada aşı uygulaması ikinci aşamada devam etmektedir. 27 Mart 2021 tarihinde Sağlık Bakanı tarafından 60 yaş üzeri vatandaşların ve eşlerinin aşılanacağı duyurulmuştur<sup>27</sup>.

Bakan tarafından aynı gün yapılan duyuruda, bu aşamada yer alan gruplar arasında bulunmamasına rağmen risk grubunda olmaları sebebiyle bazı hasta ve engellilerin *öncelikli aşı* uygulamasından yararlanabileceği belirtilmiştir. *Öncelikli aşı* olmak için sisteme tanımlandıkları duyurulan kişiler, “*Risk grubunda olan morbid obez, malign tümörü olan kanser ve diyaliz hastaları, Down sendromu olan vatandaşlarımız ve immuno supresif tedavi alanlar*”dır<sup>28</sup>.

### III. İŞVERENİN AŞI ZORUNLULUĞU ÖNGÖRÜP ÖNGÖREMEYECEĞİ

#### A. GENEL OLARAK

Ulusal aşılama programının başlaması ile birlikte, işverenin aşı yükümlülüğü öngörüp öngöremeyeceği tartışma konusu olmuştur<sup>29</sup>. Aşılanmanın yaygınlaşması ve özellikle de çalışma yaşındakilere aşı sırasının gelmesi ile tartışmanın alevlenmesi muhtemeldir. Bu tartışmalar kapsamında, işyerinde zorunlu aşı uygulamasının hukukiliğinin değerlendirilmesi için aşının işverenin işçinin kişiliğini koruma borcu ve yönetim hakkı ile ilişkisi ortaya konmalıdır.

#### B. AŞI VE İŞVERENİN İŞÇİNİN KİŞİLİĞİNİ KORUMA BORCU

İşverenin işçinin kişiliğini koruma borcu, Türk Borçlar Kanunu’nun<sup>30</sup> (TBK) 417 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. TBK m. 417 hükmünün ilk fıkrasına göre, “*İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla... yükümlüdür.*”. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, “*İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksatsız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.*”. Bu madde

26 Sağlık Bakanı tarafından 16.02.2021 tarihinde paylaşılan tweet, <https://twitter.com/drfaqhrettinkoca/status/136.175.5312307503120> (Erişim tarihi: 04.04.2021).

27 Sağlık Bakanı tarafından 27.03.2021 tarihinde paylaşılan tweet, <https://twitter.com/drfaqhrettinkoca/status/137.584.5271914090505> (Erişim tarihi: 04.04.2021).

28 Sağlık Bakanı tarafından 27.03.2021 tarihinde paylaşılan tweet, <https://twitter.com/drfaqhrettinkoca/status/137.584.5413174050816> (Erişim tarihi: 04.04.2021).

29 Konuya ilişkin gazete haberleri için bkz. “İşveren çalışanına aşı olma zorunluluğu getirebilir mi?”, *Hürriyet*, 16.03.2021, <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/6-soru-6-yanit-isveren-calisanina-asi-olma-zorunlulugu-getirebilir-mi-41760688> (Erişim tarihi: 04.04.2021); “Patronlar Covid-19 aşısını zorunlu tutabilir mi?”, *Sözcü*, 09.12.2021, [https://www.sozcu.com.tr/2020/ekonomi/patronlar-covid-19-asisini-zorunlu-tutabilir-mi-6159925/?utm\\_source=dahafazla\\_haber&utm\\_medium=free&utm\\_campaign=dahafazlahaber](https://www.sozcu.com.tr/2020/ekonomi/patronlar-covid-19-asisini-zorunlu-tutabilir-mi-6159925/?utm_source=dahafazla_haber&utm_medium=free&utm_campaign=dahafazlahaber) (Erişim tarihi: 04.04.2021); “Aşığı reddeden işinden atılabilir mi?”, *NTV*, 28.12.2020, <https://www.ntv.com.tr/ekonomi/asiyi-reddeden-isinden-atilabilir-mi,1tjPx2tZNUyYGMUyYJaoOw> (Erişim tarihi: 04.04.2021).

30 RG 04.02.2011, 27351.

yanında 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu<sup>31</sup> ile işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğü somutlaştırılmıştır<sup>32</sup>.

Bu düzenlemeler gereği, işveren işyerinin sağlık ve güvenliğinden sorumlu olup<sup>33</sup> Covid-19 pandemisinde de işverenin işçinin kişiliğini korumak için, kendi işyeri ve işçileri bakımından gerekli her türlü önlemi alması gerekmektedir<sup>34</sup>. Bu amaçla işverenlerin pandemi sürecinde işçilere koruyucu ekipman ve malzeme sağladığı; vardiya sistemlerinde değişiklik yaptığı, uzaktan çalışma yaptırdığı, çalışma sürelerini azalttığı, hatta işyerlerinin geçici olarak kapatmak da dahil operasyonel değişiklikler yaptıkları gözlenmiştir.

Açıktır ki, işçinin kişiliğini koruma borcu kapsamında işverenden pandemiye çare bulması beklenmemektedir<sup>35</sup>. Kanun koyucunun aşı zorunluluğunu öngörmediği bir hukuk sisteminde, işyerindeki tüm işçilerin istisnasız aşılmasını sağlamak da işverenin işçinin kişiliğini koruma borcu gereği alması gerekli bir önlem olarak değerlendirilemeyecektir. Dolayısıyla, zorunlu aşı uygulaması, işverenin işçinin kişiliğini koruma borcunun gereği olmadığı gibi bu borcun kapsamında da değildir.

### C. AŞI VE İŞVERENİN YÖNETİM HAKKI

İşverenin yönetim hakkı, TBK m. 399 hükmünde düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre, “İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar.”

İşverenin yönetim hakkı, birçok sınırlamaya tabi olup bu sınırlardan biri, işçinin kişilik haklarıdır<sup>36</sup>. Yukarıda izah edildiği üzere aşı ise, işçinin vücut bütünlüğüne tıbbi bir müdahale<sup>37</sup> olup kişilik haklarına saldırı teşkil etmektedir. Bu saldırının hukuka uygun olması için, Türk Medeni Kanunu<sup>38</sup> m. 24/2 hükmünde yer alan ve kişilik haklarına saldırıyı hukuka uygun hale getiren nedenlerin varlığı gerekir<sup>39</sup>. Söz konusu fıkraya göre, “Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.” Bu düzenleme uyarınca,

31 RG 30.06.2012, 28339.

32 Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul: Beta, 2020, 394.

33 Akın, Levent: “Covid-19’un İş İlişkilerine Olası Etkileri”, *Çimento İşveren*, C. 34, S. 3, Mayıs 2020, 18.

34 Akın, Covid-19, 18.

35 Akın, Covid-19, 18.

36 Taşkent, Savaş: *İşverenin Yönetim Hakkı*, İstanbul: İTÜ Yayınları, 1981, 89; Süzek, Sarper: *İş Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020, 83; Güzel, Ali: “İş Hukukunda ‘Yetki’ ve ‘Özgürlük’”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Turan Esener’e Armağan, C. 15, S. 1, 2016, 99; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 276; Sur, Melda: “İşverenin Yönetim Hakkının Çağda Sınırlamaları ve Sosyal Diyalog”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C. 21, Özel Sayı, 2019, 2285; Dursun Ateş, Sevgi: *İşverenin Yönetim Hakkı*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2019, 463; Adımr, Kaptan Merter: *İşverenin Yönetim Hakkı*, İstanbul: On İki Levha, 2019, 11.

37 Bkz. yukarıda II, A.

38 RG 08.12.2001, 24607.

39 Dönmez/Güllü, Zorunlu Aşı, 965-966.



zorunlu aşı uygulanması, yani işçinin rızası dışında aşılmasına ilişkin talimatların geçerli olması için “üstün nitelikli kamusal yarar” ya da “kanunun verdiği yetki”nin mevcudiyeti düşünülebilir<sup>40</sup>.

Üstün nitelikli kamusal yarar, her ne kadar toplumun sağlığı için kişilerin vücut bütünlüğüne müdahale edilebileceği gibi bir görünüm yaratsa da doktrinde Dönmez ve Güllü tarafından da savunulduğu üzere, bu şekilde geniş ve soyut bir kavram, tıbbi bir müdahale olan aşı ile kişilerin vücut bütünlüğü ihlalini meşrulaştıramaz<sup>41</sup>. Belirtmek gerekir ki, aşıya ilişkin düzenlemeler ile idareye yetki veren kanuni düzenlemelerin öngörülmesi nedeni, üstün nitelikli kamu yararı olsa da hukuka aykırılığı kaldıran neden, kanunun verdiği yetkidir<sup>42</sup>. Başka bir ifadeyle, kamu sağlığının korunması amacıyla kişilerin vücut bütünlüğüne yapılan müdahalelere katlanma yükümlülüğünün dayanağını TMK m. 24/2 hükmü yanında başka özel kanuni düzenlemeler oluşturmaktadır<sup>43</sup>.

Özetle, zorunlu aşı uygulaması ile kişilik haklarına saldırının hukuka uygun olması ancak kanunun verdiği yetki ile mümkün olabilir<sup>44</sup>. Zorunlu aşının sadece kanun ile öngörülmesinin Anayasa m. 17 hükmünün de gereği olduğu yukarıda izah edilmiştir<sup>45</sup>. Yürürlükteki hukukta Covid-19 hastalığına karşı kanun ile zorunlu aşı öngörülmemesi sonucunda ise, işçinin aşı olup olmaması kural olarak kişisel yaşamına ilişkin bir karar olup<sup>46</sup> işverenin yönetim hakkı kapsamı dışında kalmaktadır<sup>47</sup>.

Aynı sonuca, işverenin yönetim hakkının kendi amacı ile sınırlandırılmış olması gerekçesiyle de ulaşılmaktadır. TBK m. 399 hükmü uyarınca işverenin yönetim hakkı, işçinin iş görme ediminin

40 “Üstün nitelikli özel yarar”, doktrinde TBK m. 64/1 hükmünde hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenen haklı savunmanın söz konusu olduğu hallerde kabul edilmektedir. Bkz. **Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019, 153, 154; **Helvacı**, Serap: *Gerçek Kişiler*, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2017, 152; **Turan Başara**, Gamze: *Kişiliğin İhlalinden Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat ile Haksız Kazanım İadesi*, Ankara: Turhan Yayıncılık, 2018, 74; ayrıca bkz. **Kara Kılıçarslan**, Seda: *Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015, 37, 76. Dolayısıyla haklı savunma halinin ortaya çıkmayacağı aşı uygulamalarının değerlendirildiği bu makalede “üstün nitelikli özel yarar” incelenmeyecektir. Benzer şekilde, **Dönmez/Güllü**, Zorunlu Aşı, 953 vd.

41 **Dönmez/Güllü**, Zorunlu Aşı, 968, 974.

42 **Dönmez/Güllü**, Zorunlu Aşı, 967; benzer yönde, **Helvacı**, 153-154; **Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe: *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020, 234; **Turan Başara**, 76; **Kasapoğlu Turhan**, Zorunlu Aşı, 24.

43 **Kara Kılıçarslan**, 119.

44 Dönmez ve Güllü, de Covid-19 aşısına ilişkin zorunlu uygulama için kanuni düzenleme yapılması gerektiğini ve kişilerin aşılmasının sağlanmasını önermişlerdir. **Dönmez/Güllü**, Zorunlu Aşı, 974-975; anayasal zorunluluk gereği zorla tıbbi müdahalenin sadece kanun ile yapılabileceği yönünde, **Hakeri**, Hakan/**Söğüt**, İpek Sevdâ: “Tıp Hukuku Açısından Bulaşıcı Hastalıklar”, *Adalet Dergisi*, S. 64, 60; **Kanadoğlu**, Zorunlu Aşı; ayrıca zorunlu aşıya ilişkin kanuni düzenlemenin açık ve ayrıntılı olması gerektiği yönünde, **Kanadoğlu**, aynı yer; **Kasapoğlu Turhan**, Zorunlu Aşı, 36.

45 Bkz. yukarıda II, A.

46 Nitekim Sağlık Bakanlığınca uygulanan ulusal aşılama programında aşılama randevu ile gerçekleşmekte olup randevu almayan kişilerin aşılmasını zorunlu kılan bir uygulama bulunmamaktadır. Bkz. TC Sağlık Bakanlığı Covid-19 Aşılama Süreci, Önce Kayıt Sonra Aşı, [https://covid19asi.saglik.gov.tr/Eklenti/40457/0/8adimdanasilolurumafis50x70cmpdf.pdf?\\_tag1=91A6ACDDAB290ECAAA57A927362AB87B4C090400](https://covid19asi.saglik.gov.tr/Eklenti/40457/0/8adimdanasilolurumafis50x70cmpdf.pdf?_tag1=91A6ACDDAB290ECAAA57A927362AB87B4C090400) (Erişim tarihi: 04.04.2021).

47 Alman hukukunda benzer yönde, **Fuhlrott/Fischer**, Impfpflicht, 659, para. 13; **Witteck**, Impfpflicht, 62; **Naber**, Sebastian/**Schulte**, Willem: “Können Arbeitnehmer zu einer Corona-Impfung oder einem Impfnachweis verpflichtet werden?“, *NZA*, 2021, 84; **Benkert**, Daniel: “Wege aus der Pandemie – Impfpflicht im Arbeitsverhältnis?“, *NJW-Spezial*, 2021, 50; **Stück**, Corona, 72-73.

somutlaştırılması ve işyerindeki davranışlarının düzenlenmesine hizmet etmektedir<sup>48</sup>. Bu amaç dışında kalan işçinin aşı olmasına ilişkin kişisel yaşamına ilişkin talimatlar ise, işverenin yönetim hakkının kapsamı dışında kalmaktadır<sup>49</sup>.

İşverenin yönetim hakkı kapsamında aşı zorunluluğu öngörememesinin bir diğer gerekçesi de ölçülülük ilkesidir. İşverenin talimatlarının yönetim hakkı kapsamında olması için işverenin meşru bir amaca dayanması, karşılıklı menfaat dengesini gözetmesi, hedeflediği meşru amacın işçinin haklarına yapılan kısıtlama ile orantısız olmaması gerekmektedir<sup>50</sup>.

İşverenin işyerinde Covid-19 hastalığının bulaşma riskini azaltma yönündeki amacı meşru bir amaç olarak değerlendirilebilse de bu amacın zorunlu aşı talimatı dışında başka araçlar ile sağlanması mümkündür. Bu araçlar yerine zorunlu aşı ile işçilerin kişilik haklarına yapılan müdahale, amacı sağlamakta orantısızdır. Başka bir anlatımla, daha müdahaleci bir yol olan zorunlu aşı uygulamasını tercih etmesi, “gerekli” olmayıp gerekli olanın ötesinde, orantısız bir müdahaledir. Nitekim, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının resmi internet sayfasında İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü tarafından işverenin işyerinde Covid-19’a maruziyet riskini azaltmak için alabileceği önlemler sayılmış<sup>51</sup> olup bu önlemler, zorunlu aşuya nazaran daha az müdahaleci niteliktedir. Dolayısıyla

48 Adınır, 124-125.

49 Taşkent, 103; Süzek, 82; Güzel, Yetki ve Özgürlük, 114.

50 Bkz. Ugan Çatalkaya, Deniz: *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019, 62; Süzek, 83.

51 Önlemler şu şekilde sıralanmıştır:

- “İşyerinde birden fazla işverenin bulunması durumunda birlikte hareket edilmesi gerekmektedir.
  - Mevcut acil durum planları ve risk değerlendirmeleri güncellenmeli, ayrıca salgına karşı bir eylem planı geliştirilmelidir. Bu planda hazırlık ekibinde görevli çalışanlar ile sorumlulukları belirlenmelidir.
  - İşyerine ziyaretçi giriş çıkışlarını kısıtlanmalıdır.
  - Aciliyeti olmayan etkinlikler iptal edilmelidir.
  - Toplantılar sınırlandırılmalı ve kalabalık düzenlenmemelidir.
  - Toplantılarda sosyal mesafeye dikkat edilmeli, asgari sayıda kişi ile yapılmalıdır. Mümkün olduğunca çevrimiçi veya konferans görüşmesi yoluyla toplantı yapılmalıdır.
  - Çalışanların giydikleri vs. kıyafetler hijyen kurallarına göre yıkanmalı ve havalandırılmalı, iş kıyafetleri ile gündelik kıyafetler ayrı tutulmalıdır.
    - Çalışan sayısı, sosyal mesafeyi koruyacak şekilde mümkün olan en az sayıda tutulmalıdır.
    - Evden çalışma imkânı olan personel evden çalışmaya yönlendirilmelidir.
    - Çalışanların molaları ve yemek araları sosyal mesafeyi koruyacak şekilde düzenlenmelidir.
    - Büyük çalışma ekiplerinin daha küçük gruplar şeklinde düzenlenmesi önemlidir. Bu kapsamda vardiya usulü çalışmaya geçilmesi veya vardiya sayılarının artırılması önerilmektedir.
    - Çalışma proseleri ve teknik kontrol önlemleri, biyolojik etkenlerin ortama yayılmasını önleyecek şekilde düzenlenmelidir.
    - İşyerinde hijyen önlemleri alınmalı, çalışanların kişisel hijyenlerini sağlamaları için yeterli ve gerekli malzeme ve ekipmanlar temin edilmelidir.
    - Öncelikle ziyaretçi veya müşteri potelsiyeli bulunan işletmelerde bunlarla ilk önce muhatap olan bütün çalışanlar, COVID-19 enfeksiyonu salgını ve bunlardan doğan risklere karşı alınmış ve alınacak tedbirler hakkında derhal bilgilendirilmelidir.
    - Ziyaretçiler ve müşteriler de işyerinde COVID-19 enfeksiyonu salgınına dair alınan ve uyulması gereken kurallar hakkında bilgilendirilmelidir.
- Atıkların, toplanması, depolanması ve işyerinden uzaklaştırılması konularında çalışanlar bilgilendirilmelidir.” Bkz. “İşyerinde Covid-19 ile Mücadele” başlığı altında “Sıkça Sorulan Sorular” <https://ailevecalisma.gov.tr/covid19/sikca-sorulan-sorular> (Erişim tarihi: 30.03.2021).

da daha az müdahaleci yöntemler yerine işverenin işçileri aşı olmaya zorlaması, ölçülülük ilkesine aykırıdır; işverenin yönetim hakkı kapsamı dışında kalmaktadır.

Belirtelim ki, işverenin aşı zorunluluğu öngörüp öngöremeyeceğine ilişkin tartışmalar, Avrupa ülkelerinin de gündemindedir. Son dönemde ulusal hukuklarda belirli çalışan grupları için aşı zorunluluğu öngören yasal düzenlemeler yapılmaya başlanmışlardır. Örneğin İtalya'da 1 Nisan 2021 tarihinde yürürlüğe giren karar<sup>52</sup> ile, sağlık çalışanlarının aşılınması zorunlu kılınmıştır. Aşının sağlık çalışanlarının mesleğinin icrası için esaslı gereklilik olduğu belirtilen kararda, çalışanın aşı olmayı reddetmesi halinde, hastalığın bulaşma riskinin olmadığı başka bir işte çalıştırılabileceği veya geçici olarak ücretsiz izne çıkarılabileceğine yer verilmiştir.

Birleşik Krallık da yaşlı bakım evlerinde çalışanlara ilişkin benzer önlemler almayı planlamaktadır. Sağlık ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı 14 Nisan 2021 tarihinde resmi sayfasında yaptığı duyuru ile<sup>53</sup>, yaşlı bakım evlerinde sadece aşılınmış çalışanların görevlendirilmesine ilişkin bir mevzuat değişikliği yapma niyetini kamuoyu ile paylaşmıştır.

Benzer düzenlemelerin hukukumuzda da öngörülmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz. Bu amaçla, icrasında Covid-19 aşısının esaslı gereklilik oluşturduğu meslekler için aşı zorunluluğu getiren kanuni değişiklik yapılmalıdır. Kanun koyucu ölçülülük ilkesini de gözeterek bulaşıcı hastalıkları önleme amacı ile vücut bütünlüğünün korunması hakkı arasında uygun bir denge kurmalıdır<sup>54</sup>. Örneğin, koruma ihtiyacı gereği ulusal aşılama programında ilk aşamada ve ilk sırada aşı uygulanan sağlık kurumlarında çalışanlar (Birinci Aşama/A grubu) ile yaşlı, engelli ve koruma evleri gibi yerlerde çalışanlar (Birinci Aşama/B grubu) bakımından kanun ile aşı zorunluluğu öngörülmesi düşünülebilir<sup>55</sup>.

52 Decreto-Legge 1° aprile 2021, n. 44, <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2021/04/01/21G00056/sg> (Erişim tarihi: 05.04.2021).

53 Department of Health and Social Care, Open Consultation, Making vaccination a condition of deployment in older adult care homes”, 14 April 2021, <https://www.gov.uk/government/consultations/making-vaccination-a-condition-of-deployment-in-older-adult-care-homes/making-vaccination-a-condition-of-deployment-in-older-adult-care-homes> (Erişim tarihi: 25.04.2021).

54 **Kanadoğlu**, Zorunlu Aşı.

55 Alman hukukunda 8 Şubat 2021 tarihli Koronavirüs Aşı Düzenlemesi §2 hükmünde yer alan mesleki faaliyet gereği ayrıcalıklı olarak aşı hakkı olan belirli meslek sahibi işçiler bakımından bu işçilerin temas halindeki kişilerin de daha az ayrıcalıklı olmaması kaydıyla, işverenleri tarafından aşı zorunluluğu öngörülebileceğine ilişkin, **Fuhlrott/Fischer**, Impfpflicht, 659, para. 16-17; ayrıca, **Naber/Schulte**, Corona-Impfung, 83. Krş. **Wittek**, Impfpflicht, 62. Yazar, Alman hukukunda da kanunla aşı zorunluluğu öngörülmediği için işverenin aşya ilişkin talimatının hukuka aykırı olacağını savunmaktadır.

#### IV. AŞILANMAYAN İŞÇİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞVEREN TARAFINDAN FESHİNİN HUKUKİLİĞİ

Yürürlükteki hukukumuz bakımından Covid-19 aşısı olmamak, çalışma engeli oluşturmamaktadır<sup>56</sup>. Kanun ile aşı zorunluluğu öngörülmemiş olduğu da düşünüldüğünde, aşı olmayı reddetmek, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi için haklı neden veya geçerli neden oluşturmayacaktır.

İşverenin işçiyi aşı olmasını zorlayan talimatlarının söz konusu olması halinde de durum değişmeyecektir. Zira, işçinin işverenin talimatlarına uyma borcu, işverenin yönetim hakkının karşılığı olup bu borcun sınırları da doğal olarak, yönetim hakkının sınırlarıdır<sup>57</sup>. Yukarıda izah edildiği üzere, işçinin aşı olup olmaması yönetim hakkı kapsamı dışında kaldığından<sup>58</sup> işverenin işçiyi aşı olmaya zorlayan talimatları, işçinin kişilik haklarını ihlal eder. İşçinin bu nevi talimatlara uyma borcu bulunmadığı<sup>59</sup> gibi işveren, aşı talimatına uymadığından bahisle işçinin iş sözleşmesini feshedemez<sup>60</sup>.

Belirtelim ki, belirli meslekleri icra edenler bakımından temas halindeki kişilerin korunma ihtiyaçlarının yoğunluğu, farklı ve istisnai bir değerlendirmeyi gerekli kılabilir. Nitekim sağlık kuruluşları ile yaşlı, engelli ve koruma evlerinde çalışan sağlık çalışanları bakımından kanun ile aşı zorunluluğu öngörülmesi yönündeki görüşümüzü de yukarıda izah etmiş idik<sup>61</sup>. Kanun değişiklik ile sağlık çalışanları için aşı zorunluluğu getirilmesi ihtimalinde, aşı olmayı reddeden işçinin uyarılmasına rağmen aşı olmamakta ısrar etmesi, iş sözleşmesini haklı fesih nedenidir. Zira, bu durum İş Kanunu m. 25/2, (h) bendi uyarınca “İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi” anlamına gelecektir<sup>62</sup>.

Kanuni bir zorunluluk bulunmasa dahi, aşı olmayı reddeden kişinin mesleğinin niteliği dikkate alındığında, başkaları için işçi olarak çalıştırılmayacak kadar tehlike oluşturduğunun kabulü halinde de, istisnai olarak, iş sözleşmesinin işverence fesih hakkı düşünülebilir<sup>63</sup>. Örneğin, hasta, yaşlı, engelli gibi özel koruma ihtiyacı olan kişiler ile temas halinde mesleğini icra eden hemşire ve hasta bakımının aşı olmayı reddetmeleri, iş sözleşmelerinin işveren tarafından feshi için geçerli neden oluşturabileceği kanaatindeyiz<sup>64</sup>.

56 Alman hukuku için aynı yönde, **Fuhlrott/Fischer**, Impfpflicht, 659-660, para. 20; aşı olmanın işgörmeye ediminin düzgün ifası için ön koşul olmadığı yönünde, **Naber/Schulte**, Corona-Impfung, 83; **Benkert**, Impfpflicht, 50.

57 **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 276, 313; **Mollamahmutoğlu**, Hamdi/Astarlı, Muhittin/ **Baysal**, Ulaş: *İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku*, Ankara: Lykeion Yayınları, 2020, 160-161.

58 Bkz. yukarıda III, C.

59 İşverenin işçinin kişilik haklarını ihlal eden talimat veremeyeceği; aksi takdirde işçinin bu nevi talimatlara uymak zorunluluğu olmadığına ilişkin Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 9. HD 20.01.2020, E. 2019/6407, K. 2020/678; Yargıtay 9. HD 25.11.2019, E. 2019/3669, K. 2019/20770; Yargıtay 9. HD 21.10.2019, E. 2019/2687, K. 2019/18483.

60 Kişilik haklarına aykırı talimatlara uymayan işçiyi yaptırım uygulanamayacağı yönünde, **Süzek**, 85; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 276, 314 ayrıca **Akyiğit**, Ercan: *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2020, 181-182; **Dursun Ateş**, 150.

61 Bkz. yukarıda III, C.

62 Alman hukukunda aynı yönde, **Stück**, Corona, 72.

63 **Witteck**, Impfpflicht, 62-63. i

64 Alman hukuk öğretisinde hasta ve yaşlılar bakımından enfeksiyon riskinin ölümcül sonuçlara yol açma ihtimalinin

Yargıtay'a göre de, "İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerin iş sözleşmesinin geçerli feshi imkânını bahşetmesi için, işçinin kişisel yetenek ve özellikleri itibariyle, fesih anında iş sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülükleri tamamen veya kısmen ifa edemeyecek durumda olması şarttır."<sup>65</sup>. Hemşire veya hasta bakıcının aşı olmadığı için iş sözleşmesinin yetersizliğinden kaynaklı feshi için somut olayın özellikleri dikkate alınarak mesleğini gereği gibi ifa edemediği tespit edilmelidir.

Geçerli nedenin varlığının kabulü halinde, işveren ayrıca, feshine son çare olarak yaklaşmalı ve ölçülülük ilkesine uyarak öncesinde işçiye ihtarında bulunmalıdır.<sup>66,67</sup> "Ölçülülük ilkesinin ihtardan başka diğer bir aracı da çalışma yerinin değiştirilmesidir. Çalışma yerinin değiştirilmesi feshine oranla daha hafif çare olarak gündeme gelen bir araçtır."<sup>68</sup>. Örneğin aşı olmayan hemşire, bakımından fesih hakkının doğumu için işverenin aşı olmayan tüm işçileri hasta teması olmayan pozisyonlara taşıyamıyor olması gerekmektedir<sup>69</sup>. Ayrıca işveren, fesih yerine daha hafif başka bir çare olarak ücretsiz izin uygulamasını da değerlendirmelidir. Aksi takdirde, fesih geçersiz feshin sonuçlarını doğuracaktır.

Son olarak dikkat çekelim ki, makalenin yazım aşamasında ulusal hukuklarda ve Avrupa Birliği hukukunda "aşı pasaportu" olarak nitelendirilen sertifikalara ilişkin hukuki düzenlemeler yapılmaya başlamıştır<sup>70</sup>. Benzeri sertifikaların ülkemizde de uygulanması ile aşığı reddeden işçilerin iş

yüksek olması nedeniyle hastane ve bakım evlerinde müşterilerin aşılınmış çalışan beklentisinin aşılınmayan işçiler bakımından işveren için geçerli neden oluşturabileceği savunulmuştur. Baskı feshi olarak nitelendirilen feshine ilişkin bkz. **Stück**, Corona, 73; ayrıca yiyecek ve içecek dağıtım hizmetlerinde görevli olup aşığı reddeden işçiler bakımından iş sözleşmelerinin baskı feshine ilişkin tartışmalar için bkz. **Fuhlrott/Fischer**, Impfpflicht, 660, para. 22.

65 Yargıtay 9. HD 21.06.2010, E. 2019/22987, K. 2010/19429, Kazancı İçtihat Bankası.

66 "Eğer işçinin yükümlülüğünü ihlal etmekten kaçınma olanağına sahip olduğu tespit edilirse fesihden önce işçiye ihtar verilip verilmeyeceği, ihtarla rağmen davranışını tekrar etmesi halinde İş Kanunu'nun 19. Maddesi uyarınca savunması alınarak iş sözleşmesinin feshedilip edilmediğine bakılacaktır.", Yargıtay 9. HD 25.11.2019, E. 2019/3669, K. 2019/20770, Kazancı İçtihat Bankası.

67 "...iş görme edimini yerine getirmek istememek ile yerine getirememek arasında sınırı çizmek çoğu kere zordur. İlk hal, İş Kanunu'nun 18'nci maddesi anlamında, işçinin davranışına dayanan süreli fesih nedeni iken, ikinci hal işçinin yetersizliğinden kaynaklanan süreli fesih nedeni. Bununla birlikte, işçinin iş görme edimini yerine getirmek istememesi hâlinde, işçiye ihtar edilmesi ve ihtarında işçiye iş sözleşmesinin feshedileceği tehdidinde bulunulması, olumlu etki yaratabilir. Bu sebeple, her iki halde de işçiye ihtarın yapılması zorunlu olmalıdır. Zira, ihtar, iş görme edimini hiç yerine getirmek istemeyen veya eksik yerine getirmek isteyen işçi karşısında olumlu etki doğurabilecek iken; iş görme açısından fiziki yeterliliğe hiç ya da eksik sahip olan işçi karşısında her hangi bir olumlu etkiye bulunmayacaktır. Bu suretle, İş Kanunu'nun 18. maddesinde belirtilen işçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesih nedeni ile Gereğede söz edilen ve işçinin davranışına nedeniyle iş sözleşmesini fesih hakkı veren işin yetersiz olarak yerine getirmesi arasında bir ayırım yapma olanağına sahip olunur. Böylece, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan bir fesih sebebinin varlığından bahisle ihtar gerek olmadığına inanarak iş sözleşmesini fesheden işveren, gerçekte işçinin davranışına dayanan bir fesih sebebinin varlığının tespiti sonucunda, ihtar yapılmaması nedeniyle ortaya çıkan geçersiz feshin sonuçları ( işe iade ) ile karşılaşmak tehlikesinden kurtulur.", Yargıtay 9. HD 01.07.2019, E. 2017/12550, K. 2019/14617, Kazancı İçtihat Bankası.

68 Bu yönde karar örnekleri için bkz. Yargıtay 9. HD 20.01.2020, E. 2019/6407, K. 2020/678, Kazancı İçtihat Bankası; Yargıtay 9. HD 04.02.2019, E. 2018/11210, K. 2019/2604, Kazancı İçtihat Bankası; Yargıtay 9. HD 10.12.2018, E. 2018(3767, K. 2018/22771, Kazancı İçtihat Bankası.

69 **Witteck**, Impfpflicht, 63.

70 Avrupa Komisyonu, Covid-19 pandemisi sırasında Avrupa Birliği içinde AB vatandaşı ve vatandaş olmasa da oturma izni olanların güvenli serbest dolaşımı kolaylaştırmak için Dijital Yeşil Sertifika Tüzük Teklifi hazırlamıştır. Bu sertifikada esas itibarıyla üç çeşit alt sertifika bulunmaktadır. Bunlar; kişinin Covid-19 aşısı olup olmadığına ilişkin (aşı sertifikası), negatif test sonucu olup olmadığına ilişkin (test sertifikası) ve hastalığı geçirdiğine ilişkindir (iyileşme sertifikası).

sözleşmelerinin feshine ilişkin tartışmaların yoğunlaşmasını beklemekteyiz. Örneğin uluslararası havacılık şirketlerinde çalışan pilot ve kabin personelinin aşığı reddetmesi halinde iş görme edimini tamamen veya kısmen yerine getiremeyeceğinden iş sözleşmeleri feshedilebilecektir.

## V. İŞVERENİN AŞIYI TEŞVİKİ

İşverenin Covid-19 hastalığına karşı aşılınmayı teşvik etmesi kural olarak mümkündür. Bu amaçla işverenler aşığı ilişkin işçileri bilgilendirerek olumsuz algının ortadan kaldırılması sağlanabilecekleri gibi aşığı randevusu olan işçilere ücretli izin de verebilirler.

İşverenlerin “aşığı ikramiyesi”, “aşığı primi” veya “aşığı bonusu” gibi isimlerle aşığı olan işçilere ek ödemeler yaparak mali teşvikler sağlayıp sağlayamayacağı ise detaylı bir incelemeyi gerekli kılmaktadır. Zira, bu durumda aşığı olmadığı için ek ödeme alamayan işçilere, aşığı olan işçilere nazaran olumsuz bir işlem söz konusudur. İşverenin ise işçilere eşit davranma borcu bulunmaktadır.

Öncelikle hatırlatalım ki, işverenin eşit davranma borcu, birbiri ile ilişkili iki bileşenden oluşmaktadır; bunlardan ilki, İş Kanunu m. 5 hükmü ve 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları Eşitlik Kurumu Kanunu’nda<sup>71</sup> korunan ayırmacılık temellerine dayalı olarak işçiler arasında farklı işlem ve etki yasağı olarak tanımlanan “ayırmacılık yapmama borcu”dur. İkinci bileşen ise, kaynağını Anayasa m. 10 hükmünden alan<sup>72</sup> işverenin ayırmacılık temellerine dayanmaksızın aynı ve benzer işçilere eşit davranma yükümlülüğü olup “dar anlamda eşit davranma borcu” olarak nitelendirilmektedir<sup>73</sup>. Konumuz kapsamında işverenin işçiyeye ek ödemeyi yapmaması, aşığı olmaması nedeniyle olup “aşığı”, korunan ayırmacılık temelleri arasında değildir. Dolayısıyla, aşığı olmayanlara ek ödeme yapılmamasına yönelik olumsuz işlem, kural olarak, dar anlamda eşit davranma borcu kapsamında değerlendirilmelidir.

Teklifte aşığı olmayanlara –örneğin tıbbi nedenlerle, aşının tavsiye edildiğı hedef grubun içinde olmadığından, henüz aşığı erişemediğinden veya aşığı olmamayı tercih ettiğinden – ayırmacılığın önlenmesi gerektiğı ifade edilmiştir. Bunun sonucu olarak da, bir aşığı sertifikasına sahip olmamak ya da belirli bir aşığı gösterir aşığı sertifikasına sahip olmamanın özellikle de başka yollardan kanuni ve toplum sağlığı ile ilgili koşulları sağladıklarını gösterdikleri takdirde AB içinde serbest dolaşımına engel olmayacağı belirtilmektedir (para. 26). Dijital Yeşil Sertifika Tüzük Teklifi tam metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021PC0130> (Erişim tarihi: 24.04.2021). Kamuoyu açıklaması için bkz. “Coronavirus: Commission proposes a Digital Green Certificate”, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_21\\_1181](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_1181) (Erişim tarihi: 04.04.2021).

71 RG 20.04.2016, 29690.

72 **Süzek**, 455; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 437; **Doğan Yenisey**, Kübra: “İş Kanunu’nda Eşitlik İlkesi ve Ayırmacılık Yasağı”, *Çalışma ve Toplum*, 2006, C. 4, S. 11, 66; **Yıldız**, Gaye Burcu: *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2008, 64-65; **Ünal**, Canan: *İş Hukukunda Yaş Ayırmacılığı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018, 104; **Kandemir**, Murat/**Yardımcıoğlu**, Didem: “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, 2014, C. 19, S. 30-31, 8; **Ugan Çatalkaya**, Deniz: “İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin İki Bileşeni: İşverenin Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayırım Yasağı”, *Çalışma ve Toplum*, 2021, C. 2, S. 69, 864.

73 **Doğan Yenisey**, Eşitlik İlkesi, 66; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 437 vd.; **Yıldız**, 64; **Ertürk**, Şükran/**Gürsel**, İlke, “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, *Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan*, C. 1, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2011, 429; **Yuvalı**, Ertuğrul: *İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu*, Ankara: Turhan Yayıncılık, 2012, 47; **Ünal**, 54-55; **Kandemir/Yardımcıoğlu**, Eşitlik İlkesi, 9; **Ugan Çatalkaya**, İki Bileşen, 861 vd.



İşverenin aşı olmayan işçilere yönelen olumsuz işleminin dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmaması, meşru bir amacın varlığına, bu amaca uygun ve orantılı davranılmasına ve farklılığın haklı bir gerekçeye dayanmasına bağlıdır. İşverenin işyerinde Covid-19 hastalığının bulaşma riskini azaltma yönündeki amacı, meşru bir amaç olup ek ödeme bu amacı sağlamakta, kanaatimizce uygun ve orantılıdır<sup>74</sup>. Ek ödemeye hak kazanmak için öngörülen aşı koşulu ise, haklı ve nesnel bir gerekçedir. Dolayısıyla bu gerekçeye dayalı yapılan ek ödeme, dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmayacaktır<sup>75</sup>.

Ek ödemeye hak kazanmak için aşı koşulu, tarafsız bir ölçüt olarak tüm işçilere uygulanabilir. Ancak aşı koşulunun görünüşte tarafsız olması, dini, inancı, sağlık durumu veya hamileliği nedeniyle bazı işçilerin olumsuz etkilenmesini engellemeyebilir. Örneğin işçi, inancı gereği tıbbi müdahalelere karşı olabilir yahut alerjisi bulunduğu için aşı olması tehlikeli olabilir ya da hamile olduğu için aşığı reddedebilir. Bu ihtimallerde işçinin aşı olmaması ve sonucunda ek ödemeden yararlanamaması, kanunlarda korunan ayırmıcılık temelleri ile bağlantılıdır. Gerçekten, gerek İş Kanunu m. 5 hükmü gerekse de 6701 sayılı Kanun, “din”, “inanç”, “sağlık durumu” ve “cinsiyet” temelinde ayırmıcılığı yasaklamıştır.

İşçilerin aşı olmayı dini, inancı, sağlık durumu veya hamileliği gerekçesiyle reddettiği ihtimallerde, ek ödemeden yararlanamaması, kanunlarda korunan ayırmıcılık temelleri dayalı olumsuz işlem değil; korunan ayırmıcılık temelleri ile bağlantılı olumsuz bir etkidir. Dolayısıyla, bu şekilde bir uygulama doğrudan ayırmıcılık değil, diğer bir ayırmıcılık türü olan dolaylı ayırmıcılık oluşturabilecektir. Dolaylı ayırmıcılık, “*Bir gerçek veya tüzel kişinin, görünüşte ayırmıcı olmayan her türlü eylem, işlem ve uygulamalar sonucunda, bu Kanunda sayılan ayırmıcılık temelleriyle bağlantılı olarak, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanma bakımından nesnel olarak haklılaştırılmayan dezavantajlı bir konuma sokulması*” anlamına gelmektedir (6701 sayılı Kanun m. 2/1, e)<sup>76</sup>.

Kanuni tanımdan da anlaşıldığı üzere, işçilerin aşı olmayı dini, inancı, sağlık durumu veya hamileliği gerekçesiyle reddettiği ihtimallerde, görünüşte tarafsız olan aşı koşulu sonucunda bu işçiler bakımından ortaya çıkan olumsuz etkinin dolaylı ayırmıcılık oluşturması, “*nesnel olarak haklılaştırılmama*”sına bağlıdır. Başka bir ifadeyle, aşı koşulunun uygulanması sonucu belirli gruplardaki kişiler bakımından ortaya çıkan olumsuz etki ancak nesnel olarak haklı kılınmadığı takdirde dolaylı ayırmıcılık oluşturacaktır. Olumsuz etkinin nesnel olarak haklı kılınıp kılınmadığının tespitinde ise, 6701 sayılı Kanun’un m. 7 hükmünde “ayırmıcılığın ileri sürülemeyeceği haller” dikkate alınabilir<sup>77</sup>. İlgili maddenin (a) bendi esas alınarak aşı koşulunun mesleğin icrası için önemli ve belirleyici bir gereklilik oluşturup oluşturmadığı incelenmelidir<sup>78</sup>.

74 Aynı yönde, **Witte**, Impfpflicht, 63; aksi yönde, **Naber/Schulte**, Corona-Impfung, 85.

75 Aşı teşviklerini, spor salonlarına üyelik hakkı ve sigara içmeyenlere prim verilmesi ile kıyaslama için bkz. **Fuhlrott/Fischer**, Impfpflicht, 660, para. 25; ayrıca **Benkert**, Impfpflicht, 51.

76 Dolaylı ayırmıcılığın tanımı ve unsurları hakkında detaylı bilgi için bkz. **Ünal**, 120 vd.

77 Söz konusu maddede sayılanlar, doğrudan ayırmıcılığın ortaya çıkmasını engelleyen haklı kılma nedenleri olmakla birlikte dolaylı ayırmıcılığın olumsuz koşulu olan “*nesnel olarak haklılaştırılmama*” koşulunun tespitinde de dikkate alınabilir, **Ünal**, 184.

78 6701 sayılı Kanun m. 7/1, (a) bendine göre, “*İstihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı*



Belirtelim ki, dolaylı ayırıcılığın ortaya çıkmasını engelleyen haller, temel hakkı sınırlandırdığından buna ilişkin kanuni düzenlemeler dar yorumlanmalıdır<sup>79</sup>. Dolayısıyla, çoğu meslek için aşı koşuluna dayalı ek ödemeler ile belirli inanç sahipleri, alerjileri olanlar ve hamileler bakımından ortaya çıkan olumsuz etkinin mesleki gereklilik ile nesnel olarak haklılaştırılması mümkün değildir.

Hasta, yaşlı, engelli gibi özel koruma ihtiyacı olan kişiler ile yakın temas halinde icra edilebilen hemşirelik, hasta bakıcılık gibi meslekler bakımından ise, aşının önemli ve belirleyici bir gereklilik oluşturabileceği kanaatindeyiz. Zira, aşı olan hemşire, aşı olmayana göre mesleğini daha düzgün şekilde icra edebilecektir<sup>80</sup>. Bu gerekçeler ile, dini, inancı, sağlık durumu, hamileliği nedeniyle de olsa aşı olmayan hemşirenin ek ödmeden yararlanmaması, kanaatimizce ayırıcılık oluşturmayacaktır.

İşverenlerin aşı olan işçilere teşvik amaçlı ek ödemelerinin hukukiliği, veri koruma hukukuna uygun olmasına da bağlıdır. Zira, kimliği belirli bir kişiye ilişkin aşı durumu, sağlık verisi<sup>81</sup> olup ek ödmeden yararlanmak isteyen uygulamada işçinin aşı durumuna ilişkin kanıt sunması gerekecektir. İşverenin bu kapsamda veri işleminin hukuka aykırı olmaması için 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'ndan<sup>82</sup> (KVKK) kaynaklanan aydınlatma yükümlülüğü (m. 10) özel önem taşımaktadır. Nitekim Kişisel Verileri Koruma Kurumu'nun kamuoyu duyurusunda<sup>83</sup> da Covid-19 ile mücadele sürecinde işlenen kişisel veriler ile ilgili aydınlatma yükümlülüğü hatırlatılmaktadır; “*Bu anlamda, kişisel verileri işleyen veri sorumluları, kişisel verilerin toplanma amacı ve ne kadar süreyle saklanacağı hususu da dahil olmak üzere, uyguladığı önlemler konusunda şeffaf olmalıdır.*” Veri sorumlusu olan işveren, işçilerin aşı olup olmadıklarına ilişkin sağlık verisini elde ettiği sırada işçiyi aydınlatmakla yükümlülüğü kapsamında kişisel verisini hangi amaçla işlediğini, işlenen kişisel verisini kimlere ve hangi amaçla aktarabileceğini, işçinin veri sahibi olarak hakları konusunda işçilere bilgi

*hâlinde* amaca uygun ve orantılı olan farklı muamele” ayırıcılık oluşturmaz. Bu benette yer alan “zorunlu mesleki gereklilik” ifadesi ile “olmazsa olmaz” mesleki bir gereklilik kastedilmediği, maddenin mehz düzenlemesi olan Avrupa Birliği'nin 2000/78 sayılı İş ve Meslekte Eşit İşlem Direktifi m. 4/I hükmü ışığında yorumlanması; farklı işlemin haklı kılınması için önemli ve belirleyici bir mesleki gerekliliğin varlığının gerekli ve yeterli olduğu yönünde, **Ünal**, 281-282.

79 Aynı yönde, **Thüsing**, Gregor: “Zulässige Ungleichbehandlung weiblicher und männlicher Arbeitnehmer-Zur Unverzichtbarkeit i.S. des § 611a Abs. 1 Satz 2 BGB”, *RdA*, 2001, 320; **Joannidis**, Aris Ilias: *Das Verbot der Altersdiskriminierung im deutschen Arbeitsrecht*, Tübingen: Köhler, 2011, 139; **Bertelsmann**, Klaus: *Altersdiskriminierung im Arbeitsrecht*, 27.04.2005, 4; **Ünal**, 154; ayrıca Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları için bkz. *ABAD, Tanja Kreil v. Bundesrepublik Deutschland* (C-285/98), 11.01.2000, para. 20; *ABAD, Marguerite Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* (C-222/84), 15.05.1986, para. 36; *ABAD, Angela Maria Sirdar v. The Army Board and Secretary of State for Defence* (C-273/97), 26.10.1999, para. 23; *ABAD, Domnica Petersen v. Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe* (C-341/08), 12.01.2010, para. 60,

80 Önemli ve belirleyici mesleki gerekliliğin tespitine ilişkin değerlendirmeler için bkz. **Ünal**, 282 ve dn. 487'deki yazarlar.

81 İşçinin sağlık verilerine ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. **Ünal**, Canan: “İş Sözleşmesinin Kurulmasında Sağlığa İlişkin Veriler”, *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III* (ed. Tankut Centel), Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 7, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018, 261-318, 261 vd.; **Alp**, Mustafa/**Gürsel**, İlke: “COVID-19 Pandemisinde İşçilere Ait Sağlık Verilerinin İşlenmesi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2020, S. 44, 12-13; Belçika Veri Koruma Otoritesi'nin Covid-19 ile mücadelede aşı verilerinin işlenmesine ilişkin 29 Ocak 2021 tarihli açıklaması, bkz. <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/citoyen/themes/covid-19/vaccination> (Erişim tarihi: 31.03.2021).

82 RG 07.04.2016, 29677.

83 “Covid-19 ile Mücadele Sürecinde Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Bilinmesi Gerekenler” başlıklı 27 Mart 2020 tarihli kamuoyu duyurusu için bkz. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6721/KAMUOYU-DUYURUSU-Covid-19-ile-Mucadele-Surecinde-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Kapsaminda-Bilinmesi-Gerekenler> - (Erişim tarihi: 04.04.2021); ayrıca bkz. **Alp/Gürsel**, Sağlık Verileri, 28.

vermesi gerekmektedir. Ayrıca, işçinin aşı durumuna dayalı kanıtı, işveren tarafından ancak açık rıza ile işlenebilecek olup işçi verisini paylaşmadığı takdirde ek ödeme almamak dışında bir müeyyide ile karşılaşmayacağını bilmelidir.

## VI. İŞVERENİN İŞÇİ VE ADAYA AŞI DURUMU HAKKINDA SORU SORMA HAKKI

### A. PANDEMİ VE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI

Covid-19 hastalığının pandemiye dönüşmesi ile, kamu sağlığının korunması amacı ön plana çıkarken işçi ve işçi adaylarının sağlık verilerinin işlenmesine duyulan ihtiyaç da artmıştır<sup>84</sup>. Ancak hukuk sistemleri, verilerin işlenmesi bakımından pandemi gibi olağanüstü durumları öngörmemiş; pandemi süresince kişisel verilerin işlenmesine ilişkin özel düzenlemelere yer vermemişlerdir<sup>85</sup>. Bu durum ise uygulamada hukuki belirsizlikleri beraberinde getirmiştir.

Avrupa Veri Koruma Kurulu 19.03.2020 tarihli açıklaması<sup>86</sup> ile, pandemi ile mücadelede alınan önlemlerin Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün (GDPR) uygulanmasına engel olmadığı, bu süreçte de veri işleyen kişilerin GDPR kuralları ile bağlı olduğunu hatırlatmıştır.

Ülkemizde de Kişisel Verileri Koruma Kurumu tarafından 27 Mart 2020 tarihinde benzer bir kamuoyu duyurusu<sup>87</sup> yayımlanmıştır. Bu duyuru ile, kamu sağlığının korunmasının esas olduğu bu süreçte dahi kişisel veri işleme faaliyetlerinin KVKK'de yer alan usul ve esaslara uygun şekilde yürütülmesi gerektiğini belirtmiştir.

### B. AŞI DURUMUNA İLİŞKİN SORULAR İLE VERİ İŞLEMENİN HUKUKİLİĞİ

İşçi veya işçi adayına aşı olup olmadığına ilişkin soru yöneltilmesi ve cevap alınması, doğrudan işçinin/adayın kendisinden bilgi toplanması şeklinde gerçekleştirilen sağlık verisi işleme faaliyetidir<sup>88</sup>. Hukukumuzda, işçi ve işçi adayının aşı durumuna ilişkin soruların hukukiliği, KVKK'de yer alan

84 **Alp/Gürsel**, Sağlık Verileri, 11.

85 Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğüne ilişkin benzer tespitler için bkz. **Wünschelbaum**, Markus: "Covid-19: Pandemiebewältigung und Datenschutz", NZA, 2020, 616. Toplu iş sözleşmeleri, işyeri yönergeleri ile Covid-19 ve gelecekte karşılaşılabilecek pandemiler ile mücadelede etkin ve güvenli veri koruma yöntemlerinin tasarlanmasına ilişkin öneri için bkz. **Wünschelbaum**, Pandemiebewältigung, 616.

86 Avrupa Veri Koruma Kurulu'nun Covid-19 salgınında kişisel verilerin işlenmesine ilişkin 19 Mart 2020 tarihli açıklaması için bkz. [https://edpb.europa.eu/system/files/2021-03/edpb\\_statement\\_art\\_23gdpr\\_20200602\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/system/files/2021-03/edpb_statement_art_23gdpr_20200602_en.pdf) (01.04.2021).

87 "Covid-19 ile Mücadele Sürecinde Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Bilinmesi Gerekenler" başlıklı 27 Mart 2020 tarihli kamuoyu duyurusu için bkz. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6721/KAMUOYU-DUYURUSU-Covid-19-ile-Mucadele-Surecinde-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Kapsaminda-Bilinmesi-Gerekenler> - (Erişim tarihi: 04.04.2021); ayrıca bkz. **Alp/Gürsel**, Sağlık Verileri, 28.

88 Soru sorulması şeklinde veri işleme hakkında bilgi için bkz. **Gürsel**, İlke: *İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, 204; **Güven**, Ercan/**Aydın**, Ufuk: *Bireysel İş Hukuku*, Eskişehir: Nisan, 2017, 149; **Ünal**, Sağlık İlişkin Veriler, 274 vd.

usul ve esaslara uygun olması yanında işverenin işçinin kişisel verilerini koruma borcunu düzenleyen TBK m. 419 hükmüne aykırı olmamasına bağlıdır<sup>89</sup>.

İşveren, işçinin aşı durumuna ilişkin verilerini ölçülülük ilkesine uygun olmak kaydıyla işleyebilir<sup>90</sup>. Zira, KVKK m. 4 hükmünde ölçülülük ilkesi kişisel verilerin işlenmesinde genel ilkeler arasında sayılmış; kişisel verilerin işlenmesinde “*işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma*” ilkesine uyulması zorunlu kılınmıştır (f. 2, ç bendi). Ölçülülük ilkesinin iş ilişkileri bakımından somutlaşmış hâli ise TBK m. 419 hükmü olup<sup>91</sup> söz konusu maddeye göre “*İşveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığı ile ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir* (f. 1).”.

İşçi ve işçi adayına, Covid-19 aşısını olup olmadığına ilişkin soru yöneltilmesi, kural olarak işçinin işe yatkınlığı ile ilgili değildir; zira, yukarıda izah ettiğimiz üzere, hukukumuzda Covid-19 aşısı olmamak çalışma engeli teşkil etmemektedir<sup>92</sup>. Söz konusu sorular iş sözleşmesinin ifası için de zorunlu değildir. İşverenin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin önlem alma borcu bulunmakla birlikte işçinin aşı olmasını sağlamak işverenin bu kapsamda bir yükümlülüğü bulunmamaktadır<sup>93</sup>.

İş ilişkisinde işçi ve işçi adayının aşı durumunun işlenmesi ayrıca ölçülülük ilkesi gereği, “işyeri ile ilgili” olma amacı ile sınırlandırılmıştır. Oysa aşı olmak, işçinin kişisel yaşamına ilişkin bir konudur<sup>94</sup>. Dolayısıyla, uygulamada işverenlerin hastalanma ve hastalığın bulaşma ihtimalinin yüksekliğine ilişkin bilimsel olmayan bir öngörü edinme amacıyla işçi veya işçi adayına aşı durumuna ilişkin soru sormaları, TBK m 419 ve KVKK m. 4 hükmüne aykırılık oluşturacaktır<sup>95</sup>.

Belirtelim ki, istisnai de olsa bazı işverenlerin işçisine aşı durumuna ilişkin soruları, işe yatkınlık ve iş sözleşmesinin ifası için gerekli olduğu kabul edilebilir. Örneğin mesleğinin icrası için hastalar ile

89 İş görüşmelerinde adaya aşuya ilişkin soru sorulmuş ama bunu veri kayıt sistemine yani belirli kriterlere göre yapılandırılan bir sisteme kaydetmemiş ise söz konusu veri işlemesi, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nda (KVKK) yer alan hükümlere tabi değildir (RG 07.04.2016, 29677). Zira KVKK’nin kapsama ilişkin 2. maddesi gereği, bu yönde sorular Kanun’un uygulama alanı dışında kalmaktadır. Ancak bu durum, söz konusu sorular ile veri işlenmediği veya verilerin hukuken korunmadığı anlamına gelmez. İş ilişkilerinde veri işlemlerinde her halükarda TBK m. 419/I hükmü uygulama bulacak olup işleminin hukuka uygun olması için işyeri ile ilgili bir amaç kapsamında olması gerekir. Bkz. Ünal, Sağlık İlişkin Veriler, 274.

90 Nitekim Kurum’un kamuoyu duyusunda da veri minimizasyonu ilkesini açıklanmıştır; “Herhangi bir veri işleme faaliyetinde olduğu gibi, COVID-19 virüsünün yayılmasını önleme amacına yönelik gerçekleştirilen veri işleme faaliyetleri de amaçla bağlantılı ve sınırlı ölçüde gerçekleştirilmeli, gereğinden fazla kişisel veri işlenmesinden kaçınılmalıdır. Hedeflenen amaca ulaşmak için imkân dâhilindeki en müdahaleci olmayan yolun tercih edilmesi gerekmektedir.”.

91 Ünal, Sağlık İlişkin Veriler, 268; Develioğlu, Hüseyin Murat: 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.

92 Bkz. yukarıda IV.

93 Bkz. yukarıda III, B.

94 Bkz. yukarıda III, C.

95 Hukuka aykırı soruya işçi ve işçi adayının doğru cevap verme zorunluluğu olmadığı yönünde açıklamalar için bkz. Ünal, Sağlık İlişkin Veriler, 277 ve dn. 60. Uluslararası Çalışma Örgütü de, veri işlemeye ilişkin ilkelere aykırı soru sorulması hâlinde çalışanın bu sorulara eksik cevap vermesinin işten çıkarma veya disiplin cezası verilmesine imkân vermediğini belirtmiştir. Bkz. ILO, Protection of Workers’ Personal Data 1997, 3, (6.8).

yakın temas halinde olan hemşire ve hasta bakıcılara aşı durumuna ilişkin soru sorulması, işyeri ile ilgili bir amaca yönelik olup bu şekilde veri işlenmesi, ölçülülük ilkesine uygundur<sup>96</sup>.

İşçi veya işçi adayının aşı durumuna ilişkin verisinin işlenmesine KVKK m. 6 ancak açık rızanın varlığı halinde cevaz vermektedir<sup>97,98</sup>. Açık rızanın geçerlilik kazanabilmesi için ise kişinin yaptığı davranışın bilincinde ve kendi kararı sonucunda olması; açık rızanın özgür iradeyle açıklanması gerekmektedir<sup>99,100</sup>.

İşçi ve işçi adayına rıza göstermeme imkânının etkin bir biçimde sunulmaması halinde ise rıza, geçerli bir açık rıza beyanı olarak değerlendirilemez<sup>101</sup>. Aşı olmadığını açıklarsa, işçinin iş ilişkisinin olumsuz etkileneceği veya işçi adayının işe alınmayacağı ihtimallerde, Covid-19 aşısını olup olmadığına ilişkin verisinin işlenmesinde açık rızanın geçerli olduğunu savunmak güçtür. Belçika Veri Koruma Otoritesi de Covid-19 ile mücadelede aşı verilerinin işlenmesine ilişkin 29 Ocak 2021 tarihli açıklamasında, işçi-işveren ilişkisinde işçinin rızasının nadiren özgür olabildiğine, işçinin rıza vermesi için baskı uygulanabildiğine işaret etmiş ve işverenin işçiden aşı kanıtı isteyemeyeceğini belirtmiştir<sup>102</sup>.

Belçika Veri Koruma Otoritesi'ne göre, işveren işyeri hekimine de işçilerin Covid-19 aşısı olup olmadığına soramaz. Otorite tarafından aksi durumun işçinin kişisel verisinin korunması hakkını ihlal ettiği gibi hekimin sır saklama yükümlüğüne aykırılık olduğu belirtilmiş ve açık rızanın da bu

96 Aynı yönde, **Delventhal**, Marlene: "Corona-Shutz vor Datenschutz? – Impfungen und die Verarbeitung personenbezogener Daten", *Newsdienst ZD-Aktuell*, 05053.

97 Belçika Veri Koruma Otoritesi'nin Covid-19 ile mücadelede aşı verilerinin işlenmesine ilişkin 29 Ocak 2021 tarihli açıklamasına göre, aşı verisi ancak kanun veya açık rıza ile işlenebilir. Bkz. <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/citoyen/themes/covid-19/vaccination> (Erişim tarihi: 31.03.2021).

98 Covid-19 virüsü ile bir araya gelmesi halinde hastalığın daha ağır seyretmesine yol açacak kronik rahatsızlık ya da daha önce geçirilen hastalık bilgilerinin işyerindeki organizasyonel önlemlerin planlanması ile sınırlı olmak ve işçilerden açık rızaları alınmak suretiyle işyeri hekimi tarafından toplanabileceğine ilişkin bkz. **Alp/Gürsel**, Sağlık Verileri, 27, 29.

99 Kişisel Verileri Koruma Kurulu 20.05.2020 tarihli ve 2020/404 numaralı kararı, <https://kvkk.gov.tr/Icerik/6913/2020-404> (Erişim tarihi: 30.03.2021).

100 Kişisel Verileri Koruma Kurulu da 20.05.2020 tarihli ve 2020/404 numaralı kararında "açık rızanın özgür iradeyle açıklanması gerektiğinden, herhangi bir hususun ilgili kişi tarafından açık rıza verilmesi şartına bağlanmaması, tarafların eşit konumda olmadığı veya taraflardan birinin diğeri üzerinde etkili olduğu durumlarda rızanın özgür iradeyle verilip verilmemesinin dikkatle değerlendirilmesi gerektiği"ni ifade etmektedir. Bu bağlamda da Kurul işçi-işveren ilişkisini örnek vermiş ve "işçiye rıza göstermeme imkânının etkin bir biçimde sunulmadığı veya rıza göstermemenin işçi açısından muhtemel bir olumsuzluk doğuracağı durumlarda, rızanın özgür iradeye dayandığının kabul edilemeyeceği"ni belirtmiştir. 95/46 sayılı Direktif m. 29 gereği kişisel verilerinin işlenmesinde bireylerin korunması amacıyla kurulan Veri Koruma Çalışma Grubu da, işçinin rızası ile veri işlemenin ikincil karakterine işaret etmekte ve açık rıza ile işlemenin ancak diğer hukuka uygunluk sebeplerinin gerçekleşmemesi halinde uygulanabilir olduğunu vurgulamaktadırlar. 2/2017 sayılı işte veri işlenmesine dair görüş, 08.06.2017, WP249, 23.

101 Kişisel Verileri Koruma Kurulu da 20.05.2020 tarihli ve 2020/404 numaralı kararında, "veri sorumlusu tarafından açık rıza metninin onaylanması için çalışanlara e-postalar gönderildiği, metni imzalamayan çalışanların listesinin tutulduğu, bu listelerin başkaca çalışanlara gönderilmesi suretiyle metni imzalamayan çalışanların metni imzalamalarının sağlanmasının talep edildiğinin anlaşıldığı, bununla birlikte çalışan tarafından onayın verilmemesi sebebiyle özlük dosyasının tamamlanmamış kabul edildiği durumlarda; işçiye rıza göstermeme imkânının etkin bir biçimde sunulmamasından ötürü verilen rızanın, geçerli bir açık rıza beyanı olarak değerlendirilemeyeceği" sonucuna ulaşmıştır.

102 Bkz. <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/citoyen/themes/covid-19/vaccination> (Erişim tarihi: 31.03.2021).

ihlalleri ortadan kaldıramayacağı ifade edilmiştir. Otorite'ye göre, rıza işçi-işveren ilişkisinde özgür olmadığı gibi özgür olduğu da kabul edilse hekimin sır saklama yükümlülüğünün istisnası değildir<sup>103</sup>.

Hukukumuzda da açık rıza olmaksızın sağlık verilerinin işlenmesi şartı, KVKK m. 6/3 hükmü ile, “*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*” işlemeyebilir. Bu işleme şartının varlığı için kanunda yazılı amaçlardan biri ve kanunda sayılmış kişi ve kurum ile kuruluşlarca yapılmalıdır. İşyeri hekimi, sır saklama yükümlülüğü altında iken işverenin böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır<sup>104</sup>. Dolayısıyla işyeri hekiminin işçinin aşı durumuna ilişkin verisini işlemesi, kanunda yer alan diğer usul ve ilkelere uyması kaydıyla hukuka uygundur. Ancak işyeri hekiminin işçinin söz konusu sağlık verisini işveren ile paylaşması, KVKK m. 6/3 hükmünde yazılı amaçlar dışında kalmakta olup hukuka aykırı işlemeyebilir. Öte yandan bu ihtimalde, hekimin sır saklama yükümlülüğüne aykırılık da ortaya çıkmaktadır<sup>105</sup>.

Görüldüğü üzere, hukukumuzda mevcut olan veri koruma esas ve usulleri, işçinin aşı durumuna ilişkin verisinin işveren tarafından öğrenilmesine imkân vermemektedir. Oysa aşı durumu, iş sözleşmesinin kurulması, türünün ve çalışma koşullarının belirlenmesi bakımından önemlidir. Alman kanunkoyucu bu ihtiyacı gözeterek işverenin Covid-19 aşısına ilişkin soru sorma hakkını kanun ile düzenlemiştir. Gerçekten, Enfeksiyona Karşı Koruma Kanunu §23a hükmüne göre<sup>106</sup>, “*Bulaşıcı hastalıklarla ilgili olarak Bölüm 23 (3) kapsamındaki yükümlülüklerin yerine getirilmesi gerektiği ölçüde, işveren, iş ilişkisinin kurulması veya türüne karar vermek için işçinin aşı hakkında kişisel verilerini işleyebilir.*” Benzer bir kanun hükmüne mevzuatımızda yer verilmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz<sup>107</sup>.

## SONUÇ

Ülkemizde Covid-19 aşısına erişim, sağlık çalışanları ve risk grubunda olanlar dışındakiler için uzun süre alacağı benzenmektedir. Zira, Sağlık Bakanlığınca belirlenen ve yukarıda yer verilen dört aşamalı aşı sırasında, belirli sektörler dışında (eğitim, gıda, taşımacılık sektörü gibi) yaş grupları

103 Bkz. <https://www.otoriteprotectiondonnees.be/citoyen/themes/covid-19/vaccination> (Erişim tarihi: 31.03.2021).

104 Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu madde hükmününün anayasaya aykırılığı iddiası ile açılan davada verdiği karara göre “*Sır saklama yükümlülüğü altında olan kişiler avukat, hekim veya mali müşavir gibi kendi kanunlarında görevleri dolayısıyla edindikleri bilgileri zamanla sınırlı olmaksızın açığa vurmaları yasak olan ve bu yasağın ihlali halinde hukuki ve cezai sorumluluğu olan kişilerdir.*” AYM 28.09.2017, E. 2016/125, K. 2017/143, RG 23.01.2018, 30310, para. 78; ayrıca bkz. Ünal, Sağlık İlişkin Veriler, 305-306.

105 İşyeri hekiminin sağlık verilerini işveren ile paylaşımına ilişkin açıklamalar için bkz. Ünal, Sağlık İlişkin Veriler, 272-274.

106 Bkz. Çalışma ve Sosyal İşler Bakanlığı ile Sağlık Bakanlığının 29 Mayıs 2020 tarihli açıklaması, [https://www.baua.de/DE/Aufgaben/Geschaeftsuehrung-von-Ausschuessen/AfAMed/pdf/Stellungnahme-Infektionsschutzgesetz.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.baua.de/DE/Aufgaben/Geschaeftsuehrung-von-Ausschuessen/AfAMed/pdf/Stellungnahme-Infektionsschutzgesetz.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (Erişim tarihi: 05.04.2021).

107 Belçika Veri Koruma Otoritesi de kişilerin aşı durumuna ilişkin verisini talep yasağının kanun ile kaldırılabileceğini belirtmiştir Bkz. <https://www.otoriteprotectiondonnees.be/citoyen/themes/covid-19/vaccination> (Erişim tarihi: 31.03.2021).

esas alınmıştır. Makalenin yazımı sürecinde, toplam ülke nüfusunun ancak % 8,5'inin ikinci doz aşısı olmuş ve 60-64 yaş arası kişilerin (B1 grubu) aşıları tamamlanmış olduğuna ilişkin bilgiler de dikkate alındığında<sup>108</sup>, çalışma hayatındaki kişilerin çoğunun aşısı henüz erişemediği söylenebilir.

Makalemiz ile Covid-19 aşısının iş ilişkilerine etkisi tartışmaya açılmış olup aşısı erişimin artması ile birlikte tartışmaların yoğunlaşmasını beklemekteyiz. Beklentilerimiz gerçekleşerek ihtilaflar yargıya taşınmadan karşılaştırmalı hukuka ilişkin incelemelerimiz sonucu önerdiğimiz kanuni değişikliklerin yapılması faydalı olacaktır.

## KAYNAKÇA

**Admır**, Kaptan Merter: *İşverenin Yönetim Hakkı*, İstanbul: On İki Levha, 2019.

**Akbulut**, Olgun: "Covid-19'a Karşı Türkiye'de Zorunlu Aşı Mümkün müdür?", *İstanbul Politik Araştırmalar Enstitüsü*, [https://d4b693e1-c592-4336-bc6a-36c134d6fb5e.filesusr.com/ugd/c80586\\_029a2dded4164c6ea81d94e2810b9e73.pdf](https://d4b693e1-c592-4336-bc6a-36c134d6fb5e.filesusr.com/ugd/c80586_029a2dded4164c6ea81d94e2810b9e73.pdf) (Erişim tarihi: 18.03.2021) (Zorunlu Aşı).

**Akın**, Levent: "Covid-19'un İş İlişkilerine Olası Etkileri", *Çimento İşveren*, Mayıs 2020, C. 34, S. 3, 16-71 (Covid-19).

**Akyiğit**, Ercan: *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2020.

**Alp**, Mustafa/**Gürsel**, İlke: "COVID-19 Pandemisinde İşçilere Ait Sağlık Verilerinin İşlenmesi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2020, S. 44, 11-32 (Sağlık Verileri).

**Benkert**, Daniel: "Wege aus der Pandemie – Impfpflicht im Arbeitsverhältnis?", *NJW-Spezial*, 2021, 50-51 (Impfpflicht).

**Bertelsmann**, Klaus: *Altersdiskriminierung im Arbeitsrecht*, 27.04.2005.

**Çelik**, Nuri/**Caniklioğlu**, Nurşen/**Canbolat**, Talat: *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul: Beta, 2020.

**Delventhal**, Marlene: "Corona-Shutz vor Datenschutz? – Impfungen und die Verarbeitung personenbezogener Daten", *Newsdienst ZD-Aktuell*, 05053.

**Develioğlu**, Hüseyin Murat: 6698 sayılı *Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.

**Doğan Yenisey**, Kübra: "İş Kanunu'nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", *Çalışma ve Toplum*, 2006, C. 4, S. 11, 1-43 (Eşitlik İlkesi).

**Dönmez**, Ünsal/**Güllü**, Gözdenur: "Covid 19 Gelişmeleri Karşısında Zorunlu Aşı Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler", *COVID-19 Küresel Salgısının Hukuktaki Yansımaları* (ed. Kemal Şenocak), Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları-I, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021, 953-978 (Zorunlu Aşı).

**Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019.

**Dursun Ateş**, Sevgi: *İşverenin Yönetim Hakkı*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.

**Ertürk**, Şükran/**Gürsel**, İlke, "İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi", *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan*, C. 1, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2011 (Eşit Davranma İlkesi).

**Fuhlrott**, Michael/**Fischer**, Katharina: "Impfpflicht im Arbeitsverhältnis?", *NJW*, 2021, 657-661 (Impfpflicht).

108 Sağlık Bakanı tarafından 27.03.2021 tarihinde paylaşılan tweet, <https://twitter.com/drfrhrettinkoca/status/137.584.5271914090505> (Erişim tarihi: 04.04.2021).



- Gökcan**, Hasan Tahsin: “Hasta Haklarının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması”, *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları* (eds. Özge Yücel, ve Gürkan Sert), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, 155-192.
- Gürsel**, İlke: *İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Güven**, Ercan/**Aydın**, Ufuk: *Bireysel İş Hukuku*, Eskişehir: Nisan, 2017.
- Güzel**, Ali: “İş Hukukunda ‘Yetki’ ve ‘Özgürlük’”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Turan Esener’e Armağan, C. 15, S. 1, 2016, 93-126 (Yeki ve Özgürlük).
- Hakeri**, Hakan/**Söğüt**, İpek Sevda: “Tıp Hukuku Açısından Bulaşıcı Hastalıklar”, *Adalet Dergisi*, S. 64, 2020, 57-85 (Bulaşıcı Hastalıklar).
- Helvacı**, Serap: *Gerçek Kişiler*, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2017.
- Joannidis**, Aris Ilias: *Das Verbot der Altersdiskriminierung im deutschen Arbeitsrecht*, Tübingen: Köhler, 2011.
- Kale Özçelik**, Fatmagül: “Hakların Çatışması ve Dengelenmesi Bağlamında Çocuklara Yönelik Zorunlu Aşı Uygulaması (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ekseninde Bir İnceleme)”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 2, 2020, 47-77 (Zorunlu Aşı).
- Kanadoğlu**, Korkut: “Zorunlu Aşının Anayasallığı”, *Lexpera Blog*, 20.02.2020, <https://blog.lexpera.com.tr/zorunlu-asinin-anayasalligi/#fnref8> (Erişim tarihi: 04.04.2021) (Zorunlu Aşı).
- Kandemir**, Murat/**Yardımcıoğlu**, Didem: “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, 2014, C. 19, S. 30-31, 1-44 (Eşitlik İlkesi)
- Kara Kılıçarslan**, Seda: *Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Kasapoğlu Turhan**, Mine: “İdari Kolluk Yetkisi Bağlamında Zorunlu Aşı Uygulaması”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 1, 2019, 1-40 (Zorunlu Aşı).
- Mollamahmutoglu**, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin/ **Baysal**, Ulaş: *İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku*, Ankara: Lykeion Yayınları, 2020.
- Naber**, Sebastian/**Schulte**, Willem: “Können Arbeitnehmer zu einer Corona-Impfung oder einem Impfnachweis verpflichtet werden?”, *NZA*, 2021, 81-86 (Corona-Impfung).
- Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe: *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Stüeck**, Volker: “Abmahnung und Kündigung im Zusammenhang mit Corona”, *Arbeitsrecht Aktuell*, 2021, 71-73 (Corona).
- Sur**, Melda: “İşverenin Yönetim Hakkının Çağdaş Sınırlamaları ve Sosyal Diyalog”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C. 21, Özel Sayı, 2019, 2281-2308 2285.
- Süzek**, Sarper: *İş Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020.
- Taşkent**, Savaş: *İşverenin Yönetim Hakkı*, İstanbul: İTÜ Yayınları, 1981.
- Thüsing**, Gregor: “Zulässige Ungleichbehandlung weiblicher und männlicher Arbeitnehmer-Zur Unverzichtbarkeit i.S. des § 611a Abs. 1 Satz 2 BGB”, *RdA*, 2001 (Ungleichbehandlung).
- Turan Başara**, Gamze: *Kişiliğin İhlalinden Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat ile Haksız Kazancın İadesi*, Ankara: Turhan Yayıncılık, 2018.
- Ugan Çatalkaya**, Deniz: “İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin İki Bileşeni: İşverenin Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrım Yasağı”, *Çalışma ve Toplum*, 2021, C. 2, S. 69, 859-898 (İki Bileşen).
- Ugan Çatalkaya**, Deniz: *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019.



- Ünal**, Canan: “İş Sözleşmesinin Kurulmasında Sağlığa İlişkin Veriler”, *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III* (ed. Tankut Centel), Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 7, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018, 261-318 (Sağlığa İlişkin Veriler).
- Ünal**, Canan: *İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Witteck**, Wolfgang: “COVID-19 Impfpflicht im Arbeitsverhältnis”, *Arbeitsrecht Aktuell*, 2021, 61-64 (Impfpflicht)
- Wünschelbaum**, Markus: “Covid-19: Pandemiebewältigung und Datenschutz”, *NZA*, 2020, 612-616 (Pandemiebewältigung).
- Yıldız**, Gaye Burcu: *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2008.
- Yuvalı**, Ertuğrul: *İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu*, Ankara: Turhan Yayıncılık, 2012.