

COVID-19 ve çalışanın Hastalığa Rağmen İş Görmesi (Presenteeism)

Dr. Öğr. Üyesi Ulaş Baysal
İstanbul Teknik Üniversitesi



İş hukukunda uzun bir süre çalışanların sağlıklı olmalarına rağmen hastalık gerekçesiyle işe devam etmemeleri (absenteeism) olgusu tartışmalara konu olmuştur. Bu konuda ortaya çıkan uyuşmazlıklar sıklıkla mahkemeler önüne taşınmış, yargı kararlarında konu tartışılmıştır[1]. Son dönemde ise yukarıda belirtilenin tersi sayılabilecek şekilde çalışanın hastalığına rağmen iş görmeye devam etmesi (Presenteeism) olgusu, önemli bir sorun olarak gündeme gelmektedir. Özellikle Dünya Sağlık rgt'nün COVID-19'u pandemik bir hastalık ilan etmesi ile birlikte sorunun ciddiyeti daha da artmıştır.

Hastalığa rağmen iş görme (Presenteeism), çalışanın sağlık durumunun tıbbi bakımdan işten uzak kalmasını gerektirmesini veya bu konuda bir hekim tavsiyesinin mevcut olmasını göz ardı ederek çalışmaya devam etmesidir[2]. İsviçre'de 2010 yılında yapılan bir araştırmaya göre ülke'deki çalışanların % 47'si son bir yıl içinde hasta olmalarına rağmen işe gittiklerini, bu çalışanların % 39'u bir ila üç gün, % 48'i dört ila on gün, % 12'si ise on günden fazla bu şekilde çalıştıklarını ifade etmişlerdir[3]. Farklı ülkelere bu konuda yapılan çalışmalarda, çalışanların %30 ila %50'sinin hasta

oldukları dönemlerde çalışmaya devam ettikleri sonucuna ulaşılmıştır[4]. Ayrıca sorunu sağlık bilimleri açısından ele alan çalışmalarda gün geçtikçe daha fazla çalışanın doktor tavsiyesinin tersine ve reçeteli ilaç kullanmak suretiyle hasta oldukları dönemde iş gördükleri belirtilmektedir[5].

Hastalığa rağmen iş görme eyleminin sebepleri çeşitli olup, iş arkadaşlarına yk olmamak, kendisi yerine çalışacak birinin bulunmaması, yönetici baskısı gibi sebepler ne çıkmaktadır[6]. Ayrıca hastalık nedenine dayanan fesiherlerin artması da bu yöndeki davranışın sebepleri arasında gösterilmektedir[7]. İşçinin işyerinde çalıştığı pozisyon veya çalıştığı sektör de bu konudaki davranışında belirleyici olmaktadır. Düşük nitelikli işlerde işi kaybetme korkusu hastalığa rağmen çalışanı iş görmeye iterken, yüksek nitelikli işlerde kariyere yönelik kaygılar bu yöndeki bir davranışı tetiklemektedir. Çalışılan iş bakımından ise, eğitim, sağlık gibi hizmet ağırlıklı sektörlerde bu durumla daha sık karşılaşılmaktadır[8]. Esas olarak hastalığa rağmen iş görme şeklinde bir olgunun ortaya çıkması küreselleşme sonucunda iş organizasyonundaki genel değişimle de doğrudan ilgilidir. Yeni dönemdeki çalışma ilişkilerinde çalışanlara birey

olarak, çalışma grupları halinde ve işyerleri bazında hedefler belirlemek şeklinde bir işletme yönetimi söz konusudur[9]. Dolayısıyla objektif bir sonucu borçlanan çalışan bakımından başarı baskısı söz konusu olmakta ve çalışanlar, üretkenliklerini düşürmek için hasta oldukları dönemlerde de iş görmeyi tercih etmektedirler[10].

Çalışanın hastalığa rağmen iş görmesi, her şeyden önce kendi sağlığını etkilemektedir. Gerekli istirahat gerçekleştirilmediği için hastalığın kronikleşmesi veya ilerlemesi sıklıkla karşılaşılan durumlardır[11]. Dolayısıyla alışan, söz konusu davranışıyla 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 19'de düzenlenen kendi sağlık ve güvenliliği tehlikeye düşürmeme yükümlülüğünü ihlal etmiş olmaktadır, bahsi geçen yükümlülük her şeyden önce kişinin kendine gelecek zararlardan kaçınmasını gerektirmektedir[12].

Bulaşıcı hastalıklar bakımından ise COVID-19 rneğinde olduğu üzere, çalışanın hastalığa rağmen işe devamı halinde, çalışan sadece kendisi risk altına girmemekte, çalışma arkadaşları bakımından da risk doğmuş olmaktadır. Bu durumda ise yine İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 19'de düzenlenen diğer çalışanların sağlık ve güvenliliğini tehlikeye düşürmeme

yükümlülüğünün ihlali söz konusudur. Bahsi geçen düzenlemede bu yükümlülüğün sınırları çalışanların iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili aldıkları eğitim ve işverenin bu konudaki talimatları olarak belirlenmiştir. Bir başka deyişle çalışandan bu yükümlülük kapsamında beklenecek davranışlar, iş sağlığı ve güvenliği konusunda aldığı eğitim ve işverenin iş sağlığı ve güvenliği konusundaki talimatlarına göre belirlenecektir[13]. Bu bağlamda bulaşıcı hastalıklarla ilgili yapılması gerekenlerin de iş sağlığı ve güvenliği eğitimi kapsamında çalışana aktarılması ve bu konuda gerekli talimatların çalışana verilmesi işverenden beklenecektir. COVID-19 özelinde son yaşananların ardından iş sağlığı ve güvenliği eğitimleri ile iş sağlığı ve güvenliği organizasyonunun, bulaşıcı hastalıkları daha fazla dikkate alarak tekrar yapılandırılması gereği ortaya çıkmıştır.

İşçinin bulaşıcı hastalığına rağmen işe gelmeye devam etmesi durumuna ilişkin olarak, bu durumla karşılaşan diğer işçi/işçiler açısından İş Kanununda haklı nedenle derhal fesih hakkı bağlamında bir düzenlemeye de yer verilmiştir. İş Kanunu m. 24/1/b uyarınca, işçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü başka bir işçi bulaşıcı bir hastalığa tutulursa, işçi iş sözleşmesini haklı

nedenle derhal feshedebilir. İş Kanunu m. 24/1/b çerçevesinde iş sözleşmesini feshedecek olan işçi, bu konuda objektif bir olguya veya en azından objektif bir şüpheye dayanmalıdır; sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işçinin bulaşıcı bir hastalığa tutulduğu konusunda basit bir şüphe yeterli sayılmamalıdır. Ayrıca işyerinde ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar bakımından İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13'de düzenlenen çalışmaktan kaçınma hakkı, COVID-19 çerçevesinde işyerinde objektif bir şüphenin, virüs taşıyıcısı bir çalışanın işyerinde iş görmeye devam etmesi gibi, varlığı halinde uygulama bulabilecektir.

Hastalığa rağmen iş görmeyen işverenin açısından mali olarak da önemli sonuçları mevcuttur. Bu konuda Amerika Birleşik Devletleri'nde yapılan araştırmalara göre hastalığa rağmen iş görmeyen işyerleri açısından maliyeti, hasta olunmamasına rağmen hastalık gerekçesiyle iş görmekten imtina edilmesinden iki ila üç kat daha yüksektir[14]. Çalışanın hasta şekilde iş görmesinin hastalığı diğer işçilere bulaştırması nedeniyle oluşan zararlar veya işçinin hasta olarak iş görmesinin neden olduğu iş kazaları maliyeti gibi zarar kalemleri dikkate alındığında oluşan maddi kayıpların

çok daha yüksek olduğu ortaya çıkacaktır.

Türk iş hukukunda işverenin koruma ve gözetme borcunun genel hukuki dayanağı olarak nitelenebilecek 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 417 uyarınca, işveren 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 uyumakla yükümlüdür. Söz konusu düzenlemede işverenin, koruma ve gözetme borcu iş sağlığı ve güvenliği bakımından, "gerekli her türlü önlemi almak", "araç ve gereçleri noksansız bulundurmak" şeklinde herhangi bir sınırlandırma olmaksızın belirlenmektedir. Türk hukuku bakımından bu yükümlülük 6331 sayılı Kanun düzenlemeleri ile somutlaştırılmaktadır[15]. İşyerinde yapılan işin, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması bakımından gerekli kıldığı tüm önlemlerin alınması kanunla öngörülen bir işveren yükümlülüğüdür. Hasta olan bir işçinin çalıştırılmaması da işverenin koruma ve gözetme yükümlülüğü içinde değerlendirilmelidir[16].

İşveren tarafından işçinin hasta olduğunun kolayca anlaşılabilirdiği hallerde, işveren açısından bir çalıştırmama yükümlülüğü söz konusu olmaktadır. Alman hukukunda Hamm Eyalet Mahkemesinin verdiği bir karar konuya ilişkindir. Karara konu olayda, yaşadığı iskelet sistemi sorunlarına ve ağır işlerde çalışamayacağına dair eski raporlarına rağmen inşaat işinde çalışmaya devam etmek isteyen işçiyi işverenin çalıştırmaya devam etmekle yükümlü olup olmadığı tartışılmıştır[17]. Hamm Eyalet Mahkemesinin kararında işverenin mevcut durumuna rağmen çalışmak isteyen işçiyi işten uzak tutmakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir. İsviçre hukukunda, yine



benzer yönde, gebeliğinin son d n mine yaklaşan bir opera sanatçısına, kendi sağlığını (ve bebeğin sağlığını) tehlikeye atacağı gerekçesiyle işveren tarafından sahneye çıkma konusunda kısıtlama konulması, İsviçre Federal Yüksek Mahkemesince hukuka uygun olarak değerlendirilmiştir[18]. Hatta bu hususta İsviçre hukukunda uzaktan çalışanlar bakımından da işverenin, hastalığa rağmen iş görmeyi engelleme yükümlülüğünün olduğu, uzaktan bir sisteme bağlanarak çalışanların hasta oldukları dönemde sisteme girişlerinin kapanması gerektiği dile getirilmektedir[19]. Bu doğrultuda hastalığına rağmen işyerine gelmek isteyen işçilerin, işveren tarafından engellenmesi, kartlı giriş sistemlerinde kartlarının girişe kapatılması da işverenin söz konusu yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmelidir.

Çalışanın hem kendi hem diğer çalışanların sağlık ve güvenliğini tehlikeye düşürmeme yükümlülüğü kapsamına giren hastalığa rağmen iş görme halinde işverenin kendine düşen yükümlülükleri yerine getirebilmesi için çalışanın sağlık durumuna ilişkin bilgiye ihtiyacı vardır. Söz konusu bilgi ise kuvvetle muhtemel çalışanın elinde bulunmakta olup çalışanın rızası olmadan işveren tarafından ulaşılması mümkün değildir. Böyle bir durumda işverenden beklenilecek olan, çalışanın bir hekime görünüp sağlık durumuna ilişkin raporu kendisine iletmesini talep etmesidir. Çalışanın işverenin söz konusu talebini reddetmesi sadakat borcuna aykırılık oluşturabilecektir. Ayrıca çalışanın, bulaşıcı hastalık durumunda gerekli testleri yaptırmak konusunda çaba göstermesi de sadakat borcu kapsamındadır. Yine bu kapsamda bulaşıcı hastalık ihtimali halinde işverenin  a-

lışanı işten uzak tutabileceği, gerekli hallerde evine gönderebileceği kabul edilmelidir[20]. COVID-19 konusunda yaşanılan sorunun büyüklüğü ve ciddiyeti göz önüne alındığında işverenin çalışanın virus taşıyıcısı olabileceği ihtimali doğan her durumda, işyerine girişini yasaklamak gibi bu konudaki gerekli  onlemleri almaya yükümlü ve dolayısıyla yetkili olduğu varsayılmalıdır. Bunun haricinde işçinin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüğüne aykırı davranışları halinde, olayın niteliğine göre işveren bakımından haklı nedenle derhal fesih hakkı veya TBK m. 400 çerçevesinde hukuki sorumluluğu da gündeme gelebilecektir[21].

İşverenin koruma ve gözetme borcunun karşısında çalışanın sadakat borcu yer almaktadır. Çalışanın iş görmesini engelleyen hastalıktan hızla iyileşebilmek için gerekli çabayı göstermesi ve bir an önce işine dönmesi de sadakat borcu kapsamında değerlendirilebilecektir. Hastalığa rağmen iş görme, hastalığın ilerlemesine ve daha uzun süreli olarak iş görmenin engellenmesine yol açabileceğinden, çalışanın doğruluk ve bağlılığa uymayan bir davranışı olarak nitelenebilir.

Çalışanın sağlık verisi, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m. 6/3 uyarınca özel nitelikli veri olmasından dolayı sadece kişinin kendi rızasıyla işveren tarafından ulaşılabilir hale gelir. İsviçre Federal Mahkemesinin 2001 yılında verdiği bir kararda çalışanın sağlık durumuna

ilişkin olarak işverene bilgi vermekle yükümlü olup olmadığı tartışılmıştır. Kararda işçinin işverene sağlık durumu ile bilgileri vermekle yükümlü olmadığı, söz konusu bilgilerin özel nitelikli kişisel veri olduğu belirtildikten sonra bu durumun istisnasının işçinin hastalığının işverene, diğer çalışanlara veya üçüncü kişilere zarar vermesi ihtimalinde gündeme geleceği ifade edilmiştir[22]. Dolayısıyla  alışan bakımından hastalığa rağmen iş görme konusundaki serbesti, çalışanın kendi sağlığını veya iş görme yeteneğini ya da üçüncü kişilerin sağlığını yahut iş görme yeteneğini tehlikeye atması ile sınırlanmıştır[23]. Yaşanan pandemi çerçevesinde de işçinin sağlık verilerinin işveren tarafından işlenmesi,    l  olduğu sürece, işçinin hastalığının işverene, diğer çalışanlara ve üçüncü kişilere zarar verme ihtimalinin yüksekliliği ve zararın ciddiyeti dikkate alındığında hukuku uygun kabul edilmelidir.

Yukarıda bahsedilenler haricinde çalışanın hastalığa rağmen iş görmesi, iş kazası ve meslek hastalığı bakımından da riskleri arttırılabilecektir. Basit bir örnekle, vücut ateşinin belirli bir seviyenin üzerine çıkması konsantrasyon kaybına veya g  te eksilmeye yol açarak, iş kazalarına elverişli bir zemin hazırlayabilir. Algıda eksilme yaratabilecek her türlü hastalık hali bu çerçevede değerlendirilebilir. Hastalığa rağmen iş görme, iş kazası haricinde meslek hastalıklarının ortaya çıkmasının kolaylaşması veya meslek hastalıklarına yatkınlık sonucunu doğurabilecektir[24].

Tüm bu hususlar göz önüne alındığında, çalışanın hastalığına rağmen iş görmesi, her şeyden önce İSGK m. 19'a göre kendi sağlık ve güvenliliğini tehlikeye düşürmeme ve diğer çalışanların sağlık ve



güvenliğini tehlikeye düşürmeme yükümlülüklerine aykırılık oluşturmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere, özellikle bulaşıcı hastalıklar bakımından, COVID-19 örneğinde olduğu üzere, çalışanın hastalığa rağmen işe devamı, işvereni, çalışma arkadaşları ve hatta üçüncü kişiler bakımından risk yaratmaktadır. Çalışanın iş sağlığı ve güvenliğini tehlikeye düşürmeme yükümlülüğünün somutlaşması açısından, iş sağlığı ve güvenliği konusunda aldığı eğitim ve işverenin iş sağlığı ve güvenliği konusundaki talimatları belirleyicidir. Bu bakımdan COVID-19 özelinde son yaşananlar, iş sağlığı ve güvenliği eğitimleri ile iş sağlığı ve güvenliği organizasyonunda, bulaşıcı hastalık tehditlerinin daha fazla göz önüne alınması gereğini ortaya koymuştur. İşçiler bakımından İş Kanunu m. 24/1/b'de mevcut fesih hakkının ve tüm çalışanlar bakımından İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13'de düzenlenen çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımı, COVID-19 çerçevesinde virüs taşıyıcısı bir çalışanın işyerinde iş görmeye devam etmesi veya işveren tarafından gerekli önlemlerinin alınmaması halinde gündeme gelebilir. İşverenin koruma ve gözetme borcunun genel hukuki dayanağı Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve bunu somutlaştıran 6331 sayılı Kanun düzenlemeleri, işverenin koruma ve gözetme yükümlülüğü kapsamında hasta olan bir işçiyi çalıştırmamasını gerektirmektedir. Bu doğrultuda hastalığına rağmen işyerine gelmek isteyen işçilerin engellenmesine yönelik, kartlı giriş sistemlerinde kartlarının

girişe kapatılması gibi, önlemler işveren tarafından alınabilir. İşveren tarafından önlemler alınabilmesi için ise çalışanın, sadakat borcu ve bu çerçevede değerlendirilebilecek iş sağlığı ve güvenliğini tehlikeye düşürmeme yükümlülüğü kapsamında, hastalığı veya hastalık şüphesine işverene vakit kaybetmeksizin bildirmesi gerekmektedir. Ayrıca COVID-19 gibi bir bulaşıcı hastalığa ilişkin bir şüphenin varlığı halinde, çalışanın bir hekime görünüp sağlık durumuna ilişkin raporu kendisine iletmesini ve gerekli testleri yaptırmasını işveren kendisinden talep edebilir. Çalışanın işverenin söz konusu talebini reddetmesi sadakat borcuna aykırılık oluşturabilecek, işveren bu durumda da çalışanın işyerinden uzak tutulmasına ilişkin tedbirleri alabilecek veya fesih hakkını kullanabilecektir. Bunun haricinde yaşanan pandemi çerçevesinde işçinin sağlık verilerinin işveren tarafından işlenmesi, ölçülü olmak kaydıyla, işçinin hastalığının işverene, diğer çalışanlara ve üçüncü kişilere zarar verme ihtimalinin yüksekliği ve zararın ciddiyeti, bir başka ifadeyle konunun yaşam hakkı ile ilişkisi dikkate alındığında, hukuka uygun varsayılmalıdır.

Kaynaklar:

- [1] Konu hakkında bkz. Baysal, Ulaş: *Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri*, Beta Yayıncılık, 2019, s. 40, dn. 71-72.
[2] Paerli, K./Hugi J.: *Arbeitsrechtliche Fragen bei Praesentismus (Arbeit trotz Krankheit)*, ARV 2012, S. 1, s. 3; Ashby, K./Mahdon, M.: *Why do employees come*

to work when ill? : An investigation into sickness presence in the workplace, London: The Work Foundation, 2010, s. 13.

[3] Grebner, S./Berlowitz, I./Alvarado, V./Cassina, M.: *Stress bei Schweizer Erwerbstätigen. Stressstudie 2010*, Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO), Bern, 2011, s. 82.

[4] Paerli/Hugi, s. 3.

[5] Paerli/Hugi, s. 3.

[6] Ashby/Mahdon, s. 8-9

[7] Paerli/Hugi, s. 4.

[8] Aronsson, G./Gustafsson, K./Dallner, M.: *Sick but yet at work. An empirical study of sickness presenteeism*, Journal of Epidemiology & Community Health, 2000, S. 54, s. 506.

[9] Krause, A./Dorsemagen, C./Peters, K.: *Interessierte Selbstgefährdung - Was ist das und wie geht man damit um?*, HR-Today 4/2010, s. 1.

[10] Krause/Dorsemagen/Peters, s. 1.

[11] Paerli/Hugi, s. 5.

[12] Baysal, s. 42.

[13] Baysal, s. 50-51.

[14] Paerli/Hugi, s. 5.

[15] Doğan Yenisey, K.: *İş Hukukunun Emredici Yapısı*, Beta Yayıncılık, 2014, s. 49.

[16] Baysal, s. 44.

[17] LAG Hamm, 10.11.1988 - 17 Sa 605/88, NZA 1989, s. 218.

[18] BGE 126 III 57 Erw.2d, in Pra 89 (2000), s. 121.

[19] Paerli/Hugi, s.9 ve dn.77.

[20] Paerli/Hugi, s. 10.

[21] Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Baysal, s. 116 vd. - 128 vd.

[22] BGER 4C.192/2001 vom 17.10.2001.

[23] Paerli/Hugi, s. 11.

[24] Baysal, s. 48.