

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

***İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ YÜKÜMLÜLÜKLERİNİ
İHLALİN HUKUKİ SONUÇLARI***

Doktora Tezi

GİZEM SARIBAY ÖZTÜRK

DANIŞMANI: PROF. DR. NURŞEN CANIKLIOĞLU

İstanbul, 2013

GİZEM SARIBAY ÖZTÜRK	İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ YÜKÜMLÜLÜKLERİNİ İHLALIN HUKUKİ SONUÇLARI	HUKUK ANA BİLİM DALI / ÖZEL HUKUK BİLİM DALI	İstanbul 2013
DOKTORA TEZİ			
<p>T.C.</p> <p>MARMARA ÜNİVERSİTESİ</p> <p>SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ</p> <p>HUKUK ANABİLİM DALI</p> <p>ÖZEL HUKUK BİLİM DALI</p> <p><i>İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ YÜKÜMLÜLÜKLERİNİ İHLALIN HUKUKİ SONUÇLARI</i></p> <p>Doktora Tezi</p> <p>GİZEM SARIBAY ÖZTÜRK</p> <p>İstanbul, 2013</p>			

ÖZET

İşverenlerin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini ihlali halinde işçilerin elinde dört imkan bulunmaktadır. Birincisi iş sağlığı ve güvenliğinin tehlike altında olduğunu düşünen işçinin çalışmaktan kaçınmasıdır. İkincisi, işverenini ihbar/şikayet etmektir. İş sözleşmesiyle çalışan işçinin kural olarak emeğinden başka geliri bulunmamaktadır. Bu sebeple işçiler, mümkün olduğu ölçüde sözleşmenin devam etmesini tercih eder. Ancak işçinin iş sağlığı ve güvenliğini tehdit eden tehlike nedeniyle sözleşmesini feshetmesi de mümkün olup, işçiye tanınmış olan üçüncü hak, sözleşmeyi haklı nedenle fesih hakkıdır. İşçilerin dördüncü hakkıysa tazminat talebidir. Ancak işçinin maddi ve manevi tazminatla destekten yoksun kalma tazminatı talepleri çalışmamızın kapsamı dışında bırakılmıştır. Zira bu üç tazminattan her biri başlı başına birer tez konusu olacak genişliktedir.

İşçilerin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini ihlal etmeleri halindeyse işverenler işçiden varsa zararın karşılanmasını isteyebileceği gibi, işçiye disiplin cezası uygulayabilir ya da işçilerin sözleşmelerini feshedebilirler. İşçilerin işyerinde iş güvenliğini tehlikeye düşürmeleri somut olayın koşullarına göre işverenin, işçinin sözleşmesini haklı nedenle feshine veya geçerli nedenle feshine sebep olabilir.

İş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini ihlal; işçi, işveren kadar devleti de ilgilendirmektedir. Devlet, kamu düzenini sağlayabilmek için gerektiğinde yaptırıma başvurmaktadır. Bunlardan ilki idari, ikincisi cezai yaptırımlardır. İdari yaptırımlar; işyerinde işin durdurulması, işçilerin çalışmaktan alıkonulması, idari para cezalarıdır. Cezai yaptırımlar ise TCK.'da öngörülen suçların karşılığı olarak belirlenmiş olan hapis veya adli para cezasıdır. Cezai sorumluluk, işverenin iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına aykırı bir davranışının iş müfettişinin işyerini teftiş etmesi sonucunda veya iş kazası ve meslek hastalığına bağlı olarak ortaya çıkması mümkündür. Türk Ceza Kanununda öngörülen yaptırımların uygulanmasıysa bir ölüm ya da yaralanma olayına bağlıdır.

SUMMARY

When an employer breaches occupational health and safety, employee has four options. First one is the right to refuse unsafe job. Second one is the notification and lodgement. Since an employee has no income other than working with a contract as a rule, employer prefer to keep the contract going. But, as a third right employee can terminate the contract. The fourth right is claiming for compensation. Despite the fact that employee can claim for compensation, I didn't analyse that subject. Because, right to claim for compensation is a heavily annotated subject.

If an employee breaches occupational health and safety, employer can claim not only fair and full equivalent for loss, but also can inflict a disciplinary punishment and terminate the employment contract.

Breaching occupational health and safety is a concern for the government as it is for the employer. Government has some sanctions to guarantee the public order. One of them is penal sanction, the other one is the is administrative sanction. Administrative sanctions are stoppage of work, suspension of working and administrative fine. Penal sanctions are imprisonment and judicial fine which are projected against in Turkish Penal Code. Criminal liability can occur in both labour inspector's investigation and occupational accident or occupational illness. But for enforcement the sanctions that are projected in Turkish Penal Code can only be applicable after an injury or death.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

TEZ ONAY BELGESİ

HUKUK Anabilim Dalı ÖZEL HUKUK Bilim Dalı DOKTORA öğrencisi GİZEM SARIBAY ÖZTÜRK'nın İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN İHLALİNİN HUKUKİ SONUÇLARI adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 30.09.2013 tarih ve 2013-37/16 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oy birliği oy çokluğu ile Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi 10 / 10 / 2013

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

- | | |
|------------------|------------------------------|
| 1. Tez Danışmanı | Prof. Dr. NURŞEN CANIKLIOĞLU |
| 2. Jüri Üyesi | Prof. Dr. SAVAŞ TAŞKENT |
| 3. Jüri Üyesi | Prof. Dr. TALAT CANBOLAT |
| 4. Jüri Üyesi | Yrd. Doç. Dr. SAİM OCAK |
| 5. Jüri Üyesi | Doç. Dr. KÜBRA DOĞAN YENİSEY |

İmzası

(Handwritten signatures of the jury members)

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	iv
KISALTMALAR.....	xvi

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	iv
§1. İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ KANUNUNDAN ÖNCEKİ DÖNEM	1
I. İş Kazalarının Ürkütücü Boyutu ve Özel Kanun Çıkarılmasının Nedenleri.....	1
II. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa Kadar Geçen Tarihsel Gelişim ...	4
III. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun Kapsamı	6
§2. İŞVERENİN İŞÇİYİ GÖZETME BORCU.....	9
I. Genel Olarak.....	9
II. İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun Kaynakları.....	10
III. İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun Hukuki Dayanağı.....	13
§ 3. İŞVERENLERİN İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	16
I. Gerekli Her Türlü Önlemi Alma Yükümlülüğü.....	16
II. Risk Değerlendirmesi Yapma Yükümlülüğü.....	19
III. İşverenin Acil Durumlara İlişkin Yükümlülükleri	21
IV. Sağlık Gözetimi Yapma Yükümlülüğü	23
V. Denetleme, Bilgilendirme ve Eğitim Verme Yükümlülüğü.....	27
VI. Çalışan Temsilcisi Görevlendirme Yükümlülüğü.....	30

VII. Çalışanların Görüşlerinin Alınması ve Katılımlarının Sağlanması Yükümlülüğü	32
VIII. İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu Kurma Yükümlülüğü.....	33
IX. İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimi Oluşturma ile İşyeri Hekimi ve İş Güvenliği Uzmanı Çalıştırma Yükümlülüğü.....	36
X. İş Sağlığı ve Güvenliğinin Koordinasyonunu Sağlama Yükümlülüğü	42
§4. İŞÇİLERİN İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ YÜKÜMLÜLÜKLERİ	43

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN YERİNE GETİRİLMEMESİ HALİNDE İŞÇİLERİN HAKLARI

§5. GENEL OLARAK.....	48
§6. ÇALIŞMaktan KAÇINMA HAKKI	49
I. İşçinin İş Görme Borcunun İstisnası Olarak Çalışmaktan Kaçınma Hakkı.....	49
II. 4857 sayılı Kanun'dan Önce Türkiye'de Çalışmaktan Kaçınma Hakkı.....	52
III. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Hukuki Niteliği.....	53
1. Tehlikeden kurtulmanın canlılarda görülen doğal bir hareket olduğu	53
2. Mücbir sebebe dayandığı.....	54
3. Ödemezlilik (ifa edilmezlik) defii olduğu	55
4. Temel bir güvenlik hakkı olduğu.....	56
5. Zaruret haline dayandığı.....	56

6. Katıldığımız görüş: İşverenin temerrüdü olduğu	57
a. Genel olarak	57
b. Klasik alacaklı temerrüdü ile çalışmaktan kaçınma hakkı halinde kabul edilen alacaklı temerrüdünün farkları.....	62
IV. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Koşulları	62
1. Ciddi ve yakın tehlikenin varlığı	62
a. İş Kanunu mülga m. 83 döneminde	62
aa. Genel olarak	62
bb. İş Kanunu mülga m. 83 ile hükmün bilim kurulu taslağı arasındaki fark	66
b. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu döneminde	68
2. İşçinin tehlikenin tespitine ilişkin başvurusu	72
a. Başvuru usulü	72
b. Tehlikenin ciddi ve yakın olduğunu tespit edecek olan merci ...	72
aa. İş sağlığı ve güvenliği kurulları	72
bb. İş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturmakla yükümlü işyerleri	75
aaa. İşyerinde elli işçi çalıştırma koşulu	75
bbb. İş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturulma zorunluluğu için gerekli diğer koşullar.....	84
cc. İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulunun Yapısı	86
dd. İşveren ya da işveren vekiline başvuru	87
3. İşçinin Talebinin Kabulü	89
a. Ciddi ve yakın tehlikenin tespiti	89

b. İşverenin Kurul Kararına Uyuma Yükümlülüğü.....	90
4. Tehlikenin devam etmesi.....	93
5. İşin durdurulmamış olması.....	95
V. İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkına Yönelik Başvurusunun Reddi	96
1. Genel olarak.....	96
2. İşçinin TBK. m. 408 (818 sK. m. 325) çerçevesinde çalışmaktan kaçınması.....	97
3. İşçinin Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü başvurması.....	99
VI. İşçinin Kendi Kararı İle Çalışmaktan Kaçınma Hakkını Kullanması	101
1. İş Kanunu mülga m. 83 döneminde.....	101
2. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Döneminde.....	103
a. Tehlikenin yakın ve ciddi olması halinde.....	103
b. Yakın ve ciddi tehlikenin önlenemez olması halinde.....	104
VII. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının İhbarı.....	107
VIII. Çalışmaktan Kaçınma Hakkını Hukuka Aykırı Hale Getiren Durumlar.....	110
IX. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Hukuki Dayanakları.....	115
1. 155 sayılı ILO Sözleşmesi.....	115
a. Genel olarak.....	115
b. Çalışmaktan kaçınma hakkında karar verme yetkisi ve uygulama	121
2. 89/391 sayılı Avrupa Birliği Çerçeve Yönergesi.....	124
X. İşverenin Devamlı İşçisi Olmayan İşçiler.....	127

1. Genel olarak.....	127
2. Alt işverenin işçileri.....	129
a. Genel olarak.....	129
b. Asıl ve alt işverenin işçiyi gözetme borcundan sorumlulukları	130
c. Alt işveren işçilerinin çalışmaktan kaçınma hakkı.....	136
3. Geçici İş İlişkisi Kurulan İşçiler.....	138
a. Genel Olarak.....	138
b. Geçici ve sürekli işverenin işçiyi gözetme borcundan sorumlulukları.....	141
c. Geçici işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması.....	149
XI. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Hüküm ve Sonuçları.....	152
1. İş sözleşmesinin durumu (askı hali)	152
2. İşçinin çalışmaktan kaçındığı süreye ilişkin ücret ve diğer hakları talep hakkı.....	155
3. Çalışmaktan kaçınılan sürelerin çalışma süresinden sayılması... ..	159
4. Çalışmaktan kaçınan işçiye disiplin cezası uygulanamaması	160
5. İşverenin işçiye başka bir iş teklif etmesi.....	161
6. Çalışmaktan kaçınan işçi yerine yeni işçi alınması	163
7. Çalışmaktan kaçınılan sürede işçinin sosyal güvenliği	163
a. Askı halinde işçinin sosyal güvenliği	163
b. Sigortalılık niteliği.....	168
c. Sigortaya bildirim ile prim ödeme yükümlülüğü	172
8. İş Sözleşmesinin işveren tarafından feshi.....	174

XII. İşyerindeki yakın ve ciddi tehlikenin birden çok kişiyi ilgilendirmesi	180
§7. İHBAR VE ŞİKAYET HAKKI.....	182
I. İhbar ve Şikayet Hakkına İlişkin 81 sayılı ILO Sözleşmesi	182
II. Türk Hukukuna Bakış	183
III. İhbar ve Şikayet Hakkına İlişkin Usul.....	189
IV. İhbar ve Şikayeti İnceleyecek Mercii	192
V. İhbar ve Şikayet Üzerine Yapılacak Denetim	195
1. Denetimi yapılacak olan ihbar ve şikayetlerin seçimi.....	195
2.İhbar ve şikayet üzerine denetime ilişkin esaslar	198
3. Müfettişlerin denetim sırasındaki yetkileri ve bu yetkilerin sınırları	202
4. İhbar ve şikayet üzerine denetimin sonuçları	206
a. Teftiş raporu hazırlanması	206
b. Teftişe ara verme veya idari para cezası verilmesi	207
c. İşçiye ihbar ve şikayet hakkını kullanması sebebiyle farklı davranılmaması.....	210
VI. İşçilerin İhbar ve Şikayet Haklarını Kötüye Kullanmaları.....	214
VII. Özel Bir İhbar Kurumu : Ahlaklı İhbar (<i>Whistleblowing</i>).....	215
1. Ahlaklı ihbar (whistleblowing) kavramı	215
2. Ahlaklı ihbar (whistleblowing) ile şikayet ve ihbar hakkı arasındaki ilişki.....	219
§8. İŞÇİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNİ FESİH HAKKI.....	223
I. Genel Olarak.....	223
II. İşin durdurulması halinde işçinin haklı nedenle fesih hakkı.....	229

III. İşverenin işçisi olmayan işçilerin haklı nedenle fesih hakkı	230
---	-----

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN YERİNE GETİRİLMEMESİ HALİNDE İŞVERENLERİN HAKLARI

§9. İŞÇİDEN ZARARIN KARŞILANMASINI İSTEME HAKKI	233
§10. İŞVERENİN DİSİPLİN CEZASI UYGULAMA HAKKI	237
I. İşverenin Devamlı İşçileri Bakımından.....	237
1. Genel olarak.....	237
2. Disiplin cezası verme yetkisi.....	245
3. Disiplin cezalarının tebliği.....	246
4. Disiplin cezalarının denetimi.....	247
II. İşverenin Devamlı İşçisi Olmayan İşçiler Bakımından	251
§11. İŞVERENİN İŞ SÖZLEŞMESİNİ FESİH HAKKI	253
I. Genel Olarak.....	253
II. İş Sağlığı ve Güvenliği Kurallarına Uyulmaması Halinde İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı.....	254
1. İşçinin iş sağlığı ve güvenliğini tehlikeye düşürmesi veya işyerindeki malları zarara uğratması.....	254
a. İşçinin iş sağlığı ve güvenliğini tehlikeye düşürmesi.....	254
b. İşçinin işyerindeki malları zarara uğratması	258
2. İşçinin hatırlatıldığı halde görevlerini yapmamakta ısrar etmesi	264
3. İşçinin içki ve uyuşturucu kullanma yasağına aykırı hareket etmesi	268

4. İşçinin kendi kusurundan kaynaklanan hastalık veya sakatlığı...	270
5. İşçinin hastalığının tedavi edilememesi ve çalışmasının sakınca arz etmesi	271
III. Haklı Nedenle Fesih Bildirimi Çerçevesinde Tazminat Alacağı .	272
IV. İş Sağlığı ve Güvenliği Kurallarına Uyulmaması Halinde İşverenin Geçerli Nedenle Fesih Hakkı.....	272
1. Genel olarak.....	272
2. Geçerli veya haklı fesih sebebi olmayan haller	273
3. Geçerli fesih halleri.....	277
V. İşverenin İşçisi Olmayan İşçilerin İş Sözleşmelerinin Feshi.....	281

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN YERİNE GETİRMEMESİ HALİNDE İŞVERENLERE UYGULANAN YAPTIRIMLAR

§12. İDARİ YAPTIRIMLAR	283
I. Genel Olarak.....	283
II. İşin Durdurulması.....	286
1. Genel olarak.....	286
2. İşin durdurulmasının koşulları.....	288
3. İşin durdurulması kararını verecek merci	292
a. Kural olarak	292
b. İstisnai durumda	297

c. Askeri işyerleriyle yurt emniyeti için gerekli maddeler imal olunan işyerlerinde	299
4. İşin durdurulması kararı.....	301
5. İşin durdurulması kararının uygulanması	304
6. İşin durdurulması kararına itiraz ve sonucu	306
7. İşin Durdurulması Halinde İş Sözleşmelerinin Durumu ve İşçilik Hakları	308
a. İşverenin devamlı işçilerinin iş sözleşmelerinin durumu ve işçilik hakları	308
b. İşverenin işçisi olmayan işçilerin iş sözleşmelerinin durumu ve işçilik hakları	314
8. İşin durdurulması kararının kaldırılması	315
9. Acele hallerde işin durdurulması	317
III. İşçilerin Çalışmaktan Alıkonulması	319
1. Yaş, cinsiyet ve sağlık durumu nedeniyle özellik gösteren işçilerin çalıştırılması.....	319
2. İşçilerin çalışmaktan alıkonulmasına ilişkin esaslar	323
IV. İdari Para Cezaları	325
1. Genel olarak.....	325
2. İdari para cezalarının niteliği.....	327
3. İdari para cezasını gerektiren haller.....	328
a. İş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğüne ilişkin idari para cezaları	328
b. İş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve diğer sağlık personeli görevlendirme yükümlülüğüne ilişkin idari para cezaları.....	329

c. İşyeri hekimleri ve iş güvenliği uzmanlarının çalışma şartlarına ilişkin idari para cezaları	333
ç. Risk değerlendirme yapma yükümlülüğüne ilişkin idari para cezaları.....	334
d. Acil durumlara ve tahliyeye ilişkin idari para cezaları	335
e. İş kazası ve meslek hastalıklarının kayıt ve bildirim yükümlülüğüne ilişkin idari para cezaları	337
f. İşverenin sağlık gözetimi yükümlülüğüne ilişkin idari para cezaları.....	339
g. İşverenin çalışanları bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin idari para cezaları.....	340
ğ. İşverenin çalışanları eğitim yükümlülüğüne ilişkin idari para cezaları.....	341
h. İşverenin çalışanların görüşlerinin alınması ve katılımlarının sağlanması yükümlülüğüne ilişkin idari para cezaları	342
ı. İşverenin çalışan temsilcilerine ilişkin yükümlülüklerine aykırı davranması halinde idari para cezaları	344
i. İşverenin iş sağlığı ve güvenliği kuruluna ilişkin yükümlülüklerine aykırı davranması halinde idari para cezaları .	345
j. İş sağlığı ve güvenliği koordinasyonu yükümlülüğüne aykırılığa ilişkin idari para cezaları	347
k. Denetim yükümlülüğüne aykırılık halinde idari para cezaları .	348
l. İşin durdurulması yükümlülüğüne ilişkin idari para cezaları....	351
m. İşverenin güvenlik raporu veya büyük kaza önleme politika belgesine ilişkin yükümlülüğüne aykırı davranması halinde idari para cezaları	353

n. İş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çeşitli yönetmeliklerin ihlali halinde idari para cezaları.....	355
4. İdari para cezasında fail	359
a. Genel olarak	359
b. Geçici iş ilişkisinde.....	363
c. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde.....	364
5. İdari para cezasının verilmesi ve tebliği	364
6. İdari para cezasına itiraz	365
a. İdari para cezasına itirazda görevli mahkeme	365
b. Mahkemeye başvurulması ve inceleme.....	370
c. Mahkeme kararına karşı itiraz	373
7. İdari para cezasının ödenmesi ve tahsili	374
8. İdari para cezasının artışı	375
9. İdari para cezasında zamanaşımı	380
§13. CEZAI YAPTIRIMLAR	382
I. Genel Olarak.....	382
II. Ceza Hukukunda Fail	383
III. Failin Kusuru	387
IV. Ceza Davası	396
V. Türk Ceza Kanunundaki İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Suçlar	400
1. Taksirle öldürme	400
2. Taksirle yaralama.....	403
3. İş sağlığı ve güvenliği konusundaki diğer suçlar	405
VI. Hakimın Takdir Hakkı ve Cezanın Belirlenmesi	407

VII. Cezanın Tekerrürü.....	408
VIII. Şikayet ve Şikayetten Vazgeçme.....	410
IX. İşverenin Alacağı Cezanın Mahiyetini Etkileyen Ceza Usul Hukuku Müesseseleri.....	413
1. Uzlaşma	413
2. Önödeme.....	415
3. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi	417
4. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması.....	418
X. Türk Ceza Kanunundaki Hapis Cezasına Alternatif Yaptırımlar ..	420
1. Cezanın paraya çevrilmesi ve diğer yaptırımlar	420
2. Hapis cezasının ertelenmesi.....	422

KISALTMALAR

AIY	: Askeri İşyerleriyle Yurt Emniyeti İçin Gerekli Maddeler Üretilen İşyerlerinin Denetimi, Teftişi ve Bu İşyerlerinde İşin Durdurulması Hakkında Yönetmelik
AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AET	:Avrupa Ekonomik Topluluğu
AnY	: Anayasa
ATIY	: Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği
BK	: Borçlar Kanunu
ÇGİÇY	: Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
ÇİSGEUY	: Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
ÇSGB	: Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı
ÇSGBTGHK	: Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CT.	: Code du Travail
DEÜ	: Dokuz Eylül Üniversitesi
E	: Esas
Geç	: Geçici
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İAÇRDK	: İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanun
İAÇRIY	: İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik

İAÇRDK	: İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanun
İHSGHD	: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
İİDKDT	: İşyerlerinde İşin Durdurulmasına veya İşyerlerinin Kapatılmasına Dair Tüzük
İİDKDY	: İşyerlerinde İşin Durdurulması ve Kapatılmasına Dair Yönetmelik
İİDY	: İşyerlerinde İşin Durdurulmasına Dair Yönetmelik
İSİGT	: İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü
İSG	: İş sağlığı ve güvenliği
İşK	: İş Kanunu
İTR	: 2013/4 sayılı Genelgenin eki niteliğindeki İş Teftiş Rehberi
İTT	: İş Teftiş Tüzüğü
İTKY	: Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Yönetmeliği
K	: Karar
KK.	: Kabahatler Kanunu
KOBİ	: Küçük ve orta büyüklükteki işletme
Krş	: karşılaştırınız
m	: madde
MKY	: Makine Koruyucuları Yönetmeliği
OSHA	: Occupational Safety and Health Administration
OSH Act	: Occupational Safety and Health Act
RDY	: İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği
STİSK	: Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
sY	: sayılı Yönerge
sK	: sayılı Kanun
sS	: sayılı Sözleşme
SSGSSK	: Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu
TBK.	: Türk Borçlar Kanunu
TİSGLK	: Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu

TMK. : Türk Medeni Kanunu
TMY : Tozla Mücadele Yönetmeliği
Vol : Volume
YCGK : Yargıtay Ceza Genel Kurulu

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Ş1. İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ KANUNUNDAN ÖNCEKİ DÖNEM

I. İş Kazalarının Ürkütücü Boyutu ve Özel Kanun Çıkarılmasının Nedenleri

Yaşama hakkı kişinin en temel hakkıdır. Söz konusu hakkın var olmadığı bir düzende hiçbir hakkın varlığından bahsedilemez. İş ilişkisinde işveren malvarlığını, işçi ise fiziki ve psikolojik varlığını riske atmaktadır¹. Bu sebeple işçinin yaşama hakkının iş ilişkisi boyunca titizlikle korunması gerekmektedir. Nitekim Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Anayasasının² giriş kısmında işçilerin genel ve mesleki hastalıklar ve iş kazalarına karşı korunmasına ilişkin önlemlerin alınması, sosyal adaletin gerçekleşme şartları arasında gösterilmiştir. Sağlıklı ve güvenli iş ortamı, motivasyonu ve verimi arttırdığı gibi işletmelerarası haksız rekabeti de önlediğinden, işçilerin sağlıklı ve güvenli bir ortamda çalışmalarında işçiler kadar işletmelerin de birçok menfaati bulunmaktadır. Diğer taraftan çalışma ortamının işçiler için güvenli olması toplumun da lehinedir. Çünkü sağlıklı çalışma ortamı, sağlıklı toplumun ön şartıdır³.

İş sağlığı ve güvenliği alanında üzerinde durulması gereken iki temel konu vardır. Bunlardan ilki iş kazası ve meslek hastalıklarının önlenmesi, ikincisi ise bu kazaların sebep olduğu zararların tazminidir. Sanayileşme sürecinde, iş kazalarının sayısındaki artış, toplumu iş sağlığı ve güvenliği konusuna duyarlı kılmaya başlamış olmakla

¹ GÜZEL Ali, Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin Işığında Hizmet Sözleşmesinin “Intuitus Personae” Niteliği Üzerinde Yeniden Düşünmek, Halid Kemal Elbir’e Armağan, İstanbul 1996, 188 (Intuitus Personae).

² Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Anayasası için bkz. http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/ilo_anayasa.htm, 08.04.2010.

³ TUNCAY Can, İşyeri Hekimliğine Alternatif Model: Uluslararası Uygulamalar, İşyeri Hekimi İstihdamında Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Semineri, TİSK Yayın No: 226, Eylül 2002, 82 (Alternatif Model).

birlikte bu dönemdeki temel strateji ve yürürlüğe konulan hükümler, riski önleme ve kazalara karşı işçileri korumak değil, riskin sonuçlarını onarmak ve sorumluluk ilkeleri çerçevesinde işçinin zararını tazmin etmek amacına yönelmiştir⁴. Yakın zamana kadar iş sağlığı ve güvenliği de hem işverenler hem işçiler hem de Yargıtay tarafından kaza ve hastalık nedeniyle ortaya çıkan tazminatlar açısından incelenmiştir. İşverenler iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinden ziyade tazminat ödemeyi tamamen ya da kısmen engelleme yollarını, işçiler tazminat miktarını artırma yollarını aramış, olayın en çok tazminat boyutu üzerinde çalışmalar yapılmıştır⁵. Oysa iş sağlığı ve güvenliğinde önleme ve tazmin unsurları bir bütün olmakla birlikte, konu insan yaşamı olduğundan, tazminden ziyade tehlikeyi önlemek esas olmalıdır. Konuya ilişkin en temel düzenleme olan Avrupa Birliğinin 89/391 sayılı Çerçeve Yönergesinde de önlem almanın önemi belirgin şekilde ortaya çıkmaktadır⁶.

Ülkemizin iş sağlığı ve güvenliği konusundaki mevcut durumunun anlaşılması için iş kazası ve meslek hastalıkları istatistiklerinin incelenmesi yol gösterici olacaktır. Bunun için Sosyal Güvenlik Kurumunun her yıl yayınladığı iş kazası ve meslek hastalığı istatistikleri önem arz etmektedir. Ancak söz konusu istatistikler sadece sigortalı çalışanları kapsamakta, ülkemizde yoğun şekilde bulunan kayıtdışı istihdama ışık tutmamaktadır. Hatta bu istatistikler sadece Kuruma bildirilen vakaları yansıttığından aşağıda verilen istatistiklerden çok daha olumsuz bir tablo içinde olduğumuz yorumu yanlış olmayacaktır⁷.

2010 yılı SGK istatistiklerine göre, 62.903 iş kazası, 533 meslek hastalığı tespit edilmiş, bunların 1.454'ü ölümlerle sonuçlanmıştır. 2009 yılı sonuçları ile karşılaştırıldığında

⁴ GÜZEL Ali, Dünya'da ve Ülkemizde İşyeri Hekimliğine Yaklaşım, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Uluslararası ve Ulusal Hukuk Sisteminde İşyeri Hekimliği Sempozyumu (24 Mayıs 2003), Temmuz 2003, 10 (İşyeri Hekimliği).

⁵ AKIN Levent, İSG Açısından İşveren ve Vekillerinin Hukuki, İdari ve Cezai Sorumlulukları, Çimento Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliği Sempozyumu, Tebliğler ve Tartışmalar, Ankara 2009, 69 (Sorumluluklar).

⁶ AKIN, Sorumluluklar, 69-70.

⁷ SÜZEK Sarper, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Konusunda Somut Çözüm Önerileri, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, 305 (Öneriler); ŞARDAN Serdar, İş Sağlığını ve Güvenliğini Yönetmek, İş Sağlığı ve Güvenliği Dergisi, S. 35, Y. 7, Temmuz-Ağustos-Eylül 2007, 12.

meydana gelen iş kazalarında %2 azalma, meslek hastalığı sayısında ise %24 artış olduğu görülmüştür. Sonuçlara göre iş kazası oranı azalmasına rağmen, ölümlü iş kazalarında 2010 yılında bir ö

nceki yıla göre %23 artış yaşanmış olup, en çok iş kazası 25-29 yaş grubu arasındaki işçilerde, 1-3 arasında işçi çalıştıran işyerlerinde, işçinin kaza geçirdiği işveren nezdindeki çalışma süresine göre 3 ay-1 yıl arası kıdemlilerde görülmüştür⁸.

Ulusal iş sağlığı ve güvenliği konseyi⁹, iş sağlığı ve güvenliği konusunda Türkiye'nin öncelikleri ve bu alanda 2009-2013 yıllarında ulaşılması planlanan hedefleri kapsayan Politika belgesi (II) hazırlamıştır. Belirtilen sürede ulaşılması planlanan hedeflerden biri, tespit edilememiş meslek hastalığı vaka sayısının tespitinin %500 artırılması iken, iş kazasında “yüzbin işçide iş kazası oranının %20 azaltılmasıdır”¹⁰. Ancak ne iş kazası ne de meslek hastalığı için hedeflenen oranların yakınında olduğumuzu ifade etmek mümkündür.

Hedeflenen düzeye gelinebilmesi, başka bir deyişle işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için öncelikle yasal zeminin sağlam bir şekilde kurulması, ardından da söz konusu düzenlemelerin işler hale getirilmesi ve kurulan bu sistemin devamlılığının sağlanması gerekmektedir.

⁸ ÇETİNKAL Altan, İş Kazası ve Meslek Hastalıklarına İlişkin SGK Verileri Yayımlandı, MESS İşveren Gazetesi, Ocak 2012; ayrıntılı tablo için bkz. www.sgk.gov.tr

⁹ Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından 2005 yılında iş sağlığı ve güvenliğinde sosyal taraflar (işçi ve işveren sendikaları), üniversiteler, sivil toplum kuruluşları, diğer ilgili kurum ve kuruluşları biraraya getirerek iş sağlığı ve güvenliği konusunda ihtiyaç, öncelik, politika ve stratejilerin belirlenmesi ile tarafların görüş ve düşüncelerini açıklamalarını sağlayan bir platform oluşturmak üzere "Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi" kurulmuştur. İş sağlığı ve güvenliğinde ulusal politikaların belirlenmesi amacıyla kurulan Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi İSGK. m. 21 ile kanuni dayanağa kavuşturulmuştur (DEMİR Fevzi, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası-14, İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi, <http://www.gozlemgazetesi.com/yazarlar/prof-dr-fevzi-demir/1394-is-sagligi-ve-guvenligi-yasasi-14-ulusal-is-sagligi-ve-guvenligi-konseyi.html>, (05.05.2013).

¹⁰ www.tb.org.tr/kol/is/images/stories/file/isgii.doc, (07.02.2012).

Yakın zamana kadar iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin kurallar İş Kanununda düzenlenmekteydi. Oysa gelişmiş Avrupa ülkeleri ile Amerika Birleşik Devletlerinde uzun yıllardan bu yana salt iş sağlığı ve güvenliği hükümlerinin düzenlendiği özel kanunlar bulunmaktadır. Bu yönde olmak üzere ülkemizde de İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun çıkartılması yönünde yapılan çalışmalar neticesinde, 30 Haziran 2012’de 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu yayımlanmıştır. Çalışmamız İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun kabulünden önce başlamış, ancak daha sonra tamamlanmıştır. Dolayısıyla bu çalışmada hem İş Kanununun iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümleri hem de İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun incelenmesi mümkün olmuştur.

II. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa Kadar Geçen Tarihsel Gelişim

4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girdikten sonra Kanunun iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümlerinin uygulama esaslarını düzenleyen Yönetmelikler çıkarılmıştı. Bu konuda ilk Yönetmelik İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği olup, bu Yönetmelik ile iş sağlığı ve güvenliğinin genel çerçevesi oluşturulmaya çalışılmıştı¹¹. Ancak İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliğinin yürütmesi 24.05.2004 tarihinde Danıştay tarafından önce durdurulmuş, sonra yönetmelik iptal edilmiştir¹². Bu kararların temelinde Danıştay 10. Dairesinin 4857 sayılı İş Kanununun 78. maddesi uyarınca, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili ilkelerin, bir üst hukuk normu olan tüzükle düzenlenmeden, doğrudan yönetmelikle düzenlenmesini anılan Kanun hükmüne aykırı bulması vardır. İptal kararından sonra Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı neredeyse aynı metni, “İş Sağlığı ve Güvenliği Tüzüğü Taslağı” olarak Başbakanlık’a göndermiştir. Başbakanlık da taslağın incelenmesi için taslağı Danıştay’a iletmiştir. Danıştay 5. Dairesi, Taslak’ın “Tüzük taslağında yer alması zorunlu olan ilkelerin içeriği belli, somut ve etkin kurallar halinde düzenlenmediği, soyut ve uygulama gücü olmayan bir biçimde ifadelendirildiği, standartların belirlenmediği, yoruma açık olduğu, uygulamada karışıklığa ve duraksamaya neden olabileceği için incelenemeyeceği” gerekçeleriyle Taslak’ı

¹¹ BAYRAM Fuat, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarı Taslağı Üzerine, Legal İHSGHD, S. 16, C. 4, 2007, 1310 (Tasarı Taslağı).

¹² Danıştay 10. Dairesi, 15.06.2006 tarih ve 2004/1942E. ve 2006/3007 sayılı kararı ile iptal edilmiştir (www.kazanci.com.tr).

Başbakanlığa iade edilmek üzere Danıştay Başkanlığına sunmuştur¹³. Bu gelişmeler sonrasında iş sağlığı ve güvenliği alanının temel bir kanunla düzenlenmesinin daha uygun olacağına karar verilmiş ve ilk taslak Aralık 2006'da hazırlanarak sosyal tarafların görüşlerine sunulmuştur. Sosyal tarafların eleştirileri üzerine Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı taslağı geri çekmiş olup, bundan sonraki yıllarda birden çok taslak hazırlanmıştır¹⁴.

Son tasarı taslağından evvel, 15.05.2008 tarihinde 5763 sayılı Kanunla İş Kanunu'nun İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmelikleri başlıklı 78. maddesi, aynı başlıkla; İşyeri Hekimleri başlıklı 81. maddesi İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri başlığıyla yeniden düzenlenmiş; İş Güvenliğiyle Görevli Mühendis veya Teknik Elemanlar başlıklı 82. maddesi ise yürürlükten kaldırılmıştır. 5763 sayılı Kanunla İş Kanununun özellikle 81. maddesine getirilen yeniliklerin ayrıntıları ise İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmelikte¹⁵ düzenlenmiştir. Bu yönetmelik ise 2010 yılında çıkarılan İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği¹⁶ ile yürürlükten kaldırılmıştır. Diğer taraftan 23.07.2010 tarihinde 6009 sayılı Kanunla İş Kanununun 81. maddesinde değişiklikler yapılmıştır¹⁷. Tüm bu gelişmeler sonrasında ise son olarak Kasım 2011'de hazırlanan ve Başbakanlığa gönderilen İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı, 3 Nisan 2012'de Başbakanlık tarafından TBMM Başkanlığına sunulmuş, ardından İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu 20.06.2012 tarihinde kabul edilmiştir¹⁸.

¹³ TUNCAY A. Can, ILO ve AB Normları Işığında İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Taslağı'nın Değerlendirilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 12, Aralık 2008, 55 (İSGK Tasarısı Taslağı); PİYAL Bülent, İş Sağlığı ve Güvenliğinde Türkiye'nin Avrupa Birliğine Uyum Sorunu, Ankara 2009, 289 (İş Sağlığı ve Güvenliği).

¹⁴ SİPAHİ İsmet, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısının Uygulanma Kabiliyeti Var mı?, MESS İşveren Dergisi, Mayıs-Haziran 2012, 93-94.

¹⁵ RG. 15.08.2009, 27320.

¹⁶ RG. 27.11.2010, 27768.

¹⁷ AYDIN Ufuk, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Üzerine, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 26, Haziran 2012, 11 (İSGK).

¹⁸ RG. 30.06.2012, 28339.

III. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun Kapsamı

İş Kanunu çalışanları işçiler ve diğerleri şeklinde ikiye ayırmış olup İş Kanunu ile tanınan haklardan sadece işçiler (istisnai olarak çıraklar ve stajyerler dahil olmak üzere) yararlanabilmekteydi. Dolayısıyla öğretilerde adeta bir azınlık hakkı olan iş sağlığı ve güvenliği hükümlerinin ya İş Kanununun tüm çalışanları kapsayacağı şekilde değiştirilmesi ya da tüm çalışanları kapsayacak bir iş sağlığı ve güvenliği kanununun çıkarılması gerektiği ifade edilmekteydi¹⁹. Nitekim İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, işçi değil, çalışan kavramını benimsemiştir. Buna göre İSGK., kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır²⁰. Böylece İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kişi itibarıyla kapsam açısından İş Kanunu ile birlikte Borçlar, Deniz İş ve Basın İş Kanunu gibi kanunlara göre çalışanları da kapsamına almış, öte yandan 4857 sayılı Kanunda işyeri örgütlenmesi için aranan “en az elli işçi” ve “sanayiden sayılan işler” kriterleri kaldırıldığı için İSGK’nın uygulanacağı işyerleri açısından kapsam genişlemesi olmuştur²¹. Ancak her ne kadar hüküm amaç bakımından yerinde olsa da gerçekçi değildir. Kapsamı bu kadar geniş tutulan yasanın nasıl uygulanacağı, teşkilat ve denetiminin nasıl sağlanacağı üzerinde çalışılması gerekmektedir²².

Diğer taraftan bazı faaliyetler ve kişiler İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamı dışında bırakılmıştır. Buna göre fabrika, bakım merkezi, dikimevi ve benzeri işyerlerindeki hariç Türk Silahlı Kuvvetleri, genel kolluk kuvvetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığının faaliyetleri; afet ve acil durum birimlerinin müdahale faaliyetleri; ev

¹⁹ PİYAL, İş Sağlığı ve Güvenliği, 267.

²⁰ İSGK. m. 2/1’de geçen “kamu işyeri” ifadesinin “kamu idareleri” olarak değiştirilmesi gerektiği hakkında bilgi için bkz. CANIKLIOĞLU Nurşen, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda İşveren Yükümlülükleri, Çalışma Mevzuatı Semineri, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Antalya 26-30 Eylül 2012, 30 (İşveren Yükümlülükleri).

²¹ CEYLAN Saadet, İSG Yasa Tasarısı Orijinal Bir Çalışma mı? Neler Getiriyor? Neler İhmal Edilmiş Durumda?, İşveren Dergisi, Mayıs-Haziran 2012, 90 (Yazar, söz konusu görüşü henüz Tasarı yasalaşmadan dile getirmiş olmakla birlikte, İSGK bu doğrultuda yasalaştığından görüşe aynen yer verilmiştir).

²² ALPAGUT Gülsevil, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısında İşverenin Yükümlülükleri ve Risk Değerlendirmesi, İşveren Dergisi, Mayıs-Haziran 2012, 100 (İSGK Tasarısı); aynı yazar, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağı, İş Sağlığı ve İş Güvenliği Yasa Tasarısı, Akademik Görüşler & Eleştiriler, 2008, 64 (Akademik Görüşler); aynı yönde CANIKLIOĞLU, İşveren Yükümlülükleri, 28.

hizmetleri; çalışan istihdam etmeksizin kendi nam ve hesabına mal ve hizmet üretimi yapanlar; hükümlü ve tutuklulara yönelik infaz hizmetleri sırasında, iyileştirme kapsamında yapılan işyurdu, eğitim, güvenlik ve meslek edindirme faaliyetleri İSGK.'nın kapsamı dışındadır (İSGK. m. 2/2)²³. Bu gibi faaliyetler kural olarak önlem alınmasını zorlaştıran, hatta bazı durumlarda imkansız kılan faaliyetler olup, benzer faaliyetler 89/391 sayılı Yönergede de istisnai faaliyetler olarak belirlenmiştir²⁴.

Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından hazırlanmış olan ve Türkiye'nin de onayladığı İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin 155 sayılı Sözleşme (md. 1) ile İş Sağlığı Hizmetlerine İlişkin 161 sayılı Sözleşme ve Avrupa Birliğinin 89/391 sayılı Çerçeve Yönergesi (md. 2-3), “sağlık-güvenlik içinde çalışmanın tüm çalışanlar için olduğu” ilkesini benimsemiştir. Örneğin 155 sayılı Sözleşme ile kamu kesimi de dahil olmak üzere ekonomik faaliyetin tüm dallarındaki işçileri kapsayacak şekilde (“açık deniz gemiciliği ve balıkçılık” gibi ayrık konular sözleşme ile belirtilmiştir) taraf devletlerin her birinin kendi koşul ve uygulamaları ışığında, en fazla temsil yeteneğine haiz işçi ve işveren temsilcilerine de danışarak iş emniyeti, işçi sağlığı ve çalışma ortamı konularında uyumlu bir ulusal politika oluşturulması ve bunun düzenli olarak denetimi öngörülmüştür (m. 4/I). Ulusal politika ile amaçlanan işçilerin çalışma ortamında karşılaşılabilecekleri tehlike unsurlarını en aza indirerek, iş kazası ve sağlık sorunlarının önüne geçmektir (m. 4/II)²⁵.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, tüm çalışanları Kanun kapsamına alarak, uluslararası düzenlemelere yaklaşmaya çalışmıştır. Ancak öğretilerde yaşama hakkının herkes için kutsal olduğu ve herkesin aynı kurallara tabi tutulması gerektiği ileri sürülebilecekse de,

²³ İSGK'nın kapsamına ilişkin istisnalar hakkında değerlendirme için bkz. CANIKLIOĞLU, İşveren Yükümlülükleri, 32-35; OCAK Saim, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun Taraplara Getirdiği Yükümlülükler, Öz İplik İş Sendikası ve Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen İş Sağlığı ve İş Güvenliğine Hukuki Bakış Paneli, 1. bası, Mart 2013, 113-117 (Yükümlülükler).

²⁴ OĞUZ Özgür, AB Direktifleri ve Türk İş Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenlerin Yükümlülükleri ve İşçilerin Hakları, İstanbul 2011, 55.

²⁵ DEMİRCİOĞLU Murat, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de İşçi Sağlığı ve İşyeri Hekimliği, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 4, S.2, Haziran 1997, 204 (İşçi Sağlığı ve İşyeri Hekimliği); BALKIR Zehra Gönül, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetim Sorumluluğu, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2012, 22 (Yönetim Sorumluluğu).

bu aşamada standart birliğine gidilmesinin yerinde olmadığı ifade edilmiştir. Bu görüşe göre iş sağlığı ve güvenliği konusundaki norm birliği öncelikle diğer çalışma koşulları konusundaki farklılıkların da ortadan kaldırılmasını gerektirmektedir. Oysa çalışma hayatımızda halen yürürlükte olan ve büyük ölçüde yenilenmiş bir İş Kanunu, hiçbir değişiklik yapılmamış Deniz İş Kanunu ile sadece iş güvencesi hükümleri eklenmesi dışında değişikliğe uğramamış bir Basın İş Kanunu bulunmaktadır. Bu farklılıkların görülen işin niteliğine ilişkin olanlara indirgenmeden salt iş sağlığı ve güvenliği konusunda norm birliğine gidilmesi önemli sorunlar yaratacaktır. Farklı çalışma koşulları ile çalışan kişilerin aynı hükümlere tabi olması da tartışmaya açıktır²⁶. Örneğin geçici iş ilişkisi sadece İş Kanununda yer almaktadır. Deniz İş, Basın İş veya Devlet Memurları Kanununda geçici iş ilişkisi tanımlanmamıştır. Bu sebeple İSGK'da geçici iş ilişkisi kurulan işverenden söz edilmesi, İş Kanunu hariç olmak üzere bir anlam ifade etmemektedir²⁷.

Kanunun küçük ve büyük işyeri ayrımı yapmaksızın tüm işyerlerini kapsamaması yerinde olmamıştır. Zira bir kişi çalıştıran işveren de yüzlerce işçi çalıştıran işveren de kural olarak aynı yükümlülüklerle tabidir. Öğretide bir görüşe göre, iş güvencesinde olduğu gibi 30 işçi esasının ya da iş kanunu çıkarılırken yapıldığı gibi 10 işçi esasının dikkate alınması hatta esnaf ve sanatkar işyerlerinde olduğu gibi üç işçiden fazla işçi çalıştırılmasının esas alınması daha yerindedir²⁸.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun iş sağlığı ve güvenliğini ayrı bir kanunla düzenlemiş olması ve istisnalar dışında tüm çalışanları kapsamına alması isabetli olmakla birlikte, uygulanma olanağı olmadığı, ülke

²⁶ Bu görüş ve ayrıntısı için bkz. EKMEKÇİ Ömer, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağı'nın Değerlendirilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 5, Mart 2007, 20-21 (İSGK Tasarısı Taslağı); aynı yazar, Anahatlarıyla İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, Çimento İşveren Dergisi, Mayıs-Haziran 2008, 4-5 (Değerlendirme).

²⁷ EKMEKÇİ, Değerlendirme, 5.

²⁸ ARICI Kadir, İş Sağlığı ve Güvenliği, İş Hukukunda Yapılan Son Değişiklikler Semineri, Kamu-İş, Ankara, 20-21 Şubat 2013, 122-123 (Son Değişiklikler).

gerçeklerini dikkate almadığı için haklı olarak eleştirilmektedir²⁹. Ancak çalışmamız İş Kanununa tabi işçileri esas almakta olduğundan değerlendirmelerimizin tamamı 4857 sayılı İş Kanununa tabi işçiler için olacaktır.

Ş2. İŞVERENİN İŞÇİYİ GÖZETME BORCU³⁰

I. Genel Olarak

İşverenin işçiyi gözetme borcu her şeyden önce işçinin hayat ve sağlığını korumak ve bunu sağlamak için tüm tedbirleri alma yükümlülüğünü kapsamaktadır³¹. İşverenin işçisi aleyhine olabilecek davranışlardan kaçınmak gibi yükümlülükler de işçiyi gözetme borcunun kapsamındadır³².

²⁹ CANIKLIOĞLU Nurşen, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısına Göre İş Güvenliği Uzmanı ve İşyeri Hekimi İstihdamı, İşveren Dergisi, Mayıs-Haziran 2012, 104 (İSGK Tasarısı); aynı yazar, İş Güvenliği Uzmanı ve İşyeri Hekimi İstihdamı, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Semineri, TİSK. No. 322, 2012, 42 (Kanun Tasarısı Semineri).

³⁰ İşverenin işçiyi gözetme borcu öğretide “koruma, özen, gözetme” borcu gibi farklı şekillerde isimlendirilmiş olmakla birlikte öğretide çoğunluk tarafından gözetme borcu kavramı tercih edilmekte olup, çalışmamızda da bu kavram kullanılacaktır. İşverenin işçiyi gözetme borcu, Eren tarafından “özen” borcu olarak isimlendirilmiş (EREN Fikret, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara 1974, 33 vd. (Sorumluluk); öğretide çoğunluk “gözetme borcu” kavramını tercih etmiştir (EKONOMİ Münir, İş Hukuku, C. 1, Ferdi İş Hukuku, 3. bası, İstanbul 1984, 154 (İş Hukuku); SÜZEK Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 8. bası, İstanbul 2012, 419 (İş Hukuku); TAŞKENT Savaş, EYRENCİ Öner/TAŞKENT Savaş/ULUCAN Devrim, Bireysel İş Hukuku, 4. bası, İstanbul 2010, 144; DEMİR Fevzi, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2009, 168 (İş Hukuku); TUNÇOMAĞ Kenan, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1989, 135 (İş Hukuku); MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, Hizmet Sözleşmesi, İçerik-Kuruluş-Sona Erme, Ankara 1995, 177; ULUSAN İlhan, Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu ve Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1990, 1 vd; AKYİĞİT Ercan, İş Hukuku, 8. bası, Ankara 2010, 134 (İş Hukuku). “Gözetme ve koruma yükümü (sosyal himaye)” kavramı İşveren tarafından kullanılmışken (İZVEREN Adil, İş Hukuku, Ankara 1974, 161-163); Kaplan “Koruma ve Gözetme Borcu” KAPLAN Emine Tuncay, İşverenin Hukuki Sorumluluğu (Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından), Ankara 1992, 8 (Sorumluluk); Çelik ve Narmanlioğlu “koruma borcu” (ÇELİK Nuri, İş Hukuku Dersleri, 25. bası, İstanbul 2012, 174; NARMANLIOĞLU Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 3. bası, İzmir 1998, 245 (Ferdî İş İlişkileri)), Aydınli ise “koruma yükümlülüğü” tabirini kullanmayı tercih etmiş olup, Aydınli burada kullanılan borç kelimesinin edim borçlarını anımsattığını, bu sebeple borç yerine yükümlülük kavramının kullanılması gerektiğini ifade etmiştir (AYDINLI İbrahim, İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara 2004, 107’de dn. 78 (Sosyal Temas).

³¹ EKONOMİ, İş Hukuku, 154’de dn. 309, 310 ve 311’de adı geçen yazarlar.

³² TAŞKENT, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 108; ULUSAN, 1; EKONOMİ, İş Hukuku, 154’de dn. 309’da adı geçen yazarlar; SÜZEK Sarper, İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985, 177 (İş Güvenliği); NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, 245; ARICI Kadir, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Dersleri, Ankara 1999, 103-105 (İşçi Sağlığı); TUNÇOMAĞ, İş Hukuku, 135-137; AYDIN Ufuk, İş Hukukunda İşçinin

Gözetme borcu, dar ve geniş anlamda gözetme borcu olmak üzere iki şekilde tanımlanmaktadır. İşçinin hayatını ve sağlığını işyeri tehlikelerine karşı koruması ve bu çerçevede iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alması dar anlamda gözetme borcu iken, işverenin işçiye zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınması, işçinin kişisel bilgilerini, işyerine getirdiği eşyalarını koruması ve işçiye bilgi vermesi gibi diğer borçların tamamı geniş anlamda gözetme borcu içerisindedir³³. Dolayısıyla söz konusu borcun kapsamı, sadece menfi davranış olan zarar vermemek ile sınırlı değildir. Doğru bilgi vermek, aydınlatmak ve kendi veya hukuki koruma alanı içinde olan kişi ve mal varlıklarına zarar vermemek de bu çerçevededir³⁴.

II. İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun Kaynakları

Hukumumuzda işverenin işçiyi gözetme borcu hem özel hukuk kurallarıyla hem de kamu hukuku içinde yer alan kurullarla düzenlenmiştir³⁵. Özel hukuktan kaynaklanan düzenlemelerden ilki iş sözleşmesidir. İş sözleşmesi, tarafların kişiliklerinin önem taşıdığı bir sözleşme türü olması sebebiyle diğer sözleşmelerden farklı bazı borçları bünyesinde taşımaktadır. Gözetme borcu bunlardan biri olup, işverenin işçiyi gözetme borcunun özel hukuk alanındaki diğer kaynağı 818 sayılı BK. m. 332'dir³⁶. 818 sK. m. 332; 1 Temmuz 2012'de yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu (m. 417) ile yeniden düzenlenmiştir.

İşçinin kişiliğinin korunması kenar başlıklı TBK. m. 417'e göre "*İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan*

Kişilik Hakları, Eskişehir 2002, 60 (Kişilik Hakları); AKIN Levent, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Ankara 2001, 57 (Maddi Tazminat).

³³ TUNÇOMAĞ, İş Hukuku, 135 vd: SÜZEK İş Güvenliği, 176-178; ENGİN Murat, Yeni İş Kanunu Tasarısı ve İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, DEÜHFD, 2003, S. 1, 85 (Kaçınma Hakkı); SERATLI Gaye Burcu, 4857 sayılı İş Kanununa Göre İş Sağlığı ve Güvenliği, AÜHFD, C. 53, S. 2, 2004, 212 (İş Sağlığı ve Güvenliği); aynı yazar, İşverenin İşçi Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Eğitim Verme Yükümlülüğü, İşveren Dergisi, Haziran 2005, C. 43, S. 9, 52 (Eğitim Verme Yükümlülüğü).

³⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 1. Fasikül, 2. bası, İstanbul 1985, 12; SÜZEK, İş Güvenliği, 177; AYDINLI, Sosyal Temas, 108.

³⁵ ULUSAN, 35.

³⁶ AKIN Levent, İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun İhlali ve Kusurun Takdiri, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2006, S. 1, 152 (Gözetme Borcu).

her türlü önleme uymakla yükümlüdür (m. 417/II). İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir (m. 417/III)”.

818 sayılı Borçlar Kanununda ve 4857 sayılı İş Kanunu’nda işverenin işçiyi gözetme borcu, işverenin borçları arasında açıkça düzenlenmemiştir. İşverenin söz konusu borcu geniş kapsamlı bir borç olup bu borcun içeriğinde hangi hususların yer aldığını baştan belirlemek mümkün değildir. Ancak bunların başında işçinin kişiliği ile yaşamının ve vücut bütünlüğünün korunmasının geldiğini belirtmek gerekir. Türk Borçlar Kanunu “işçinin kişiliğinin korunması” başlığı altında bu hususlara yer vermiştir. TBK m. 417’de işçinin kişiliğinin korunması genel bir hükümle düzenlenmiş, m. 418’de ev düzeni içinde çalışmada, m. 419’da ise kişisel verilerin kullanılmasında işçinin kişiliğinin korunması ele alınmıştır. Ancak kenar başlığın değiştirilerek başlık olarak “işverenin işçiyi gözetme borcu”nun tercih edilmesi daha uygun olacaktır. Zira esasen m. 417’de işverenin işçinin kişiliğini koruma borcuna değil, bu borcu da kapsayan işçiyi gözetme borcuna değinilmiştir³⁷.

818 sayılı Borçlar Kanunu m. 332’de “işverenin hakkaniyet ölçüsünde kendisinden beklenebilecek ölçüde” güvenlik önlemlerinin alınacağına dair hüküm, Türk Borçlar Kanunu m. 417 ile daha geniş ve mutlak bir nitelik kazanmıştır. Artık Borçlar Kanunu anlamındaki önlemler işverenden hakkaniyet ölçüsünde beklenebilecek önlemler değil, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli olan her türlü önlemlerdir.

İşverenin işçiyi gözetme borcunun kamu hukuku kaynakları ise Anayasa ve İSGK’da bulunmaktadır. Anayasada yer alan iş sağlığı ve güvenliğinin temel dayanakları; sosyal

³⁷ CANİKLİOĞLU Nurşen, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına, Tarafların Hak ve Borçlarına İlişkin Hükümlerinin Genel Bir Değerlendirmesi, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, İstanbul, 20-21 Eylül 2011, 101 (TBK); GÜNEŞ Başak/MUTLAY Faruk Barış, Yeni Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin” Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 30, 2011/3, 257.

devlet ilkesi, yaşama, çalışma, dinlenme ve sosyal güvenlik hakkıdır (An. m. 2, 17, 50, 60). Yargıç, yasa ve hukuksal işlemleri yorumlarken bu ölçütleri dikkate almalıdır. Gözetme borcunun Anayasa dışındaki diğer kamu hukuku dayanağı İSGK. m. 4'tür. İSGK. m. 4 ile işverenin, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

İşverenin işçiyi gözetme borcunun kapsamının sınırları TMK. m. 2/T'de yer alan "herkes haklarını kullanmakta ve borçlarını ifada hüsnüniyet kaidelerine riayetle mükelleftir" hükmü çerçevesinde; dürüstlük kuralına (objektif iyiniyet kuralına) göre yorumlanarak çizilecektir³⁸. İşverenin gözetme borcunun kapsamı çok geniş bir ölçüde değil; işverenin, diğer işçilerin ve üçüncü kişilerin haklı menfaatleriyle uygun düşecek şekilde belirlenmelidir. İşverenin işçiyi gözetme borcu, işverene kanunen tanınmış haklarla, yani onun haklı, karşı menfaatleriyle de sınırlandırılmıştır³⁹. Ancak söz konusu sınırın çizilmesi aşamasında, tarafların bu borcu anlaşılarak bertaraf etmeleri mümkün değildir. Başka bir deyişle, işçi ile işveren aralarında hemfikir olsa dahi, bu kişiler işverenin iş güvenliği önlemlerini almayacaklarını kararlaştıramazlar. İşverenin işçiyi gözetme borcunu düzenleyen hükümler, ister özel ister kamu hukukuna dayansın emredici nitelikte olup, işçinin yaşam, beden bütünlüğü ve sağlık hakkı gibi en temel kişisel değerlerini ve kişilik haklarını korumayı amaçlamaktadır. Bu nedenlerle TMK. m. 23, TBK. m. 26-27 (818 sK. m. 19 ve m. 20) uyarınca iş güvenliği kurallarına aykırı iş sözleşmeleri geçersiz olacaktır⁴⁰. Ancak buradaki geçersizlik sözleşmenin değil, kaydın geçersizliğidir.

³⁸ EKONOMİ, İş Hukuku, 154; SÜZEK, İş Güvenliği, 177; aynı yazar, İş Hukuku, 419; ULUSAN, 2; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hizmet Sözleşmesi, 298; KAPLAN, Sorumluluk, 24; KESER Hakan, İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun Geçici İş İlişisine Yansımaları, Legal İHSGHD, S. 9, 2006, 70-71; YILDIZ, Eğitim Verme Yükümlülüğü, 52; aynı yazar, İş Sağlığı ve Güvenliği, 212.

³⁹ KAPLAN, Sorumluluk, 24.

⁴⁰ EREN, Sorumluluk, 35; SÜZEK, İş Güvenliği, 181.

III. İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun Hukuki Dayanağı

İşverenin işçiyi gözetme borcunun hukuki dayanağı öğretide çok tartışılmış olup, bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür⁴¹. İşverenin bu borcunu, borç ilişkisi içinde yer alan koruma yükümlülüğü çerçevesinde ele alan görüşe göre, iş sözleşmesi işçi ve işveren arasında kurulan tam iki taraflı borç ilişkisi olup, edimler arasındaki mübadele özelliğinden yola çıkmak gerekmektedir⁴². İşverenin bu borcunu bütün borç ilişkilerinde mevcut olan koruma yükümlülüğüne dayandıran görüş taraftarlarından bir kısmı, koruma yükümlülüğünün iş sözleşmesinde bir yan yüküm olduğu ve işçiyi korumak amacına yönelik bulunduğunu, diğer kısmı ise koruma yükümünün iş sözleşmesinin sosyal muhtevasını oluşturan bir asli edim yükümü olduğunu kabul etmektedir⁴³.

Öğretide işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcunda hükme bağlanan koruma yükümünün iş sözleşmesinin sosyal içeriğini oluşturan asli bir edim yükümü olduğu kanaatindeki yazarlara göre, asli edim yükümlülüklerinin sözleşmenin tipini belirleyen, sözleşmeden beklenen asıl amacı simgeleyen niteliği göz önünde tutulduğunda, bu borcun asli edim niteliği taşıdığına kuşku duymamak gerekmektedir. İşçinin iş sözleşmesinden beklediği ifa amacı, sadece işverenin işçisine ücret ödemesi ile değil, bunun yanında onun sağlığını ve vücut bütünlüğünü korumasını içeren koruma yükümlülüğünün yerine getirilmesi ile gerçekleşmekte olup, iş sözleşmesinin kişiselliğinin söz konusu ilişkinin tipini belirlemesi sebebiyle buna yönelik koruma yükümlülüğü bir asli edim yükümlülüğüdür⁴⁴.

İşverenin işçiyi gözetme borcunun bir asli edim yükümlülüğü değil, yan edim yükümlülüğü olduğunu ileri süren görüşe göre ise iş sözleşmesinde işçinin ücret karşılığında belirli veya belirsiz bir süre için hizmet etme borçları asli edim yükümlülüğüdür. Her sözleşmede asli edim yükümünden başka bazı yan edim yükümlülükleri de bulunmaktadır. İş sözleşmesinde işverenin işçiyi gözetme ve iş sağlığı ve güvenliği

⁴¹ Bu görüşler hakkında bilgi için bkz. ULUSAN, 4-19; KAPLAN, Sorumluluk, 27-30.

⁴² YAVUZ, 476; ULUSAN, 18-19; ULUSAN, 13'de dn. 46'da adı geçen yazarlar.

⁴³ ULUSAN, 29.

⁴⁴ ULUSAN, 18-19; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hizmet Sözleşmesi, 177.

önlemleri alma yükümlülüğü bunlardan biridir⁴⁵. Aynı yazara göre, işçiyi gözetme borcunun yan edim yükümü olarak kabul edilmesi, işçinin korunması ve ayrı bir talep hakkı vermesi bakımından da önemlidir. Böylece asli edim yükümü bulunmayan hallerde dahi yan edim yükümünün varlığı kabul edilebilir, alt işveren işçisi asıl işverene karşı bir talep hakkı ileri sürebilir, bu tür koruma yükümlerinin kabulü edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisinin doğumuna katkıda bulunur⁴⁶.

İşverenin işçiyi gözetme borcunu, edim yükümlülüğünden bağımsız koruma yükümlülüğüne⁴⁷ dayandıran görüşe göre, gerek işçinin sadakat gerekse işverenin koruma yükümlülüğünün kaynağı, sözleşme kavramıdır. Borç ilişkileri sadece asli edimlerin değiş tokuşundan ibaret olmayıp, tarafların birbiriyle hukuki ilişki nedeniyle girdikleri sosyal temas sonucunda edim dışındaki kişi ve mal değerleri üzerinde koruma yükümlülükleri ortaya çıkmaktadır. İş ilişkilerinde işçinin işverene olan sosyal bağımlılığının kişisel olması ve sürekli borç ilişkisi doğurması, sosyal teması artırmakta olup işverenin koruma yükümlülüğünü öne çıkarmaktadır. İşverenin söz konusu koruma yükümlülüğü bu anlamda edimden bağımsız bir yükümlülüktür⁴⁸. Aynı yönde olmak üzere farklı bir görüşe göre, işverenin koruma yükümlülüğünün edimden bağımsız koruma yükümlülüğü olarak ele alınması halinde, işverenin alt işveren işçileri ile geçici işçilerden dolayı kanuni müteselsil sorumluluğu rahatlıkla açıklanmaktadır. İş hukukunda koruma yükümlülüğünün hükme bağlandığı hukuki düzenlemelere normun koruma amacı teorisi açısından yaklaşıldığında da bu görüş öne çıkmaktadır⁴⁹.

⁴⁵ BAŞBUĞ Aydın, Alt İşveren İşçisi ile Asıl İşveren Arasındaki Borç İlişkisi ve Bu İlişkinin Doğurduğu Hukuki Sorunlar, Kamu-İş, C.4, S. 3, Ocak 1998, 65 (Borç İlişkisi).

⁴⁶ BAŞBUĞ, Borç İlişkisi, 65'de dn 6.

⁴⁷ BALKIR Zehra Gönül, İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkının Korunması: İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Organizasyonu, Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2012/I, 74-75 (İSG Organizasyonu); edimden bağımsız koruma yükümlülüğü kavramı için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1978, 11 vd.; SEROZAN Rona, Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, S. 3, 1968, 112-113.

⁴⁸ SCHWERTNER, 108 vd., AYDINLI, Sosyal Temas, 143'den NAKLEN.

⁴⁹ AYDINLI, Sosyal Temas, 143-147. Yazar aynı yerde edimden bağımsız koruma yükümlülüğüne yapılan eleştirileri de değerlendirmektedir.

Öğretide farklı bir görüşe göre ise yukarıdaki görüşlerden hiçbiri ile tek başına işverenin işçiyi gözetme borcunun hukuki kaynağı açıklanamaz. İş sözleşmesindeki kişisel edim yükümü sebebiyle, bu sözleşmenin kişisel ilişki kuran niteliği, işçinin sadakat borcu, borç ilişkisinde asli edim borcu⁵⁰ yanında dürüstlük kuralından kaynaklanan tarafların korunmasına yönelik yan edim yükümü⁵¹ niteliğindeki koruma yükümü, hep birlikte, işverenin gözetme ve koruma borcunun hukuki dayanağını teşkil etmektedir⁵². Diğer sözleşmelerde tarafların borçlarını doğruluk ve güven kurallarına uygun olarak yerine getirmelerinin yeterli olmasına karşın, iş sözleşmesinde ücret ve iş görme borçları yanında sadakat, işçiyi gözetme, eşit işlem yapma gibi iş sözleşmesine has borçlar ortaya çıkmaktadır⁵³.

Öğretide katıldığımız görüşe göre ise işverenin işçiyi gözetme borcunun dayanağı, tarafların karşılıklı sadakat borcudur. Bu görüşe göre taraflar arasındaki sadakat bağı, işçi yönünden işverenin ve işyerinin çıkarlarını korumak, bu çıkarlara zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınmak şeklinde, işveren açısından ise işçiyi gözetmek biçiminde ortaya çıkmaktadır⁵⁴. Taraflar arasında iş görme ilişkisi kuran iş sözleşmesinin kişiselliği, kurulan güven ilişkisinin yoğunluğu ve önemi, her iki tarafa sadakat borcu yüklemektedir. Bu çerçevede işçi açısından işverenin gerek şahsını gerekse işyerini iş ilişkisi içerisinde kalmak şartıyla korumak, işveren açısından ise işçiyi gözetme borcu bulunmaktadır⁵⁵.

⁵⁰ Asli edim yükümlülükleri, borç ilişkisinin tipini belirleyen yükümlülükler olup, borç ilişkisinin birinci derecede içeriğini belirlerler (AYDINLI, Sosyal Temas, 17).

⁵¹ Yan edim yükümlülükleri, asli edime bağlı olarak doğan ve sözleşmenin içeriğini oluşturmada ikinci derece etkili olan yükümlülüklerdir (AYDINLI, Sosyal Temas, 17).

⁵² KAPLAN, Sorumluluk, 29-30; OĞUZ, 104-105; işverenin işçiyi gözetme borcunun yan edim yükümlülüğüne dayandığı, edim menfaati ile doğrudan ilişkisi olmayan bir yan yükümlülük olduğu görüşü için bkz. AYDINLI, Sosyal Temas, 23, 65.

⁵³ TAŞKENT Savaş, İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1981, 52 (Yönetim Hakkı).

⁵⁴ TAŞKENT, Yönetim Hakkı, 52; EKONOMİ, İş Hukuku, 154; SÜZEK, İş Güvenliği, 176-177; aynı yazar, İş Hukuku, 419; GÜZEL, Intuitus Personae, 176; GÜZEL Ali/UGAN ÇATALKAYA Deniz, İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Niteliği ve Sınırları (Karar İncelemesi), Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 34, 2012/3, 168; İREN Ertan, Geçici İş İlişkisinde İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü, AÜHFD, 60 (2), 2011, 282 (Geçici İş İlişkisi).

⁵⁵ TAŞKENT, Yönetim Hakkı, 52; EKONOMİ, İş Hukuku, 154; KAPLAN Emine Tuncay, İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı, Prof. Dr. Kamil Turan'a Armağan, Kamu-İş, C.7, S.2, 2003,

§ 3. İŞVERENLERİN İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I. Gerekli Her Türlü Önlemi Alma Yükümlülüğü

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 4'e göre işveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup bu çerçevede mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü⁵⁶ tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapmalı (İSGK. m. 4/1, a), çalışana görev verirken, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunu göz önünde bulundurmalı (m. 4/1,ç), yeterli bilgi ve talimat verilenler dışındaki çalışanların hayati ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirleri almalıdır (İSGK. m. 4/1,d)⁵⁷.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunundan önce işverenin genel olarak iş sağlığı ve güvenliği yükümlülükleri İşK. mülga m. 77 ile düzenlenmişti. Söz konusu düzenlemenin, İSGK. m. 4'e paralel olduğunu ifade etmek mümkündür. İş Kanunu ön tasarısında ise işverenlere iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili bilim ve teknolojiye gelişmeleri izleme ve uygulama zorunluluğu da getirilmişti. Özellikle küçük işverenleri aşırı yük altında tutacak ve altından kalkamayacakları yükümlülükler doğuracak bu hüküm eleştiriler üzerine tasarıdan çıkarılmıştı^{58 59}. Belirtelim ki taslaktaki hükmün Kanuna alınmaması,

137 (Koruma ve Gözetme Borcu); aynı yazar KAPLAN, Sorumluluk, 8. Öğretide sadakat borcu ile işçiyi gözetme borcunun karşılıklı bağlantı içinde olmadığı, işverenin gözetim borcunu ihlalinin, işçinin rekabet borcunu ihlal etmesini haklı kılmayacağı, halbuki karşılıklı borçlarda bunlardan birinin ihlalinin, diğer taraf için kendi edimi ifadan kaçınma hakkı sağlamadığı belirtilmiştir (AKYİĞİT Ercan, İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Kamu-İş, Ankara 1995, 154'de dn. 597 (Ödünç İş İlişkisi); aynı yazar, İş Hukuku, 134-135); işverenin işçiyi gözetme borcunun hukuki niteliğine ilişkin görüşler için bkz. ULUSAN, 4-18; KAPLAN, Sorumluluk, 27-30; AYDINLI, Sosyal Temas, 138-147.

⁵⁶ İşverenin her türlü önlemi alması gerektiği yönündeki düzenlemenin, işverenin yükümlülüğünü sınırsız hale getirmesine ilişkin eleştiri için bkz. AKTEKİN, İSGK Tasarısı Taslağı, 98.

⁵⁷ Avrupa Birliği İş Hukukunda işverenin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülükleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KABAKCI Mahmut, Avrupa Birliği İş Hukukunda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği ile İlgili Temel Yükümlülükleri ve Türk Mevzuatının Uyumunu, İstanbul 2009.

⁵⁸ TUNCAY Can, Yeni İş Kanununda İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği, TİSK İşveren Dergisi, Temmuz 2003, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=759&id=45, 16.06.2011 (İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği); KESER, 71; ODAMAN Serkan, İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Tarafların Hak ve Yükümlülükleri, Legal İHSGHD; S. 11, 886 (Hak ve Yükümlülükler); aynı yazar, İş Sağlığı ve Güvenliği İçin Motivasyon Gerekliyor, İşveren Dergisi, Mayıs-Haziran 2012, 110 (Motivasyon).

⁵⁹ Öğretide, işverenlere bilim ve teknolojiye gelişmeleri izleme ve uygulama zorunluluğu getiren söz konusu hükmün Kanuna alınmamasının yerinde olmadığı ifade edilmişti (EYRENCİ,

esasında sonucu değiştirmemekteydi. Zira İşK. m. 77/I’de yer alan “gerekli her türlü önlemi almak” ifadesi, işverenin sadece mevzuatta öngörölen önlemleri almasının yeterli olmayacağını, bilim ve teknikteki gelişmeleri izleyerek işverenin gerekli önlemleri almakla yükümlü bulunduğunu belirlemektedir⁶⁰. Nitekim İSGK. m. 4 bu konuda açık bir düzenleme yapmış ve işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak için her türlü tedbiri alması gerektiğini düzenlemiştir.

İşverenin alması gereken iş sağlığı ve güvenliği önlemleri her somut olayda farklılık gösterecektir. Zira işyeri veya işletmelerin ekonomik, teknolojik ve mali yapıları aynı değildir. İşin niteliği, gereklilik, o dönemde teknik yapıdaki elverişlilik vb. faktörler, işverenin borcunun kapsamının sınırlarının çizilmesini sağlamaktadır. Bu çerçevede, yukarıda da belirttiğimiz üzere, işverenin işçiyi gözetme borcunun subjektif sınırı TMK. m. 2’de yer alan dürüstlük ve iyiniyet kurallarına göre belirlenmelidir⁶¹.

İşverenin tedbirleri alması için gereken ekonomik güce sahip olmadığını ileri sürmesi, işinde tecrübesiz olduğunu, bilimsel ve teknik gelişmeleri bilmediğini, yeni yöntemlerin izlenmesinin ve uygulanmasının özel uzmanlık gerektirdiğini, çoğu işyerinde bu önlemlerin alınmadığını ileri sürmesi, işverenin sorumluluğunu ortadan

EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 287’de dn. 16; SOYER Polat, 4857 sayılı Yeni İş Kanununun Ücret, İşin Düzenlenmesi, İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler, 4857 sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları, 2003, 33 (Yeni İş Kanunu); SÜZEK, İş Hukuku, 864; AKIN, III. Yılında İş Yasası, 306; SERATLI, İş Sağlığı ve Güvenliği, 214; OğUZ, 108; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOğLU Yeliz, İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Önlemlerin Alınmaması Sebebiyle İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı Fasikül Aylık Hukuk Dergisi,, S. 30, Mayıs 2012, 25). Diğer taraftan bir fikre göre, 4857 sayılı Kanun dönemindeki bu eksikliğin yaratacağı sakıncaların, Yargıtayın önceki dönemde mevzuatta öngörölenlerin ötesinde gereken her türlü önlemin alınması yönündeki isabetli içtihadını devam ettirmesi ile açılması mümkündür (SOYER, Yeni İş Kanunu, 33). Zira Yargıtayın yerleşmiş içtihadına göre, iş güvenliği mevzuatında öngörölen önlemlerin alınması yeterli kabul edilmemekte, mevcut mevzuatta yer almayan ancak bilimsel ve teknik ilerlemeler sonucunda ortaya çıkan daha uygun güvenlik önlemlerinin alınması gerekmektedir (SÜZEK Sarper, Hukuki Yönden İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği, İş Hekimliği Ders Notları, Ankara 1993, 37 (Ders Notları)). Hükümün Kanuna alınmasının yerinde olacağına ilişkin bir görüşe göre ise ön tasarıdaki hükümün Kanunun 77. maddesine alınmamasının eksikliği, İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği m. 6/b,(V)’deki işverenlerin sağlık ve güvenliğin korunması ile ilgili önlemlerin alınmasında teknik gelişmelere uyum sağlaması gerektiği şeklindeki düzenlemesi ile bir ölçüde de olsa giderilmişti (SERATLI, İş Sağlığı ve Güvenliği, 214).

⁶⁰ SÜZEK, İş Hukuku, 864; EYRENCİ, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 286-287; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOğLU, 25.

⁶¹ EKONOMİ, İş Hukuku, 157; SÜZEK, İş Güvenliği, 177; ULUSAN, 2; YILDIZ, Eğitim Verme Yükümlölüğü, 48; KESER, 70-71.

kaldırmamaktadır⁶². Bunun gibi İSGK m. 4/3 hükmüne göre, işverenin, işyeri dışındaki kişi ve kuruluşlardan iş sağlığı ve güvenliği konusunda hizmet alması⁶³ ve çalışanların iş sağlığı ve güvenliği alanındaki yükümlülükleri, işverenin sorumluluklarını etkilememektedir (m. 4/2). Diğer taraftan işverenin, iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin maliyetini çalışanlara yansıtması mümkün değildir (m. 4/4).

İşverenin işyeri dışındaki uzman kişi ve kuruluşlardan hizmet almasının, işverenin sorumluluklarını ortadan kaldırmayacağına ilişkin hüküm (m. 4/2), 89/391 sayılı Yönergeyle uyumludur. Olayın meydana gelmesinde işçinin de kusurunun varlığı halinde, işverenin zarardan sorumluluğu, işçinin müterafik kusuru da dikkate alınmak suretiyle belirlenecektir. Dolayısıyla hükmün, işverenin sorumluluğunu etkilemediği şeklinde değil de, yükümlülüklerini etkilemediği biçiminde anlaşılması daha uygundur⁶⁴. Adı geçen ilke Birleşik Krallık Hukukunda da düzenlenmiştir. Bu hukuk sisteminde işveren, işin ifasını özenle ve dikkatle seçtiği başka kişilere bıraksa da iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülüklerinden kurtulamamaktadır. Delegasyon yasağı ilkesi olarak adlandırılan ilke işin amacına uygun ve önemli bir ilkedir⁶⁵.

İşverenin yükümlülüklerinin yerine getirilmesinde göz önünde bulunduracağı ilkeler Kanununun 5. maddesinde düzenlenmiştir. Sözü edilen ilkeler, risklerden kaçınmak, kaçınılması mümkün olmayan riskleri analiz etmek, risklerle kaynağında mücadele etmek, işin kişilere uygun hale getirilmesi için işyerlerinin tasarımı ile iş ekipmanı, çalışma şekli ve üretim metotlarının seçiminde özen göstermek, özellikle tekdüze çalışma ve üretim temposunun sağlık ve güvenliğe olumsuz etkilerini önlemek, önlenemiyor ise en aza indirmek, teknik gelişmelere uyum sağlamak, tehlikeli olanı, tehlikesiz veya daha az tehlikeli olanla değiştirmek, teknoloji, iş organizasyonu, çalışma şartları, sosyal ilişkiler ve çalışma ortamı ile ilgili faktörlerin etkilerini kapsayan tutarlı ve genel bir önleme politikası geliştirmek, toplu korunma tedbirlerine, kişisel korunma

⁶² SÜZEK, İş Hukuku, 863-864; AKIN Levent, İş Sağlığı ve Güvenliği, III. Yılında İş Yasası, İstanbul 2005, 305 (III. Yılında İş Yasası).

⁶³ GÜZEL /UGAN ÇATALKAYA, 171.

⁶⁴ CANIKLIOĞLU, İşveren Yükümlülükleri, 38.

⁶⁵ TUNCAY, İSGK Tasarısı Taslağı, 57.

tedbirlerine göre öncelik vermek ve çalışanlara uygun talimatlar vermektir (m. 5). Söz konusu ilkeler de 89/391 sayılı Yönerge (m. 6) ile uyumludur⁶⁶. 89/391 sayılı Çerçeve Yönerge, amaç başlıklı ilk maddesinde siyasi hedefin çalışanların sağlık ve güvenliğini korumak olduğunu belirtmiştir. İşverenin asıl yükümlülüğü, bu amaca ulaşmak için gerekli her türlü önlemin alınmasını sağlamaktır. Bu hedef çerçevesinde işverenin yükümlülükleri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir⁶⁷.

Amerikan Hukukunda da her işverenin işçilerine ölümle veya ciddi yaralanmaya sebep olan ya da olabilecek fiziksel zarar doğuran risklerden arındırılmış bir iş ve işyeri sağlamakla yükümlü olduğu (m. 5/a, 1) ve her işverenin bu yasada düzenlenmiş iş sağlığı ve güvenliği standartlarına uymak zorunda olduğu kabul edilmiştir (OSH Act. Sec. 5/a, 2). Dolayısıyla İSGK. m. 4'ün OSH. m. 5 ile paralel bir düzenleme olduğu ifade edilebilecektir.

II. Risk Değerlendirmesi Yapma Yükümlülüğü

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile işverene iş sağlığı ve güvenliği yönünden risk değerlendirmesi yapma veya yaptırma yükümlülüğü getirilmiştir. Buna göre işveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup bu çerçevede; risk değerlendirmesi yapar veya yaptırır (m. 4/1, c). Risk değerlendirmesi yapma her işverenin uzmanlık alanına girmediği veya giremeyeceğinden işverenler risk değerlendirme işini başka kişi, kurum veya kuruluşlara yaptırmak durumunda kalacaklardır⁶⁸.

⁶⁶ TUNCAY, İSGK Tasarısı Taslağı, 57.

⁶⁷ 89/391 sayılı Yönergeye göre işçi ve işverenlerin yükümlülükleri için bkz. (TUNCAY Can, Avrupa Birliğine Üyelik Sürecinde İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatının Uyum ve Yeni Yönetmelikler, TİSK ve PERYÖN tarafından düzenlenen İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatındaki Değişiklikler ve İşveren Yükümlülükleri Semineri, Ankara 2004, 32-35). Aynı yönergeye göre işverenin çalışanların sağlık ve güvenliğini korumak için gerçekleştirmesi gereken hedefler ve bilgi için bkz. PIYAL, İş Sağlığı ve Güvenliği, 269-270.

⁶⁸ ERTÜRK Şükran, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda İşverenlere Getirilen Yükümlülükler, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 27, Eylül 2012, 13 (Yükümlülükler).

Risk değerlendirmesi uygulamasının iş sağlığı ve güvenliği sistemine dahil edilmesi son derece yararlıdır. Ancak işverenler tarafından kolay anlaşılır ve uygulanır bir sistem belirlenmelidir. Kanun koyucu işverenin risk değerlendirmesi yapma yükümlülüğü için herhangi bir koşul getirmemiştir. Dolayısıyla tüm işyerlerinde risk değerlendirmesi yapılmalıdır. Bu noktada küçük ve orta ölçekli işyerleri için profesyonel yardıma gerek olmaksızın değerlendirmenin yapılabilmesi gerekmektedir. Karmaşık ve maliyetli bir sistemin beklenen faydayı sağlaması mümkün deęildir⁶⁹. Bu yükümlülüğü işyerlerinde çalışanların sayısı ve yürütülen faaliyetin niteliği dikkate alınarak düzenlenmesi daha uygundur⁷⁰. Zira maliyet artırıcı bu yükümlülüğü KOBİ'lerde nasıl uygulanabileceği önemli bir sorun olarak ortaya ıkacaktır⁷¹.

İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliğine (RDY.)⁷² göre risk değerlendirmesi işverenin oluşturduğu bir ekip tarafından gerçekleştirilir. Bu ekipte işveren veya işveren vekili, işyerinde sağlık ve güvenlik hizmetini yürüten iş güvenliği uzmanları ile işyeri hekimleri, işyerindeki çalışan temsilcileri, işyerindeki destek elemanları, işyerindeki bütün birimleri temsil edecek şekilde belirlenen ve işyerinde yürütülen çalışmalar, mevcut veya muhtemel tehlike kaynakları ile riskler konusunda bilgi sahibi çalışanlar bulunur (RDY m. 6/1)⁷³. İşveren, ihtiyaç duyulduğunda bu ekibe destek olmak üzere işyeri dışındaki kişi ve kuruluşlardan hizmet alabilir (RDY. m. 6/2). Risk değerlendirmesi çalışmalarının koordinasyonunun işveren veya işveren tarafından ekip içinden görevlendirilen bir kişi tarafından da sağlanması mümkündür (RDY m. 6/3).

Risk değerlendirmesi yapılırken belirli risklerden etkilenecek çalışanların durumu, kullanılacak iş ekipmanı ile kimyasal madde ve müstahzarların seçimi, işyerinin tertip ve düzeni, genç, yaşlı, engelli, gebe veya emziren çalışanlar gibi özel politika gerektiren

⁶⁹ ALPAGUT, İSGK Tasarısı, 101.

⁷⁰ ERTÜRK, Yükümlülükler, 15.

⁷¹ TUNCAY, İSGK Tasarısı Taslağı, 59.

⁷² RG. 29.12.2012, 28512.

⁷³ Risk Değerlendirme Yönetmeliği Taslağı zerine ayrıntılı bir inceleme için bkz. AKIN Levent, Risk Değerlendirme Yönetmeliği'nin İş Sağlığı ve Güvenliğine Katkısı (Taslak zerine Bir Değerlendirme), Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 25, Mart 2012, 33-43.

gruplar ile kadın çalışanların durumu dikkate alınmalıdır (İSGK. m. 10/1). Bununla birlikte işveren, yapılacak risk değerlendirmesi sonucu alınacak iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri ile kullanılması gereken koruyucu donanım veya ekipmanı belirlemelidir (İSGK. m. 10/2). İşyerinde uygulanacak iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri, çalışma şekilleri ve üretim yöntemleri; çalışanların sağlık ve güvenlik yönünden korunma düzeyini yükseltmeli ve işyerinin idari yapılanmasının her kademesinde uygulanabilir nitelikte olmalıdır (İSGK. m. 10/3). İşverenin, iş sağlığı ve güvenliği yönünden çalışma ortamına ve çalışanların bu ortamda maruz kaldığı risklerin belirlenmesine yönelik gerekli kontrol, ölçüm, inceleme ve araştırmaların yapılmasını sağlaması gerekmektedir (m. 10/4). Bu noktada işverenin işyeri dışındaki uzman kişi ve kuruluşlardan hizmet alması, işverenin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz (İSGK. m. 4/2). Dolayısıyla işverenin söz konusu hizmetleri denetleme yükümlülüğü bulunmaktadır.

III. İşverenin Acil Durumlara İlişkin Yükümlülükleri

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile işverene yüklenen yeni yükümlülüklerden diğeri, acil durumlara ilişkindir. Buna göre işveren; çalışma ortamı, kullanılan maddeler, iş ekipmanı ile çevre şartlarını dikkate alarak meydana gelebilecek acil durumları önceden değerlendirerek, çalışanları ve çalışma çevresini etkilemesi mümkün ve muhtemel acil durumları belirler ve bunların olumsuz etkilerini önleyici ve sınırlandırıcı tedbirleri alır (İSGK. m. 11/1, a). Acil durumların olumsuz etkilerinden korunmak üzere gerekli ölçüm ve değerlendirmeleri yapar, acil durum planlarını hazırlar (İSGK. m. 11/1, b). Kanun koyucu işverenin acil durumlarla mücadele için ne şekilde bir hareket planı izlemesi gerektiğini de belirlemiştir. İşveren; acil durumlarla mücadele için işyerinin büyüklüğü ve taşıdığı özel tehlikeler, yapılan işin niteliği, çalışan sayısı ile işyerinde bulunan diğer kişileri dikkate alarak; önleme, koruma, tahliye, yangınla mücadele, ilk yardım ve benzeri konularda uygun donanıma sahip ve bu konularda eğitimli yeterli sayıda kişiyi görevlendirmeli, araç ve gereçleri sağlayarak eğitim ve tatbikatları yaptırmalı ve ekiplerin her zaman hazır bulunmalarını sağlamalıdır (İSGK. m. 11/1, c).

Ülkemiz koşulları dikkate alındığından büyük işletmeler için olmasa da küçük işletmeler açısından bu kadar maliyetli ve külfetli görevler beklemek iyimser bir yaklaşımdır⁷⁴. Her ne kadar Kanunda bir sınırlama olmasa da, birkaç kişinin çalıştığı işyerinde dahi ilk yardımcı çalıştırma yükümlülüğünün söz konusu olmaması için Yönetmelikte bu konuda bir sınırlamanın getirilmesi yerinde olacaktır⁷⁵. Ancak İşyerlerinde Acil Durum Planlarının Hazırlanması, Önleme, Koruma, Tahliye ve İlk Yardım Hakkında Yönetmeliğe⁷⁶ göre işyerlerinde tehlike sınıflarını tespit eden tebliğde belirlenmiş olan çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde 30 çalışana, tehlikeli sınıfta çalışan işyerlerinde 40 çalışana ve az tehlikeli işyerlerinde çalışan 50 çalışana kadar; arama, kurtarma ve tahliye ile yangınla mücadele konularının her biri için uygun donanıma sahip ve özel eğitilmiş en az birer çalışana destek elemanı olarak görevlendirmesi gerekmektedir (m. 11/1). Bununla birlikte, söz konusu Yönetmelikte, küçük işyerlerine ilişkin ayrı bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre 10'dan az çalışana olan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde birinci fıkrada belirtilen yükümlülüğü yerine getirmek için bir kişi görevlendirilmesi yeterlidir (m. 11/5). Dolayısıyla Yönetmelikle az tehlikeli sınıfta yer alan küçük işyerleri için yükümlülüğün yumuşatıldığı ifade edilebilecekse de, örneğin iki işçinin çalıştığı bir işyerinde de bir destek elemanının görevlendirilmesi gerekmektedir.

Özellikle ilk yardım, acil tıbbi müdahale, kurtarma ve yangınla mücadele konularında, doğrudan doğruya işverenin yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu görev üçüncü kişi ve kurumlara aittir⁷⁷. Zira kanun koyucu, özellikle ilk yardım, acil tıbbi müdahale, kurtarma ve yangınla mücadele konularında, işverenin işyeri dışındaki kuruluşlarla irtibatı sağlayacak gerekli düzenlemeleri yapacağını kabul etmiştir (İSGK. m. 11/1, ç). Ancak bunun istisnası 12. maddenin 2. fıkrasındadır. Hükme göre işveren, çalışanların kendileri veya diğer kişilerin güvenliği için ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaştıkları ve amirine hemen haber veremedikleri durumlarda; istenmeyen sonuçların önlenmesi

⁷⁴ TUNCAY, İSGK Tasarısı Taslağı, 59 (Söz konusu görüş, İSGK. tasarı halindeyken ifade edilmekle birlikte, tasarıdaki hükümlerle kanun hükmü paralel olduğundan yazara atıf yapılmıştır).

⁷⁵ CANIKLIOĞLU, İşveren Yükümlülükleri, 76.

⁷⁶ RG. 18.06.2013, 28681.

⁷⁷ ERTÜRK, Yükümlülükler, 18.

için, bilgileri ve mevcut teknik donanımları çerçevesinde müdahale edebilmelerine imkân sağlar. Böyle bir durumda çalışanlar, ihmal veya dikkatsiz davranışları olmadıkça yaptıkları müdahaleden dolayı sorumlu tutulamaz (İSGK. m. 12/2).

Acil durumlarda işyerinin tahliyesi görevi doğrudan işverene yüklenmiştir. Ciddi, yakın ve önlenemeyen tehlikenin meydana gelmesi durumunda işveren; çalışanların işi bırakarak derhal çalışma yerlerinden ayrılıp güvenli bir yere gidebilmeleri için, önceden gerekli düzenlemeleri yapar ve çalışanlara gerekli talimatları verir. Durumun devam etmesi hâlinde, zorunluluk olmadıkça, gerekli donanımına sahip ve özel olarak görevlendirilenler dışındaki çalışanlardan işlerine devam etmelerini isteyemez (İSGK. m. 12/1, a-b)⁷⁸.

IV. Sağlık Gözetimi Yapma Yükümlülüğü

İşveren; çalışanların işyerinde maruz kalacakları sağlık ve güvenlik risklerini dikkate alarak sağlık gözetimine tabi tutulmalarını sağlamakla yükümlüdür. Buna göre çalışanların işe girişlerinde, iş değişikliğinde, iş kazası, meslek hastalığı veya sağlık nedeniyle tekrarlanan işten uzaklaşmalarından sonra işe dönüşlerinde talep etmeleri hâlinde ve işin devamı süresince, çalışanın ve işin niteliği ile işyerinin tehlike sınıfına göre Bakanlıkça belirlenen düzenli aralıklarla sağlık muayenelerinin yapılmasını sağlamak zorundadır (İSGK. m. 15/1). Tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde çalışacaklar, yapacakları işe uygun olduklarını belirten sağlık raporu olmadan işe başlatılamaz (İSGK. m. 15/2). Bu Kanun kapsamında alınması gereken sağlık raporları, işyeri sağlık ve güvenlik biriminde veya hizmet alınan ortak sağlık ve güvenlik biriminde görevli olan işyeri hekiminden alınır (İSGK. m. 15/3, c. 1). Sağlık raporlarının herhangi bir ayırım yapılmaksızın, daha açık bir deyişle işin niteliği ve bu birimlerin nitelikleri ve özelliklerine dikkate edilmeksizin işyeri sağlık birimi veya ortak sağlık güvenlik birimlerinden alınması, işyeri hekimlerinin kendi uzmanlık alanları olmayan konularda görüş bildirmelerine sebep olacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁷⁹.

⁷⁸ ERTÜRK, Yükümlülükler, 18-19.

⁷⁹ ERTÜRK, Yükümlülükler, 20.

İşyeri hekimi hem işyeri ortamını ve kullanılan makine ve hammaddelerin sağlık üzerindeki etkilerini bildiği, hem de işçilerin sağlık gözetimini yapması nedeniyle işçinin işe uygunluğu konusunda daha isabetli karar verebilir. Ancak işin niteliğine ya da işçinin özelliklerine göre işyeri hekiminin sağlık raporu düzenlemeden önce bazı tetkiklerin yapılmasını istemesi mümkündür. Bu gibi tetkik, tahlil ve benzerlerinin ilgili konuda uzman sağlık kurumlarından alınması ve işyeri hekimlerinin bu tetkiklerin sonucuna göre rapor vermesi daha uygundur⁸⁰. Raporlara itirazlar Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenen hakem hastanelere yapılır, verilen kararlar kesindir (İSGK. m. 15/3, c. 2). Sağlık gözetiminden doğan maliyet ve bu gözetimden kaynaklı her türlü ek maliyet işveren tarafından karşılanır, çalışana yansıtılmaz (İSGK. m. 15/4).

İşverene yüklenen bu tür bir “sağlık gözetimi” borcunun, meslek hastalıklarının önlenmesi yanında, iş kazalarının azaltılmasında da doğrudan bağlantısı bulunmaktadır. Zira çalışanların sağlık gözetimi ile fiziksel yetersizlikleri ve sağlık sorunları saptandığından sağlıklarına uygun işe atanmaları sağlanarak iş kazaları ve meslek hastalıklarının ortaya çıkmasının önüne geçilebilir. Örneğin; periyodik sağlık kontrolleri sonucunda hipertansiyonu olduğu belirlenen bir çalışanın inşaat iskelelerinde olduğu gibi yüksekte çalışmasına müsaade edilmez. Ayrıca, sağlık raporları, işyeri sağlık ve güvenlik biriminde veya hizmet alınan ortak sağlık ve güvenlik biriminde görevli olan işyeri hekiminden alınır (m.15/3). Dolayısıyla, çalışanların işe başlarken ve devamı süresince işyeri hekiminin sağlık gözetimi altında bulunması, sağlık ve güvenlik endişesinden uzak çalışmasını sağlamaya yönelik bir ortamın oluşturulmasını mümkün kılmıştır. İşe girerken, iş değişikliği ya da yeniden işe dönüşlerde sağlık muayenelerinin yapılması ve bu muayeneler neticesinde çalışanın yapacağı veya daha önce yaptığı işlerin sağlığına olumsuz etkileri konusunda çalışma ortamını iyi bilen işyeri hekimlerinin karar vermesine ilişkin düzenleme yerinde bir tedbir olmuştur⁸¹.

⁸⁰ CANIKLIOĞLU, İşveren Yükümlülükleri, 61.

⁸¹ DEMİR, Sağlık Gözetimi, 06.05.2013.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa göre, 4857 sayılı Kanundan farklı olarak işverenlerin tüm işçileri işe girişlerde ve iş değişikliğinde; işin devamı süresince ise çalışanın ve işin niteliği ile işyerinin tehlike sınıfına göre Bakanlıkça belirlenen düzenli aralıklarla sağlık muayenesinden geçirmeleri gerekmektedir. Tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde çalışan işçiler ise yapacakları işe uygun olduklarını belirten bir rapor olmadan işe başlatılamaz (İSGK. m.15). Oysa İş Kanunu, ağır ve tehlikeli işlerle, onsekiz yaşından küçük işçiler için rapor alma zorunluluğu getirmişti (İŞK. mülga m. 86-87).

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa göre raporlar işyeri sağlık ve güvenlik biriminde veya hizmet alınan ortak sağlık ve güvenlik biriminde görevli olan işyeri hekiminden alınır (İSGK. m. 15/3)⁸². Dolayısıyla 01.01.2013'den itibaren sağlık raporlarının işyeri hekimi dışında bir yerden alınması mümkün değildir. Henüz bu yükümlülükleri başlanmamış işyerleri için uygulamada sağlık raporlarının nereden alınacağı hususunda tereddüt bulunmaktaydı. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı sözü edilen işyerleri için bir duyuru⁸³ yapmıştır. Buna göre "...Kanunun ilgili maddeleri yürürlüğe girene kadar, iş

⁸² İş Kanununda ağır ve tehlikeli işlerde rapor alma yükümlülüğünü düzenleyen 86. madde ile 18 yaşından küçük işçiler için rapor alma yükümlülüğünü düzenleyen 87. madde, raporların işyeri hekimi, işçi sağlığı dispanserleri, bunların bulunmadığı yerlerde sırası ile en yakın Sosyal Sigortalar Kurumu, sağlık ocağı, hükümet veya belediye hekimleri tarafından verilmesi gerektiğini belirtmişti. Dolayısıyla özel sağlık kuruluşlarından alınan raporlarla yükümlülüğün yerine getirildiğini söylemek mümkün değildi (CANIKLIOĞLU Nurşen/CANBOLAT Talat, 4857 sayılı İş Kanununda Para Cezasına Bağlanan Yükümlülükler ve Bu Para Cezalarının Özellikleri, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, Kamu-İş, C. 7, S. 3, 2004, 226; AYDEMİR, 123). Sağlık raporunun alınabileceği yerler, önce işyeri hekimi olmak üzere, sırasıyla maddede sayılmıştı. Sırası ile sözü ile kastedilen hükümdeki sıra gözetilmek suretiyle raporun alınması gerektiği idi. Başka bir deyişle bir işyerinde işyeri hekiminin bulunması halinde, Sosyal Sigortalar Kurumundan (şimdi Sosyal Güvenlik Kurumundan) değil, işçi sağlığı dispanserleri, bunların bulunmadığı yerlerde sırası ile en yakın Sosyal Sigortalar Kurumu, sağlık ocağı, hükümet veya belediye hekimlerinden rapor almaları gerekmektedir. Sağlık raporunun yasadaki sıraya uyulmaksızın alındığı durumlarda, işveren sağlık raporuna değer vermeyerek işçiyi işe almamalı, bu işçiden yasal sıra içerisinde belirtilen ilgili yerden sağlık raporu almasını istemeli ve buna uygun rapor getirilmedikçe kendisini işe almayacağını bildirmeliydi. İşverenin yasal sıraya uyulmaksızın alınmış olan sağlık raporunu kabul etmesi halinde, işverenin sağlık raporu isteme yükümlülüğünü yerine getirmemiş sayılması ve bunun sonuçlarına katlanması gerektiği, çünkü sağlık raporu istenirken yasada bir sıra öngörülmüş olmasının amacının, işçinin sağlığının gerektiği şekilde korunması olduğu belirtilmişti (CENTEL, İş Güvenliği, 189; AYDEMİR, 125). Öğretide farklı bir görüş de, bu sıralamanın tesadüfi olmadığını, işçinin vücut yapısının işin niteliğine ve yürütüm şartlarına uygun olduğunu belirleyecek en uygun kişinin o işyerinin işyeri hekimi ile işyeri sağlık dispanseri hekimler olduğu için, işçinin öncelikle bu kişilerden rapor alması gerektiğinin kabul edildiğini isabetli olarak ifade etmişti (CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, 265-266).

⁸³ <http://www.csgeb.gov.tr/csgebPortal/isggm.portal?page=duyuru&id=saglikraporlari>.

sağlığı ve güvenliği yönünden özellikli rapor niteliğinde olan işe giriş ve aralıklı sağlık muayeneleri Kanun öncesinde olduğu gibi kamu sağlık hizmeti sunucuları tarafından düzenlenebilir...»⁸⁴.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunundan önce, işyeri hekimi tarafından verilen rapora itiraz halinde, işçinin en yakın Sosyal Sigortalar Kurumu hastanesi sağlık kurulunca muayeneye tabi tutulacağı, verilen raporun kesin sayılacağı kabul edilmişti (4857 sK. m. 86/II). İSGK'da da verilen kararların kesin olduğu düzenlenmekle birlikte, itirazlar Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenen hakem hastanelere yapılmalıdır (İSGK. m 15/3).

İş Kanunu mülga m. 86'da, işyeri hekimi tarafından verilen rapora itiraz düzenlenmiş, diğer kurumlar tarafından verilen raporlara itiraz hakkı tanınmamıştı. Oysa bu hakkın diğer kurumlara da tanınması gerekmektedir⁸⁵. Zira işyeri hekiminin bulunmadığı yerlerde, işçi sağlığı dispanserleri, bunların bulunmadığı yerlerde sırası ile en yakın Sosyal Sigortalar Kurumu, sağlık ocağı, hükümet veya belediye hekimlerinden rapor alınmaktaydı. İşyeri hekimleri tarafından verilen raporlara itirazın kabul edilip, diğer kurumlar tarafından verilen raporlara itirazın kabul edilmemesi, işyeri hekiminin bulunmadığı yerlerde çalışanlar bakımından eşitliğe aykırıydı. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu döneminde ise söz konusu raporların sadece işyeri hekimlerinden alınacağı yönündeki hüküm sebebiyle, İş Kanunu mülga m. 86 dönemindeki eşitliğe aykırılık hali sona ermiştir.

İşverenin sağlık gözetimine ilişkin farklı bir yükümlülüğü de, sağlık muayenesi yaptırılan çalışanın özel hayatı ve itibarının korunması açısından sağlık bilgilerini gizli tutmaktır (İSGK. m. 15/5).

⁸⁴ OCAK Saim, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun İstihdama Etkisi, Legal İHSGHD, S. 37, 2013, 105 (İSGK'nın İstihdama Etkisi).

⁸⁵ CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, 265.

V. Denetleme, Bilgilendirme ve Eğitim Verme Yükümlülüğü

İşveren, işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar (İSGK. m. 4/1,b). İşverenin gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alması yeterli olmayıp, işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemesi de gerekmektedir. Uygulamada bazı işyerlerinde işçilerin iş kazası ve meslek hastalıklarını önleyebilecek koruyucu malzemeleri kullanmadıkları görülmektedir. İşverenlerin denetim sorumluluğu çerçevesinde, sadece bu malzemeyi bulundurmaları yeterli olmayıp, bunların kullanılmasını da sağlamak için denetim yapmaları ve gerekirse yaptırım uygulamaları gerekmektedir⁸⁶.

İşverenin denetim yükümlülüğünün yanında işçileri bilgilendirme ve eğitim yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bilgilendirme yükümlülüğüne göre işveren, çalışanları ve çalışan temsilcilerini işyerinin özelliklerini de dikkate alarak işyerinde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik riskleri, koruyucu ve önleyici tedbirler, kendileri ile ilgili yasal hak ve sorumluluklar ile ilk yardım, olağan dışı durumlar, afetler ve yangınla mücadele ve tahliye işleri konusunda görevlendirilen kişiler konularında bilgilendirir (m. 16/1). Diğer taraftan işveren; 12' nci⁸⁷ maddede belirtilen ciddi ve yakın tehlikeye maruz kalan veya kalma riski olan bütün çalışanları, tehlikeler ile bunlardan doğan risklere karşı alınmış ve alınacak tedbirler hakkında da derhal bilgilendirir. Başka işyerlerinden çalışmak üzere kendi işyerine gelen çalışanların birinci fıkrada belirtilen bilgileri almalarını sağlamak üzere, söz konusu çalışanların işverenlerine gerekli bilgileri verir. Risk değerlendirmesi, iş sağlığı ve güvenliği ile

⁸⁶ SÜZEK, İş Hukuku, 865.

⁸⁷ İSGK. m. 12: (1) Ciddi, yakın ve önlenemeyen tehlikenin meydana gelmesi durumunda işveren;

a) Çalışanların işi bırakarak derhal çalışma yerlerinden ayrılıp güvenli bir yere gidebilmeleri için, önceden gerekli düzenlemeleri yapar ve çalışanlara gerekli talimatları verir.

b) Durumun devam etmesi hâlinde, zorunluluk olmadıkça, gerekli donanıma sahip ve özel olarak görevlendirilenler dışındaki çalışanlardan işlerine devam etmelerini isteyemez.

(2) İşveren, çalışanların kendileri veya diğer kişilerin güvenliği için ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaştıkları ve amirine hemen haber veremedikleri durumlarda; istenmeyen sonuçların önlenmesi için, bilgileri ve mevcut teknik donanımları çerçevesinde müdahale edebilmelerine imkân sağlar. Böyle bir durumda çalışanlar, ihmal veya dikkatsiz davranışları olmadıkça yaptıkları müdahaleden dolayı sorumlu tutulamaz.

ilgili koruyucu ve önleyici tedbirler, ölçüm, analiz, teknik kontrol, kayıtlar, raporlar ve teftişten elde edilen bilgilere, destek elemanları ile çalışan temsilcilerinin ulaşmasını sağlar (m. 16/2).

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun gerekçesinde, iş sağlığı ve güvenliği konusunda bütün sorumluluk işverene verilmiş olmakla birlikte, çalışanların iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasına katkılarını arttırmanın en etkili yolunun eğitim olduğu belirtilmiştir. Yeterli eğitim alan ve işyerindeki riskler konusunda bilgilendirilmiş olan çalışanlarda kendi hayatlarına değer verme olgusunun gelişmesiyle birlikte güvenlik kültürünün oluşturulması hedeflenmiştir. Bu yönde olmak üzere, işveren, çalışanların iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerini almasını sağlar. Çalışan temsilcileri özel olarak eğitilir (m. 17/1, 2). Çalışanın, mesleki eğitim alma zorunluluğu bulunan tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde, yapacağı işle ilgili mesleki eğitim aldığını belgeleyememesi halinde, çalıştırılması mümkün değildir (m. 17/3)⁸⁸. Yapılacak eğitimin usul ve esasları Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (ÇİSGEUY)⁸⁹ ile belirlenmiştir⁹⁰.

İş kazası geçiren veya meslek hastalığına yakalanan çalışana işe başlamadan önce, söz konusu kazanın veya meslek hastalığının sebepleri, korunma yolları ve güvenli çalışma yöntemleri ile ilgili ilave eğitim verilmelidir. Ayrıca, herhangi bir sebeple altı aydan fazla süreyle işten uzak kalanlara, tekrar işe başlatılmadan önce bilgi yenileme eğitimi verilmesi gerekmektedir (İSGK. m. 17/4).

⁸⁸ 155 sayılı ILO Sözleşmesinin 14. maddesinde ulusal koşullar ve uygulamaya uygun bir şekilde, iş sağlığı ve güvenliği ve çalışma ortamına ilişkin sorunlara yönelik yüksek teknik, tıbbi ve mesleki eğitimi de kapsayan, tüm çalışanların eğitim ihtiyacını karşılayacak şekilde tüm seviyelerde eğitim ve öğretimin geliştirilmesi için önlemler alınması, işyerindeki işçi ve temsilcilerine iş güvenliği ve işçi sağlığı konusunda yeterli eğitim verilmesi gerektiği belirtilmiştir (m. 19). Aynı yönde olmak üzere Avrupa Birliğinin 89/391 sayılı Çerçeve Yönergesinde de işverenin, her işçinin kendi yaptığı işle ilgili sağlık ve güvenlik eğitimi almasını temin edeceği, bunun ne şekilde yapılacağı, eğitimin, işçiler ve temsilcilerine bir mali yük getirmeyeceği, eğitimin çalışma saatleri içinde verileceği; ancak eğitimin, ulusal yasalara göre, kuruluş içinde veya dışında verilebileceği ifade edilmiştir (m. 12).

⁸⁹ RG. 15.05.2013, 28648.

⁹⁰ İşverenin eğitim verme yükümlülüğü hakkında detaylı bilgi için bkz. OCAK, Yükümlülükler, 121-127.

Tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde; başka işyerlerinden çalışmak üzere gelen çalışanların yapılacak işlerde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik riskleri ile ilgili yeterli bilgi ve talimatları içeren eğitimi aldıklarına dair belgelerinin bulunması gerekmektedir. Aksi halde bu kişilerin işe başlatılması mümkün değildir (İSGK. m. 17/5). Sözü edilen çalışanların özellikle alt işveren ve müteahhit işveren işçileri oldukları kabul edilmelidir. Zira geçici iş ilişkisi çerçevesinde işyerinde çalışanlar için eğitim yükümlülüğüne ilişkin özel bir hüküm bulunmaktadır⁹¹. Şöyle ki, geçici iş ilişkisi kurulan işveren, iş sağlığı ve güvenliği risklerine karşı çalışana gerekli eğitimin verilmesini sağlamakla yükümlüdür (İSGK. m. 17/6). Bu noktada işverenin eğitim yükümlülüğünün sadece geçici iş ilişkisi bulunan başka işveren işçileri için değil, alt işveren işçileri için de getirilmiş olması kanaatimizce daha uygun olurdu. Bunun için İSGK m. 6/1, (d)'de düzenlendiği gibi “başka işyerlerinden çalışmak üzere gelenler” ifadesi yeterliydi.

İşveren; bütün iş kazalarının ve meslek hastalıklarının kaydını tutmalı, gerekli incelemeleri yaparak bunlar ile ilgili raporları düzenlemelidir (İSGK. m. 14/1, a)⁹². İşyerinde meydana gelen ancak yaralanma veya ölüme neden olmadığı halde işyeri ya da iş ekipmanının zarara uğramasına yol açan veya çalışan, işyeri ya da iş ekipmanını zarara uğratma potansiyeli olan olayları inceleyerek bunlar ile ilgili raporları hazırlamalıdır (İSGK. m. 14/1, b). Kaza olmasa veya zarar doğmasa dahi işverenin rapor düzenlemesi gerektiği yönündeki hüküm İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile hukukumuzda girmiştir⁹³. Bu sayede işveren benzer olayların değerlendirmesini yapar ve işverenin işçiler için gerekli olan düzeltici faaliyetler konusunda karar vermesi kolaylaşır⁹⁴.

⁹¹ CANIKLIOĞLU, İşveren Yükümlülükleri, 71.

⁹² İSGK.'daki iş kazası ve meslek hastalığı tanımları hakkında değerlendirmeler için bkz. CANIKLIOĞLU, İşveren Yükümlülükleri, 64-65.

⁹³ CANIKLIOĞLU, İşveren Yükümlülükleri, 62.

⁹⁴ DEMİR, Sağlık Gözetimi

4857 sayılı İş Kanunu gibi İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunun'da da hem iş kazalarının hem de meslek hastalıklarının bildirimini yapılacağı düzenlenmiştir⁹⁵. Ancak 4857 sK., bildirim Bölge Çalışma Müdürlüğüne yapılacağını, 5510 sK. m. 13/4 ise Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilmesi gerektiğini ifade etmişti. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, bildirim Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılacağını kabul etmiştir (4857 sK. m.77/III, İSGK. m. 14/2). Hükme göre, işveren, iş kazalarını kazadan sonraki üç iş günü içinde, sağlık hizmeti sunucuları veya işyeri hekimi tarafından kendisine bildirilen meslek hastalıklarını, öğrendiği tarihten itibaren üç iş günü içinde Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirir (İSGK. m. 14/2). Dolayısıyla İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunun'dan önce iş kazaları ile meslek hastalıkları hem SGK hem de Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüklerine bildiriliyordu. Oysa 01 Ocak 2013 tarihinden itibaren sadece SGK' ye bildirilecektir. İki farklı makama bildirme zorunluluğunun kalkması yerinde olmuştur⁹⁶.

İşveren, çalışanlara veya iki ve daha fazla çalışan temsilcisinin bulunduğu işyerlerinde varsa işyeri yetkili sendika temsilcilerinin yoksa çalışan temsilcilerinin iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili konularda görüşlerini almalı, onlara teklif getirme hakkı tanınmalı ve bu konulardaki görüşmelerde yer almaları ile katılımlarını sağlamalıdır (m. 18/1). Bu yükümlülük ILO Sözleşmelerinde ve AB Yönergelerinde üzerinde en fazla durulmuş husustur. Çalışanların deneyim ve görüşlerinden yararlanılması, hem katılanların iş sağlığı ve güvenliği kurallarına uyum konusundaki motivasyonlarının artmasını sağlar hem de işyerindeki iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin düzeyi yükseltilmiş olur⁹⁷.

VI. Çalışan Temsilcisi Görevlendirme Yükümlülüğü

İşverenin; işyerinin değişik bölümlerindeki riskler ve çalışan sayılarını göz önünde bulundurarak dengeli dağılıma özen göstermek kaydıyla, çalışanlar arasında yapılacak seçim veya seçimle belirlenemediği durumda atama yoluyla, bu kanunda belirtilen

⁹⁵ 1475 sayılı Kanun sadece iş kazaları ile ilgili bildirim yükümlülüğü getirirken, 4857 sayılı Kanun meslek hastalıkları için de bildirim yükümlülüğü getirmiş, sadece iş kazaları olan yerlerin değil, meslek hastalıklarının çıktığı işyerlerinin de resmi denetim örgütüne bilinerek denetlenmesinin sağlanması yolunu açmıştı (SERATLI, İş Sağlığı ve Güvenliği, 216).

⁹⁶ CANIKLIOĞLU, İşveren Yükümlülükleri, 63.

⁹⁷ TUNCAY, İSGK Tasarısı Taslağı, 60.

sayılarda çalışan temsilcisi görevlendirmesi gerekmektedir (İSGK. m. 20/1). Çalışan temsilcisi, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalara katılma, çalışmalarını izleme, tedbir alınmasını isteme, tekliflerde bulunma ve benzeri konularda çalışanları temsil etmeye yetkili çalışandır (İSGK. m. 3/1, c). Dolayısıyla çalışan temsilcisi sadece iş sağlığı ve güvenliği ve benzeri konularla ilgilenmektedir. Buna göre çalışan temsilcisi, işçi temsilcisinden farklı olup, işçi temsilcilerinin görev ve sorumlulukları daha geniş kapsamlıdır⁹⁸.

Çalışan temsilcisi sayısı, işyerinde çalışan sayısına bağlı olarak artmaktadır. Şöyle ki, iki ile elli arasında çalışanı bulunan işyerlerinde bir; ellibir ile yüz arasında çalışanı bulunan işyerlerinde iki; yüzbir ile beşyüz arasında çalışanı bulunan işyerlerinde üç; beşyüzbir ile bin arasında çalışanı bulunan işyerlerinde dört; binbir ile ikibin arasında çalışanı bulunan işyerlerinde beş; ikibinbir ve üzeri çalışanı bulunan işyerlerinde altı çalışan temsilcisi görevlendirilmelidir (İSGK. m. 20/1). Birden fazla çalışan temsilcisinin bulunması durumunda baş temsilci, çalışan temsilcileri arasında yapılacak seçimle belirlenir (İSGK. m. 20/2). Dolayısıyla çalışan temsilcilerinden farklı olarak, baş temsilcinin göreve gelmesinde atama yolu kapanmıştır.

İşverenin çalışan temsilcileri ve destek elemanlarının görevlerini yürütmeleri nedeniyle, haklarını kısıtlaması mümkün olmayıp, bu kişilerin görevlerini yerine getirebilmeleri için işveren tarafından gerekli imkânlar sağlanmalıdır (İSGK. m. 20/4).

İşyerinde yetkili sendika bulunması hâlinde, işyeri sendika temsilcileri çalışan temsilcisi olarak da görev yapar (İSGK. m. 20/5). Her ne kadar sendika temsilcisinin iş sağlığı ve güvenliği bakımından önemli görevler yerine getireceği, bu sebeple sendika temsilcisinin olduğu yerde ayrıca çalışan temsilcisinin atanmasına gerek olmadığı düşünülebilecekse de, sendika temsilcisinin özellikle seçim kriterlerindeki farklılık nedeniyle bazı durumlarda ayrıca bir çalışan temsilcisinin seçilmesi uygundu. Buna

⁹⁸ ERTÜRK, Yükümlülükler, 22.

karşın İSGK. m. 20/5, işyeri sendika temsilcisinin olduğu yerde bu imkanı kapatmıştır. Oysa işyerinde yetkili sendika bulunması halinde işyeri sendika temsilcilerinin çalışan temsilcisi olarak da görev yapabileceği belirtilse daha yerinde olurdu⁹⁹.

VII. Çalışanların Görüşlerinin Alınması ve Katılımlarının Sağlanması

Yükümlülüğü

İşverenin yükümlülüklerinden diğeri çalışanların görüşlerinin alınması ve katılımlarının sağlanmasıdır. Bu yükümlülük, 4857 sK.'da olmayıp, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile hukukumuzda girmiştir. Hükme göre, işveren görüş alma ve katılımın sağlanması konusunda, çalışanlara veya iki ve daha fazla çalışan temsilcisinin bulunduğu işyerlerinde varsa işyeri yetkili sendika temsilcilerine yoksa çalışan temsilcilerine iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili konularda görüşlerinin alınması, teklif getirme hakkının tanınması ve bu konulardaki görüşmelerde yer alma ve katılımlarının sağlanması ile yeni teknolojilerin uygulanması, seçilecek iş ekipmanı, çalışma ortamı ve şartlarının çalışanların sağlık ve güvenliğine etkisi konularında görüşlerinin alınması imkânlarını sağlamalıdır (İSGK. m. 18/1).

İşveren, destek elemanları ile çalışan temsilcilerinin işyerinden görevlendirilecek veya işyeri dışından hizmet alınacak işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı ve diğer personel ile ilk yardım, yangınla mücadele ve tahliye işleri için kişilerin görevlendirilmesi, risk değerlendirmesi yapılarak, alınması gereken koruyucu ve önleyici tedbirlerin ve kullanılması gereken koruyucu donanım ve ekipmanın belirlenmesi, sağlık ve güvenlik risklerinin önlenmesi ve koruyucu hizmetlerin yürütülmesi, çalışanların bilgilendirilmesi, çalışanlara verilecek eğitimin planlanması konularında önceden görüşlerinin alınmasını sağlamakla yükümlüdür (İSGK. m. 18/2).

⁹⁹ CANIKLIOĞLU, İşveren Yükümlülükleri, 56-57.

İşverenin bu yükümlülüklerine uygun davrandığını kendisinin ispatlaması gerekmekte olup, işverenin bu süreçleri yazılı hale getirerek görüşüne başvurduğu kişilerin imzalarını alması yerinde olacaktır¹⁰⁰.

Çalışanların veya çalışan temsilcilerinin, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği için alınan önlemlerin yetersiz olduğu durumlarda veya teftiş sırasında, yetkili makama başvurmalarından dolayı haklarının kısıtlanması mümkün değildir (İSGK. m. 18/3). Kısıtlanması halinde uygulanacak yaptırım idari para cezası olup, İSGK. m. 26/I, (h)'ye göre işverenin 18' inci maddede belirtilen yükümlülükleri yerine getirmemesi halinde, işverene her bir aykırılık için ayrı ayrı bin Türk Lirası idari para cezası uygulanır. Kanun koyucu idari para cezası dışında özel bir yaptırım öngörmemiştir. Bu sebeple, işverenin işçinin haklarını kısıtlaması durumunda, somut olayın koşulları değerlendirilmek suretiyle uygun hükümler işletilir¹⁰¹.

VIII. İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu Kurma Yükümlülüğü

Elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde işveren, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalarda bulunmak üzere kurul oluşturmakla ve iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun kurul kararlarını uygulamakla yükümlüdür (m. 22/1). Görüldüğü üzere İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, İş Kanunu mülga m. 80'den farklı olarak, iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturması gereken işyerinin sanayiden sayılması koşulunu kaldırmıştır. Ancak işyerinde elli ve daha fazla işçinin çalışması koşulu aynen korunmuştur. Oysa büyük işyerleri daha fazla organize olduğundan, iş kazaları ve meslek hastalıkları çoğu zaman küçük işyerlerinde meydana gelmektedir. Bu sebeple dünyadaki birçok mevzuatta olduğu gibi, küçük işyerlerinin

¹⁰⁰ CANIKLIOĞLU, İşveren Yükümlülükleri, 73.

¹⁰¹ CANIKLIOĞLU, İşveren Yükümlülükleri, 74.

organize sanayi bölgelerinde birleşerek iş sağlığı ve güvenliği kurulları oluşturmasının zorunlu olması gerekmektedir¹⁰².

İş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalarda bulunmak üzere iş sağlığı ve güvenliği kurullarının hangi işyerlerinde kurulacağı ve bu kurulların oluşumu, görev ve yetkileri, çalışma usul ve esasları ile birden çok kurul bulunması halinde kurullar arasında koordinasyon ve işbirliği yöntemlerine ilişkin detaylar, İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelikte düzenlenmiştir¹⁰³.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun tüm çalışanları kapsama düşüncesine paralel olarak sanayiden sayılma koşulunu kaldırması, bir sanayi işletmesi ile sadece büro personeli istihdam eden kamu kuruluşunun iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurarken aynı sayıya tabi tutulmasını mümkün kılmış olup, bu durum tartışılabilir niteliktedir. Bu sebeple uygulanabilirlik bakımından farklı statülerin dikkate alınması daha yerinde olacaktır¹⁰⁴.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 22 ile düzenlenen ve İşK. mülga m. 80'den farklı olan bir başka husus, altı aydan fazla süren asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunduğu hallerde iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturma yükümlülüğüne ilişkindir. İş Kanunu mülga m. 80'de asıl işveren-alt işveren ilişkisi bakımından özel bir hüküm yer almadığından, eski hükme göre her işverenin altı aydan uzun süreli bir işin yapılması, işin sanayiden sayılması ve en az elli işçi çalıştırması halinde iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturması gerekmektedir. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa göre ise Kurul oluşturması gerekmeyen asıl işveren ve alt işverenin toplam çalışan sayısı elliden fazla

¹⁰² SÜZEK Sarper, Çalışma Mevzuatı Semineri, Genel Görüşme, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, Antalya 26-30 Eylül 2012, 89.

¹⁰³ İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik (RG. 18.01.2013, 28532).

¹⁰⁴ ALPAGUT, Akademik Görüşler, 53.

ise koordinasyonu asıl işverence yapılmak kaydıyla, asıl işveren ve alt işveren tarafından birlikte bir kurul oluşturulur (m. 22/2,ç)¹⁰⁵.

Asıl işveren ve alt işveren tarafından ayrı ayrı kurul oluşturulmuş ise faaliyetlerin yürütülmesi ve kararların uygulanması konusunda iş birliği ve koordinasyon asıl işveren tarafından sağlanır (İSGK. m. 22/2, a). Koordinasyon görevinin asıl işverene verilmiş olması yerinde bir tercihtir¹⁰⁶. Öğretide hükmün İş Kanunundaki birlikte sorumluluk (İŞK. m. 2) hükmü ile birlikte değerlendirilmesi halinde, asıl işverenin iş güvenliği tedbirleri konusunda alt işvereni yönlendireceği, alt işverenin iş güvenliği önlemlerini takip ederek alınmayan önlemi bizzat alma sorumluluğunun yüklendiği sonucuna varılabileceği ifade edilmiştir¹⁰⁷. Asıl işveren tarafından kurul oluşturulması halinde, kurul oluşturması gerekmeyen alt işveren, koordinasyonu sağlamak üzere vekâleten yetkili bir temsilci atar. İşyerinde kurul oluşturması gerekmeyen asıl işveren ise alt işverenin oluşturduğu kurula iş birliği ve koordinasyonu sağlamak üzere vekâleten yetkili bir temsilci atar (İSGK. m. 22/2, b,c).

İş sağlığı ve güvenliği kurulunun kurulmasının altı aydan kısa süren asıl-alt işveren ilişkilerinde aranmasının gerekmemesi yerinde olmayıp, bu ayrımın haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Bu sebeple söz konusu yükümlülüğün ayırım yapılmaksızın Kanunun koyduğu temel sınırlamaya (elli ve daha fazla çalışanı bulunan işyerleri) uygun olarak tüm asıl işveren-alt işveren işyerlerinde aranması gerekmektedir¹⁰⁸. İş sağlığı ve

¹⁰⁵ İlgili madde gerekçesinde konu şu şekilde açıklanmıştır: Ülkemizde meydana gelen iş kazalarının önemli bir bölümü alt işverenlere yaptırılan işlerde meydana gelmektedir. Çoğunlukla bir işyerinde toplam çalışan sayısı elliden fazla olmasına rağmen işin alt işverenlere devredilmiş olması nedeniyle asıl işveren ve alt işverenin her birinin çalışan sayısı elliden az tutularak kurul teşekkül ettirilmemektedir. İş kazaları bakımından önemli bir yekûn teşkil eden bu işyerlerinde de asıl işveren ve alt işverene birlikte kurul oluşturma mecburiyeti getirilerek bir kontrol mekanizmasının kurulması sağlanmıştır. Bu nedenle söz konusu işyerlerinde kurul oluşturma mecburiyetinin ortadan kaldırılmasına yönelik uygulamaların önüne geçilmesi hedeflenmiştir. Bir işyerinde birden fazla işveren ve iş sağlığı ve güvenliği kurulunun bulunması durumunda meydana gelebilecek muhtemel bir kaza aynı işyerindeki diğer işveren çalışanlarını etkileyebilecek olması nedeniyle bu kurulların çalışmalarından diğer kurullara bilgi verilmesi gerekmektedir.

¹⁰⁶ TUNCAY, İSGK Tasarısı Taslağı, 63.

¹⁰⁷ ENGİN Murat, İş Sağlığı ve İş Güvenliği Yasa Tasarısı, Akademik Görüşler&Eleştiriler, 2008, 98 (Akademik Görüşler).

¹⁰⁸ ERTÜRK, Yükümlülükler, 23.

güvenliği kurulu, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin tesisi için kurulmakta olup, altı aydan kısa süren asıl işveren-alt işveren ilişkilerinde kurul oluşturmanın gerekli görülmemesi, söz konusu kısa işlerde iş sağlığı ve güvenliğinin önemli olmadığı anlamına gelecektir ki, bunun kabulü mümkün değildir.

Aynı çalışma alanında birden fazla işverenin bulunması ve bu işverenlerce birden fazla kurulun oluşturulması hâlinde ise işverenlerin birbirlerinin çalışmalarını etkileyebilecek kurul kararları hakkında diğer işverenleri bilgilendirmeleri gerekmektedir (İSGK. m. 22/3). Bu maddenin uygulanmasıyla ilgili usul ve esaslara ilişkin diğer ayrıntılar İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik'e¹⁰⁹ bırakılmıştır.

İşverenin iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurma yükümlülüğü yanında, söz konusu kurul üyelerini iş sağlığı ve güvenliği konusunda eğitmeleri de gerekmektedir. Zira, İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik, iş sağlığı ve güvenliği kurulu üyeleri ile yedeklerine iş sağlığı ve güvenliği konusunda eğitim verilmesinin işverenin görevi olduğunu düzenlemiştir (m. 7).

IX. İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimi Oluşturma ile İşyeri Hekimi ve İş Güvenliği Uzmanı Çalıştırma Yükümlülüğü

İşyeri sağlık ve güvenlik birimi oluşturma ile işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı çalıştırma yükümlülüğü, İSGK'nın 6, 7 ve 8. maddelerinde düzenlenmiştir. Aynı Kanunun 38. maddesinde ise söz konusu hükümlerin yürürlük tarihi çeşitli kriterler getirilmek suretiyle farklı farklı belirlenmiştir. Buna göre Kanunun adı geçen hükümleri, kamu kurumları ile 50'den az çalışanı olan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için yayımı tarihinden itibaren iki yıl sonra, 50'den az çalışanı olan tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için yayımı tarihinden itibaren bir yıl sonra, diğer işyerleri için yayımı tarihinden itibaren altı ay sonra yürürlüğe girer. Aynı şekilde 4857 sayılı Kanunun 77' nci, 78' inci, 79' uncu, 80' inci, 81' inci ve 88' inci maddelerine

¹⁰⁹ RG. 18.01.2013, 28532.

göre yürürlüğe konulan yönetmeliklerin bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri, bu Kanunda öngörülen yönetmelikler yürürlüğe girinceye kadar uygulanmaya devam olunur (Geçici m. 2). Dolayısıyla sadece İSGK. hükümlerinin değil, İşK. hükümlerinin de ele alınması yerinde olacaktır.

İş Kanununun mülga 81. maddesine göre işverenler devamlı olarak en az elli işçi çalıştırdıkları işyerlerinde alınması gereken iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin belirlenmesi ve uygulanmasının izlenmesi, iş kazası ve meslek hastalıklarının önlenmesi, işçilerin ilk yardım ve acil tedavi ile koruyucu sağlık ve güvenlik hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla, işyerindeki işçi sayısı, işyerinin niteliği ve işin tehlike sınıf ve derecesine göre; işyeri sağlık ve güvenlik birimi oluşturmakla, bir veya birden fazla işyeri hekimi ile gereğinde diğer sağlık personelini görevlendirmekle, sanayiden sayılan işlerde iş güvenliği uzmanı olan bir veya birden fazla mühendis veya teknik elemanı görevlendirmekle yükümlüdürler (İşK. mülga m. 81/I). İşverenler, bu yükümlülüklerinin tamamını veya bir kısmını bünyesinde çalıştırdığı ve bu maddeye dayanılarak çıkarılacak yönetmelikte belirtilen vasıflara sahip personel ile yerine getirebileceği gibi, işletme dışında kurulu ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alarak da yerine getirebilir. Bu şekilde hizmet alınması işverenin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz (İşK. mülga m. 81/II).

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa göre ise mesleki risklerin önlenmesi ve bu risklerden korunulmasına yönelik çalışmaları da kapsayacak, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin sunulması için işverenin çalışanları arasından iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve diğer sağlık personeli görevlendirmesi gerekmektedir. İşveren, çalışanları arasında belirlenen niteliklere sahip personel bulunmaması hâlinde, bu hizmetin tamamını veya bir kısmını ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden¹¹⁰ hizmet alarak yerine getirebilir; ancak belirlenen niteliklere ve gerekli belgeye sahip olması hâlinde, tehlike sınıfı ve çalışan sayısı dikkate alınarak, bu hizmetin yerine getirilmesini kendisi de üstlenebilir

¹¹⁰ Ortak sağlık ve güvenlik birimi İSGK. m. 3/1, m' de tanımlanmıştır.

(İSGK. m. 6/1, a)¹¹¹. Bu hizmetin yerine getirilmesini kendisinin üstlenebileceği ifadesi ile işverenlere adeta iş güvenliği uzmanı ve/veya işyeri hekimi olma imkanı tanınmaktadır. Bu durum mesleki bağımsızlık kuralına aykırı olduğu gibi, işyeri hekimine veya iş güvenliği uzmanına verilen sınırlı yetkileri de işlevsiz hale getirmektedir. İşçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerinde kusurlu bir işverenin, kendisini Bakanlığa şikayet etmesini beklemek mümkün değildir¹¹².

İşverenin ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden yararlanma imkanı, işverenin temel yükümlülüğü olan gözetme borcunu kısmen dahi olsa başka kurumlara devretmesine imkan sağlamıştır. Bu noktada işverenin sorumluluğunun ortadan kalkmadığı düzenlenmişse de, işveren aralarındaki anlaşma gereği temel yükümlülüklerinden biri olan işçiyi gözetme borcunu doğrudan kendisi yerine getirmeyerek, ortak sağlık ve güvenlik birimleri aracılığıyla yerine getirerek sınırlayabilir ya da ortadan kaldırılabılır¹¹³. İş güvenliği hizmetlerinin ve Sağlık Bakanlığınca hizmet verilemeyen yerlerde iş sağlığı hizmetlerinin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu çerçevesinde satın alınması, bu hizmeti sunanların ciddi bir denetime tutulması koşuluyla, iş sağlığı ve güvenliği açısından yerindedir¹¹⁴.

İş sağlığı ve güvenliği alanında görevli uzman, işyeri hekimi ve diğer sağlık personelinin mutlaka iş sözleşmesi ile işyerinde istihdam edilmesi zorunluluğunun öngörülmemiş olması, hem 164 sayılı Tavsiye Kararı hem 89/391 sayılı Çerçeve

¹¹¹ İşyerinde iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve işyeri hemşiresi (diğer sağlık personeli) belgesine sahip kişilerin varlığına rağmen, çalışanın veya işverenin görev değişikliği istememesi karşısında, işverenin ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alıp alamayacağı sorusu akla gelmektedir. Kanundaki hükümler birlikte değerlendirildiğinde, belirtilen ihtimalde ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alınabileceği sonucuna varılmaktadır (OCAK, İSGK'nın İstihdama Etkisi, 80).

¹¹² 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Hakkında Hukuki Değerlendirme, 3, <http://www.istabip.org.tr/dosyalar/hukuk/isgkdegerlendirme.pdf>, 06.05.2013.

¹¹³ ERTÜRK, Yükümlülükler, 15.

¹¹⁴ AYDIN, İSGK, 15; aynı yönde EKMEKÇİ Ömer, 4857 sayılı İş Kanununa Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, İstanbul 2005, 151-152 (İşyeri Örgütlenmesi); KAVLAK Pevrul, İş Sağlığı ve Güvenliği Piyasasının İnsafına Bırakılmamalı, Mercek Dergisi, Ocak 2012, 38 vd.

Yönerge hem de Avrupa Birliğine üye birçok ülkenin ulusal mevzuatları ile uyumludur¹¹⁵.

Diğer taraftan hüküm İşK. mülga m. 81 ile kıyaslandığında, işyeri hekimi ve diğer sağlık personeli görevlendirilmesi için işyerinde en az elli işçi çalışması koşulunun, iş güvenliği uzmanı görevlendirme konusunda ise elli işçi çalıştırma koşulu ile birlikte sanayiden sayılma koşulunun da kaldırıldığı görülecektir¹¹⁶. Dolayısıyla tek bir işçi dahi çalıştıran başka bir deyişle Kanun kapsamında bulunan tüm işyerleri bu yükümlülüğe tabidir. İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinde görevli iş güvenliği uzmanlarının nitelikleri, eğitimleri ve belgelendirilmeleri, görev, yetki ve sorumlulukları ile çalışma usul ve esasları İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelikle¹¹⁷; iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinde görevli işyeri hekimlerinin ve diğer sağlık personelinin nitelikleri, belgelendirilmeleri, eğitimleri, görev, yetki ve sorumlulukları ile çalışma usul ve esasları ise İşyeri ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik¹¹⁸ ile düzenlenmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu ile birlikte diğer iş sözleşmeleriyle işçi çalıştıran işyerleri ve kamu görevlilerini de kapsamına alan bu sistemin amacı yerinde olmakla birlikte, gerekli işyeri hekimi ve uzmanının nasıl karşılanacağı bir soru işareti olarak ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar hükmün yürürlüğü bakımından kademeli bir geçiş süreci öngörülmüşse de, belirlenen sürelerde yeterli uzman sağlanması mümkün gözükmemektedir¹¹⁹. Bu çerçevede, hükmün ülke şartları açısından uygulanabilirliği

¹¹⁵ DEMİRCİOĞLU Murat, İş Güvenliği Uzmanlığı Yönünden İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağı'nın İncelenmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 5, Mart 2007, 14 (İSGK Tasarısı Taslağı).

¹¹⁶ Öğretide işin sanayiden sayılması ve 50 işçi koşulunun kaldırılmak ve tüm resmi ve özel sektöre ait işyerleri kapsama alınmakla 155 sayılı ILO Sözleşmesi ile 164 sayılı Tavsiye Kararı'na, Roma Anlaşması m. 118a ve 89/391 sayılı Çerçeve Yönergeye uyum sağlandığı ifade edilmiştir (DEMİRCİOĞLU, İSGK Tasarısı Taslağı, 11).

¹¹⁷ RG. 29.12.2012, 28512.

¹¹⁸ RG. 20.07.2013, 28713.

¹¹⁹ Bu konuda ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. CANIKLIOĞLU, İSGK Tasarısı, 105-106; aynı yazar, İşveren Yükümlülükleri, 45-49; ALPAGUT, İSGK Tasarısı, 102; aynı yazar, ALPAGUT Gülsevil, İş

kuşku yaratmaktadır¹²⁰. Diğer taraftan bu durum işverenlere önemli bir maliyet yükleyecektir¹²¹. Örneğin bir kişinin çalıştığı bakkal ya da avukat büroları dahil tüm işyerleri için bir iş güvenliği uzmanı ile bir işyeri hekimi çalıştırmak zorunlu olacağından, bir işçinin çalıştığı işyerine, bu işçinin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için iki kişinin daha istihdam edilmesi gerekmektedir ki, bu yükümlülüğü gerçekçi ve adil bulmak mümkün değildir.

İşverenler görevlendirdikleri kişi veya hizmet aldığı kurum ve kuruluşların görevlerini yerine getirmeleri amacıyla araç, gereç, mekân ve zaman gibi gerekli bütün ihtiyaçlarını karşılamalı, işyerinde sağlık ve güvenlik hizmetlerini yürütenler arasında işbirliği ve koordinasyonu sağlamalı, görevlendirdikleri kişi veya hizmet aldığı kurum ve kuruluşlar tarafından iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili mevzuata uygun olan ve yazılı olarak bildirilen tedbirleri yerine getirmeli, çalışanların sağlık ve güvenliğini etkilediği bilinen veya etkilemesi muhtemel konular hakkında; görevlendirdikleri kişi veya hizmet aldığı kurum ve kuruluşları, başka işyerlerinden çalışmak üzere kendi işyerine gelen çalışanları ve bunların işverenlerini bilgilendirmelidir (İSGK. m. 6/1, b, c, ç, d).

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile getirilen bir başka yenilik iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin desteklenmesi başlığı ile Kanunun 7. maddesinde ifade edilmiştir. Anılan hükme göre iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin yerine getirilmesi için, Bakanlıkça belirli şartlarla destek sağlanır. Destekten yararlanabilmek için kamu kurum ve kuruluşları hariç ondan az çalışanı bulunanlardan, çok tehlikeli ve tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri arasında bulunmak gerekmektedir. Ancak, Bakanlar Kurulunun, ondan az çalışanı bulunanlardan az tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinin de destekten

Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısında İşverenin Yükümlülükleri ve Risk Değerlendirmesi, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Semineri, TİSK. No. 322, 2012, 32 (İşverenin Yükümlülükleri).

¹²⁰ TUNCAY, İSGK Tasarısı Taslağı, 58; benzer yönde AKTEKİN Şeyda, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Taslağında Düünden Bugüne, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 25, Mart 2012, 95 (İSGK Tasarısı Taslağı).

¹²¹ ALPAGUT, İSGK Tasarısı, 102.

faydalanmasına karar vermesi mümkündür. (m. 7/1, a)¹²². Destek sadece ondan az çalışanı bulunanlardan, çok tehlikeli ve tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri¹²³ bakımından geçerli olduğundan, az tehlikeli ya da tehlikeli olmakla birlikte iki-üç işçi çalıştıran işyerlerinin Kanun ile getirilen yükümlülükleri sağlayabilmeleri kolay değildir. Maddenin gerekçesinde destek ile küçük işletmelerin ekonomik olarak yük altına girmemiş olacakları kabul edilmiş olup, kanun ile gerekçesi arasında çelişki bulunmaktadır.

İş kazaları, tehlike sınıfından bağımsız olarak, işyeri ölçeği küçüldükçe artmaktadır¹²⁴. Bu sebeple tehlike sınıfına göre herhangi bir ayırım olmaksızın, ondan az çalışanı olan tüm işyerlerine bu hizmetin sunulması daha uygundur¹²⁵. Nitekim bu sakıncanın giderilmesi için Kanunla bu konuda Bakanlar Kuruluna yetki verilmiş ve Bakanlar Kurulunun gerektiğinde bu desteği ondan az çalışanı bulunan işyerlerinden az tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinin de faydalanmasına karar verebileceği kabul edilmiştir¹²⁶. Ancak destek kapsamı dışındakiler bakımından sakıncalar varlığını korumaktadır.

Küçük işverenlere verilecek destek, iş kazası ve meslek hastalığı bakımından kısa vadeli sigorta kolları için toplanan primlerden kaynak aktarılmak suretiyle, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından finanse edilecektir (m. 7/1, b). Hükmün gerekçesine göre söz

¹²² Devlet desteğinden yararlanmak için gereken 10 çalışanın nasıl ve neye göre hesaplanacağı hakkında değerlendirme için bkz. AKYİĞİT Ercan, İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetlerinde Devlet Desteği, Sicil S. 29, Mart 2013, 46-48 (Devlet Desteği).

¹²³ Teklike sınıfı İSGK m. 3/r'de tanımlanmıştır. Ancak bu tanımdan az tehlikeli, tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinden ne anlaşılması gerektiği tespit edilememektedir. İSGK m. 9, işyeri tehlike sınıflarının; 31/05/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 83 üncü maddesine göre belirlenen kısa vadeli sigorta kolları prim tarifesi de dikkate alınarak, İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğünün Başkanlığında ilgili taraflarca oluşturulan komisyonun görüşleri doğrultusunda, Bakanlıkça çıkarılacak tebliğ ile tespit edileceğini düzenlemiştir. Öğretide bu düzenlemenin Kanun yerine tebliğ ile yapılmasını kabul etmenin mümkün olmadığı ifade edilmiştir (ERTÜRK, Yükümlülükler, 18).

¹²⁴ İş kazalarının işletme büyüklüğüne göre dağılımı incelendiğinde, 2010 yılında gerçekleşen 62.903 iş kazasından 35.430'u 1-49 işçinin çalıştığı işyerlerinde, başka bir ifadeyle gerçekleşen iş kazalarının %56,3'ü küçük işyerlerinde yaşanmıştır (KARABULUT Özcan, Türkiye'de İş Sağlığı-Güvenliği ve İş Sağlığı ve Kanunu Tasarı Taslağında Gelişmeler, <http://www.harb-is.org.tr/public/UserFiles/OK.ppt>, 01.05.2013).

¹²⁵ <http://www.istabip.org.tr/dosyalar/hukuk/iskgdegerlendirme.pdf>, 3, 06.05.2013; benzer yönde BALKIR, İSG Organizasyonu, 39.

¹²⁶ CANIKLIOĞLU, İSGK Tasarısı, 106.

konusu düzenleme iş kazası ve meslek hastalıkları bakımından kısa vadeli sigorta kolu prim gelirleri hesabında hissedilebilir bir harcamaya sebep olabilir, buna karşın uzun vadede iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin ve işyerlerinde güvenlik kültürünün yerleşmesi sayesinde, iş kazası ve meslek hastalıklarından kaynaklanan maliyetler azalacaktır. Dolayısıyla bu düzenleme sebebiyle Kurum gelirlerinin azalacağı şüphesizdir. Gerekçede de ifade edildiği gibi, bu uzun vadeli bir hedef olup, bu sürede primlerden aktarılan kaynağın yerine konması zor görünmektedir¹²⁷. Oysa bu gibi desteklerin geliri kural olarak işçi ve işverenlerin ödedikleri primlerden oluşan ve gelir-gider dengesi yapmak durumunda olan Sosyal Güvenlik Kurumunun bütçesinden değil Hazine tarafından karşılanmalıdır¹²⁸. Bu çerçevede olmak üzere, genel bütçeye veya SGK'nın bütçesine sırf bunun için, özel bir kalem ödenek konulması mümkündür¹²⁹.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve diğer mevzuat gereğince yapılan kontrol ve denetimlerde; istihdam ettiği kişilerin sigortalılık bildiriminde bulunmadığı tespit edilen işverenlerden, tespit tarihine kadar yapılan ödemeler yasal faizi ile birlikte Sosyal Güvenlik Kurumunca tahsil edilir ve bu durumdaki işverenler, sağlanan destekten üç yıl süreyle faydalanamaz (m. 7/1,ç). Bu hüküm kayıt dışı istihdamı önleme amacına destek olacağından isabetlidir¹³⁰.

X. İş Sağlığı ve Güvenliğinin Koordinasyonunu Sağlama Yükümlülüğü

Kanun koyucunun işverenlere yüklediği diğer bir iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüğü, aynı çalışma alanında birden fazla işverenin bulunmasına özgüdür. Hükme göre aynı çalışma alanını birden fazla işverenin paylaşması durumunda işverenlerin; iş hijyeni ile iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin uygulanmasında iş birliği yapmaları, yapılan işin yapısı göz önüne alınarak mesleki risklerin önlenmesi ve bu risklerden korunulması

¹²⁷ AKTEKİN Şeyda, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu İşverene Ne Gibi Yükümlülükler Getiriyor?, MESS İşveren Dergisi, Temmuz 2012, 8 (Yükümlülükler).

¹²⁸ CANIKLIOĞLU, İSGK Tasarısı, 106; aynı yazar, İşveren Yükümlülükleri, 52; aynı yazar, Kanun Tasarısı Semineri, 48; benzer yönde görüş için bkz. AYDIN, İSGK, 14; krş. ARICI, Son Değişiklikler, 116.

¹²⁹ AKYİĞİT, Devlet Desteği, 52.

¹³⁰ CANIKLIOĞLU, İSGK Tasarısı, 106. Desteğin kesilmesi ve bunun sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKYİĞİT, Devlet Desteği, 53-54.

çalışmalarında koordinasyon içinde hareket etmeleri, birbirlerini ve çalışan temsilcilerini bu riskler konusunda bilgilendirmeleri gerekmektedir (İSGK. m. 23/1). Böylece, aynı fiziki alanın paylaşılması nedeniyle ortaya çıkması muhtemel riskler konusunda işverenler birbirleri arasında bilgi alışverişi yapar ve koordinasyon içinde önlem alırlar¹³¹.

Birden fazla işyerinin bulunduğu iş merkezleri, iş hanları, sanayi bölgeleri veya siteleri gibi yerlerde, iş sağlığı ve güvenliği konusundaki koordinasyon ise yönetim tarafından sağlanır. Yönetim, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği yönünden diğer işyerlerini etkileyecek tehlikeler hususunda gerekli tedbirleri almaları için işverenleri uyarır. Bu uyarılara uymayan işverenleri Bakanlığa bildirir (İSGK. m. 23/2). Dolayısıyla birden fazla işyerinin bulunduğu iş merkezleri, iş hanları, sanayi bölgeleri veya siteleri gibi yerlerde işyeri bulunan işverenlerin yönetimin tespit ettiği iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uymaları gerekmektedir.

Ş4. İŞÇİLERİN İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunundan önce diğer iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümler gibi işçilerin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülükleri de İş Kanununda düzenlenmişti. Buna göre işçiler iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüydüler (m. 77/I). Alınan her türlü önleme uymak dışında, işçilerin işyerinde içki ve uyuşturucu madde kullanması yasaklanmış (İŞK. mülga m. 84), ağır ve tehlikeli işlerde küçüklerin ve kadınların çalıştırılması ile ilgili olarak emredici hükümler getirilmişti (İŞK. m. mülga 85-86). İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, İş Kanununda yer alan tüm bu maddeleri yürürlükten kaldırmış, yerlerine daha ayrıntılı hükümler getirmiştir. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, 89/391 sayılı Çerçeve Yönergeyi

¹³¹ ALPAGUT, İşverenin Yükümlülükleri, 40.

esas almış olup, Yönergede işçilere getirilen yükümlülükler İSGK. ile hemen hemen aynıdır¹³².

89/391 sayılı Çerçeve Yönerge, işçilerin güvenlik ve sağlıklarının daha etkin bir biçimde korunması ve iyileştirilmesi için önleyici tedbirlerin kaçınılmazlığını, temel ilke olarak benimsemiştir (m. 1)¹³³. Bunun yanında Yönergede, işçilerin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine aktif bir biçimde katılımlarını sağlayan düzenlemeler bulunmaktadır. Bu aktif katılıma ilişkin bakış açısı, Türk iş sağlığı ve güvenliği hukuku için köklü bir değişimi ifade etmektedir. Zira bugüne kadar yürürlükte bulunan mevzuat, iş sağlığı ve güvenliği konusunda işçilere sadece alınan önlemlere uyma ödevi yüklemekteydi. İşçilerin aktif katılımına ilişkin tek hüküm işçinin çalışmaktan kaçınma hakkıydı¹³⁴.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa göre çalışanlar, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili aldıkları eğitim ve işverenin bu konudaki talimatları doğrultusunda, kendilerinin ve hareketlerinden veya yaptıkları işten etkilenen diğer çalışanların sağlık ve güvenliklerini tehlikeye düşürmemekle yükümlüdürler (İSGK. m. 19/1). Çalışanlar, işveren tarafından verilen eğitim ve talimatlar doğrultusunda işyerindeki makine, cihaz, araç, gereç,

¹³² 89/391 sayılı Çerçeve Yönergeye göre işçilerin yükümlülükleri şöyledir:

1. İşçiler aldıkları eğitim ve işverenin talimatı gereği kendi sağlık ve güvenliklerinden sorumlu oldukları gibi hareketlerinden diğer işçilerin etkilenmesinden de sorumlu olacaklardır.

2. Bu nedenle, işçiler eğitimleri ve işverenden aldıkları talimata uygun olarak:

(a) Makinayı, araç gereci, tehlikeli maddeleri, ekipman taşınmasını ve diğer üretim yöntemlerini doğru kullanacaklardır.

(b) Kendilerine verilen kişisel koruyucuları doğru kullanacaklar, kullandıktan sonra uygun yerlerine koyacaklardır.

(c) Güvenlik araçlarının rast gele değiştirmek ve çıkarmaktan kaçınacaklar, makine, araç gereç, fabrika ve binalardaki koruyucuları doğru olarak kullanacaklardır.

(d) Korunma önlemlerindeki eksiklikler nedeniyle ciddi ve ani bir tehlike gördüklerinde işvereni veya işçi sağlığı iş güvenliği temsilcisini hemen haberdar edeceklerdir.

(e) Yasalara göre, işveren ve/veya işçi sağlığı ve güvenliği temsilcisi ile işçi sağlığı iş güvenliği önlemleri alınması sırasında işbirliği halinde olacaklar ve verilecek işleri yapacaklardır.

(f) İşverene ve işçi sağlığı ve iş güvenliği temsilcisine, yasalar çerçevesinde, gerektiğinde çalışma ortamının ve çalışma koşullarının emniyetli olması için yardımcı olacaklar, kendileri tehlikeli bir duruma meydan vermeyecekler, bu hususlarda işbirliği halinde olacaklardır

(http://ab.calisma.gov.tr/index_dosyalar/mevzuat/direktifler/89-391.doc (17.02.2012)).

¹³³ GÜZEL, İşyeri Hekimliği, 18.

¹³⁴ KABAKCI, 326-327.

tehlikeli madde, taşıma ekipmanı ve diğer üretim araçlarını ve bunların güvenlik donanımlarını doğru olarak kullanmak, keyfi olarak çıkarmamak ve değiştirmemek, kendilerine sağlanan kişisel koruyucu donanımı doğru kullanmak ve korumak, işyerindeki makine, cihaz, araç, gereç, tesis ve binalarda sağlık ve güvenlik yönünden ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaştıklarında ve koruma tedbirlerinde bir eksiklik gördüklerinde, işverene veya çalışan temsilcisine derhal haber vermek, teftişe yetkili makam tarafından işyerinde tespit edilen noksanlık ve mevzuata aykırılıkların giderilmesi konusunda, işveren ve çalışan temsilcisi ile iş birliği yapmak ve kendi görev alanında, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için işveren ve çalışan temsilcisi ile işbirliği yapmakla yükümlüdürler (İSGK. m. 19/2)¹³⁵.

İşçilerin yükümlülükleri, işvereninkilerle kıyaslandığında çok az gibi görünmekteyse de, işçinin gözetiminin esas sorumlusu işveren olduğundan, bu işin doğası gereğidir¹³⁶.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, işçilerin yükümlülüklerini düzenlerken, çalışanların yükümlülükleri başlığı altında, “çalışanlara” yükümlülükler getirmiştir. Başka işyerlerinden gelenler için herhangi bir düzenleme yapmamıştır. Oysa Kanun bazı hükümlerde, başka işyerlerinden gelen çalışanlar için birtakım ayrı düzenlemeler öngörmüştür. Bu sebeple çalışanların yükümlülüklerini düzenleyen 19. madde ile alt işveren işçileri ve geçici işçilerin de sorumluluk altına sokulduğunun Kanunda özel olarak belirtilmesi daha uygun olurdu. Aksi halde İSGK. m. 6, 16, 17 ve 22. maddelerin bir anlamı olmaz ve sorumluluk-yetki paralelliği kurulamaz¹³⁷. Daha açık bir deyişle, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa göre, işveren başka işyerlerinden çalışmak üzere kendi işyerine gelen çalışanları ve bunların işverenlerini bilgilendirmeli (m. 6/1, d), başka işyerlerinden çalışmak üzere kendi işyerine gelen çalışanların işyerinde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik riskleri, koruyucu ve önleyici tedbirler, kendileri ile ilgili yasal hak ve sorumluluklar ve ilk yardım, olağan dışı durumlar, afetler ve

¹³⁵ Amerikan hukukunda da her işçi, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasasına göre yayımlanmış olan tüm iş sağlığı ve güvenliği standartlarına ve kurallarına, düzenlemelerine ve tebliğlerine uymakla yükümlü tutulmuştur (OSH Act. Sec. 5/b).

¹³⁶ TUNCAY, İSGK Tasarısı Taslağı, 62.

¹³⁷ AYDINLI, İSGK Tasarısı, 23.

yangınla mücadele ve tahliye işleri konusunda görevlendirilen kişiler konularında, söz konusu çalışanların işverenlerine gerekli bilgileri vermeli (m. 16/2,b), tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde; yapılacak işlerde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik riskleri ile ilgili yeterli bilgi ve talimatları içeren eğitimin alındığına dair belge olmaksızın, başka işyerlerinden çalışmak üzere gelen çalışanları işe başlatmamalı (m. 17/5), geçici iş ilişkisi kurulan işveren, iş sağlığı ve güvenliği risklerine karşı çalışana gerekli eğitimin verilmesini sağlamalı (m. 17/6) ve altı aydan fazla süren asıl-alt işveren ilişkisinin bulunduğu hallerde alt işveren işçileri de iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturma yükümlülüğü çerçevesinde dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla işçilerin yükümlülüklerinin düzenlendiği 19. maddede alt işveren işçileri ile geçici işçilerin de diğer işçilerle aynı yükümlülüklerinin bulunduğu yönünde bir ibarenin eklenmesi daha yerinde olacaktır.

Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğe göre, çalışanlar uygulamaya konulan eğitim programları çerçevesinde iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerine katılmak ve eğitimlerde edindikleri bilgileri yaptıkları iş ve işlemlerde uygulamak ve bu konulardaki talimatlara uymak zorundadır (m. 9). İşçilerin alınan her türlü önleme uyma yükümlülüğü, verilecek eğitimlere eksiksiz katılmalarını da kapsamakta, eğitim işçiye ek bir mali külfet yüklememekçe, eğitimi işverenin kendisinin ya da gösterdiği bir kişi ya da kurumun vermesinin önemi olmaksızın işçinin eğitime katılması gerekmektedir¹³⁸.

Yine İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik¹³⁹ de çalışanların yükümlülüklerine yer vermiştir. Hükme göre çalışanlar, sağlık ve güvenliğin korunması ve geliştirilmesi amacıyla iş sağlığı ve güvenliği kurullarınca konulan kurallar, yasaklar ile alınan karar ve tedbirlere uymak zorundadırlar. İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin belirlenmesi, uygulanması ve alınan tedbirlere uyulması hususunda çalışanlar kurullarla işbirliği yaparlar (m. 12/2). Kurullar tarafından alınan kararlar veya

¹³⁸ AKYİĞİT, Şerh II, 2110.

¹³⁹ RG. 18.01.2013, 28532.

uygulamada karşılaştıkları güçlükler hakkında çalışanlar çalışan temsilcileri aracılığı ile kurula bilgi verirler (m. 12/3).

İşçilerin üzerlerine düşen görevleri yapmakla yükümlü oldukları hususunda tereddüt bulunmamakla birlikte, işçi sendikalarının da iş sağlığı ve güvenliği konusunda tedbirler almaları gerekmektedir. Bu noktada işçi sendikaları işyerinde iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak için toplu iş sözleşmesine hükümler koyabilir ve işçileri sözü edilen hususlarda eğiterek bilinçlendirebilirler¹⁴⁰. Nitekim 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 33. maddesinde, sendikalarımızın işçileri eğitmesi gerektiği, 44. maddesinde ise gelirlerinin en az yüzde onunu üyelerinin eğitimi ile mesleki bilgi ve tecrübelerini artırmak için kullanmak zorunda olduğu düzenlenmişti. Ancak 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu 81. maddesi ile Sendikalar Kanununu yürürlükten kaldırmış olup, 6356 sayılı Kanun eğitim faaliyetlerini sendikaların zorunlu faaliyetleri arasından çıkartmıştır. Bu noktada Sendikalar Kanununun sendikaların eğitim faaliyetlerinde bulunmasını zorunlu kılan hükmünün diğer olumlu yanları bir yana, işçilerin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasına yapacağı katkı dikkate alındığında yeni Kanunda bulunması gerektiği açıktır.

¹⁴⁰ SÜZEK, Öneriler, 322-323; AKIN Levent, Sendikaların İş Sağlığı ve Güvenliğinin Sağlanmasına Etkisi, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 34, 2012/3, 109 (Sendikaların Etkisi).

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN YERİNE GETİRİLMEMESİ HALİNDE İŞÇİLERİN HAKLARI

§5. GENEL OLARAK

İşverenin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde, işçilerin elinde hangi hakların bulunduğu, işçilerin Anayasadan doğan ve en temel hakları olan yaşama hakkını nasıl koruyacakları son derece önemlidir.

İşverenlerin işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli önlemleri almaması halinde, işçilerin aynen ifa davası açması mümkün değildir. Zira dava sonucunda aynen ifaya hükmedilmesi halinde hükmün icrası kolay olmadığı gibi işverenin işçiye iş verme yükümlülüğünün genellikle benimsenmediği bir ortamda; eğilim, söz konusu istemin işçiye tanınmaması yönündedir¹⁴¹.

Özellikle Alman ve İsviçre öğretisinde, işverenin gözetme borcunun bir yan yükümlülük olarak kabul edilmesi nedeniyle aynen ifa yoluyla yerine getirilmesinin mümkün olmadığı ileri sürülmektedir¹⁴². Bununla birlikte, ifa davasına konu olan ve sadece borçlu tarafından yerine getirilecek yapma borçları için cebri icra imkanının olmadığı, İcra ve İflas Kanununun 343. maddesinde öngörülen borçlunun hafif hapisle tazyik edilmesinin, borçlunun borcu gene de ifa etmediği durumlarda, edimin cebri icra aracılığıyla elde edilmiş olmayacağı dile getirilmektedir. Yapma borcunun mutlaka borçlu tarafından ifasının gerekli olmadığı hallerde ise İcra ve İflas Kanunu m. 30 ve TBK. m. 113 (818 sK. m. 97) gereğince masrafı borçluya ait olmak üzere işin başkasına gördürülmesi, bir cebri icra niteliği taşımamaktadır. Bu durumda alacaklının zararı özel

¹⁴¹ ULUSAN, 43; MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi/ASTARLI Muhittin, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 5. bası, Ankara 2012, 1211; karşı. KAPLAN, Sorumluluk, 38.

¹⁴² OSER Hugo/SCHÖNENBERGER Wilhelm, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Teil (Halbband), Art. 184-418, Zurich 1936, Art. 339, Anm. 21; BECKER H, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band:IV, Obligationenrecht, II. Abteilung, I. Lieferung, Art. 184-311, Bern 1922, Art. 339, Anm. 13, ULUSAN, 43, dn. 30'dan naklen.

olarak düzenlenmiş bir şekil çerçevesinde tazmin olunur. Başka bir deyişle sonuca, borcun cebren icrası suretiyle değil, tazminat yoluyla ulaşılır¹⁴³. Dolayısıyla işverenin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde, işçilerin elinde olan haklar, çalışmaktan kaçınma, işverenin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini almadığı gerekçesiyle onları ihbar ve şikayet etme ve sözleşmeyi derhal fesih hakkıdır.

§6. ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKI

I. İşçinin İş Görme Borcunun İstisnası Olarak Çalışmaktan Kaçınma Hakkı

İşçinin sözleşmeyle üstlendiği iş görme borcunu reddetmesi, kural olarak sözleşmeye aykırılık teşkil etmekte, işçi bu borcu reddettiği takdirde sözleşme sorumluluğuyla karşı karşıya kalmaktadır¹⁴⁴. Ancak iş güvenliği önlemlerinin alınmadığı bir işyerinde ya da verilen işin iş sağlığı ve güvenliğine aykırı olması durumunda, iş görme borcu altında bulunan işçinin o işyerinde çalışmasını beklemek mümkün değildir. Zira, tüm canlılarda olduğu gibi insan da ortaya çıkan ya da çıkması muhtemel olan tehlikeleri önceden öngördüğünde tehlikeden uzaklaşmak ister, bu davranış iradi bir tepki olarak doğar¹⁴⁵. Tüm hak ve özgürlüklerin varlığı, yaşama hakkının sağlanmasına bağlıdır¹⁴⁶.

Yaşama hakkı, diğer tüm borçlar gibi iş görme borcundan önce gelir ve bu durumda işin reddedilmesi bir hak halini alır¹⁴⁷. Nitekim Anayasanın 17. maddesi ile düzenlenmiş olan bu hak, herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olmasıdır. Dolayısıyla Anayasa ile korunan temel bir hak olan yaşama hakkı ile işgörme borcu çatışır ve doğal olarak işçinin yaşama hakkı, işverenin işçiden beklediği

¹⁴³ OĞUZMAN, 273.

¹⁴⁴ AYDINLI, Sosyal Temas, 240. Sözleşme sorumluluğu hakkında bilgi için bkz. EREN Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 13. bası, İstanbul 2011, 460 vd.

¹⁴⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Bakımından İşçinin İşi Red Hakkı, Türk Kamu-Sen, C.2, S. 15-16, Mart-Haziran 1994, 5 (Red Hakkı).

¹⁴⁶ SAVCI Bahri, Yaşama Hakkı ve Boyutları, Ankara 1980, 10-11.

¹⁴⁷ SAVATIER J., "La Liberte dans le travail, Droit Social, 1990, 49 (MOLLAMAHMUTOĞLU, Red Hakkı, 4'ten naklen).

iş görme borcunun önüne geçer. Böylelikle, çalışmaktan kaçınma hakkı, işçinin işverene olan sadakat borcunun yerine getirilmemesi için geçerli bir hak haline gelir¹⁴⁸.

Anayasa koyucu, yaşama hakkını gerçekleştirmek için herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğunu Anayasanın 56. maddesi ile düzenlemiş (An. 56/I) ve devleti de herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamakla yükümlü kılmıştır (An. m. 56/III)¹⁴⁹. Diğer taraftan Anayasanın 49. maddesi “Devlet çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı desteklemek ve işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak için gerekli tedbirleri alır” şeklindedir. Bu hüküm ile devletin iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alma yükümlülüğü olduğunu söylemek mümkündür¹⁵⁰.

İşçilerin Anayasada yer alan söz konusu hükümlere uygun olarak, işlerini güvenli bir ortamda yerine getirme hakları bulunmakta olup sosyal devletin ödevlerinden biri, işçileri tehdit eden ve geleceğe güvenle bakmalarını engelleyen işyeri tehlikelerine karşı önlem alınmasını sağlamaktır¹⁵¹. Anayasamızda sosyal hakkı düzenleyen açık hüküm bulunmamasına rağmen, AnY. m. 17’de düzenlenmiş olan kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı, 56. maddede sağlık ve 60. maddede sosyal güvenlik hakkı yer almakta olduğundan, iş güvenliği hakkı, Anayasada herkese tanınmış olan yaşama, beden bütünlüğü ve sağlık haklarının bir uzantısı olarak kabul edilmektedir. Zira iş güvenliği hakkının sağlanmadığı bir ortamda kişinin en temel haklarından olan yaşama ve beden bütünlüğü hakkının işlerlik kazanması mümkün değildir¹⁵². Anayasada iş güvenliği ile ilgili kurallar bunlarla sınırlı olmayıp, “Kimse yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ve bedeni ve ruhi

¹⁴⁸ RIVERO J., SAVATIER J., Droit du Travail, Themis 9 ed. 622(MOLLAMAHMUTOĞLU, Red Hakkı, 4’ten naklen).

¹⁴⁹ ERTÜRK Şükran, İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara 2002, 194 (Temel Haklar).

¹⁵⁰ ALPAR, 8.

¹⁵¹ ERTÜRK, Temel Haklar, 195.

¹⁵² SÜZEK, İş Güvenliği, 21.

yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar” hkm ile devamındaki dinlenme hakkı da bu çerçevede sayılmaktadır (AnY. m. 50)¹⁵³.

Türk iş hukukunda kanun koyucu 2003 yılında İşK. mülga m. 83 hkm ile AnY. m. 17 hükümünü temel almak suretiyle işçilere belirli durumlarda çalışmaktan kaçınma hakkını tanımıřtı¹⁵⁴. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda da 13. madde ile işçilere aynı hakkın tanındığı görülmektedir.

İş ilişkilerinin şahsi edimli olması ve işverene olan sıkı bağımlılık unsuru, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını daha da güçlendirmektedir. Zira iş sözleşmesinde, işçi işveren yanında çalışmaya başlamakla diğer hukuki ilişkilerden farklı oranda ve yoğunlukta kendi kişilik değerlerini işveren emrine sunmaktadır. Dolayısıyla işçinin iş görme borcu ile birlikte onun kişilik değerleri de tehlikeye girmekte ve işçiye doğacak tehlike karşısında asli edim olan iş görme yükümlülüğünü reddetme hakkının tanınması bir zaruret olarak ortaya ıkmaktadır¹⁵⁵. Diğer taraftan, çıkarlarını korumak için iş reddetme hakkı olarak verilmiş grev hakkına rağmen, iş sağlığı ve güvenliği bakımından iş reddetme hakkının tanınmamış olması zaten önemli bir çelişki yaratırdı¹⁵⁶. İşçinin sağlığı ve vücut bütünlüğünün işletmenin menfaatinden önce gelmesi gerektiğinden işçinin kişilik hakkının tehlikeye girmesi halinde işçi çalışmaktan kaınabilmeli ve bu sebeple disiplin işlemlerine ve feshe maruz kalmamalıdır¹⁵⁷.

İşçinin iş sağlığı ve güvenliği tehlikelerinden korunmak için çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması, zarar ortaya çıkmadan ancak birtakım şartlar oluştuğunda kullanılabilmekte, iş kazası ve meslek hastalıklarının ortaya çıkmasını önleyici yaptırım

¹⁵³ ERTÜRK, Temel Haklar, 195.

¹⁵⁴ AKIN, III. Yılında İş Yasası, 320.

¹⁵⁵ AYDINLI, Sosyal Temas, 239; aynı yazar, İşverenin İşyerinde “alışan” İşçilerin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, imento İşveren Dergisi, Temmuz 2005, 15 (Kaçınma Hakkı); aynı yönde TOPUZ Murat, 4857 sayılı İş Kanunu erevesinde İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı (İşK. m. 34 ve 83), Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, 2007, 479.

¹⁵⁶ MOLLAMAHMUTOğLU, Red Hakkı, 4.

¹⁵⁷ AYDIN, Kişilik Hakları, 71-72.

özelliği taşımaktadır¹⁵⁸. Zira destekten yoksun kalma veya işçinin işverene karşı iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle uğradığı tazminat davalarında tehlike gerçekleştiği ve zarar ortaya çıktığı için bu yaptırımların niteliği tazmin edici iken, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı henüz tehlike gerçekleşmeden kullanılabilirdiğinden önleyici yaptırım niteliğindedir¹⁵⁹.

II. 4857 sayılı Kanun'dan Önce Türkiye'de Çalışmaktan Kaçınma Hakkı

Anayasal ve temel bir hak olması sebebiyle, çalışmaktan kaçınma hakkı 4857 sayılı Yasayla kanundan doğan bir hak olarak düzenlenmeden evvel de, iş sözleşmesinin karşılıklı bir sözleşme olmasına dayanılarak işverenin iş güvenliği önlemlerini almaması durumunda işçinin iş görme edimini yerine getirmeyeceği, bu durumda işverenin eski Borçlar Kanununun 325. maddesi (şimdi TBK. m. 408) uyarınca alacaklı temerrüdüne düştüğü ve işçinin çalışmaksızın ücrete hak kazanacağı kabul edilmekteydi¹⁶⁰.

1475 sayılı Kanun döneminde kanun koyucu, işyerinin tesis ve tertiplerinde, çalışma metot ve şekillerinde, makine ve cihazlarında işçilerin hayatı için tehlikeli bir husus tespit edilirse, bu tehlike giderilinceye kadar yetkili komisyon tarafından tehlikenin niteliğine göre işin tamamen veya kısmen durdurulacağını düzenlemiştir (m. 75/A). Acil hallerde, komisyon kararı beklenmeksizin, müfettiş raporuna dayanılarak mülki amirin emriyle güvenlik kuvvetlerince tehlikeyi giderecek önlemlerin alınması gerekmekteydi (İİDKDT m. 17). İş müfettişleri de programlarında bulunmasa bile iş sağlığı ve güvenliği bakımından kesin ve ciddi bir zorunluluk taşıyan hallerde, resen ve derhal işe el koyarak gereğini yapmakla yükümlüydüler (İTT m. 13/c). Ayrıca yine mevzuata göre, tehlike halinde işçilerin çalıştırılmaması ve kendilerinden iş istenmemesi gerekmekteydi (Örn. İSİGT. m. 108, MKY. m. 13, TMY. m. 17).

¹⁵⁸ AYDINLI, Kaçınma Hakkı, 17; aynı yazar, Sosyal Temas, 238-239.

¹⁵⁹ AYDINLI, Sosyal Temas, 239.

¹⁶⁰ SÜZEK, İş Güvenliği, 186; EKONOMİ Münir, İHU, İşK. m. 14, No.24 (İHU); REİSOĞLU Seza, Hizmet Akdi, Ankara 1986, 209.

Söz konusu düzenlemeler, mevzuatın, tehlike karşısında işçinin çalışmaktan kaçınması için organ ve ilgililerin müdahalesini aradığını göstermekteyken, işçinin tehlike karşısında işi reddetme hakkının olduğu doktrin ve yargı kararlarında dile getirilmekte ve bu hak özel hukuk esaslarıyla desteklenmekteydi¹⁶¹. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz gibi işçinin iş sağlığı ve güvenliği nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkı hukukumuzda resmen 4857 sayılı İş Kanununun 83. maddesi ile girmiş, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun m. 37, 4857 sayılı Kanunun 83. maddesini yürürlükten kaldırmış, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu çalışmaktan kaçınma hakkını m. 13 ile düzenlemiştir.

III. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Hukuki Niteliği

Çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliği hakkında öğretide birçok görüş ileri sürülmüştür. Bunlar: tehlikeden kurtulmanın canlılarda görülen doğal bir hareket olduğu, mücbir sebebe, ifa edilmezlik define (ödemezlik defi) dayandığı, temel güvenlik hakkı olduğu, zaruret haline, işverenin temerrüdüne dayandığıdır¹⁶². Aşağıda bu görüşler üzerinde durulacaktır.

1. Tehlikeden kurtulmanın canlılarda görülen doğal bir hareket olduğu

Çalışmaktan kaçınma hakkı öğretide bazı yazarlar tarafından işverenin işçiyi gözetme borcunun karşılığı olarak doğan bir güvenlik hakkı şeklinde değerlendirilmektedir. Buna göre herhangi bir tehlike durumunda tehlikeden kurtulma, dolayısıyla çalışmaktan kaçınma, tüm canlılarda görülen doğal bir harekettir¹⁶³. Tehlikeden kurtulmanın canlılarda görülen doğal bir hareket olduğu yönündeki görüş, çalışmaktan kaçınma

¹⁶¹ MOLLAMAHMUTOĞLU, Red Hakkı, 4; SÜZEK, İş Güvenliği, 186; EKONOMİ, İHU; SUR Melda, İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, 403-404 (Çalışmaktan Kaçınma Hakkı).

¹⁶² MOLLAMAHMUTOĞLU, Red Hakkı, 12; SUR, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, 404; KILIÇ, 132.

¹⁶³ Traité de Droit Privé Suisse, Vol. VII, tome I, 2, Ed. Universitaires Fribourg, 1982, 83 (MOLLAMAHMUTOĞLU, Red Hakkı, 9, dn. 41'den naklen).

hakkını, işverenin işçiyi gözetme borcunun bir yaptırım şeklinde ele aldığı, buna karşın işçiyi gözetme borcunun böyle bir yaptırım içermediği gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁶⁴.

2. Mücbir sebebe dayandığı

Borçluyu borcundan kurtaran önemli hukuki imkanlardan biri olan mücbir sebep, sorumlu veya borçludan bağımsız olarak meydana gelen, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan ve genel bir davranış normunun veya borcun ihlaline mutlak ve kaçınılmaz şekilde yol açan olağanüstü bir olaydır¹⁶⁵. TBK. m. 136, borçluya yüklenemeyen durumlar yüzünden borcun ifasının mümkün olmaması halinde borcun sona ereceğini düzenlemektedir. Öğretide çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliğinin mücbir sebep olduğu da iddia edilmiştir¹⁶⁶.

Çalışmaktan kaçınma hakkının mücbir sebebe dayandırıldığı kabul edildiğinde; tehlike halinin mücbir sebep olması gerekir; başka bir deyişle ancak yangın, deprem, su baskını gibi karşı konulmaz haller varsa çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması mümkün olur¹⁶⁷. Bu noktada söz konusu hakkın temelini mücbir sebebe dayandırılması, hakkı fazlaca sınırlar. Oysa işçinin çalışmaktan kaçınması tehlike devam ettiği süre içinde mümkün olup, geçici bir durumdur ve mücbir sebebin dıştan gelen, öngörülmez ve kaçınılmaz olma özelliklerini içinde barındırmaz. Çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmak için tehlikenin dıştan gelmesi gerekmektedir. İşçinin kişisel yetersizliklerini ileri sürerek de çalışmaktan kaçınması mümkündür. Ayrıca, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğini tehdit eden durumlar çoğunlukla öngörülebilir ve kaçınılabılır nitelikte olan tehlikelerdir. Mücbir sebepte söz konusu olan direnilmezlik herkes için geçerli olmalıyken, çalışmaktan kaçınma hakkında sadece işçiyeye yönelik tehlike ve buna

¹⁶⁴MUCIER J.P., Origine, Contenu et Avenir de l'obligation Generale de Securite, Droit Social, 1988, 615 (MOLLAMAHMUTOĞLU, Red Hakkı, 9, dn. 42'den naklen).

¹⁶⁵ TANDOĞAN, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, 464; GÖZÜBÜYÜK Pulat, Mücbir Sebepler Beklenmeyen Haller, Ankara 1977, 85-94; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 2003, 1002; OĞUZMAN Kemal /ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995, 340; EREN, Borçlar Hukuku, 518.

¹⁶⁶ BOUSIGES Annie, Le droit des salaries de se retirer d'une situation dangereuse pour leur integrite physique, Droit Social, No. 4, Avril 1991, 282 (MOLLAMAHMUTOĞLU, Red Hakkı, 5, dn. 14'den naklen)

¹⁶⁷ SUR, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, 404.

bağlı çalışmaktan kaçınma hakkının varlığı yeterlidir¹⁶⁸. Dolayısıyla işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmasına temel olan tehlikenin zaman zaman mücbir sebeplerden kaynaklanması mümkün olmakla birlikte, her zaman buna bağlanması mümkün değildir. Zira mücbir sebep olmayan başka tehlike durumlarında da işçiler çalışmaktan kaçınabilir. Dolayısıyla işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliğinin mücbir sebebe dayandırılması kanaatimizce yerinde değildir.

3. Ödemezlik (ifa edilmezlik) defii olduğu

Defii hakkı, başkasına ait bir hakka karşı kullanılan ve bu hakkı sürekli ya da geçici olarak engelleyen ya da sınırlayan bir hak olup, çeşitlilik göstermektedir¹⁶⁹. Bunlardan biri olan geciktirici defiler, hak sahibinin hakkını kullanmasını bir süre için geciktirirler. Geciktirici defiler arasındaki ödemezlik defii, taraflardan birinin diğeri tarafın edimini ifa etmediği sürece, diğeri tarafa kendi edimini ifadan kaçınma hakkı tanımaktadır¹⁷⁰. Çalışmaktan kaçınma hakkının ödemezlik defii hukuki temeline dayandığı görüşü; yakın, ciddi ve hayati tehlike altında kalan işçinin çalışmaktan kaçınmasının, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almayarak işçinin iş görmesi için uygun ortamı hazırlamayan işverene karşı bir defii hakkı kullandığı temeline dayanmaktadır. Ancak, işçinin tehlike halinde çalışmaktan kaçınması, işverenin uygun çalışma ortamı hazırlaması için değil, işçinin sağlığına yönelik tehlikeden kurtulması içindir¹⁷¹. Öğretide çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçinin ödemezlik defiiinde bulunduğu da ifade edilmiştir. Bu görüşe göre, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun işçinin talebi yönünde karar vermesi halinde işçi gerekli iş sağlığı ve güvenliği tedbiri alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir. Başka bir deyişle ödemezlik defiiinde bulunabilir¹⁷².

¹⁶⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU, Red Hakkı, 5-6.

¹⁶⁹ Defii hakkı hakkında bilgi için bkz. TAŞKENT Savaş, İşletme Hukuku Bilgisi, Yenilenmiş 2. bası, İstanbul 2012 (İşletme Hukuku); EREN Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 10. bası, İstanbul 2008, 945 vd. ; KAPLAN İbrahim, Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Hükümler, Ankara 2001, 26 vd.

¹⁷⁰ EREN, Borçlar Hukuku, 69.

¹⁷¹ MOLLAMAHMUTOĞLU, Red Hakkı, 6.

¹⁷² DEMİR Fevzi, Sorularla Bireysel İş Hukuku, 1. Cilt, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2006, 238 (Sorularla İş Hukuku).

4. Temel bir güvenlik hakkı olduğu

İşverenin işçiyi koruma ve gözetme borcunun karşılığı olarak doğan çalışmaktan kaçınma hakkının, işçinin şahsen kullanabileceği bir güvenlik hakkı olduğu ifade edilmiştir. Öğretide, işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcunun işçilere işyerinde güvenlik hakkının tanınmasını gerektirdiği ve bir tehlike halinde, işçinin şahsen kullanabileceği temel güvenlik hakkı çerçevesinde çalışmaktan kaçınabileceği belirtilmiştir¹⁷³. Bu görüş, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının, işverenin koruma ve gözetme borcunun bir yaptırımı olarak ele alındığı, ancak koruma ve gözetme borcunun böyle bir yaptırım getirmedeği gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁷⁴.

5. Zaruret haline dayandığı

İşyerinde tehlike nedeniyle işçinin çalışmaktan kaçınması daha çok zaruret hallerinde gerçekleşmektedir. Zaruret hali, kişinin kendisinin ya da diğeri bir kişinin şahıs veya malvarlığını herhangi bir zarardan veya derhal meydana gelecek bir tehlikeden korumak için bir başkasının daha önemsiz veya eşit bir menfaatine zarar vermesi koşuluyla kaçabilmesi halinde, başkasının malına zarar vermenin hukuka aykırı bir fiil olarak kabul edilmemesi anlamına gelmektedir¹⁷⁵. Zaruret halinde zarar veya tehlikenin kaynağı, malına zarar verilecek kişi olmamalıdır. Zira bu durumda zaruret hali değil, meşru müdafaa söz konusu olur. Zaruret halinde malına zarar verilen şahıs, üçüncü bir kişidir¹⁷⁶.

Çalışmaktan kaçınma hakkının zaruret haline dayandırılması, işçinin çalışmaktan kaçınmasının kendisine zarar verecek bir tehlikeden kurtulmak için işletmeye çalışmamak suretiyle daha az bir zarar vermesi şeklinde açıklanmaktadır. Başka bir deyişle zaruret, işçinin fizik bütünlüğünün korunması için çalışmaktan kaçınmanın

¹⁷³ Traité de Droit Privé Suisse, Vol. VII, tome I, 2, Ed. Universitaires Fribourg, 1982, 83 (MOLLAMAHMUTOĞLU, Red Hakkı, 9, dn. 41'den naklen).

¹⁷⁴ MURCIER, 615 (MOLLAMAHMUTOĞLU, Red Hakkı, 9'da dn. 42'den naklen).

¹⁷⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 487; OĞUZMAN/ÖZ, 484; EREN, Borçlar Hukuku, 569; SUR, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, 404.

¹⁷⁶ TANDOĞAN, 38; EREN, Borçlar Hukuku, 570.

zaruri olması anlamına gelir¹⁷⁷. Oysa öğretilerde çalışmaktan kaçınmanın doğrudan işvereni iş gücünden mahrum etmeye, ekonomik çıkarlarına aykırı davranmaya yönelik olduğu, bu sebeple iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle işçinin fizik bütünlüğünün karşı karşıya bulunduğu tehlikeyi zaruret hali olarak değerlendirmenin mümkün olmadığı da ifade edilmektedir¹⁷⁸.

6. Katıldığımız görüş: İşverenin temerrüdü olduğu

a. Genel olarak

İşçinin usulüne uygun olarak yaptığı iş görme ediminin ifası teklifini, işverenin haklı bir neden olmaksızın reddetmesine işverenin temerrüdü denilmektedir¹⁷⁹. İşverenin temerrüdü ile ilgili olarak TBK m. 408'de (818 sK. m. 325'de), işverenin hangi durumda işi kabulde temerrüde düşeceğinden bahsedilmeden, temerrüt halinde işçinin haklarının neler olacağı sayılmıştır. Genel hükümlere göre alacaklının temerrüdünü düzenleyen TBK m. 106 (818 sK. m. 90) ise borçlunun borcu ifası için gerekli tüm hazırlıkları yaparak borcunu arz etmesine rağmen, alacaklının haklı bir sebep olmaksızın ifayı kabulden veya ifanın gerçekleşmesi için yapılması gereken işlemleri yapmaktan kaçınması halinde, alacaklının temerrüde düşeceğini ifade etmektedir. Bu çerçevede alacaklı temerrüdünün unsurları; ifası mümkün ve geçerli bir iş ilişkisinin varlığı, işin ifasının teklif edilmiş olması, alacaklının ifayı kabulden veya hazırlık fiillerini yerine getirmekten haksız şekilde kaçınması olarak sayılabilir¹⁸⁰.

İşverenin temerrüde düşmesinin koşullarından biri olan ifası mümkün ve geçerli bir iş ilişkisinin varlığı, hukuken geçerli bir iş sözleşmesinin varlığı ile işin ifasının imkansız olmamasını gerektirmektedir. Bu noktada işverene ait hazırlık ve iştirak fiillerinin

¹⁷⁷ SAVATIER, 49 (MOLLAMAHMUTOĞLU, Red Hakkı, 9'da dn. 46'dan naklen).

¹⁷⁸ GÖKTAŞ Seracettin, Türk İş Hukukunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, Ankara 2008, 217 (Kaçınma Hakkı).

¹⁷⁹ TUNÇOMAĞ, İş Hukuku, 203; TUNÇOMAĞ Kenan/CENTEL Tankut, İş Hukukunun Esasları, 5. bası, İstanbul, 2008, 112; İZVEREN Adil/AKI Erol, İş Hukuku, C. I, Bireysel İş Hukuku, İzmir, 1998, 233; YAVUZ, 469; AKYİĞİT Ercan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından İşçinin Başka İşde Çalışması, Ankara 1995, 145 (Başka İşde Çalışma).

¹⁸⁰ GÖKTAŞ, Kaçınma Hakkı, 219; TURAN, 45-46.

yapılmasının imkansızlaştığı veya büyük ölçüde güçleştiği durumlarda ifa imkansızlığının mı alacaklı temerrüdünün mü bulunduğu tartışma yaratır. Öğretide işi kabulde temerrüdün sınırlarının ifa imkansızlığı aleyhine genişletilmesi gerektiği ifade edilmiş; eğer ifa engeli azami bir çaba, dikkat, ihtimam ve tedbir ile ortadan kaldırılabilecek nitelikte ise işi kabulde temerrüt, buna karşılık ifa engeli mücbir sebep niteliğinde ise ifa imkansızlığının kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla işveren genel olarak bertaraf edilemeyecek engeller söz konusu olmadıkça, işi kabulde temerrüde düşmüş sayılacaktır¹⁸¹. Bunun temelinde işverenin kendisini ilgilendiren bu durumu gerçekleştirmemiş ve ifanın bu nedenle engellenmemiş olmasının sonuçlarının işçiye yüklenmesinin doğru olmaması yatmaktadır¹⁸².

İş kabulden kaçınmanın haksız olması ile kastedilen, kabulden kaçınmayı haklı kılacak objektif bir nedenin bulunmamasıdır¹⁸³. Bu çerçevede temerrüt için kabulden isteyerek kaçınma şartı olmadığı, işverenin işi kabulden kaçınması yeterli olduğundan¹⁸⁴, işverenin iradesi dışında kalan hastalık gibi nedenler dolayısıyla dahi işi kabulde temerrüde düşmesi mümkündür¹⁸⁵. Başka bir deyişle iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmamasında işverenin kusurlu olup olmaması, kabulde temerrüdün ortaya çıkması bakımından önem taşımaz.

İş sözleşmesinde olduğu gibi karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde, borçlunun edimini yerine getirebilmesi, alacaklının başka bir deyişle işverenin ifayı kabul etmesi veya ifayı kabul edebilmesi için yapması gereken hazırlık fiillerini yapmasına bağlıdır. Aksi halde, borçlu ifada bulunamaz ve alacaklı (işveren) temerrüdü söz konusu olur¹⁸⁶. Hazırlık fiilleri, alacaklı tarafından yapılmadıkları takdirde, borçlunun (işçinin) borcunu

¹⁸¹ ENNECCERUS/LEHMANN, § 57 II 1 b ve §147, III 1, SOYER Polat, İşçinin İş Görme Borcu, İzmir 1979, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 167'de dn. 48'den ve 168'de dn. 49'dan naklen (İş Görme).

¹⁸² OSER/SCHÖNENBERGER, Art 332 N. 5, SOYER, İş Görme, 168'de dn. 50'den naklen.

¹⁸³ SOYER, İş Görme, 166'da dn. 37.

¹⁸⁴ SOYER, İş Görme, 166'da dn. 39.

¹⁸⁵ OSER/SCHÖNENBERGER, Art 91 N. 16, SOYER, İş Görme, 166'da dn. 38'den naklen.

¹⁸⁶ EREN, Borçlar Hukuku, 973.

ifa etmesini imkansızlaştıran hareketlerdir¹⁸⁷. Örneğin işverenin makinaları kapatması ya da işçileri işyerine almaması hazırlık fiillerinden olup, işvereni alacaklı temerrüdüne düşürür¹⁸⁸. İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması da işçinin iş görme borcunun ifası için işverenin yapması gereken hazırlık fiillerindedir. İşçinin iş görme borcunu icra edebilmesi için işveren tarafından işçinin maruz kaldığı tehlikelere karşı gereken tedbirlerin alınmaması ve işçiye yer tedarik edilmemesi (TBK. m. 417/ 818 sK. m. 332)¹⁸⁹ hallerinde, işverenin alacaklı temerrüdüne düştüğü kabul edilir¹⁹⁰. Türk ve İsviçre hukuklarında¹⁹¹, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı, alacaklının temerrüdüne ilişkin kurallar çerçevesinde ele alınır¹⁹².

¹⁸⁷ TUNÇOMAĞ, İş Hukuku, 205. Hazırlık fiillerine örnek olarak işverenin işçiye işini yapması için gerekli araç ve gereci vermesi, işçinin işin yapılacağı yere sokulması verilebilecektir, Y9HD, 01.10.1965, 8310/8226, TUNÇOMAĞ, İş Hukuku, 205.

¹⁸⁸ TUNÇOMAĞ Kenan, Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatı Açısından İşi Kabulden Kaçınma, Sosyal Siyaset Konferansları, 19. Kitap, İstanbul 1968, 96.

¹⁸⁹ BK. m. 332 uyarınca iş sahibi, işçinin çalışması dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere karşı gelen tedbirleri alarak işçiye yer sağlamaya mecburdur. İşverenin bu yükümlülüğe uymaması, işverenin temerrüdünü oluşturmaktadır (ULUSAN, 43).

¹⁹⁰ ULUSAN, 43.

¹⁹¹ Öğretide işverenin haksız olarak işi kabulden kaçınması halinde bir temerrüt değil, kısmi imkânsızlığın söz konusu olduğu da iddia edilmektedir. Bu görüşe göre, iş sözleşmesi ile borçlanılan işgörm borcunun belirli bir zaman dilimi içerisinde yerine getirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla işverenin haksız olarak işi kabulden kaçınması sebebi ile çalışmadan geçen sürenin geri getirilmesi ve o zamana ait iş görme ediminin sonradan kabul edilmesi mümkün olmayacağından, artık işverenin kabulde temerrüdünden değil, boşta geçen kısım için bir kısmi imkânsızlıktan söz edilebilir. Nitekim kabulde temerrütten söz edebilmek için, zamanında işverenin kabulden kaçınması sebebiyle yerine getirilmeyen edimin sonradan kabul edilmesinin mümkün olması gerekir. Buna karşın iş ilişkisinde ifa edilmeyen zamana ait iş görme ediminin sonradan kabul edilebilirliği söz konusu değildir. Örneğin, bütün gün çalışması gereken bir işçinin öğleden önce çalıştırılmayıp, öğleden sonra çalıştırılması halinde, artık işçiden geçmiş olan öğleden öncesine ait çalışma istenemez. Öğleden sonra yapılan çalışma artık öğleden öncesinin değil öğleden sonrasının edimidir. Bu nedenle kanunun temerrüt olarak düzenlediği esas itibarıyla kısmi imkânsızlıktır (REHBINDER Manfred, Annahmverzug im Arbeitverhaeltnis?, SJZ, Heft 22, 1982, 353 vd. (TURAN, 44, dn. 64'den naklen). Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira, kabulde temerrütten söz edebilmek için, zamanında işverenin kabulden kaçınması sebebiyle yerine getirilmeyen edimin sonradan kabul edilmesinin mümkün olması gerekir. Nitekim iş ilişkisinde işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması halinde ifa edilmeyen zamana ait iş görme ediminin sonradan ifası mümkündür. Burada iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınmamış olmasına rağmen işin ifası imkansız olmayıp, işçi sağlığı için tehlikeli gördüğü işi kendisi yapmaktan kaçınmaktadır. İşçinin tehlikenin ortadan kalkması sebebiyle çalışmaya başlamak istemesi durumunda fazla mesai yaparak eksiklerini tamamlaması mümkündür.

¹⁹² EYRENCİ, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 304; REİSOĞLU, 209; SÜZEK, İş Hukuku, 884; ULUSAN, 43; MOLLAMAHMUTOĞLU, Red Hakkı, 7; AKYİĞİT Ercan, 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, C.II, 3. bası, Ankara 2008, 2107 (Şerh II); ERGİN Hediye, Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi, İstanbul, Ekim 2009, 162; KILIÇ, 132.

İşverenin işi kabulde temerrüde düşmesi için işçinin iş görme ediminin ifasını teklif etmesi gerektiğinden, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığı süre boyunca işyerinde hazır beklemesinin gerekip gerekmediği konusunda öğretide iki görüş bulunmaktadır. İleri sürülen bir fikre göre, edimin ifasının teklif edilmiş sayılması için işçinin işyeri veya işyeri çevresinde beklemesi istenemez. Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımı ile işçinin zımni iradesi, güvenlik önlemlerinin alınması durumunda işçinin çalışmaya başlayacağı yönünde olup, bu irade edimin ifası teklifini de kapsamaktadır¹⁹³. Aksi yöndeki görüşe göre ise işverenin temerrüde düştüğünün kabulü için kural olarak işçinin işyerinde çalışmaya hazır bir halde beklemesi gerekmektedir. Ancak çalışmaktan kaçınma hakkına sebep olan tehlike işyeri ortamında bulunmakla etki gösterecek nitelikte ise işçinin işyerinde bulunması gerektiği ileri sürülemez¹⁹⁴.

Gerçekten de işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmasına sebep olan tehlikenin niteliği gereği, işçinin işyeri ortamında bulunması tehlike oluşturmaktaysa, işçiden böyle bir ortamda bulunması beklenemez. Tehlikenin sadece işçinin yaptığı işten veya çalıştığı bölümden kaynaklanması halinde ise somut olayın koşulları değerlendirilmelidir. İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmaya başlamasının akabinde işveren gerekli önlemleri almaya başlamış ve tehlikenin kısa süre içinde ortadan kalkacağı anlaşılıyorsa, işçinin işyerini terk etmeyerek çalışmaya hazır bir şekilde işyerinde beklemesi daha uygundur. Ancak önlemlerin alınarak tehlikenin giderilmesinin uzun zaman alacağı hallerde, işçiye işveren tarafından başka bir iş yapması önerilmiyorsa, işçinin işyerinde beklemesi gerekmez. Diğer taraftan işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını işyeri dışında kullanacağını işverene bildirmesi ve iletişim bilgilerini vererek çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığı ile çalışmaya hazır bir halde beklediğini bildirmesi yerinde olur¹⁹⁵.

¹⁹³ SOYER Polat, İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, Koşulları, Kullanılması ve Hukuki Sonuçları, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. 1, İstanbul 2011, 686 (Kaçınma Hakkı).

¹⁹⁴ GÖKTAŞ, Kaçınma Hakkı, 228-229.

¹⁹⁵ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, 34-35.

Temerrüde düşen işveren, TBK. m. 408 (818 sK. m. 325) uyarınca işçinin ücretini ödemekle yükümlüdür. Burada tazminattan değil, ücretten söz edilmesi pratik açıdan yararlıdır. Zira bu durumda, işçi işin reddi yüzünden zarara uğramasına gerek olmaksızın ücrete hak kazanır ve bu alacak ücret alacağı niteliği sebebiyle, ücret alacağının Kanundaki güvence ve ayrıcalıklarından da yararlanılmasını sağlar¹⁹⁶. Bu noktada ücret alacağının ne kadar süre için isteneceği önem arz etmektedir. Kural olarak işçi, çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığı sürece ücreti işlemeye devam eder¹⁹⁷. Ancak fesih iradesinin varlığı halinde, sorunun cevabı sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli olmasına göre farklı olur. Belirli süreli sözleşmelerde işverenin haksız feshi halinde işçi, sözleşmenin bitimi anına kadar olan ücretini; belirsiz süreli sözleşmelerde ise işverenin haklı nedenle feshi dışındaki hallerde işyerindeki kıdemine göre bildirim süresine kadar ücretini isteyebilir¹⁹⁸. TBK. m. 408 (818 sK. m. 325) hükmü çerçevesinde ücret alacağından söz edildiğinden, bu ücretten koşulları varsa indirim yapılması da mümkündür. Başka bir deyişle, işçinin işi yapmadığı için tasarruf ettiği veya başka bir işte çalışması karşılığı kazandığı ya da kazanmaktan feragat ettiği paranın talep edilecek ücretten mahsup edilmesi gerekmektedir¹⁹⁹.

İş görme borcunun işverenin kusuru ile ifasının imkansız olması durumunda işverenin temerrüdü söz konusu olmamakla birlikte, işçinin işverenden tazminat isteme hakkı doğar. Burada dikkat edilmesi gereken husus, işverenin sorumluluğunu tazminata çeviren kusurlu imkansızlığın sözleşme kurulduktan sonra gerçekleşmesinin gerekmesidir. İş sözleşmesinin başında imkansızlık olması halinde ise sözleşme geçersizdir²⁰⁰.

¹⁹⁶ TUNÇOMAĞ, İş Hukuku, 207; SÜZEK, İş Güvenliği, 187.

¹⁹⁷ Bu konu için bkz. 2. Bölüm, §6, XI, 2.

¹⁹⁸ TUNÇOMAĞ, İş Hukuku, 207; SÜZEK, İş Güvenliği, 187; aynı yazar, Askı, 81; TURAN, 48.

¹⁹⁹ SÜZEK, İş Güvenliği, 187.

²⁰⁰ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 150.

b. Klasik alacaklı temerrüdü ile çalışmaktan kaçınma hakkı halinde kabul edilen alacaklı temerrüdünün farkları

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13 (İşK mülga m. 83) çerçevesinde işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmasının, alacaklı temerrüdü temeline dayandığı görüşüne katılmaktayız. Ancak söz konusu hak Türk Borçlar Kanununun öngördüğü klasik alacaklı temerrüdünden farklılıklar taşımaktadır. İşverenin borçları arasında yer alan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğü, bir taraftan gözetme borcu diğer taraftan hazırlık fiilleri kapsamında kabul edilir. İşçinin işverene iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alması için dava açma imkânının bulunmaması, bu yükümlülüğün hazırlık fiili olarak değerlendirilmesini kaçınılmaz kılar. İkinci farklılık ise alacaklı temerrüdünde borçlunun ifayı teklif etmesine karşın, işverenin ya ifayı reddederek ya da ifaya hazırlık fiillerini yerine getirmeyerek borçlunun borcunu ifa etmesini engellemesidir. Borcun ifa edilememesinde işçinin herhangi bir rolü bulunmaz. İSGK. m. 13 (İşK. mülga m. 83) hükmüne göre ise işçi borcunu ifa edebilir durumda olmasına rağmen, yakın ve ciddi tehlike (İşK. mülga m. 83'e göre yakın, acil ve hayati tehlike) nedeniyle borcu ifa etmekten kaçınmaktadır. Borcun ifa edilebilir olmasına rağmen işçinin ifayı teklif etmeyerek, ifadan kaçınması alacaklı temerrüdünden önemli şekilde farklılık arz eder. Bununla birlikte, klasik alacaklı temerrüdünde kural olarak borcun ihlali söz konusu değildir. Oysa iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması gözetme borcunun ihlali olup, sözleşmeye aykırılık teşkil eder²⁰¹.

IV. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Koşulları

1. Ciddi ve yakın tehlikenin varlığı

a. İş Kanunu mülga m. 83 döneminde

aa. Genel olarak

4857 sayılı İş Kanunu işyerinde iş sağlığı ve güvenliği açısından işçinin sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati tehlike ile karşı karşıya kalan işçinin, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvurarak durumun tespit

²⁰¹ GÖKTAŞ, Kaçınma Hakkı, 220-221.

edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasını talep edebileceğini düzenlenmişti (İşK. mülga m. 83/1). İşçinin sorumluluk taşımaksızın çalışmaktan kaçınabilmesi, anılan koşullarının tümünün bir arada olması şartına bağlanmıştır.

İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmasının ilk koşulu, iş sağlığı ve güvenliği açısından sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati bir tehlike ile karşı karşıya kalmasıydı. Kanun koyucu bu tehlikenin işçinin sağlığı ve vücut bütünlüğü için hem yakın hem acil hem de hayati olmasını aramıştı.

Tehlikenin “yakın” olması; tehlikenin gerçekleşmemiş ancak çok kısa bir süre içinde gerçekleşebilir olmasıdır²⁰². Örneğin inşaat iskelesinde çalışan işçinin baret ve emniyet kemeri olmaksızın çalışması durumunda, işçi her an dengesini kaybedebileceği ya da başkaca bir sebeple tökezleyebileceğinden işçinin iskelede çalıştığı sırada işçiye baret ve/veya emniyet kemeri verilmemesine rağmen çalıştırılması onun tehlikeye yakın olduğu anlamına gelir²⁰³.

Tehlikenin “acil” olması derhal müdahale edilmeyi gerektiren bir durumun bulunmasıdır. Bu noktada iş yaptığı makinenin kayışının kopuk olduğunu ve bu şekilde çalıştığını fark eden işçi, hemen makinayı durdurmak zorundadır. Yakınlık ve aciliyet koşulunun birlikte ve olabildiğince geniş yorumlanması gerekmekte, örneğin zamana yayılsa dahi hastalığın hızlı bir gelişim seyri izlemesine ve nispeten kısa sürede gelişmesine yol açan riskler yakın tehlike sayılmalıdır²⁰⁴. Zira, yakınlık ve aciliyet koşullarının birbirinden ayrı düşünülmesi pek mümkün değildir. Tehlikenin yakın olması halinde bunun acil müdahale gerektiren bir tehlike olduğu ya da tehlikenin acil olarak nitelendirildiği bir ihtimalde, tehlikenin yakın olduğu söylenebilir.

²⁰² MOLLAMAHMUTOĞLU, Red Hakkı, 10; SUR, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, 408; AYDINLI, Kaçınma Hakkı, 19; KILIÇ, 133.

²⁰³ Farklı örnekler için bkz. AYDINLI, Kaçınma Hakkı, 19; KILIÇ, 133.

²⁰⁴ BAŞTERZİ, 196.

Tehlikenin hayati olması ise işçinin sağlığını bozacak veya fizik bütünlüğünü tehlikeye sokacak ağırlıkta, işin normal riskinin üzerinde bir tehlike olmasıdır²⁰⁵. Bu noktada benzin istasyonunda çalışan işçinin bir taraftan müşterilerin araçlarına gaz dolumu yaparken diğer taraftan aynı yerde yanıcı maddeler ile farklı bir iş daha yapması ya da başkaları tarafından bu işin yapılması durumunda, benzin istasyonunda çalışan işçilerin acil ve hayati bir tehlike altında oldukları ifade edilebilir.

Öğretide bir fikre göre, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi için tehlikenin yakın ve acil olup olmadığı sözleşmenin sona erme tarihi ile birlikte değerlendirilmelidir²⁰⁶. Katıldığımız görüşe göre ise tehlikenin nitelendirilmesinde sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli olmasının önemi yoktur. İşçinin çalışmaktan kaçınabilmesi için tehlikenin o andaki somut şartlar dikkate alınarak değerlendirilmesi yeterlidir. Ancak sözleşmenin belirli süreli olması durumunda, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabileceği süre, belirli süreli iş sözleşmesinin süresi ile sınırlıdır²⁰⁷.

İşçinin İşK. mülga m. 83 çerçevesinde çalışmaktan kaçınma hakkından yararlanması için getirilmiş olan kümülatif koşullar, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kısıtladığı gerekçesiyle, bazı yazarlar tarafından haklı olarak eleştirilmekteydi²⁰⁸. Öğretide farklı bir görüşe göre ise kanunun ifadesi “işçinin sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati tehlike şeklindedir. Yakın, acil ve hayati olma koşulu, işçinin vücut bütünlüğüne yönelen tehlike için söz konusu olup, işçinin sağlığını bozacak tehlike için bu koşul aranmaz. Aynı yazar, işçinin sağlığını bozacak bir tehlike için hayati nitelemesinin anlamsız olduğunu, sağlığa yönelen tehlikenin elbette hayati olacağını, bu yorumun sağlığın bozulmasının geniş anlamda vücut bütünlüğünün

²⁰⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU, Red Hakkı, 10; SUR, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, 408; AYDINLI, Kaçınma Hakkı, 19; aynı yazar Sosyal Temas, 241; KILIÇ, 133.

²⁰⁶ GÖKTAŞ, Kaçınma Hakkı, 222.

²⁰⁷ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, 29'da dn. 54.

²⁰⁸ SÜZEK Sarper, İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Hakları ve Yükümlülükleri, İHSGHD, S. 6, Nisan-Haziran 2005, 615 (İşçilerin Hakları); aynı yazar, İş Hukuku, 882; BAŞTERZİ, 196; AKIN, III. Yılında İş Yasası, 321; ODAMAN, Hak ve Yükümlülükler, 886; aynı yazar, Ödünç İş İlişkisi, 197; SERATLI, İş Sağlığı ve Güvenliği, 228-229; BAYCIK Gaye, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Maden İşçileri, Ankara 2006, 173 (Maden İşçileri).

bozulmasını kapsadığı gerekçesiyle eleştirilebileceğini, ancak iş hukukunun işçi yararına olma ilkesi uyarınca, acil olmayan fakat uzun vadede işçinin sağlığını bozacak tehlikeler için de çalışmaktan kaçınma hakkına sahip olabilmesi açısından bu yorum şeklinin daha uygun olduğunu belirtmişti²⁰⁹.

İşçi lehine yorum çerçevesinde İşK. mülga m. 83'den yararlanabilecek işçilerin artırılmasını amaçlayan bu görüş, netice itibariyle varılmak istenen amaca ulaşılmıyorsa da, kanunun açık hükmü çerçevesinde burada işçi lehine yorum yapma imkanı bulunmamaktadır. Zira işçi lehine yorum, ancak kanunun anlamadığı, hükmün farklı şekillerde yorumlandığı hallerde yapılabilir²¹⁰. Oysa “işçinin sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati tehlike” koşulu son derece nettir. Diğer taraftan bu fikri ortaya atan yazarın da ifade ettiği gibi işçinin vücut bütünlüğünü bozan tehlike, sağlığını da bozacak, sağlığın bozulması geniş anlamda vücut bütünlüğünün bozulmasını kapsayacaktır. Dolayısıyla hükmün işçinin sağlığını bozacak tehlike veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati tehlike şeklinde ikiye bölünerek işçi lehine yorumlanması mümkün değildir. Kaldı ki, kanun koyucu hükmün bu şekilde anlaşılmasını isteseydi, hüküm İşK. mülga m. 83/1'deki gibi değil, “işçinin sağlığını bozacak tehlike veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati tehlike” şeklinde düzenlenirdi. Buna karşılık belirtmek gerekir ki, hükümde bu şekilde kümülatif koşulların belirlenmesi yerinde değildi. Zira işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması için sağlığı ve güvenliği açısından tehlike yaratan durumun hem acil, hem yakın hem de hayati olması, işçinin hakkını kullanmasını zorlaştırmaktaydı²¹¹.

İş Kanunu mülga m. 83 düzenlemesinde haklı olarak eleştirilen bir diğer husus, teknik konulardaki bilgisizliği nedeniyle çoğu zaman tehlikeyi fark edemeyecek ya da fark etse dahi bunun ciddi bir tehlike olduğunu anlayamayacak olan işçinin, iş sağlığı ve

²⁰⁹ KARACAN Hatice, 4857 sayılı İş Kanununa Göre Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, İstanbul Barosu Dergisi, Eylül 2007, 215.

²¹⁰ SÜZEK, İş Hukuku, 28.

²¹¹ Hükme ilişkin eleştiri ve önerimiz için bkz. 2. Bölüm, §6, IV, 1, a, bb.

güvenliği kuruluna, Kurulun olmaması durumunda işveren/işveren vekiline başvurmayabilecek olmasıydı. Olayı veya ciddiyetini fark edemeyen işçi hem kendi sağlığını hem de işyerindeki diğer kişilerin sağlığını tehlikeye atabilirdi²¹².

Yaşama hakkının tam olarak korunabilmesi ve yanlış değerlendirmeler nedeniyle tehlikeye atılmaması sebebiyle, öğretide maddenin "İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği açısından sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak bir tehlike ile karşı karşıya kalan işçi..." şeklinde düzenlenmesi gerektiği ifade edilmişti²¹³. Söz konusu görüşe göre, tehlikenin özelliklerine ilişkin bir ayrıma gitmek gerekmez. İşçinin sağlığını bozacak ya da vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak herhangi bir tehlike halinde, işçi çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmak için harekete geçebilmelidir. Tehlikenin hiçbir sınıflandırmaya girmeksizin işçinin çalışmaktan kaçınma hakkına hak kazanması için yeterli olması gerektiği yönündeki bu görüş, işçilerin bu yola çok sık başvurarak işyerinin işleyişini sekteye uğratabileceği ve daha farklı yöntemlerle tehlikenin bertaraf edilebilecek olmasına rağmen işçinin doğrudan çalışmaktan kaçınmasına sebep olacağı gibi gerekçelerle eleştirilebilir. Bu sebeple tehlikenin bilim kurulu taslağında olduğu gibi yaşamsal veya acil tehlike şeklinde tanımlanması daha uygundur. Böylelikle işçiler hem karşılaştıkları her tehlikede başvuruda bulunmaz hem de başvurmak için çok sıkı koşullar gerekmez.

bb. İş Kanunu mülga m. 83 ile hükmün bilim kurulu taslağı arasındaki fark

İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması için 4857 sayılı İş Kanununda düzenlenmiş olan yakın, acil ve hayati tehlike ile karşı karşıya kalma koşulu, Bilim kurulu taslağında "yaşamsal veya acil" tehlike şeklinde düzenlenmişti. Bu çerçevede işçinin sağlığı veya vücut bütünlüğü açısından yaşamsal veya acil bir tehlike ile karşı karşıya kalması halinde, bu tehlikenin yakın, acil ve hayati olma koşullarının bir arada bulunması gerekmeksizin işçinin çalışmaktan kaçınması mümkündür.

²¹² SERATLI, İş Sağlığı ve Güvenliği, 229.

²¹³ SERATLI, İş Sağlığı ve Güvenliği, 229.

İş Kanunu mülga m. 83 düzenlemesinin, Bilim komisyonu tasarısındaki halinden daha yerinde olduğu yönündeki görüşe göre, Tasarı metni değişmeden yasalasaydı, işçinin iş görmekten kaçınabilmesi için tehlikenin yaşamsal olması yeterli olup, acil olması gerekmiyordu. Oysa, hayati bir tehlikenin yakın ve acil olmadıkça başka önlemlerle bertaraf edilmesi mümkün olup, çalışmaktan kaçınma hakkı kural olarak başvurulması gereken en son yoldur²¹⁴. Bu çerçevede düşünüldüğünde, söz konusu tehlikenin başka önlemlerle bertarafının ne şekilde olabileceği sorusu yanıtlanmalıdır. Her gün tekrarlanmak suretiyle işçinin yavaş yavaş bir meslek hastalığına yakalanması ve bu meslek hastalığının hayati olması ihtimalinde, örneğin maden işyerlerinde yaşamsal olmasına rağmen acil ve yakın bir tehlike oluşturmayan akciğer toz hastalıklarına karşı gerekli önlemlerin alınmaması durumunda, tehlikeden korunmak için işçinin işinden uzaklaşmasından başka bir seçeneğinin olup olmadığı sorusu üzerinde durulmalıdır. Hayati bir tehlikenin yakın ve acil olmadıkça başka önlemlerle bertaraf edilmesinin mümkün olduğu yönündeki görüş, bunun ne şekilde yapılabileceği konusunda fikir beyan etmemiş olmakla birlikte, kanaatimizce hayati bir tehlikenin başka önlemlerle bertarafı mümkün değildir. Dolayısıyla İşK. mülga m. 83 hükmünün daha isabetli olduğu yönündeki görüşe katılmamaktayız.

İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması için tehlikenin niteliğinin bilim kurulu taslağındaki gibi “yaşamsal veya acil” olması yeterlidir²¹⁵. Taslağın bilim kurulu tarafından önerilen şekliyle yasalasması halinde yaşamsal olmayan ancak acil olan ya da acil olmamasına rağmen uzun vadede tehlike yaratacak mesleki risklerde de işçilerin bu hukuki olanaktan yararlanması mümkündür²¹⁶. Ancak Kanun, taslak doğrultusunda yasalasmadığı, İşK. mülga m. 83/1 kümülatif şart getirdiğinden belirtilen koşulların tamamının bir arada bulunması gerekmektedir. Aksi halde işçi İşK. mülga m. 83 çerçevesinde çalışmaktan kaçınma hakkını kullanamayacaktı. Hükmün uygulama

²¹⁴ SOYER, Yeni İş Kanunu, 35; aynı yönde ŞARDAN, Değişiklikler, 8-9.

²¹⁵ SÜZEK, İş Hukuku, 882; aynı yazar, İşçilerin Hakları, 615; AKIN, III. Yılında İş Yasası, 321; BAYCIK Gaye, Yeni Düzenlemeler Açısından İnşaat İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri, AÜHFD, 60 (2), Ankara 2011, 241 (Yeni Düzenlemeler).

²¹⁶ SÜZEK, İşçilerin Hakları, 615; aynı yazar, İş Hukuku, 882.

alanını daraltan bu düzenleme öğretide haklı olarak eleştirilmekteydi²¹⁷. İş Kanunu m. 83'ü yürürlükten kaldıran İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ise çalışanın çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmasını kolaylaştırmış olmasına rağmen, aşağıda inceleneceği üzere “yakın ve ciddi” tehlike koşulunu getirmek suretiyle İş Kanununu bilim kurulu taslağı düzeyine çıkaramamıştır. Oysa çalışanların hayatına ilişkin bu hakkın, tehlikenin yaşamsal veya acil olması halinde kullanılabilmesinin sağlanması daha uygundur. Bu noktada İSGK. m. 13 (İşK. mülga m. 83) hükmüne dayanarak çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması mümkün olmayan işçinin TBK. m. 408 (818 sK. m. 325) hükmüne dayanarak çalışmaktan kaçınması mümkündür²¹⁸. Elbette bu ihtimalde işçinin iş güvenliğine ilişkin yanlış değerlendirme yapması halinde, bunun sonuçlarına katlanması gerekecektir²¹⁹.

b. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu döneminde

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa göre, ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar iş sağlığı ve güvenliği kuruluna, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir. Kurul veya işverenin çalışanın talebi yönünde karar vermesi hâlinde çalışan, gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir (m. 13/1, 2).

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, tanımlar başlığı altında tehlike kavramını açıklamıştır. Buna göre tehlike, işyerinde var olan ya da dışarıdan gelebilecek, çalışanı veya işyerini etkileyebilecek zarar veya hasar verme potansiyelidir (m. 3/p).

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu çalışmaktan kaçınma hakkı konusunda İşK. mülga m. 83'e benzer bir düzenleme getirmekle birlikte, iki hüküm arasında bazı farklılıklar

²¹⁷ SÜZEK, İşçilerin Hakları, 615; aynı yazar, İş Hukuku, 882; BAŞTERZİ, 196; AKIN, III. Yılında İş Yasası, 321; ODAMAN, Hak ve Yükümlülükler, 886; aynı yazar, Ödünç İş İlişkisi, 197; SERATLI, İş Sağlığı ve Güvenliği, 228-229; BAYCIK, Maden İşçileri, 173.

²¹⁸ Bu konu 2. Bölüm, §6, V, 2'de inceleneceğinden burada ayrıntıya girilmemiştir.

²¹⁹ SÜZEK, Askı, 81, dn. 100; SUR, Çalışmaktan Kaçınma, 411-412; CANIKLIOĞLU, İşveren Yükümlülükleri, Genel Görüşme, 106-107; ODAMAN, Hak ve Yükümlülükler, 885; BAYCIK, Maden İşçileri, 173.

bulunmaktadır. Söz konusu düzenlemeler arasındaki farklardan biri, işçinin hakkını kullanması için sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati tehlikenin gerekmemesi, “ciddi ve yakın” tehlikenin yeterli olmasıdır. Dolayısıyla çalışmaktan kaçınma hakkının kapsamı genişlemiştir. İşçinin sağlığını bozan, vücut bütünlüğünü tehlikeye sokan hayati tehlike gibi koşullar aranmaksızın hakkın kullanılması mümkündür²²⁰.

Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması için İşK. mülga m. 83’den farklı olarak İSGK m. 13’de tehlikenin hayati olmasının gerekmemesi, tehlikenin şiddetli olması gereğini azaltmış ve çalışanlara hayati tehlike bulunmasa da iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvuru ve çalışmaktan kaçınma hakkı tanımıştır²²¹. İş Kanunundaki her üç koşulun bir arada bulunması gerektiği yönündeki kümülatif şartın kaldırılması son derece yerindedir. Zira, işçinin sağlığının korunması hedefini taşıyan çalışmaktan kaçınma hakkı, sadece işçinin hayatını tehdit eden tehlikeden değil, hayati olmasa da yakın ve ciddi her türlü tehlikeden korumalıdır. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13’de yer alan tehlikenin ciddi olması koşulu, önemli bir tehlike olarak açıklanabilir. Diğer taraftan tehlikenin hayati olmasına rağmen yakın olmaması durumunda, İSGK’ya göre işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması mümkün değildir. Oysa işçinin hayatını tehdit eden tehlike, işçinin korunmasını gerektirir. Bu sebeple yukarıda da belirttiğimiz üzere²²², İSGK.’nın işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması için gerekli olan tehlikeyi Bilim kurulu taslağındaki gibi “yaşamsal veya acil” şeklinde düzenlemesi gerektiği kanaatindeyiz²²³.

²²⁰ AYDIN, İSGK, 12.

²²¹ TUNCAY, İSGK Tasarısı Taslağı, 59.

²²² Bkz. 2. Bölüm, §6, IV, 1, a, bb.

²²³ Öğretide farklı bir görüşe göre ise ciddi ve yakın tehlike ifadesi yerine, iş sağlığı ve güvenliği açısından işçinin sağlığı bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak bir tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar ifadesinin kullanılması daha isabetli olacaktır. Yazara göre, böylece çalışmaktan kaçınma hakkının kapsamı genişletilmiş olacak ve iş sağlığı ve güvenliği kurulu bulunan işyerlerinde tehlikenin ciddiyeti kurul tarafından değerlendirilerek işçinin talebi olumlu veya olumsuz yanıtlanacaktır (BOZKURT GÜMÜKÇÜOĞLU, 29’da dn. 54).

İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanılması için yakın ve ciddi bir tehlikenin gerekli olması koşulu getirilmekle, 89/391 sayılı Yönerge ve 151 sayılı Sözleşme ile paralellik sağlanmıştır. Diğer taraftan Fransız İş Koduna göre de işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması, tehlikenin yakın ve ciddi olmasına bağlı olduğundan İSGK'dan sonra işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması için gereken tehlike koşulu Fransız Hukuku ile uyum sağlamıştır.

Genellikle iş sağlığı ve güvenliği açısından tehlikeli durumların işyerinden kaynaklanmasına karşın, sadece işçinin işini fiilen yaptığı yer değil, işyerinin giriş kısımları, merdiven, acil çıkış yerleri, asansör, dinlenme alanları, mutfak, banyo, otopark gibi bölümlerde de bu tehlike söz konusu olabilir²²⁴. Bununla birlikte söz konusu tehlikeli durumun sadece işçinin yaptığı işten değil, aynı zamanda işyerindeki gürültü, toz gibi etkenlerden de doğması mümkündür²²⁵. Çalışmaktan kaçınma hakkı veren tehlikenin işyerine ilişkin olma şartı da bulunmamakta olup, tehlike işçinin (şimdi çalışanın) özel bir durumundan kaynaklanabilir²²⁶. Örneğin ellerini kullanarak makine başında çalışan bir kişinin normalde yaptığı iş, yakın ve ciddi bir tehlike teşkil etmez. Ancak işçinin parmağındaki problem sebebiyle sürekli elleriyle çalıştığı makine başı iş, onun çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması için haklı bir sebeptir. Diğer taraftan her ne kadar çalışana çalışmaktan kaçınma hakkı veren tehlikenin ilk etapta fiziki varlığına zarar vereceği düşünülmekte ve çoğu zaman böyle de olsa, bu tehlikenin ruhsal bir tehlike olması mümkündür²²⁷.

İş Kanunu mülga m. 83, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması için “işyerinde” yakın, acil ve hayati tehlikenin varlığını gerekli kılmışken, İSGK. m. 13 doğrudan “ciddi ve yakın” tehlikenin varlığını aramıştır. Söz konusu farklılık sebebiyle

²²⁴ BALKIR, İSG Organizasyonu, 75.

²²⁵ DOĞAN YENİSEY Kübra, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007, 160 (İşyeri).

²²⁶ SUR, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, 409.

²²⁷ İşyerindeki psikolojik tacizin ciddi ve yakın bir tehlike olarak değerlendirilebileceği hakkında bkz. ÜNAL Canan, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinde Psikolojik Tacizin İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma ve Eşit Davranma Borcu Kapsamında Değerlendirilmesi, Legal İHSGHD, S. 37, C. 10, 2013, 57-58.

İş Kanunu mülga m. 83 döneminde işçinin işyerinde olmadığı ancak yaptığı iş nedeniyle karşılaştığı tehlikelerde çalışmaktan kaçınma hakkını kullanıp kullanamayacağı yönünde açıklık bulunmamaktaydı.

Örneğin eksperlik yapan bir çalışan kendisine verilen işe göre farklı gayrimenkullere gitmekte ve oranın konumundan, iç döşemesine tüm gayrimenkulu değerlendirerek, gayrimenkule bir fiyat biçmektedir. Yahut makine montajı ile görevli işçi, çeşitli fabrikalara giderek makinaların montajını yapmaktadır. İş Kanunu mülga m. 83 döneminde eksperin değer biçeceği gayrimenkulde veya makine montajcısının montaj yapacağı fabrikada yakın, acil ve hayati bir tehlikenin varlığı halinde, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının bulunduğu kabul edilip edilmeyeceği, İSGK. m. 13'de olduğu gibi tereddütsüz değildi. Zira eksperin değer biçeceği yerin işverenin işyeri olduğunu ifade etmek kolay değildi²²⁸. Asıl işverenin işyeri, alt işveren işçilerinin de işyeri olmakla birlikte; geçici işverenin işyeri, geçici işçilerin işyeri değildir. Dolayısıyla İşK. mülga m. 83 döneminde işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması için gereken temel şart olan işyerinde yakın, acil ve hayati bir tehlikenin bulunması koşulunun geçici işçiler için de gerçekleşmediği belirtilebilecekti. Ancak kanaatimizce bugün olduğu gibi İşK. mülga m. 83 döneminde de yaptığı iş nedeniyle tehlikeyle karşılaşan geçici işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması mümkündür. Zira İşK. m. 83'ün dar yorumlanmaması gerekmekteydi. Aksi halde klasik işyeri tanımı içinde bir işte çalışmayan işçilerin hayatları tehlikedeysen, söz konusu işçilerin hayatları korunmayacaktı. Bu durum ise ne iş hukukunun temeline ne de çalışmaktan kaçınma hakkının amacına uygundu. Buna karşın İSGK. m. 13 ciddi ve yakın tehlikenin varlığı durumunda çalışana çalışmaktan kaçınma hakkı tanıyarak konuyu netleştirmiştir²²⁹. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13 çerçevesinde ciddi ve yakın tehlikenin varlığı halinde tehlikenin işyeri dışında olması halinde de, eğer tehlike işçinin yaptığı iş nedeniyle ortaya çıkmışsa, koşulların varlığı halinde, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabileceği şüphesizdir.

²²⁸ İş hukukunda işyeri ve işletme kavramları hakkında detaylı bir inceleme için bkz. DOĞAN YENİSEY, İşyeri, 10 vd.

²²⁹ Elbette İşK. mülga m. 83 döneminde de İSGK. m. 13 çerçevesinde de çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin usule uymak gerektiği saklıdır.

2. İşçinin tehlikenin tespitine ilişkin başvurusu

a. Başvuru usulü

Çalışanın tehlikenin tespitine ilişkin başvurusunu ne şekilde yapması gerektiği kanunda belirtilmemiştir. Bu sebeple işçinin kendisini iş sağlığı ve güvenliği bakımından tehlikede hissetmesi halinde yazılı ya da sözlü olarak iş sağlığı ve güvenliği kuruluna, kurulun olmaması halinde işverene başvurması mümkündür. Buna karşın ispat kolaylığı açısından başvurunun yazılı yapılması ve başvurunun onaylı bir nüshasının geri alınması yerinde olacaktır. İşçinin yaptığı başvuruda işçiyi tehdit eden tehlikenin yakın ve ciddi olduğunun tespiti ile gerekli önlemlerin alınmasına karar verilmesi istenir²³⁰.

b. Tehlikenin ciddi ve yakın olduğunu tespit edecek olan merci

aa. İş sağlığı ve güvenliği kurulları

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu çalışanın çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması için iş sağlığı ve güvenliği kuruluna, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurması gerektiğini kabul etmiştir (İSGK. m. 13). İş Kanunu da aynı yönde olmak üzere, işçinin iş sağlığı ve güvenliği kuruluna, kurulun olmadığı yerlerde işveren ya da işveren vekiline başvurması gerektiğini düzenlemiştir (İŞK. mülga m. 83).

İş Kanunu mülga madde 80'in gerekçesinde; sanayiden sayılan, devamlı olarak en az elli işçi çalıştıran ve altı aydan fazla sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde her işverenin yönetime katılma modeline uygun olarak bir iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurma yükümlülüğünün yasayla öngörüldüğü, mülga (gerekçenin kaleme alındığı dönemde yürürlükte olan) İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Kurulları Hakkında Tüzük uyarınca bu kurulların danışma kurulu niteliğinde olup, kararlarının bağlayıcı olmadığı ile yaptırım güçlerinin bulunmadığı, getirilen yeni düzenlemeyle işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği kurullarının kararlarını uygulamakla yükümlü tutuldukları, böylece bu konuda çok

²³⁰ DEMİRCİOĞLU Murat, Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 sayılı İş Yasası, İstanbul Ticaret Odası Yayın No: 2008-71, 2. bası, İstanbul 2008, 289 (Sorular). Bu görüş, 4857 sayılı Kanun mülga m. 83'ün yürürlükte olduğu dönemde ifade edilmiş olmakla birlikte, hüküm İSGK. m. 13 ile paralel olduğundan yazara atıf yapılmıştır.

önemli işlevler üstlenebilecek bu kurulların etkin hale getirildiği belirtilmişti²³¹. Gerçekten de İş Kanunu ile iş sağlığı ve güvenliği kurullarının yetkilerini güçlendirici hükümler getirilmişti. Örneğin İşK. mülga m. 80/II'e göre işverenler iş sağlığı ve güvenliği kurullarınca iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun olarak verilen kararları uygulamakla yükümlüydü²³². İşverene iş sağlığı ve güvenliği kurulunun kararlarına uyma zorunluluğu getirilmesi son derece önemli bir adımdı²³³. Aksi takdirde, iş sağlığı ve güvenliği kurullarının kararlarının etkili olması mümkün değildi. Bu noktada öğretilerde iş sağlığı ve güvenliği kurullarının verecekleri kararların yetki alanının, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatıyla sınırlı olduğu, böylece işverenin de bu kurulların ancak sağlık ve güvenlik mevzuatına uygun kararlarını yerine getirmekle yükümlü oldukları belirtilmişti²³⁴. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 22/1 de aynı hükmü tekrar etmek suretiyle; işverenin, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun kurul kararlarını uygulayacağını düzenlemiştir.

İş Kanunu, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun alacağı kararların işveren tarafından yerine getirilmemesi halinde işçiye çalışmaktan kaçınma ve haklı fesih imkanı getirmiş (mülga m. 83), söz konusu yenilik Avrupa mevzuatına uyum açısından son derece yerinde olmuştu²³⁵. Nitekim İSGK m. 13'de de durum değişmemiştir.

İş sağlığı ve güvenliği kurullarının işçilerin bir yönetime katılma modeli olduğu ifade edilebilir²³⁶. Zira Kurulda işçiler de temsil edilmekte olup, böylelikle işyerinin iş sağlığı

²³¹ <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm>, 18.05.2011.

²³² EYRENCİ, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 289; ODAMAN Serkan, İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının Yapıları ve İşlevleri, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, 598-599 (İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları).

²³³ Bu noktada iş kazası ve meslek hastalığı halinde, işverenin hukuki sorumluluğu açısından Kurulun kararlarına uymama işverenin yüzde yüz kusurlu sayılması sonucunu doğurabilecektir (GÜZEL, İşyeri Hekimliği, 129).

²³⁴ CENTEL Tankut, İş Sağlığı ve Güvenliğinde Denetim Sistemi ve Yaptırımlar, İşveren Dergisi, Mayıs-Haziran 2012, 99 (Denetim).

²³⁵ ODAMAN, Hak ve Yükümlülükler, 886.

²³⁶ SÜZEK Sarper, İş Hukukunda Katılım, Coşkun Kırca'ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi, Ankara 1996 166 (Katılım). Diğer bir yönetime katılma modeli ise sağlık ve güvenlik işçi temsilciliğidir. Bu kurum İş Kanununda düzenlenmemesine rağmen Danıştay tarafından iptal edilen İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliğinde düzenlenmişti. Bu noktada Kanunda bulunmayan bir kurumun veya ilişkinin yönetmelikle düzenlenmesinin o ilişkiye hukuki geçerlilik kazandırmayacağı, yürütme organının yasama

ve güvenliğine yönelik işleyişi içinde işçilerin söz sahibi olması sağlanmaktadır. Ancak hem İş Kanunu hem de İSGK'nın yürürlükte olduğu bugün Kurulun etkin olduğunu söylemek pek mümkün değildir. Mevcut yapısıyla bağımsız nitelik taşıdığı da söylenemez. Bunun sebebi iş sağlığı ve güvenliği kurulu üyelerinin çoğunluğunun işverenin ataması ile işe başlamasıdır (İSGKHY. m. 6/3). Kurul üyelerinin çoğu, işverene bağımlı çalışanlardan oluşmaktadır. Sonuç olarak işverene fazla söz hakkı tanıma anlamına gelen bu durum işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını zayıflatmaktadır²³⁷. Zira işyeri hekiminin ya da uzmanının iş güvenliği önlemlerinin alınması konusundaki ısrarlı tutumu, işçiyle işvereni karşı karşıya getirebilir ve bu sebeple işyeri hekimi veya uzmanının sözleşmesi feshedilebilir. Bu sakıncanın giderilmesi için iş sağlığı ve güvenliği kurulu üyelerine özel bir iş güvencesi getirilmesi yerinde olacaktır²³⁸.

İş sağlığı ve güvenliği oluşturacak işyerlerinin en az elli kişi çalıştırmasının gerekli olması sebebiyle, bu işyerinde çalışan kurul üyelerinin zaten iş güvencesi kapsamı içinde olacağı ifade edilebilirse de, iş güvencesinden yararlanma koşulları arasında en az 6 aydan beri işyerinde çalışma, sözleşmenin belirsiz süreli olmasının gerekmesi ve belirli konumdaki işveren vekili ve yardımcılarında olmama koşulu bulunduğundan kurul üyelerinin her zaman iş güvencelerinin olduğu söylenemez.

organına ait bir işlem yaparak iş sağlığı ve güvenliği alanında yeni bir kurum oluşturmasının başta Anayasa olmak üzere hukukun temel kural ve ilkelerine ters düştüğü belirtilmiştir (EKONOMİ Münir, İş Sağlığı ve Güvenliği Kapsamında Hukuka Uygun Olmayan ve Bilinçsiz Düzenlenen Sağlık ve Güvenlik İşçi Temsilciliği, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2006, S. 2, 13-14).

²³⁷ GÖKTAŞ, Kaçınma Hakkı, 224-225.

²³⁸ SÜZEK, Ders Notları, 32; aynı yazar, Öneriler, 313; aynı yazar, Katılım, 167; CANIKLIOĞLU, Kanun Tasarısı Semineri, Tartışma, 83; aynı yazar, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun Taraflara Getirdiği Yükümlülükler, Öz İplik İş Sendikası ve Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen İş Sağlığı ve İş Güvenliğine Hukuki Bakış Paneli, Müzakere-Soru/Cevap, 1. bası, Mart 2013, 192 (Müzakere); AYDIN, İSGK, 16; AKIN, İşyeri Örgütlenmesi, 9; SERATLI, İş Sağlığı ve Güvenliği, 218; OĞUZ, 117.

İşverenin iş sağlığı ve güvenliği kurulunun kararlarına uymaması idari para cezasını gerektirdiği (İşK. mülga m. 105/c, şimdi İSGK. m. 26/I, i) gibi bu nedenle iş kazası veya meslek hastalığı meydana gelmesi halinde işveren tamamen kusurlu sayılır²³⁹.

bb. İş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturmakla yükümlü işyerleri

aaa. İşyerinde elli işçi çalıştırma koşulu

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa göre elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde işveren, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalarda bulunmak üzere kurul oluşturur (m. 22/I). İş Kanunu mülga m. 80'e göre ise sanayiden sayılan, devamlı olarak en az elli işçi çalıştıran ve altı aydan fazla sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde her işverenin bir iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurması gerekmektedir. Dolayısıyla hem İş Kanunu mülga m. 80'in yürürlükte olduğu dönemde hem de bugün İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda, bir işyerinin iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturması için işyerinde en az elli işçi çalıştırılması gerekmektedir. Elliden az çalışanın bulunduğu işyerinde iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturma yükümlülüğünün olmayışının, sözü geçen işyerinin sağlık ve güvenlikten yoksun kalacağı anlamı taşımadığı, zira bu işyerinin çalışan sayısı itibarıyla sadece iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturmaktan uzak tutulduğu ifade edilmiştir²⁴⁰. Ancak kanaatimizce bu düzenleme iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurmakla yükümlü olan işletme sayısını azaltmakta ve kapsamın daralmasına neden olmaktadır. Bu durum haklı olarak eleştirilmektedir²⁴¹.

İş Kanunu mülga m. 80'in yürürlükte olduğu dönemde çıkarılmış olan İSGKHY. işverenin işyerinde iş sağlığı güvenliği kurulu oluşturma yükümlüğü bulunması için işyerinde “devamlı olarak” en az elli işçinin çalıştırılmasının zorunlu olduğunu düzenlemiştir

²³⁹ SÜZEK Sarper, İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusundaki Yükümlülükleri, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, 515 (İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri); aynı yazar, Bireysel İş Hukukunun Bugünü ve Geleceği, Sicil, S. 14, Haziran 2009, 21 (Bugün ve Gelecek).

²⁴⁰ CENTEL Tankut, İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının Kuruluş ve İşleyişi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 29, Mart 2013, 15 (İSG Kurulları).

²⁴¹ AKIN, İşyerinin Örgütlenmesi, 6; YILMAZ Fatih, Avrupa Birliği Ülkeleri ve Türkiye’de İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları: Türkiye’de Kurulların Etkinliği Konusunda Bir Araştırma, Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi, C. 7, S. 1, 2010, 168.

(İSGKHY. m. 2)²⁴². 4857 sayılı Kanunun mülga 80. maddesinin gerekçesine göre “devamlı olarak elli işçinin çalıştırılması” işyerinde hiçbir dönemde elliden az işçi çalıştırılmaması anlamına gelmektedir²⁴³. Öğretide bu ifadenin çok açık olmadığı, “...hiçbir dönemde...” sözünün yılın hiçbir döneminde mi, yoksa işyeri kurulduğundan bu yana hiçbir dönemde mi elliden az işçi çalıştırılmaması anlamına geldiğinin anlaşılacağı; ancak işin özelliği ve amacı dikkate alınarak, ifadenin yılın hiçbir döneminde ellinin altında işçi çalıştırılmaması anlamına geldiğini söylemenin yanlış olmayacağı belirtilmişti²⁴⁴. Bununla birlikte işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği kurullarının oluşumunu engellemek amacıyla bazı dönemler çalışan sayısını ellinin altına indirme çabalarının, onları bu zorunluluktan kurtarmaması gerektiği, bu gibi durumlarda işin niteliğinden hareketle anılan uygulamanın işin gereği olup olmadığı ve işyerinde sürekli bulunması gereken işçinin elliden fazla olup olmadığı değerlendirilmesi gerektiği, aksi halde muvazaalı işlemlerin önünün açılabileceği ifade edilmişti²⁴⁵. Söz konusu koşulun “devamlı olarak” elli işçinin çalıştırılması zorunluluğu getirmesinin tartışmaya açık olduğuna ve iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurma yükümlülüğünü son derece daralttığına şüphe bulunmamaktadır²⁴⁶.

Küçük (50’den az işçi çalıştıran) işyerlerinde kurul oluşturma zorunluluğunun bulunmaması, iş sağlığı ve güvenliği alanındaki önemli sorunlardan biri olan kapsam sorununu daha da ağırlaştırmaktadır. Ayrıca küçük işyerlerinde önleme ve koruma hizmeti üretecek bir seçenek önerilmemesi, bu işyerlerinde bu hizmetin gerekli görülmediğini düşündürmektedir²⁴⁷. Oysa 50 işçiden az işçinin çalıştığı işyerleri azımsanmayacak kadar fazladır. Bu koşulun işyerinde “devamlı” olarak elli işçinin çalışması şeklinde kuvvetlendirilmesi durumu daha da güçleştirmektedir. Nitekim yeni İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik²⁴⁸ elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan

²⁴² RG. 07.04.2004, 25426.

²⁴³ <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm>, 18.05.2011.

²⁴⁴ EKMEKÇİ, İşyeri Örgütlenmesi, 67; AKIN, İşyerinin Örgütlenmesi, 6.

²⁴⁵ AKIN, İşyerinin Örgütlenmesi, 6; benzer yönde OĞUZ, 120.

²⁴⁶ AKIN, İşyerinin Örgütlenmesi, 6; ŞARDAN Serdar, Yeni İş Kanunu ile Birlikte İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Getirilen Değişiklikler, Çimento İşveren Dergisi, Ocak 2004, 7 (Değişiklikler).

²⁴⁷ PIYAL, İş Sağlığı ve Güvenliği, 276.

²⁴⁸ RG. 18.01.2013, 28532.

fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde işverenin, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalarda bulunmak üzere kurul oluşturacağını düzenlemek suretiyle, işyerinde elli işçi çalıştırılması koşulunun “devamlı” olma özelliğini ortadan kaldırmıştır (m. 4/I).

İş Kanunu mülga m. 80’in yürürlükte olduğu dönemde çıkarılan İSGKHY. işverene bağlı, fabrika, müessese, işletme veya işletmeler grubu gibi birden çok işyeri bulunduğu hallerde elliden fazla işçi çalıştıran her bir işyerinde ayrı ayrı birer iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurulacağını düzenlemişti (İSGKHY. m. 4/II). Yeni İSGKHY.’e göre de işverene bağlı, fabrika, müessese, işletme veya işletmeler grubu gibi birden çok işyeri bulunduğu hallerde elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu her bir işyerinde ayrı ayrı kurul oluşturulur (m. 5/1). Yeni yönetmelikteki tek fark işyerinde elliden fazla değil, elli işçinin bulunması halinde de ayrı ayrı kurul oluşturulması gerektiğidir. Diğer taraftan aynı işverenin birden fazla işyerinin bulunması ihtimalinde, elli işçi sayısının hesaplanmasında işyerlerinin bir bütün mü tek başına mı dikkate alınacağı önem arz eder. İş Kanununun mülga 80. maddesinde en az elli işçi çalıştıran işyerleri denildiğinden, öğretilerde elli işçi sayısının tespitinde tek işyerinin esas alınacağı, aynı işverene ait birden çok işyerinin bulunması halinde, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısının değil, her bir işyerinde çalışan işçi sayısının kendi içinde dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir²⁴⁹. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda ve İSGKHY’de herhangi bir fark bulunmadığından aynı yorumun yine geçerli olacağı kanaatindeyiz.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, işyerinde çalışan diğer işçilerin elli işçi hesabına katılıp katılmayacağına ilişkin farklı bir düzenleme getirmiştir. İş Kanunu mülga m. 80, en az elli işçi çalıştıran işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturulacağını düzenlemekle birlikte, İSGKHY. işçi sayısının tespitinde işyerinde çalışan işçilerin tamamının dikkate alınacağını belirtmişti (m. 4/I). Sözü edilen Yönetmelikte işverenin işyerinde çalışmakla birlikte işçisi olmayan geçici ve alt işveren işçilerinin sayıya dahil olup olmayacağına dair bir hüküm bulunmadığından, söz konusu durum öğretilerde bir hayli tartışılmalıydı.

²⁴⁹ EKMEKÇİ, İşyeri Örgütlenmesi, 67; aynı yazar, İş Sağlığı ve Güvenliği, 56-57.

İş sağlığı ve güvenliği örgütlenmesinde işyerinde çalışan işçi sayısının tespitinde, İş Kanununun mülga 80 vd. maddelerinde işverenin işyerini örgütleme yükümlülüğünün şartları düzenlenirken “işçi” kavramı kullanıldığından, her işverenin, kendisine iş sözleşmesiyle bağlı olan işçiler karşısında yükümlü olduğu, dolayısıyla sadece bu işçilerin hesaba dahil edilmesi, asıl işverenle alt işveren işçilerinin bu sayının belirlenmesinde birlikte ele alınmaması gerektiği ifade edildiği gibi²⁵⁰, aksi yöndeki görüş alt işverenin işçilerinin hesaba katılması gerektiğini savunmaktaydı²⁵¹.

Alt işveren işçilerinin elli işçinin belirlenmesinde işyerinde çalışan işçiler içinde sayılmayacağı kanaatinde olan bir görüş, işçi sayısının hesabında “o işyerinin işverenine bağlı olarak çalışan” işçilerin göz önünde bulundurulacağını, oysa alt işveren işçilerinin o işyerinin değil, alt işverenin işçisi olduğunu, bu işçilerin işverenlerinin işyerlerinin bağımsız kabul edildiğini, alt işveren işçilerinin sayıya dahil edilmesi için bu durumun açıkça kanunda düzenlenmesi gerektiğini ifade etmekteydi²⁵². Aynı yönde olmak üzere geçici iş ilişkisi bakımından da, geçici işveren ile işçi arasında bir iş sözleşmesi ilişkisi kurmadığı, bu sebeple işçilerin geçici işverenin işçisi olarak değerlendirilmediği ve

²⁵⁰ EKMEKÇİ Ömer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde İSG Uygulamaları, Çimento Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliği Sempozyumu, Tebliğler ve Tartışmalar, 14-15 Kasım 2008, İzmir Hilton Oteli, Ankara 2009, 63 (İSG Uygulamaları); ÇİL Şahin, İş Kanunu Şerhi, 2. bası, C. 3, Ankara 2007, 3140; AYKAÇ Hande Bahar, İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul 2011, 234. Ancak AYKAÇ, asıl ve alt işveren işyerlerinin bağımsız işyerleri olması sebebiyle mevcut hukukumuz bakımından işçi sayısına bağlı herhangi bir yükümlülüğün tespiti açısından asıl-alt işveren işyerinin birlikte değerlendirilmesinin mümkün olmadığını, olması gereken hukuk bakımından ise iş sağlığı ve güvenliği örgütlenmesinde aranan işçi sayısının tespitinde alt işveren işçilerinin dikkate alındığı bir sistem oluşturulmasının yerinde olacağını belirtmiştir, AYKAÇ, 234.

²⁵¹ AKIN Levent, İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşyerinin Örgütlenmesi, AÜHFD, C.54, S.1, Ankara 2005, 18-19 (İşyeri Örgütlenmesi); BAŞBUĞ Aydın, İşyeri Hekiminin İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Organizasyonundaki Yeri ve İşçi Sağlığı ve İş Güvenliğinin Gerçekleştirilmesindeki Rolü, Uluslararası ve Ulusal Hukuk Sisteminde İşyeri Hekimliği Sempozyumu, 24 Mayıs 2003, Türk Tabipler Birliği Yayınları, Ankara 2003 (İşçi Sağlığı), 77; ENGİN Murat, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Birlikte Sorumluluğun Kapsamı, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2008 Yılı 12. Toplantı Notları, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu ve Galatasaray Üniversitesi, 06-07 Haziran 2008, 22 (Asıl İşveren-Alt İşveren).

²⁵² EKMEKÇİ, İSG Uygulamaları, 63; aynı yazar, İş Sağlığı ve Güvenliği, 63.

geçici işverenin iş sağlığı ve güvenliği örgütlenmesinde, geçici işçilerin dikkate alınmayacağı belirtilmekteydi²⁵³.

İşverene iş sözleşmesiyle bağlı olmayan işçilerin elli işçinin belirlenmesinde işyerinde çalışan işçiler içinde sayılacağı kanaatinde olan yazarlar ise görüşlerini farklı gerekçelere bağlamışlardı. Bu görüşü savunan yazarlardan birine göre, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemeler genelde kamu düzenine ilişkindir ve işyerine veya yapılan işe yöneliktir. Oysa iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülükler işverenlerin şahsını aşarak insan yaşamının korunmasını hedeflediklerinden sayının tespitinde alt işverenin işçilerinin de dikkate alınması gerekecektir. Diğer taraftan işyerindeki iş sağlığı ve güvenliği riskleri bölünemez nitelikte olacağından (riskin bölünmezliği ilkesi) iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini düzenleyen hükümlerde işçi sayısı bir risk faktörü olarak ele alınmış olup, riski oluşturan işçilerin hangi işverene bağlı olarak çalıştıkları değil fiilen nerede çalıştıkları önem arz etmektedir. Dolayısıyla işçilerin alt işverenin işçisi olması, riski ortadan kaldırmamaktadır. Aynı yazar her iki işverenin ayrı işyerleri bulunduğu, bu sebeple alt işveren işçilerinin sayıya dahil edilmesinin mümkün olmadığı yönündeki gerekçeye katılmadığını, çünkü alt işverenin işyerinin, aynı zamanda asıl işverenin de işyeri olduğunu, alt işverenin işyerinin kendi üstlendiği yardımcı iş veya asıl işin bir bölümü ile sınırlıyken, asıl işverenin işyerinin tıpkı kümeler teorisinde olduğu gibi alt işverenin işyerini de kapsayacağını; örneğin duvarın bir tarafında asıl işverenin işçileri, diğer tarafında alt işverenin işçileri bulunmaktaysa, duvarın her iki yöne yıkılabileceğini, o yüzden alt işverenin işyerini tanımlarken asıl işverenden bağımsızlaştırmamız durumunda soyut tanımlanamaz bir sonuca ulaşılacağını savunmuştu²⁵⁴. Bu yönde olmak üzere farklı bir yazar ise iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında söz konusu işçilerin işverenleriyle ilgilenilmediğini, işçilerin aynı işyerinde bulunmalarının yeterli olduğunu, bu sebeple asıl işverenin işyerinde çalışmayan alt işveren işçilerinin sayıya dahil edilmeyeceğini, yoksa birbirlerinden

²⁵³ EKMEKÇİ, İşyeri Örgütlenmesi, 46; CANIKLIOĞLU Nurşen, Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Tarafları Açısından Hukuki Sonuçları, Legal Vefa Toplantıları II, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul 2008, 137 (Geçici İş İlişkisi); ÇİL, 3140.

²⁵⁴ ÖZCAN Şeref, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2008 Yılı 12. Toplantı Notları (06-07.06.2008), İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu ve Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2009, 30-31.

bağımsız işyerlerinde çalışan asıl işveren alt işveren işçilerinin bir arada değerlendirilmesinin mümkün olmadığını ifade etmişti²⁵⁵. Aynı sonuca varan bir diğer yazar, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun kurulmasının asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı yükümlülüklerinin bir sonucu olduğunu, örneğin asıl işverenin işçi sayısı 50'den az olmakla birlikte alt işveren işçileriyle birlikte işyerinde çalışan toplam işçi sayısı 50'yi aşıyorsa, burada asıl işverenin iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurma yükümlülüğü bulunduğunu belirtmişti²⁵⁶. Normlar hiyerarşisi açısından bu yorumun tartışılabileceğini ancak olması gereken hukuk ve normun koruma amacı açısından iş sağlığı ve güvenliği örgütlenmesinde işçi sayısının hesabında alt işverenin işyerinde çalışan işçilerin de dikkate alınması gerektiğini ifade eden bir diğer görüş, iş sağlığı ve güvenliği kurulu ile amaçlananın belirli büyüklükteki işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği açısından farklı bir örgütlenme modelinin benimsenmesi olduğunu, işyerinde esas alınan birim işyeri olduğundan burada çalışan işçilerin kiminle iş sözleşmesi bulunduğu değil, o işyerinde fiilen kaç işçinin çalıştığına bakmak gerektiğini belirtmişti²⁵⁷. Konuya edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisinden hareket edilerek sorunun çözümlenebileceğini ifade eden bir yazar ise alt işverene devredilen işyeri bölümünün ayrı bir işyeri olarak kabul edilmesinde de, işe giriş çıkış kontrolü ve işyeri düzeni bakımından asıl işverenin otoritesinin bulunduğunu, alt işveren işçilerinin nihai olarak asıl işveren lehine iş gördüklerini, alt işveren ilişkisinin doğası gereği işyeri düzeni ve disiplininin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini de kapsadığını, bu sebeple işyerinde iş güvenliği örgütlenmesine ilişkin İşK. m. 81 hükmünün alt işveren işçilerini de kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiğini ifade etmişti²⁵⁸.

Benzer görüşteki bir başka yazar, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun, faaliyetlerini ve alınmasını istediği iş güvenliği önlemlerinin, ekonomik gücü asıl işverene göre daha zayıf olan alt işverene göre düzenlenmesinin düşünülemeyeceğini, bu nedenle iş hukukunun yapısı gereği asıl işverenin işçileri yanında, alt işveren işçilerini de hesaba katılarak iş sağlığı ve güvenliği kurullarının oluşturulması gerektiğini, İşçi Sağlığı ve İş

²⁵⁵ AKIN, İşyeri Örgütlenmesi, 7, 18.

²⁵⁶ BAŞBUĞ, İşçi Sağlığı, 77.

²⁵⁷ DOĞAN YENİSEY, İşyeri, 156.

²⁵⁸ ENGİN, Asıl İşveren-Alt İşveren, 22.

Güvenliği Kurulları hakkında Tüzüğün tüm hükümlerinde, “işyerindeki işçiler” ibaresinin kullanıldığını, burada bu işçilerin işverenin iş sözleşmesi ile bağlandığı işçiler şeklinde özel bir sınırlamaya gidilmediğini, aynı düzenlemenin İşyeri Hekimlerinin Çalışma Şartları ile Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik hükümlerinde de olduğunu, koruma ve davranış yükümlülüğünün o işyeri çevresine dahil olan herkese karşı olduğunu belirtmişti²⁵⁹.

Aynı görüşte olmak üzere farklı bir yazar ise işverenin örgütlenme yükümlülüğünün doğması için kanunda belirli sayıda işçi çalıştırılmasının kabul edilmesinin nedeninin, işyerlerinde belirli sayının üstünde işçi çalıştırılması nedeniyle iş kazası ve meslek hastalığı riskinin artması olduğunu, işyerinde çalışan işçi sayısının yüksekliğinin, hem sadece işçilerden kaynaklanan risklerin meydana gelme olasılığını hem de olası bir iş kazası veya meslek hastalığından etkilenecek kişi sayısını artıracığını, dolayısıyla işyerinin diğerlerine nazaran daha tehlikeli duruma geleceğini, bu nedenle belirli sayının üstünde işçi çalıştırılan işyerlerinde, işverenlere iş sağlığı ve güvenliği örgütü oluşturarak iş kazası ve meslek hastalıklarını önleme imkanı ve yükümlülüğünün getirildiğini ifade etmişti²⁶⁰. Belirtmek gerekir ki, ödünç işçilerin de buradaki sayıya katılmasının gerekmesi hem işin doğasına hem de İşK. m. 7/I, cümle 3’e uygundur²⁶¹.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu yerinde olarak Kurul oluşturması gerekmeyen asıl işveren ve alt işverenin toplam çalışan sayısının elliden fazla olması halinde, koordinasyonu asıl işverence yapılmak kaydıyla, asıl işveren ve alt işveren tarafından birlikte bir kurul oluşturulacağını düzenlemiştir. Böylece İş Kanunu döneminde yapılan hararetli tartışmalar sona ermiştir (m. 22/2, ç). Maddede başka işyerlerinden gelen işçilerden olan geçici işçilerin 50 işçi sayısında nasıl hesap edileceğine yönelik bir düzenleme yoktur. Bu hüküm ile tasarının (şimdi Kanunun) daha önceki maddelerinde alt işverenlik ilişkisini de kapsar nitelikte olan “başka işyerinden çalışmak üzere gelen

²⁵⁹ BAŞBUĞ, Borç İlişkisi, 71’de dn. 24.

²⁶⁰ BAYCIK, Yeni Düzenlemeler, 240.

²⁶¹ AKYİĞİT Şerh II, 2099.

kişi²⁶²” kavramı yerine iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturma konusunda doğrudan alt işveren kavramının kullanılması ile geçici işçiler bu konuda dışarıda bırakılmıştır. Halbuki burada en az altı aylığına başka işyerlerinden çalışmaya gelen işçiler denilerek daha geniş bir uygulama alanının kabul edilmesi daha yerindedir²⁶³. Zira iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturulmasının amacı aynı işyerinde en az 50 işçi çalışması halinde bu kurulun oluşturulmasını sağlamak ve işçileri korumaktır. Önemli olan işyerinde çalışan işçilerin kiminle iş sözleşmesi bulunduğu değil, o işyerinde fiilen kaç işçinin çalıştığıdır.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunduğu işyerlerinde kurulacak iş sağlığı ve güvenliği kurulları ile ilgili ayrıntılı hükümlere yer vermiştir. Buna göre altı aydan fazla süren asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunduğu hallerde asıl işveren ve alt işveren tarafından ayrı ayrı kurul oluşturulmuş ise faaliyetlerin yürütülmesi ve kararların uygulanması konusunda işbirliği ve koordinasyon asıl işverence sağlanır (İSGK. m. 22/2,a). Asıl işveren tarafından kurul oluşturulmuş ise, kurul oluşturması gerekmeyen alt işveren, koordinasyonu sağlamak üzere vekâleten yetkili bir temsilci atar (İSGK. m. 22/2,b). İşyerinde kurul oluşturması gerekmeyen asıl işveren, alt işverenin oluşturduğu kurula iş birliği ve koordinasyonu sağlamak üzere vekâleten yetkili bir temsilci atar (İSGK. m. 22/2,c). Aynı çalışma alanında birden fazla işverenin bulunması ve bu işverenlerce birden fazla kurulun oluşturulması hâlinde işverenler, birbirlerinin çalışmalarını etkileyebilecek kurul kararları hakkında diğer işverenleri bilgilendirir (İSGK. m. 22/3).

İş Kanunu mülga m. 80 ile İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 22 arasındaki bir başka fark, elli işçi sayısına çirak ve stajyerler ile İş Kanununa tabi olmayanların dahil edilip edilmeyeceğine ilişkindir.

²⁶² “Başka işyerinden çalışmak üzere gelen çalışan” kavramının net ve hukuki bir kavram olmadığı hakkında bkz. BAYRAM, Tasarı Taslağı, 1324.

²⁶³ AYDINLI İbrahim, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısında ve/veya Kanunu’nda Alt İşveren-“...Başka İşyerinden Çalışmak Üzere Gelen Çalışanlar...” Kavramının Anlamı Üzerine Genel Bir Değerlendirme, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 26, Haziran 2012, 22 (İSGK Tasarısı).

İş Kanunu mülga m. 77/son iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tüzük ve yönetmeliklerde yer alan hükümlerin işyerindeki çırak ve stajyerlere de uygulanacağını düzenlemiştir. Ancak aynı Kanunun 80 ve 81. maddelerinde sadece işçi sıfatına sahip kişilerden söz edildiği için, öğretilerde işyerinde işçi sıfatı taşımayan çırak ve stajyerlerin en az elli işçi koşulunda dikkate alınmayacağı ifade edilmektedir²⁶⁴. Yine Basın İş Kanununa tabi gazeteciler bakımından ilgili yasada iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili yükümlülükleri öngören yasal düzenlemelerin bulunmadığından bahisle, gazetecilerin 50 işçi sayısına dahil olmadıkları görüşü bulunduğu gibi²⁶⁵, aksi yöndeki görüş gerçekten 50 işçi ölçütünü getiren 80 ve 81. maddelerde yer alan işçi ile 4857 sayılı İş Kanunu kapsamı dışında kalan basın çalışanlarının ifade edilmek istenmediğini, bununla birlikte 5983 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun kapsamında bir işyeri bulunan işveren ile 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun²⁶⁶ 38. maddesine (şimdi m. 23)²⁶⁷ göre basın işvereni sayılanlar yönünden gazeteci sıfatıyla çalışan işçiler için gerekli iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini almanın gözetim görevinin bir gereği olduğu, yasada yer almasa ve bu yönde bir tüzük ya da yönetmelik bulunmasa bile, basın işverenlerinin gazeteciler yönünden gözetim yükümlülüğünün gerektirdiği her türlü iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almalarının bir zorunluluk olduğunu belirtmekteydi²⁶⁸.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ise istisnalar olmakla birlikte (İSGK. m. 2/2), bu kanunun kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanacağını kabul etmiş (m. 2/1), iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturma zorunluluğunu düzenleyen 22. maddesinde elli ve daha fazla

²⁶⁴ EKMEKÇİ, İşyeri Örgütlenmesi, 45-46; ÇİL, 3139.

²⁶⁵ EKMEKÇİ, İşyeri Örgütlenmesi, 47.

²⁶⁶ 3984 sayılı Kanun, 03/03/2011 tarih ve 27863 s. R.G'de yayımlanan 15/02/2011 tarih ve 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanunun 48. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Yerine 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun getirilmiştir.

²⁶⁷ 6112 sK. m. 23: "Medya hizmet sağlayıcılarının haber birimlerinde çalıştırılacak basın kartlı personelin asgari sayısını Üst kurul belirler. Bu personel 13/6/1952 tarihli ve 5953 sayılı basın mesleğinde çalışanlarla çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin tanzimi hakkında Kanuna tabidir".

²⁶⁸ ÇİL, 3140.

“çalışanın” bulunduğu işyerleri ifadesini kullanmıştır. Dolayısıyla adı geçen kişilerin de sayıya dahil edilmesi gerekmektedir.

Elliden az işçi çalıştıran küçük işletmelerde iş sağlığı ve güvenliği kurulları bulunmayacağından, bu işletmeler iş sağlığı ve güvenliği kurullarının iş sağlığı ve güvenliği sorunlarına getirebilecekleri katkılardan yoksundurlar. İstatistiklere göre küçük işletmelerde büyük işletmelere oranla daha fazla iş kazası meydana geldiğinden durum daha da zorlaşmaktadır. Bu sebeple belirli bir bölgede yer alan küçük işletmeler için ortak iş sağlığı ve güvenliği kurulları oluşturulmalıdır²⁶⁹.

bbb. İş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturulma zorunluluğu için gerekli diğer koşullar

İş Kanununda, işyerinde devamlı elli işçi çalıştırmanın yanında, sanayiden sayılan ve altı aydan fazla sürekli işlerin yapıldığı bir işyeri bulunan her işverenin bir iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurması gerektiğini düzenlenmişti. (İşK. mülga m. 80). Ancak İSGK. işverenin iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturması için işin sanayiden sayılan iş olması zorunluluğunu kaldırmıştır (İSGK. m. 22/1)²⁷⁰.

İşverenin iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurma yükümlülüğü bulunmasının son koşulu ise işyerinde altı aydan fazla sürekli işlerin yapılmasıdır. Bu koşul, hem İşK. mülga m. 80 hem de İSGK. m. 22’de yer almıştır.

²⁶⁹ SÜZEK, Öneriler, 313; aynı yazar, İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri, 514; aynı yazar, Ders Notları, 33; AKIN, İşyerinin Örgütlenmesi, 13-14; SERATLI, İş Sağlığı ve Güvenliği, 217-218.

²⁷⁰ İş Kanununun 111. maddesi, bu Kanunun uygulanması bakımından sanayiden sayılacak işlerin esaslarını saymakla birlikte, bu esaslar doğrultusunda bir işin İş Kanununun uygulanması bakımından sanayi, ticaret, tarım ve orman işlerinden hangisinin kapsamında sayılacağını; Sanayi ve Ticaret, Çevre ve Orman ile Tarım ve Köy İşleri bakanlıklarının görüşleri alınarak, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak bir yönetmelikle düzenleneceğini belirtmiştir. Sözü edilen Yönetmelik, “Sanayi, Ticaret, Tarım ve Orman İşlerinden Sayılan İşlere İlişkin Yönetmelik” adı altında yürürlüğe konulmuştu (RG. 03.09.2008, 26986). Buna göre sanayiden sayılan işler, söz konusu yönetmeliğin EK-1 adlı listesinde tek tek sayılmıştı (Sanayiden sayılan işlerin listesi için bkz. <http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr>, 25.10.2011).

Öğretide bir görüşe göre, alt işverenin de bir işveren olması ve İSGK. m. 22/2'nin ilk fıkrayla birlikte ele alınması gerektiğinden, altı aydan daha kısa süreyle ortaya çıkacak alt işveren işyerlerinde kurul oluşturma yükümünün olmaması normal karşılanmalıdır. Söz konusu ayırım, yasanın kendi mantığı ve düzenleme biçimiyle uyumludur²⁷¹.

Katıldığımız görüşe göre ise iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurma yükümlülüğünün altı aydan fazla süren asıl işveren-alt işveren ilişkileri bakımından aranmasına karşın, altı aydan kısa süren asıl işveren-alt işveren ilişkilerinde aranmamasının haklı gerekçesi yoktur. Bu sebeple düzenleme yerinde değildir²⁷².

İş Kanununa göre nitelikleri bakımından en çok otuz işgünü süren işler süreksiz iş, bundan fazla devam edenler ise sürekli iştir (İŞK. m. 10). Ancak işin altı aydan fazla sürmesine ilişkin koşul netlik taşımamaktadır. Zira hangi dönemde altı aydan fazla sürekli işlerin yapılacağı konusunda hem İŞK. mülga m. 80'in yürürlükte olduğu dönemde hem de İSGK. döneminde, ne Kanunda ne gerekçede ne de Yönetmelikte açıklık vardır. İş Kanunu mülga m. 80 döneminde ileri sürülen bir görüşe göre mevsimlik çalışılan işyerlerinde her yıl işyerinin faaliyette bulunduğu dönem altı aydan az sürse bile işyerinin zaman içinde sürekli faaliyette bulunması sebebiyle bu işyerinin işvereni de iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturmakla yükümlüdür²⁷³. Katıldığımız görüşe göre ise bu altı aylık süre bir yıllık zaman dilimi içinde değerlendirilerek, bir yıllık süre içerisinde altı aydan fazla sürekli işler yapılmayan, örneğin yılın sadece 4 ayında faaliyette bulunan işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurma yükümlülüğü doğmamaktadır²⁷⁴. Ancak hangi görüş savunulursa savunulsun, maddeden anlaşılacağı üzere, birçok işyeri iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturma yükümlülüğü dışında bırakılmış olup, birçok işyerinin de iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturma yükümlülüğü bulunmasına rağmen bu yükümlülüğe uyulmadığı bir gerçektir.

²⁷¹ CENTEL, İSG Kurulları, 14.

²⁷² ERTÜRK, Yükümlülükler, 23.

²⁷³ ULUSAN İlhan/ESEN Güven, İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Doğan İşveren Sorumluluğu, İşletmelerde İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, İnsan Gücü Yönetimi, C.5, Kitap 2, İstanbul 1985, 126.

²⁷⁴ EKMEKÇİ, İşyeri Örgütlenmesi, 66.

cc. İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulunun Yapısı

İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmeliğin²⁷⁵ 6. maddesinde, iş sağlığı ve güvenliği kurullarında kimlerin bulunacağı düzenlenmiştir. Buna göre iş sağlığı ve güvenliği kurullarında yer alması gereken kişiler şunlardır²⁷⁶:

- a) işveren veya işveren vekili,
- b) iş güvenliği uzmanı,
- c) işyeri hekimi,
- d) insan kaynakları, personel, sosyal işler veya idari ve mali işleri yürütmekle görevli bir kişi,
- e) bulunması halinde sivil savunma uzmanı,
- f) bulunması halinde formen, ustabaşı veya usta,
- g) çalışan temsilcisi ile işyerinde birden çok çalışan temsilcisi olması halinde baş temsilcidir.

Kurulun başkanı işveren veya işveren vekili, kurulun sekreteri ise iş güvenliği uzmanıdır. İş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi, insan kaynakları, personel, sosyal işler veya idari ve mali işleri yürütmekle görevli bir kişi ile sivil savunma uzmanı işveren veya işveren vekili tarafından atanırlar. Formen, ustabaşı veya usta ise o işyerindeki formen, ustabaşı veya ustaların yarıdan fazlasının katılacağı toplantıda açık oyla seçilir. Seçimle belirlenememesi halinde işveren tarafından atanır (İSGKHY. m.6).

İş Kanununun ön tasarısında organize sanayi bölgelerinde faaliyet gösteren, altı aydan fazla süreli işlerin yapıldığı; ancak elliden az işçi çalıştıran işyerlerinde ortak iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturulacağına dair bir hüküm bulunmaktaydı. İş sağlığı ve güvenliği açısından oldukça önemli bir tehdit altında bulunan organize sanayi bölgelerinde çalışan işçilerin de iş sağlığı ve güvenliği kurulunun sağlayabileceği korumadan yararlanabilmelerine imkan tanıyacak bu hüküm Kanuna alınmamıştır. Bu durumda çalışan işçiler önemli bir korumadan yoksun kalmışlardır²⁷⁷. Ülkemizdeki işletmelerin önemli bir kısmı elliden az işçi çalıştıran küçük işletmeler olup iş

²⁷⁵ RG. 18.01.2013, 28532.

²⁷⁶ Ancak (b) ve (c) bentlerinde sayılanların bulundurulma zorunluluğu, İSGK.'nın 38. maddesinde belirtilen sürelere uygun olarak aranır (İSGKHY. Geçici m. 1/1).

²⁷⁷ AKIN, İşyeri Örgütlenmesi, 14; SERATLI, İş Sağlığı ve Güvenliği, 218; OĞUZ, 117.

kazalarının büyük bölümü bu tip küçük çaplı işletmelerde yaşandığından kanun koyucunun tasarısındaki bu hükmü dikkate almaması önemli bir eksiklik²⁷⁸. Bununla birlikte İSGK'da da bu eksikliğı giderecek bir düzenleme yer almamaktadır. Zorunluluk olmamasına rağmen, isteğe bağılı olarak küçük işletmelerin birleşmek suretiyle iş sağığı ve güvenliğı kurulu oluşturması mümkünse de, uygulamada elliden az işçi çalıştıran işyerlerinin bir araya gelerek birlikte bir ortak sağılık birimi oluşturmalarına hemen hemen hiç rastlanmaz. Bunun sonuçlarına ise küçük işyerlerinde çalışan işçiler katlanmak zorundadır.

dd. İşveren ya da işveren vekiline başvuru

İş Sağığı ve Güvenliğı Kanununa göre ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar kurula, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir (m. 13). İş Kanununu mülga m. 83'e göre ise, işyerinde iş sağığı ve güvenliğı açısından işçinin sağığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati bir tehlike ile karşı karşıya kalan işçi, işyerinde iş sağığı ve güvenliğı kurulu bulunmaması halinde, talebini işveren veya işveren vekiline yapar (İşK. mülga m. 83/1, II)²⁷⁹.

İş Sağığı ve Güvenliğı Kanunu, bu hükümle kurulun bulunmaması halinde sadece işverene başvurmayı mümkün kılmış gibi gözükse de, kurulun bulunmadığı işyerlerinde işveren vekiline başvuru seçeneğini ortadan kaldırmamaktadır. Zira İSGK. m. 3/2'ye göre, işveren adına hareket eden, işin ve işyerinin yönetiminde görev alan işveren vekilleri, bu Kanunun uygulanması bakımından işveren sayılır. Dolayısıyla işçinin çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin başvurusunu, iş sağığı ve güvenliğı kuruluna, kurulun bulunmaması halinde ise işveren ya da işveren vekiline yapması mümkündür.

²⁷⁸ OĞUZ, 117.

²⁷⁹ İşK. m. 83'ün yürürlükte olduğu dönemde, işyerinde hem işveren hem de işveren vekili varsa, işçinin işverene gitmeyerek, doğrudan işveren vekiline başvurmasının mümkün olup olmadığı önem arz etmekteydi. Kanaatimizce bu durumda, işçinin seçimlik hakkı bulunmaktaydı. Zira İş Kanunu m. 83 açıkça, işçinin işveren veya işveren vekiline başvurabileceğini ifade etmişti. İşverenin olmaması halinde işveren vekilinin yetkili olacağından bahsetmemiştii.

Talebin işverenle birlikte işveren vekiline de yapılabilecek olması, işyerlerinde işverene ulaşılmasının her zaman mümkün olmadığı düşünüldüğünde pratik açıdan son derece yararlıdır. Çalışan, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun bulunmadığı işyerlerinde, işverene isterse de işveren vekiline başvurarak gereken önlemlerin alınmasını talep edebilir²⁸⁰.

Çalışanın talebi doğrultusunda karar verilmesi halinde çalışan tehlike devam ettiği sürece çalışmaktan kaçınır ve işverenin kararı da Kurul kararı gibi hüküm ve sonuç doğurur. İşverenin çalışanın istemi doğrultusunda verilen bir kararı uygulamaması halinde çalışanın yakın ve ciddi bir tehlike ile iç içe çalışmaktan ve iş sözleşmesini bildirimatsız feshetmekten başka bir imkanı olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. 89/391 sayılı Çerçeve Yönerge, bu soruları, yakın ve acil tehlike içinde olduğunu düşünen çalışana, tehlikeyi yetkili kişiye bildirerek çalışana çalışmama hakkını tanıyarak, işvereni de söz konusu tehlikenin risk değerlendirmesinde saptama, önlem alma ve hayati tehlike oluştuğunda çalışanların işyerinden güvenli bir biçimde uzaklaştırılmasını sağlamakla yükümlü tutarak çözmüştür²⁸¹. İş Kanununda (şimdi İSGK.'da) işçiye çalışmaya devam ya da sözleşmeyi fesihden başka bir imkan tanınmamışsa da, TBK. m. 408 çerçevesinde işçinin her zaman çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması mümkündür. Bu durumda çalışan çalışmaktan kaçınarak kendini garanti altına alır ve işverenin gerekli tedbirleri almak için harekete geçip geçmediğini izlemeye başlar. Ancak elbette bu seçeneğin kullanılması halinde, çalışan iş sağlığı ve güvenliği konusunda yapabileceği yanlış değerlendirmelerin hukuki sonuçlarına katlanır²⁸².

Diğer taraftan gerekli önlemleri almamış olan işverenin çalışanın sağlığını ve güvenliğini tehdit eden tehlikenin varlığını kabul etmesi, başka bir deyişle çalışanın

²⁸⁰ AKIN, III. Yılında İş Yasası, 364.

²⁸¹ PİYAL, İş Sağlığı ve Güvenliği, 278.

²⁸² SOYER, Yeni İş Kanunu, 36; SÜZEK, İş Hukuku, 884; aynı yazar İşçilerin Hakları, 617; aynı yazar, İş Güvenliği, 186-188; BAŞTERZİ, 196; BAYCIK, Maden İşçileri, 173; KILIÇ, 132; Ekmekçi aksi görüşte olmak üzere işverenin (ya da iş sağlığı ve güvenliği kurulunun) işçinin talebini kabul etmemesi halinde işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının bulunmadığını ifade etmiştir. EKMEKÇİ Ömer, 4857 sayılı İş Kanununda İzinler ve İş Sağlığı ve İş Güvenliğine İlişkin Hükümler, Yeni İş Yasası (Seminer Notları ve İş Kanunu), Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını, İstanbul 2003, 191, 202 (Yeni İş Yasası); aynı yazar, İşyeri Örgütlenmesi, 72-74.

talebini kabul etmesi, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna nazaran zordur. Dolayısıyla işyerinde 50'den fazla çalışanı bulunan işyerlerinde çalışanlara çalışmaktan kaçınma hakkını kullanma izinlerini, iş sağlığı ve güvenliği kurulu verdiği için bu işyerlerinde korumanın daha fazla, 50'den az işçi çalıştıran işyerlerinde ise daha az olduğunu söylemek yanlış olmaz. Söz konusu durum, İSGK. m. 13'te yapılacak bir değişiklikle düzeltilebilir. şöyle ki, çalışanın Kurul bulunmayan işyerlerinde işverene başvurabileceği yönündeki düzenleme yerine, çalışanın çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne başvurarak aynı gün konunun uzmanı bir iş müfettişinin görevlendirilmesinin sağlanması suretiyle işyerinde inceleme yapması sağlanabilir.

3. İşçinin Talebinin Kabulü

a. Ciddi ve yakın tehlikenin tespiti

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunundan nce, İş Kanunu mülga m. 83 yakın, acil ve hayati tehlike ile karşı karşıya olduğunu anlayan işçinin, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebileceğini, bu durumda Kurulun aynı gün acilen toplanarak kararını vereceğini ve durumu tutanakla tespit edeceğini, kararın işçiye yazılı olarak bildirileceğini düzenlemişti. İş sağlığı ve güvenliği kurulunun bulunmadığı işyerlerinde ise işveren veya işveren vekiline yapılan başvuruya, aynı şekilde yazılı olarak cevap verilmesi gerekmekteydi (İşK. mülga m. 83/1,II). Hükme göre, kendisini tehlike altında hisseden işçinin Kurula başvurması zerine Kurul o gün toplanıp kararını vereceğinden, Kurulun kararını vermesini beklemek gibi bir durum söz konusu olmayıp, işçi talepte bulunduğu gün Kurulun kararını öğrenirdi.

İş Kanununun n tasarısında ise iş sağlığı ve güvenliği kurulunun en geç altı iş günü içinde toplanacağı kabul edilmişti. İşçinin talebi ertesinde toplanacak olan kurulun altı günlük süresi olduğundan, Kurulun altıncı günde toplanıp karar vermesi halinde işçinin kurulun kararını verene kadar ne yapacağı, işe devam etmesinin gerekip gerekmediği

belirsizdi. Bu sebeple de Kurulun aynı gün acilen toplanarak karar vermesi, hükmün amacı olan yaşama hakkının korunması açısından son derece yerindeydi²⁸³.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu da çalışanların kurula, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebileceğini düzenlemesine karşın, Kurulun acilen toplanarak, işverenin ise derhâl kararını vererek durumu tutanakla tespit edeceğini düzenlemiştir (İSGK. m. 13/1). Bu noktada İSGK. m. 13'e göre kurulun acilen toplanması gerekmekte olup, İşK. mülga m. 83'deki kurulun "aynı gün" acilen toplanarak kararını vermesi gerekliliğinden vazgeçilmiştir. Aynı gün ibaresinin çıkarılmış olması yerinde olmamıştır. Zira hem acilen toplanma kavramı net değildir, hem de çalışanın hakkını elde etmesi önünde zaman kaybı yaratmaktadır. İşveren ise derhal kararını vermelidir (İSGK. m. 13/1). Derhal kararını verme aynı gün karar verme anlamına geldiğinden, işverenin derhal karar vermesi, Kurulun acilen toplanmasından daha erken olabilir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, İş Kanunu mülga m. 83'den farklı olarak kararın sadece çalışana değil, çalışanla birlikte çalışan temsilcisine de bildirileceğini kabul etmiştir (İSGK. m. 13/1)²⁸⁴. Kararın bildiriliş şekli konusunda ise İşK. ile İSGK. arasında bir fark yoktur. Kararın çalışana yazılı olarak bildirilmesi gerekmektedir.

b. İşverenin Kurul Kararına Uyma Yükümlülüğü

İşverenler, iş sağlığı ve güvenliği kurullarının mevzuata uygun olarak verilen kararlarını uygulamalıdır (İSGK. m. 22/I; İSGKHY. m. 4/4)²⁸⁵. Dolayısıyla işverenin iş sağlığı ve güvenliği kurul kararlarını uygulama yükümlülüğünün bulunması, kararın mevzuata uygun olması koşuluna bağlanmıştır. İş sağlığı ve güvenliği kurulları, yapacakları

²⁸³ EKMEKÇİ, İşyeri Örgütlenmesi, 73'de dn. 48; SERATLI, İş Sağlığı ve Güvenliği, 229; OĞUZ, 143.

²⁸⁴ Hukukumuzda İSGK. m. 20 ile giren çalışan temsilcisi, tehlike kaynağının yok edilmesi veya tehlikeden kaynaklanan riskin azaltılması için, işverene öneride bulunma ve işverenden gerekli tedbirlerin alınmasını isteme hakkına sahiptir (İSGK. m. 20/3). Görevlerini yürütmeleri nedeniyle, çalışan temsilcilerinin hakları kısıtlanamayacak ve görevlerini yerine getirebilmeleri için işveren tarafından gerekli imkânlar sağlanacaktır (İSGK. m. 20/4).

²⁸⁵ Bu hüküm İSGK'dan önce de aynı şekildeydi (İşK. m. 80/II, İSGKHY. m. 10/son).

tekliflerde, bulunacakları tavsiyelerde ve verecekleri kararlarda işyerinin durumunu ve işverenin olanaklarını gözönünde bulundurmalıdır (İSGKHY m. 11/I). Mevzuat hükümlerinde temelini bulmayan, işyerinin durumuna ve işverenin olanaklarına uygun olmayan şekilde Kurul kararlarına işverenin uyması gerekmez²⁸⁶.

Her ne kadar işverenler iş sağlığı ve güvenliği kurulunun mevzuata uygun olarak verdiği kararları uygulamakla yükümlüyse de (İSGK m. 22/I), Kurulun işçinin talebi yönünde karar vermesine rağmen, işverenin işçinin bu kararı uygulamasına karşı çıkarak, işçiden işe devam etmesini talep etmesi mümkündür. Bu halde çalışanın yakın ve ciddi tehlike ile iç içe çalışmaya devam etmekten ya da iş sözleşmesini feshetmekten başka bir imkanı olup olmadığı üzerinde durulmalıdır.

İşverenin Kurul kararlarına uymaması halinde, işveren işçiye karşı sözleşmesel sorumluluk esaslarına göre sorumludur. Zira Kurul kararları işverenin işçiyi gözetme borcunu somutlaştırır. Örneğin Kurul tarafından alınması uygun görülen bir iş güvenliği tedbiri alınmadığı ve bu nedenle bir iş kazası olduğu takdirde işveren ihmal nedeniyle kusurlu sayılarak hem SSK'ya (şimdi SGK'ya) hem de işçiye karşı sorumlu olur²⁸⁷.

İş Kanunu mülga m. 83/5'e göre, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun kararına ve işçinin talebine rağmen gerekli tedbirin alınmadığı işyerlerinde işçilerin altı işgünü içinde, bu Kanununun 24. maddesinin (I) numaralı bendine uygun olarak belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmelerini derhal feshetmeleri mümkündür. Ancak bu durumda, sözleşmeyi haklı da olsa kendisi fesheden işçi, ihbar tazminatı alamadığı gibi, bu çözüm sözleşmenin feshini doğurduğundan işçi işsiz kalmakta, bu sonuç işçinin aleyhine olmaktadır.

²⁸⁶ EKMEKÇİ, İşyeri Örgütlenmesi, 166.

²⁸⁷ İşverenin hukuki sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SÜZEK, İş Güvenliği, 192 vd.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa göre ise iş sözleşmesiyle çalışanlar, talep etmelerine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı durumlarda, tabi oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmelerini feshedebilir (İSGK. m. 13).

İş Kanunu mülga m. 83, işçiye m. 24/I çerçevesinde haklı nedenle iş sözleşmesini fesih yetkisi vermektedir. Ancak bu hak, işçinin talebi neticesinde iş sağlığı ve güvenliği kurulunun kararına rağmen işverenin gerekli tedbirleri almamasına bağlıydı. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ise kurul kararı gerekmeksizin, çalışanın talep etmesi üzerine gerekli önlemlerin alınmaması şartıyla, çalışana iş sözleşmesini fesih hakkı tanımış, feshin özel bir maddeye dayandırılmasını gerekli görmemiştir²⁸⁸.

İş Kanunu mülga m. 105/c, iş sağlığı ve güvenliği kurullarının kurulması ve çalıştırılması ile ilgili hükümlere aykırı davranan; iş sağlığı ve güvenliği kurullarınca alınan kararları uygulamayan işveren veya işveren vekiline idari para cezası verileceğini düzenlemiştir²⁸⁹. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda da durum değişmemiştir (İSGK. m. 26/I, i). Ancak işvereni bu yönde davranmaktan caydırma etkisi dışında işçi açısından pratik bir yararı olmayan idari para cezası, işçinin hakkını korumak için yeterli değildir. Bu sebeple İSGK m. 13/4 hükmünün yeniden düzenlenerek, işçinin talebine rağmen gerekli tedbirin makul bir süre içinde alınmadığı durumlarda, işçinin sözleşmeyi haklı nedenle feshedebileceğinin kabul edilmesi ve söz konusu özel duruma ek bir tazminat bağlanması daha uygun olacaktır. Ayrıca işçiye ödenecek ek tazminatın belirlenmesinde işçinin iş güvencesi kapsamında bulunup bulunmadığı önem arz etmeksizin İşK. m. 17/V hükmü kıyasen uygulanmalı, başka bir deyişle işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenmesi yönünde hüküm kurulmalıdır.

²⁸⁸ Bu konu 2. Bölüm, §8'de ayrıntılı olarak işleneceğinden burada detaya girilmemiştir.

²⁸⁹ Bu konu 4. Bölüm, §12, IV, 3, i'de ayrıntılı olarak işleneceğinden burada detaya girilmemiştir.

4. Tehlikenin devam etmesi

İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkının varlığı için gerekli olan diğer şart tehlikenin devam etmesidir²⁹⁰.

Kurul veya işverenin çalışanın talebi yönünde karar vermesi hâlinde çalışan, gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir (İSGK. m. 13/2). Hükümün temelinde, işçinin işgörme borcunun ifasının, sadece bu borcun kendinden daha kuvvetli bir hakkın varlığı ile karşı karşıya gelmesi halinde sekteye uğrayabileceği bulunur. Bu sekteye uğrayış, daha kuvvetli olan hakkın mevcudiyeti çerçevesinde yaşar. Tehlikenin ortadan kalkması halinde ise daha kuvvetli olan hak ortadan kalkacağından, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması mümkün değildir.

Her ne kadar hüküm, işçinin gerekli iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabileceği şeklinde düzenlenmişse de, bu ifade iş sağlığı ve güvenliği önlemi alınmamakla birlikte, tehlike devam ettiği müddetçe işçinin çalışmaktan kaçınabileceği şeklinde anlaşılmalıdır. İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabileceğine dair Kurul ya da işveren kararının akabinde, işverenin tehlikenin ortadan kalkması için gerekli önlemleri alması durumunda, işçinin çalışmaya başlaması gerekir²⁹¹. Bu noktada işverenin “gereken önlemleri” alması ile kastedilen, tehlikeyi ortadan kaldıran tedbirler olup, önlem alınsa da tehlikenin devam etmesi durumunda gereken önlemin alındığından bahsedilemez. Buna karşın önlem alınmamasına rağmen tehlikenin ortadan kalkması mümkündür. Bu durumda işçinin iş sağlığı ve güvenliği önlemi alınmadığı gerekçesiyle çalışmaktan kaçınmaya devam etmesi, TMK. m. 2/1'e

²⁹⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU, Red Hakkı, 11.

²⁹¹ SÜZEK, İşçilerin Hakları, 616; aynı yazar İş Hukuku, 883.

göre işçinin hakkını kötüye kullanması anlamına gelir²⁹². Hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımını ise işverenin sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilmesidir²⁹³.

İşverenin tehlikenin ortadan kalkması için aldığı önlemler neticesinde tehlikenin tamamen değil, kısmen ortadan kalkması halinde, tehlikenin son hali incelenmelidir. Tehlikenin Kanunda belirtilen unsurlarından biri ortadan kalkmışsa, işçinin çalışmamaya devam etmesi sadakat borcuna aykırılık olarak nitelendirilebilir. Ancak burada somut olayın özellikleri önem taşıyacak olup, sorun iyiniyet kuralları çerçevesinde çözümlenmelidir²⁹⁴.

Diğer taraftan “gerekli önlemler alınıncaya kadar” olmak koşuluyla, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkında süre sınırlaması bulunmamaktadır. Elbette burada sözleşmenin devamı mutlak sınır olarak karşımıza çıkar. İş sözleşmesi sona erdiği takdirde işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı da sona erer. Bu noktada sözleşmenin niteliği önem arz etmemekte olup, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması belirli süreli iş sözleşmesinin süresini artırmaz²⁹⁵.

Tehlike devam ettiği sürece bir hak olarak karşımıza çıkan çalışmaktan kaçınma hakkı, yaşama ve beden bütünlüğüne ilişkin bir hak olduğundan, hak kullanılmaya başladıktan sonra ve tehlike devam ettiği sürece, işçinin bu hakkın kullanımından feragat etmesi ve tehlike devam ettiği halde işe dönmesi mümkün değildir²⁹⁶. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13/I, çalışan “gerekli tedbirler alınıncaya kadar” çalışmaktan kaçınabilir şeklindedir. Hükmün mefhumu muhalifinden gerekli tedbirler alındığı takdirde işçinin çalışmak zorunda olduğu anlaşılmaktadır.

²⁹² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 1222; aynı yazar, Red Hakkı makalesinde tehlikenin sona ermesine rağmen bunu bilen işçinin işi reddetmeye devam etmesinin kusur oluşturacağını ifade etmiştir, Red Hakkı, 11; TOPUZ, 480.

²⁹³ SUR, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, 412-413; AYDINLI, Kaçınma Hakkı, 20; bu konu 3. Bölüm, §11’de incelenmiş olduğundan burada ayrıntıya girilmemiştir.

²⁹⁴ GÖKTAŞ, Kaçınma Hakkı, 225.

²⁹⁵ GÖKTAŞ, Kaçınma Hakkı, 227.

²⁹⁶ ENGİN, Kaçınma Hakkı, 92.

5. İşin durdurulmamış olması²⁹⁷

İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmasının bir diğer koşulu İSGK'nın 25. maddesine göre işyerinde işin durdurulmamış olmasıdır (İSGK. m. 13/5). İSGK'dan önce, İşK. mülga m. 83/son, işin durdurulmamış olması kadar işyerinin kapatılmamış olmasını da bir koşul olarak getirmişti²⁹⁸. Dolayısıyla İşK. mülga m. 79'a göre bir işyeri kapatıldığında veya işyerinde yürütülen iş durdurulduğunda işçiler buna dayanarak çalışmaktan kaçınma hakkını kullanamayacaktı. İşK. mülga m. 79/son hükmü gereği, makine, tertibat veya işin durdurulması veya işyerinin kapatılması sebebiyle işsiz kalan işçilere işveren ücretlerini ödemeye veya ücretlerinde bir düşüklük olmamak üzere meslek veya durumlarına göre farklı bir iş vermeye mecburdu. Başka bir deyişle işin durdurulması veya işyerinin kapatılması halinde, bu işçiler çalıştırılmamalarına rağmen ücretleri ödenmeye devam edeceği veya ücretlerinde bir düşüklük olmamak üzere işçilere başka bir iş verileceğinden hem ücret yönünden hem de iş sağlığı ve güvenliği açısından koruma altına alınmışlardı. Bu sebeple işi durdurulmuş veya işyeri kapatılmış işçiler için çalışmaktan kaçınma hakkı söz konusu değildi²⁹⁹. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda da durum değişmemiştir. İşveren, işin durdurulması sebebiyle işsiz kalan çalışanlara ücretlerini ödemekle veya ücretlerinde bir düşüklük olmamak üzere meslek veya durumlarına göre başka bir iş vermekle yükümlüdür (İSGK. m. 25/6). Burada farklı olan husus, İSGK. m. 13/5'de işyerinin kapatılması halinde çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmayacağına hükme alınmamış olmasıdır. Ancak bu durumun bir eksiklik yarattığı söylenemez. Zira işyerinin kapatılması halinde, işçilerin çalışması mümkün olmadığından, herhangi bir tehlikeye maruz kalmaları, bu sebeple de çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmaları da söz konusu olmaz.

²⁹⁷ Bu konu 4. Bölüm, §12, II'de ayrıntılı olarak anlatılacağından burada kısaca durum açıklanmış olup, tekrardan kaçınılmıştır.

²⁹⁸ AYDINLI, Kaçınma Hakkı, 20; GÖKTAŞ, Kaçınma Hakkı, 226; TOPUZ, 484; karşı görüşe göre ise işyerinin kapatılması veya işin durdurulması, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmasına ilişkin bir koşul değildir. Zira, bu durumda işçinin iş görme borcu olmadığından, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması gündeme gelmeyecektir, BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU Yeliz, 28'de dn. 43.

²⁹⁹ AKYİĞİT, Şerh II, 2108; AYDINLI, Kaçınma Hakkı, 21.

V. İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkına Yönelik Başvurusunun Reddi

1. Genel olarak

Ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar kurula, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir. Kurul acilen toplanarak, işveren ise derhâl kararını verir ve durumu tutanakla tespit eder (İSGK. m. 13/I) Bu noktada Kurulun (ya da işverenin) işçinin başvurusunu reddetmesi mümkün olduğu gibi, acilen toplanmaması, toplansa dahi kararını açıklamaması halinde, istisnai durumlar saklı kalmak kaydıyla³⁰⁰, iş sağlığı ve güvenliği kurulu ya da işverenin talebin reddine karar verdiğinin anlaşılması gerekir. Zira Kanun hükmü açık olup, aksi durumlar için özel bir düzenleme bulunmamaktadır. İşçinin yakın ve ciddi tehlikenin bulunduğuna yönelik başvurusuna rağmen kurul ya da işverenin red cevabı karşısında, işçinin tehlikeye rağmen çalışmaya devam etmesi dışında, TBK m. 408 (818 sK. m. 325) çerçevesinde çalışmaktan kaçınması ya da Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne başvurması mümkündür.

İş sağlığı ve güvenliği kurulunun, aksi yönde karar vermesinin olağan şartlarda “beklenmemesi”, bunun olmayacağı anlamına gelmez. Özellikle küçük işletmelerde acil ve yaşamsal (şimdi yakın ve ciddi) tehlike bulursa dahi işverenin işçinin talebi doğrultusunda karar almaması mümkündür³⁰¹. Çalışmaktan kaçınma hakkının koşullarının oluşup oluşmadığının tespitinin işçinin teknik bilgisinin yetersiz olacağı gerekçesiyle iş sağlığı ve güvenliği kuruluna ya da işverene bırakılması yerinde ise de, Kurulun aksi yönde karar vermesi halinde çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçinin bir üst merciye itiraz hakkı olmalıdır. Oysa mevzuatımızda iş sağlığı ve güvenliği kurulunun kararına işveren, işçi ya da bir başkasının itiraz etme imkanı yoktur. Buna karşın işin durdurulması kararı söz konusu olduğunda, itiraz kararın uygulanmasını durdurmasa da, komisyon kararına karşı altı iş günü içinde yerel iş mahkemesine itiraz etme imkanı vardır (İSGK. m. 25/4).

³⁰⁰ İş sağlığı ve güvenliği kurulunun başvurusunun yapıldığı gün toplanamamasına ya da kararını açıklayamamasına ilişkin makul haklı sebeplerin varlığı bundan ayrı tutulmalıdır.

³⁰¹ ENGİN, Kaçınma Hakkı, 91.

2. İşçinin TBK. m. 408 (818 sK. m. 325) çerçevesinde çalışmaktan kaçınması

İş Kanununun mülga 83. maddesinin yürürlükte olduğu dönem gibi İSGK'nın yürürlükte olduğu bugün de işçinin talebi üzerine iş sağlığı ve güvenliği kurulunun veya kurul bulunmayan yerlerde işverenin işçiye yazılı olarak cevap vermesi gerekmektedir. Ancak buna aykırılık halinde herhangi bir hukuki veya cezai yaptırım düzenlenmemiştir. Bu sebeple İş Kanunu döneminde yapılan yorumlar, bugün için de geçerli olacağından, aşağıda İSGK'dan önce yapılan yorumlara aynen yer verilmiştir.

İşçinin talebi ertesinde toplanan Kurul ya da işveren veya işveren vekilinin kararını vermekte gecikmesi yahut Kurulun toplanmaması, başka bir deyişle karar verilmemesi veya talep aleyhinde karar verilmesi halinde, riski işçiye ait olmak üzere, işçinin çalışmaktan kaçınması mümkündür. Bu durumda işçi İşK. mülga m. 83'de (şimdi İSGK. m. 13'de) düzenlenmiş olan çalışmaktan kaçınma hakkını temel alarak değil, genel hükümlerde yer alan ve alacaklı (işveren) temerrüdünü düzenleyen TBK. m. 408 (818 sK. m. 325) hükmünden yararlanarak çalışmaktan kaçınabilir. Zira, İşK. mülga m. 83 (şimdi İSGK. m. 13) hükmü, genel hükümlerde yer alan işveren (alacaklı) temerrüdü hükümlerinin uygulanma imkanını ortadan kaldırmamaktadır³⁰². Elbette işçinin bu hakkını kullanması da TBK. m. 408'deki (818 s K. m. 325) koşulların varlığı halinde mümkündür. İşverenin kabulde temerrüde düşmesi, işçinin işe hazır beklemesine rağmen işverenin güvenli bir ortam sağlayamamasına bağlıdır. Dolayısıyla, çalışmaktan kaçınacak işçi, kural olarak işyerine gelip işe hazır beklemelidir. Ancak çalışmaktan kaçınmaya neden olan durum, işçinin salt işyerinde bulunması halinde dahi tehlike yaratmaktaysa işçinin işyerinde fiilen bulunması gerekmez³⁰³. Bu sebeple iş sağlığı ve güvenliği açısından işverenin işyerinde uygun çalışma ortamı yaratmaması sebebiyle, İşK. mülga m. 83 (şimdi İSGK. m. 13'de) hükmünü gözetmeksizin çalışmaktan kaçınması halinde, bu hakkını TBK m. 408 çerçevesinde kullandığı kabul edilmektedir.

³⁰² SOYER, Yeni İş Kanunu, 36; SÜZEK, İş Hukuku, 884; aynı yazar İşçilerin Hakları, 617; aynı yazar, İş Güvenliği, 186-188; BAŞTERZİ, 196; ODAMAN, Hak ve Yükümlülükler, 885; BAYCIK, Maden İşçileri, 173; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, 32; KILIÇ, 132; aksi görüşte, EKMEKÇİ, Yeni İş Yasası, 191, 202; aynı yazar, İşyeri Örgütlenmesi, 72-74.

³⁰³ GÖKTAŞ, Kaçınma Hakkı, 228-229.

İşçinin TBK. m. 408 hükmüne dayanarak çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması halinde, İşK. mülga m. 83'den (şimdi İSGK. m. 13'den) farklı bir durum ortaya çıkmaktadır. Bu halde işçi, işyerindeki iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin işe devamı olanaksız kılacak derecede yetersiz olduğunu ispatlamak zorunda kalarak işyerindeki iş sağlığı ve güvenliği konusunda yapabileceği yanlış değerlendirmelerin riskini üzerine alır ve bunun sonuçlarına katlanır. Teknik nitelik taşıyan iş güvenliği önlemleri söz konusu olduğunda yanılma ihtimali artacağından, işçinin İşK. mülga m. 83 (şimdi İSGK. m. 13) çerçevesinde çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması daha güvenli bir yoldur³⁰⁴. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, işçinin İşK. mülga m. 83 (şimdi İSGK. m. 13) çerçevesinde çalışmaktan kaçınma hakkını kullanamaması durumunda elinde olan imkan TBK. m. 408'dir.

İşverenin temerrüdünü düzenleyen TBK. m. 408 hükmünde de, İşK. mülga m. 83'de (şimdi İSGK. m. 13'de) olduğu gibi işçi çalışmaktan kaçındığı süre boyunca taahhüt ettiği işi yapmaya mecbur olmaksızın mukaveledeki ücreti isteyebilir³⁰⁵. İşverenin temerrüde düşmesi ve TBK. m. 408 uyarınca çalışmaktan kaçınması durumunda yapılacak ödemenin niteliği ücret olup, tazminat olmadığından, işçi işin reddi yüzünden zarar gördüğünü ispatlamakla yükümlü değildir. Bu alacak, ücretler için kanunların kabul ettiği güvence ve ayrıcalıklardan da yararlanır³⁰⁶.

Diğer taraftan kararı işveren veya vekilinin verecek olması sebebiyle işçinin İşK. m. 83'e (şimdi İSGK. m. 13'e) dayalı talebinin olumsuz yanıtlanma olasılığı yüksektir. Bu sebeple, yaptığı tespitin yanlış olması durumunda sözleşmesinin feshedilebileceğini göze alarak çalışmaktan kaçınan işçiye alacaklı temerrüdü hükümlerine dayanarak

³⁰⁴ SÜZEK, İşçilerin Hakları, 617; EKMEKÇİ, İşyeri Örgütlenmesi, 73; ODAMAN, Hak ve Yükümlülükler, 885; KILIÇ, 132-133.

³⁰⁵ REİSOĞLU, 209; ULUSAN, 43; EKONOMİ, İHU; EYRENCİ, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 304; SÜZEK, İş Güvenliği, 186; aynı yazar, Askı, 80; SOYER, İş Görme, 166; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 1222; aynı yazar, Red Hakkı, 4 vd; SUR, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, 405; ENGİN, Kaçınma Hakkı, 87; AKIN, Maddi Tazminat, 62; SERATLI, İş Sağlığı ve Güvenliği, 209.

³⁰⁶ SÜZEK, İş Güvenliği, 187.

çalışmaktan kaçınma hakkının tanınması hem haklıdır hem de yasanın amacına uygundur³⁰⁷.

3. İşçinin Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü başvurması

İşçinin İSGK. m. 13 çerçevesinde iş sağlığı ve güvenliği kuruluna, kurulun bulunmaması halinde ise işverene başvurusu neticesinde kurulun veya işveren ya da işveren vekilinin işçinin talebine cevap vermemesi veya talebi yönünde karar vermemesi halinde, işçinin İSGK.'ya göre çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması mümkün değildir. Ancak bu durumda işçi, TBK. m. 408 hükmüne dayanarak çalışmaktan kaçınabileceği gibi³⁰⁸, Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü vasıtasıyla İş Teftiş Kuruluna başvurarak iş müfettişlerince işyerinde talebinin değerlendirilmesini isteyebilir³⁰⁹. Müfettişin işçinin talebi yönünde karar vermesi halinde tedbirler alınıncaya kadar işçi çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir³¹⁰. İş müfettişlerinin herhangi bir denetim sırasında işyerinde işçiler için kanunun belirlediği şartlarda bir tehlikenin varlığını tespit etmeleri halinde de, durumu öğrenen işçiler çalışmaktan kaçınabilir³¹¹.

Çalışma hayatını izleme, denetleme ve teftişe yetkili iş müfettişleri ile işçi şikayetlerini incelemekle görevli bölge müdürlüğü memurları tarafından tutulan tutanaklar, aksi kanıtlanıncaya kadar geçerlidir (İŞK. m. 92/son). Söz konusu hüküm karşısında, denetime gelen iş müfettişinin işçiler için işyerinde ciddi ve yakın bir tehlikenin varlığını tespit etmesine rağmen, İSGK. m. 13 gereğince işçinin iş sağlığı ve güvenliği kuruluna ya da kurulun olmadığı yerlerde işverene başvurusu neticesinde aksi yönde karar verilmiş olması halinde işçinin ve iş müfettişinin ne yapabileceği üzerinde durulmalıdır. Böyle bir durumda işçinin TBK. m. 408 (818 sK. m. 325) çerçevesinde mi yoksa İSGK. m. 13 çerçevesinde mi çalışmaktan kaçınabileceği önem arz etmektedir. İş

³⁰⁷ BAŞTERZİ, 197; karşı. EKMEKÇİ, Yeni İş Yasası, 191, 202; aynı yazar, İşyeri Örgütlenmesi, 72-74.

³⁰⁸ Bu konu için bkz. 2. Bölüm, §6, V, 2.

³⁰⁹ DEMİR, Sorularla İş Hukuku, 238.

³¹⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 1212; DEMİR, Sorularla İş Hukuku, 238; AYDINLI, Kaçınma Hakkı, 19; ERGİN H., 161.

³¹¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 1212; AYDINLI, Kaçınma Hakkı, 19; ERGİN H., 161.

Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13'ün açık hükmü karşısında yakın ve ciddi tehlikeyi tespit edecek merci, iş sağlığı ve güvenliği kurulu, kurul yoksa işverendir. Bu mercilerin kararı olmaksızın işçinin İSGK. m. 13 çerçevesinde çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması mümkün değildir. Dolayısıyla böyle bir durumda işçi ancak TBK. m. 408 (818 sK. m. 325) çerçevesinde çalışmaktan kaçınabilir.

İş müfettişi işyerinde ciddi ve yakın bir tehlikenin varlığını tespit ettiğinde, bu tehlikenin hayati olduğu kanaatinde ise müfettişin işin durdurulması prosedürünü işletmesi gerekmektedir³¹². İş müfettişinin işin durdurulması yönündeki idari tedbir raporu üzerine heyet işyerinde işin durdurulması kararını verirse, işçinin İSGK. m. 13/5 gereği çalışmaktan kaçınması mümkün olmaz. Ancak işyerinde iş durdurulduğundan işçi için tehlike arz eden durum ortadan kalkar. Zira işçi işyerinde çalışmamaktadır. İş müfettişinin işyerinde işin durdurulması yönünde görüş bildirmesine rağmen, işin durdurulması gerekip gerekmediği kararını vermek için görevlendirilmiş olan heyetin müfettişin aksi yönünde karar vermesi durumunda ise iş durdurulmaz ve iş müfettişinin bu karara itiraz hakkı yoktur³¹³. Bu durumda işçi riski kendisine ait olmak üzere TBK. m. 408 çerçevesinde çalışmaktan kaçınabilir.

Diğer taraftan bir başka durum, iş müfettişinin yakın ve ciddi tehlikenin varlığını tespit etmesine rağmen bunun hayati olmadığı kanaati ile işin durdurulması prosedürünü işletmeye başlamamış olmasıdır. İş müfettişinin işyerinde yakın ve ciddi bir tehlikenin varlığı yönündeki kararına rağmen, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmak için başvuruda bulunması üzerine iş sağlığı ve güvenliği kurulu ya da işverenin yakın ve ciddi tehlikenin olmadığı kararı vermesi halinde, İşK. m. 92 çerçevesinde iş müfettişi raporlarının aksi kanıtlanıncaya kadar geçerli olması sebebiyle, Kurul ya da işveren kararının iş müfettişi raporlarının aksinin kanıtlanması anlamına gelip gelmediği tespit edilmelidir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararına göre, iş müfettişleri tarafından tutulan tutanaklar aksi kanıtlanıncaya kadar geçerlidir. Diğer bir anlatımla;

³¹² İşin durdurulması prosedürü hakkında bilgi için bkz. 4. Bölüm, §12, 4.

³¹³ Bu konuda değerlendirme için bkz. 4. Bölüm, §12, 4.

yetkili kişilerce düzenlenen ve tarafların ihtirazi kayıt koymaksızın imzaladığı tutanaklar aksi kanıtlanıncaya kadar geçerli olup, aksi ancak yazılı delille kanıtlanabilir³¹⁴. Dolayısıyla iş müfettişinin işyerinde yakın ve ciddi bir tehlikenin bulunduğu yönündeki kararı, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun ya da işveren veya vekilinin aksi yönde bir kararı ile geçerliliğini yitirir. Zira bu kararlar İSGK. m. 13 gereği yazılı olduğu gibi kanun hükmü ile yetkili kılınan kişiler tarafından verilmektedir. Kanaatimizce işçinin bu durumda da riski kendinde olmak üzere, TBK. m. 408 gereği çalışmaktan kaçınması mümkündür. Uyuşmazlık halinde, mahkemenin iş müfettişinin işyerinde yakın ve ciddi bir tehlikenin varlığı yönündeki raporunu dikkate alması, mahkemece işyerinde yakın ve ciddi bir tehlikenin olmadığı kabul edilse dahi, işçinin korunması gerekmektedir.

VI. İşçinin Kendi Kararı İle Çalışmaktan Kaçınma Hakkını Kullanması

1. İş Kanunu mülga m. 83 döneminde

İş Kanunu mülga m. 83 çerçevesinde iş sağlığı ve vücut bütünlüğünün tehlikede olduğunu düşünen işçinin tek başına karar vererek çalışmaktan kaçınması mümkün değildi. Kanun koyucu tehlikenin niteliğine ilişkin sınırlamalar getirmiş ve bu koşulların varlığı halinde kararın iş sağlığı ve güvenliği kurulu, işyerinde kurulun bulunmaması halinde işveren veya işveren vekili tarafından alınabileceğini belirlemiştir. Buna karşın olması gereken hukuk bakımından bu kararı kimin vermesi gerektiği konusunda öğretilerde farklı görüşler bulunmaktaydı.

İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkının kendi kararına bırakılmasının daha yerinde olduğu yönündeki görüşe göre, kararın işçiye bırakılması halinde subjektif takdir keyfilik olarak nitelendirilmemelidir. İşçi çalışmaktan kaçınma hakkını kullanıp kullanmayacağına kendisi karar verir; ancak mevcut çalışma şartlarının objektif olarak işçinin çalışmaktan kaçınmasını gerektirecek bir tehlike oluşturup oluşturmadığının takdiri hakime aittir. Başka bir deyişle, bu görüşe göre çalışmaktan kaçınma hakkını kullanıp kullanmayacağını o anda işçi takdir eder. Ancak bu subjektif takdirin gerçeğe

³¹⁴ YHGK. E. 2009/9-2, K. 2009/48, 04.02.2009, www.hukukturk.com, 09.04.2013.

uygunluğu ihtilaf halinde hakim tarafından dava sırasında çözülür. Hakim, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmasının kötünietli olup olmadığına bakar, tehlikenin yakın, acil ve hayati olmadığı hakim tarafından anlaşılrsa bile, çalışma ortamının işçide böylesi bir tehlikeyle karşı karşıya kaldığı kanaatini uyandıracak nitelikte olması ve işçinin bu kanıya varmasının makul kabul edilebilmesi halinde, çalışmaktan kaçınma hakkının kötünietli kullanıldığından bahsedilemez. Hakim çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımında kötünietli ölçerken işçinin somut çalışma ortamı yanında tecrübe, mesleki nitelik, kıdem, yaş ve sağlık gibi özelliklerini de dikkate alır³¹⁵.

Katıldığımız ve aksi yöndeki görüşe göre ise çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin koşulların oluşup oluşmadığının değerlendirilmesinin işçinin takdirine bırakılmayıp, Kurulun bu yönde karar vermesi şartına bağlı olmasının işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmasını güçleştirdiği yorumu yapılabilir. Ancak yasanın gerekçesinde de ortaya konulduğu gibi, “konunun teknik özellikler taşıması nedeniyle işçilerin buna karar” vermeleri zordur³¹⁶. İşK. mülga m. 83 hükmü ile çalışmaktan kaçınma hakkı kanunla düzenlenmeden evvel de işyerindeki iş güvenliği önlemlerinin kurallara uygun olup olmadığının tespiti işçi ya da işverenin kişisel değerlendirmesine bırakılmamaktaydı, uyuşmazlık halinde mahkemece durumun araştırılması, varılacak sonuca göre karar verilmelmekteydi³¹⁷. Bu yönde olmak üzere öğretilde işçiye subjektif değerlendirmeye açık bir hususta geniş ve önu açık bir kaçınma hakkı vermenin hakkın kötüye kullanımına ve işverene karşı sadakat borcuna aykırı davranılmasına neden olabileceği ifade edilmişti³¹⁸. Yargıtayın da kararlarında bu yönde hüküm kurduğu görülmekteydi³¹⁹. Bu kararı verecek olan iş sağlığı ve güvenliği kurulunun işyeri

³¹⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU, Red Haki, 10-11.

³¹⁶ SÜZEK, İşçilerin Hakları, 615-616; aynı yazar, İş Hukuku, 882; AKTAY A. Nizamettin /ARICI Kadir /KAPLAN-SENYEN Emine Tuncay, İş Hukuku, 5. bası, Ankara 2012, 134; SUR, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, 410; EKMEKÇİ, İşyeri Örgütlenmesi, 73; aynı yazar, Yeni İş Yasası, 191; aynı yönde olmak üzere ENGİN, Kurul veya işveren vekilinin kararının hakkın doğumu bakımından kurucu nitelikte olduğu kanaatindedir, ENGİN, Kaçınma Hakkı, 91; GÖKTAŞ, Kaçınma Hakkı, 224.

³¹⁷ SÜZEK Saper, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989, 81, dn.100 (Askı).

³¹⁸ GÖKTAŞ, Kaçınma Hakkı, 224.

³¹⁹ Y9HD, 28.04.1981, E. 1981/3254, K. 1981/5920, İHU, İşK. m. 14, No.24; Y9HD, 15.11.1965, E. 8477, K. 9181, ÇENBERCİ, 1978, 435, dn. 41.

hekim, iş güvenliği uzmanı, sendika temsilcisi, sağlık ve güvenlik işçi temsilcisi ile ustabaşından oluşması sebebiyle Kurulun aksi yönde karar vermesi olağan şartlarda beklenmez³²⁰.

Bu noktada kural olarak yaşamsal bir tehlikeden kaçınmak için kurul kararını beklemek ve çalışana çalışmama hakkı tanımamak, iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurma zorunluluğunun sanayiden sayılan ve devamlı olarak elli ve daha çok işçi çalıştıran işyerleriyle sınırlı olduğu, kurul üyesi olan işyeri hekiminin ve iş güvenliği uzmanının birçok işyerinde ayda 1-5 gün çalıştığı ülkemizde, hem bilimsel hem de uygulama açısından çalışanın yaşamını önemsememek anlamına geldiği gerekçeleriyle eleştirilmekteyse de³²¹, kanaatimizce Kurulun varlığı halinde acilen toplanacağı yönündeki açık hüküm sebebiyle bu eleştiriye katılmamız mümkün değildi.

2. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Döneminde

a. Tehlikenin yakın ve ciddi olması halinde

İş Kanunu mülga m. 83'ün yürürlükte olduğu dönem gibi İSGK. m. 13'ün yürürlükte olduğu bugün de işçinin kural olarak çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi için Kurul veya işverenin kararı gerekmektedir. Başka bir deyişle İSGK. m. 13, çalışana çalışmaktan kaçınma hakkı tanımıştır. Ancak bu hakkın kullanılma imkanını, çalışanın kendini yakın ve ciddi tehlikede bulunmasına ve durumun tespiti ile gerekli tedbirlerin alınması için Kurul ya da işverene başvurmasına bağlamıştır. Aksi halde çalışanın İSGK. m.13'ün korumasından yararlanması mümkün olmayacak, bu hareketinin sonuçlarına katlanması gerekecektir.

Çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin koşulların oluşup oluşmadığının değerlendirilmesinin çalışanın takdirine bırakılmayıp, Kurulun veya işverenin bu yönde karar vermesi şartına bağlı olması yerindedir. Zira 4857 sK. m. 83'ün gerekçesinde de

³²⁰ SÜZEK, İşçilerin Hakları, 616; aynı yazar, İş Hukuku, 882-883.

³²¹ PİYAL, İş Sağlığı ve Güvenliği, 278.

belirtildiği gibi, konu teknik özellikler taşıdığından çalışanların tehlikenin yakın ve ciddi olduğuna karar vermeleri kolay değildir.

b. Yakın ve ciddi tehlikenin önlenemez olması halinde

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, çalışanlara belirli koşulların varlığı halinde, kurula ya da kurulun bulunmadığı işyerlerinde işverene başvurmak zorunda olmaksızın çalışmaktan kaçınma hakkı tanımıştır. Buna göre yakın ve ciddi tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda çalışanların kendi kararları ile işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gitmeleri mümkündür (m. 13/3, c. 1). Dolayısıyla işyerindeki tehlikenin yakın, ciddi ve önlenemez olduğunu düşünen işçi kurula ya da işverene başvurmadan çalışmaktan kaçınabilecek, tehlikenin niteliğine ilişkin değerlendirmeyi kendisi yapacaktır³²².

Önlenemez tehlikenin tanımı ne İSGK’da ne de bu Kanunun gerekçesinde yapılmıştır. Ancak hükme ilişkin maddenin gerekçesinde, “Avrupa Birliğinin 89/391 sayılı Yönergesine paralel olarak ciddi ve yakın bir tehlikenin (çalışanın bilgi ve tecrübesi dahilinde) önlenemez olduğu kanaati oluştuğunda birinci fıkradaki kurala bağlı kalmaksızın tehlikeli bölgeyi terk edebileceğine yer verilmiştir” şeklinde bir açıklama bulunmaktadır. Bu demektir ki, tehlikenin önlenemez oluşu çalışanın bilgi ve tecrübesi çerçevesinde tespit edilecektir. Ancak tehlikenin önlenemez olup olmadığının uyuşmazlık konusu olması ve yargılama neticesinde böyle bir durumun bulunmadığının tespit edilmesi halinde, çalışanlar Kanundaki koşullar mevcut değilken çalışmaktan kaçınmışsa, öğretilen bir görüşe göre işyerine devamsızlık yapmış sayılacaklar ve koşulların varlığı halinde çalışanlar sözleşmelerinin feshiyle ya da başkaca disiplin cezaları ile karşılaşabilirler³²³. Kanaatimizce burada bir ayırım yapmak gerekmektedir. Ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olmadığının mahkeme kararı ile anlaşılması halinde dahi, işçinin bilgi ve tecrübesi çerçevesinde yakın ve ciddi tehlikenin önlenemez olduğu kanaatine ulaşması makulse, işçinin sözleşmesi devamsızlık sebebiyle feshedilmemeli ya da işçiye başkaca bir disiplin

³²² BAYRAM, Değerlendirme, 55.

³²³ OCAK, Yükümlülükler, 153.

cezası verilmemelidir. Zira kanun koyucu işçiye bilgi ve tecrübesi dahilinde bir serbesti tanımış, ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu kanaatine varması halinde kendi kararı ile çalışmaktan kaçınma hakkı vermiştir. Nitekim işçilerin bu hareketlerinden dolayı hakları kısıtlanamaz (İSGK. m. 13/3). Ancak çalışanın bilgi ve tecrübesi dahilinde ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğunu düşünmesi makul değilse, somut olayın özelliklerine göre çalışanın disiplin cezası ile karşılaşması mümkündür.

İş Kanunu tasarısı üzerine değerlendirme yapan bir yazar, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi için iş sağlığı ve güvenliği kurulunun (ya da kurulun olmadığı yerlerde işveren veya işveren vekilinin) tehlikenin yakın, acil ve hayati olduğu yönündeki kararına ihtiyaç bulunmakla birlikte, objektif iyiniyet kurallarına göre, işçiden Kurul kararının beklenmesinin istenemeyeceği durumlarda, Kurulun veya işveren ya da işveren vekilinin kararına kadar geçen süre içinde işçinin çalışmaya zorlanmasının düşünülemeyeceğini, aciliyetin durumuna göre işçinin önce işi bırakıp, derhal Kurula veya işveren vekiline başvurarak durumun tespitini istemesinin hükmün amacı ve işçinin kişilik hakları gereği olduğunu ifade etmişti³²⁴. Ancak ne İşK. mülga m. 83 ne de İSGK. m. 13, tehlikenin aciliyetine göre işçinin kendi kararı ile çalışmaktan kaçınmasına imkan tanımıştır. Oysa yakın ve ciddi tehlikenin Kurulun veya işverenin kararının beklenmesinin istenemeyeceği kadar acil olduğu durumlarda, işçinin önce işi bırakıp, sonra Kurula veya işverene başvurarak durumun tespitini isteme imkanı olmalıdır. Acil bir durumda işçinin TBK. m. 408 çerçevesinde bu hakkı bulunduğu ifade edilebilecekse de, işçiye İSGK. m 13 çerçevesinde kaçınma hakkı tanınarak işçinin İSGK. m. 13'ün korumasından yararlanması daha uygun olacaktır.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda çalışanların kurul ya da işverene başvurmak zorunda olmaksızın işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gitmeleri halinde, çalışanların bu hareketlerinden dolayı haklarının kısıtlanamayacağını düzenlemiştir (m. 13/3, c. 2). Ciddi, yakın ve önlenemeyen tehlikenin meydana gelmesi durumunda işveren;

³²⁴ ENGİN, Kaçınma Hakkı, 91.

çalışanların işi bırakarak derhal çalışma yerlerinden ayrılıp güvenli bir yere gidebilmeleri için, önceden gerekli düzenlemeleri yapacak ve çalışanlara gerekli talimatları verecektir (m. 12/1, a). Durumun devam etmesi hâlinde, zorunluluk olmadıkça, gerekli donanımına sahip ve özel olarak görevlendirilenler dışındaki çalışanlardan işlerine devam etmelerini isteyemeyecektir (m. 12/1, b). Ancak tehlikeyi ortadan kaldırmak veya kontrol altına almak için çalışması gereken, özel donanımlı ve özel olarak yetiştirilmiş, eğitilmiş ve görevlendirilmiş olanların çalışmaya devam etmeleri istenebilecektir³²⁵. Hükümün mefhumu muhalifinden çıkan sonuç, işyerindeki bazı çalışanların çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmalarının mümkün olmadığıdır. Daha açık bir deyişle, tehlikenin devam etmesi ve zorunluluk olması durumunda, gerekli donanımına sahip ve özel olarak görevli kişilerin çalışmaktan kaçınmaları mümkün değildir.

Bu noktada “zorunluluk olmadıkça” ifadesiyle neyin kastedildiği önem arz etmektedir. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağında da benzer şekilde “zorunlu kalınması” ibaresi kullanılmış ve bu ifade soyut bulunarak eleştirilmişti³²⁶. Tasarı ise zorunlu kalınmasını “zorunluluk olmadıkça” olarak değiştirmiş olup, ifade İSGK. m. 12/1, (b)’ye bu şekilde alınmıştır. Ancak her iki ifade de oldukça soyut olup, hangi hallerin zorunluluk kabul edileceğinin belirlenmesi kolay değildir³²⁷. Bu sebeple hangi hallerde gerekli donanımına sahip ve özel olarak görevlendirilenler dışındaki çalışanlardan işlerine devam etmelerinin istenebileceğinin daha açık bir şekilde belirlenmesi daha uygun olacaktır.

İşveren, çalışanların kendileri veya diğer kişilerin güvenliği için ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaştıkları ve amirine hemen haber veremedikleri durumlarda; istenmeyen sonuçların önlenmesi için, bilgileri ve mevcut teknik donanımları çerçevesinde duruma müdahale edebilmelerine imkân sağlayacak, böyle bir durumda çalışanlar, ihmal veya

³²⁵ GEREK Nüvit, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun Düşündürdükleri, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 28, Aralık 2012, 13.

³²⁶ ALPAGUT Gülsevil, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağı Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2008, 51.

³²⁷ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, 33’de dn. 92.

dikkatsiz davranışları olmadıkça yaptıkları müdahaleden dolayı sorumlu tutulamayacaklardır (İSGK. m. 12/2). Hükmü değerlendiren bir yazara göre, bu düzenleme büyük risk taşımaktadır. İş sağlığı ve güvenliği alanı insan hayatını ilgilendirmektedir. Uzman olmayan kişilerce müdahale imkanı ve müdahale halinde de bundan sorumlu olmama hakkı tanımak hukuk mantığına ters düşmektedir. Çalışanın müdahalesinden bir zarar doğması halinde, çalışanın ihmal veya dikkatsiz davranışı ispat edilemediği halde, çalışanın sorumlu tutulamamasına karşın doğan zarardan işveren sorumlu olacaktır. Bu netice hakkaniyete aykırıdır³²⁸. Ancak kanaatimizce hüküm son derece yerindedir. Zira hükmün çalışana tanıdığı imkan, ciddi ve yakın bir tehlike durumunda, çalışanın amirine durumu haber verecek zamanı veya imkanı yoksa, çalışana hareket serbestisi tanımaktır. Böyle bir durumda çalışanların, yaptıkları müdahaleden dolayı sorumlu tutulamayacakları yönündeki güvence, hükmün olmazsa olmazıdır. Zira, çalışanın yapacağı müdahaleden sorumlu olabileceği korkusunu taşıması durumunda, hükmün amacı olan çalışanın tehlikeye müdahale etmesini sağlamak hayal olacaktır. Kaldı ki, hüküm bu durumda doğabilecek zararın çalışanın ihmal veya dikkatsiz davranışları sebebiyle gerçekleşmesi halinde, çalışanın bundan sorumlu olacağını düzenlemiştir. Dolayısıyla hükmün koruduğu kişi iyiniyetle durumu düzeltmek, tehlikeyi ortadan kaldırmak isteyen kimsedir.

VII. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının İhbarı

İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkını düzenleyen İşK. mülga m. 83'e göre, bu hakkı kullanmadan önce ya da kullandıktan sonra işçinin durumu işverene ihbar etmesi gerekli değildi. Buna karşın öğretide tehlikeli durumla karşılaşan işçinin, tehlikeyi derhal haber vermesi gerektiği; ancak çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımını, önceden haber verme zorunluluğuna bağlayan her şartın batıl kabul edileceği ifade edilmişti. Zira, işçinin durumu önceden işverene ihbar etmemesi halinde çalışmaktan kaçınma hakkını kullanamayacağına ilişkin şart, derhal kaçınmayı gerektiren tehlike hali ile çelişip, çalışmaktan kaçınma hakkının uygulanmasını engelleyecekti. Diğer taraftan bu görüşe göre çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması üzerine haber verme zorunluluğu

³²⁸ AKTEKİN, İSGK Tasarısı Taslağı, 100.

getiren şartın geçersiz olması için bir sebep bulunmamaktaydı³²⁹. Öğretide farklı bir görüşe göre ise işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının doğumunu iş sağlığı ve güvenliği kuruluna ya da işveren veya işveren vekiline başvuru koşuluna bağladıktan sonra yeniden işverene ihbar yükümlülüğünün getirilmesine gerek yoktur. Zira işçi başvuruda bulunduğu takdirde, çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığını işverene bildirmiş olur³³⁰. Ancak bu görüşteki yazarlardan biri, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını işyeri dışında bulunarak kullanması halinde, işçinin işverene bildirimde bulunması gerektiğini ifade etmişti³³¹.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13 yakın ve ciddi tehlikenin varlığı halinde, kanundaki usullere uymak suretiyle işçiye çalışmaktan kaçınma hakkı tanımış olup, çalışmaktan kaçınma hakkının koşulları arasında ihbar yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak işçinin kendine tanınan hakların kullanılmasında hukukun temel ilkelerinden olan dürüstlük kuralını dikkate alarak işverene iş ve işyeriyle ilgili olumlu ya da olumsuz gelişmeleri haber vermesi son derece önemlidir³³². Sadakat borcu gereği işçinin, işyerinde olan biteni işverene ihbar etmesi, işvereni ve işyerini tehlikeye sokacak davranışlardan kaçınması gerekmektedir. Nitekim İSGK. m. 19/2, (c), çalışanların işyerindeki makine, cihaz, araç, gereç, tesis ve binalarda sağlık ve güvenlik yönünden ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaştıklarında ve koruma tedbirlerinde bir eksiklik gördüklerinde, işverene veya çalışan temsilcisine derhal haber vermekle yükümlü olduklarını düzenlemiştir. Dolayısıyla işçinin yakın ve ciddi bir tehlikeyle karşılaşması halinde işverene durumu ihbar yükümlülüğü bulunmakla birlikte, işçinin bu yükümlülüğe aykırılığının yaptırımını çalışmaktan kaçınma hakkını kullanamamak değildir. Zira çalışmaktan kaçınma hakkının koşulları arasında ihbar yükümlülüğü yoktur. Bu noktada kanun koyucunun işçinin m. 19/2, (c) hükmüne aykırı davranışına yaptırım düzenlemediği belirtilmelidir. Her ne kadar kanunda işçinin sözü edilen yükümlülüğe aykırı davranışına açıkça yaptırım düzenlenmemişse de, işçinin işyerinde var olan ciddi ve yakın tehlikeyi işverene ihbar etmemesi sadakat borcuna aykırıdır.

³²⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU, Red Hakkı, 11.

³³⁰ SOYER, Kaçınma Hakkı, 684; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, 35; KARACAN, 218.

³³¹ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, 35.

³³² Bu doğrultuda bkz. AYDINLI, Kaçınma Hakkı, 20; aynı yazar, Sosyal Temas, 242.

İşçinin işverene zarar vermeme borcu olduğu gibi, zarar doğuracak davranışlardan kaçınma yükümlülüğü de sadakat borcu kapsamındadır. Sadakat borcuna aykırılığın yaptırımı ise somut olayın koşullarına göre sözleşmenin haklı nedenle feshine kadar gitmektedir.

Çalışmaktan kaçınan işçinin bu hakkı kullandığını işveren ya da işveren vekiline bildirmemesi halinde işverenin işyerinde gerekli önlemleri alması mümkün olmaz ve bu durum diğer çalışanlar ve işveren açısından sakıncalı sonuçlar yaratabilir. Hakkı kullandıktan sonra durumu ihbar yükümlülüğü, işçiye zarar getirmeyecek olmasına karşın işverenin işyerindeki tehlikeli durumu, fiilen işyerinde kimin çalışıp çalışmadığı bilgisini almasını ve kendisini buna göre ayarlamasını sağlar. Diğer taraftan İSGK. m. 13/3 gereği, yakın ve ciddi tehlikenin önlenemez olması halinde, işçinin Kurul ya da işverene başvurması gerekmediğinden, işverenin işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığından haberi olması, çalışanın durumu işverene ihbar etmesine bağlıdır.

Özetle, İSGK. m. 13 hükmünde yakın ve ciddi tehlikenin varlığı halinde, kanundaki usullere uymak suretiyle işçiye çalışmaktan kaçınma hakkı tanınmıştır. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 19/2, (c)'ye göre ise işçilerin işyerindeki makine, cihaz, araç, gereç, tesis ve binalarda sağlık ve güvenlik yönünden ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaştıklarında ve koruma tedbirlerinde bir eksiklik gördüklerinde, işverene veya çalışan temsilcisine derhal haber vermeleri gerekmektedir. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13 ve m. 19/2, (c)'nin birlikte okunması neticesinde, somut olayın koşullarına göre, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmasından önce işyerinde yakın ve ciddi bir tehlikenin varlığını ihbar yükümlülüğünün bulunduğu ifade edilebilir. Ancak bu yorum ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanamayacağı şeklinde anlaşılmamalıdır. Zira İSGK. m. 13 gayet açık olup, çalışmaktan kaçınma hakkınının koşulları arasında çalışanın tehlikeyi ihbar yükümlülüğü bulunmamaktadır. Dolayısıyla ikisinin birbirinden ayrık tutulması gerekmektedir. Bu noktada işçilerin İşK. m. 19/2, (c)'ye aykırı şekilde işyerindeki makine, cihaz, araç, gereç, tesis ve binalarda sağlık ve güvenlik yönünden

ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaştıklarında ve koruma tedbirlerinde bir eksiklik gördüklerinde, işverene veya çalışan temsilcisine derhal haber verme yükümlülüğüne aykırı davranmaları özel olarak bir yaptırıma bağlanmamıştır. Ancak genel hükümler çerçevesinde somut olayın koşullarına göre işveren disiplin cezası vb. yaptırımları sırasıyla işletebilir. Bu noktada İSGK. m. 19/2, (c) ile işçiye getirilen işverene veya çalışan temsilcisine derhal haber verme yükümlülüğünün, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvuru ile yerine getirildiği ifade edilebilir. Zira iş sağlığı ve güvenliği kurulunda işveren vekili de bulunmakta olup, İSGK. çerçevesinde işveren vekili, işverendir (İSGK. m. 3/2). Yakın ve ciddi tehlikenin önlenemez olması halinde ise işçinin Kurul ya da işverene başvurması gerekmediğinden (İSGK. m. 13/3), işverenin işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığından haberi olması, çalışanın durumu işverene ihbar etmesine bağlı olup, kanaatimizce işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını ihbar yükümlülüğü bulunmamakla birlikte, somut olayın koşullarına göre sadakat borcu gereği hakkı kullandığını bildirmesi gerekebilir.

VIII. Çalışmaktan Kaçınma Hakkını Hukuka Aykırı Hale Getiren Durumlar

İş Kanunu mülga m. 83, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilecek kişiler için istisnai bir hüküm getirmemişti. Bu sebeple işyerinde işçinin sağlığını ve vücut bütünlüğünü bozan yakın, acil ve hayati tehlikenin varlığının Kurul veya işveren/işveren vekili tarafından tespiti halinde, işçinin çalışmaktan kaçınması mümkündür.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ise ciddi, yakın ve önlenemeyen tehlikenin devam etmesi halinde, zorunluluk olmadıkça, gerekli donanımına sahip ve özel olarak görevlendirilenler dışındaki çalışanlardan işlerine devam etmelerinin istenemeyeceğini düzenlemiştir (İSGK. m. 12/1,(b)). Dolayısıyla böyle bir durumda, işveren bazı işçilerden işlerine devam etmesini isteyebilecek, bu kişilerin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması mümkün olmayacaktır. Çalışmaktan kaçınma hakkını kullanamayacak olan kişiler, gerekli donanımına sahip ve özel olarak görevlendirilen çalışanlardır. Kanun koyucu, bu kişiler dışındaki çalışanların çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmalarına engel bir hüküm getirmemiştir. Bu noktada gerekli donanımına

sahip ve özel olarak görevlendirilen çalışanlar ile hangi çalışanların kastedildiği ve hangi durumlarda çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasının mümkün olmayacağı üzerinde durulmalıdır.

İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması için kural olarak yakın ve ciddi tehlikenin varlığı gerekmele birlikte, tehlikenin işçinin işe başlarken bildiği ve işin doğası gereği kendinde bulunan risklerden olmaması gerekmektedir. Başka bir deyişle, işçinin işe başlarken görevi icabı maruz kalabileceğini bildiği riskler, daha sonra işçinin çalışmaktan kaçınmasını haklı kılmaz. Örneğin bir güvenlik görevlisi, belirli düzeyde bir riski kabul ederek işe başlamıştır³³³. Ya da bir itfaiye görevlisi, alevler içinde yanan bir eve girmek zorunda kalabileceğini bilerek bu işi seçmiştir. Dolayısıyla itfaiyecinin yangının kendi sağlığını ve vücut bütünlüğünü yakın ve ciddi bir tehlike ile karşı karşıya bıraktığı gerekçesiyle çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması, hakkın kötüye kullanılması anlamına gelecek, çalışmaktan kaçınma hakkı hukuka uygun bir şekilde kullanılmamış olacaktır. Ancak işçinin tehlikenin varlığını bilerek işe başlaması halinde dahi, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmasının hukuka uygun bulunması mümkündür. Bu noktada genel bir kural koymak zor olacağından, dürüstlük kuralları çerçevesinde hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olup olmadığının her somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi yerinde olacaktır³³⁴.

Çalışmaktan kaçınan işçinin davranışının hukuka uygun olmaktan çıkmasını sağlayan bir diğer durum ise işçinin çalışmaktan kaçınması neticesinde, işverenin ya da işyerinde çalışan diğer işçilerin yaşam ya da beden bütünlüğünün zarar görmesidir³³⁵. Zira, işverenin ya da işyerinde çalışan diğer işçilerin yaşam ve vücut bütünlüğünün zarar görmesi pahasına işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabileceğini kabul etmek de hakkaniyete aykırı olacak, hakkın kötüye kullanılması anlamına gelecektir. Burada zarar tehlikesi altında olan kişiler ile kastedilen, işverenin işyerinde çalışan diğer işçileri,

³³³ SUR, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, 408.

³³⁴ Benzer yönde KARACAN, 218.

³³⁵ AKYOL Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 1995, 21 vd.

işveren ve işyeriyle sosyal temasa³³⁶ geçen kişilerdir³³⁷. Belirtmek gerekir ki, bu durumda çakışan haklar aynı derecede olup, sadece başkaları için ciddi tehlike oluşturan hallerde işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanamayacağı kabul edilmeli ve herhalükarda somut olayın koşulları göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılmalıdır³³⁸.

Çalışmaktan kaçınan işçinin davranışının hukuka uygun olmaktan çıkmasını sağlayan bu durum, Fransız İş Kodunda çalışmaktan kaçınma hakkının koşullarından biri olarak kabul edilmiştir. Fransız İş Kodu, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması için iki koşul öngörmüştür. Bunlardan ilki işçinin sağlığı ve güvenliği için ciddi ve yakın tehlikenin mevcut olduğu hususunda makul bir gerekçeye sahip olması (L4131-1), diğeri ise işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmasının diğeri çalışanlar için yeni bir yakın ve ciddi tehlikeye yol açmamasıdır (L4132-1). Bu noktada Fransız idare mahkemesinin bir kararında bir sağlık kurumuna HIV veya Hepatit B virüsü taşıyan hastanın kabul edilmesinin, sağlık personeli için tek başına yakın ve ciddi bir tehlike oluşturmadığının ifade edildiği belirtilmelidir³³⁹. Zira, burada tehlikenin ciddiyetinden başka, çalışanların bir kamusal sağlık hizmeti gördükleri ve başka kimselerin sağlığından sorumlu oldukları dikkate alınmaktadır³⁴⁰. Gerçekten de HIV veya Hepatit B virüsü taşıyan hastayla işyerinde yan yana makinalarda çalışan işçinin her an kendisine virüs bulaşabileceği korkusuyla birlikte çalışmak istemeyerek çalışmaktan kaçınmasının haklı olduğu söylenebilecekken, işi hastalıkların tedavisi olan doktor ve diğeri sağlık personelinin hastanın virüs taşıdığı gerekçesiyle onu muayene etmeyerek çalışmaktan kaçınması hukuka uygun olmayacaktır.

³³⁶ Sosyal temas, kişilerin işveren ya da işyeriyle henüz sözleşme kurulmadan önce sözleşme görüşmelerine başlamaları ve sözleşme ile ilgili bilgi alışverişine girmeleridir. İşçinin işverenin işyerinde çalışmaya başlaması, çalışma ilişkisinin hukuki anlamda geçersiz olup olmamasının veya bir iş sözleşmesinin var olup olmadığının önemi olmaksızın bir sosyal temas teşkil edecektir. Aynı şekilde, işyerine alışveriş için giren müşterinin henüz satış işlemi yapılmaksızın satıcının hukuki alanına girmesi de sosyal temas sayılmaktadır (AYDINLI, Sosyal Temas, 28-29).

³³⁷ AYDINLI, Kaçınma Hakkı, 20.

³³⁸ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, 28.

³³⁹ Tribunal Administratif de Versailles, 2 Haziran 1994, RJS 1994, 675, No. 1142 (SUR, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, 412'den naklen).

³⁴⁰ SUR, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, 412.

Polonya, Kanada ve Yeni Zelanda'da da, örneğin itfaiyecilik mesleğinde olduğu gibi, eğer işin kendi tehlikeliyse işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması mümkün değildir. Sadece bazı durumlarda bu işçiler çalışmaktan kaçınabilir ki, o da, yaralanma riskinin çok yüksek, neredeyse kaçınılmaz olmasıdır³⁴¹.

Benzer yönde olmak üzere Amerika Birleşik Devletlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası bazı işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkı korumasından hariç tutulabileceğini düzenlemiştir. Hükme göre, Birleşik Devletler bölge mahkemeleri, Çalışma Bakanlığının başvuruda bulunmasının ardından, ölüm veya ciddi fiziksel yaralanma vakalarına neden olması makul ölçüler içinde beklenebilecek bir tehlikeye neden olacak bir işyerinde, tehlikenin yaklaşmasının engellenmesi için bu Kanun'da belirtilen yaptırım prosedürlerinin uygulanması yönünde karar verebilecektir. Bu bölüme istinaden ihdas edilecek bir emir, söz konusu yakın tehlikeden kaçınılması, düzeltilmesi veya ortadan kaldırılması, herhangi bir kişinin yakın tehlikenin mevcut olduğu yerlerde veya koşullar altında istihdam edilmesi veya mevcudiyetinin yasaklanması için gerekli olabilecek tedbirlerin alınmasını gerektirebilecektir. Ancak, yakın tehlikeden kaçınılması, düzeltilmesi veya ortadan kaldırılması veya faaliyetler tamamen durdurulmaksızın normal faaliyetlerin devam ettirilmesi maksadıyla kesintisiz bir süreç operasyonunun idame ettirilmesi veya faaliyetlerin durdurulmasının gerektiği hallerde bu durdurma işleminin emniyetli ve düzenli bir şekilde gerçekleştirilmesine olanak sağlamak açısından mevcudiyetleri gerekli olan kişiler bu hükmün kapsamı dışında kalacaktır (OSH Act. Sec.13/a). Dolayısıyla işyerindeki tehlikeden kurtulmak için gerekli olan kişilerin, yakın tehlikenin mevcut olduğu yerlerde veya koşullar altında istihdam edilmesi veya mevcudiyetinin yasaklanması mümkün olmayacaktır. Böyle bir durumda, Bölge mahkemesi, başvurunun eline geçmesinin ardından, bu Kanun'a istinaden uygulanan bir yaptırım takibatının neticelenmesine kadar geçerli olmak üzere bir ihtiyati tedbir veya geçici men kararı verebilecektir (OSH Act. Sec. 13/b).

³⁴¹International Labour Conference, 98. Session, 2009, 51.

Özetle, işçinin somut görevi ve bu görevin ihlali durumunda zarar görecektir kişilerin bulunması, kaçınma hakkını diğer kişilerin yaşam ve sağlık hakkının gerisinde bırakabilmektedir. Örneğin madenlerde grizu patlamalarının önlenmesi açısından gaz ölçümü yapmak ve buna bağlı uyarı sistemini çalıştırmakla görevli işçinin çalışmaktan kaçınması, kendi hayatı tehlikede olsa da, görevini yapmadığı takdirde işyerindeki birçok kişinin zarar görme ihtimalini artıracaktır ve işçinin kaçınma hakkı ile diğer kişilerin yaşam hakkı aynı derecede önemli olduğu için işçinin çalışmaması, bu hakkını kötüye kullandığı³⁴² anlamına gelecektir. Bu kötüye kullanma, işçinin hukuki ve cezai sorumluluğunu doğuracaktır³⁴³. Buna karşın, bir başkasının, red eyleminden değil de reddi meşru kılan sebep nedeniyle zarara uğraması halinde, işçinin sorumluluğundan bahsedilmesi mümkün değildir³⁴⁴.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu yakın, acil ve önlenemeyen tehlikenin devam etmesi halinde, zorunluluk olmadıkça, gerekli donanıma sahip ve özel olarak görevlendirilenler dışındaki çalışanlardan işlerine devam etmelerinin istenemeyeceğini düzenlemiştir. Kanaatimizce, gerekli donanıma sahip ve özel olarak görevlendirilen çalışanlar kapsamına işçinin işe başlarken bildiği ve işin doğası gereği kendinde bulunan riskler ile işverenin ya da işyerinde çalışan diğer işçilerin yaşam ya da beden bütünlüğünün zarar görmesi ihtimalleri girmektedir. Dolayısıyla İSGK'nın söz konusu hükmünün yerinde olduğunu ifade etmek mümkündür. Ancak somut olayın koşullarını göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Gerekli donanıma sahip ve özel olarak görevlendirilen çalışan dahi olsa, işçinin yaşamı pahasına çalışmasını beklemek mümkün değildir.

³⁴² Hakkın kötüye kullanılması için bkz. SÜZEK, Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, 70 vd.

³⁴³ AYDINLI, Kaçınma Hakkı, 20; benzer yönde MOLLAMAHMUTOĞLU, Red Hakkı, 11.

³⁴⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU, Red Hakkı, 11'de dn. 57'den naklen.

IX. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Hukuki Dayanakları

1. 155 sayılı ILO Sözleşmesi

a. Genel olarak

Ülkemiz tarafından onaylanan 1981 tarihli İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin 155 sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesinde³⁴⁵ ve 164 sayılı Tavsiye kararında ülkelerin sosyal tarafların katılımıyla ulusal bir iş sağlığı ve güvenliği politikası ve eylem planı oluşturması, bu politika ve eylem planının çalışanların tümünü kapsamaması, hazırlanması ile uygulanmasına sosyal tarafların katılımının desteklenmesi, bu politika ve eylem planında yer alan amaca yönelik etkinliklerin aşamalandırılması gerektiği belirtilmiş, kamu yetkililerinin, işverenlerin ve işçilerin karşılıklı görev ve sorumlulukları ortaya konmuştur³⁴⁶.

ILO tarafından çıkartılan bir diğer sözleşme 1985 tarihli ve 161 sayılıdır. İş Sağlığı Hizmetlerine ilişkin 161 sayılı Sözleşmede mesleki sağlık servislerinin örgütlenmesi, diğer servis ve kurullarla işbirliği yapılması, sağlık koşulları ve iş/işyeri tehlikeleriyle ilgili işçi ve işverenlerin bilgilendirilmesi, servislerin faaliyet alanı, özgürlüğü ve görevleri düzenlenmiştir³⁴⁷. Başka bir deyişle, iş sağlığı ve güvenliği politikasının yaşama geçirilmesi için, işletme düzeyinden başlayarak tüm düzeylerde hizmet sunulması öngörülmektedir³⁴⁸. Bu sözleşmede, işverenin çalıştırdığı işçilerin sağlık ve güvenliği için sorumluluğu saklı kalmak üzere ve işçilerin iş sağlığı ve güvenliği konusunda katılımının gerekliliği göz önüne alınarak, işverene birtakım yükümlülükler yüklenmiştir. Buna göre, işveren işyerinde sağlığa zararlı risklerin tanımlanmasını ve değerlendirmesini yapmalıdır. Diğer taraftan işveren, işin planlanması ve organizasyonu konusunda tavsiyede bulunmalı, işçilerin sağlığını gözetmelidir. İşverenler, iş sağlığı ve güvenliği alanında çalışanların bilgilendirilmesi ve eğitilmesi konusunda üzerine düşeni

³⁴⁵ 155 sayılı ILO sözleşmesi, 07.01.2004 tarihli ve 5038 sayılı Yasayla uygun bulunmuş, 13.01.2004 tarihli ve 25345 Numaralı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

³⁴⁶ PİYAL, ILO Sözleşmeleri.

³⁴⁷ DEMİRCİOĞLU, İşçi Sağlığı ve İşyeri Hekimliği, 204.

³⁴⁸ PİYAL Bülent (Çev.), 155 ve 161 sayılı ILO Sözleşmeleri, http://www.kalitesigma.com/kutuphane/155_161_ilo.pdf, 05.05.2010 (ILO Sözleşmeleri).

yapmalıdırlar (m. 5)³⁴⁹. Ancak çalışanlara çalışmaktan kaçınma hakkı tanıyan ILO Sözleşmesi 155 sayılı Sözleşmedir.

155 sayılı ILO Sözleşmesi, işçilerin iş sağlığı ve güvenliği sebebiyle çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmeleri için işyerinde yakın ve ciddi bir tehlikenin var olması gerektiğini kabul etmiştir. İşçilerin sağlıklarını tehdit eden tehlikeden korunmaları başlıca üç hükümle düzenlemiştir. Söz konusu hükümler m. 5/e, m. 13 ve m. 19/f'dir³⁵⁰.

Çalışmaktan kaçınma hakkını esas olarak düzenleyen 13. maddeye göre, “Yaşamı ve sağlığı için yakın ve ciddi bir tehlike ile karşı karşıya olduğuna inanmasını sağlayacak makul bir gerekçenin varlığı nedeniyle işinden uzaklaşan işçi, ulusal koşullar (ülkenin kanunları) ve uygulamaya göre haksız (usulsüz/hukuka aykırı) sonuçlardan (undue consequences) korunacaktır³⁵¹. Dolayısıyla 155 sayılı Sözleşme İş Kanunu mülga m. 83'den farklı olarak tehlikenin işçinin yaşamı ve sağlığı için yakın ve ciddi olmasını yeterli görmüş olup, hayati olmasını aramamıştır. Nitekim İSGK. da, İşK. m. 83'ü yürürlükten kaldırmış ve bu yönde olmak üzere çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması için tehlikenin yakın ve ciddi olmasını yeterli görmüştür.

Öğretide bu iki koşulun iş sağlığı ve güvenliğinin temel ilkeleriyle uyumlu olduğu, zira yakın ve ciddi tehlikenin yaşamsal önemde olup olmadığını öngörmenin çok nadir olduğu ifade edilmektedir³⁵². Bu görüşe katılmakla birlikte, tehlikenin yaşamsal olduğunun öngörülebilmesi halinde de, hakkın kullanımının tehlikenin yaşamsal olması ile sınırlanmaması gerektiği ve işçinin sağlığı için yakın ve ciddi bir tehlikenin varlığı halinde işçiye çalışmaktan kaçınma hakkı tanınmanın daha uygun olduğu kanaatindeyiz.

³⁴⁹ OĞUZ, 31

³⁵⁰ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. International Labour Conference, 98. Session, 2009.

³⁵¹ Söz konusu maddenin İngilizcesi “ A worker who has removed himself from a work situation which he has reasonable justification to believe presents an imminent and serious danger to his life or health shall be protected from undue consequences in accordance with national conditions and practice” şeklindedir (RUBIN Neville, Code of International Labour Law, Volume II, Book 2, 1484).

³⁵² PİYAL, İş Sağlığı ve Güvenliği, 278.

Hükümde açıkça belirtildiği üzere, 155 sayılı ILO Sözleşmesinin 13. maddesindeki koruma her türlü sonuca ilişkin olmayıp, sadece hukuka aykırı sonuçlara (*undue consequences*) ilişkindir. *Undue* kelimesi, haksız veya makul olmayan şekilde anlaşılmaktadır ve *undue* kelimesinin yorumunu mahkeme yapacaktır³⁵³. Bu çerçevede ulusal uygulamalar, *undue* kelimesini farklı değerlendirmektedir.

Sözleşmenin 13. maddesinde dikkat çekici husus, tehlikenin yakın ve ciddi olma koşulunun işveren ya da başkaca bir merciin onayına bağlanmamış oluşudur. Zira hükümde “işçinin yaşamı ve sağlığı için yakın ve ciddi bir tehlike ile karşı karşıya olduğuna inanmasını” sağlayacak makul gerekçeden bahsedilmiştir. Elbette hükümde sözü edilen makul gerekçenin varlığı, bir uyuşmazlık durumunda mahkeme tarafından değerlendirilecektir. Dolayısıyla işçinin yaşamı için yakın ve ciddi bir tehlikenin olmadığı sonradan öğrenilse dahi, işçinin tehlikeyi böyle görmesinde makul gerekçesinin varlığı halinde, usulsüz (haksız) sonuçlardan korunması sağlanacak, işçi garanti altında olacaktır.

155 sayılı Sözleşmenin 13. maddesini tamamlayıcı nitelikteki 19. maddenin (f) bendine göre ise sağlığı veya hayatı açısından yakın ve ciddi bir tehlike altında olduğuna inanmasında haklı gerekçesi bulunduğu için işini bırakan işçinin, durumu gecikmeden doğrudan amirine (*immediate supervisor*) bildirmesi halinde, gerekli önlemler alınmadığı sürece, işveren işçiden ulusal koşullar ve uygulamalar çerçevesinde, bu koşullarda çalışmasını isteyemeyecektir (m. 19/f)³⁵⁴. Başka bir deyişle, m.19/f hükmüne göre işyerindeki işçilerin herhangi bir yakın ve ciddi tehlike olduğunda en yakın üstlerine (*immediate supervisor*) derhal rapor vermesi gerekmektedir. Diğer taraftan,

³⁵³ ILC, 67. Session, 1981, Provisional Record No. 25, para. 92, p. 25/11 , http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1980/80B09_374_engl.pdf .

³⁵⁴ Söz konusu maddenin İngilizcesi aşağıdaki şekildedir:

There shall be arrangements at the level of the undertaking under which--

(f) a worker reports forthwith to his immediate supervisor any situation which he has reasonable justification to believe presents an imminent and serious danger to his life or health; until the employer has taken remedial action, if necessary, the employer cannot require workers to return to a work situation where there is continuing imminent and serious danger to life or health (<http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisspl.htm>, 29.04.2011)

işveren bu tehlikeyi ortadan kaldırmak için gerekli hareketi yapmadığı sürece, işçilere işe dönmeleri ile ilgili herhangi bir zorlamada bulunmayacaktır³⁵⁵. İş Kanunu mülga m. 83 ve İSGK. m. 13 ile öngörülme-yen haber verme yükü, işçinin herhangi bir Kurul ya da bir üst merciin onayına bağlı olmaksızın çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilecek olması sebebiyle çok önemlidir. Bu noktada işçiye haber verme yükümlülüğü getirilmemiş olsaydı, işçi kendisini tehlikede hissettiğinde çalışmaktan kaçınacak, durumdan haberi olmayan işveren işyerinde tedbir alması gerektiğini öğrenmekte gecikecek, belki de tehlikeyi vahim sonuçlar doğduktan sonra öğrenebilecektir. Dolayısıyla kendi kararıyla çalışmaktan kaçınma hakkını kullanıp kendisini tehlikeden koruyan işçi, hem işyerindeki diğer işçileri hem de işyerini tehlike ile baş başa bırakacaktır. Bu noktada İş Kanunu m. 83 ve İSGK. m. 13'de yer almadığını belirttiğimiz haber verme yükümünün, işçinin çalışmaktan kaçınabilme hakkının kullanılabilmesi için iş sağlığı ve güvenliği kurulu ya da işveren/işveren vekili kararı olması gerektiği, bu sebeple aslında işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmadan işverenin zaten durumdan haberdar olduğu gerekçesiyle bertaraf edildiğini söylemek mümkündür.

Özetle 155 sayılı Sözleşme 13. madde ile işçilere yaşamları ve sağlıklarının yakın ve ciddi tehlikede olduğuna inandıklarında işi derhal bırakma imkanı getirmiş, 19. maddenin (f) bendi ile işi bırakan işçinin işverenin ve işyerindeki diğer işçilerin durumdan haberdar edilmesini sağlayarak hem işyerinin hem diğer işçilerin korunmasını amaçlamıştır. Çalışmaktan kaçınan işçinin tehlike devam ettiği sürece işine dönmesinin istenemeyeceği hükmü getirilmek suretiyle de garantinin devamlılığı sağlanmıştır.

İşçilere çalışmaktan kaçınma hakkını kullanma imkanı veren m. 13 ve m. 19/f dışında 5. madde de işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması bakımından önem arz etmektedir. Bu madde içlerinde en genel olanıdır ve diğer iki maddenin 5. maddenin ışığında değerlendirilmesi gerekmektedir.

³⁵⁵ International Labour Conference, 98. Session, 2009, 68-69.

155 sayılı Sözleşme m. 5/e, işçilerin ve işçi temsilcilerinin bu sözleşmenin dördüncü maddesinde atıfta bulunulan politikalara uygun olarak yaptıkları işler dolayısıyla herhangi bir disiplin cezasına maruz kalmamaları gerektiğini düzenlemiştir. Sözleşmenin 4. maddesinde adı geçen politikalar ile kastedilen her üye ülkenin, ulusal koşullar ve uygulama ışığında işçi ve işverenleri en fazla temsil kabiliyeti olan sendikalarla görüşerek, iş sağlığı ve güvenliği ile çalışma ortamları hakkında tutarlı bir politika ortaya koyarak bunu uygulamaları ve politikayı düzenli olarak gözden geçirmeleridir. Bu politikanın amacı, çalışma ortamlarında işsel tehlike kaynaklarını, makul ölçülerde asgari düzeye indirerek çalışma sırasında ya da yapılan işin niteliğinden doğabilecek kazaları, yaralanmaları önlemektir (155 sS. m. 4)³⁵⁶.

Madde 5/e hükmü ile iki hususa dikkat çekilmektedir. İlki 5. maddenin kendisinin, işçilerin veya temsilcilerinin disiplin tedbirlerinden korunmasını emretmemesi, sadece ulusal politikanın koruma getirmesini emretmesidir. Başka bir ifadeyle, bu madde üye devletin, en çok üyesi bulunan işçi ve işveren sendikasına danışarak korumanın kapsam ve koşullarını belirleyeceğini düzenlemektedir. Dikkat çeken ikinci husus ise, korumanın sadece ulusal politikaya uygun olarak yapılmış işçi hareketlerine ilişkin olmasıdır. Uygun hareketin nasıl inşa edileceğine karar verilmesi, ya politikanın kendisiyle veya 8. maddede yer alan ve politikayı uygulamaya koyan yöntemlerle belirlenmektedir. Bu noktada 8. madde her üyenin, yasa veya yönetmelik çıkarmak suretiyle veya ulusal şartlarına ve uygulamasına uygun diğer bir yöntemle, ilgili işçi ve işverenlerin temsilcisi olan kuruluşlara danışarak, Sözleşmenin 4' üncü maddesine etkinlik kazandırmak için gerekli önlemleri alacağını düzenlemiş olup yöntemi devlete bırakmıştır³⁵⁷. Uygun hareketin ne olduğunu tespit etme yol gösterici hüküm ise 164 sayılı Tavsiyenin 17. paragrafındadır. Buna göre iyiniyetle çalıştığı ortamdaki kanuni gerekliliklerin ihlal edildiğinden veya sağlık güvenlik önlemlerinin ciddi veya yetersiz olduğundan şikayet eden işçiye karşı zarar (prejudicial measures) doğuracak önlemler alınmamalıdır³⁵⁸. Söz konusu hüküm, işçileri ve işçi temsilcilerini kaza ve

³⁵⁶ <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>, 28.04.2011.

³⁵⁷ <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>, 29.04.2011.

³⁵⁸ International Labour Conference, 98. Session, 2009, 24.

yaralanmaları önlemek için çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmaları durumunda bunun bir sonucu olarak verilecek disiplin tedbirlerinden korumaktadır³⁵⁹. Böylece madde 5/e, korumanın uygulanabileceği durumlara ilişkin olarak ciddi anlamda esneklik ve çok hassas bir denge sağlamakta, bir taraftan şirketini yöneten işverenin lehine öbür taraftan da işçinin ve işyerindeki sağlık ve güvenliğin korunması arasında dikkatli bir denge kurmaktadır³⁶⁰.

Başka bir deyişle 155 sayılı Sözleşme madde 5/e, işçilerin ve işçi temsilcilerinin bu sözleşmenin dördüncü maddesinde atıfta bulunulan politikalara uygun olarak yaptıkları işler dolayısıyla herhangi bir disiplin cezasına maruz kalmamaları gerektiğini düzenlemiş olup, 4. maddedeki politikalar ülkelerin kendilerinin oluşturduğu politikalar olduğundan işçilerin bu ulusal politikalara aykırı olarak yaptıkları hareketlerden disiplin cezası almaları mümkündür. İşçilere disiplin cezası uygulanamayacağına ilişkin hüküm, işçilerin ulusal politika dışındaki eylemleri için ceza alacaklarına dair ifade ile dengelenmektedir.

İşçilerin iş kazası, meslek hastalığı, tehlikeli bir durum, doğrudan işyerinden kaynaklanan bir kaza neticesinde yaralanma veya şüpheli meslek hastalığını rapor etmeleri halinde, 5. maddenin (e) bendi rapor eden bu işçilere özel bir koruma sağlamamaktadır. Yukarıda söz edilen durumları rapor eden işçilere karşı misilleme veya disiplin tedbirleri alınmasını önlemek amacıyla sözleşmeye ilişkin 2002 sayılı Protokol ile bu işçilerin korunması işverenin yükümlüğü olarak düzenlemiştir (2002 sayılı Protokol m.3/a, iv)³⁶¹.

³⁵⁹ International Labour Conference, 98. Session, 2009, 82.

³⁶⁰ International Labour Conference, Session, 2009, 24.

³⁶¹ 2002 sayılı protokol 09.02.2005 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, metnin İngilizcesi şu şekildedir: 2002 sayılı Protocol madde 3/a,iv:

The requirements and procedures for recording shall determine:

(a) the responsibility of employers:

(iv) to refrain from instituting retaliatory or disciplinary measures against a worker for reporting an occupational accident, occupational disease, dangerous occurrence, commuting accident or suspected case of occupational disease. (<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?P155>, 29.04.2011).

Sonuç olarak, 155 sayılı Sözleşmenin işçilere tanıdığı çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımını Sözleşmenin m. 13, m. 19/f ve m. 5/e hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi ile mümkündür. Üç hüküm incelendiğinde hangi koşulların varlığı halinde işçilerin çalışmaktan kaçınmasının hiçbir disiplin cezası ile karşılaşmayacağı ortaya çıkmaktadır. Buna göre işçilerin kendi yaşamları ve sağlıkları için yakın ve ciddi bir tehlike içinde olduklarına inanmalarını sağlayacak makul sebeplerinin varlığı halinde durumu gecikmeden doğrudan amirine bildirmesi koşuluyla çalışmaktan kaçınmaları mümkün olacak, işveren gerekli önlemler alınmadığı sürece işçilerden işe dönmelerini isteyemeyecektir. Ancak işçilerin/işçi temsilcilerinin bu hareketlerinin ulusal politikayla uyum içinde olmaları gerekli olup, bu durumda işçiler adı geçen davranışlarından dolayı hiçbir yaptırım ile karşılaşmayacaktır³⁶².

b. Çalışmaktan kaçınma hakkında karar verme yetkisi ve uygulama

Yakın ve ciddi bir tehlikenin varlığı halinde işçilerin çalışmaktan kaçınmaya kendilerinin mi karar vereceği yoksa işçilerin bu hakkı kullanabilmeleri için işverenin bir karar mı alması gerektiği hususu, 155 sayılı Sözleşmenin hazırlanması aşamasında en hararetle tartışılan konulardan biri olmuştur. Sonunda tam bir uzlaşma ile işçilerin sadece işverenlerin izinleri ile işi bırakacaklarının kabul edilemeyeceği ve bu sorunun 13. maddede ifade edildiği üzere ulusal düzeyde düzenleneceği kabul edilmiş, 155 sayılı Sözleşmenin m. 13 ve m. 19 hükümlerinin birbirinin alternatifi olmaması ve maddelerin bir arada değerlendirilmesi gerektiği üzerinde uzlaşmıştır³⁶³.

Ülkeden ülkeye, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımı ile ilgili kanunlar ve uygulamalar farklılık göstermekte olup bu hakkı uygulama kararının işçide bulunup bulunmaması veya bulunsa dahi hangi koşullar altında bu kararı işçinin verebileceği bazı koşullara bağlanmıştır. 155 sayılı Sözleşmeyi onaylayan üye ülkelerin çoğunluğu hem madde 13'e hem de m. 19/f'e işlerlik kazandırmışlardır. Aralarında AB üyesi ülkelerin de bulunduğu ülkeler ve 89/391 sayılı Yönergeyi imzalamış ülkelerin iç

³⁶² International Labour Conference, 98. Session, 2009, 50.

³⁶³ International Labour Conference, 98. Session, 2009, 50.

hukuklarında 155 sayılı Sözleşmenin söz konusu maddelerine çok benzer hükümler bulunmaktadır. Önemli sayıdaki başka ülkeler ise mevzuatlarına doğrudan m. 13 ve m. 19/f hükümlerini koymuştur³⁶⁴. Bazı ülkeler de içtihat hukuku oluşturarak bu hükümlere işlerlik kazandırmıştır³⁶⁵.

Fransız İş Yasasında bu konu, ILO Sözleşmesi m. 13'e benzer şekilde düzenlenmiş olup, çalışmaktan kaçınma hakkının varlığı bakımından "işçinin öznel kanaati" önem taşımaktadır. Başka bir deyişle, Fransız hukukunda işçinin yaşamı ve sağlığı açısından ciddi ve yakın bir tehlikenin bulunması halinde, işçiye iş sağlığı ve güvenliği kuruluna³⁶⁶ başvurmaksızın çalışmaktan kaçınma hakkı tanınmıştır³⁶⁷. Elbette bu özneliğin haklı gerekçeye dayanması gerekmektedir. Tehlikenin varlığı kanaati açısından ise herhalde işçinin deneyim ve eğitim durumu ile içinde bulunduğu koşullar dikkate alınacaktır³⁶⁸.

Avusturalya ve İsrail gibi birçok İngiliz milletler topluluğu (commonwealth) ülkesinde, bunların içinde sendika temsilcileri de dahil olmak üzere iş sağlığı ve güvenliği sorumlulukları almakla görevli insanların, işin durdurulması için açıklamalar yayınlama hakkı olup çalışmaktan kaçınma hakkını kullanma imkanı buralarda çok gelişmiştir³⁶⁹.

Kanunlarında ya da uygulamada m. 13 ve m. 19/f'e yer vermeyen ülkelerde ise güvenlik amiri veya amir pozisyonundaki herhangi birisinin kararı olmadıkça işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkı bulunmamaktadır. Cameron, Arnavutluk, Congo, Mısır,

³⁶⁴ Avusturalya, Avusturya, Belarus, Belçika, Bosna Hersek, Kanada, Hırvatistan, Küba, Danimarka, Finlanda, Fransa, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İrlanda, İtalya, Kazakistan, Latvia, Lüksemburg, Meksika, Hollanda, Norveç, Peru, Filipinler, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya Federasyonu, Sırbistan, Slovenya, İspanya, İsveç, Ukrayna, Birleşik Krallık. Bu hükümleri daha sınırlı olarak uygulayan (yürürlüğe koyan) ülkelere örnek olarak; Brezilya, Çin, Çek Cumhuriyeti, Pakistan (ki bu ülke söz konusu hakkı şirketlerin kendi iç politikası olarak sağladığını ifade etmektedir), Tunus, Amerika Birleşik Devletleri, Vietnam.

³⁶⁵ International Labour Conference, 98. Session, 2009, 50.

³⁶⁶ İş sağlığı ve iş güvenliği kurulları hakkında bilgi için bkz. EKMEKÇİ, İşyeri Örgütlenmesi, 64-78; AKIN, İşyerinin Örgütlenmesi, 4 vd.

³⁶⁷ SÜZEK, İşçilerin Hakları, 615; MOLLAMAHMUTOĞLU, Red Hakkı, 10.

³⁶⁸ SUR, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, 406.

³⁶⁹ International Labour Conference, 98. Session, 2009, 52.

İsrail, Japonya, Suudi Arabistan, Güney Africa ve İsviçre gibi ülkeler bu çerçevededir³⁷⁰. Kural olarak ülkemizde de işçinin kendi kararı ile çalışmaktan kaçınması mümkün olmamakla birlikte, yakın ve ciddi tehlikenin önlenemez olması durumunda işçinin kendi kararı ile çalışmaktan kaçınması mümkündür³⁷¹.

Cameron'da tehlikeli bir durum olduğunda ilk olarak kendi işverenlerini veya iş sağlığı veya güvenliği kurulunu durumdan haberdar etmeden çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçilerin iş sözleşmelerini ihlal etmiş sayılacağı kabul edilmektedir³⁷².

Çin'de işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmaları sadece tüm muhtemel acil önlemlerin alınmasından sonra hala tehlikenin devam etmesi halinde mümkündür. Fakat Macaristan'da tehlikenin doğrudan ve ciddi şekilde onların yaşamlarını, sağlıklarını ve fiziksel bütünlüğünü etkilemesi ile işverenin talimatlarının diğerlerini doğrudan ve ciddi olarak tehdit etmesine bağlıdır. Küba gibi diğer bazı ülkelerde ise özel olarak şartlarla ilgili soruşturmada işçinin yer alması gerekmektedir. Hollanda'da tehlikenin yakınlığı, tehdidin amirin zamanında yetişemeyeceğini hissedilebileceği kadar çok yakın olması olarak değerlendirilmektedir³⁷³.

İşçinin sıkı şekilde korunduğu ülkelerden Venezuela'da, çalışmaktan kaçınma hakkını durdurmak ya da durdurmaya teşebbüs etmek önemli yaptırımlarla sonuçlanır. Peru da buna benzer bir yaklaşımı benimsemiştir. Belarus, Mali ve Moldova Cumhuriyetlerinde çalışmaktan kaçınan işçilere alternatif bir iş önerilmesi ve ücretinin ödenmeye devam etmesi sağlanmaktadır. Yeni Zelanda ulusal yasalarına göre ise işçilerin haklı olarak

³⁷⁰ Aynı yöndeki diğer ülkeler için bak. International Labour Conference, 98. Session, 2009, 52'de dn. 188.

³⁷¹ Türk Hukukunda kanun koyucu, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kural olarak işçinin kendine değil, iş sağlığı ve güvenliği kurulu adı altında bir kurula, onun yokluğu halinde işverenin değerlendirmesine bırakmış olup, bu konu 2. Bölüm, §6, IV, 2, b'de incelenecektir.

³⁷² International Labour Conference, 98. Session, 2009, 52.

³⁷³ International Labour Conference, 98. Session, 2009, 51.

güvenlik veya sağlıkları açısından sorun olduğuna inanmaları durumunda, kolektif bir hak olarak greve gitme hakları bulunmaktadır³⁷⁴.

Görüldüğü üzere 155 sayılı ILO Sözleşmesi madde 5/e çerçevesinde koruma, sözleşmeye üye ülkelerin büyük çoğunluğunun iç hukuklarında bulunmaktadır³⁷⁵. Bununla birlikte sözleşmeyi onaylamamış olan bazı ülkelerin (Kanada, Fransa, Almanya, İngiltere ve Amerika gibi), bu sözleşmeye işlerlik kazandırdıkları, buna karşın söz konusu ülkelerin kanunlarında ve uygulamada madde 5/e'nin tam anlamıyla yansıtılmadığı görülmektedir. Örneğin Mauritusta'da, işçiler iyiniyetle iş sağlığı ve güvenliği gereklerini ihlal etmenin karşısında olduklarında, her türlü yargı veya disiplin cezalarından korunurlar. Ancak aynı koruma işçi temsilcileri için bulunmamaktadır³⁷⁶.

Honduras, Myanmar, Paraguay, Sri Lanka ve Zimbabve gibi küçük bir grup ülkede ise söz konusu haklar için hiç hüküm bulunmamaktadır³⁷⁷.

2. 89/391 sayılı Avrupa Birliği Çerçeve Yönergesi³⁷⁸

Avrupa Birliğinin 89/391 sayılı Çerçeve Yönergesi, işyerindeki işçilerin iş sağlığı ve güvenliğinin gelişmesini teşvik için alınması gereken başlangıç nitelikteki önlemleri düzenlemektedir. Genel prensiplerle mesleki risklerin önlenmesi, sağlık ve güvenliği koruma, risk ve kaza faktörlerini azaltma, müzakere, dengeli bir katılım, işçilerin eğitimi ve onların temsilcilerinin sözü edilen prensiplerin yürütümü için genel ilkeleri ve bu ilkelerle ilgili uygulama kurallarını içermektedir (89/391 sY. m. 1(2))³⁷⁹. Yönerge; endüstriyel, tarımsal, ticari, yönetim, servis, eğitim, kültürel vb. olmak üzere kamusal ve özel tüm sektörleri kapsamaktadır. Ancak silahlı kuvvetler ve polis teşkilatı gibi bazı özel kurumlar ayırık tutulmuştur (89/391 sY. m. 2).

³⁷⁴ International Labour Conference, 98. Session, 2009, 51.

³⁷⁵ International Labour Conference, 98. Session, 2009, 24.

³⁷⁶ International Labour Conference, 98. Session, 2009, 24.

³⁷⁷ International Labour Conference, 98. Session, 2009, 52.

³⁷⁸ [http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=31989L0391&model=guichett)

[lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=31989L0391&model=guichett](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=31989L0391&model=guichett), erişim tarihi: 19.08.2010.

³⁷⁹ BLANPAIN, 580.

İşçilerin işyerinde sağlık ve güvenliklerinin korunması ve iyileştirilmesi için gerekli önlemlerin uygulanması hakkında 89/391 sayılı Yönerge ile işçilerin sağlık ve güvenliklerini korumak, iş kazalarını önlemek için daha etkin önlemlere başvurulması, yeni ve bilimsel teknikler kullanılması, çalışanın herşeyden önce insan olduğu kabul edilerek işçi ve işveren temsilcilerinin bu konuda ortak çalışması ve bu çalışmalardan doğan giderlerin kesinlikle işçiye yansıtılmaması gerektiği, iş sağlığı hizmetlerini gerçekleştirmek için işletme içi önlemler yeterli olmuyorsa dışarıdaki uzman kurum ve kişilerden yardım isteme yoluna gidileceği vurgulanmaktadır (89/391 sY. m.7)³⁸⁰.

Yönerge, iş sağlığı ve güvenliği ile özel olarak sorumlu işçi temsilcilerine, diğer işçilerden farklı olarak, işçilerin tehlike halini sona erdirmek ve/veya tehlikenin kaynağını ortadan kaldırmak için işverenden uygun önlemler almasını isteme ve teklif sunma hakkı tanımıştır (89/391 sY. m. 11/III). İş sağlığı ve güvenliği ile özel olarak sorumlu işçiler ve iş sağlığı ve güvenliği ile özel olarak sorumlu işçi temsilcileri; güvenlik ve sağlığı önemli ölçüde etkileyen herhangi bir önlem aldıkları, işletmede mesleki riskleri önlemeye veya bu risklerden korunmaya yönelik etkinlikleri gerçekleştirdikleri, ilk yardım, yangın söndürme, işçilerin tahliyesiyle ilgili önlemleri uyguladıkları, işyerindeki iş sağlığı ve güvenliği riskleri, koruyucu ve önleyici önlemler hakkında bilgi sağladıkları, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili eğitim verdikleri, işçilere yönelik zararı azaltmak veya tehlike kaynaklarını yok etmek için uygun önlemler almayı istedikleri ve öneride bulduklarından dolayı hiçbir hak kaybı (dezavantaj) yaşamayacaklardır (89/391 sY. m. 11/IV). Söz konusu hükmün işyerinde işçilerin iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili iyileştirmeleri teşvik etmek için 155 sayılı sözleşmenin 5/e maddesi ile paralel olduğu görülmektedir. Hükmün işlerliğini sağlamak için işverenlerin, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin özel sorumluluğu bulunan işçi temsilcilerine herhangi bir ücret kaybı olmadan yeterli boş zaman vermesi ve söz konusu temsilcilere bu Yönergeden kaynaklanan diğer hak ve görevlerini uygulamak için gereken araçların sağlanması gerektiği (89/391 sY. m. 11/V) ile işçilerin/işçi temsilcilerinin işyerinde sağlık ve güvenliği garanti etmek için işveren tarafından alınan

³⁸⁰ TUNCAY, Alternatif Model, 84.

önlemleri ve araçları yetersiz bulmaları halinde, ulusal hukuk ve uygulamaya uygun olarak sorumlu bir üst makama başvurmaya yetkili oldukları kabul edilmiştir (89/391 sY. m. 11/VI).

İşyerinde ciddi, yakın ve kaçınılmaz bir tehlikenin varlığı halinde işçilere çalışmaktan kaçınma hakkı tanıyan hüküm ise 8. maddedir. 89/391 sayılı Çerçeve Yönerge, işverenin işyerinde iş sağlığı ve güvenliği için ciddi ve yakın tehlike altında olan veya olabilecek tüm riskler ve risklerden korunmak için alınan veya alınması gereken önlemler hakkında işçilere mümkün olan ilk zamanda bilgi vermesi gerektiğini (m. 8/III, a); ciddi, yakın ve kaçınılmaz tehlike altındaki işçilerin çalışmayı bırakmaları veya derhal işyerini terk ederek güvenli bir yere geçmeleri için işçileri harekete geçirmesi ve bu konuda işçilere gerekli talimatları vermesi gerektiğini (89/391 sY. m. 8/3, b); haklı sebeplere bağlı olarak istisnai durumlar hariç olmak üzere, işçilerden ciddi ve yakın tehlike hala devam ederken çalışmaya devam etmelerini talep etmekten kaçınması gerektiğini (89/391 sY. m. 8/III, c) hükme bağlamıştır. Bu doğrultuda olmak üzere, ciddi, yakın ve kaçınılmaz tehlike altında olan işçilerin, çalıştıkları yerlerden veya tehlike alanlarından ayrıldıklarında bu davranışlarından dolayı hiçbir hak kaybı (dezavantaj) yaşamamaları sağlanacak ve işçiler ulusal hukuk ve uygulamayla zararlı ve haksız her türlü sonuçtan korunacaklardır (89/391 sY. m. 8/IV). İşveren, ciddi ve yakın tehlike durumunda işçilerin kendi güvenlikleri ve/veya diğer insanların güvenlikleri için sorumluluk alabilmelerini ve böyle bir durumda yakındaki işveren vekiline ulaşılamazsa tüm işçilerin bilgi birikimlerini ve teknik araçları kullanarak tehlikenin sonuçlarından kaçınmak için uygun adımı atmasını sağlayacaktır (89/391 sY. m. 8/V). İşçilerin bu davranışları dikkatsizce ve ihmalkâr olmadıkça onlara hiçbir hak kaybı (dezavantaj) getirmeyecektir (89/391 sY. m. 8/VI).

Yönergede, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması için tehlikenin yakın ve ciddi olması yeterli görülmüş, yaşamsal olma şartı aranmamıştır. İşK. mülga m. 83 hükmünden farklılık taşıyan söz konusu hüküm, iş sağlığı ve güvenliği temel ilkeleriyle uyumludur. Nitekim İSGK. da İşK. m. 83'ü yürürlükten kaldırmış ve paralel bir

düzenleme olan 13. maddesinde çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması için tehlikenin yaşamsal olması koşulunu kaldırmıştır. Tehlikenin yaşamsal olması şartını aramayan Yönerge, tehlikenin yakın ve ciddi olmasının yanında kaçınılamaz da olmasını gerekli görmektedir. Bu noktada İSGK. m. 12 ve 13 ile 89/391 EEC m. 8'e uyum sağlandığı belirtilmelidir. Nitekim İSGK. m. 12 de ciddi, yakın ve önlenemeyen tehlikenin meydana gelmesi durumunda işverenin çalışanların işi bırakarak derhal çalışma yerlerinden ayrılıp güvenli bir yere gidebilmeleri için, önceden gerekli düzenlemeleri yapacağını ve çalışanlara gerekli talimatları vereceğini (İSGK. m. 12/1, a); işverenin çalışanların kendileri veya diğer kişilerin güvenliği için ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaştıkları ve amirine hemen haber veremedikleri durumlarda; istenmeyen sonuçların önlenmesi için, bilgileri ve mevcut teknik donanımları çerçevesinde müdahale edebilmelerine imkân sağlayacağını, böyle bir durumda çalışanların, ihmal veya dikkatsiz davranışları olmadıkça yaptıkları müdahaleden dolayı sorumlu tutulamayacağını (İSGK. m. 12/2) düzenlemiştir. Aynı şekilde, İSGK.'da işçinin kendi kararı ile çalışmaktan kaçınması için tehlikenin yakın ve ciddi olmasının yanında önlenemez olması da aranmıştır (İSGK. m. 13/3).

Bununla birlikte 89/391 sayılı Yönerge, işçilere İşK. mülga m. 83'te yer verilmeyen başka haklar daha tanımıştır. Buna göre işçiler, işle ilgili olan ve sağlık ve güvenliği etkileyebilecek her konuda bilgi alma, eğitim isteme ve eğitim alma, sağlık ve güvenliği ilgilendiren her konuda görüş belirtme ve karar alma, uygulama ve değerlendirme süreçlerine katılma ile bu süreçlere katılabilmek için seçme ve seçilme hakkına sahiptir³⁸¹. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunuyla söz konusu hakların hukukumuza da girdiğini ifade etmek yanlış olmaz.

X. İşverenin Devamlı İşçisi Olmayan İşçiler

1. Genel olarak

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13 ile yakın ve ciddi bir tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlara çalışmaktan kaçınma hakkı tanınmış olup, iş hukuku açısından bu

³⁸¹ BLANPAIN, 582.

çalışanlar, şüphesiz işverenin kendi işçileridir. Ancak işyerinde işverenin kendi işçisi olmayan işçiler de bulunabilir. Bu işçilerin kimler olabileceği ve söz konusu işçilerin, işverenin aralarında iş sözleşmesi bulunan işçiler arasında, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyma ve çalışmaktan kaçınma hakkını kullanma bakımından bir farklılığın bulunup bulunmadığı önem arz etmektedir.

Borç ilişkisi, sadece sözleşmeden doğan edim yükümlülüklerinden ibaret değildir. Sözleşme görüşmelerindeki yükümlülüklerden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo), sözleşmenin müsbet ihlali, sosyal temastan doğan borç ilişkileri, edim yükümlülüğü içermeyen ve sözleşmenin dışında borç ilişkisi kuran durumlar olarak karşımıza çıkmaktadır³⁸². Borç ilişkisinin sözleşmenin tarafları arasında hükümlerini doğurması, borçlar hukukunun temel ilkelerinden olmasına rağmen, modern borçlar hukuku yalnızca edim ilişkisi içerisinde olanlar üzerinde etki eden bir borç ilişkisi değildir³⁸³. Zira sözleşmelerin nisbiliği gereği, sadece tarafları bağlaması ve buna paralel olarak edim menfaatinin öne çıkması, özellikle sosyal muhtevalı hukuk ilişkilerinde ortaya çıkan sorunları hakkaniyete uygun olarak çözmekten uzak kalmıştır³⁸⁴. İş sözleşmesinden iş ilişkisine doğru bir gelişme yaşanmış olup, sosyal temas sonucu ortaya çıkan güven ilişkisi, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumu³⁸⁵ ile edimden bağımsız koruma yükümlülükleri gibi gelişmeler hukuki ilişkilere sosyal bir boyut kazandırmıştır. Böylelikle işverenin arasında iş sözleşmesi bulunmayan işçilerin; örneğin asıl işverenin, alt işveren işçilerinin işçilik haklarından sorumlu olması ya da geçici iş ilişkisi kurumunun sözleşme hukuku ile açıklanabilmesi mümkün olmuştur³⁸⁶.

³⁸² EREN, Borçlar Genel, 4. bası, 34; SEROZAN, 108 vd.

³⁸³ ATAMER Yeşim, Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararın Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini, Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan 1996, 102 vd.

³⁸⁴ AYDINLI, Sosyal Temas, 178.

³⁸⁵ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TANDOĞAN Haluk, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963, 314 vd. (Üçüncü Şahıs); KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, 22; AYDINLI, Sosyal Temas, 182-184.

³⁸⁶ AYDINLI, Sosyal Temas, 178-179; BAŞBUĞ, Borç İlişkisi, 70.

İşverenin işyerinde çalışmasına rağmen, işverenle aralarında iş sözleşmesi olmayan işçiler; alt işverenin işçileri ile geçici iş ilişkisi ile çalışan işçilerdir. Aşağıda adı geçen işçiler üzerinde durulacak olup, bu işçilerin yakın ve ciddi bir tehlike ile karşı karşıya kalması halinde çalışmaktan kaçınma hakkına sahip olup olmadığı incelenecektir.

2. Alt işverenin işçileri

a. Genel olarak

İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrasına göre “Bir işverenden işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt işveren ile birlikte sorumludur”³⁸⁷.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi üçlü bir ilişki olup, bu ilişkide asıl ve alt işveren olmak üzere iki ayrı işveren ve alt işveren işçileri bulunmaktadır. Diğer taraftan işyerinde bu ilişkiden bağımsız şekilde çalışan asıl işveren işçileri de mevcuttur. Asıl işveren ile alt işveren arasında iş sözleşmesi değil, eser, kira, taşıma vb. bir sözleşme bulunmakta; asıl işveren ile alt işverenin işçileri arasında sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Alt işverenin kendi işçileri karşısında ise işveren sıfatı vardır³⁸⁸.

³⁸⁷ Asıl İşveren-Alt İşveren ilişkisi hakkında bilgi için bkz. TAŞKENT Savaş, Alt İşveren, Legal İHSGHD, S.2, Nisan-Haziran 2004, Ankara 2006; GÜZEL Ali, İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl-Alt İşveren ilişkisinin Sınırları, ÇT, S. 1, 2004 (Alt İşveren); NARMANLIOĞLU Ünal, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluklar, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Saygı, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul 2008 (Asıl İşveren-Alt İşveren); CANBOLAT Talat, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, İstanbul 1992 (Alt İşveren); ŞAHLANAN Fevzi, Türk İş Hukukunda Alt İşveren, Mercek, Temmuz 1997; SOYER Polat, 4857 sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları, Sicil, Mart 2006; AYDINLI İbrahim, Görünürdeki İşlemler Açısından Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara 2008, 145 vd; AYKAÇ, 31 vd.

³⁸⁸ TAŞKENT, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 38-39; SÜZEK, İş Hukuku, 153.

Asıl işveren alt işveren ilişkisi var olduğu sürece; alt işverenin işçileri, asıl işverenin işyerinde çalışmakta, asıl işverenin ve alt işverenin işyerleri fiziksel olarak örtüşmektedir. Bu noktada öğretide alt işverenin işçilerini çalıştırdığı işyerinin ayrı ve bağımsız bir işyeri olarak değil, asıl işyeriyle bir bütün olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde görüşler bulunmaktaysa da³⁸⁹, öğretide hakim görüş ve Yargıtay alt işverenin işçileri çalıştırdığı işyerinin hukuki olarak asıl işverenin işyerinden bağımsız bir işyeri olduğunu kabul etmektedir³⁹⁰. Ancak alt işveren işçileri fiilen asıl işverenin işyerinde çalışmakta olup, alt işveren işçilerinin asıl işverenden bağımsız olduğunu ifade etmek mümkün değildir.

b. Asıl ve alt işverenin işçiyi gözetme borcundan sorumlulukları

Alt işverenin, işçileri üzerinde gözetme borcu bulunduğu şüphesiz olmakla birlikte, asıl işverenin alt işveren işçileri üzerinde gözetme borcunun olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Zira asıl işveren ile alt işveren işçileri arasında iş sözleşmesi bulunmamaktadır. Bu konuda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır.

Öğretide bir görüşe göre, alt işverenin işçileri ile asıl işveren arasında iş sözleşmesi bulunmadığı için işin görülmesiyle ilgili olarak asıl işverenin alt işveren işçilerine talimat vermesi mümkün değildir. Ancak alt işverenin özellikle iş sağlığı ve güvenliği

³⁸⁹ CENTEL Tankut, Alt İşverenlere Ait İşkolu Tespitleri, TİSK Akademi Dergisi, C. I, S. II, 2006, 9-10; ÖZVERİ Murat, Alt İşveren Uygulaması ve Yeni İş Yasası, Legal İHSGHD, Nisan-Mayıs-Haziran 2004, 399; ŞEN Sabahattin, Alt İşverenlik ve Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Verilmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 10, 2006/3.

³⁹⁰ TUNCAY Can, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Uygulamada Toplu İş Sözleşmeleri Grev ve Lokavt Semineri, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası, Bolu-Abant 16-19 Mayıs 1991, 72 vd. (Asıl İşveren-Alt İşveren); GÜZEL, Alt İşveren, 38; ÇELİK Nuri, Alt İşveren İşçilerinin Asıl İşverenle Yapılan Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanamayacağı Konusundaki Yargıtay Kararı Üzerine, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997, 73 vd; CANBOLAT Talat, Alt İşveren Kavramı ve Uygulama Sorunları, TÜHİS, C. 14, S. 2-3, Mayıs-Ağustos 1997, 17; DOĞAN YENİSEY, İşyeri, 26; AKIN, Maddi Tazminat, 235; EKMEKÇİ, İSG Uygulamaları, 62.

ile ilgili davranışlarıyla alakalı olarak asıl işveren, alt işveren işçilerine talimat verebilir ve alt işveren işçileri bu talimatlara uymak zorundadır³⁹¹.

Konuya alt ve asıl işverenin işyerlerinin varsayımsal olarak ayrı işyerleri olduğundan yola çıkan görüş, iki işverenin işyerlerinin ayrı olduğunun kabulünün sadece tescil için olduğunu, buradan hareketle asıl işverenin hiçbir iş sağlığı ve güvenliği önlemi almayacağını kabulün mümkün olmadığını, işyerinin gerçek sahibinin asıl işveren olduğunu, alt işverenin asıl işverenin fiziki birimi içinde bir yerde çalıştığını belirtmektedir³⁹².

Diğer bir görüş ise alt işverenin asıl işverenin işyerinde çalışması ve asıl işverenle sosyal temas içinde bulunması sonucunda, alt işveren işçileri ile asıl işveren arasında iş sözleşmesinin meydana getirdiği edim yükümlerinden bağımsız bir şekilde koruma yükümlünün doğduğunu, edimden bağımsız koruma yükümlünün bir davranış yükümü getiren borç ilişkisi oluşturduğunu, bu davranış yükümlerinin edim ilişkisinden bağımsız olduğunu belirtmektedir. Aynı yazar, bazı durumlarda bu bağımsızlığın yitirilerek, sözleşme ilişkisinin içine dahil olduğunu, davranış yükümlerinin yan edim yükümlülüğü katına çıkmasının ya kanun hükmü ya da irade serbestisi içinde sözleşme ile olabildiğini, iş sözleşmesinden doğan bir yan edim yükümü olan işçiyi gözetme borcunun, kanun hükmü gereği (şimdi TBK. m. 417/ 818 sK. m. 332 gereği) yan edim yükümü durumuna geldiğini; ancak kanun hükmü ile getirilen koruma yükümlülüğünün, sözleşme dışında da olduğunu, alt işveren işçisinin asıl işverenin işyeri çevresine dahil olması nedeniyle meydana gelen sosyal temastan dolayı TMK. m. 2 gereği bazı yükümlülükler öngörüldüğünü belirtmiştir³⁹³.

³⁹¹ EKMEKÇİ, İSG Uygulamaları, 61; ÇANKAYA Osman Güven, Türk İş Hukukunda Alt İşveren Kavramı Uygulamada Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Bazı Sorunlar, Kamu-İş, Yargıç Doktor Aydın Özkul'a Armağan, C. 6, S. 4, 2002, 19.

³⁹² EKMEKÇİ, İSG Uygulamaları, 61-62.

³⁹³ BAŞBUĞ, Borç İlişkisi, 68.

Özetle bu görüş, bir kimsenin belirli bir kimseyle “sosyal temas” kurduğu zaman, somut bir zarardan koruma yükümü doğduğunu, söz konusu sosyal temasın mutlaka hukuki işlem kurma amacı gütmesi gerekmeyip, hukuken korunmaya değer bir amaca yönelmesinin yeterli olduğunu, kurulan güven ilişkisinin edim ilişkisinden bağımsız borç ilişkisini meydana getirdiğini, böylece edim ilişkisi dışında sözleşmesel sorumluluk hukuku ilkelerine başvurulabileceğini kabul etmektedir³⁹⁴.

Farklı bir yazara göre ise alt işveren işçilerinin çalıştıkları işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasında hukuken yetkili ve fiziken etkili işveren asıl işverendir. Alt işveren fiziken ve hukuken yetkisizdir. Bu sebeple alt işverene asıl işverenin işyerinde, çalışan işçilerine karşı mutlak koruma yükümlülüğü yüklemek hakkaniyete dayalı yetki sorumluluk ilkesine aykırıdır. Buna karşın işçinin asıl işverenin işyerinde çalışması nedeniyle ortaya çıkan sosyal temasın³⁹⁵ doğurduğu borç ilişkisine dayanarak asıl işverenden talepte bulunması yerindedir. Gerek TMK. m. 2’de gerek SSK. m. 87’de (5510 sK’da m. 12/6) bir başka işverenin işyerinde çalışan alt işveren işçisinin iş kazası sonucunda ölmesi ya da yaralanması sonucunda açılacak tazminat davasında, alt işverenin sorumlu tutulması sorumluluk ilkelerine aykırıdır. Bununla birlikte kanuni düzenlemelerin asıl işvereni alt işveren gibi aynı oranda müteselsilen sorumlu tutması doğrudur. Ancak bu düzenlemede asıl işverenin müteselsil sorumlu değil, alt işveren işçisi ile girdiği sosyal temas sonucu oluşan borç ilişkisi gereği, borç ilişkisinin işveren tarafı olarak sorumlu tutulması gerekmektedir³⁹⁶.

Aksi yönde görüş ise İş Kanununun düzenlediği asıl işveren-alt işveren ilişkisinde, asıl işverenin sorumluluğunun bağımsız ve sınırsız bir sorumluluk olmayıp, alt işverenin sorumluluğuna bağlı sınırlı bir sorumluluk olduğunu, görüş sahiplerinin öne sürdükleri

³⁹⁴ SEROZAN, 123; BAŞBUĞ, Borç İlişkisi, 70.

³⁹⁵ Asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkide sosyal temas; alt işveren işçisinin, her ne kadar işvereni alt işveren olsa da, asıl işverenin işyerinde çalışmakla, hem maddi hem de manevi değerlerinin asıl işverenin hukuki tasarruf alanı olan işyerine dahil etmesi anlamına gelmektedir, AYDINLI, Kaçınma Hakkı, 20. Sosyal Temas kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AYDINLI, Sosyal Temas, 27-30.

³⁹⁶ AYDINLI, Sosyal Temas, 180-182. Bu konuda doktrindeki farklı görüşlerin ayrıntıları için bkz. AYKAÇ, 228-232.

şekilde asıl işverenle alt işveren işçileri arasında bir borç ilişkisi bulunduğu kabul edilirse, bir iş ilişkisinin bütün yönleriyle bu varsayımlı ilişkiye de uygulanmasının kaçınılmaz olacağını, böylece İş Kanununun öngördüğü sınırlı sorumluluk yanında sınırı ve kapsamı belli olmayan, önceden kestirilmesi mümkün olmayan ikinci katmerli bir sorumluluğun da asıl işverene alt işveren çalıştırması dolayısıyla yüklenmesinin gerekeceğini, bu sonucun İş Kanunundaki düzenlemeyle bağdaşmasının mümkün olmadığını belirtmiştir³⁹⁷.

Kanaatimizce de alt işverenin kendi işçileri ile arasında iş sözleşmesinin varlığı, asıl işverenle alt işveren işçileri arasında iş sözleşmesi bulunmasa da aralarındaki sosyal temas sebebiyle işyerinde iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmesi ve herhangi bir zarar halinde müteselsilen sorumlu olması yerindedir. Bu noktada öğretilde alt işverenin asıl işverenin işyerinde hukuken ve fiziken yetkisiz olduğu yönündeki görüşe katılmamız mümkün değildir. Alt işverenin işçilerini çalıştırdığı yer, asıl işverenin işyerinin içinde olmakla birlikte, burası hukuken alt işverenin ayrı işyeridir. Diğer taraftan geçici iş ilişkisinden farklı olarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinde alt işverenin işçileri emir ve talimatlarını alt işverenden almakta ve işçiler asıl işverenin işyerinde çalıştığı sürece alt işveren, kendi işçilerinin başında bulunmaktadır. Dolayısıyla alt işveren, işçileri üzerinde fiziken de yetkilidir. Buna karşın işyerinde bir alt işveren de bulursa, neticede yapılan işten yarar sağlayacak kişi, asıl işverendir. Alt işverenin işçileri asıl işverenin işini, asıl işverenin işyerinde yapmaktadır. Alt işverenin ayrı işyeri sayılsa da aslında işyerinin tamamı asıl işverenin işyeridir. Asıl işveren, alt işverenin işçileri ile sosyal temas içindedir. Asıl işverenin istediğinde alt işveren işçilerine müdahale imkanı vardır.

Nitekim öğretilde bir yazar Bilim kurulunun, Kanunun hazırlık çalışmalarını yaptıkları sırada, ilgili maddede; işyerinin bir bölümünde veya eklentilerinde işin alt işveren aracılığı ile yürütülmesinin işverenin bu yükümlülüklerini ortadan kaldırmayacağı yönünde bir hükmün önerildiğini, öneri kabul edilseydi işverenin alt işveren çalıştırdığı

³⁹⁷ NARMANLIOĞLU, Asıl İşveren-Alt İşveren, 64.

işlerde de gereken her türlü önlemi alacağına tereddütsüz gerçekleşmiş olacağını, kendisinin bu hükmün getirilmesi için çaba sarf ettiğini, ancak bunun yasalaşmadığını ifade etmiştir³⁹⁸.

Kanun koyucu iş sağlığı ve güvenliği konusunda geçici iş ilişkisinde, geçici işveren için de sorumluluk öngörmüş olmasına rağmen alt işverenle ilgili 2. maddeyi düzenlerken, benzeri bir güvence öngörmemiştir. Bu yönde bir hükmün getirilmesi, aslında alt işveren işçileri kadar asıl işverenin de yararına. Zira bir iş kazası olduğunda, rücu tazminatından (SSK m. 26/ şimdi SSGSSK m. 21) ve maddi-manevi tazminattan asıl işverenin de sorumluluğu bulunmaktadır. Oysa iş sağlığı ve güvenliği önlemleri almak konusunda asıl işveren açısından da gözetme borcu öngörülmesi halinde, asıl işverene sorumluluktan kurtulma şansı verilmiş olacaktır³⁹⁹.

İngiliz Hukukunda iş sağlığı ve güvenliğinin yasal çerçevesini çizen 1974 tarihli İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası da işverenlerin işyerinde yürüttükleri işlerin bir parçası olarak başka bir işverene iş vermeleri durumunda, işverenin kendisine bağlı olarak çalışmayan işçilere karşı da iş sağlığı ve güvenliği konusunda yükümlülükleri ve sorumluluğu olduğunu düzenlemiştir (Section 3(1))⁴⁰⁰. Bu noktada başka bir işverene verilen işin işverenin işinin bir parçası olarak kabul edilebilmesi için işin asıl işverenin işyerinde yapılması gerekmektedir⁴⁰¹.

1999 tarihli İngiliz İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetimi Kanunu, işverenlerin kendi istihdamında olmayanların karşı karşıya oldukları, kendi işinin yürütümüyle bağlantı içinde veya dışında olmaktan kaynaklanan risklere yönelik, uygun ve yeterli bir risk değerlendirmesi yapmak zorunda olduğunu düzenlemiştir (m. 3/I, b). Diğer taraftan aynı Kanunun 11. maddesinde iki veya daha fazla işveren aynı işyerini (geçici veya kalıcı

³⁹⁸ SÜZEK Sarper, Uluslar arası ve Ulusal Hukuk Sisteminde İşyeri Hekimliği Sempozyumu (Tartışmalar), Türk Tabipler Birliği Bildiriler, Ankara 2003, 125-126 (İşyeri Hekimliği).

³⁹⁹ GÜZEL, İşyeri Hekimliği, 150.

⁴⁰⁰ JAMES Phil/JOHNSTONE Richard/QUINLAN Micheal/WALTERS David, Regulating Supply Chains to Improve Health and Safety , Industrial Law Journal, Vol. 36, No. 2, Haziran 2007, 170.

⁴⁰¹ JAMES/JOHNSTONE/QUINLAN/WALTERS, 171.

olarak) paylaştıklarında her bir işverenin, yasal yükümlülüklerini yerine getirmek için gerektiği düzeyde birbiri ile işbirliği yapmak zorunda olduğu, aynı işyerini paylaştıkları yerde alınacak tedbirleri koordine etmek için makul adımlar atmak durumunda oldukları, işverenlerin işin yürütümüyle bağlantı içinde olmaktan kaynaklanan risklerle karşı karşıya bulunan işçilerin işverenlerini bilgilendirmek zorunda oldukları belirtilmiştir⁴⁰².

Fransız Hukukunda ise asıl işverenin sorumluluğu daha dar tutulmuş olup, asıl işverenin alt işveren işçilerinin haklarından sorumluluğu, müteselsil sorumluluk niteliğinde değildir⁴⁰³. Alt işveren işçilerinin işi asıl işverenin işyerinde değil de farklı bir yerde görmesi halinde, asıl işverenin sorumluluğu bakımından farklılık bulunmaktadır. İşin asıl işverenin işyerinde yerine getirilmemesi durumunda asıl işverenin iş kazası ve meslek hastalığından sorumluluğu öngörülmemiştir⁴⁰⁴.

ILO'nun 1986 tarihli 162 sayılı Asbest Sözleşmesi ise birden fazla işverenin eş zamanlı olarak aynı işyerinde bulunmaları durumunda öngörülen önlemlerin alınması için bu işverenlerin birlikte (koordineleri olarak) çalışmalarını gerektiğini; ancak bu birlikte çalışmanın her bir işverenin kendi işçilerine karşı iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini ortadan kaldırmadığını düzenlemekte (m. 6/II)⁴⁰⁵, ILO'nun 1988 tarihli 167 sayılı İnşaat Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliği Sözleşmesinde işveren tanımı içinde "müteahhit, asıl işveren ve alt işveren" de yer almaktadır (m. 2/e, ii)⁴⁰⁶.

Nitekim İŞK. m. 2/7, asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumlu olacağını düzenlemiştir.

⁴⁰² <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/1999/3242/contents/made>, 20.06.2011.

⁴⁰³ OLIVIER, 84, AYKAÇ, 76'dan naklen.

⁴⁰⁴ OLIVIER, 84-85; CLAVIERE/LAFARGE/SCHIELE, 39; AYKAÇ, 76 ve 206-207'den naklen.

⁴⁰⁵ ILO'nun 162 sayılı Asbest Sözleşmesi için bkz. <http://actrav.itcilo.org/actrav-english/telearn/osh/legis/c162.htm>, 28.06.2011.

⁴⁰⁶ <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C167>, 07.07.2011.

c. Alt işveren işçilerinin çalışmaktan kaçınma hakkı

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13 ile İşK. mülga m. 83 arasında birtakım farklılıklar bulunmaktaysa da, her iki hükümde de işyerinde çalışan başka işveren işçileri için özel bir hüküm yer almamaktadır. Öğretide başka işyerinden çalışmak üzere değişik çalışma ilişkileri ile gelen alt işveren işçileri ile ödünç ya da geçici işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkından yararlanıp yararlanamayacağı belirsiz olduğu, zira İSGK. ile diğer işyerinden gelen çalışanlar için bazı hükümlere ayırık düzenlemeler getirildiği, oysa çalışmaktan kaçınma hakkında böyle bir düzenleme bulunmadığı, ayırık düzenlemeler bulunmasaydı, çalışanlar deyimi içinde bu kişilerin de olduğunun söylenebileceği, ancak bu haliyle diğer işveren işçilerinin çalışmaktan kaçınma hakkından yararlanıp yararlanamayacağına ilişkin belirsizliğin giderilmesi için tasarının (şimdi İSGK'nın) ilgili maddesine bir fıkranın daha eklenmesi gerektiği belirtilmiştir⁴⁰⁷.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun bazı hükümlere başka işveren işçileri için ayırık düzenlemeler getirip, çalışmaktan kaçınma hakkında özel bir hüküm getirmemiş olmasının tartışma yaratacak nitelikte olduğuna katılmaktayız. Bu sebeple öğretide ifade edildiği gibi çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin 13. maddeye bir fıkranın daha eklenerek, başka işveren işçilerinin de madde kapsamında olduğunun belirtilmesi yerinde olacaktır. Ancak, hükmün ayırık düzenleme getirmemiş olmasının işyerinde çalışan başka işveren işçileri açısından çalışmaktan kaçınma hakkını ortadan kaldırdığını kabul etmenin mümkün olmadığı, dolayısıyla 4857 sK. mülga m. 83'ün yürürlükte olduğu dönemde yapılan yorumların bugün de geçerli olduğu kanaatindeyiz. Bu sebeple aşağıda söz konusu görüşlere yer verilecektir⁴⁰⁸.

Alt işveren işçilerinin asıl işverenin işyerinde çalışmalarından kaynaklanan sosyal temas, borç ilişkisi oluşturmakta ve bu borç ilişkisinin doğurduğu güven ilişkisi ise asıl işverene, alt işverenin işçileri üzerinde koruma yükümlülüğü getirmektedir. Nitekim İşK. m. 2 ve 5510 sK. m. 12/6 (SSK.'da m. 87/1) asıl işverene alt işveren işçilerine karşı

⁴⁰⁷ AYDINLI, İSGK Tasarısı, 23.

⁴⁰⁸ Bu yorumların 4857 sK. döneminde ifade edildiği, yazarların İSGK. m. 13'ü farklı yorumlamalarının mümkün olduğu belirtilmelidir.

iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alma yükümlülüğü getirmektedir. Dolayısıyla asıl işveren işyerindeki yakın, acil ve hayati (şimdi yakın ve ciddi) tehlike durumunda asıl işveren işçilerinin çalışmaktan kaçınma hakkından yararlanabilmesi gibi alt işveren işçilerinin de asıl işverene karşı (İSGK. m. 13'deki/ İşK. mülga m. 83'deki) bu haklardan yararlanabilmeleri gerekmektedir⁴⁰⁹.

Sistematiğ ve amaçsal yorum yöntemine göre de alt işveren işçilerinin çalıştıkları işyerinde bir tehlike durumunda, alt işveren işçileri çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmelidir. Kanunun bir maddesinin yorumu, o maddenin içinde yer aldığı kanunun diğer maddeleri ile bağlantılıdır. Asıl işveren-alt işveren iş ilişkisinin düzenlendiği kanun maddelerine bakıldığında, asıl işverenle alt işverenin işçileri arasında bir sözleşme ilişkisinden bahsetmek mümkün değilse de; İş Kanununun asıl işveren-alt işveren ilişkisini düzenleyen m. 2/VI hükmünde "Bu ilişkide asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt işverenle birlikte sorumlu" olduğu; 5510 sK'da m. 12/6 (SSK. m. 87/I) da asıl ve alt işverenin ortak sorumluluklarının bulunduğu düzenlenmiştir. Bu durumda aralarında iş sözleşmesi olmadan işyerinde çalışan işçilere karşı, alt işverenin yerine getirmesi gereken koruma yükümlülükleri ihlal edildiğinde, İSGK. m. 13'de (İşK. mülga m. 83'de) düzenlenen çalışmaktan kaçınma hakkının, alt işveren işçileri tarafından da işyerlerinde çalıştıkları işverenlere karşı kullanılması, kanunun sistematiğ yorumlanması ilkesine uygundur. Zaten dürüstlük kuralı da bunu gerektirmektedir. İşyerinde çalıştıkları işverenle sosyal temasa giren işçiler, dürüstlük kuralı gereği, iş sağlığı ve güvenliğinin korunmasına ilişkin taleplerinde haklılardır. Adı geçen işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkından yararlanmalarının temeli dürüstlük kuralına dayanmaktadır⁴¹⁰.

⁴⁰⁹ AKIN, III. Yılında İş Yasası, 322; AYDINLI, Kaçınma Hakkı, 22-23.

⁴¹⁰ AYDINLI, Kaçınma Hakkı, 26; TOPUZ, 493.

Çalışmaktan kaçınma hakkı ile amaçlanan, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin tesis edilemediği hallerde, işçilerin çalıştırılmayarak yaşama haklarının korunmasıdır. Bu noktada korunması hedeflenen işçilerin işverenin işçisi ya da başka işveren işçisi olmasının önemi bulunmamaktadır. Yaşama hakkı anayasal bir hak olup, bu hak herkes için geçerlidir. İşyerinde yakın ve ciddi bir tehlikenin varlığı halinde yan yana makinalarda aynı tehlikeye maruz kalan iki işçiden biri işverenin işçisi, diğeri alt işveren işçisi olduğu gerekçesiyle çalışmaya devam etmek zorunda bırakılamaz.

3. Geçici İş İlişkisi Kurulan İşçiler

a. Genel Olarak

İş Kanuna göre *“İşveren devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi; holding bünyesi içinde veya aynı Şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi kurulmuş olur”* (İşK. m. 7/I)⁴¹¹.

İş Kanununda geçici iş ilişkisi olarak adlandırılan bu ilişki, Türk Hukukunda, Alman Hukukunun da etkisiyle başlangıçta ödünç iş ilişkisi olarak isimlendirilmekteydi⁴¹². İş Kanunu tasarısını hazırlayan Bilim Kurulu da “ödünç iş ilişkisi” terimini tercih etmişti. Ancak 4857 sayılı İş Kanunu Tasarısının Meclisteki görüşmeleri esnasında “ödünç” kelimesinin işçinin şahsına zarar verebileceği yönünde eleştiriler yapıldığından “geçici iş ilişkisi” kavramı tercih edilmiştir⁴¹³. “Geçici iş ilişkisi” terimi, ödünç iş ilişkisine ait olan “geçici bir süre için işçi verilmesi” unsurunu taşıdığı ancak, ilişkiyi tam olarak ifade edemediği⁴¹⁴, Kurumun sadece geçiciliğine vurgu yaptığı, ancak içeriğini anlatmaktan uzak kaldığı gerekçeleriyle eleştirilmiştir⁴¹⁵. Bununla birlikte, yapılan

⁴¹¹ Bu konuda kararlar için bkz. TAŞKENT/SARIBAY ÖZTÜRK/MUTLAY, 175-176.

⁴¹² CANIKLIOĞLU, Geçici İş İlişkisi, 123.

⁴¹³ EYRENCİ, Yeni Düzenlemeler, 29.

⁴¹⁴ AKYİĞİT, Ödünç İş İlişkisi, 27-28.

⁴¹⁵ CANIKLIOĞLU, Geçici İş İlişkisi, 123; Tuncay ise değişikliğin isabetli olduğu kanaatindedir, TUNCAY Can, İş Kanunu Tasarısındaki Ödünç İş İlişkisi ve Eleştirisi, Mercek, Y. 8, S. 30, Nisan 2003, 75 (Ödünç İş İlişkisi).

değişikliğinin yerinde olduğu kanaatindeki bir yazara göre de, maddenin bu başlığı Dünya’da kullanılan genel terminolojiye uygundur. Zira Almanca konuşan ülkeler dışında kalan pek çok dünya ülkesinde ödünç iş ilişkisi yerine artık geçici işçilik sözcüklerinin karşılığı olan kavramlar kullanılmaktadır. Öte yandan bu tabir geçici iş ilişkisinin geçicilik özelliğini de vurgulamaktadır. Öğretide farklı terimler kullanılmakla birlikte Kanunun geçici iş ilişkisi terimini kabul etmesi sebebiyle biz de ilişki için geçici iş ilişkisi, ilişkinin tarafları için ise geçici işçi, geçici işveren ve sürekli işveren kavramlarını kullanmayı tercih ettik.

Geçici iş ilişkisi⁴¹⁶ üç taraflı bir ilişki olup, sürekli işveren ödünç verdiği işçi açısından işin görülmesini isteme hakkını bir diğer işverene belirli bir süre için devretmektedir. Geçici işveren ise yine belirli bir süre için ödünç aldığı işçiden kendi işinin görülmesini isteme hakkına sahip olmaktadır⁴¹⁷. İşçinin sürekli işverenle arasında iş sözleşmesi bulunduğu hususunda tereddüt bulunmamakla birlikte, geçici işverenle geçici işçi arasında bir iş sözleşmesi yoktur⁴¹⁸. Geçici işveren ile işçi arasındaki ilişkinin temelini ödünç veren ile ödünç alan işverenler arasındaki “geçici işçi sözleşmesi” oluşturmaktadır⁴¹⁹. Bu ilişki bağlamında geçici işverenle geçici işçi arasındaki ilişki adeta bir iş ilişkisidir. Zira İşK. m. 7 gereği, İş Kanunundan doğan birçok hak ve yükümlülük iki işveren için de geçerlidir. İşK. m. 7/I’e göre, geçici iş ilişkisi kurulan işveren işçiye talimat verme hakkına sahiptir. İSGK. m. 17/6’ya göre de geçici iş ilişkisi kurulan işveren, iş sağlığı ve güvenliği risklerine karşı çalışana gerekli eğitimin verilmesini sağlar. Kural olarak iş sağlığı ve güvenliği konularında eğitim verme yükümlülüğü, her işveren için kendi işyerinde çalışan işçilerle sınırlı olmakla birlikte,

⁴¹⁶ Ödünç iş ilişkisinin genel ve teorik anlamına ilişkin bilgi için bkz. SOYER Polat, İşçinin Bir Başka İşverenin Yanında Çalışması ve Bireysel İş Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar, Yasa Hukuk Dergisi, C. III, S. 3, Mart 1980, 339vd. (Başka İşverenin Yanında Çalışma); AKYİĞİT, Ödünç İş İlişkisi, 11-80; ENGİN Murat, İşverenin İşin Görülmesini İsteme Hakkının Devri: Ödünç İş İlişkisi, İş Hukuku Dergisi, C. 1, S. 3, Temmuz-Eylül 1991, 335 vd. (Ödünç İş İlişkisi); ODAMAN Serkan, Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, İstanbul 2007, 23 vd. (Ödünç İş İlişkisi).

⁴¹⁷ SOYER, İş Görme, 100-101; ULUCAN, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 118; ODAMAN, Ödünç İş İlişkisi, 16; ENGİN, Ödünç İş İlişkisi, 335; AYDINLI, Kaçınma Hakkı, 22-23.

⁴¹⁸ ULUCAN, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 116-117; CANIKLIOĞLU, Geçici İş İlişkisi, 126.

⁴¹⁹ AKYİĞİT, Ödünç İş İlişkisi, 90; CANIKLIOĞLU, Geçici İş İlişkisi, 126; ODAMAN, Ödünç İş İlişkisi, 16; AYDINLI, Sosyal Temas, 189; geçici işçi ile geçici işveren arasında bir iş sözleşmesinin bulunduğu dair aksi yöndeki görüş hakkında bilgi için bkz. AKYİĞİT, Ödünç İş İlişkisi, 120-121.

geçici iş ilişkisinde istisnai bir hal bulunmakta, işverenin bu yükümlülüğü geçici işçiler için de geçerli olmaktadır. Kanun ile ortaya konmuş bu istisna, “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik⁴²⁰” m. 4/III’de de tekrarlanmıştır. İşK. m. 7/III ise geçici iş ilişkisi kurulan işverenin, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden işveren ile birlikte sorumlu olduğunu düzenlemiştir.

Konu İş Kanunumuzda düzenlenmeden evvel, Avrupa Birliği mevzuatında 25/6/1991 tarihli 91/383 sayılı “Belirli Süreli İş İlişkisi veya Ödünç İş İlişkisi İle Çalışan İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliğinin İyileştirilmesinin Teşvikine İlişkin Yönerge” ile düzenlenmiştir. 91/383 sayılı Yönerge, belirli süreli ve geçici iş ilişkisine dayalı olarak çalışanların özel durumlarını ve belirli sektörlerde karşı karşıya kaldıkları riskleri dikkate alarak bu işçilerin hem iş sağlığı ve güvenliği açısından hem de çalışma şartları bakımından çalıştıkları işletmenin ya da ödünç verildikleri işletmenin diğer ve/veya devamlı işçileriyle aynı düzeyde korumadan yararlanmalarını sağlamayı amaçlamaktadır⁴²¹. Yönerge bu sektörlerde karşılaşılan özel risklerden ötürü işçilerin özellikle iş sağlığı ve iş güvenliğine ilişkin konularda bilgilendirilmesine, eğitimine ve sağlık kontrolünden geçirilmesine yönelik ilave kurallar getirmiş, bu işçilerin işyerindeki diğer işçilere sağlanan koruyucu malzeme yönünden aynı olanaklara sahip olmalarını öngörmüştür⁴²².

Nitekim 4857 sayılı İş Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra, 91/383/EEC sayılı Avrupa Birliği Konsey Yönergesi dikkate alınarak ve bu Yönergeye karşılık olmak

⁴²⁰ RG. 25426, 07.04.2004.

⁴²¹ USEN Şelale, 2008/104 EC sayılı Ödünç İş İlişkisine İlişkin AB Yönergesinin Getirdiği Yeni Düzenlemelerin Türkiye Açısından Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 26, 2010/3, 173-174.

⁴²² <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31991L0383:en:HTML> (28.07.2011); bilgi için bkz. DERELİ Toker, Batı Avrupa’daki Uygulamalar Işığında Dönemsel (Geçici) Çalışma ve Türkiye Üzerine Düşünceler, İşveren Dergisi, Eylül 2005; , http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=1219&id=68 (28.07.2011); ABACIOĞLU Peyman Ceyda, Avrupa Birliği Normları Çerçevesinde Geçici İş İlişkisi, İstanbul 2006, Yüksek lisans Tezi, <http://www.belgeler.com/blg/18c6/avrupa-birligi-normlari-cercevesinde-gecici-is-iliskisi-temporary-work-relation-in-the-frame-of-european-union#> (28.07.2011).

üzere hazırlanan Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik; geçici işverenin, çalıştırdığı geçici işçilere, işyerinde sağlık ve güvenliklerinin korunmasını içeren çalışma koşulları bakımından aynı işyerinde çalışan diğer işçilere sağladığı düzeydeki korumayı sağlayacağını, özellikle kişisel koruyucu donanımlara erişim açısından farklı uygulamada bulunamayacağını (m.4); geçici işçilere, çalışmaya başlamadan önce yapacakları işin ne olduğuna dair, bu işte karşılaşılabilecek özel riskler hakkında gerekli bilgilerin verilmesini sağlayacağını, bu bilgilerin özellikle, yapılacak işin gerektirdiği mesleki bilgi, yetenek ve tecrübe ile yapılması gerekli tıbbi muayene ve tetkikleri içereceğini, iş nedeniyle ortaya çıkabilecek ilave özel risklerin açıkça belirtileceğini (m. 5); geçici işçilerin, bilgi ve tecrübelerini de dikkate alarak, yapacakları işin niteliğine uygun yeterli eğitim almalarını sağlayacağını (m. 6); sağlık ve güvenlik yönünden özel tehlike bulunan ve özel sağlık gözetimi gerektiren işlerde, geçici işverenin geçici işçilerin, işin gerektirdiği özel sağlık gözetimine tabi tutulmalarını sağlayacağını ve bu özel sağlık gözetiminin, gerekli olduğu durumlarda, işçinin sözleşme süresinin sona ermesinden sonra da sürdürüleceğini (m. 7); işyerinde sağlık ve güvenlikle ilgili koruyucu ve önleyici hizmetlerin yerine getirilmesi için görevlendirilen kişiler veya dışarıdan hizmet alınan kişi veya kuruluşların, geçici işçilerle ilgili olarak bilgilendirileceğini ve söz konusu işçilerin de diğer işçilerle birlikte sağlık ve güvenliklerinin sağlanması için gerekli çalışmalar yapılacağını (m. 8); işçiyi ödünç veren işveren ile birlikte ödünç alan işverenin, görev süresinden ve işin yapılması ile ilgili koşullardan sorumlu olacağını, burada ifade edilen işin yapılması ile ilgili koşulların, iş sağlığı ve güvenliği ve hijyen konuları ile sınırlı olduğunu düzenlemiştir (m. 10). Dolayısıyla geçici işçilerle işverenin devamlı işçileri arasında iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması ve bilgilendirme hususlarında AB mevzuatı ile hukukumuzun uyumlu olduğunu söylemek mümkündür.

b. Geçici ve sürekli işverenin işçiyi gözetme borcundan sorumlulukları

Geçici iş ilişkisinde, işçi kendi işverene ve işyerine tamamen yabancı bir başka işverenin yanında çalıştığından, işin görülmesi için gereken organizasyon ve koşulların sağlanması, işçiyi fiilen çalıştıran, ona emir ve talimat veren işverenin

yükümlülüğündedir⁴²³. Bu çerçevede, geçici iş ilişkisinde işçinin ödünç verildiği süre boyunca, işçiyi gözetme borcunu kimin ya da kimlerin taşıyacağı, iş sözleşmesinin tarafı olma sıfatıyla ödünç verenin tek sorumlu olmaya devam mı edeceği yoksa sürekli işverenle birlikte ya da bağımsız olarak işçiyi ödünç alıp fiilen çalıştıran geçici işverenin mi sorumlu olacağı 4857 sayılı Yasa döneminde de öncesinde de tartışılmıştır. Bu sorunun çözümü taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliği ile yakından ilgilidir.

Geçici işverenle geçici işçi arasındaki hukuki ilişkinin niteliği konusunda öğretide sosyal temas, amaç ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme görüşleri ileri sürülmüştür⁴²⁴. Hukuki ilişkinin niteliği konusunda katıldığımız görüş, işçinin asıl yükümlülüğünün aralarında iş sözleşmesi bulunan sürekli işverene karşı olduğunu; ancak geçici ve sürekli işverenin aralarında anlaşması ve işçinin de buna rıza göstermesi ile geçici işçinin iş sözleşmesiyle bağlı olmadığı geçici işverene iş görme edimini ifa ettiğini ve geçici işverenin işyerinde çalıştığını, bu çalışma neticesinde taraflar arasında fiili bir ilişki doğmakta olup, geçici işçi ile geçici işverenin sosyal temasa geçtiklerini belirtmektedir. Sosyal temas, edimden bağımsız bir borç ilişkisi kurmaktadır. Geçici işçi, geçici işverenin işyerinde çalışmaya başlaması ile geçici işverenden kendisinin kişiliğini, sağlığını ve güvenliğini koruyacağına dair güven beklentisi içine girmektedir. Geçici işçinin, işyerinin sahibi olan ve koruma yükümlülüğünü fiziken ve hukuken almaya etkili ve yetkili tek kişi olan işverenden kendisini korumasını beklemesi, objektif iyiniyet denilen dürüstlük kuralının (TMK. m. 2) bir gereğidir⁴²⁵.

İlişkinin niteliği konusunda hangi görüş savunulursa savunulsun sonuç değişmemektedir. Bunun sebebi ise tüm görüşlerin, geçici işverenle geçici işçi arasında dürüstlük kuralına dayanan edimden bağımsız koruma yükümlülüğünün bulunduğunu kabul etmesidir⁴²⁶. Bu çerçevede üç görüş de fiili çalışma dolayısıyla doğan ilişkinin,

⁴²³ CANİKLİOĞLU, Geçici İş İlişkisi, 136.

⁴²⁴ Bu görüşler hakkında bilgi edinmek için bkz. AYDINLI, Kaçınma Hakkı, 22-23.

⁴²⁵ SOYER, Başka İşverenin Yanında Çalışma, 346-348; SEROZAN, 16-18; AYDINLI, Sosyal Temas, 194-195.

⁴²⁶ Borçlar hukukuna ilişkin korumanın, edim yükümlerinden bağımsız bir şekilde ortaya çıktığı yönünde olan ve katıldığımız görüş için bkz. SOYER, İş Görme, 107; TUNCAY, Ödünç İş İlişkisi, 70-71; ENGİN,

işçinin geçici işverenden korunma talebinde bulunmasını haklı kıldığını kabul etmektedir⁴²⁷. Dolayısıyla, geçici işçinin gözetme borcundan geçici işverenin sorumlu olması gerektiği kabul edilmekle birlikte, bu sorumluluğun tek başına mı yüklenileceği, yoksa geçici ve sürekli işverenin birlikte sorumlu olması mı gerektiği önem arz etmektedir.

İş Kanunu 7. maddesinin I. fıkrasında geçici işverenin işçiye sağlık ve güvenlik risklerine karşı gerekli eğitimi vermekle yükümlü olduğunu, III. fıkrasında ise geçici işverenin, işçinin kendisinde çalıştığı sürede işçiyi gözetme borcundan iş sözleşmesinin tarafı olan işverenle birlikte sorumlu olduğunu düzenlemiştir. Maddede sadece eğitim yükümünden bahsetmesine rağmen hükmün sağlık ve güvenliğin sağlanması için gerekli önlemlerin alınması, bu önlemlere uyulmasının sağlanması şeklinde anlaşılması gerekmektedir⁴²⁸. İSGK. m. 32, İşK. m. 7/I hükmünü ortadan kaldırmakla birlikte, hüküm aynen İSGK. m. 17/6'ya işlenmiştir. Dolayısıyla aynı yorumun bugün de geçerli olduğu kanaatindeyiz.

Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelikte de bu yönde olmak üzere geçici işverene, geçici işçi ile kendi işçileri arasında eşit davranma borcu getirilmiş (m. 4), geçici işçiyi bilgilendirme (m. 5), yapılacak işe uygun eğitim verme (m. 6) ve işin gerektirdiği okul ya da ev sağlık gözetimine tabi tutma (m. 7) yükümü belirlenmiştir. Adı geçen Yönetmelik⁴²⁹ 9. maddesinde, geçici iş ilişkisi ile çalıştırılacak işçilerin temin edilmeden önce, işçiyi çalıştıracak işverenin işçiyi devredecek işverene, yapılacak işin gerektirdiği mesleki bilgi ve yetenek ile işin özellikleri hakkında gerekli bilgiyi vereceğini, işçiyi devredecek işverenin de aldığı bu bilgileri ilgili işçiye iletceğini düzenlemiştir. Böylelikle iş sözleşmesinin tarafı olan

Ödünç İş İlişkisi, 344-345; aynı yazar, Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, İstanbul 1993, 104 (İşveren); AYDINLI, Sosyal Temas, 201; aynı yazar, İşverenin Edimden Bağımsız Olan Koruma Yükümlülüğüne, Normun Koruma Amacı (Hukuka Aykırılık Bağı) Bakımından Bir Yaklaşım, Kamu-İş, C. 8, S. 1, 2005, 11 (Normun Koruma Amacı).

⁴²⁷ AYDINLI, Kaçınma Hakkı, 24, 201; TOPUZ, 488.

⁴²⁸ CANIKLIOĞLU, Geçici İş İlişkisi, 136.

⁴²⁹ RG. 25463, 15.05.2004.

sürekli işverenin, geçici işverenin işyeri hakkında bilgi sahibi olması sağlanmış, eksik bir güvenlik önlemi olduğunu fark eden sürekli işverenin bunun tamamlanmasını istemesi, tamamlanmadığı durumda bunun sonradan kendisinin de sorumluluğuna yol açabileceğinden işçiyi göndermekten vazgeçmesinin mümkün olmasına imkan tanınmıştır⁴³⁰. Buna karşın geçici işverenin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, İş Kanunu madde 7/III'ün açık hükmü çerçevesinde sürekli işverenin sorumluluktan kurtulması mümkün olmayacaktır⁴³¹.

Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmeliğin 10. maddesine göre geçici işveren, sürekli işveren ile birlikte görev süresinden ve iş sağlığı ve güvenliği ile hijyen konularıyla sınırlı olmak üzere işin yapılması ile ilgili koşullardan sorumludur; ancak özel sağlık gözetiminin, gerekli olduğu durumlarda, geçici işçinin geçici işveren yanındaki çalışması sona erdikten sonra sürdürülmesi mümkündür. Bu noktada geçici işverenin sorumluluğu, işçiyi çalıştırdığı süreyle sınırlı olmaktan çıkarılmış, dolayısıyla hem işçi hem de sürekli işveren bakımından önemli bir güvence tesis edilmiştir⁴³².

Kanun ve Yönetmelik geçici ve sürekli işverenin işçiyi gözetme borcundan müteselsilen sorumlu olduklarına hükmetmekle birlikte, 4857 sayılı Kanundan önce de sonra da geçici işçiyi gözetme borcundan kimin ya da kimlerin sorumlu olması gerektiği çok tartışılmıştır.

Geçici işçiyi gözetme borcunun geçici işverene ait olduğu, sürekli işverenin müteselsil sorumlu tutulmaması gerektiği yönündeki görüş, geçici iş ilişkisi süresince işçinin işgörme edimini geçici işverene sunduğunu ve adeta sürekli işveren gibi işin ifasını isteyip, yönetim yetkisini kullandığını, işçinin iş görme edimini bizzat kendi işverenine sunmuş olsaydı, içinde bulunacağı durumdan daha kötü bir konuma sokulmaması

⁴³⁰ KESER, 82.

⁴³¹ KESER, 82.

⁴³² ODAMAN, Ödünç İş İlişkisi, 198.

gerektiğini, dolayısıyla işçinin geçici işverenin yanında çalıştığı süre boyunca, geçici işverenden kendisi için gerekli gözetim borcunu yerine getirmesini dürüstlük kuralı çerçevesinde isteme hakkına sahip olduğunu belirtmiştir⁴³³.

Aynı yönde olmak üzere kişinin bir başkasından kendisini zarardan korumasını beklemesi ve bu beklentinin haklı olması halinde, güvenin korunması gerektiği, zira TMK. m. 2/I'in kabul ettiği ilkenin sadece objektif nitelikte bir dürüstlük ilkesi değil, yaratılan güvenin sonuçlarına katlanma anlamına gelen bir objektif-subjektif nitelikli ilke olduğu belirtilmiştir⁴³⁴. Yine sürekli işverenin fiziken ve hukuken etkili ve yetkili olmadığı bir işyerinde, alınmayan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinden sorumlu tutulmasının hakkaniyet anlayışına ve herkes kendi hukuki tasarruf alanında ortaya çıkan zararlardan sorumlu olmalıdır anlamına gelen hakimiyet ilkesine aykırı olduğu, geçici işçinin uğradığı zararın geçici işverenin işyerinde meydana geldiği, bu sebeple bu zarardan sorumlu olanın sözleşme dışı bir sorumluluk çerçevesinde geçici işveren olduğu ifade edilmiştir⁴³⁵.

Türk Hukukunda 4857 sayılı Kanundan önceki durum, işçiyi gözetme borcundan geçici işverenin sorumlu olduğu yönündeydi⁴³⁶. 4857 sayılı Kanun ise 7. madde ile işçiyi gözetme borcundan sürekli ve geçici işverenin müteselsil sorumlu olduğunu düzenlemiştir.

Katıldığımız görüş de geçici işverenin işyerinde meydana gelen zarardan geçici işveren ve sürekli işverenin birlikte sorumlu olmasının yerinde olduğunu kabul etmektedir. Bu görüşteki yazarlardan birine göre, alt işverenin prim ödeme yükümünden ya da diğer borçlarından asıl işverenin sorumlu olduğu noktasında bir tartışma olmadığı gibi burada

⁴³³ ENGİN, Ödünç İş İlişkisi, 345; aynı yazar, İşveren, 103-104.

⁴³⁴ SOYER, İş Görme, 107; ENGİN, Ödünç İş İlişkisi, 345.

⁴³⁵ AKYİĞİT, Ödünç İş İlişkisi, 170; TUNCAY, Ödünç İş İlişkisi, 70-71; AYDINLI, Kaçınma Hakkı, 24; aynı yazar, Normun Koruma Amacı, 11.

⁴³⁶ TUNCAY, Ödünç İş İlişkisi, 70-71; SOYER, Başka İşverenin Yanında Çalışma, 346-347; aynı yazar, İş Görme, 107; SÜZEK Sarper, İş Akdinin Türleri, Mercek, Nisan 2001, 32-33; AKYİĞİT, Ödünç İş İlişkisi, 190; ENGİN, Ödünç İş İlişkisi, 344; aynı yazar, İşveren, 103-104 (İşveren).

da aynı durumun söz konusudur. Kanun sosyal düşüncelerle birlikte sorumluluk öngörmüştür⁴³⁷. Aynı görüşteki başka bir yazara göre ise Kanun; asıl işveren-alt işveren ilişkisinde, asıl işvereni, işçilerine karşı alt işverenin gözetme borcuna aykırılığını denetleme, kontrol etme yetkisinin olmadığı durumları dahi peşinen göz ardı ederek sorumlu tutmuştur. Bu sebeple geçici iş ilişkisinde de, iş sözleşmesinin tarafı olan sürekli işveren, o işçiyle olan iş sözleşmesinin ve geçici işverenin riskini üstüne alması gerektiği düşüncesiyle sorumlu tutulmuştur⁴³⁸.

İşçi, işvereninden gelen ve bir süreliğine başka bir işverenin yanında çalışması yönünde bir teklif ile karşılaştığında, çoğunlukla ödünç verileceği işvereni tanımamaktadır. Onun için tek referans kendisine bu teklifi getirmiş olan işverendir. İşe başladığında işyerinde gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınıp alınmayacağını bilmeyen işçi, büyük ihtimalle işini kaybetmemek için bu teklifi kabul edecektir. Bu sebeplerle işçinin iş sözleşmesinin tarafı esas işverene olan güveninin korunması yerindedir⁴³⁹. Aynı yönde olmak üzere, geçici iş ilişkisinde, işçinin işgörme edimini ifa edeceği yeri çoğu zaman sürekli işveren belirlediğinden sürekli işverenin işçisini geçici olarak göndereceği işyerinin gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemleri bakımından gerekli niteliklere sahip olmadığını bilmelidir. Sürekli işveren ile geçici işçi arasında bir iş sözleşmesi bulunmakta, dolayısıyla işverenin işçiyi gözetme borcu geçici iş ilişkisi sırasında da devam etmektedir. Bu sebeplerle geçici iş ilişkisi çerçevesinde çalıştırılan geçici işçiyi gözetme borcundan, geçici işveren yanında sürekli işverenin de sorumlu olması, İş Hukukunun koruyucu niteliği ile de örtüşmektedir⁴⁴⁰. Bu noktada Kanun açıkça birlikte sorumluluktan söz ettiğinden, söz konusu sorumluluğun müteselsil sorumluluk olduğu belirtilmelidir. Dolayısıyla işçi, iş sağlığı ve güvenliği önlemleri almakla yükümlü

⁴³⁷ TAŞKENT Savaş, 1. Oturum-Genel Görüşmeler, Yeni İş Yasası (Seminer Notları ve İş Kanunu), Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını, İstanbul 2003, 78.

⁴³⁸ ŞAHLANAN Fevzi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2003 Yılı Toplantısı, 2. Genel Görüşme, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2003, 44; aynı yönde İREN, Geçici İş İlişkisi, 291.

⁴³⁹ KESER, 81.

⁴⁴⁰ CANIKLIOĞLU, Geçici İş İlişkisi, 138.

geçici işverene dava açabileceği gibi, sürekli işverenine ya da her ikisine birden dava açabilecektir⁴⁴¹.

İşverenlerin müteselsilen sorumlu olmasının yerinde olduğu kanaatinde olan başka bir yazara göre de, geçici iş ilişkisinin işçi aleyhine yorumlanarak uygulanması mümkün değildir. Örneğin bir iş kazasına uğrayan işçinin tazminat talebini olabildiğince çabuk ve sorunsuz alabilmesi için işçinin her iki işvereni de takip imkanı bulunması yerindedir. Buna karşın, İş Kanunu m. 7/III’de yer alan geçici iş ilişkisi kurulan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden işveren ile birlikte sorumludur ifadesi, geçici iş ilişkisi süresince işçiyi gözetme borcunun sürekli işverene ait olduğu, borcun yerine getirilmemesi durumunda geçici işverenin müteselsilen sorumlu olduğu; oysa geçici iş ilişkisi süresince işçiyi gözetme borcunun aslında geçici işverende olması sebebiyle maddenin “borcun öncelikli sahibinin geçici işveren olduğu, onun borcu yerine getirmemesi halinde geçici işverenin de müteselsilen sorumlu olacağı” şeklinde değiştirilmelidir⁴⁴². Yazara göre, bu değişikliğin neticede her iki işverenin de müteselsil sorumlu olduğu gerekçesiyle anlamsız olduğu ifade edilebilecekse de, iki düzenleme arasında önemli bir fark bulunmaktadır. Eğer geçici iş ilişkisi süresince işçiyi gözetme borcu sürekli işverene ait olup, geçici işveren sürekli işverenle birlikte alınmayan önlemlerden sorumlu olursa, işçinin geçirdiği iş kazasında gözetme borcuna aykırılık bulunup bulunmadığının, sürekli işverenin alması gerekli iş güvenliği önlemlerine göre belirlenmesi gerekmektedir. Buna karşın geçici işverenin işyerinde önlem alma yükümü, sürekli işverene değil, geçici işverene ait olup, alınması gerekli iş güvenliği önlemleri bulunup bulunmadığı veya hangi önlemlerin alınması gerektiği geçici işverenin işyerine göre belirlenmelidir. Bunun sebebi ise geçici iş ilişkisi devam ettiği

⁴⁴¹ CANIKLIOĞLU, Geçici İş İlişkisi, 138-139.

⁴⁴² EKMEKÇİ Ömer, 4857 sayılı İş Kanununda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi, Legal İHSGHD, S. 2, Nisan-Mayıs-Haziran 2004, 376 (Geçici İş İlişkisi).

sürece, sürekli işverenin, geçici işverenin işyerine yabancı olup, belki de işçinin çalıştığı işyerini hiç görmemesidir⁴⁴³.

Farklı bir yazar da, geçici iş ilişkisi süresince işçinin işgörme edimini sunduğu kişinin geçici işveren olduğunu, gerek işin ifasını isteme ve gerekse yönetim yetkisini işçiye karşı adeta işveren gibi geçici işverenin kullandığını, işçinin de geçici işverene kendi işvereniymiş gibi işgörme edimini yerine getirdiğini, bu sebeple işçinin geçici işverenin kendisini çalıştırdığı müddetçe geçici işverenden, dürüstlük kuralı çerçevesinde, işçi için gerekli gözetim borcunu yerine getirmesini beklemeye haklı olduğunu, personel eksikliği sağlayan geçici işçi istihdamında işçinin işgörme edimini bizzat kendi işverenine sunmuş olsaydı içinde bulunacağı durumdan daha kötü duruma düşürülmemesi gerektiğini, geçici iş ilişkisinde işveren konumunda bir bölünme söz konusu olduğunu, bunun sonucunda gerek geçici gerekse sürekli işverenin işin niteliğine uygun bir biçimde işçiyi gözetme borcuyla yükümlü olduğunu, ancak işçinin işgörme edimini geçici işverenin yanında ifa etmesi sebebiyle işin görülmesiyle ilgili gözetim borcunun ilk muhatabının geçici işveren olacağını, geçici iş ilişkisinde bölünmüş olan işveren konumunun sadece bir hakkın kullanımı imkanına işaret etmediğini, aynı zamanda işçiye karşı bazı işveren borçlarıyla da yükümlü olmayı içerdiğini, buna göre geçici işverenin sürekli işvereni temsil etmediği gibi kendine düşen işçiyi gözetme borcunu sürekli işverenden devralmadığını, her iki işverenin de işçiye karşı kendilerine düşen gözetme borcunu ihlal ettiklerinde işçinin işgörme borcunu ifadan kaçınabileceğini ifade etmiştir⁴⁴⁴.

Olması gereken ve olan hukuk bakımından öğretide farklı görüşler bulunmakla birlikte, Türk hukukuna göre İş Kanununun açık hükmü çerçevesinde geçici ve sürekli işverenler geçici işçinin haklarından müteselsilen sorumludur⁴⁴⁵. Ancak işverenlerin sorumluluklarının kaynakları farklı olduğundan, geçici işçinin zararını sürekli işverenden talep etmesi halinde, sürekli işveren 818 sK. m. 50/I (şimdi TBK. m. 61)

⁴⁴³ EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, 376; ODAMAN, Ödünç İş İlişkisi, 193.

⁴⁴⁴ AKYİĞİT, Ödünç İş İlişkisi, 155-156.

⁴⁴⁵ CANIKLIOĞLU, Geçici İş İlişkisi, 138; ODAMAN, Ödünç İş İlişkisi, 192.

uyarınca zararını geçici işverene rücu edebilecektir. Geçici işçinin zararın tamamı için geçici işverene başvurması halinde ise geçici işveren sürekli işverene rücu edemeyecektir⁴⁴⁶.

Geçici işveren ile sürekli işverenin kendi aralarında anlaşarak işçiyi gözetme borcu çerçevesinde ödenecek tazminatlardan sürekli işverenin sorumlu olmayacağını kararlaştırmaları mümkündür. Böyle bir durumda söz konusu anlaşmanın iç ilişki çerçevesinde geçerli olduğuna şüphe bulunmamakla birlikte, bu anlaşma işçi bakımından hükümsüzdür. İşçinin bu anlaşmanın varlığına rağmen sürekli işverene dava açarak zararının giderilmesini talep etmesi mümkündür⁴⁴⁷.

c. Geçici işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması

Alt işveren işçilerinin çalışmaktan kaçınma hakkı başlığı altında da ifade ettiğimiz gibi, İSGK. m. 13 ile İşK. mülga m. 83 arasında birtakım farklılıklar bulunmaktaysa da, her iki hükümde de işyerinde çalışan başka işveren işçileri için özel bir düzenleme yer almamaktadır. Öğretide başka işyerinden çalışmak üzere değişik çalışma ilişkileri ile gelen alt işveren işçileriyle ödünç ya da geçici işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkından yararlanıp yararlanamayacağını belirsiz olduğu, zira İSGK. ile diğer işyerinden gelen çalışanlar için bazı hükümlere ayırık düzenlemeler getirildiği, oysa çalışmaktan kaçınma hakkında böyle bir düzenleme bulunmadığı, diğer işveren işçilerinin çalışmaktan kaçınma hakkından yararlanıp yararlanamayacağına ilişkin belirsizliğin giderilmesi için tasarının (şimdi İSGK'nın) ilgili maddesine bir fıkranın daha eklenmesi gerektiği belirtilmiştir⁴⁴⁸. Hükmün ayırık düzenleme getirmemiş olmasının işyerinde çalışan başka işveren işçileri açısından çalışmaktan kaçınma hakkını ortadan kaldırdığını kabul etmenin mümkün olmadığı, dolayısıyla 4857 sK. m. 83'ün yürürlükte olduğu dönemde yapılan yorumların bugün de geçerli olduğu kanaatindeyiz. Bu sebeple aşağıda söz konusu görüşlere yer verilecektir. Kaldı ki “Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı

⁴⁴⁶ ODAMAN, Ödünç iş ilişkisi, 192.

⁴⁴⁷ CANIKLIOĞLU, Geçici İş ilişkisi, 139.

⁴⁴⁸ AYDINLI, İSGK Tasarısı, 23.

ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik⁴⁴⁹”, bu Yönetmelikte belirtilen özel önlemler ile birlikte geçici veya belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan istihdam edilen işyerlerinde 6331 sayılı Kanun hükümlerinin de uygulanacağını düzenlemiştir.

İşçilerin sağlık ve güvenliklerini tehdit eden bir tehlike ile karşılaşmaları halinde, işçilere belirli koşullar altında çalışmaktan kaçınma hakkı veren İSGK. m. 13’ün (İş Kanunu mülga m. 83/III’ün) amacı, işyerinde çalışan işçilerin korunmasıdır. Bu işçilerin işyerinin devamlı işçileri olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır. Nitekim hükümde de böyle bir gereklilik aranmamış, işçinin çalışmaktan kaçınabilmesi için tehlike ortaya çıktığında, geçici işçinin, geçici işverenin işyerinde fiilen çalışıyor olması gerekli ve yeterli görülmüştür⁴⁵⁰.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde de ifade edildiği üzere, sistematik ve amaçsal yorum yöntemine göre, kanunun bir maddesinin yorumu, o maddenin içinde yer aldığı kanunun diğer maddeleri ile bağlantılıdır. Geçici iş ilişkisinin düzenlendiği kanun maddelerine bakıldığında, geçici işverenin geçici işçilere karşı, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasından müteselsilen sorumlu tutuldukları görülmektedir. Bu durumda aralarında iş sözleşmesi olmadan işyerinde çalışan işçilere karşı, ödünç alan işverenin yerine getirmesi gereken koruma yükümlülükleri ihlal edildiğinde, çalışmaktan kaçınma hakkının geçici işçiler tarafından da işyerlerinde çalıştıkları geçici işverenlere karşı kullanılması, kanunun sistematik yorumlanması ilkesine uygundur. Zaten dürüstlük kuralı da bunu gerektirmektedir. İşyerinde çalıştıkları işverenle sosyal temasa giren işçiler, iş güvenliklerinin ve işçi sağlıklarının korunmasına ilişkin taleplerinde haklılardır. Özetle adı geçen işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkından yararlanmalarının temeli dürüstlük kuralına dayanmaktadır⁴⁵¹.

⁴⁴⁹ RG. 23.08.2013, 28744.

⁴⁵⁰ KESER, 90.

⁴⁵¹ AYDINLI, Kaçınma Hakkı, 26; TOPUZ, 493.

Öğretide de birçok yazar, aynı yönde olmak üzere, geçici işverenin işyerinde ortaya çıkan bir tehlike halinde, geçici işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmasının mümkün olduğunu ifade etmişlerdir⁴⁵². Her ne kadar İşK. mülga m. 83 “işyerinde” meydana gelen tehlikeden söz etmişse de, İSGK.’da tehlikenin işyerinde meydana gelme şartı aranmamıştır. Bu sebeple, geçici işçinin çalıştığı yerin bu işçinin işyeri olmadığı itirazının yapılması mümkün değildir. Geçici işçi, çalıştığı yerde ortaya çıkan tehlike halinde, koşulların varlığı durumunda çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir.

Geçici işçi, ödünç verildiği işyerinde yakın, acil ve hayati (şimdi yakın ve ciddi) bir tehlike ile karşı karşıya kaldığında durumun tespitini ve gerekli tedbirlerin alınmasını geçici işverenin işyerinde bulunan iş sağlığı ve güvenliği kurulundan, kurulun bulunmaması halinde geçici işveren veya işveren vekilinden talep edecektir. Kurul ya da kurulun bulunmaması halinde işveren veya işveren vekili, işçinin talebi yönünde karara varırsa; işçi, iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilecektir. Ancak bu dönemde işçinin sürekli işvereniyle iş ilişkisi devam ettiğinden sadakat borcu gereğince, işçinin durumu sürekli işverenine bildirmesi gerekmektedir. Bu sayede sürekli işverenin işçiyi gözetme borcu çerçevesinde alması gereken önlemleri alma olanağı doğacaktır⁴⁵³.

İş Kanunu mülga m. 83 (şimdi İSGK. m. 13) gereği işçi çalışmadığı dönem ücretine hak kazanacak olup, bu ücret geçici işveren tarafından ödenecektir. Geçici işverenin ücreti ödememesi halinde, sürekli işveren, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığı döneme ilişkin ücretini ödemek zorundadır. Sürekli işverenin, ödediği bu tutarı geçici işverene rücu edebileceği tartışmasızdır. Buna karşın sürekli işveren, işçiyi çalıştırmadan ücretini ödedikten sonra ödediği miktarı geçici işverene rücu etmek

⁴⁵² AKIN, III. Yılında İş Yasası, 322; CANIKLIOĞLU, Geçici İş İlişkisi, 132; AYDINLI, Kaçınma Hakkı, 25; ODAMAN, Ödünç İş İlişkisi, 195; KESER, 90; İREN, Geçici İş İlişkisi, 295.

⁴⁵³ CANIKLIOĞLU, Geçici İş İlişkisi, 132.

yerine, işçiyi kendi işyerinde çalıştırmak suretiyle ücretini ödeme yolunu da seçebilecektir⁴⁵⁴.

XI. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Hüküm ve Sonuçları

1. İş sözleşmesinin durumu (askı hali)

İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması halinde; işçi, sağlığını ve yaşamını tehdit eden yakın ve ciddi tehlike ortadan kalkana dek çalışmamakta, ancak işçinin iş görme borcu dışındaki borçları aynen devam etmektedir. Dolayısıyla işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması, iş sözleşmesini sona erdiren hallerden değildir.

Öğretide bir görüşe göre işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığı dönem boyunca sözleşmesi askıda kalmakta, ancak İşK. mülga m. 83/1V (şimdi İSGK. m. 13) gereği işçinin ücret ve diğer hakları saklı kalmaktadır⁴⁵⁵. Başka bir deyişle, işyerinde iş güvenliği önlemlerinin alınmaması halinde, işçilere yüklenemeyen nedenlerle iş görme ediminin ifa edilmesinin imkansız ve beklenilmez hale gelmesi durumunda, sözleşmeyi feshetmek istemeyen işçi çalışmaktan kaçınarak işvereni alacaklı temerrüdüne düşürmekte, işçiden bu koşullarda kendisine yüklenemeyen nedenlerle işgörme edimini yerine getirmesi beklenemeyeceğinden iş sözleşmesi askıya alınmaktadır⁴⁵⁶.

Aksi görüş ise işverenin hazırlık fiillerini yerine getirmemesinin işçi yönünden geçici bir ifa engeli doğurduğunu, bu açıdan çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmanın, iş sözleşmesinin askıya alınmasına benzemesine rağmen sonuçları itibariyle askı halinden farklı olduğunu, zira askı halinde işverenin ücret ödeme borcunun olmadığını belirtmiştir⁴⁵⁷.

⁴⁵⁴ ODAMAN, Ödünç İş İlişkisi, 201.

⁴⁵⁵ SÜZEK, Askı, 80-81; aynı yazar, İşçilerin Hakları, 616; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, 36..

⁴⁵⁶ SÜZEK, Askı, 80-81.

⁴⁵⁷ GÖKTAŞ, Kaçınma Hakkı, 229.

İşçinin çalışmaktan kaçındığı dönemde sözleşmesinin askıda olduğunun kabul edilebilmesi için sözleşmenin askıya alınma koşullarının bulunması gerekmektedir. Bu çerçevede ilk koşul, işçinin iş görme ediminin imkansız olmasıdır. Söz konusu imkansızlık maddi imkansızlık olabileceği gibi iş hukukunun ve işçi işveren ilişkilerinin özelliği gereği maddi imkansızlık bulunmamasına karşın, iyiniyet ve dürüstlük kuralları gereği işçiden işgörme ediminin ifasının beklenemez olmasıdır⁴⁵⁸. İş sözleşmesinin askıya alınabilmesi için diğer koşul ifa etmemenin geçici olmasıdır. Zira ifa süresi içinde ortaya çıkan engeller işçinin işgörme edimini tamamen imkansız hale getirmişse iş ilişkisinin sona ermesi gerekecektir. Diğer taraftan askıdan söz edilebilmesi için işçinin işgörme edimini geçici olarak yerine getirememekte kural olarak kusursuz bulunması gerekecektir. Sözleşmenin askıya alınabilmesi için son koşul ise ifa zamanının esaslı olmamasının gerekmesidir. Bu çerçevede eğer tarafların iradelerine veya edimin niteliğine göre ifanın mutlaka belirli bir zamanda yapılması gerekseyse, sonradan yapılacak ifa alacaklıyı tatmin etmiyorsa ve geçici imkansızlık nedeniyle edim belirlenen zamanda yerine getirilemiyorsa aslında geçici değil, devamlı bir imkansızlığın bulunduğu kabul edilmelidir⁴⁵⁹.

Yakın ve ciddi bir tehlike durumunda çalışmaktan kaçınan işçi, işgörme edimini ifa etmede imkansızlık içindedir. Söz konusu imkansızlık maddi bir imkansızlık olmamakla birlikte, sağlığı ve yaşayışı bakımından tehlike altında olduğunu düşünen işçiden iyiniyet ve dürüstlük kuralları gereği işgörme edimini ifa etmesini beklemek mümkün değildir. Aynı zamanda bu ifa etmeme durumu geçici olup, işyerinde gereken tedbirlerin alınması halinde işçi işinin başına dönecektir. İşçinin ifa etmemede kusursuz olduğu ve ifa zamanının esaslı olmadığı tespit edildiğinde, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkında sözleşmesinin askıda olduğundan şüphe etmemek gerekecektir.

⁴⁵⁸ TAŞKENT Savaş, İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 3, Eylül 2006, 21 (Askı); SÜZEK, Askı, 48 vd.

⁴⁵⁹ TAŞKENT, Askı, 21-22; SÜZEK, Askı, 85-86; aynı yazar, İş Hukuku, 508.

İş hukukunda, iş sözleşmesinin askıya alınması halinde, işveren kural olarak ücret ödemekle yükümlü değildir⁴⁶⁰. Ancak iş sözleşmesinin askıya alınması nedeniyle çalışma yapılamayan durumlarda ücret ödenmeyeceği yönündeki kurala, ücretin zaman içinde kazandığı sosyal nitelik gereği bazı istisnalar tanınmıştır⁴⁶¹. Bunun sebebi ise karşılıklı edimlerden biri olan ücretin işçinin ve ailesinin çoğu zaman tek geçim kaynağı olmasıdır. İş sözleşmesine diğer karşılıklı edimlerin edimlerarası değişim kurallarını katı bir şekilde uygulamak, bu çerçevede edimlerden biri ifa edilmeyince her durumda diğer edimin de düşeceğini ileri sürmek, sosyal bir hukuk anlayışına uygun olmayacaktır⁴⁶². Anayasamızın 2. maddesinde yer alan sosyal hukuk devleti ilkesi de ücretin korunmasını gerektirmektedir. Böylece günümüzde ücretin sosyal bir nitelik kazanması sebebiyle ücretin salt çalışma karşılığı ödeneceği kuralına istisnalar getirilmiştir. Modern iş hukukunda genel eğilim, iş sözleşmesinin askıya alındığı birçok durumda işçiye ücret ödenmesi yönündedir⁴⁶³.

Hukukumuzda da iş sözleşmesinin karşılıklı (sinallagmatik) niteliğine karşın, sözleşmenin askıya alındığı bazı hallerde ücret ödenmesi yasa koyucu tarafından düzenlenmiştir. Bu sebeple İşK. m. 83/1V (şimdi İSGK. m. 13) hükmünün açıkça çalışmaktan kaçınan işçinin ücret ve diğer haklarının saklı kalacağı düzenlemesi karşısında, işçinin çalışmaktan kaçındığı dönemde taraflar arasındaki sözleşmenin askıda olduğundan söz edilemeyeceğine ilişkin görüşe katılmamaktayız. Burada askı hali, Kanun hükmü ile istisnaya uğratılmıştır. Askı hali işçinin bir süre için asli edimi olan iş görme borcuna ve işverenin ücret ödeme borcuna ara verilmesi, diğer borçların ise aynen devamı anlamına gelmekteyken, çalışmaktan kaçınma hakkında işçi iş görme borcundan muaf tutulurken, Kanun gereği işverenin ücret ödeme borcu aynen devam etmektedir. Böylece bu askı durumunda Kanunla ücret ödenmesi zorunluluğu

⁴⁶⁰ TAŞKENT, Askı, 20; aynı yazar, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 146; OĞUZMAN M. Kemal, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre İş Akdinin Feshi, İstanbul 1955, 90; REİSOĞLU Seza, Hizmet Akdi, Mahiyeti, Unsurları, Hükümleri, Ankara 1968, 92; SÜZEK, Askı, 97.

⁴⁶¹ Askıda ücret ödenen durumlar için bkz. SÜZEK, Askı, 101 vd.; TAŞKENT, Askı, 20; aynı yazar, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 146; CENTEL Tankut, İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1988, 241 vd.

⁴⁶² SÜZEK, Askı, 101.

⁴⁶³ SÜZEK, Askı, 101-102.

getirilmiştir⁴⁶⁴. Tıpkı İş Kanununun 24 ve 25. maddelerinin III. bentlerinde zorlayıcı nedenlerle iş sözleşmesinin askıya alınmasında işçilere bir hafta süreyle yarım ücret ödeneceği (İşK. m. 40) veya Basın İş Kanununun 16. maddesi uyarınca talim veya manevra dolayısıyla silah altına alınan gazetecinin bu süre içinde ücret hakkını muhafaza ettiği gibi. Dolayısıyla işçinin çalışmaktan kaçındığı dönemde sırf Kanun gereği işçinin ücret ve diğer haklarının saklı tutulmuş olması, sözleşmenin çalışmaktan kaçınılan dönemdeki durumunu değiştirmeyecek olup, işçinin çalışmaktan kaçındığı dönem boyunca sözleşmesinin askıda olduğu kanaatindeyiz.

2. İşçinin çalışmaktan kaçındığı süreye ilişkin ücret ve diğer hakları talep hakkı

“Çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliği” başlığı altında açıklandığı üzere⁴⁶⁵, işverenin hazırlık hareketleri kapsamında iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmemesi, onu alacaklı temerrüdüne düşürmektedir. İşverenin temerrüde düştüğü hallerde işçi fiilen çalışmasa da, çalışmış gibi kabul edilmekte ve işverenin ücret ödeme borcu devam etmektedir⁴⁶⁶. Nitekim İSGK. m. 13/2’ye göre işçinin çalışmaktan kaçındığı dönem içinde ücret ve diğer hakları saklı kalmaktadır. Burada yasa herhangi bir süre sınırlaması getirmemiştir. İşçi çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığı süre boyunca ücret ve diğer haklarını almaya devam eder.

İş Kanunu mülga m. 83/1V hükmünden önce işçiye genel bir hüküm olarak çalışmaktan kaçınma hakkı veren 818 sK. m. 325 (TBK. m. 408), bu süre içinde işçinin başka bir işte çalışarak elde ettiği veya çalışmadığı için tasarruf ettiği gelirin, ödenecek toplam ücretten düşüleceğini düzenlemiştir. Bu yönde olmak üzere, öğretide bir görüş, işçinin İşK. mülga m. 83/III çerçevesinde çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması halinde, 818 sK. m. 325 (TBK. m. 408) uyarınca tam bir mahsup yükümü doğmamakla birlikte, işçinin çalışmaması nedeniyle (normalde yapacağı masraflardan kurulma gibi) tasarruf ettiği değerlerin ödenecek toplam ücretten düşüleceğini ifade etmiştir⁴⁶⁷. Buna göre

⁴⁶⁴ SÜZEK, Askı, 81.

⁴⁶⁵ Bkz. 2. Bölüm, §6, III.

⁴⁶⁶ GÖKTAŞ, Kaçınma Hakkı, 229.

⁴⁶⁷ AKYİĞİT, Şerh II, 2107.

mahsuba konu olacak değerlerden ilki, işçinin çalışması devam ediyor olsaydı bu çalışma esnasında ve dolayısıyla yapacak olduğu, ancak işverenin temerrüdü nedeniyle yapmadığı masraflardır. İşverenin yol ve yemek masraflarını karşılaması halinde, işçinin ödemekten kurtulduğu bir masraf olmayacağından bu tutarların mahsubu söz konusu değildir; buna karşın söz konusu masrafların işçi tarafından karşılanıyor olması halinde, bu ve benzeri masraflar -işçi çalışıyor olsaydı yapacağı masraflardan olduğundan- işçiye ödenecek ücretten düşürülür⁴⁶⁸. İşçiye ödenecek ücretten mahsup edilecek bir diğer değer, işçinin başka bir işten kazandığı ya da kazanmaktan kasten kaçındığı paradır⁴⁶⁹. Kazanmaktan kasten feragat etmek ile anlaşılması gereken, işçinin salt işverene zarar vermek için işi reddetmesiyle birlikte, onun herhangi bir nedenle dürüstlük kuralına göre kabullenmesi gereken bir işi geri çevirmesidir. Bu çerçevede işçinin kendisine önerilen her işi kabul etmek zorunda olmadığı, işçiden sadece mesleki eğitimine, sosyal durumu ile yeteneğine uygun işlerde çalışmasını beklemek gerekir⁴⁷⁰.

Aksi yöndeki görüşe göre ise TBK. m. 408 (818 sK. m. 325) hükmünden farklı olarak İşK. mülga m. 83 çerçevesinde kullanılan çalışmaktan kaçınma hakkında, işçinin çalışmamak suretiyle tasarruf ettiği veya bu süre içinde başka işten kazandığı/kazanmaktan kasten feragat ettiği miktarın mahsup edilmemesi gerekmektedir. Zira, ancak bu şekilde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması için bir baskı kurulabilir⁴⁷¹. Kanun koyucu İşK. mülga m. 83'deki temerrüdün kendine özgü yapısını dikkate alarak mahsubu bilinçli olarak öngörmemiştir. Nitekim İşK. mülga m. 83'ün lafzı bu yoruma elverişlidir⁴⁷². İşK. m. 83 yürürlükten kaldırılmış, yerine İSGK. m. 13 düzenlenmiş olup, her iki hüküm birbirine paralel olduğundan, öğretideki görüşlerin İSGK. m. 13 için de geçerli olduğu ifade edilebilir.

İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması, kendi kusuruna dayanmamakla birlikte, kendi tercihi de değildir. İşçi, en temel hakkı olan yaşama hakkını korumak

⁴⁶⁸ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 160.

⁴⁶⁹ TUNÇOMAĞ/CENTEL, 115.

⁴⁷⁰ TUNÇOMAĞ/CENTEL, 115.

⁴⁷¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 1216-1217

⁴⁷² GÖKTAŞ, Kaçınma Hakkı, 230.

amacıyla iş kanununun kendisine tanıdığı bir hakka başvurarak işgörmeye edimini ifa etmekten kaçınmaktadır. İşçinin sağlığını ve vücut bütünlüğünü koruma yönündeki hareketi İSGK. m. 13’de öngörülen yola başvurmak ve karar aldırarak suretiyle olabileceği gibi, genel hükümlerde yer alan TBK. m. 408’e dayanarak da olabilir. İşçinin TBK. m. 408 çerçevesinde çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması durumunda, söz konusu hüküm gereği başka bir işte çalışarak elde ettiği veya çalışmadığı için tasarruf ettiği gelirin, ödenecek toplam ücretten düşüleceği şüphesizdir. İşçinin İSGK. m. 13 çerçevesinde çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması durumunda ise böyle bir kesinti yapılması gerekmemektedir. İSGK. m. 13, TBK. m. 408’ten farklı bir hüküm olup, işçinin çalışmadığı için tasarruf ettiği gelirin, o dönem için kendisine ödenecek ücretten mahsubuna dair bir ifade taşımamaktadır. TBK. m. 408’e göre özel hüküm niteliğinde olan İSGK. m. 13’de bulunmayan bir koşulun sanki kanunda varmış gibi kabul edilerek bir sonuç çıkarılması yerinde olmaz. Bu çerçevede çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçinin başka bir işte çalışarak elde ettiği veya çalışmadığı için tasarruf ettiği gelirin, ödenecek toplam ücretten düşülmemesi gerektiği yönündeki görüşe katılmaktayız.

Elbette İş Kanunu m. 83/1V (şimdi İSGK. m. 13) çerçevesinde işçinin çalışmaktan kaçındığı halde ücret ve diğer haklarının saklı kalması için işçinin kanuna uygun şekilde çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması gerekmektedir. Hukuka uygun olmayan bir çalışmaktan kaçınma hakkı durumunda, işçiye çalışılmayan süreye ilişkin ücret ödenmeyeceği, ücretten yapılan bu kesintinin sebebinin işçinin asli borcu olan iş görme borcunun ifa edilmemesi olduğu, söz konusu kesintinin ceza olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir⁴⁷³.

İş Kanunu mülga m. 83/1V (şimdi İSGK. m. 13) çerçevesinde işçinin çalışmaktan kaçındığı halde ücret ve diğer haklarının saklı kalacağı şüphesiz olmakla birlikte, işçinin çalışmaktan kaçınmasına sebep olan tehlikenin gerçekleşmesinde işverenin kusursuz

⁴⁷³ Godard O., Les responsabilites en cas de danger et imminent, JCP, 84, ed, C. 1, 14225, No. 17, MOLLAMAHOĞLU, Red Hakkı, 11’den naklen.

olması ya da işçi ve işverenin birlikte kusurlu olduğu durumlarda işçinin talep ettiği ücretten indirim yapıp yapılmayacağı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

Mütemerrit işverenin kusursuz olması halinde işçiden belirli bir fedakarlık beklemenin hukuka uygun olduğu ifade edildiği gibi, işverenin kusursuz olması veya işçinin müterafik kusurlu olması halinde, işçinin talep edeceği ücretten indirim yapılacağı kabulünün 818 sK. m. 325 ile bağdaşmayacağı, 325. maddede ücretten indirim yapılmasını gerektirecek hususların sınırlı bir şekilde sayıldığı ve işverenin kusursuzluğu ya da işçinin birlikte kusurlu olması haline yer verilmediği, ayrıca böyle bir yaklaşımın işverene cüzi bir ücret ödemek suretiyle işçisinin sözleşmesini fesih imkanı vereceği, bunu kabulün madde 325'in işçi lehine bir düzenleme olduğunu görmezden gelmek anlamına geleceği ifade edilmiştir⁴⁷⁴.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13 (İş Kanunu m. 83/1V) çerçevesinde işçinin çalışmaktan kaçınmasına sebep olan tehlikenin gerçekleşmesinde, işverenin kusursuzluğu ya da işçi ile işverenin müterafik kusuru halinde, işçinin talep edeceği ücretten indirim yapıp yapılmayacağı konusu duraksamalara sebep olmaktadır. Bu konu, kanunda açıkça düzenlenmemiş olduğundan ilk bakışta sorumluluğun sadece işverene ait olduğu izlenimi varsa da, bu hususun ileride tartışmalara neden olacağı düşünülmektedir. Şöyle ki, kanaatimizce işletme rizikosundan işverenin sorumlu olması gerekmektedir de, mücbir sebep halinde işverenin sorumlu olmaması gerekmektedir.

Kanun koyucu çalışanın çalışmaktan kaçındığı sürede ücret ve diğer haklarının saklı kalmasında herhangi bir koşul öngörmemiş, işverenin kusurlu olmasını aramamıştır. Buna göre çalışanın çalışmaktan kaçındığı dönemdeki ücreti ile kanunlardan ve iş sözleşmesinden doğan diğer hakları saklıdır (İSGK. m. 13/2). Nitekim hükmün amacı, çalışanın kendi kusurundan kaynaklanmayan nedenlerle çalışmaktan kaçındığı dönemde, maddi olarak korunmasıdır. Kural olarak ücretinden başka geliri olmayan

⁴⁷⁴ Bilgi için REİSOĞLU Seza, Hizmet Akdi, Ankara 1968, 172-173.

işçinin hayatı ile ücreti arasında seçim yapmak zorunda kalmasına neden olacak aksi yöndeki yorumun kabul edilmesi yerinde değildir. Ancak tehlikenin ortaya çıkmasında işçi ve işverenin birlikte kusurlu olmaları durumunda, işçinin çalışmaktan kaçındığı süredeki ücretinden somut olayın koşullarına göre mahsup yapılması mümkün olabilir. Örneğin tehlikenin gerçekleşmesinde işçinin kötüniyeti veya kasıtlı davranışının bulunması ile işçinin taksirli davranışının etkisinin olması aynı şekilde değerlendirilmemelidir.

3. Çalışmaktan kaçınılan sürelerin çalışma süresinden sayılması

İş Kanununun 66. maddesi, işçinin işyerinde fiilen çalışarak geçirdiği süreler dışında, işçi çalışmasa da bazı sürelerin günlük çalışma süresinden sayılacağını kabul etmiştir. Kanunla çalışma süresinden sayılacağı kabul edilmiş bu özel durumlardan biri, işçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği sürelerdir (m. 66/I, c).

İş Kanunu madde 66/I, (c) çerçevesinde, işverenin gerekli önlemleri almaması ve uygun çalışma ortamının bulunmaması sebebiyle iş görme borcunu yerine getirmeyen, başka bir deyişle iş sağlığı ve güvenliğini tehdit eden tehlike sebebiyle çalışmaktan kaçınan işçinin, varsayımsal olarak çalıştığı, dolayısıyla işçinin çalışmaktan kaçındığı sürenin çalışma süresinden sayılacağı kabul edilmelidir⁴⁷⁵. Zira işverenin iş sağlığı ve güvenliğini tehdit eden tehlikeyi bertaraf ederek işçiye uygun bir çalışma ortamı hazırlaması halinde, işçi derhal işe dönecektir. İşçi kanunun kendisine tanıdığı bir hakkı kullanmakta olup, aslında her an iş görmeye hazır bir halde beklemektedir.

İşçinin çalışmaktan kaçındığı sürede varsayımsal olarak çalıştığı kabulü halinde, işçinin bu sürede kıdem, ihbar tazminatı ve tüm işçilik alacakları hesaplamaları ile 18. maddede yer alan ve iş güvencesinden yararlanmak için gerekli olan altı aylık kıdem

⁴⁷⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 1217; BAŞTERZİ, 198; GÖKTAŞ, Kaçınma Hakkı, 231.

hesabında bu süre de dikkate alınmalıdır⁴⁷⁶. Nitekim işçinin çalışmaktan kaçındığı sürede sözleşmesinin askıda olduğunu kabul ettiğimiz için de bu sürelerin çalışma süresinden sayılması gerekecektir⁴⁷⁷.

Diğer taraftan İSGK. m. 13/4'e göre, toplu sözleşme veya toplu iş sözleşmesi ile çalışan kamu personeli, bu maddeye göre çalışmadığı dönemde fiilen çalışmış sayılmaktadır. Kanun koyucunun çalışmış sayılacağını özel olarak düzenlediği çalışan grubu kamu personelidir. Bu noktada kanun koyucunun neden kamu personeli için özel bir düzenleme getirdiğini anlamak mümkün olmamıştır. İSGK. m. 13/4'ün mefhumu muhalifinden yola çıkıldığında, toplu sözleşme veya toplu iş sözleşmesi ile çalışan kamu personeli dışındakilerin çalışmadıkları dönemde fiilen çalışmış sayılmayacakları sonucuna varılmaktadır. Ancak kanaatimizce hükmün mefhumu muhalifi iş hukukunun temel ilkelerine aykırıdır. Kanunun çalışan kavramını dikkate aldığı ve hükümlerin tüm çalışanlar için geçerli olduğu dikkate alındığında, hükmün ayırım yapmaksızın tüm çalışanların çalışmadıkları bu dönemde fiilen çalışmış sayılacağı yönünde düzeltilmesi gerekmektedir.

4. Çalışmaktan kaçınan işçiye disiplin cezası uygulanamaması

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13 çerçevesinde kendisine kanunla tanınmış bir hak olan çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçiye, bu hakkı kullanması sebebiyle disiplin cezası verilemeyeceği açıktır. Ancak işçinin İSGK m. 13 gereği, yakın ve ciddi bir tehlike ile karşı karşıya olduğunu düşünmesi halinde, iş sağlığı ve güvenliği kurulu veya işverenden işçinin talebi yönünde karar almaksızın, kendi kararı ile çalışmayı bırakması, farklılık arz edecektir. Böyle bir durumda işçinin çalışmaktan kaçınması İSGK m. 13'e değil, TBK. m.408'e göre yapılmış olacak ve işçinin çalışmaktan kaçınmakta makul sebeplerinin olup olmadığı önem kazanacaktır. Zira TBK. m. 408, İSGK m. 13'den farklı olarak işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması için özel koşullar getirmemiştir. Borçlar genel hukuku prensipleri çerçevesinde TBK. m. 408'e

⁴⁷⁶ GÖKTAŞ, Kaçınma Hakkı, 231.

⁴⁷⁷ Askı süresinin işçinin kıdemine etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SÜZEK, Askı, 109-116.

göre alacaklı temerrüdü için ifası mümkün ve geçerli bir iş sözleşmesi bulunması, işin ifası teklif edilmiş olmasına rağmen işverenin ifa teklifini haklı bir neden olmaksızın reddetmiş olması gerekmektedir. İşverenin işçinin borcunu ifa etmesi için uygun bir çalışma ortamı sağlamaması, haklı bir neden olmaksızın ifa teklifinin reddi anlamına gelecek olup, işçinin uygun bir çalışma ortamının bulunmadığını düşünmesini sağlayacak makul sebeplerin varlığı halinde çalışmaktan kaçınan işçiye hiçbir disiplin cezasının uygulanmaması gerekmektedir⁴⁷⁸.

Özetle İSGK. m. 13 çerçevesinde çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçi gibi İSGK. m. 13 hükmüne aykırı şekilde de olsa çalışmaktan kaçınan işçiye disiplin cezası uygulanmaması gerekmektedir. Yeter ki, alacaklı temerrüdünün varlığından söz etmek için işçinin makul sebepleri bulunsun.

5. İşverenin işçiye başka bir iş teklif etmesi

İşyerinde sağlığı ve güvenliği açısından yakın ve ciddi bir tehlike ile karşı karşıya kalan işçi, çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığında, işverenin söz konusu tehlikenin ortadan kaldırılmasını sağlayarak, işçilerine sağlıklı bir çalışma ortamı sunması gerekmektedir. Ancak işverenin arzu edilen çalışma ortamını sağlaması her zaman kolay olmayabilir. Böyle bir durumda, işverenin işçiden çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması yerine, işyerinde tehlike teşkil etmeyen başka bir iş yapmasını ya da kendisinin uygun çalışma ortamının bulunduğu başka bir işyerinde ya da aynı işyerinde ancak farklı bir işte çalışmasını istemesi mümkündür. İşverenin bu yönde bir teklifinin varlığı halinde, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanıp kullanamayacağı üzerinde durmak gerekmektedir.

Öğretide bir görüşe göre, işveren işçiyi kendi işyerindeki başka bir bölümde veya başka bir işveren yanında çalışmaya zorlayamaz. Çalışmadığı halde ücretini alacağı kaçınma

⁴⁷⁸ 4857 sayılı Kanundan önceki dönemde de öğretide işçinin yaşamı ve vücut bütünlüğü için ciddi ve yakın bir tehlikeye maruz kalacağını düşünmesine yol açan makul sebeplerin varlığı nedeniyle çalışmaktan kaçınan işçiye hiçbir disiplin cezasının uygulanmaması gerektiği belirtilmişti (MOLLAMAHOĞLU, Red Hakkı, 11-12).

süresinde işçiye yapılacak ödemelerden TBK. m. 408 (818 sK. m. 325) uyarınca sadece çalışmama nedeniyle tasarruf ettiği değerler düşülebilir. Çalışmadığı halde ücretini aldığı bu sürede işçiye yapılacak ödemelerden TBK. m. 408 (818 sK. m. 325) uyarınca tam bir mahsup yükümü doğmamalıdır. Zira iş görme borcunu ifa etmek için yapılması zorunlu hazırlık hareketleri işveren tarafından haklı bir sebep olmaksızın yerine getirilmemektedir⁴⁷⁹.

Katıldığımız diğer görüşe göre ise çalışma koşullarında esaslı tarzda değişiklik arz etmemek koşuluyla, işverenin işçiye işverene ait aynı işyerinde iş sağlığı ve güvenliği açısından tehlike oluşturmayan başka bir işte çalışmasını teklif etmesi, kabulde temerrüdün ve çalışmaktan kaçınma hakkının ortadan kalkması için yeterlidir. İşçinin böyle bir öneriyi kabul etmemesi sadakat borcuna aykırılık oluşturur⁴⁸⁰. Zira aksi çözüm işçinin sağlığını ve vücut bütünlüğünü korumayı amaçlayan çalışmaktan kaçınma hakkının, amacı dışında kullanılarak, işçi ile işveren arasındaki iş görme ve karşılığında ücret ödeme dengesinin bozulmasına yol açar, işçinin haksız yere ve çalışmaksızın ücrete hak kazanması sonucunu doğurur. Hatta teklif edilen bu işin kabul edilmemesinin işi yapmamak olarak değerlendirilmesi dahi mümkündür. Böyle bir durumda teklif edilen işin işçi açısından esaslı tarzda değişiklik oluşturup oluşturmadığı ve işçinin bu teklifi kabul etmemesinin sadakat borcuna aykırılık veya işi yapmamak olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği somut olayın koşulları çerçevesinde mahkemece karara bağlanır.

İşçinin işverene ait ve iş sağlığı ve güvenliği açısından tehlike arz etmeyen başka bir işyerine nakledilmesi halinde de, çalışma koşullarında esaslı tarzda değişiklik meydana getirmediği ve işçiye teklif edilen işin ona uygun bir iş olması koşuluyla, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının sona ereceği kabul edilebilir. Buna karşın işçinin başka bir işveren yanında çalışmasının istenmesi halinde, İşK. m. 7 çerçevesinde geçici iş ilişkisine ilişkin hükümler devreye girer ve aynı sonuca varılabilmek için sözü edilen

⁴⁷⁹ AKYİĞİT, Şerh II, 2107.

⁴⁸⁰ SÜZEK, İşçilerin Hakları, 616; aynı yazar, İş Hukuku, 883; AKIN, III. Yılında İş Yasası, 322; ODAMAN, Hak ve Yükümlülükler, 885; aynı yönde GÖKTAŞ, Kaçınma Hakkı, 227.

koşullara ek olarak işçinin bu duruma rıza göstermesi gerekir⁴⁸¹. İşçinin işveren tarafından yapılan değişiklik tekliflerini kabul etmemesi halinde, İşK. m. 22 uyarınca ispat etmesi koşuluyla değişiklik feshi yapması mümkündür. Ancak böyle bir durumda işverenin işçinin çalışmaktan kaçınmasına neden olan tehlikeyi ortadan kaldırmasının kısa sürede mümkün olmadığını ortaya koyması ve işçiye teklif etmiş olduğu işin kötünüyetli olmaması gerekmektedir.

6. Çalışmaktan kaçınan işçi yerine yeni işçi alınması

Ne İş Kanunu m. 83 yürürlükteyken ne de İSGK. m. 13 iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması sebebiyle çalışmaktan kaçınan işçi yerine yeni işçi alınmasını veya o işçinin yaptığı işin başkasına yaptırılmasını engelleyecek bir hüküm getirmemiştir. Dolayısıyla işverenin böyle bir davranışı hukuki bir yaptırıma da bağlanmamıştır. Buna karşın iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınmadığı için çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçinin yerine alınan veya işin yaptırıldığı işçinin zarara uğraması halinde işverenin tazminat sorumluluğu söz konusu olabilecektir⁴⁸². Yeni alınan işçinin zarara uğraması halinde, işverenin tazminat sorumluluğu bulunduğunu kabul etmek gerekmektedir. Ancak zarar doğmasa dahi, İSGK'nın 13. maddesine göre çalışmaktan kaçınan işçi yerine yeni işçi alınmasının mümkün olmaması sebebiyle, tehlikeli olduğu tespit edilen işte işçi çalıştırıldığı için, bu işçiye işverenin maktu ve makul bir tazminat ödemekle sorumlu olacağını kabul edilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

7. Çalışmaktan kaçınılan sürede işçinin sosyal güvenliği

a. Askı halinde işçinin sosyal güvenliği

5510 sayılı Kanun m. 4/I, (a), bir iş sözleşmesiyle çalışanların sigortalı olacaklarını düzenlemek suretiyle işçilere sosyal güvenlik hakkı tanımıştır. Böylece bireyin karşılaşacağı ve yaşamı için tehlike yaratabilecek olaylara karşı bir güvence oluşturulmuş ve çalışanların yarınlarından emin olmalarının sağlanması hedeflenmiştir.

⁴⁸¹ Benzer yönde GÖKTAŞ, Kaçınma Hakkı, 227.

⁴⁸² GÖKTAŞ, Kaçınma Hakkı, 229.

İşçiler çalıştıkları süre boyunca sigortalı olacaklar, kısa ve uzun vadeli sigorta kollarının sağladığı haklardan yararlanacaklardır. Buna karşın işçilerin işyerinde sağlık ve güvenlikleri açısından tehlike yaratan bir durum sebebiyle çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmaları durumunda, var olan sosyal güvenlik haklarının bu değişimden etkilenip etkilenmeyeceği üzerinde durmak gerekmektedir.

Katıldığımız görüş, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığı dönemde, sözleşmesinin askıda olduğunu kabul etmektedir⁴⁸³. Dolayısıyla önce sözleşmenin askıda olduğu dönemlerde sosyal güvenlik ilişkisinin ne durumda olduğu, ardından özel bir askı hali oluşturan çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımı halinde işçinin sosyal güvenlik hakkının durumu incelenecektir.

Hukukumuzda fiili çalışmanın kesintiye uğradığı durumlarda, çalışma ve sosyal sigorta üyelik ilişkisinin devamı çalışmaya “kısa bir süre” için ara verilmesi halinde mümkündür. İş sözleşmesinin askıya alınma koşullarından biri ifa imkansızlığının geçiciliği olduğundan, çalışma ve sosyal sigorta ilişkisi için aranan koşullardan kısa olma koşulu, iş sözleşmesinin askıya alındığı durumlarda sorunsuz sağlanmaktadır⁴⁸⁴.

Sosyal Sigortalar Kanunu m. 107/I, hastalık ve analık sigortaları bakımından sosyal sigorta üyelik ilişkisinin ödenen primin ilişkin olduğu günü takip eden onuncu günden başlanarak yitirilmiş sayılacağını düzenlemişti. İkinci fıkra ise sigortalının ücretsiz izinli olması, greve iştirak etmesi veya işverenin lokavt yapması hallerinde sigortalılık niteliğinin bu sürelerin sona ermesini takip eden onuncu günden başlanarak yitirilmiş sayılacağını belirtmişti. Dolayısıyla kural olarak işverenin kuruma prim ödemesi fiili çalışma sürdüğü ve ücret ödendiği sürece devam edeceğinden, üyelik ilişkisinin devamı büyük ölçüde fiili çalışmaya bağlanmıştı. Bununla birlikte ikinci fıkrada belirtilenler dışındaki nedenlerle askı halinin varlığı durumlarında sosyal sigorta üyelik ilişkisi

⁴⁸³ İşçinin çalışmaktan kaçındığı sürede iş sözleşmesinin durumu hakkında bilgi için bkz. 2. Bölüm, §6, XI, 1.

⁴⁸⁴ BAŞTERZİ, 95.

korunmamaktaydı⁴⁸⁵. Hükümden çıkan başka bir sonuç ise SSK. m. 107'de üyelik ilişkisinin sona ereceği günün belirlenmesinde prim ödenen son gün ölçüt alındığından, işverenin her ne sebeple olursa olsun işçiye askı döneminde ücret ödemesi halinde, bütün sigorta kolları bakımından prim ödenen son gün esas alınarak sosyal sigorta üyelik ilişkisinin sona ereceği tarihin belirlendiği idi. Askı halinde ücret ödenmemesi durumunda ise hastalık ve analık sigortası bakımından askı süresinin sonundan itibaren değil, ancak prim ödenen son günden itibaren on gün süreyle sosyal sigorta üyelik ilişkisi korunmakta, böylelikle kısa bir süre de olsa çalışmanın kesintiye uğradığı durumlarda çalışma ilişkisinden bağımsız olarak sosyal sigorta üyelik ilişkisi devam etmekteydi⁴⁸⁶.

Kanun koyucu bu düzenleme ile hastalık ve analık sigortası açısından sigortalılık niteliğini fiili çalışma olgusuna bağlı kılmamış, iş değişikliği nedeniyle çalışma ilişkilerini sona erdirip yeni bir çalışma ilişkisi içine girecek sigortalıların, boşta kalabilecekleri en çok on günlük geçici sürede, üyelik ilişkisinin kopmamasını, işçilerin hastalık ve analık sigortası güvencesinden yararlanmaya devam etmelerinin sağlanmasını amaçlamıştı. Bunun sebebi ise sigortalının korunmasıdır⁴⁸⁷.

Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu daha isabetli olmak üzere, 9. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde, kısa ve uzun vadeli sigorta kolları bakımından sigortalılığın, m. 4/I, (a) kapsamında sigortalı olanlar (işçiler) bakımından, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren son bulacağını kabul etmiştir. SSGSSK. m. 9/2, (b)'de ise hastalık ve analık sigortaları bakımından sigortalılığın, sigortalının ücretsiz izinli olması, greve iştirak etmesi veya işverenin lokavt yapması hallerinde bu hallerin sona ermesini, diğer hallerdeyse 1. fıkrada belirtilen tarihleri (yani iş sözleşmesinin sona ermesini) takip eden onuncu günden başlanarak yitirilmiş sayılacağı

⁴⁸⁵ BAŞTERZİ, 96; bkz. SÖZER, Sosyal Sigorta, 104-106; TUNCAY/EKMEKÇİ, 2005, 140-141.

⁴⁸⁶ BAŞTERZİ, 96.

⁴⁸⁷ GÜZEL Ali/OKUR Ali Rıza/CANIKLIOĞLU Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, 14.bası, İstanbul 2012, 198; BAŞTERZİ, 69-70.

öngörülmüştür⁴⁸⁸. Bu kural sadece hastalık ve analık hükümlerine ilişkin olarak getirilmiş olup, koşulları varsa diğer sigorta kolları açısından sigortalılık niteliği devam etmektedir⁴⁸⁹. Diğer taraftan sigortalının ücretsiz izinli olması, greve katılması veya lokavta uğraması halleri de fiili çalışma ilişkisini kesmesine karşın kısa bir süre için de olsa sigortalılık ilişkisini kesmemektedir⁴⁹⁰. Bu hallerde hastalık ve analık sigortasının uygulanması bakımından sigortalılık ilişkisi, bu haller sona ermesine rağmen sigortalının on gün içinde tekrar çalışmaya başlamaması halinde sona erer⁴⁹¹. SSGSSK. m. 9/II'de "ücretsiz izinli olma" halinden söz edilmiş olmasına karşın, ücretli izin durumunda hastalık ve analık hükümleri açısından sigortalılık niteliği yitirilmez. Çünkü izin süresinde sigortalı ücret almaya devam etmekte ve dolayısıyla sigortalı adına prim kesilmektedir. Nitekim bu durum yıllık ücretli izin açısından İşK. m. 61'de açıkça düzenlenmiştir⁴⁹². Şöyle ki, İşK. m. 61'e göre sigortalılara yıllık ücretli izin süresi için ödenecek ücretler üzerinden iş kazaları ile meslek hastalıkları primleri hariç, diğer sigorta primleri, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu çerçevesinde işçi ve işverenler yönünden ödenmesine devam olunur. Her ne kadar İşK. m. 61'de yıllık izin süresinde ödenecek primlerden iş kazaları ile meslek hastalıkları primleri hariç tutulmuşsa da SSGSSK. m. 80/1, (c) gereği SGK. bu primleri de kesmektedir. Zira, SSGSSK. m. 80/1, (c)'ye göre (b) ve (c) bentlerinde sayılan istisnalar dışında (ki bu istisnalar arasında yıllık ücretli izin alacağı bulunmamaktadır⁴⁹³) her ne adla yapılsa yapılsın tüm ödemeler prime esas kazanca tabi tutulur. Diğer Kanunlardaki prime tabi tutulmaması gerektiğine dair muafiyet ve istisnalar bu Kanunun uygulanmasında dikkate alınmaz. Bu noktada İşK. m. 61 ile SSGSSK. m. 80/1, (c) hükümlerinin birbiri ile çeliştiği gerekçesiyle hangi hükmün uygulanacağına dair tereddütler ortaya çıkabilir. Ancak SSGSSK., İşK. 'dan daha sonra yürürlüğe girdiği, doğrudan primlerin tahsili konusunu düzenleyen bir kanun olduğu ve SSGSSK.'da açıkça diğer Kanunlardaki prime tabi tutulmaması gerektiğine dair muafiyet ve istisnaların bu Kanunun uygulanmasında

⁴⁸⁸ BAŞTERZİ, 97-98.

⁴⁸⁹ GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, 199; TUNCAY/EKMEKÇİ, 119.

⁴⁹⁰ SÖZER, Sosyal Sigorta İlişkisi, 105; BAŞTERZİ, 128.

⁴⁹¹ TUNCAY/EKMEKÇİ, 120.

⁴⁹² GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, 199; SÖZER, Sigorta İlişkisi, 106.

⁴⁹³ Adı geçen istisnalar için bkz. SSGSSK. m. 80/1, (b), (c).

dikkate alınmayacağı düzenlendiğinden SGK, İşK. m. 61'i değil, SSGSSK. m. 80/1, (c)'yi dikkate almaktadır.

SSGSSK. m. 9 hükmü öğretide farklı şekillerde değerlendirilmiştir. Bir görüşe göre, SSGSSK m. 9/1, (a) bendinde, 4. maddenin 1. fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalıların (işçilerin), sigortalılığının iş sözleşmeleri sona erdiğinde son bulacağına belirtilmesi karşısında, 9. maddenin 2. fıkrasının (a) bendinde ayrıca bazı askı halleri için bir düzenlemeye gidilmesi gerekli değildir. Zira bu düzenlemeyle zaten sosyal sigorta üyelik ilişkisi korunmaktadır. Ücretsiz izin, grev ve lokavt dönemlerinde iş sözleşmeleri askıya alınmakta, sözleşmenin askıya alındığı durumlarda iş sözleşmesi sona ermediği için, SSGSSK'nun 9. maddesinin 1. fıkrasındaki genel düzenleme gereği sosyal sigorta ilişkisi de son bulmamaktadır⁴⁹⁴.

İş sözleşmesinin askıya alınması halinde, iş görme ve ücret edimleri askıda olsa da bağımlılık ilişkisi devam ettiği için, bu sürede çalışma ve dolayısıyla sosyal sigorta üyelik ilişkisinin devam ettiğini kabul etmek uygun olacaktır⁴⁹⁵. Bu yaklaşım, askı döneminde ücret ödeniyorsa daha da güçlenmektedir. Zira ücretin ödenmesi, işçi üzerindeki tasarruf yetkisinin ve işçinin işverene bağımlılığının bir göstergesi olmaktadır⁴⁹⁶. Diğer taraftan ücretin ödenmesi, ödenen ücrete ilişkin primin de ödenmesini gerektirir. İşçinin sözleşmesinin askıda olduğu dönemde sosyal sigorta ilişkisinin devam ettiğini kabul etmek, iş sözleşmesinin askıya alınmasının temelinde yatan düşünceye de uygundur. Zira tek başına iş sözleşmesinin ayakta tutularak işçiye iş güvencesinin sağlanması yeterli olmayıp, işçiye sosyal güvence sağlanarak da işçinin desteklenmesi gerekmektedir⁴⁹⁷. Kaldı ki, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçi, Kanunun tanıdığı bir olanağı kullanarak pasif kalma durumunu seçmiştir. Eylemli olarak çalışmamaktadır. İşyerindeki iş sağlığı veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokan durumun giderilmesi halinde, derhal çalışmaya başlar. Dolayısıyla işçiden bağımsız olarak gelişen ve işverenin borcunu yerine getire-

⁴⁹⁴ BAŞTERZİ, 69.

⁴⁹⁵ Bu konu hakkında bilgi için bkz. BAŞTERZİ, 95 vd.

⁴⁹⁶ ENGELS, 24, BAŞTERZİ, 95'de dn. 206'dan naklen.

⁴⁹⁷ BAŞTERZİ, 95.

memesi neticesinde Kanunun verdiği hakkı kullanan işçinin sigortalılık niteliğinin yitirilerek adeta cezalandırılması, sosyal güvenlik hukukunun amacı ile çelişir.

b. Sigortalılık niteliği

İşçinin çalışmaktan kaçındığı dönemde, mevcut işinde değil de başka bir işte çalışması halinde, sonraki çalışması için sigortalılık ilişkisinin kurulduğu ve bütün sigorta kolları bakımından prim kesilip yatırılması gerektiği şüphesizdir⁴⁹⁸. Zira 5510 sK. m. 7/I,(a)'ya göre, sigortalılık çalışmayla başlayacak olup, işçinin sağlığı ve güvenliği açısından tehlikeli olan işyerinde çalışmayıp bir diğer işyerinde çalışması ihtimalinde, söz konusu yeni iş için sigortasının yapılarak primlerinin ödenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla bu ikinci iş için işçinin sosyal sigorta ilişkisi kurulacaktır. Fakat iş sağlığı ve güvenliği açısından tehlike yaratan durum sebebiyle işçinin çalışmaktan kaçındığı dönemde, tehlikeden ötürü çalışmadığı işyerinde sigortalılık durumunun ne olacağı, işçinin sigorta primlerinin ödenip ödenmeyeceği uyuşmazlık konusudur. Bu noktada işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını işe başlaması gereken ilk iş gününde kullanması mümkün olduğu gibi çalışmaktayken meydana gelen bir tehlikeden ötürü sonradan kullanması da söz konusu olabildiğinden, her iki ihtimal üzerinde de durmak gerekmektedir.

İş sözleşmesinin başlaması gereken ilk günde, işverenin işçiye iş sağlığı ve güvenliği açısından uygun bir çalışma ortamı sağlamaması sebebiyle, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması halinde, işçi iş sağlığı ve güvenliği açısından gerekli önlemler alınmadığı sürece işe başlamaz. Bu durumda işçi işyerinde fiilen hiç çalışmamış olup, işçinin sigortalı olup olmayacağı, olacaksa sigortalılığın hangi tarihten itibaren başlayacağı önem arz edecektir.

5510 sayılı Kanun m. 7/I, (a), sigortalılığın işçinin çalışmaya başladığı tarihten itibaren (ya da mesleki eğitime başladığı veya statüye geçtiği tarihten itibaren) kurulduğunu düzenlemiştir. Sigorta hak ve yükümlülüklerinin başlama tarihi, iş sözleşmesinin

⁴⁹⁸ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 194-195.

yapıldığı tarih değil, fiilen işe başlama tarihidir⁴⁹⁹. Başka bir deyişle, işçinin sosyal güvenlik ilişkisi kural olarak fiilen çalışmaya başlamasıyla kurulmaktadır. Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulamaları da işçinin iş sözleşmesinin yapıldığı veya işe giriş bildirgesinin gönderildiği tarih değil, fiilen işe başladığı tarihte sigortalı olduğu yönündedir⁵⁰⁰. Buna karşın bazı durumlarda sigortalılığın başlangıcının işçinin eylemli olarak işe başlamasına bağlanması adil olmayan sonuçlar doğurur. Böyle durumlarda çalışmaya başlama anı gibi, çalışmak üzere işverenin emrinde hazır olmak da sigortalılığın başlangıcı için yeterli olmalıdır⁵⁰¹. Aynı yönde olmak üzere Yargıtay çalışma ilişkisinin kurulması için işçinin eylemli ya da varsayımsal biçimde çalışmasını yeterli saymaktadır. Varsayımsal çalışma, işçinin fiilen çalışmasa da işgücünü işverenin emrine hazır tutması anlamına gelmektedir⁵⁰².

İşK. m. 66/I, (c), işçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boşa geçirdiği sürelerin işçinin günlük çalışma süresinden sayılacağını düzenlemiştir. Nitekim kanun koyucu işçinin çalışmaktan kaçındığı dönemde, fiilen çalışmamasına rağmen ücret ve diğer haklarının saklı kaldığını kabul etmiştir (İşK. m. 83/ şimdi İSGK. m. 13). Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, işçinin çalışmaktan kaçındığı dönemde, uygun çalışma ortamının bulunmaması sebebiyle iş görme borcunun yerine getirilmemesi halinde varsayımsal olarak çalıştığı kabul edilmektedir⁵⁰³. Dolayısıyla burada fiilen çalışma olmasa da yasaca “çalışılmış sayılma” halinin varlığının kabul edilmiş olduğu sonucuna varılabilecektir⁵⁰⁴. Nitekim Yargıtay'ın bazı kararlarında olduğu gibi bir kısım öğretilerde de fiilen çalışmak yanında çalışılmış sayılmanın da sigortalılığa imkan vereceği kabul edilmektedir⁵⁰⁵. Yargıtay da işçi çalışmasa da bu sürelerin çalışılmış gibi kabul edileceğini, bu durumda da işçinin sigor-

⁴⁹⁹ SAYMEN Ferit Hakkı /EKONOMİ Münir, Sosyal Sigortalar Tatbikatı, İstanbul 1966, 56; GÜZEL /OKUR /CANİKLİOĞLU, 174.

⁵⁰⁰ GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, 174.

⁵⁰¹ GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, 175.

⁵⁰² Y10.HD, 16.05.1980, 2608/2713; 25.01.1983, 37/312, 19.06.1984, 3161/3449, ÇENBERCİ, 1985, 91-92- BAŞTERZİ, 22 naklen.

⁵⁰³ Bkz. 2. Bölüm, §6, XI, 3.

⁵⁰⁴ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 196.

⁵⁰⁵ İşverenin temerrüdü halinde sigortalılığın başlangıç anı konusunda bkz. AKYİĞİT Ercan, İşverenin İş Kabulde Temerrüdünün 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu Açısından Değerlendirilmesi, Çimento İşveren, Mayıs 1995, 18 vd.; GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, 175.

talılığının devam ettiği ve bu sürelerin sigortalılık süresine eklenmesi gerektiğini ifade etmiştir⁵⁰⁶. Sözleşmede belirli bir tarihte çalışmaya başlanacağı kararlaştırılmış olmasına rağmen, işçi o gün işe başlatılmamış; ancak işgücünü işverenin emrine hazır tutarak işbaşı yapmayı beklemişse, çalışma ilişkisi işçinin iş gücünü işverenin emrine hazır tuttuğu ilk tarihte kurulmuş sayılacaktır⁵⁰⁷. Dolayısıyla işçinin iş sağlığı ve güvenliği açısından tehlikeli bir durum sebebiyle çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması durumunda, işveren tehlikeyi bertaraf için gerekli tedbirleri alırsa, işçinin işe dönmesi gerekecektir. İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığı dönemde, işveren gerekli iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini alana dek işçi çalışmaya hazır bir halde beklediğinden işçinin çalışmaktan kaçındığı dönemde her an iş görmeye hazır olduğu kabul edilmelidir.

Özetle, işçinin çalışmaya başlayacağı ilk gün çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması halinde, fiilen çalışmadığı halde ilk günden sigortalı sıfatını edinmesi gerekmektedir. Aksi halde, böyle bir işçinin sigortalılığının gerçekleşmediği sonucuna varılacak olup, yaptığı iş sözleşmesi gereği çalışmayı teklif eden, ancak teklifi haklı bir sebebe dayanmaksızın işveren tarafından geri çevrilen işçi açısından haksız bir sonuç doğacaktır. Kaldı ki, yasa gereği işveren uygun ortam hazırlayana kadar işçi iş görme borcundan kurtulmakta ve çalışmadığı halde ücrete de hak kazanmaktadır⁵⁰⁸.

İşçinin işe başladıktan sonra iş sağlığı ve güvenliğini tehdit eden bir tehlike sebebiyle çalışmaktan kaçınmasını gerektiren bir durumda, işçinin çalışmadığı dönemde mevcut sigortalılığının ne olacağı ve buna bağlı sosyal sigorta üyelik ilişkisinin bütün sigorta kolları bakımından devam edip etmediği üzerinde de durmak gerekmektedir.

5510 sayılı Kanun m. 9/I, (a) kısa ve uzun vadeli sigorta kolları bakımından işçilerin sözleşmelerinin sona ermesiyle sigortalılık ilişkilerinin son bulacağını düzenlemişken; m. 9/2, (b), sigortalının ücretsiz izinli olması, greve iştirak etmesi veya işverenin lokavt

⁵⁰⁶ Y10HD, 10.10.2006, 8713-12521 sayılı kararı, GÖKTAŞ, Kaçınma Hakkı, 231'de dn. 77.

⁵⁰⁷ BAŞTERZİ, 22.

⁵⁰⁸ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 196.

yapması hallerinde hastalık ve analık sigortaları bakımından sigortalılığın bu hallerin sona ermesini takip eden onuncu günden başlanarak yitirilmiş sayılacağını öngörmüştür. Çalışmaktan kaçınma hakkı gibi diğer hallerdeyse işçinin sigortalılığı iş sözleşmesinin sona ermesini takip eden onuncu günden başlanarak yitirilmiş sayılacaktır. İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığı dönemde, işveren işçiye ücret ödüyorsa hastalık ve analık ile uzun vadeli sigorta kolları bakımından işçinin primlerinin ödenmesi gerektiği hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak işçinin fiilen çalışması bulunmadığından fiilen çalışmadan kaynaklanan iş kazası ve meslek hastalıkları için sigorta primi kesilip kesilmeyeceği tartışmaya açıktır⁵⁰⁹.

Öğretide bir görüşe göre, işçi fiilen çalışmadığı için iş kazası ve meslek hastalığı riski bulunmamaktadır. Bu sebeple söz konusu primlerin ödenmesi gerekmemektedir⁵¹⁰. Diğer görüşe göre ise yıllık ücretli izin döneminde, primler tüm sigorta kolları bakımından ödenmektedir. Yalnızca iş kazası ve meslek hastalığı sigortaları için prim kesilmemektedir (İŞK. m. 61). Bu noktada yıllık izinde olduğu gibi işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığı ve fiilen çalışılmayan dönemde iş kazası ve meslek hastalığı primlerinin ödenmeyeceği söylenebilecekse de işi kabulde temerrüt durumunda, işçinin çalışmamasının işverenin haksız bir hareketinden kaynaklanması sebebiyle, tüm primlerin ödenmesi gerekmektedir⁵¹¹. Aynı yönde olmak üzere farklı bir yazar, işçinin emeğini işverenin emrine hazır tuttuğu ancak ifanın iş görme ediminin kabulü bağlamında gerekli iş sağlığı ve güvenliği koşullarının işverence sağlanmaması sebebiyle yerine getirilmediği bu özel temerrüt ve askı durumunda, işçinin varsayımsal olarak çalışıyor kabul edilip (İŞK. m. 66/c), çalışma ilişkisi ve buna bağlı olarak sosyal sigorta ilişkisinin tüm sigorta kolları bakımından devam edeceğini; bu çerçevede TBK. m. 408'e (818 sK'nın 325. maddesine) veya İSGK. m. 13'e (İŞK. mülga m. 83'e) göre işçinin çalışmasa da hak ettiği ücreti üzerinden işverence prim ödenip tahakkuk yapılması gerektiğini isabetli olarak ifade etmiştir⁵¹². Buna karşılık işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığı dönemde hastalık, malüllük, analık, yaşlılık ve ölüm

⁵⁰⁹ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 197.

⁵¹⁰ GÖKTAŞ, Kaçınma Hakkı, 232.

⁵¹¹ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 197.

⁵¹² BAŞTERZİ, 198.

sigortası için primler kesilmeye devam edecektir. Zira belirtilen sigorta kolları için çalışmış sayılma da yeterlidir⁵¹³.

c. Sigortaya bildirim ile prim ödeme yükümlülüğü

Çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçinin sosyal sigorta ilişkisi devam ettiğinden, bu sigortalı için de Aylık Prim ve Hizmet Belgesinin verilmesi gerekecektir. Ancak işgörmeye borcunu yerine getirmeyen işçiye, bu dönemde ücret ödenmemesi halinde kazanç tutarı ve gün sayısı sıfır olarak bildirim yapılması gerekir.

İşçinin çalışmaktan kaçındığı dönem içinde ücreti ve diğer hakları saklıdır (İSGK m. 13/2/İŞK mülga m. 83/4). İşverenin işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığı dönemde ücretini ödememesi halinde, hukuka uygun olarak çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçi bu süreye ait ücret ve diğer haklarını daha sonra işverenden isteyebilir. İşverenin işçiye ücretini ödemesi halinde, işverenin sonradan Ek ya da Asıl Aylık Prim ve Hizmet Belgesi⁵¹⁴ düzenleyerek Kuruma vermesi gerekir ve söz konusu süre hizmetten sayılır. Çalışmaktan kaçınan işçi için bu şekilde geriye doğru ücret ödeyen işverene geç teslim ettiği prim belgelerinden dolayı idari para cezası uygulanıp uygulanmaması gündeme gelir. Zira işveren, çalıştırdığı işçiler için prim belgelerini zamanında vermelidir. Bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde m. 102 / I, (c) hükmüne göre idari para cezasına hükmolunur (5510 sK. m. 86/I, c). Ancak işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığı dönem için ek ya da asıl Aylık Prim ve Hizmet Belgelerinin, ücretin ödendiği tarihi takip eden ayın sonuna kadar Kuruma verilmesi ve belgelerde kayıtlı sigorta primlerinin aynı süre içerisinde ödenmesi halinde, idari para cezası ve gecikme zammı uygulanmamalıdır⁵¹⁵. Bu noktada Kanun gereği ücret ödeme tarihinin tespitinin Kurumca kabul edilebilir bir belgeye bağlanması son derece önem taşır. Hatta Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüklerine bir rol tayin edilmesi ve geliştirilecek bir form ile ça-

⁵¹³ GÖKTAŞ, Kaçınma Hakkı, 232.

⁵¹⁴ İşverenin Kuruma vermesi gereken belgelerin “asıl belgeler” ve “ek belgeler” olarak ikiye ayrılması, bu belgelerin Kuruma zamanında verilmemesi halinde uygulanacak olan idari para cezasını değiştirmektedir (5510 sK. m. 86).

⁵¹⁵ BİLGİLİ Özkan, İşçinin Çalışmaktan Kaçınmasının Sonuçları, <http://www.lutfiinciroglu.com/content/view/97/87/> (24.12.2011).

lışmaktan kaçınılan dönemin ücretinin işçiye ödendiği ilgili müdürlüğe bildirilerek bel- gelenmesi halinde, bu belgedeki tarih de dikkate alınarak Kuruma (SSK şimdi SGK) söz konusu prim belgelerinin verilmesi yerinde olur. ngrlen sürenin açılması halinde ise idari para cezası uygulanması ve gecikme zammı hesaplanması söz konusu olmalıdır. Bu zm, iş sözleşmesinin geçersiz sebeple feshinde işverence yapılan ücret demele- rinde sonradan düzenlenecek prim belgeleri için geliştirilen zme paralel nitelikte- dir⁵¹⁶.

şöyle ki, işveren uygulama tebliĐine⁵¹⁷ göre, 4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesine istinaden iş mahkemelerince veya özel hakem tarafından verilen kararların tebliğinden sonra, on işgünü içinde sigortalı, işe başlamak üzere işverene başvurduğu takdirde, iş mahkemeleri veya özel hakemlerce verilen karar uyarınca ödenmesine karar verilen ücretlere ilişkin ek nitelikteki aylık prim ve hizmet belgelerinin kesinleşen mahkeme kararının sigortalıya tebliğ edildiği tarihi izleyen onuncu işgününün içinde bulunduğu ay/dönemi takip eden ay/dönemin, işyerinin özel nitelikte olması halinde 23’ne, resmi nitelikte olması halinde 7’sine kadar Kuruma, e-sigorta kanalıyla gönderilmesi veya kağıt ortamında verilmesi halinde yasal süresi içinde verilmiş kabul edilir ve Kanunun 102. maddesinde belirtilen idari para cezası uygulanmaz (m. 2.2, d). Yasal süresi dışın- da verilen aylık prim ve hizmet belgelerinin Yönetmeliğin 103. maddesinin ikinci fıkra- sında belirtilen açıklamalar uyarınca incelemeye sevk edilmesi ve işverenlerce inceleme sonucu beklenilmeksizin tahakkuk eden primlerin gecikme cezası ve gecikme zammı ile birlikte ödenmek istenilmesi halinde, incelemeye sevk edilen aylık prim ve hizmet bel- gelerinin tahakkuk eden kısmı, inceleme sonucu beklenilmeksizin, hizmet kısmı (sigor- talıların yer aldığı bölüm) ise yapılacak incelemenin ardından uygun görülmesi halinde işleme alınır (İşveren Uygulama Tebliği m. 2.2, son). Dolayısıyla işe iade davalarında genelge ile getirilmiş olan bu zm, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması halinde de benzer şekilde uygulanabilecektir.

⁵¹⁶ BİLGİLİ, <http://www.lutfiinciroglu.com/content/view/97/87/> (24.O2.2012).

⁵¹⁷ RG. 01.09.2012, 28398.

8. İş Sözleşmesinin İşveren tarafından feshi

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, İşK. m. 34'de düzenlenmiş olan ücretin gününde ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımından farklı olarak, iş sağlığı ve güvenliğini tehdit eden tehlike nedeniyle çalışmaktan kaçınan işçilerin iş sözleşmelerinin bu nedenle feshedilemeyeceği yönünde bir kural getirmemiştir. Ancak iş sözleşmesinin çalışmaktan kaçınma hakkının kullanıldığı gerekçesiyle feshedilemeyeceği açıktır⁵¹⁸. İşçinin işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin tehlikede olduğu gerekçesiyle tehlikenin tespit edilmesi ve gerekli tedbirlerin alınması için iş sağlığı ve güvenliği kuruluna, kurulun bulunmaması halinde ise işverene başvurması ve talebin olumlu karşılanmasına rağmen, işçinin sözleşmesinin çalışmadığı gerekçesiyle işverence feshi, iş güvencesi kapsamında olanlar için geçersiz, güvence kapsamında olmayanlar içinse haksız bir fesih niteliğinde olacaktır. Zira bu durumda çalışmaktan kaçınan işçi, hukukun kendisine tanıdığı bir hakkı (İSGK. m. 13) kullanmıştır.

İşçinin Kurul ya da işverene yaptığı başvurunun olumsuz karşılanması durumunda ise iki şekilde hareket etmesi mümkündür. İlki işçinin kararı kabul ederek, eski işine devam etmesi, diğeri ise kendi kararıyla çalışmaktan kaçınmasıdır.

İşyerindeki tehlikenin yakın ve ciddi olduğunun kurul ya da işveren tarafından kabul edilmemesi üzerine, işçi işine devam ederse, işverenin işçinin sözleşmesini fesih yoluna gittiğine pek rastlanmamaktadır. İşverenin sırf işçinin işyerindeki tehlikeyi öne sürerek çalışmaktan kaçınma hakkını talep ettiği gerekçesiyle sözleşmesini feshetmesi halindeyse, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi işçi kanunla kendine tanınmış bir hakkı kullanmak için başvuruda bulunduğundan, yapılan fesih haksız bir fesih niteliğinde olacaktır. Ancak kurul ya da işverenin tehlikenin yakın ve ciddi olmadığı yönündeki kararına rağmen işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmakta ısrarcı olması yahut işçinin iş sağlığı ve güvenliği kuruluna ya da işverene başvurmaksızın çalışmaktan kaçınması halinde, işverenin işçinin sözleşmesini feshi üzerinde durmak gerekmektedir.

⁵¹⁸ 4857 sK. mülga m. 83'ün yürürlükte olduğu dönemde aynı görüş için için bkz. SOYER, Kaçınma Hakkı, 686.

Kurul veya işverenin aksi yönündeki kararına veya herhangi bir kararı olmamasına rağmen, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması durumunda işi bırakmanın riski işçiye ait olacak, işveren işçinin gereksiz yere işi bıraktığı iddiasıyla sözleşmeyi feshedebilecektir⁵¹⁹.

Öğretide bir görüş göre, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanma kararını kendi başına alması ve bunun yanlış bir karar olduğunun anlaşılması üzerine iş sözleşmesinin mazeretsiz işe devamsızlık yaptığı gerekçesiyle işverence haklı nedenle feshi mümkün olduğu gibi, işçinin sebep olduğu devamsızlıkla iş sözleşmesini haksız feshetmiş duruma düşmesi de mümkündür⁵²⁰. Ancak kanaatimizce işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması durumunda, bu karar yanlış da olsa, işçinin hareketi sözleşmeyi feshettiği şeklinde yorumlanamaz. Zira bu durumda işçinin sözleşmeyi feshe yönelik bir iradesi bulunmamaktadır. İşçi hatalı bir kararla da olsa, hayatının tehlike altında olduğuna inanması sebebiyle iş görme borcunu ifadan kaçınmıştır. Oysa sözleşmenin işçi tarafından feshedildiğinin kabulü için işçinin sözleşmeyi sona erdirmeye yönünde bir talebi bulunmalıdır. Sözleşmenin işveren tarafından feshedildiğinin kabulü ise belirli koşullar altında mümkündür. Şöyle ki, işveren işçiye görevini hatırlattığı halde işçi ifadan kaçınmış ve bu kaçınma haklı bir gerekçeye dayanmıyorsa iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle feshi mümkündür. Bu noktada koşulların varlığı halinde işverenin işçinin sözleşmesini devamsızlık nedeniyle feshi de söz konusu olabilir.

Gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınıncaya dek sürebilecek olan çalışmaktan kaçınma durumu, işverenin önlemleri alıp, işçiye işe davet etmesiyle son bulacak, böyle bir davete icabet etmeyen işçinin durumu somut olayın koşullarına göre değişecektir. Bu çerçevede eğer işçinin işe dönmeyeceği kesin ise İşK. m. 24/I uyarınca işçinin sözleşmeyi haklı nedenle feshettiği sonucuna varılabilecek, fakat işe dönmemenin kesinlik arz etmediği hallerde, bu izinsiz ve haksız devamsızlık (İşK. m. 25/II, g)

⁵¹⁹ SOYER, Yeni İş Kanunu, 36; SÜZEK, İş Hukuku, 884; aynı yazar, İşçilerin Hakları, 617; MOLLAMAHMUTOĞLU, Red Hakkı, 10.

⁵²⁰ SÜZEK, İşçilerin Hakları, 616; AKIN, III. Yılında İş Yasası, 321.

sayılarak işçinin sözleşmesinin haklı fesihle sona erdirilmesi mümkün olacaktır⁵²¹. Zira ifa imkansızlığı burada geçici değil, devamlıdır.

İşçinin kurul veya işveren kararı olmamasına rağmen, çalışmaktan kaçınması halinde, yaşamı ve sağlığı için yakın ve ciddi bir tehlike ile karşı karşıya olduğunu ispat etmesi gerekecektir. Zira, objektif bir şekilde iş güvenliğine aykırılığın tespit edilemediği bir durumda iş görme borcuna aykırı davranan işçi, sözleşmeye aykırı davranmış olacak ve fesih yaptırımı ile karşılaşacaktır. İşverenin bu durumda yaptığı feshin İşK. m. 25/II, (h) bendinde düzenlenmiş olan işçinin yapmakla görevli bulunduğu işleri hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi hükmüne mi yoksa İşK. m. 18 çerçevesinde işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli sebep hükmüne mi dayandırabileceği sorgulanmalıdır.

1475 sayılı Kanun döneminde, işçinin yaşamı ve sağlığı için tehlike bulunduğu gerekçesiyle işi reddetmesi üzerine işverenin işçinin sözleşmesini feshetmesinin, iş güvenliğine aykırılığın saptanamadığı durumda, işin reddinin sözleşmesel bir kusur oluşturması sebebiyle haklı nedene dayandığı ifade edilmiştir⁵²². Nitekim Yargıtay eski tarihli bir kararında, gerçekte işyerinin çalışmayı engelleyecek şekilde soğuk olmadığına tanık beyanlarından anlaşılması üzerine, kaloriferlerin az yanması nedeniyle işyerinin soğuk olduğu gerekçesiyle çalışmayı durdurmak suretiyle direnişe geçen ve ikaz ile ihtarlara rağmen çalışmaya dönmeyen işçinin iş sözleşmesinin işverence feshini haklı görmüştür⁵²³. Söz konusu feshin haklı mı geçerli mi fesih nedenine daha uygun olduğu üzerinde durulmadan önce, sözleşmenin 18. madde hükmüne aykırılık gerekçesiyle feshedildiğinin kabulünün işçinin yararına olduğu belirtilmelidir. Zira işverenin, işçinin sözleşmesini geçerli nedenle feshettiğinin kabul edilmesi halinde, işverenin işçiye ihbar öneli vermesi ya da ihbar tazminatı ödemesi ile diğer koşullar oluşmuşsa kıdem tazminatı ödemesi gerekecektir. İşverenin işçinin iş

⁵²¹ AKYİĞİT, Şerh II, 2107.

⁵²² MOLLAMAHMUTOĞLU, Red Hakkı, 7.

⁵²³ YHGK. 05.12.1980, 9-3341-2631 sayılı kararıyla onanan Y9HD., 13.06.1979, 8665/9249 sayılı kararı (MOLLAMAHMUTOĞLU, Red Hakkı, 7, dn. 33'den naklen).

sözleşmesini haklı nedenle feshettiğinin kabul edilmesi halinde ise işveren önel vermeden ya da hiçbir tazminat ödemededen iş sözleşmesini feshedebilecektir.

Fransız öğretisindeki görüşlere ve temyiz mahkemesi kararlarına göre, çalışmama hakkının yerinde olmayan bir şekilde kullanılması halinde “ağır hata” değil, “gerçek ve ciddi neden” vardır⁵²⁴. Hukukumuz açısından da İşK. m. 25 değil, İşK. m. 18 hükmü çerçevesinde fesih yoluna gidilmesi kanımızca yerinde olacaktır⁵²⁵. Zira geçerli ve haklı fesih nedenleri arasındaki temel farklılık, haklı fesih nedeninin söz konusu olması halinde işçi ve işveren arasındaki bağımlılık unsurunun temelinden çökmesi ve fesih sebebi bulunan kişinin diğer kişiyle iş sözleşmesi içinde bulunmaya devam etmesini ondan beklemenin mümkün olmamasıdır. İşçinin sağlığını tehdit ettiğine inandığı bir durumun varlığı halinde çalışmaktan kaçınmasında ise söz konusu ilişkiyi temelden sarsacak nitelikte bir sebep bulunmamaktadır. Bu durumda işçinin sözleşmesinin geçerli nedenle feshedilmesi hakkaniyete ve 4857 sayılı Kanunun ruhuna daha uygun olacaktır.

Buna karşın işi bırakmanın açıkça kötüye kullanıldığı hallerde, işverenin 25. madde çerçevesinde haklı fesih yoluna gitmesi mümkün kabul edilmelidir⁵²⁶. İş güvenliğine aykırılığın objektif olarak işçide böyle bir kanıyı uyandıracak nitelik taşıyıp taşımadığının takdirinin hakime ait olması gerekmektedir. Hakimin takdirine göre, işçinin kanısı mesnetsiz ise çalışmaktan kaçınma hakkının kötüye kullanıldığı kabul edilecektir. Ancak yapılan inceleme neticesinde tehlikenin gerekli nitelikleri taşımadığı saptansa dahi, çalışma ortamının işçide bu yönde bir tehlikeyle karşılaştığı izlenimi uyandırması makul kabul edilebilecekse, çalışmaktan kaçınma hakkının kötüniyetle kullanıldığından bahsedilemez⁵²⁷.

⁵²⁴ SAVATIER Jean, Champ d'application du droit de retrait d'une situation dangereuse, Droit Social, Juillet-Août 1996, 684-686 (SUR, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, 411'de dn. 29'dan naklen)

⁵²⁵ SUR, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, 411.

⁵²⁶ SUR, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, 411; TOPUZ, 482.

⁵²⁷ Frossard J., Les recours a l'action unilaterole, Droit Social, 1987, 502 (MOLLAMAHMUTOĞLU, Red Hakkı, 10, dn. 50'den naklen).

Kötüniyetin tespiti için çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımı bakımından hakimin işçiden beklediği davranışın ölçüsünün ne olacağı önem arz edecektir. İşçiden iyi bir aile babasının davranışı ya da medeni hukukun makul, temkinli, özenli, soyut ve objektif kişi davranışı beklenmemelidir. Hakim, reddin hukuka uygun olup olmadığını belirlerken somut çalışma ortamıyla birlikte işçinin niteliklerini dikkate almalı, işçinin kıdemi, yaşı, tecrübesi, sağlık durumu gibi özelliklerini incelemelidir⁵²⁸.

Tehlikenin işçinin mutad görevinden olması halinde ise durumun daha farklı değerlendirilmesi gerekmektedir. İşçi işe girerken baştan işin tehlikeli olduğunu biliyor ise işçinin işin tehlike arz ettiği gerekçesiyle çalışmaktan kaçınması, işveren açısından fesih sebebi oluşturacaktır. 1475 sayılı Kanun döneminde bu feshin İşK. m. 17/II, (g) bağlamında haklı fesih olacağı ifade edilmekteydi⁵²⁹. Nitekim Yargıtay eski tarihli bir kararında, işçinin mutad görevinden olmayan ve tehlikesi bilirkişi raporuyla sabit olan işi reddetmesini hukuka uygun kabul ederken, şayet tehlike içeren iş, işçinin mutad görevi cümlesinden ise reddin hukuka aykırı olduğunu kabul etmiştir⁵³⁰. Kararda, cereyan yok iken montajında çalıştığı santrifüj pompalarının bulunduğu ve bilahare arızalanan yere, yüksek gerilimli cereyan kesilmeden girmeyi reddeden işçinin haklı olduğu, zira bilirkişi raporuyla da sabit olan tehlikeli işin işçinin mutad görevinden olmadığı vurgulanmaktadır. Bu yönde olmak üzere İSGK. m. 12/1, (b), ciddi, yakın ve önlenemeyen tehlikenin devam etmesi hâlinde, işverenin zorunluluk olmadıkça, gerekli donanıma sahip ve özel olarak görevlendirilenler dışındaki çalışanlardan işlerine devam etmelerini isteyemeyeceğini düzenlemiştir. Dolayısıyla ciddi, yakın ve önlenemeyen tehlikenin devam etmesi hâlinde, işverenin gerekli donanıma sahip ve özel olarak görevlendirilen çalışanlardan işlerine devam etmelerini istemesi mümkündür. Bu işçilerin çalışmaktan kaçınmaları halinde, işveren sözü edilen işçilerin sözleşmelerini

⁵²⁸ BOUSIGES Annie, Le droit des salaires de se retirer d'une situation dangereuse pour leur integrite physique, Droit Social, No. 4, Avril 1991, 287 (MOLLAMAHMUTOĞLU, Red Hakkı, 10, dn. 51'den naklen).

⁵²⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU, Red Hakkı, 8.

⁵³⁰ Y9HD, 17.02.1982, 1617/713, 1475 sayılı Kanun ile ilgili Yargıtay kararları, Kamu-İş, TÜHİS, Türk Kamu-Sen, C.1, İstanbul 1989, 177-178 (MOLLAMAHMUTOĞLU, Red Hakkı, 5'de dn. 12'den naklen).

feshedebilecektir. 1475 sayılı Kanun Döneminde⁵³¹ bu feshin haklı nedene dayandığı ifade edilmişse de, bugünkü haklı fesih-geçerli fesih kavramları 1475 sayılı Kanun döneminde olmadığı için öğretide sözü edilen feshin haklı nedene dayandığı yönünde bir görüşün bulunduğunu kabul etmek doğru olmayacaktır. Bu durumda işverenin yapabileceği feshin haklı mı geçerli mi nedene dayandığı üzerinde durmak gerekmektedir. İşçi işe girerken baştan işin tehlikeli olduğunu biliyor ise işçinin işin tehlike arz ettiği gerekçesiyle çalışmaktan kaçınması, başka bir deyişle gerekli donanımına sahip ve özel olarak görevlendirilen çalışanların çalışmaktan kaçınmaları, kanaatimizce işveren açısından geçerli bir fesih sebebi oluşturacaktır. Zira işveren açısından haklı fesih nedeni, işçiyi işyerinde çalıştırmasının ondan beklenmeyeceği kadar ciddi bir sebeptir. Haklı fesih sebebinin olması halinde ihbar öneli kadar süre dahi iş sözleşmesinin devam etmesi beklenemez. İş ilişkisi taraflar açısından çekilmez haldedir. Oysa geçerli fesih nedeninin söz konusu olması halinde, işverenin işçinin sözleşmesini feshinde geçerli bir nedeni vardır; ancak bu neden haklı fesih nedeni kadar ağır bir neden değildir.

İşçinin çalışmaktan kaçınmasına temel olan sebeplerin gerek işverenin aldığı önlemler neticesinde gerekse kendiliğinden ortadan kalkması durumunda ise işçinin çalışmaktan kaçınmasına izin veren hukuki temel ortadan kalkmış olacağından, işçi çalışmaktan kaçınma hakkını kullanamaz⁵³². Aksi hal, hakkın kötüye kullanılması sayılır⁵³³. Bu durumda işverenin işçinin sözleşmesini duruma göre geçerli veya haklı nedenle feshetmesi mümkündür⁵³⁴. Hukuka aykırı bir çalışmaktan kaçınma hakkı kullanımı, fesih sebebi oluşturduğu gibi işçinin çalışmaktan kaçınmasının zarara yol açması durumunda, işçinin bundan da sorumluluğu doğacaktır⁵³⁵. Daha açık bir deyişle, işçinin işyerinde yakın ve ciddi bir tehlike olmamasına rağmen, işverene sırf zarar vermek

⁵³¹ 1475 sayılı Yasa Döneminde, işverenin iş sözleşmesini feshinde 13. maddede yer alan ve herhangi bir sebep belirtmeye gerek olmayan süreli fesih ile aynı yasanın 17. maddesinde düzenlenmiş olan haklı bir nedenin varlığına bağlanan derhal fesih imkanı bulunmaktaydı.

⁵³² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 1215.

⁵³³ Kişinin menfaatinin olmadığı hallerde hakkını kullanması “hakkın kötüye kullanılması” anlamına gelmektedir (AKYOL, 21 vd.; hakkın kötüye kullanılması için bkz. TAŞKENT, İşletme Hukuku, 164).

⁵³⁴ SUR, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, 413.

⁵³⁵ MOLLAMAHOĞLU, Red Hakkı, 12.

amacıyla, çalışmaktan kaçınması ve işçinin bu davranışının işyerindeki işlerin aksaması sebebiyle işverene maddi açıdan zarar vermesi, örneğin siparişlerin yetiştirilememesi halinde, işçinin bu davranışının zararından sorumlu olması gerekecektir.

XII. İşyerindeki yakın ve ciddi tehlikenin birden çok kişiyi ilgilendirmesi

İşyerindeki yakın, acil ve hayati (şimdi yakın ve ciddi) tehlikenin birden çok kişiyi ilgilendirmesi durumunda işçilerin toplu olarak iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvurmaları mümkün olup, kurulun talep yönünde karar vermesi durumunda işçilerin topluca işi bırakmaları grev oluşturmayacaktır⁵³⁶. Zira İşK. mülga m. 83 (şimdi İSGK. m. 13) ile tanınan hak, 818 sK. m. 325 (şimdi TBK. m. 408) hükmünün özel bir uygulama hali olup, grevden bahsedebilmek için işi bırakmanın herhangi başka bir hakka dayanmaması gerekmektedir⁵³⁷. Ancak ilk önce güvenlik gerekçesiyle çalışmaktan kaçınan işçilerin daha sonra farklı sebeplerle toplu olarak işi bırakmaları yasa dışı grev teşkil edecektir⁵³⁸.

Bu noktada grev yasaklarının bulunduğu işlerde veya işyerlerinde yahut greve katılamayacak işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabileceklerinin belirtilmesi gerekmektedir. Zira yaşama hakkı, grev yasakları ve greve katılamayacak işçilere ilişkin yasal düzenlemelerin koruduğu menfaatlerden önceliklidir. Yaşama hakkının başka bir yolla korunması da mümkün olmadığından grev yasakları ve greve katılamayacak işçiler gerek bireysel gerekse toplu olarak çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmelidir⁵³⁹.

İşçilerden birinin iş sağlığı ve güvenliği kuruluna ya da işverene yaptığı başvuru üzerine kurulun veya işverenin işçinin talebi yönünde karar vermesi durumunda, yalnızca

⁵³⁶ SOYER, Yeni İş Kanunu, 36; SÜZEK, İş Hukuku, 883; aynı yazar, İşçinin Hakları, 616; SUR Melda, Grev Kavramı, Ankara 1987, 78-79 (Grev); AKIN, III. Yılında İş Yasası, 321.

⁵³⁷ SOYER, Yeni İş Kanunu, 36; NARMANLIOĞLU Ünal, Grev, Ankara 1990, 84-88; SUR, Grev, 84 vd.

⁵³⁸ SUR, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, 413.

⁵³⁹ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, 32-33.

başvuruda bulunan işçinin mi, yoksa başvuruda bulunan işçi ile aynı tehlikeye maruz kalan diğer işçilerin de, ayrıca başvuruda bulunmalarına gerek kalmadan kurulun/işverenin kararına dayanarak çalışmaktan kaçınmalarının mümkün olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Kanun koyucu buna bir çözüm getirmemiştir. Ancak kurul ya da işverenin işyerinde işçilerin sağlığı açısından yakın ve ciddi bir tehlikenin varlığını tespit etmeleri halinde, sadece başvuruda bulunan işçinin çalışmaktan kaçınabileceğini, başvuruda bulunmamasına rağmen başvuran işçi ile aynı tehlikeye maruz kalan diğer işçilerin çalışmaktan kaçınmayacağını kabul etmek, hem çalışmaktan kaçınma hakkının amacına hem hakkaniyete hem de eşitlik ilkesine aykırı olacaktır. Zira aksi halde yakın ve ciddi tehlike ile karşı karşıya kalan işçilerden bir tanesinin hayatı korunma altına alınırken diğeri tehlikeye açık halde bırakılmaktadır.

Diğer taraftan 2013/4 sayılı Genelgenin eki niteliğindeki İş Teftiş Rehberi, şikâyet incelemelerinin, konunun sadece şikâyetçiyi ilgilendirdiği haller dışında, tüm çalışanları kapsayacak şekilde yapılmasının esas olduğunu düzenlemiştir (İTR. 3. Kısım, 2. Bölüm, 1.2.3). Dolayısıyla işçinin şikâyet hakkı ve buna bağlı denetim, kural olarak sadece şikâyette bulunan işçi ile sınırlı kalmayacak, işle ilgili belgeler, iş için gerekli olan malzeme de dikkate alınacak, şikâyet tek kişi tarafından da yapılırsa konu tüm işçiler açısından incelenecektir. Aynı bakış açısının çalışmaktan kaçınma hakkı için de geçerli olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede İSGK. m. 13'e kurul ya da işverenin işyerinde işçilerin sağlığı açısından yakın ve ciddi bir tehlikenin varlığını tespit etmeleri halinde, başvuruda bulunan işçi ile aynı tehlikeye aynı oranda maruz kalan diğer işçilerin de çalışmaktan kaçınabileceği yönünde bir hüküm ilave edilmesi yerinde olacaktır.

Ş7. İHBAR VE ŞİKAYET HAKKI

I. İhbar ve Şikayet Hakkına İlişkin 81 sayılı ILO Sözleşmesi⁵⁴⁰

İşçilere işyerinde iş sağlığı ve güvenliğini tehdit eden bir tehlikenin varlığı halinde ihbar ve şikayet hakkı tanıyan uluslararası düzenleme, 81 sayılı Sanayi ve Ticarete İş Denetimi Hakkındaki Uluslararası Çalışma Sözleşmesidir⁵⁴¹. Türkiye 13.12.1950 tarih ve 5690 sayılı Kanunla bu sözleşmeyi onaylamıştır⁵⁴². ILO'nun iş denetimi ile ilgili diğer sözleşmesi 25.06.1969 tarihli 129 sayılı Tarımda İş Denetimine İlişkin Uluslararası Çalışma Sözleşmesidir. Ancak ülkemiz henüz bu sözleşmeyi onaylamamıştır⁵⁴³.

81 sayılı Sözleşmedeki hükümlerin birçoğu iş denetiminin güçlendirilmesi amacıyla getirilmiştir⁵⁴⁴. 81 sayılı ILO Sözleşmesinin 1. maddesinde bu Sözleşmenin yürürlükte bulunduğu Uluslararası Çalışma Örgütünün her üyesinin sınai işyerlerinde bir teftiş sistemi bulundurması gerektiği belirtilmektedir. Sözleşmenin 22. maddesinde, bu zorunluluğun ticari işyerleri için de getirildiği ifade edilmiştir. Sözleşmedeki temel hükümler sanayide iş denetimine ilişkin olarak açıklanmıştır. Ancak ticarete iş denetimini düzenleyen 22. madde ve devamındaki genel hükümler dışındaki konularda sanayi denetimine ilişkin hükümlere atıf yapılmıştır.

81 sayılı Sözleşmede sınai işyerlerinde iş teftiş sistemi çalışma şartlarına ve işçilerin işleriyle meşgul oldukları sırada korunmalarına dair konulan kanuni hükümlerin buldukları bütün işyerleri hakkında uygulanacağı; ancak milli mevzuatın, maden ve

⁵⁴⁰ 81 sayılı Sözleşme Çerçevesinde iş denetimine ilişkin ayrıntılar konular içinde karşılaştırmalı olarak inceleneceğinden burada sadece kısa bir tanıtım yapılacaktır.

⁵⁴¹ İşçilerin resmi denetim kurumlarına şikayet hakkının 89/391 sayılı Çerçeve Yönergede düzenlenmediği; ancak bu hakkın işin doğası gereği olması sebebiyle ayrıca düzenlenmesinin gerekmediği belirtilmelidir (ARICI, İşçi Sağlığı, 97; EKMEKÇİ, İşyeri Örgütlenmesi, 62; KABAKCI, 329).

⁵⁴² Söz konusu ILO sözleşmesi 17689 numara ve 22.12.1950 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁵⁴³ 129 sayılı ILO Sözleşmesi için bkz. <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm> (02.03.2012).

⁵⁴⁴ ALBRACHT Gerd, Integrated Labour Inspection Systems: The Strategy of ILO, The Global Challenges of Labour Inspection, Labour Education 2005/3-4, No. 140-141, 67.

ulaştırma işletmelerini veya bu gibi işletmelerin bazı kısımlarını bu Sözleşmenin uygulanmasından istisna edebileceği belirtilmiştir (m. 2).

81 sayılı ILO Sözleşmesinin 3'üncü ve 129 sayılı ILO Sözleşmesinin 6'ncı maddelerine göre, iş teftişinin temel ve öncelikli görev alanı, çalışma ortamı ve çalışma şartlarıdır. Çalışma ortamında oluşan fiziksel, kimyasal, biyolojik, ergonomik, psikososyal etmenler, gerekli önlemler alınmadığında çalışanların genel durumunu etkilerler. Çalışma şartları kavramı ise çalışanların korunmasını doğrudan ilgilendiren çocukların, gençlerin ve kadınların çalıştırılmasını, çalışma süreleri-izinler ve ödeme sistemlerini (ücretleri) kapsamaktadır⁵⁴⁵. Dolayısıyla işyerlerinin düzenli denetimi ile işçilerin çalışma ortamı ile çalışma koşullarının iyileştirilmesi amaçlanmaktadır.

İş teftişi üye memleketin idari sistemi ile gerçekleştirilebildiği ölçüde, merkezi bir makamın kontrol ve denetimine tabi bulunacaktır. Federal bir devlet söz konusu olduğu takdirde, “merkezi makam” tabiri, ya federal bir makamı veya federasyonu teşkil eden bir hükümetin merkezi makamını ifade edebilecektir (m. 4).

II. Türk Hukukuna Bakış

İşverenin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi halinde işçilerin elinde bulunan imkanlardan biri işvereni yetkili makama ihbar ve şikayet etmektir. İhbar ve şikayet hakkı Anayasa ile düzenlenmiş bir hak olup, Anayasanın 74. maddesine göre “*Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye’de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir*”. İşçilerin işverenlerini ihbar ve şikayet hakkı 4857 sayılı Kanunda düzenlenmemiştir. Ancak anayasal bu hak, işin doğası gereği olduğundan ayrıca düzenlenmemiş olması hakkın varlığını etkilememektedir.

⁵⁴⁵<http://www.csgeb.gov.tr/csgebPortal/itkb.portal?page=hakimizda&id=1.4>, 02.03.2012.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, çalışanların veya çalışan temsilcilerinin, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği için alınan önlemlerin yetersiz olduğu durumlarda veya teftiş sırasında, yetkili makama başvurmalarından dolayı haklarının kısıtlanamayacağını düzenlemiştir (İSGK. m. 18/3)⁵⁴⁶. Bu çerçevede çalışanların veya çalışan temsilcilerinin yetkili makama başvurmaları, başka bir deyişle ihbar ve şikayet hakları bundan sonra kanunla düzenlenmiştir. Aynı yönde olmak üzere 6111 sayılı Kanunla 4857 sK'nın 92. maddesinde yapılan değişiklik sonrasında çalışma hayatını izleme, denetleme ve teftiş yetkili iş müfettişleri ile işçi şikayetlerini incelemekle görevli bölge müdürlüğü memurları tarafından tutulan tutanakların aksi kanıtlanıncaya kadar geçerli olduğu belirtilmiştir (İşK. m. 92/3, c. 1) Dolayısıyla bir kez daha işçi şikayetlerinin incelemeye alınacağı, bir hak olduğu kanun hükmü ile düzenlenmiştir.

İşçilerin ihbar ve şikayet hakkı, onlara işyerlerinin denetlenmesini isteme hakkı tanımaktadır. Bu noktada ihbar ve şikayet hakkı, iş denetiminin bir parçasıdır. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa göre adı geçen Kanun hükümlerinin uygulanmasının izlenmesi ve teftişi, iş sağlığı ve güvenliği yönünden teftiş yapmaya yetkili Bakanlık iş müfettişlerince yapılır⁵⁴⁷. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamında yapılacak teftiş ve inceleme-

⁵⁴⁶ Kısıtlanması halinde İSGK. m. 26/1, (h) gereği, işverenin idari para cezası ödemesi gerekecektir.

⁵⁴⁷ İş müfettişleri ikiye ayrılmakta olup, iş sağlığı ve güvenliğine ait hükümlerin denetimi tıp doktoru, mimar, elektrik, maden, jeoloji, metalürji, inşaat, elektronik, makina, kimya, endüstri, fizik, bilgisayar, tekstil, petrol, uçak, gemi, çevre yüksek mühendisi veya mühendisi olanlar arasından seçilen müfettişler tarafından, işin yürütümüyle ilgili hükümlerin (iş sözleşmelerinin feshine, çalışma süreleri, ücretlere vb.) denetimi ise hukuk, siyasal bilgiler, siyasal bilimler, iktisat, idari bilimler, işletme, iktisadi ve idari bilimler fakülteleri ile bunların dengi yerli ve yabancı fakülte veya yüksek okullardan birini bitirenler arasından seçilecektir (İş Teftişi Tüzüğü m.4). İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile teftiş sadece "iş sağlığı ve güvenliği yönünden teftiş yapmaya yetkili Bakanlık iş müfettişlerine" verildiğinden, "işin yürütümü yönünden teftişe yetkili iş müfettişleri" iş sağlığı ve güvenliği kapsamı dışında bırakılmıştır. İşin yürütümü yönünden teftişe yetkili iş müfettişlerinin çalışma alanına giren örneğin çalışma süreleri, yapılan işin niteliğine de bağlı olarak, iş sağlığı ve güvenliği ile doğrudan ilgilidir. Bu yönde olmak üzere öğretilerde hayati tehlike nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan bir işçinin, ayrıca ücretlerinin ödenmemesi nedeniyle şikayetçi olması halinde, hayati tehlikeyi iş sağlığı ve güvenliği yönünden teftiş yapmaya yetkili iş müfettişi, ücret alacağını ise işin yürütümü yönünden teftişe yetkili iş müfettişinin inceleyeceği; teftiş yetkisinin sadece iş sağlığı ve güvenliği yönünden teftiş yapmaya yetkili Bakanlık iş müfettişlerine verilmesi sebebiyle işin yürütümü yönünden teftişe yetkili iş müfettişinin çalışma sürelerinin iş riski oluşturabileceğini tespit etmesi halinde, bu müfettişlerin yaptırım maddesi olarak 4857 sK. m. 77. maddesinin muadili olan İSGK'nın ilgili maddesini kullanamayacakları, bu durumda zaten uzun süren teftiş denetim sürecinin daha da uzayacağı, iş denetiminde ciddi bir koordinasyon sorunu ortaya çıkacağı ifade edilmiştir (KESKİN Doğan, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda Teftiş Sorunu, <http://bianet.org/bianet/emek/139498-is-sagligi-ve-guvenligi-kanununda-teftis-sorunu>, 06.05.2013; <http://www.istabip.org.tr/dosyalar/hukuk/isgkdegerlendirme.pdf>, 13, 06.05.2013.). Kanaatimizce bu

lerde, 4857 sayılı Kanununun 92, 93, 96, 97 ve 107 nci maddeleri uygulanacaktır (m. 24). Dolayısıyla eski uygulama büyük oranda aynı kalacaktır⁵⁴⁸.

İş Kanunu m. 92 /1, iş hayatının izlenmesi, denetlenmesi ve teftişiyle ödevli olan iş müfettişlerinin, işyerlerini ve eklentilerini, işin yürütülmesi tarzını ve ilgili belgeleri, araç ve gereçleri, cihaz ve makineleri, ham ve işlenmiş maddelerle, iş için gerekli olan malzemeyi 93'üncü maddede yazılı esaslara uyarak gerektiği zamanlarda ve işçilerin yaşamına, sağlığına, güvenliğine, eğitimine, dinlenmesine veya oturup yatmasına ilişkin tesis ve tertipleri her zaman görmek, araştırmak ve incelemek ve bu Kanunla suç sayılan eylemlere rastladığı zaman bu hususta Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak İş Teftişi Tüzüğünde açıklanan şekillerde bu halleri önlemek yetkisine sahip olduğunu düzenlemiştir. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ise 4857 sayılı Kanunla tanınan bu araştırma ve inceleme yetkisi yanında iş müfettişlerine ölçüm yapma ve numune alma yetkisi de tanımıştır (İSGK. m. 24/2)⁵⁴⁹.

İş denetimi, programlı ve incelemelerden oluşan program dışı teftişlerle yapılmaktadır (İTKY. m. 44). Programlı teftişler, genel Çalışma Planı kapsamında programlanan ve çalışma hayatındaki sorunların değerlendirilmesi ve önceliklendirilmesi sonucu işyerlerinde gerçekleştirilen teftişlerdir (İTKY m. 45). İnceleme ise programlı teftiş dışında çalışma mevzuatı ile ilgili talep üzerine veya Kurula intikal ettirilen evraklardan teftiş hizmetiyle bağdaşır nitelikte olanların teftiş programına alınması sonucu işyerlerinde gerçekleştirilen teftişlerdir (İTKY. m. 46). Program dışı teftiş olarak da adlandırılan bu teftişler, inceleme konumuzu oluşturan ve şikayet ile ihbar üzerine yapılan teftişlerdir.

yorum uygun değildir. Zira, işin yürütümü yönünden teftişe yetkili iş müfettişinin çalışma sürelerinin iş riski oluşturabileceğini tespit etmesi halinde, müfettiş bu durumu raporunda belirtecek ve işyerinin iş sağlığı ve güvenliği yönünden incelenmesini talep edecektir. Bu durumda sürecin uzayacağı doğru olmakla birlikte, işin yürütümü ile iş sağlığı ve güvenliği konuları farklı uzmanlık alanları olduğu ve bu konularda görevli iş müfettişlerinin kendi alanlarında eğitim aldıkları dikkate alındığında, uzmanlık alanları farklı müfettişlerin diğerlerinin uzmanlık alanında inceleme ve değerlendirme yapmasını istemek yerinde olmayacaktır.

⁵⁴⁸ AKIN, Sendikaların Etkisi, 117.

⁵⁴⁹ CANIKLIOĞLU, İşveren Yükümlülükleri, 77; CENTEL Tankut, 5703.04.2012 tarihli "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı"nda İş Sağlığı ve Güvenliği Denetim Sistemi ve Yaptırımlar, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Semineri, TİSK. No. 322, 57 (İSGK. Tasarısı).

İnceleme teftişleri, genellikle işyerinde mesleki risklere en yakın kişilerin şikayeti üzerine yapıldığından, iş güvenliğinin sağlanmasında önemli rol oynamaktadırlar⁵⁵⁰.

İşverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğünün denetimini devlet yapacaktır. Zira, iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili hukuken korunan menfaatlere yönelen tehlikelerin önlenmesinde esaslı görev ve sorumluluk sahibi devlettir. Devletin denetim görevinin yasal dayanağı ise devletin denetim suretiyle temel bir anayasal yükümlülüğü yerine getirmiş olma zorunluluğudur. Bu çerçevede devlet, yasal mevzuatın hazırlanmasını ve gerekli denetimleri yaparak yaptırımların uygulanmasını sağlayacaktır⁵⁵¹.

İş denetimine ilişkin esaslar, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun^{552 553}, İş Teftiş Tüzüğü⁵⁵⁴, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Yönetmeliği⁵⁵⁵ ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının 2013/4 sayılı Genelgesi ile düzenlenmiştir⁵⁵⁶. İş denetimi, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bağlı İş Teftiş Kurulu tarafından yürütülmektedir (ÇSGBTGHK. m. 15, İş

⁵⁵⁰ SÜZEK, İş Güvenliği, 140.

⁵⁵¹ BALKIR, İSG Organizasyonu, 78.

⁵⁵² RG. 18.01.1985, 18639

⁵⁵³ Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının görevlerini tespit etmektedir. Bu görevler arasında iş sağlığı ve güvenliğini sağlayacak tedbirlerin uygulanmasını izlemek ile çalışma hayatını denetlemek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları koruyucu ve çalışmayı destekleyici tedbirler almak, işyerindeki sağlık ve güvenlik risklerini önleyici ve koruyucu hizmetleri yürütenlerin niteliklerini belirlemek, eğitimlerini ve sertifikalandırılmalarını sağlamak bulunmaktadır (m. 2). Buna göre Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, iş denetimine ilişkin en yetkili organdır. Ancak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile birlikte Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı, Milli Savunma Bakanlığı, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı gibi bazı Bakanlıklar ile belediyelere farklı yasalarla çalışma yaşamına ilişkin denetim görevi verilmiştir (SÜZEK, İş Hukuku, 911. Çalışma Bakanlığının yaptığı denetimlerin dışında kamu kuruluşları tarafından yapılan denetimler hakkında bkz. aynı yazar, İş Güvenliği, 88-96).

⁵⁵⁴ RG. 28.08.1979, 16738.

⁵⁵⁵ RG. 31.10.2012, 28453.

⁵⁵⁶ İSGK, askeri işyerleri ile yurt güvenliği için gerekli maddeler üretilen işyerlerinin denetim ve teftişi konusu ve sonuçlarına ait işlemlerin, Milli Savunma Bakanlığı ve Bakanlıkça birlikte hazırlanacak yönetmeliğe göre yürütüleceğini düzenlemiştir (İSGK. m. 24/3). Ancak henüz söz konusu yönetmelik çıkarılmadığından, bu işlemler için İSGK. Geçici m. 2 gereği mevcut yönetmelik olan Askeri İşyerleri İle Yurt Güvenliği İçin Gerekli Maddeler Üretilen İşyerlerinin Denetim ve Teftişi Hakkında Yönetmelik uygulanacaktır (RG. 01.08.2004, 25540).

Teftiş Tüzüğü m. 3/1). İş Teftiş Kurulu bir başkanla, baş iş müfettişi, iş müfettişleri ve iş müfettiş yardımcılarında oluşmaktadır (İTT. m. 3/2)⁵⁵⁷.

4857 sayılı Kanununun 91. maddesi, çalışma hayatı ile ilgili mevzuatın uygulanmasının devlet tarafından izlenip denetlenerek teftiş edileceğini, bu ödevin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bağlı ihtiyaca yetecek sayı ve özellikte teftiş ve denetlemeye yetkili iş müfettişlerince yapılacağını hükme bağlamıştır.

İş müfettişleri işyerlerine doğrudan girme ve işyerindeki uygulamaları etkileme yetkilerine sahip olduklarından, özellikle de iş sağlığı ve güvenliği alanında, yaşamsal bir role sahiptirler. İş müfettişlerinin denetimleri, önerileri ve yaptırım güçleri olmadan yapılan işler her zaman riskli olacaktır. ILO 2006 Uluslararası Çalışma Konferansında, özgürlük, eşitlik, güvenlik ve insan onuruna yakışan koşullarda çalışma anlamına gelen insanca işin⁵⁵⁸ uygulanmasının temel araçlarından birisinin iş müfettişlerinin yaptığı iş denetimi olduğu kabul edilmiştir. Buna göre, işlevsel bir iş denetim sistemi, çalışma hayatında iyi yönetimin temel koşulu olup, etkin işgücü yönetiminin de bir parçasıdır.

İş denetiminin, işçilerin çalışma koşullarının ve haklarının geliştirilmesi ile ekonomik büyüme üzerindeki olumlu etkisini reddetmek mümkün değildir⁵⁵⁹. Aynı zamanda gelişmiş iş denetimi iş kazalarında azalmaya ve işçilerin motivasyonunda artışa da

⁵⁵⁷ Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun uyarınca, İş Teftiş Kurulu Başkanlığı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının merkez teşkilatı içinde danışma ve denetim birimleri arasında yer almakta ve doğrudan Bakana bağlı olarak faaliyet göstermektedir (ÇSGBTGHK. m. 13). İş Teftiş Kurulu Başkanlığı'nın görevleri, çalışma hayatı ile ilgili mevzuatın uygulanmasını denetlemek, iş denetimi ile ilgili mevzuat çalışması yapmak, istatistikleri tutmak, değerlendirmek ve yorumlamak, mevzuatta öngörülen ve Bakanlık Makamı tarafından verilen diğer işleri yapmak ile iş müfettişlerinin çalışacakları iş teftiş gruplarını belirlemektir (ÇSGBTGHK. m. 15). İş teftiş grupları, görev alanları, görevlendirilecek müfettiş sayıları ve nitelikleri, grupların oluşturulacağı görev alanlarındaki işyeri sayısı, iş hacmi, işin yoğunluğu, niteliği ve dolu müfettiş kadro sayısı dikkate alınarak Kurul Başkanının önerisi ve Bakanın onayıyla belirlenmektedir (İTT. m. 27/2).

⁵⁵⁸ İnsanca iş hakkında bilgi için bkz. ŞEN Sabahattin, İnsanca İş ve İş Denetimi Boyutuyla Ölçülebilirliği, <http://www.sosyalhaklar.net/2009/bildiri/sen.pdf> (09.01.2012); ILO, Decent Work, Report of the Director General to the 87 th Session of the International Labour Conference, Geneva 1999; LOKEN Espen; SEIP Asmund Arup; DOLVIK Jon Erik, Pathways to Decent Work in a Global Economy, Fafo, 2008 (<http://www.faf.no/pub/rapp/20075/20075.pdf> 03.01.2012)); RODGERS, Gerry, The Goal of Decent Work, IDS Institute of Development Studies) Bulletin, Vol. 39, Num. 2, 2008.

⁵⁵⁹ ILO, 2006, 1.

neden olmaktadır⁵⁶⁰. Ancak iş sözleşmesi ile işverene bağımlı çalışan işçinin ücretinden başka geliri olmadığı düşünüldüğünde, işçilerin işverenlerini ihbar ve şikayet yoluna gitmekten çekinecekleri bir gerçektir. Kanun koyucu bu tereddütü ortadan kaldırmak amacıyla; iş hayatını izleme, denetleme ve teftiş yetkisi⁵⁶¹ bulunan iş müfettişlerini kendileri tarafından bilgileri ve ifadeleri alınan yahut kendilerine başvuran veya ihbarda bulunan işçilerin isimlerini ve kimliklerini açıklamamakla yükümlü tutmuştur (İŞK. m. 93). İSGK., hem İŞK. m. 93'ü yürürlükten kaldırmamışsa hem de denetim konusunda yetkilendirilenlerin işverenin ve işyerinin meslek sırları ile gördükleri ve öğrendikleri hususları tamamen gizli tutmakla yükümlü olduğunu kabul etmiştir (İSGK. m. 24/2). Yine İş Teftiş Tüzüğüne göre iş müfettişleri kendilerine bilgi ve ifade veren, ihbar ve yakınmada bulunan kişilerin kimlikleri ile teftişin bir ihbar veya yakınma üzerine yapıldığını açıklayamayacaklardır (m. 19). Bu yükümlülük geniş yorumlanmalı ve yükümlülüğün sadece iş müfettişlerini değil, yetkili tüm makam, merci ve memurları da kapsayacak şekilde dikkate alınması gerekmektedir⁵⁶².

Ülkemizin denetim konusunda birçok sıkıntısı bulunmaktadır. Bu sıkıntıların aşılabilmesi için köklü ve kurumsal bir yapılanmaya ihtiyaç bulunmaktadır. Yapılacak denetimlerin bu konuda ciddi eğitim almış ve denetimi meslek edinmiş kişiler tarafından yapılması gerekmektedir. Bu sebeple konuyu her yönüyle ele alabilecek bağımsız bir denetim kurulunun oluşturulması yerinde olacaktır. Bu amaçla oluşturulacak “İş Sağlığı ve Güvenliği Denetleme Üst Kurulu” uygulamada ortaya çıkacak denetim karmaşasını ortadan kaldıracak, denetim faaliyetlerini yürüten Çalışma, Sağlık, Çevre, Milli Savunma Bakanlıklarına bağlı müfettişlerin tek bir denetim kurulu etrafında toplanması çok daha verimli olacaktır. Zira bu sayede herşeyden önce müfettiş kadrosu güçlenerek mükerrer denetimlerin önüne geçilebilecektir. Yeni kanun bu konudaki yapılanma için önemli bir fırsattır⁵⁶³. Ancak İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu incelendiğinde bu yönde

⁵⁶⁰ ILO, 2006, 3.

⁵⁶¹ Denetim ve teftiş kavramlarının farklı kavramlar olduğuna ve bu kavramların farklılıklarına ilişkin bilgi için bkz. ÇALIŞ Celal, İş Kanunu Kapsamında İşyeri Denetimi, DEÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, İnsan Kaynakları ve Endüstri İlişkileri ABD. Tezsiz Yüksek Lisans Programı, İş Sağlığı ve Güvenliği Dersi Yarıyılı Çalışması, <http://www.guncel.biz/gorus/isteftisi.htm>, 03.03.2012.

⁵⁶² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 1212.

⁵⁶³ AKIN, Öneriler, 60,61; aynı yazar, Sendikaların Etkisi, 117.

bir hüküm yoktur. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile yeni bir kurum olarak hukukumuza giren ulusal iş sağlığı ve güvenliği konseyi bahsedilen amaca hizmet edemez. Zira bu konsey danışma niteliğindeki bir kurumdur. İş sağlığı ve güvenliğini ilgilendirecek tüm konular hakkında karar verme yetkisi bulunmamaktadır⁵⁶⁴. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanuna göre ülke genelinde iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili politika ve stratejilerin belirlenmesi için tavsiyelerde bulunmak üzere Konsey kurulmuştur (m. 21/1). Konseyin görevi, iş sağlığı ve güvenliği alanında ülkesel siyaseti ve stratejileri belirlemektir. Görevin niteliği ise Konseyin kararları tavsiye niteliğinde olduğundan icrai nitelik taşımamaktadır⁵⁶⁵. Oysa ülkemizin denetim konusundaki sornularının aşılmasında da, köklü ve kurumsal bir yapılanma gereklidir. Denetimlerin, bu konuda ciddi eğitim almış ve denetimi meslek edinmiş kişiler tarafından yapılması, konuyu tüm yönleriyle ele alabilecek bağımsız bir denetim kurulunun oluşturulması yerinde olacaktır. Bu düzen içinde her şeyden önce, müfettiş kadrosu güçlenecek ve mükerrer denetimlerin önüne geçilebilecektir⁵⁶⁶. Öte yandan, Konseye sadece tavsiyelerde bulunmak görevi verilmesi önemli bir eksikliktir. Konseyin daha fonksiyonel ve yönlendirici kararlar alabilmesi gerekmektedir⁵⁶⁷.

III. İhbar ve Şikayet Hakkına İlişkin Usul

2013/4 sayılı Genelgenin eki niteliğindeki İş Teftiş Rehberi, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği konularında ihbar ile şikayet üzerine yapılan teftişin inceleme teftişi⁵⁶⁸ olduğunu belirtmiş; ancak ne genelge ve rehberde ne de İTKY’de ihbar ve şikayeti kimin yapacağına ve bunlara ilişkin bir şekil şartı olup olmadığına dair bir açıklama getirilmemiştir.

⁵⁶⁴ CENTEL Tankut, Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi: İş Sağlığı ve Güvenliğinde Merkezi İlk Yapılanma, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2012, 5 (İSG Konseyi); BAYRAM Fuat, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağı’nın Değerlendirilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.19, Eylül 2010, 56.

⁵⁶⁵ CENTEL, İSG Konseyi, 7; BAYRAM, Değerlendirme, 57.

⁵⁶⁶ AKIN, Sendikaların Etkisi, 117.

⁵⁶⁷ <http://www.istabip.org.tr/dosyalar/hukuk/isgkdegerlendirme.pdf>, 12, 05.05.2013.

⁵⁶⁸ İnceleme teftişi, özel sebeplere bağlı bir teftiş olduğundan özel teftiş olarak da isimlendirilmektedir (SARI Osman, Türkiye’de İşyeri ve Sendika Denetimi, İstanbul 1997, 162).

Şikayet kavramından hareketle, işvereni şikayet hakkını esas olarak işçiler kullanacaktır. Bu noktada şikayetçi işçinin, şikayet konusu tehlikeden doğrudan ya da dolaylı olarak etkilenmesi veya etkilenecek olması gerekmemektedir. İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği hükümlerine aykırı hareket edildiğini fark eden her işçi, şikayette bulunabilecektir. Diğer taraftan işyeri sendika temsilcileri ile sendikaların da şikayet hakkına sahip olduklarını kabul etmek gerekmektedir. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda şikayet hakkına ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktaysa da, üyelerini temsilen işverenin iş sağlığı ve güvenliğine aykırı davranışlarını dava etme hakkına (STİSK. m. 26/2) sahip olan sendikaların şikayet hakkına evleviyetle sahip olduğu; işyeri sendika temsilcilerinin ise öncelikle “işçi” olduklarından bu sıfatla işyerinde iş güvenliği önlemlerinin alınmasını sağlamak üzere şikayette bulunabilecekleri kabul edilmelidir⁵⁶⁹.

Amerikan İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa göre de onaylanmış işçi temsilcileri (sendikalar, avukatlar, iyiniyeti kabul edilmiş kişi) aile üyeleri, devlete bağlı kurumlarda çalışanlar, özel alanlarda çalışıp kar amacı gütmeyen grup veya organizasyonların veya kurumların şikayette bulunma hakkı vardır⁵⁷⁰. Bu noktada söz konusu organizasyon veya kurumlara dünya sağlık örgütü veya unicef’in örnek olarak gösterilebileceği belirtilmelidir.

İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin şikayetin yazılı olarak yapılması gerekmektedir. Zira İş Teftiş Rehberine göre, şikayet dilekçeleri 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanuna uygun olması gerekmektedir. Uygun olmayanlar teftiş programına alınmaz (İş Teftiş Rehberi, 1. Kısım, 1. Bölüm, 3.10). 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanunun 4. maddesine göre yetkili makamlara verilen veya gönderilen dilekçelerde, dilekçe sahibinin adı-soyadı ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunması gerekmektedir. Ayrıca söz konusu dilekçelerden belli bir konuyu

⁵⁶⁹ Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunundan önceki dönemde bu görüş için bkz. SÜZEK, İş Güvenliği, 142; KUTAL Metin, Toplu İş Münasebetleri, C. 1, Sendikalar, İstanbul 1970, 134; SARI, 163; BAYRAM Fuat, İş Güvenliği Hukukunda Denetim, İstanbul 2009, 100’de dn. 12 (Denetim).

⁵⁷⁰ <http://www.osha.gov/as/opa/worker/complain.html>, 06.03.2012.

ihtiva etmeyenler, yargı mercilerinin görevine giren konularla ilgili olanlar veya 4 üncü maddede gösterilen şartlardan herhangi birini taşımayanlar incelenemeyecektir (3071 sK. m. 6). Teftiş programına alınmayan dilekçeler, gönderen kurum veya kişilere gerekçeli olarak iade edilecektir (İş Teftiş Rehberi, 1. Kısım, 1. Bölüm, 3.10).

İş Teftiş Rehberinde, şikayet hakkını kullanmak için gereken dilekçe ile başvuru usulüne ilişkin bir istisna düzenlenmiştir. Buna göre, dilekçede dilekçe sahibinin adı-soyadı ve imzası ile iş veya ikametgâh adresi bulunmamasına veya belli bir konuyu ihtiva etmemesine rağmen Başbakanlığın 2004/12 sayılı Genelgesi doğrultusunda ihbar kabul edilen dilekçeler teftiş programına alınabilecektir (İTR. 1. Kısım, 1. Bölüm, 3.10). Başvurulara olayla ilgili inandırıcı mahiyette bilgi ve belgeler eklenmiş veya somut nitelikte bilgi, bulgu ya da olaylara dayanılıyor ise bu hususlar ihbar kabul edilerek bunlar hakkında idarece işlem yapılabilir (2004/12 sayılı Genelge m. 1/a). Dolayısıyla işçinin şikayet hakkını kullandığını işverenin öğrenmesi korkusuyla ya da başkaca bir sebeple isimsiz, adres belirtmeksizin ya da konusuz olarak şikayette bulunması halinde, olayla ilgili inandırıcı mahiyette bilgi ve belgeler eklenmişse veya somut nitelikte bilgi, bulgu ya da olaylara dayanılıyorsa, bu hususlar ihbar kabul edilerek idarece işlem yapılabilir.

Tüm devlet kurumlarında olduğu gibi, ÇSGB'nin da şikayet sayfası bulunmakta ve başvurmak isteyenler sadece elden dilekçe ile değil, internet üzerinden elektronik posta yolu ile de şikayette bulunabilmektedir⁵⁷¹. Aynı zamanda ÇSGB İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğünün şikayet telefon hattı uygulamada olup, işçiler telefonla şikayette bulunabilirler.

Amerika Birleşik Devletleri İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu da şikayeti yazılı şekle bağlamış ve şikayet nedenlerinin ayrıntılı bir şekilde açıklanmasını zorunlu kılmıştır. Maddeye göre, bir emniyet veya sağlık standardının ihlal edildiğine ve bu durumun fiziksel zararlara yol açma olasılığı taşıdığına veya yakın bir tehlikenin mevcut olduğuna

⁵⁷¹ ÇSGB'nin şikayet sayfası için bkz. <http://www.csgb.gov.tr/csgbPortal/isggm.portal?page=kkdsikayetihbar>

inanan çalışanlar veya çalışan temsilcisi, söz konusu ihlali veya tehlikeyi Çalışma Bakanı'na veya yetkili temsilcisine bildirmek suretiyle bir denetim yapılmasını talep edebilecektir. Bu bildirim yazılı olacak, şikayet eden kişi bildirim gerekçelerini makul bir detayda ortaya koyacak ve söz konusu bildirim çalışanlar veya çalışan temsilcisi tarafından imzalanacaktır. Bu bildirim bir sureti en geç denetim zamanında olmak üzere işverene veya temsilcisine sunulacaktır. Ancak bildirimde bulunan kişinin bu yönde talepte bulunması halinde, bu kişinin ismi ve bildirimde atıfta bulunulan ferdi çalışanların isimleri söz konusu surette veya bu (g) ⁵⁷² bendine istinaden yayımlanan, serbest bırakılan veya mevcut kılınan kayıtlarda geçmeyecektir (OSH Act. Sec. 8/f, 1).

İşçi veya temsilcisi ciddi bir tehlike ya da OSHA standartlarının ihlal edildiğini düşünüyorsa şikayette bulunarak işyerlerinin denetlenmesini talep edebilirler. Söz konusu şikayet, internet ortamında bir başvuru formu doldurularak elektronik posta ya da faks yolu ile gönderebileceği gibi, OSHA merkezi aranarak da yapılabilir. İşçinin şikayetini yazılı olarak ve imzalayarak en yakın OSHA merkezine iletmesi halinde, iş denetimi yerinde inceleme yapılarak sonuçlandırılacakken; telefonla yapılan başvurular, şikayet edilen işveren telefonla aranmak suretiyle ve resmi olmayan yollardan çözülmeye çalışılacaktır⁵⁷³.

IV. İhbar ve Şikayeti İnceleyecek Mercii

81 sayılı ILO Sözleşmesinin 4. maddesine göre, iş teftişi üye ülkelerin yönetsel yapısının olanak verdiği ölçüde merkezi bir makamın gözetim ve denetimine bağlı olarak yürütülür. Ülkemizde de söz konusu hükme uygun olarak İş Teftiş Kurulu merkezde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bünyesinde ve doğrudan Bakana bağlı olarak faaliyet göstermektedir. Bu anlamda İş Teftiş Kurulu uluslararası bir sözleşmeden kay-

⁵⁷² OSH. Act. m. 8/g, 1: Çalışma Bakanı ve Sağlık ve Beşeri Hizmetler Bakanı, bu bölüme istinaden düzenlenecek bütün raporları veya bilgileri derleme, analiz etme ve özet veya detaylı formda yayımlama yetkisine sahiptirler.

⁵⁷³ <http://www.osha.gov/workers.html>, 06.03.2012.

nağını alan ilk ve tek teftiş kurulu olup, iş müfettişliği de uluslararası bir meslek statüsündedir⁵⁷⁴.

İşçinin iş sağlığı ve güvenliği yönünden işverenini ihbar ve şikayet etmek istemesi halinde Bakanlığa, İş Teftiş Kurulu Başkanlığına, Mülki Amirlere veya Grup Başkanlıklarına başvuruda bulunması mümkündür⁵⁷⁵. Ancak iş sözleşmesi devam etmek koşuluyla⁵⁷⁶, herhangi bir idari merci tarafından kabul edilen uyuşmazlığa ilişkin dilekçeler nihai olarak İş Teftiş Kurulu'na ulaştırılacak ve İş Teftiş Kurulu Başkanlığı Bakanlık adına uyuşmazlığın incelenmesini sağlayacaktır (ÇSGB'nin Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun m. 14). Bu görev İşK. m. 91/I gereği, çalışma hayatına ilişkin teftiş ve denetimlerin yetkili iş müfettişleri tarafından yapılacağı düzenlemesi çerçevesinde iş müfettişlerince yerine getirilecektir⁵⁷⁷.

İş Kanunu, 91. maddesinde iş denetiminin bir devlet ödevi olduğunu düzenlemiştir. Bu görev, kamu görevlileri tarafından yapılmaktadır. İş müfettişleri devlet memuru olarak görev yerlerinin değiştirilmesi ve işten çıkarılma konusunda Devlet Memurları

⁵⁷⁴ <http://www.csgb.gov.tr/csgbPortal/itkb.portal?page=hakimizda&id=1.2>, 06.03.2012.

⁵⁷⁵ ÇUKUR Mürsel, Türkiye'de İş Denetim Sistemi, www.lutfiinciroglu.com/content/view/80/19/, 24.02.2012 (İş Denetimi).

⁵⁷⁶ Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlükleri, kendilerine intikal eden ve iş sözleşmesi fiilen devam ettiği belirtilen şikayet dilekçelerini grup başkanlıklarına göndermeden önce, şikayetçi işçilerin iş sözleşmelerinin devam edip etmediği hususunu, Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtları üzerinden kontrol eder. Şikayetçi işçilerin iş sözleşmelerinin sona erdiğinin anlaşıldığı durumlarda, şikayet dilekçeleri grup başkanlıklarına gönderilmez. Bu durumda il müdürlükleri 6111 sayılı Kanunun 77. maddesi ile değişik 4857 sayılı Kanunun 91. maddesi uyarınca şikayet ve ihbar dilekçelerinin gereğini yerine getirir (İTR. 1. Kısım, 1. Bölüm, 3.5).

⁵⁷⁷ İş sözleşmesi sona ermiş işçilerin kanundan, iş ve toplu iş sözleşmesinden doğan bireysel alacaklarına ilişkin şikâyetleri ise 6111 sayılı Yasa m. 77 gereği 25.02.2011 tarihinden itibaren Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürlüklerinde görev yapan memurlar tarafından incelenecektir. İş Kanunu m. 91/II çerçevesinde, şikâyetler iş Müfettişleri tarafından incelenemeyecektir. Ancak çalışmamızın konusu iş sağlığı ve güvenliği hükümleri sebebiyle işçinin şikayeti olduğundan bu konu üzerinde durulmayacaktır. İşçilerin bireysel alacakları bakımından iş sözleşmesi devam eden işçinin şikâyetinin iş müfettişleri, sözleşmesi sona ermiş olan işçinin şikâyetinin ise Bölge müdürlüklerinde görev yapan memurlar tarafından incelenmesinin öğretide eleştirildiği belirtilmelidir. Söz konusu eleştiriler için bkz. ŞEN Sabahattin, Torba Yasa İş Denetimini Tırpanlıyor, <http://bianet.org/biamag/emek/127849-torba-yasa-is-denetimini-tirpanliyor>, 02.03.2012.

Kanununun getirdiği güvencelerden (m. 18, 76, 125) yararlanmakla birlikte⁵⁷⁸, İş Teftiş Tüzüğü'nün bu konuları düzenleyen hükümlerine de tabi olmaktadır⁵⁷⁹.

81 sayılı ILO sözleşmesi denetimi yapacak müfettiş sayısının yeterli sayıda olması gerektiğini ve denetim yapılacak işyerinin sayı, nitelik, büyüklük ve coğrafi konumu gibi özellikleri ile burada çalışan işçilerin sayısı ve coğrafi dağılımının, uygulanması gereken mevzuat hükümleri ile müfettişlerin kullanımına sunulan imkanların ve etki edebilecek tüm etkenlerin dikkate alınarak müfettiş sayısının belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir (81 sS. m. 10)⁵⁸⁰. Ancak ülkemizde bu sayıların yeterli olduğunu ifade etmek mümkün değildir⁵⁸¹.

⁵⁷⁸ 81 sayılı ILO Sözleşmesi iş sağlığı ve güvenliği ve diğer alanlarda işçilerin korunmasını sağlamak için denetim yapacak kişilerin yani iş müfettişlerinin memuriyette istikrarlarını ve hükümet değişikliklerini ve yerinde olmayan harici tesislere tabi bulunmalarını sağlayacak şekilde bir statü ve hizmet şartlarından faydalanan kamu görevlilerinden oluşacağını düzenlemiştir (81 sS. m. 6). Zira denetim elemanlarının görevlerini etkin olarak yerine getirmeleri için bu kişilerin hükümet değişiklikleri ve olumsuz dış etkenlere karşı korunmalarını sağlayacak bir statüye ve hizmet koşullarına sahip olmaları gerekmektedir. Nitekim Dünyada hemen hemen bütün ülkelerde, görev alanı ve kapsamı farklılık gösterse de, bu denetim görevi devlet otoritesini kullanmaya yetkili ve çalışmalarında her türlü siyasi ve diğer baskılardan bağımsız iş müfettişleri tarafından yerine getirilmektedir. Aynı yönde olmak üzere, ülkemizde de iş denetimi, kamu görevlisi olan iş müfettişleri tarafından yerine getirilmektedir (TEZEL Mehmet, Çalışma Hayatı ve İş Teftişi, İşveren Dergisi, Kasım 2009, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=2580&id=117, (02.03.2012).

⁵⁷⁹ Bilgi için bkz. SÜZEK, İş Güvenliği, 124-125.

⁵⁸⁰ 81 sayılı Sözleşmenin 10. maddesinde yeterli sayıda iş müfettişinin bulunması gerektiği ifade edilmekle birlikte, “yeterli” kavramının kaç işçiyi temsil ettiğine ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. Ülkeden ülkeye, bu çerçevede de ihtiyacı değiştiren faktörlere göre yeterli sayıda iş müfettişi sayısı farklılık göstermektedir. Uluslararası Çalışma Örgütü tek bir ölçütün belirleyici olmamasına rağmen, işçi başına düşen iş müfettişi sayısının şuan uluslararası düzeyde karşılaştırmalı olarak kullanabileceğimiz tek veri olduğunu belirtmiş ve kendi politikası ve teknik danışma kurulu ile yaptığı inceleme neticesinde, iş müfettişleri ile işçi sayıları arasındaki makul ölçümlemeyi yaparak işçi başına düşen iş müfettişi sayısı için bir oran belirlemiştir. Ülkelerde bu oranlardan az sayıda iş müfettişinin bulunması halinde, sayının yetersiz olduğu kabul edilmektedir. Söz konusu oran sanayileşmiş ülkelerde yaklaşık 1/10.000, sanayileşmekte olan ülkelerde 1/15.000, geçiş ekonomilerinde 1/20.000, az gelişmiş ülkelerde 1/40.000'dir. Hedeflenen sayılara ulaşıldığında, denetim elemanlarının görevlerini etkin şekilde yerine getirmeleri sağlanacaktır. Ancak pek çok ülkede bu oranlara uyulmadığı tespit edilmektedir (ILO: Strategies and Practices for Labour Inspection, Governing Body, 297 th Session, Third item on the agenda, Genova, November 2006, 4 (http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_gb_297_esp_3_en.pdf) (ILO, 2006).

⁵⁸¹ Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Çalışma Hayatı İstatistiklerini yayımlamıştır. 2010 yılı verilerine göre Türkiye’de toplam 644 adet iş müfettişi bulunmaktadır. İş müfettişlerinden 320 tanesi teknik, 324 tanesi sosyal iş müfettişidir. Bakanlığın 2010 yılı Çalışma Hayatı İstatistikleri arasında yer alan Sosyal Güvenlik İstatistiklerine göre de 10.030,810 kişi işçi olarak çalışmaktadır. Dolayısıyla işçi başına düşen teknik iş müfettişi sayısı 31.346 kişi için ve sosyal iş müfettişi sayısı ise 30.959 kişi için bir

Şikayet üzerine denetimlerin iyi işletilmesi halinde iş güvenliği örgütünün dikkati tehlikeli işyerlerine yöneltilerek, işçilerin denetim faaliyetlerine dolaylı olarak katılmaları sağlanacak ve iş güvenliği müfettişlerinin sayısal eksikliği bu yolla giderilmeye çalışılacaktır⁵⁸².

Amerikan İş Hukukunda iş güvenliği denetimi İş Sağlığı ve Güvenliği Kurumu (OSHA) tarafından gerçekleştirilmektedir⁵⁸³. Bu kurumun görevleri işyeri güvenlik ve sağlık standartlarını oluşturmak ve uygulamak, hedeflenmiş işyerlerinin denetimlerini gerçekleştirmek, tüm işverenlerin işle ilgili yaralanma, hastalık ve ölümleri doğru olarak rapor ettiklerinden emin olmak ve işçilere söz hakkı vermektir⁵⁸⁴.

V. İhbar ve Şikayet Üzerine Yapılacak Denetim

1. Denetimi yapılacak olan ihbar ve şikayetlerin seçimi

İhbar ve şikayet hakkına sahip kişi ya da kurumun, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği kurallarının ihlal edildiğine dair başvurusunun iş teftiş kurulu başkanlığına ulaşması üzerine, iş müfettişleri işyerine inceleme teftişi için gidebilirler. Ancak şikayet usulüne uygun olarak da yapılmış olsa, iş müfettişlerinin şikayet konusu hakkında inceleme teftişi yapmaması mümkündür. Şöyle ki, işyerlerinin teftişi kural olarak teftiş programlarına göre yapılmaktadır (İş Teftiş Tüzüğü m. 17/I, II). İş denetiminin usul ve esaslarını düzenleyen 2013/4 sayılı Genelge, denetimlerin programlı teftiş şeklinde yapılmasının esas olmasına rağmen, iş sağlığı ve güvenliği ile işin yürütümü yönünden yapılan bildirim, ihbar ve şikâyetlerin inceleme teftiş programına alınabileceğini düzenlemiştir (İTR, 1. Kısım, 1. Bölüm 3.1). Güvenlik raporu incelemesi dışında kalan inceleme evraklarından Genel Çalışma Planı ve İlkelerine göre gerekli görülen iş kazası veya meslek hasta-

kişidir. Söz konusu oranın ILO değerlendirmelerine göre ancak az gelişmiş ülkelerde yeterli sayılabacak iş müfettişi sayısı kadar olduğu, sanayileşmekte olan ülke ya da geçiş ekonomilerindeki oranlara ise çok uzak kalındığı açıktır (http://www.csgb.gov.tr/csgbPortal/ShowDoc/WLP+Repository/csgb/dosyalar/istatistikler/calisma_hayati_2010, 05.03.2012).

⁵⁸² SÜZEK, Öneriler, 311-312.

⁵⁸³ <http://www.osha.gov/as/opa/worker/refuse.html>, 24.03.1012.

⁵⁸⁴ USMEN Mümtaz/BARADAN Selim, İnşaat Sektöründe İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Alanındaki İyileştirmeleri Etkileyen Faktörler: ABD Örneği, TMH, 2011/5, 43.

lıkları ile yapılan ihbar ve şikayetlerden grup başkanlıklarınca teftiş programına alınması uygun görülenler inceleme programına alınacaktır (İTR, 1. Kısım, 1. Bölüm 3.9).

İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği konularında bir aksaklık olduğu yönünde ihbar ve şikayette bulunulması halinde yapılacak olan inceleme teftiş programlarının hazırlanmasında; iş sağlığı ve güvenliği yönünden işkolu tespiti, büyük endüstriyel kaza oluşabilecek işyerleri için hazırlanacak güvenlik raporunun incelenmesi taleplerinin teftiş programına alınması zorunludur. Bunun dışında; kitle iletişim araçlarına yansıyan veya kamuoyunun dikkatini çeken olay yahut uyuşmazlıklar veya benzeri hususlar hakkında Kurul Başkanlığı veya grup başkanlıkları tarafından inceleme teftiş programı hazırlanabilmektedir (İTR. 1. Kısım, 1. Bölüm 3.2).

İş Teftiş Tüzüğü m. 12/c'de grup başkanları; teftiş programlarına göre müfettişleri görevlendirmek, valilik ya da bölge çalışma müdürlüklerince grup başkanlarına bildirilen işçi yakınması, yetki saptanması, grev oylaması, kurma izni, işletme belgesi vb. teftiş işleriyle bağdaşabilen işleri müfettişlere iletmek ve izleyerek sonuçlandırılmasını sağlamakla görevlendirilmiştir. Ancak bu denetimlerin öncelikle ve süratle yapılmasına dair bir hüküm bulunmamaktadır.

Bakanlık İş Teftiş Kurulu Yönetmeliği, iş teftiş kurulunun çalışma şartları, çalışma ortamı, çalışma ilişkileri, iş kazaları ve meslek hastalıkları, kayıtdışılık, iş sağlığı ve güvenliğine yönelik ihlaller ve benzeri risk kriterlerine dayanarak işyerleri ve sektörler düzeyinde analizler yapmak; müfettiş sayısı ve Kurulun diğer kaynakları göz önünde bulundurularak denetlenecek sektörleri her yıl için belirlenecek esaslara göre sınıflandırmak suretiyle riskli sektörlerdeki işyerlerinin denetimine öncelik vermekle görevli olduğunu düzenlemiştir (İTKY m. 8/1, g). Ancak şikayet edilen işyerlerinin öncelikle denetleneceğine dair bir hüküm getirmemiştir. Söz konusu hükme ya da İş Teftişi Tüzüğüne, şikayetin ciddi ve yerinde olduğu izlenimi bulunması halinde şikayet üzerine yapılan denetimlere öncelik verileceği yönünde bir hüküm getirilmesi isabetli olacaktır. Zira

bu tip denetimlere öncelik verilmesi halinde, iş denetiminin önleyici etkisinin daha etkili olacağı görülecektir.

Nitekim Amerika Birleşik Devletleri İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda, iş güvenliğine ilişkin bir kuralın ihlal edildiği konusunda herhangi bir şikayet alan iş güvenliği teşkilatının, bu şikayetin makul nedenlere dayandığı kanaatine varması halinde, mümkün olan en kısa sürede denetime başlaması gerektiği belirtilmiştir. Çalışma Bakanı'nın ilgili ihlal veya tehlikenin mevcut olduğuna inanmak açısından makul sebeplerin bulunmadığını tespit etmesi durumunda ise bu tespit yazılı olarak ilgili çalışanlara veya çalışan temsilcisine bildirilecektir (m. 8/f, 1).

Amerikan iş sağlığı ve güvenliği kurumu (OSHA), her yıl tüm işyerlerinin denetlenmesi mümkün olmadığından bir sıralama yaparak, hangi işyerlerinin öncelikle denetleneceğini belirlemiştir. Buna göre yakın tehlike durumları birinci sıradadır. Yakın tehlike; ölüm tehlikesi ya da ciddi fiziksel zarar tehlikesi anlamına gelmektedir. Buna göre düzeltilmediği takdirde ölümlere, ciddi ve kalıcı yaralanmalara yol açacak durumların varlığı halinde teftişte öncelik sırası bu işyerlerinin olacaktır. İkinci sırada ölümcül kazalar ve üçten fazla işçinin hastaneye kaldırılması ile sonuçlanan kazalar yer almaktadır. Üçüncü sırada işçi şikayetleri bulunmaktadır. Bu noktada işçilerin şikayette bulduklarını ve isimlerinin gizli kalmasını istemelerinin mümkün olduğu belirtilmelidir. Dördüncü sırada diğer ülke genelinden, eyaletlerden veya yerel birimlerden bireysel, kurumsal ya da medya aracılığıyla öğrenilen (gazete, dergi, tv, radyo gibi) tehlike arz edici duruma ilişkin denetim talebi bilgileri, beşinci sırada eski denetimler sırasında bir ihlalin tespit edildiği işyerleri, son sırada ise programlanmış denetimler yer almaktadır. Programlanmış denetimler, özel yüksek riskli sektörler veya iş kazası ve meslek hastalıklarının yüksek oranda yaşandığı işyerlerine yapılmaktadır⁵⁸⁵.

⁵⁸⁵ OSHA Fact Sheets, OSHA Inspections, http://www.osha.gov/OshDoc/data_General_Facts/factsheet-inspections.pdf, 27.03.2012.

2.İhbar ve şikayet üzerine denetime ilişkin esaslar

Hukukumuzda, şikayet incelemeleri ÇSGB'nın 2013/4 sayılı Genelgesi ve genelgenin ekindeki İş Teftiş Rehberi esas alınarak yapılmaktadır. Kural olarak teftişe haber vermeden gidilecek ve teftiş işyerinin olağan çalışma saatlerinde yapılacaktır (İTR.,1. Kısım, 2. Bölüm, 2.6.1). Teftişlere işveren veya işveren vekillerine önceden haber vermeden girmek asıl olmakla birlikte, teftişlerin ihtiyaca göre işveren veya işveren vekiline haber verilerek yapılması da mümkün olup, müfettiş bu konuda işin niteliğine göre karar verecektir (İTR.,1. Kısım, 2. Bölüm, 2.6.2).

İş Teftiş Tüzüğüne göre müfettiş, teftişe tabi olan veya tabi olduğu kanısına varılan işyerlerine ve eklentilerine, gündüz ve gecenin çalışılan herhangi bir saatinde işveren veya işveren vekillerine önceden haber vermeden girebilir ve teftiş görevinin yerine getirilmesi işyerinin açılıp inceleme yapılmasını gerektiriyorsa, yasal bir sakınca olmamak koşuluyla, kapalı olan işyerlerini işveren veya vekiline açtırıp gerekli gördüğü incelemeyi yapabilir (m. 15/G). Bu çerçevede iş müfettişlerinin iş süreleri dışında teftiş yapmaları istisnai durumlarda mümkün olabilir. Zira, konu bir yandan iş sağlığı ve güvenliğini diğer yandan konut dokunulmazlığını ilgilendirmektedir. Her ne kadar 81 sayılı Sözleşmenin 12. maddesinde müfettişlerin teftişe tabi herhangi bir işyerine günün veya gecenin herhangi bir saatinde serbestçe ve önceden haber vermeksizin gidebilecekleri düzenlenmişse de, Anayasada güvence altına alınmış olan konut dokunulmazlığı ilkesi karşısında, hukukumuzda 81 sayılı Sözleşmenin doğrudan uygulanması mümkün değildir. İş Teftiş Tüzüğü m. 15/G'de müfettişin teftiş görevinin yerine getirilmesi, "işyerinin açılıp inceleme yapılmasını gerektiriyorsa" hükmü ile kastedilenin ne olduğu açıklanmamıştır. İş Teftiş Kurulu Yönetmeliği ise müfettişin görev ve yetkileri başlığı altında daha net bir açıklama yapmıştır. Buna göre iş müfettişleri, iş kanunları kapsamında olan veya kapsamda olduğu kanısına varılan işyerlerine, gündüz ve gecenin çalışılan herhangi bir saatinde işveren veya işveren vekillerine önceden haber vermeden girmek ve teftiş görevinin yerine getirilmesi işyerinin açılıp inceleme yapılmasını gerektiriyorsa, yasal bir sakınca olmamak koşuluyla, kapalı olan işyerlerini işveren veya vekiline açtırıp gerekli gördüğü incelemeyi yapmakla görevlidirler (İTKY. m. 11/1, b).

Amerikan İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Çalışma Bakanlığının, gecikme olmadan ve makul zamanlarda işçinin çalıştığı herhangi bir fabrika, tesis, kuruluş, şantiye veya diğer alan, işyeri veya çevreye girmeye (OSH Act. Sec. 8/a,1); normal çalışma (mesai) saatleri içinde ve diğer makul zamanlarda ve makul sınırlar içinde ve makul bir tarzda olmak üzere, bahis konusu işyerini ve buralarda mevcut ilgili bütün koşulları, yapıları, makinaları, düzenekleri, cihazları, ekipmanları ve buradaki malzemeleri denetlemeye, araştırmaya ve bahis konusu işvereni, işçiyi, taşeronu, memuru, maliki özel olarak sorgulamaya yetkili olduğu belirtilmektedir (OSH. Act. Sec. 8/a, 2). İş Sağlığı ve Güvenliği Kurumunun denetçileri (OSHA), işyerinde incelemeye gitmeden önce hazırlık yapmaktadırlar. Denetçi, denetleyeceği işyerinin daha önce denetlenip denetlenmediğini, operasyonlar ve kullanılan uygulamaları gözden geçirir ve özellikle uygulanması gerekli olan standartlar konusunda bilgi sahibi olmaya çalışır. Kişisel koruyucu ekipmanlar ve test edici ekipmanlar toplanır ve potansiyel tehlikeleri ölçer⁵⁸⁶.

Bildirim düzenlenmesini gerektiren durumların bulunması ve 7201 sayılı Kanun uyarınca tebligat sonucu müfettişin çalışma bürosunda yapılacak teftişlerde, müfettiş inceleme konusu ile ilgisi bulunan işveren veya vekilini, tanıkları, uygun görmesi halinde ayrı bildirimle çağıracaktır (İTR., 3. Kısım, 2. Bölüm 1.2.4). Bildirimde belirtilen gün ve saatte işveren veya işveren vekilinin haklı bir sebep olmaksızın (ölüm, kaza, hastalık vb.) gelmemesi halinde, 4857 sayılı İş Kanununun 92'nci maddesi gereğince yasal işlem yapılacaktır (İTR., 3. Kısım, 2. Bölüm 1.2.5).

Şikâyet ve ihbara bağlı teftişlerde, özellikle ve öncelikle incelenen konuya tanık olmuş işçilerin, işveren veya vekillerinin ve gerekiyorsa diğer kişilerin ifadelerine başvurulacak, tanık sayısının çok olması halinde ifadesi alınacak tanık sayısı, belli bir kaniya varıncaya kadar ve kanıyı değiştirecek özellikte tanık kalmayıncaya kadar

⁵⁸⁶ OSHA Fact Sheets, OSHA Inspections, http://www.osha.gov/OshDoc/data_General_Facts/factsheet-inspections.pdf, 27.03.2012.

artırılacak, ifade alımında birinci derecede tanık olanlara öncelik verilecektir (İTR, 1. Kısım, 3. bölüm, 1,1).

Müfettişin inceleme konusu ile ilgisi olan tanıkları görüşmeye çağırması halinde, bu tanıklara herhangi bir ücret ödenmemektedir. Bunun neticesi olarak da uygulamada iş müfettişlerinin tanıklara ulaşması kolay olmamaktadır. Şöyle ki, işten ayrılan veya başka sebeple teftişin yapıldığı sırada işyerinde olmayan tanıklar çoğu zaman tanıklık yapmak için işyerine gelmemektedir. Oysa Amerikan İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa göre Çalışma Bakanlığı, bu Kanun kapsamında yaptığı denetim ve incelemeler sırasında tanıkların hazır bulunmasını ve yeminli olarak ifade vermelerini gerekli görebilir. Bu durumda tanıklara Amerikan mahkemelerinde tanıklara ödenen tutarlar kadar ücret ödenmektedir. Bir kişinin bu yöndeki bir emre icabet etmemesi veya etmeyi reddetmesi durumunda, söz konusu kişinin kendi kaza bölgesi dahilinde bulunduğu, ikamet ettiği veya iş yaptığı herhangi bir Birleşik Devletler bölge mahkemesi veya herhangi bir mülka veya sömürge'deki Birleşik Devletler mahkemeleri, Çalışma Bakanı'nın yapacağı başvuruya istinaden, söz konusu kişinin, tahkikat konusu ile ilgili olarak emir verilen şekilde ve zamanda delil sunmak ve ifade vermek üzere hazır bulunmasını gerekli kılan bir emri söz konusu kişiye celp etme yetkisine sahip olacaktır ve bu mahkeme emrine icabet edilmemesi hali, mahkemeyi tahkirden ötürü mahkeme tarafından cezalandırılacaktır (OSH Act, Sec. 8/b). Bu yönde bir hükmün hukukumuza da alınması yerinde olacaktır. Zira, böylece gerçeğin ortaya çıkması için neredeyse tek delil olan tanıklara daha kolay ulaşılabilecektir.

İşK. m. 92/I'e göre iş hayatının izlenmesi, denetlenmesi ve teftişiyle ödevli olan iş müfettişleri, işyerlerini ve eklentilerini, işin yürütülmesi tarzını ve ilgili belgeleri, araç ve gereçleri, cihaz ve makineleri, ham ve işlenmiş maddelerle, iş için gerekli olan malzemeyi denetleyebilir. Aynı zamanda şikâyet incelemelerinin, konunun sadece şikâyetçiyi ilgilendirdiği haller dışında, tüm çalışanları kapsayacak şekilde yapılması esastır (İTR. 3. Kısım, 2. Bölüm, 1.2.3). Dolayısıyla işçinin şikayet hakkı ve buna bağlı denetim, sadece işyeri ile sınırlı kalmayacak, işle ilgili belgeler, iş için gerekli olan

malzeme de dikkate alınacak, şikayet tek kişi tarafından da yapılırsa konu tüm işçiler açısından incelenecektir.

İş müfettişleri, denetimleri masa başında değil, şikayet edilen işyerlerinde yapacaklarından sık seyahat edeceklerdir. Yeri geldiğinde il il teftiş yapılacak işyerleri gezilecek, bu teftişler günlerce sürecektir. 81 sayılı Sözleşmede iş müfettişlerine ihtiyaçlarına uygun mahalli bürolar, uygun toplu taşıma olanağı bulunmaması durumunda görevlerini yapabilmeleri için taşıt kolaylığı ile ihtiyaç duydukları giderlerin kendilerine ödenmesi gerektiği belirtilmiştir (81 sS. m. 11). Hukukumuzda da bu yönde olmak üzere, müfettiş ve müfettiş yardımcılara varsa tahakkuk eden yolluk ile yol, taşıt, konaklama ve benzeri giderler için örneğine uygun bir bildirim aylık olarak düzenleneceği ve o aya ait çalışma ve istihkak cetveli ile birlikte gönderileceği kabul edilmiştir (İTT. m. 60).

İş hayatını izleme, denetleme ve teftiş yetkisi olan iş müfettişleri görevlerini yaparken işin normal gidişini ve işyerinin işlemlerini, inceledikleri konunun niteliğine göre mümkün olduğu kadar aksatmamak, durdurmamak ve güçleştirmemekle yükümlüdür (İşK. m. 93). Teftiş, denetim, inceleme ve soruşturmalarda esas olarak süreyi işin niteliği belirlemektedir (İTT. m. 44).

Fransa'da işçilerin şikayet yoluna başvurmalarını kolaylaştırmak için isabetli bir yol izlenmektedir. Fransız İş Yasasının L. 620-7. maddesine göre işveren işyerini denetlemekle görevli iş müfettişinin adını ve adresini herkes tarafından kolayca görülebilecek bir yere asmak zorundadır⁵⁸⁷.

Ülkemizde de Fransız İş Yasasında olduğu gibi işyerini denetlemekle görevli iş müfettişinin adı ve adresinin işyerinde herkesin görebileceği bir yere asılmasının zorunlu hale getirilmesi iş sağlığı ve güvenliğinin teşkilinde önem arz edecektir. Zira

⁵⁸⁷ SÜZEK, Öneriler, 312.

böylelikle işçiler iş müfettişine kolay ulaşacak ve iş kazaları ile meslek hastalıklarını önlemede önemli bir yol olan şikayet haklarını daha rahat kullanacak, kazaların önlenmesine katkıda bulunacaktır⁵⁸⁸.

3. Müfettişlerin denetim sırasındaki yetkileri ve bu yetkilerin sınırları

81 sayılı Sözleşmede iş teftişi yapacak olan denetim elemanlarına son derece geniş yetkiler tanınması gerektiği kabul edilmiştir. Buna göre iş müfettişleri kanuni hükümlere gerçekten riayet edilip edilmediğini anlamak için gerekli gördükleri her türlü tetkik, kontrol ve tahkikatta bulunabilecek ve özellikle kanuni hükümlerin uygulanmasıyla ilgili her konuda işverene veya işletme personeline yalnız veya şahitler huzurunda soru sorabilecektir (81 sS. m. 12). Nitekim İş Kanunu da teftiş, denetleme ve incelemeler sırasında işverenlerin, işçilerin ve bu işle ilgili görülen başka kişilerin izleme, denetleme ve teftişle görevli iş müfettişleri ve işçi şikâyetlerini inceleyen bölge müdürlüğü memurları tarafından çağrıldıkları zaman gelmek, ifade ve bilgi vermek, gerekli olan belge ve delilleri getirip göstermek ve vermek; iş müfettişlerinin birinci fıkrada yazılı görevlerini (ki bu görevler özetle iş hayatının teftiş ve denetimi ile bu denetimler sırasında rastlandıkları suç sayılan eylemleri İş Teftişi Tüzüğünde açıklanan şekilde önleme görevleridir)⁵⁸⁹ yapmaları için kendilerine her çeşit kolaylığı göstermek, bu yoldaki isteklerini geciktirmeksizin yerine getirmekle yükümlü olduklarını düzenlemiştir (İşK. m. 92/II). Diğer taraftan İş Kanunu hükümlerinin tam ve gereği gibi uygulanabilmesi için işyerlerini teftiş ve denetlemeye yetkili iş müfettişlerinin gerekli görmeleri ve istemeleri halinde, zabıta kuvvetleri, bu iş müfettişlerinin görevlerini iyi bir şekilde yapabilmelerini sağlamak üzere her türlü yardımda bulunmakla yükümlüdürler (İşK. m. 97). İş Teftiş

⁵⁸⁸ SÜZEK, İş Güvenliği, 142-143; SERATLI, İş Sağlığı ve Güvenliği, 240.

⁵⁸⁹ İşK. m. 92/I: 91 inci madde hükmünün uygulanması için iş hayatının izlenmesi, denetlenmesi ve teftişiyle ödevli olan iş müfettişleri, işyerlerini ve eklentilerini, işin yürütülmesi tarzını ve ilgili belgeleri, araç ve gereçleri, cihaz ve makineleri, ham ve işlenmiş maddelerle, iş için gerekli olan malzemeyi 93 üncü maddede yazılı esaslara uyarak gerektiği zamanlarda ve işçilerin yaşamına, sağlığına, güvenliğine, eğitimine, dinlenmesine veya oturup yatmasına ilişkin tesis ve tertipleri her zaman görmek, araştırmak ve incelemek ve bu Kanunla suç sayılan eylemlere rastladığı zaman bu hususta Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak İş Teftişi Tüzüğünde açıklanan şekillerde bu halleri önlemek yetkisine sahiptirler.

Tüzüğü⁵⁹⁰ ve İş Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde⁵⁹¹ de iş müfettişlerinin yetkileri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

81 sayılı ILO Sözleşmesinde, sayılan geniş yetkilerin yanında, milli mevzuatın koyabileceği istisnalar saklı kalmak kaydıyla, iş müfettişlerinin teftişte buldukları işyerleriyle doğrudan doğruya veya dolayısıyla herhangi bir alakaları olmaması, görevlerini yap-

⁵⁹⁰ İş Teftiş Tüzüğü 15. maddesinde iş müfettişlerinin yetkilerini belirlemiştir. Buna göre bu Tüzüğün kapsam ve amacı çerçevesinde işyerlerindeki çalışma koşullarıyla üretim ve yapım yöntemlerini incelemek, işveren ve işçileri veya konuyla ilgili bulunan kimseleri, işyerinde ya da işyeri dışında dinlemek, sorular sormak, bunlardan gerekli bilgileri istemek ve imzalı ifadelerini almak, mevzuatın tutulmasını veya bulundurulmasını öngördüğü kayıt, puantaj cetveli, defter, belge, liste, çizelge, rapor, bordro, makbuz, hesap pusulası, ilan, sağlık raporu, işçi sağlığı ve iş güvenliği kurulu defteri, tesisat, makina ve cihazların periyodik bakım ve kontrol kartları vb. belgelerin işyerlerinde bulundurulup bulundurulmadığını tesbit etmek, bunları işveren veya vekilinden incelemek üzere istemek, gerektiğinde örnek ve özet çıkarmak, işyerinde inceleme olanağı bulunmayan veya işyerinde bırakıldığında inceleme seyrinin değiştirilmesi ya da suç kanıtlarının yok edilmesi olasılığı bulunan durumlarda, ilgili belgeleri, üzerlerinde silinti, kazıntı ve ek yapılmadan geri vermek koşuluyla bir örneğini işyeri yetkilisine vereceği imzalı ve mühürlü bir saptama tutanağı düzenleyerek geçici olarak almak, işyerinde kullanılan makina, araç, gereç, aygıt, tesis vb. ile yapımda kullanılan veya işlenen ham madde ve bunların işlenmiş olanlarını görmek, işçi sağlığı ve iş güvenliği bakımından zararlı, tehlikeli ve mevzuata uygun olup olmadıklarını incelemek ve araştırmak, gerektiğinde kullanılan veya işlenen hammaddelerle işyerindeki hava, duman, buhar, toz vb. den örnekler alıp tahlil ve muayene etmek veya ettirmek iş müfettişlerinin yetkileri arasındadır.

⁵⁹¹ Müfettişlerin denetim sırasındaki yetkilerine ilişkin olarak İş Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde daha ayrıntılı hükümler bulunmaktadır. Buna göre iş müfettişleri iş kanunları kapsamında olan veya kapsamda olduğu kanısına varılan işyerlerine, gündüz ve gecenin çalışılan herhangi bir saatinde işveren veya işveren vekillerine önceden haber vermeden girmek ve teftiş görevinin yerine getirilmesi işyerinin açılıp inceleme yapılmasını gerektiriyorsa, yasal bir sakınca olmamak koşuluyla, kapalı olan işyerlerini işveren veya vekiline açtırıp gerekli gördüğü incelemeyi yapmak, görevleri ile ilgili gerçek ve tüzel kişiler ile resmi ve özel kuruluşlara ait her türlü kayıt ve belgeleri incelemek, ilgililerden bilgi istemek ve toplamak, mevzuat gereği tutulması zorunlu bulunan her türlü kayıt ve belgeleri işyerinde veya teftişe elverişli gördüğü bir yerde teftiş etmek ve incelemek üzere istemek, bunların suretlerini almak, konusu suç ve/veya kabahat oluşturan belge ve kayıtları idari ve kazai mercilerde kesin hüküm oluşuncaya kadar tanzim edilecek bir tutanakla alıkoymak, çalışma koşullarıyla üretim ve yapım yöntemlerini incelemek, kullanılan makina, araç, gereç, aygıt, tesis vb. ile yapımda kullanılan veya işlenen hammadde ve bunların işlenmiş olanlarını görmek, iş sağlığı ve güvenliği bakımından zararlı, tehlikeli ve mevzuata uygun olup olmadıklarını incelemek ve araştırmak, gerektiğinde kullanılan veya işlenen hammaddelerle işyerindeki hava, duman, buhar, toz ve benzerlerinden örnekler alıp tahlil ve muayene etmek veya ettirmek, bu örnekleri işveren veya işveren vekili, bulunmadıklarında işyerinde çalışanlardan birinin önünde ve durumu bir tutanakla belgelemek ve bir kaba konup mühürlenmek suretiyle almak, gerektiğinde fotoğraf, video gibi kayıtlar yapmak, Bakanın emri veya onayı üzerine Bakanlık merkez, taşra ve yurtdışı teşkilatı ile bağlı ve ilgili kuruluşların her türlü hesap, faaliyet ve işlemleri, buralardaki amir, memur ve diğer görevlilerin her türlü hal ve hareketleri ile ilgili olarak mevzuat ve Başkanlığın talimatları çerçevesinde teftiş, inceleme, ön inceleme ve soruşturma yapmak; bu görevler yerine getirilirken görevlilerin muhafazasına verilmiş olan aynı, nakdi, menkul ve gayrimenkul her türlü varlıklara ilişkin sayım yapmak, bunlara ait gizli olsun veya olmasın her türlü evrak, dosya, vesika ve elektronik, manyetik ve benzeri bilgi işlem ortamındaki verileri tetkik etmek ve erişebilmek; bir yolsuzluğun kanıtını oluşturan evrak ve belgelerin asıllarını, tasdik edilmiş suretlerini bırakmak suretiyle almakla yetkilidir (İTKY. m. 11/1, b, d, e, h).

tıkları sırada, imalat, ticaret sırları veya işletme usulleri hakkında öğrendiklerini, hizmetten ayrıldıktan sonra dahi açıklamamaları ile bu mecburiyetin uygun cezalar veya disiplin tedbirleriyle yaptırıma bağlanması gerektiği belirtilmiştir (m. 15).

İş Teftiş Tüzüğü ve İş Teftiş Kurulu Yönetmeliği ise müfettişlerin eşlerine, üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) kan ve sıhri hısımlarına ait veya bunların yönetimleri altındaki ya da kendilerinin veya bunların ortağı buldukları işyerlerinde teftiş yapamayacaklarını belirtilmiştir (m. 21 ve m. 12/1, f). 81 sayılı Sözleşmenin sözünü ettiği ilişki yasağı sadece akrabaları değil, doğrudan ya da dolaylı bir alakada bulunmayı da yasaklamaktadır. Bununla birlikte olması gereken hukuk bakımından, iş müfettişlerinin sadece akrabalık ilişkisi bulunan işyerlerini değil, herhangi bir şekilde bir ilgileri bulunan, örneğin komşularının ya da arkadaşlarının işyerlerini de denetlemelerinin yasak olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Bu noktada İş Teftiş Kurulu Yönetmeliğinin, iş müfettişlerinin görevin başarıyla yerine getirilmesi, adil ve nesnel bir sonucun ortaya çıkması amacıyla dürüstlük, bağımsızlık, tarafsızlık, güvenilirlik ve yeterlik ilkelerini gözetilen bir yaklaşım içinde olmak zorunda olduklarını düzenlemekteyse de (İTKY. m. 12/1, b); akraba yasağında olduğu gibi iş müfettişlerinin herhangi bir şekilde ilgileri bulunan işyerlerini denetlemelerinin yasak olduğunun kabul edilmesi daha uygun olacaktır.

Yine İş Teftiş Tüzüğünde, müfettişlerin işyerlerinin yapım ve üretim koşulları, teknikleri ve sırlarıyla ticari ve ekonomik durumları hakkında gördükleri ve öğrendikleri, bilgi ve ifade veren, ihbar ve yakınmada bulunan kişilerin kimlikleri, teftişin bir ihbar veya yakınma üzerine yapıldığı, işyerlerinden alınan hammadde, gereç vb. örneklerin tahlil, muayene ve inceleme sonuçları, resmi işlerin yürütülüp sonuçlandırılması yönünden zorunluluk bulunmadıkça açıklayamayacakları düzenlenmiştir (m. 19)⁵⁹².

⁵⁹² Aynı yönde olmak üzere İş Teftiş Kurulu Yönetmeliği iş müfettişlerinin görevleri sebebiyle, işyerlerinin yapım ve üretim koşulları, işverenin ve işyerinin meslek sırları ve teknikleri ile ekonomik ve ticari durumları, işyerlerinden alınan hammadde, gereç ve benzeri örneklerin tahlil, muayene ve inceleme

81 sayılı Sözleşme, iş müfettişlerinin herhangi bir alakaları bulunan işyerlerinin teftişlerini yapamayacaklarını düzenlediği maddede, iş müfettişlerinin tesislerde bir eksiklik bulunduğunu veya kanuni hükümlerin ihlal edildiğini kendilerine haber veren herhangi bir şikayetçiyi mutlak suretle gizli tutacaklarını ve teftişin bir şikayet üzerine yapıldığını işveren veya vekiline bildirmeyeceklerini de düzenlemiştir (81 sS. m. 15). Bu yönde olmak üzere hukukumuzda da müfettişlerin bilgi ve ifade veren, ihbar ve yakınmada bulunan kişilerin kimliklerini, teftişin bir ihbar veya yakınma üzerine yapıldığını, resmi işlerin yürütülüp sonuçlandırılması yönünden zorunluluk bulunmadıkça açıklayamayacakları belirtilmiştir (İTT. m. 19, İTKY. m. 12/ğ). Aynı yönde olmak üzere İş Kanununa göre iş müfettişleri, resmi işlemlerin yürütülüp sonuçlandırılması için, açıklanması gerekmedikçe, işverenin ve işyerinin meslek sırları ve şartları, ekonomik ve ticari hal ve durumları hakkında gördükleri ve öğrendikleri hususları tamamen gizli tutmak ve kendileri tarafından bilgileri ve ifadeleri alınan yahut kendilerine başvuran veya ihbarda bulunan işçilerin ve başka kişilerin isimlerini ve kimliklerini açıklamamakla yükümlüdürler (İşK.m. 93). İş müfettişlerinin sır saklama yükümü, sadece kendilerine şikayette bulunan veya ifade verenlerin kimliklerini değil, görevleri sırasında öğrendikleri işverenlerin mesleki sırlarını kapsamalıdır⁵⁹³.

Nitekim yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, Amerikan İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu da şikayet hakkını kullanan işçinin isminin öğrenilmesini istememesi halinde ismin açıklanmayacağını düzenlemiştir. Hükme göre, bildirimde bulunan kişinin bu yönde talepte bulunması halinde, bu kişinin ismi ve bildirimde atıfta bulunulan ferdi çalışanların isimleri söz konusu surette veya bu (g) bendine istinaden yayımlanan, serbest bırakılan veya mevcut kılınan kayıtlarda geçmeyecektir (OSH Act. Sec. 8/f, 1).

sonuçları hakkında gördükleri ve öğrendiklerini resmi işlerin yürütülüp sonuçlandırılması yönünden zorunluluk bulunmadıkça açıklayamayacaklarını hükme bağlamıştır (m. 12/g).

⁵⁹³ SAYMEN, 133; SÜZEK, İş Güvenliği, 167.

4. İhbar ve şikayet üzerine denetimin sonuçları

a. Teftiş raporu hazırlanması

İşçilerin ihbar ve şikayet haklarını kullanmaları üzerine iş müfettişlerinin yaptıkları inceleme teftişi neticesinde, her teftiş sonucu gibi inceleme teftişi de bir rapora bağlanmaktadır (İş Teftiş Tüzüğü m. 22/I). İnceleme teftiş raporları, konularına göre iş kazası ve meslek hastalığı, güvenlik raporu incelemesi ve diğer incelemeler olarak üç farklı şekilde düzenlenmektedir (İTR, 3. Kısım, 3. Bölüm, 40 vd.).

Mevzuat yönünden uygun görülen veya uygunluğu sağlanmış raporlar, gereği yapılmak üzere ilgili bölge/şube müdürlüğüne gönderilecektir (İTR. 1. Kısım, 6. Bölüm, 2.1). Çalışma hayatını izleme, denetleme ve teftişe yetkili iş müfettişleri ile işçi şikayetlerini incelemekle görevli bölge müdürlüğü memurları tarafından tutulan tutanaklar aksi kanıtlanıncaya kadar geçerlidir (İşK. m. 92/III, c. 1)⁵⁹⁴.

İşyerinde teftiş sırasında saptanan eksiklik ve mevzuata aykırılıklardan teftiş süresi içinde tamamlanabilecek ve düzeltilebilecek olanlar, bu süre içinde işverene tamamlattırılacak, durum müfettişçe teftiş defterine yazılacak ve raporda belirtilecektir (İş Teftiş Tüzüğü m. 22/II).

Teftiş raporlarının işyeri uygulamasına önemli yararları bulunmaktadır. Öncelikle bir teftiş raporu, işverenin işyeriyle ilgili organizasyonel uygulamalarındaki eksiklikleri ya da işyerindeki çalışmanın hatalı sistematiğini ortaya çıkararak yapıcı bir işlev görmektedir. Bu sayede daha teftiş aşamasında iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin çözüm önerilerinin tespiti mümkün olmaktadır⁵⁹⁵. Diğer taraftan teftiş raporları zaman zaman daha idari bir yaptırıma gerek kalmaksızın önel verilmesi yoluyla işverenlerin yönlendirilme-

⁵⁹⁴ YHGK, 04.02.2009, 9-2/48, TAŞKENT/MUTLAY/SARIBAY ÖZTÜRK, 292-293.

⁵⁹⁵ KOHTE Wolfhard, Betrieblicher Umweltschutz am Beispiel des Störfallrechts, Arbeit-Umwelt: Joachim Heilmann zum 60. Geburtstag, Baden Baden 2001, 83 (KABAKCI, 402'den naklen).

sini sağlarken, gerektiği durumlarda da doğrudan emir ve talimat vererek yaptırım uygulanmasını sağlamaktadır⁵⁹⁶.

b. Teftişe ara verme veya idari para cezası verilmesi

81 sayılı Sözleşme; tesislerde, tertiplerde veya çalışma usullerinde tespit ettikleri ve işçilerin sağlık emniyeti bakımından bir tehlike teşkil edeceğine kani olmak için makul bir sebep gördükleri eksikliklerin tamamlanması maksadıyla tedbirler aldıkları hususunda iş müfettişlerine yetki verileceğini düzenleyerek (m. 13/I); müfettişlere işyerlerine önel verme hakkı tanımıştır. Hukukumuzda da iş sağlığı ve güvenliği denetimi sonucunda, mevzuata aykırı hareket ettiği tespit edilen işverenlere, bu aykırılıkları düzeltilmesi için süre verilebilmekteydi (İTT m. 22/II). 2011/8 sayılı Genelgenin yürürlükte olduğu dönemde işin durdurulması veya işyerinin kapatılmasını gerektiren bir durum ya da önel verme zorunluluğunu gerektiren bir hüküm yoksa, iş müfettişinin işverene önel verme hususunda takdir hakkı bulunmaktaydı. Verilen önel gerekçesi bildirilmek suretiyle ve en fazla üç ay için olabilirdi (2011/8 sayılı Genelge, 3. Kısım, 4. Bölüm, 2). Önel sonunda yapılan kontrol teftişinde giderilmediği tespit edilen mevzuata aykırılıklar için süre verilmeyerek, idari para cezası uygulanmaktaydı (2011/8 sayılı Genelge, 3. Kısım, 2. Bölüm, 1.2.2). İşverenler, bu önel içinde eksiklik ve aksaklıkları gidermek ve giderildiğini bölge çalışma müdürlüklerine bildirmekle yükümlüdürler (İş Teftiş Tüzüğü m. 22/IV). Şikâyet, ihbar vb. inceleme teftişlerinde mevzuata aykırılıkların tespit edilmesi halinde, raporda idari para cezası verilmesi esastır. Müfettiş tarafından işverene süre verilmesinin istenmesi halinde, bu durumun raporda gerekçelendirilmesi gerekmektedir (2011/8 sayılı Genelge, 3. Kısım, 2. Bölüm, 1.3.8). Ancak 2013/4 sayılı Genelge ve onun eki niteliğindeki İş Teftiş Rehberinden sonra iş müfettişlerinin işverenlere önel verme hakkı kaldırılmıştır. Bu noktada iş müfettişinin önel verme hakkı bulunmamakla birlikte, teftişe ara vererek bir nebze de olsa işverene süre verilmesi mümkündür. Buna göre yapılan teftiş esnasında mevzuata aykırılıklar tespit edilmesi ve bunların işverence giderileceğinin beyan edilmesi halinde, mevzuata aykırılıkların işverence uygun sürede giderilebileceğinin müfettişçe takdir

⁵⁹⁶ KABAKCI, 403.

edilmesi⁵⁹⁷ durumunda bir bildirim düzenlenerek işverene süre verilecektir. Söz konusu bildirim işveren veya vekiline tebliğ edilerek teftişe ara verilecektir. Teftiş işverene verilen süre sonunda ve planlanan dönem içinde müfettiş tarafından belirlenen bir tarihte tamamlanacaktır. Ancak yapılan teftişte ara verme süresi her halde görev ve rapor devrine neden olmayacak şekilde uygulanır (İTR. 1. Kısım, 4. Bölüm m. 1.14). İşverene verilecek sürenin belirlenmesinde, alınması gerekli tedbirlerle ilgili yapılacak faaliyetlerin gerçekleştirilebilme süresi ve riskin büyüklüğü dikkate alınacaktır (İTR. 3. Kısım, 4. Bölüm m. 3).

İşverene önel verme ile teftişe ara vererek işverene süre vermenin farklı hukuki imkanlar olduğu belirtilmelidir. Şöyle ki, işverene önel verilmesi halinde, bu süre 3 aya kadar çıkabilmekte (2011/8 sayılı Genelge, 3. Kısım, 4. Bölüm, 2) ve işverene önel verilmesi halinde ilk teftiş bitmekte, önel bitiminde yeni bir teftiş olan kontrol teftişi yapılmaktaydı (2011/8 sayılı Genelge, 3. Kısım, 2. Bölüm, 1.2). Teftişe ara verilmesi durumunda ise süre sonunda kontrol teftişi yapılmamaktadır. Zira teftiş işverene verilen süre sonunda ve planlanan dönem içinde müfettiş tarafından belirlenen bir tarihte tamamlanır (İTR. 1. Kısım, 4. Bölüm m. 1.14). Başka bir deyişle, bu durumda iki teftiş değil, bir teftiş vardır ve süre çok daha kısadır. Uygulamada iç emirler çerçevesinde teftişlerin bir ay içinde tamamlandığı dikkate alındığında, iş müfettişleri bir haftada işyerini incelemekte ve süre sonunda rapor yazmak için kendilerine bir haftalık süre ayırmaktadır. Bu durumda teftişe en fazla 15 gün için ara verilmektedir. Teftişe ara verilmesi durumunda, teftiş sonunda işyerindeki eksiklik tamamlanmışsa sorun bulunmamaktadır. Tamamlanmaması halinde ise tehlike ve koşullar değerlendirilerek ya işin durdurulmasına karar verilmekte ya da idari para cezası yaptırımı uygulanmaktadır.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa göre işyerindeki bina ve eklentilerde, çalışma yöntem ve şekillerinde veya iş ekipmanlarında çalışanlar için hayati tehlike oluşturan bir husus tespit edildiğinde; bu tehlike giderilinceye kadar, hayati tehlikenin niteliği ve bu

⁵⁹⁷ Takdir hakkı, işyerinin genel durumu, özellikleri, işverenin iyiniyeti, kusurun derecesi, daha önceki denetim sonuçlarının objektif olarak değerlendirilmesi ile oluşmalıdır (SÜZEK, İş Hukuku, 915-916).

tehlikeden doğabilecek riskin etkileyebileceği alan ile çalışanlar dikkate alınarak, işyerinin bir bölümünde veya tamamında; ayrıca çok tehlikeli sınıfta yer alan maden, metal ve yapı işleri ile tehlikeli kimyasallarla çalışılan işlerin yapıldığı veya büyük endüstriyel kazaların olabileceği işyerlerinde, risk değerlendirmesi yapılmamış olması durumunda iş durdurulacaktır (m. 25/1). Dolayısıyla 25. maddedeki koşulların varlığı halinde iş müfettişinin teftişe ara verme seçeneği bulunmamakta, işi durdurması gerekmektedir.

Her ne kadar önel tanınmasının iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili hedeflere ulaşma bakımından uygun olmadığı yolunda görüşler ifade edilmişse de⁵⁹⁸, birçok durumda bu uygulama işyerinde önleme açısından esaslı işlevler görmekteydi. Zira bu yol ile yaptırım uygulanmasına gerek kalmaksızın hukuka aykırılık giderilebilmekteydi⁵⁹⁹.

Amerika Birleşik Devletleri İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu da müfettişler tarafından işverenlere işyerlerini iş güvenliği kurallarına uydurmaları için makul bir sürenin tanınacağını hükme bağlamıştır. Hükme göre, Çalışma Bakanı'nın veya yetkili temsilcisinin, yapılan bir denetim veya tahkikatın ardından, bu Kanun'un 5'inci bölümünde veya bu Kanun'un 6'ıncı bölümüne istinaden çıkartılan bir kanunda, kuralda veya emirde veya bu Kanun'da belirtilen bir düzenlemede yer verilen bir koşulun işveren tarafından ihlal edilmiş olduğuna inanması durumunda, Çalışma Bakanı veya temsilcisi makul bir ivedilikle hareket etmek suretiyle işverene bir celpname göndermeli, bu celpname yazılı olmalı ve ihlal edilmiş olduğu iddia edilen Kanun hükmüne ilişkin ihlalin mahiyetini özel olarak ortaya koymalıdır. Bu celpnamede ayrıca ihlal halinin ortadan kaldırılmasına yönelik makul bir süre de belirtilmelidir. Çalışma Bakanının, emniyet veya sağlık ile doğrudan veya ivedi bir ilişkisi bulunmayan tali mahiyetteki ihlal halleri için bir celpname yerine bir bildirimde bulunulmasına ilişkin prosedürler belirlemesi de mümkündür (m. 9/ a). Aynı zamanda işyerinin özellikle iş güvenliği kurallarının ihlal edildiği bölümlerinde işverenlere yapılan bildirimlerin

⁵⁹⁸ Önel verilmesinin leh ve aleyhindeki görüşler için bkz. SÜZEK, İş Güvenliği, 297 vd.

⁵⁹⁹ KABAKCI, 400-401 ve dn. 117'de adı geçen yazarlar.

asılmaması gerekmektedir (m. 9/b). Bu sayede işverenlere bir an önce iş güvenliği önlemlerinin alınması için psikolojik etki yapıldığı gibi, işçilerin de iş güvenliği bilinçlerinin artması sağlanarak işçilerin daha dikkatli çalışmaları sağlanmaktadır⁶⁰⁰.

c. İşçiye ihbar ve şikayet hakkını kullanması sebebiyle farklı davranılmaması

İş Kanunu m. 18/3, (c) hükmü, işçilerin mevzuattan ya da sözleşmeden doğan haklarını takip için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmaları ya da bu hususta başvurulmuş sürece katılmalarının sözleşmenin feshi için geçerli bir sebep olmayacağını düzenlemiştir. Bu noktada yaptırım, işçinin işvereni şikayet etmesi sebebiyle yapılan feshin geçerli bir sebebe dayanmadığının kabul edilmesidir. Ancak işçinin iş güvencesi kapsamı dışında bir işçi olması halinde, söz konusu hükmün işçiye bir yararı olmayacaktır. Zira iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçinin sözleşmesinin feshinde geçerli neden gösterme zorunluluğu bulunmamaktadır.

İş güvencesi kapsamı dışındaki işçinin elindeki imkan ise İşK. m. 17/6 çerçevesinde kötüniyet tazminatı isteyebilmektir. Zira, şikayet hakkını kullanan işçinin sözleşmesini fesheden işveren, fesih hakkını kötüye kullanmıştır. Her ne kadar İşK. m. 17/6, 1475 sayılı Kanundan farklı olarak, hangi hallerin fesih hakkının kötüye kullanılması oluşturduğunu örneklerle açıklamamış, şikayet hakkını kullanan işçinin sözleşmesinin feshinin kötüniyetli fesih sayıldığını ifade etmemişse de, kanunun gerekçesinde durum netleştirilmiştir. Buna göre, işçinin kendisi hakkında şikayette bulunması sebebiyle sözleşmesi feshedilmişse, işveren işçiye kötüniyet tazminatı ödeyecektir⁶⁰¹. Kötüniyet tazminatı talepli davada ispat yükü işçide olup⁶⁰², işçi sözleşmesinin kötüniyetli olarak, daha açık bir deyişle şikayet hakkını kullanması sebebiyle feshedildiğini iddia ve ispat edecektir. Bu noktada şikayet hakkının kural olarak bir dilekçe ile yapılması gerektiğinden, işçinin şikayet hakkını kullandığını gösterir dilekçesini mahkemeye ibraz

⁶⁰⁰ SÜZEK, İş Güvenliği, 314.

⁶⁰¹ SÜZEK, İş Hukuku, 557-558.

⁶⁰² EKONOMİ, İş Hukuku, 188; SÜZEK Sarper, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976, 199 (Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması); ÖZDEMİR Erdem, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006, 341.

etmesi neticesinde, işçinin sözleşmesinin fesih sebebinin söz konusu dilekçe olduğunun karine olarak kabul edilerek, işçinin iddiasını ispatladığının kabul edilmesi yerinde olacaktır. İşverenin işçinin sözleşmesini farklı bir sebeple feshetmiş olduğu yönündeki savunmasının kabul edilmesi için ise işverenin şikayet dışındaki bir sebeple sözleşmeyi feshettiğini güçlü delillerle ispatlaması gerekecektir.

Bu noktada şikayetin haklı ya da haksız olmasının bir öneminin bulunup bulunmadığı üzerinde durmak gerekmektedir. 1475 sayılı Kanun döneminde İş Kanununun fesih hakkının kötüye kullanılmasını düzenleyen 13. maddesinde, şikayetin haklı olması önşartı öngörülmediğinden, şikayetin haksız olması halinde dahi işverenin fesih hakkını kötüye kullandığına hükmolunacağı ifade edilmekteydi⁶⁰³. Önemli olan şikayetin haklı ya da haksız olması değil, işçinin iş sözleşmesinin şikayeti sebebiyle yapılmış olmasıydı⁶⁰⁴. Mevcut kanunumuz çerçevesinde de sözleşmenin şikayet sebebine bağlı olarak feshi halinde, şikayetin işverene zarar vermek kasdıyla ve mesnetsiz yapılmış olmaması koşuluyla, haklı olması aranmamalıdır. İşçinin şikayeti üzerine yapılan denetim sonucunda, şikayetin yerinde olmadığı veya haksız olduğu sonucuna varılması, işverenin fesih hakkını kullanmasını haklı kılmayacaktır⁶⁰⁵. Başka bir deyişle kötüniyetli feshin kabulü için işçinin başvurusunun haklı ya da haksız olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Zira aksi halde işçilerin şikayet hakkını kullanması mümkün olmayacaktır. İş güvenliği mevzuatı ve alınacak önlemlerin uzmanları da tereddüte düşürebilmesi karşısında, haklı çıkmama ihtimali bulunan işçi şikayet yoluna gitmekten korkacaktır. Bunun iş kazaları ve meslek hastalıklarının önlenmesi amacına aykırı düşeceği şüphesizdir⁶⁰⁶. Nitekim Yargıtay da işçinin haklı bir nedene dayalı olarak şikayette bulunması halinde, daha sonra şikayetin haksız olduğu ortaya çıksa dahi işverenin fesih hakkını kötüye kullandığı sonucuna varmaktadır⁶⁰⁷. Ayrıca koşulları

⁶⁰³ ESENER Turhan, İş Hukuku, 3. bası, Ankara 1978, 232.

⁶⁰⁴ SÜZEK, Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, 140.

⁶⁰⁵ SÜZEK, İş Güvenliği, 144; EKONOMİ, İş Hukuku, 188; ESENER, İş Hukuku, 233.

⁶⁰⁶ SÜZEK, İş Güvenliği, 144.

⁶⁰⁷ Y9HD, 16.11.1999, E. 1999/14573, K. 1999/17495, www.hukukturk.com (02.04.2012). Yargıtay daha eski tarihli bir kararında da şu ifadeleri kullanmıştır: “Bundan başka, kötüniyetli feshin kabulü için işçinin başvurusunun haklı veya haksız olmasının (kural olarak) bir etkisi de yoktur. Zira, İş Kanununun değişik 13. maddesi metninde, şikayetin haklı olması şartı öngörülüş değildir. Böylece davacıların

varsa işçinin işverenden maddi ve manevi tazminat talep etmesi de mümkündür⁶⁰⁸. Ancak işçinin davranışının dürüstlük kurallarına uygun olmaması halinde, işçi ihbar ve şikayet hakkını kötüye kullanmış olacak ve durum farklılık arz edecektir. İşçilerin ihbar ve şikayet haklarını kötüye kullanmaları aşağıda incelendiğinden burada değerlendirme yapılmamıştır⁶⁰⁹.

İşçinin iş güvencesi kapsamı dışında olması halinde kötüniet tazminatı, iş güvencesi kapsamı içinde olması halinde işe iade imkanı bulunmakla birlikte, işçinin sözleşmesinin feshinden evvel korunmasını sağlayan bir hüküm getirmek gerekmektedir. İşK. m. 96/I, iş denetimi ve teftişine yetkili iş müfettişleri tarafından ifade ve bilgilerine başvuru işçilere, işverenlerin gerek doğrudan doğruya gerek dolayısıyla telkinlerde bulunmalarını, işçileri gerçeği saklamaya yahut değiştirmeye sevk veya herhangi bir suretle zorlamalarını veyahut işçilerin ilgili makamlara başvurmalarını, haber ve ifade vermeleri üzerine, bunlara karşı kötü davranışta bulunmalarını yasaklamıştır. Bu davranışın yaptırımını ise İşK. m. 107 çerçevesinde idari para cezasıdır. Ancak bu hüküm ne işçilerin şikayet haklarını çekinmeden kullanmaları için ne de işverenlerin işçilerin şikayet haklarını kullanmalarına rağmen fesih haklarından caydırmaları için yeterlidir.

İş Kanunu m. 5 hükmünün ayırım ve eşitliğe aykırı davranma yasağını getirdiği, diğer taraftan Anayasa m. 10 ile de bu yasakların düzenlendiği, bu çerçevede işverenin ayırım veya eşitliğe aykırılık oluşturan davranışlarına karşı bu yasakların işlerlik kazanabileceği iddia edilebilecekse de, İşK. m. 5 ve Anayasa m. 10 genel bir hüküm olarak işverenin işçiye ayırım yapamayacağını düzenlemiştir. Oysa iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almadığı için işvereni şikayet eden işçinin ihtiyacı olan düzenleme, doğrudan şikayet hakkını kullanması sebebiyle işçiye eşit davranma borcuna aykırı davranılamamasına ilişkindir.

şikayetleriyle iş sözleşmesinin feshi arasındaki bağlantının varlığı halinde, kötünietin var olduğunun kabulü gerekir” YHGK, 17.02.1965, E. 410/D-4, K. 66, SÜZEK, İş Güvenliği, 145’de dn. 145’den naklen.

⁶⁰⁸ SÜZEK, İş Güvenliği, 144.

⁶⁰⁹ İşçilerin ihbar ve şikayet haklarını kötüye kullanmaları hakkında bilgi için bkz. 2. Bölüm, §7, VI.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu bu yönde olmak üzere, çalışanların veya çalışan temsilcilerinin, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği için alınan önlemlerin yetersiz olduğu durumlarda veya teftiş sırasında, yetkili makama başvurmalarından dolayı haklarının kısıtlanamayacağını kabul etmiştir (İSGK m. 18/3). Ancak bu aykırılığın yaptırımını sadece 1000-TL idari para cezası olarak belirlemiştir. Oysa çalışanların ve çalışan temsilcilerinin iş sağlığı ve güvenliği konusundaki aksaklıkları şikayet etmeleri durumunda iş sözleşmelerinin feshedilemeyeceği kabul edilmek suretiyle gerçek güvenceye kavuşturulmaları gerekmektedir⁶¹⁰. İşçiye böyle bir güvence sağlanmaksızın şikayet hakkının varlığından söz edilmesi, bu yolun en baştan kapatılması anlamına gelmektedir.

81 sayılı ILO Sözleşmesi, şikayet hakkını kullanan işçinin iş sözleşmesinin korunması yönünde bir hüküm getirmemiştir. 155 sayılı ILO sözleşmesi ise m. 5/c ile işvereni şikayet etmek veya işveren aleyhine mevzuata aykırılık iddiasıyla başlatılmış sürece katılmanın veya işveren aleyhine idari makamlar nezdinde müracaatta bulunmanın geçerli bir fesih nedeni olmayacağını düzenlemiştir. Aynı şekilde Amerikan İş Güvenliği ve Sağlığı Kanununun 11. maddesi de hiç kimsenin, bir çalışanın bu Kanun'a istinaden bir şikayette bulunmuş olmasından veya bir takibat başlatmasından veya başlatılmasına sebep olmuş olmasından veya bu tür bir takibat kapsamında ifade vermiş olmasından veya vermek üzere olmasından ötürü veya bu çalışanın bu Kanun'un tanıdığı bir hakkı kendisi veya diğerleri için kullanmasından ötürü bu çalışana işten çıkarmayacağını veya herhangi bir şekilde ayrımcılığa maruz bırakmayacağını düzenlemiştir (m. 11/c, 1). Hükme göre bu bendin hükümlerinin hilafına iş sözleşmesinin feshedilmiş olduğuna veya diğer şekillerde ayrımcı muamelelere maruz bırakılmış olduğuna inanan bir çalışan, bu ihlalin ortaya çıkmasından sonraki otuz gün içinde, iddialarını ortaya koymak suretiyle Çalışma Bakanlığı'na başvuruda bulunabilecektir. Çalışma Bakanlığı, bu şikayetin eline geçmesinden sonra, durumun uygun göreceği şekilde tahkik edilmesini sağlayacaktır. Çalışma Bakanlığı'nın yapılan tahkikatın ardından bu bölüm hükümlerinin ihlal edilmiş olduğunu tespit etmesi halinde,

⁶¹⁰ GEREK, 17.

ilgili Birleşik Devletler bölge mahkemesi nezdinde söz konusu kişi aleyhine dava açacaktır. Bu şekilde açılacak davalarda, Birleşik Devletler bölge mahkemeleri, ileri sürülen gerekçelere istinaden, bu bölümün (1) sayılı fıkrasında belirtilen ihlalleri menetme ve ödenmemiş maaşların ödenmesi ile birlikte çalışanın yeniden işe alınması veya eski pozisyonuna iade edilmesi de dahil olmak üzere uygun göreceği kararları verme yetkisine sahip olacaklardır (m. 11/c, 2). Böylelikle Amerika Birleşik Devletlerinde iş güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle şikayet hakkını kullanan işçi hem sözleşmesinin bu sebeple feshine hem de her türlü ayırım içeren davranışına karşı korunmuş olmaktadır. Bu çerçevede koruma sağlayan ayrıntılı bir hükme mevzuatımızda da ihtiyaç duyulduğu açıktır⁶¹¹.

VI. İşçilerin İhbar ve Şikayet Haklarını Kötüye Kullanmaları

İşçilerin şikayet haklarını korkusuzca ve istedikleri şekilde kullanmalarının önünün açılması gerekmele birlikte, işçilerin işverenlerini yersiz yere şikayet etmemeleri gerekmektedir. Zira hiçbir hak sınırsız bir şekilde kullanılamaz. Türk Medeni Kanunu 2. maddesinde, herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorunda olduğunu ve bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasının hukuk düzeni tarafından korunmayacağını düzenlemiştir. Bu çerçevede işçilere bir hak olarak tanınmış olan ihbar ve şikayet hakkının dürüstlük kuralına uygun şekilde kullanılarak, kötüye kullanılmaması gerekmektedir. Nitekim İşK. m. 96/2, işçilerin; çalıştıkları veya ayrıldıkları işyerleriyle işverenleri hakkında gerçeğe uygun olmayan haberler vererek gereksiz işlemlerle uğraştırılmalarının veya işverenleri haksız yere kötü duruma düşürmeye kalkışmalarının ve iş müfettişlerince kendilerine sorulan hususlar için doğru olmayan cevaplar vererek denetim ve teftişin yapılmasını güçleştirmek veya yanlış bir sonuca vardırarak gibi kötüniyetli davranışlarda bulunmalarının yasak olduğunu düzenlemiştir. Bu maddede belirtilen yasağa uymamanın yaptırımı ise İşK. m. 107'de idari para cezası olarak belirlenmiştir⁶¹².

⁶¹¹ SÜZEK, İş Güvenliği, 145-146.

⁶¹² İdari para cezaları 4. Bölüm, §12, IV'de inceleneceğinden burada sadece ilgili madde belirtilmiştir.

İşçinin ihbar ve şikayet hakkını kötüye kullanması durumunda, idari para cezası yaptımı ile karşılaşması mümkün olmakla birlikte, sözleşmesinin haklı nedenle feshedilmesi de mümkündür. Zira işçilerin; çalıştıkları veya ayrıldıkları işyerleriyle işverenleri hakkında gerçeğe uygun olmayan ihbar ve şikayette bulunmaları veya iş müfettişlerince kendilerine sorulan hususlar için doğru olmayan cevaplar vererek denetim ve teftişin yapılmasını güçleştirmek veya yanlış bir sonuca vardırarak gibi kötünietli davranışlarda bulunmaları, işverenin işçiye olan güvenini derinden sarsacak nitelikte olup, doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar arasında sayılacağından, işverenden o işçiyi çalıştırmaya devam etmesini beklemek yerinde olmayacaktır. İşçilerin bu yöndeki hareketleri, işveren için İşK. m. 25/II çerçevesinde haklı fesih sebebi olacaktır.

VII. Özel Bir İhbar Kurumu : Ahlaklı İhbar (*Whistleblowing*)

1. Ahlaklı ihbar (whistleblowing) kavramı

İngilizce’de ıslık çalma anlamına gelen “whistleblowing” kavramının kökeninde, bir İngiliz polisinin suç işleme eğiliminde olan bir kişiyi uyarmak için ıslık çalması uygulaması yer almaktadır⁶¹³. Whistleblowing, bir organizasyon içerisinde yasa dışı ve etik değerlere uygun olmayan davranış ve eylemlerin, başka kişi ve kurumlara zarar vermesi için, bilgi sahibi çalışan ya da paydaşlar tarafından sorunları çözme güç ve otoritesine sahip otoritelere bildirilmesidir⁶¹⁴. Halihazır ya da eski işçinin işverenin yaptığı kanuna uygun olmayan ya da iş içerisinde ihmal/suistimal ettiği tüm hususları bildirmesi de bu kapsamdadır⁶¹⁵.

Whistleblowing henüz Türk Hukukunda düzenlenmediğinden, Türkçe’de tam bir karşılığı yoktur. Kavrama en uygun terimin bulunması ise kavramın tam olarak anlaşılma-

⁶¹³ HERSH M. A, Whistleblowers-Heroes or Traitors? Individual and Collective Responsibility for Ethical Behaviour, Annual Reviews in Control, V. 26, 2002, 243.

⁶¹⁴ AKTAN Coşkun Can, Organizasyonlarda Yanlış Uygulamalara Karşı Bir Sivil Erdem, Ahlaki Tepki ve Vicdani Red Davranışı: Whistleblowing, Mercek Dergisi, Ekim 2006, 43-44; farklı tanımlar için ve “whistleblowing” kavramının “bilgi uçurma” olarak isimlendirilmesine ilişkin bkz. AYDIN Ufuk, İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing), Sosyal Bilimler Dergisi, 2002-2003, 79 vd. (Bilgi Uçurma).

⁶¹⁵ LEWIS David, Whistleblowing at Work: On What Principles Should Legislation Be Based? Industrial Law Journal, Vol. 30, No. 2, June 2001, 169 (Whistleblowing).

sından sonra mümkün olabilecektir. Bu çerçevede whistleblowing kavramı, iş sözleşmeleri ve işçi-işveren ilişkisi açısından değerlendirildiğinde, işçinin işveren veya işyeri hakkında öğrendiği yasa dışı veya etik olmayan davranış ya da eylemi ihbar etmesi şeklinde ortaya çıktığı görülecek olup, kavramı anlayabilmek için bu ihbarın sadakat borcuna aykırı olup olmadığının cevaplanması gerekecektir.

Doğruluk ve güven kurallarının uygulanmasından ibaret olan ve işin yapılması temel ediminin kusursuz olarak yerine getirilmesini sağlama amacına hizmet eden sadakat borcu, yapma borcu olarak karşımıza çıkabileceği gibi, yapmama borcu olarak ve işçinin, işverene ve işletmeye karşı zararlı olabilecek bir davranışta bulunmaması şeklinde de gerçekleşebilir. Sadakat borcu, dürüstlük kuralı çerçevesinde işverenin çıkarlarını korumak ve ona zarar verecek davranışlarından kaçınmaktır⁶¹⁶. Bu çerçevede işçinin işyerinde karşılaştığı her türlü hukuka aykırı durumu işverene bildirmesi gerekmektedir⁶¹⁷. İşyerinde ortaya çıkan suistimallerin özellikle sağlık, güvenlik, çevre koruması gibi kamu yararını ilgilendiren konulara ilişkin olması halinde, hukuka aykırı davranışlarda bulunan işverenlerin resmi makamlara ve hatta koşullar oluşmuşsa kamuoyuna ihbar edilmesi sadakat borcuna aykırılık oluşturmayacaktır⁶¹⁸. İş veya işletmeye ve işverene ait olup da, sadakat borcunun bir gereği olarak saklanmasında zorunluluk bulunan sırların üçüncü şahıslara açıklanmaması ise sadakat borcunun esaslı unsurlarındandır⁶¹⁹. Dolayısıyla saklanmasında zorunluluk bulunan ve açıklanması gereken bilgilerin hangileri olduğu üzerinde durulmalıdır.

Saklanmasında zorunluluk bulunan sırlar, iş sırlarıdır. İş sırrı, iş ve işyeri ile ilgili bulunan, üçüncü kişiler tarafından bilinmeyen, kamuya mal olmamış ve aleniyet kazanmamış, ancak işyerinde çalışan sınırlı sayıda kişi/kişiler tarafından bilinen, işverenin baş-

⁶¹⁶ ERTAŞ Kudret, Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Ankara 1982, 20-21; TUNCAY Can, İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C. 2, İstanbul 2001, 1046-1047 (Sadakat); ARSLAN ERTÜRK Arzu, Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, İstanbul 2010, 12-13; CANIKLIOĞLU, TBK, 88-89.

⁶¹⁷ ÇELİK, İş Hukuku, 143; DEMİR Fevzi/ DEMİR G. , İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması, Kamu İş Dergisi, 2009, 11 (1), 4.

⁶¹⁸ AYDIN, Whistleblowing, 96.

⁶¹⁹ ERTAŞ, 50.

kalarının öğrenmesini istemediği, saklı kalmasında menfaatinin bulunduğu, basitçe ve kolaylıkla öğrenilemeyecek her türlü bilgidir⁶²⁰. Hukuken korunmaya değer meşru sırlar, saklama borcunun kapsamına girmektedir⁶²¹. Sırrın, kanuna, genel ahlaka ve adaba aykırı olması halinde, bu sırlar saklanması gereken iş sırrı olarak kabul edilemezler⁶²². İşçinin kamu yararı nedeniyle hukuka aykırı bilgileri açıklaması, hukuka uygun bir davranış olarak karşımıza çıkabilir⁶²³. Örneğin işverenin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini ihlal etmesinde olduğu gibi yasa dışı durumlar işçinin korunması gereken sır olarak değerlendirilemez. Daha da ötesi ceza hukuku açısından, kişinin suç teşkil eden hususları değil saklaması, ilgili yerlere bildirmesi bir zorunluluk olduğundan, işçinin bu tür durumları ihbar zorunluluğu bulunduğu haller söz konusu olabilir⁶²⁴. Dolayısıyla işçinin iş sırrını ifşa nedeniyle sözleşmeye aykırı davranmasına neden olacak sırlar; kanuna, ahlaka ve adaba uygun olmalıdır.

Diğer taraftan işçinin ifşa ettiği bilgi bazen kamu yararına bazen de işyerinin yararına sonuç doğurmaktadır⁶²⁵. Sırrın saklanmasında sır sahibinin yararı ile sırrın açıklanması halinde kamu yararı çatışma içindeyse, tercih edilecek olan kamunun yararidir⁶²⁶. Bu çerçevede, iş sırlarının toplumun bütününe veya resmi bir kurum gibi sınırlı bir bölüme açıklanmasının kamu yararına olması halinde, sırların açıklanması gerekmektedir⁶²⁷. Bu tespitler ışığında kamunun yararı işverenin yararından üstün olduğundan, işçinin işveren ya da işyeri hakkındaki bir hukuka aykırı durumu kamuya ya da üçüncü kişilere bildirmesi; sadakat borcuna aykırılık oluşturmayacaktır.

⁶²⁰ UŞAN Fatih, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Ankara 2003, 29; benzer yönde farklı tanımlar için bkz. SOYER Polat, Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK. 348-352), Ankara 1994, 53 (Rekabet Yasağı).

⁶²¹ DÖNMEZ Kazım Yücel, İşçinin Borçları, Ankara 2000, 200; SOYER, Rekabet Yasağı, 47.

⁶²² ERTAŞ, 54; TUNCAY, Sadakat, 1069; DÖNMEZ, 200.

⁶²³ LEWIS, Whistleblowing, 171.

⁶²⁴ UŞAN, 102.

⁶²⁵ LEWIS David/ELLIS Catherine Anne/KYPRIANOU Anne/HOMEWOOD Stephen, Whistleblowing at Work: The Results of a Survey of Procedures in Further and Higher Education, Education and The Law, Vol. 13, No. 3, 2001, 215-216.

⁶²⁶ LOCKTON Deborah, Employment Law, London 1994, 78; SMITH I.T/THOMAS Gareth, Industrial Law, 7. ed., London, Edinburg, Dublin 2000, 140.

⁶²⁷ SMITH /THOMAS, 140.

Türk Ceza Kanunu, bazı kimselere bazı durumlarda ihbar yükümlülüğü getirmiştir. TCK m. 278’de işlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçta yetkili makamlara bildirmeyen kişinin bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı; m. 279’da kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisinin, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı; m. 280’de görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubunun, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı; m. 281’de gerçeğin meydana çıkmasını engellemek amacıyla, bir suçun delillerini yok eden, silen, gizleyen, değiştiren veya bozan kişinin, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı; m. 283’te suç işleyen bir kişiye araştırma, yakalanma, tutuklanma veya hükmün infazından kurtulması için imkân sağlayan kimsenin, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı belirtilmektedir.

Uygulamada “whistleblowing”in üç sebeple yapıldığı görülmektedir. Sebeplerden ilki kişisel nedenler olup, bunlar kişinin etik ve erdeme bağlı olmasıdır. İkincisi organizasyonel nedenler olup, bunlar yüksek derecede kuruma bağlılık ve kurumsal vatandaşlık davranışının gelişmiş olmasıdır ki, bu da aslında etik bir sebep olarak karşımıza çıkmaktadır. Üçüncüsü durumsal nedenler olup, bunlar sadece belirli durumlarda ortaya çıkan kişilerarası çatışmalar ve kıskançlık gibi sebeplerdir⁶²⁸. Dolayısıyla whistleblowingin, kişilerarası çıkarlar sebebiyle de yapılması mümkündür. Ancak iyiniyetin esas olduğu prensibi çerçevesinde whistleblowingin çoğu zaman etik sebeplerle yapıldığını kabul ederek ve söz konusu kurumun korunarak işçilerin işyerindeki hukuka aykırılıkları korkmadan ifşa etmesinin teşvik edilmesinin temiz toplum için gerekliliğini dikkate alarak, whistleblowing kavramının Türkçe’ye “ahlaklı ihbar” olarak çevrilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz. Aynı esastan hareketle bilgiyi ifşa eden

⁶²⁸ AKTAN, 45.

kişi için kullanılan whistleblower kavramı için de “ahlaklı ihbarcı/ihbar eden” kavramını kullanmayı tercih edeceğiz.

2. Ahlaklı ihbar (whistleblowing) ile şikayet ve ihbar hakkı arasındaki ilişki

Ahlaklı ihbar, içsel ve dışsal olmak üzere iki şekilde ortaya çıkabilmektedir. İhbar edenin sahip olduğu bilgiyi doğrudan üstleriyle paylaşması içsel ahlaklı ihbar (internal whistleblowing); adli makamlar, polis, medya gibi diğer kişi ve kurumlarla paylaşması ise dışsal ahlaklı ihbar (external whistleblowing) olarak isimlendirilmektedir⁶²⁹. Mağdur; ahlaklı ihbar işlemi gerçekleştiren kişi (ihbar eden işçi) olabileceği gibi, organizasyon içi ve dışındaki kişiler ve hatta tüm toplum dahi olabilir⁶³⁰. Örneğin işyerinde üretilen ürünlerin sağlığa zararlı olduğunu öğrenen bir işçinin bu durumu amirlerine veya kamuya açıklaması halinde, ihbar eden kişi ürünleri kullanan biri olarak mağdur da olsa, üretilen ürünleri hiç kullananmayan biri de olsa yapılan ihbar, bir ahlaklı ihbardır.

Ahlaklı ihbar çeşitli konulara yönelik olarak yapılabilmeyle birlikte, çalışmamız açısından önem arz eden yanı, işçinin işyerinde iş sağlığı ve güvenliğini tehdit eden bir durum sebebiyle ahlaklı ihbarda bulunmasıdır.

İşçinin işyerinde iş sağlığı ve güvenliği ihlalinin olduğuna inanması halinde, durumu iş müfettişine ihbar ve şikayet hakkı bulunduğu (İşK. m. 92) hukukumuzda kabul edilmekle birlikte, ihbar eden kişinin davranışının karşılaştırmalı hukukta “whistleblowing” olarak kabul edilen kavramla örtüşüp örtüşmediği ve bunun etkileri üzerinde durmak gerekmektedir.

Türk hukukunda “whistleblowing” kurumunu açıkça düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak İşK. m. 18, özellikle hangi hallerin fesih için geçerli bir sebep teşkil etmeyeceğini açıkladığı 3. bendinde, mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını

⁶²⁹ AKTAN, 45; YILMAZ Emel Güler, Kurumsal İletişim ve Prensipere Dayalı Kurumla Uyuşmazlık Davranışı: Whistleblowing, <http://idc.sdu.edu.tr/tammetinler/yonetim/yonetim22.pdf>, 31.03.2012, 5.

⁶³⁰ AKTAN, 44.

takep için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmanın fesih için geçerli bir sebep olmayacağını belirtmiştir. Söz konusu hüküm, ahlaklı ihbar sürecini düzenlemediği, basına duyurma şeklinde gerçekleşen ahlaklı ihbarlardan söz etmediği ve daha da önemlisi şikayet ya da şikayete katılımı “işçinin kendi hakları” ile sınırladığı için ahlaklı ihbar sürecinde duyulan hukuki ihtiyacı karşılayacak nitelikte değildir. Bununla birlikte İşK. m. 18’in, şikayet veya devam eden bir şikayet sürecine katılımı geçerli fesih sebebi kabul etmeyerek işçilere bir koruma getirdiği de yadsınamaz⁶³¹.

158 sayılı ILO Sözleşmesinin 5/c bendi, işvereni şikayet etmek veya işveren aleyhine mevzuata aykırılık iddiasıyla başlatılmış sürece katılım veya işveren aleyhine idari makamlar nezdinde müracaatta bulunmanın fesih için geçerli bir neden sayılmayacağı hükmü ile şikâyeti “işçinin kendi hakları” ile sınırlamadığı için daha geniş kapsamlıdır. Bu çerçevede söz konusu hükümden yararlanma imkanı daha elverişlidir. Zira Anayasa m. 90/son gereği, usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası sözleşmeler kanun hükmünde olup, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerle kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası sözleşme hükümleri esas alınacak ve uluslararası sözleşmelerle ilgili olarak anayasaya aykırı oldukları iddiası ile anayasa mahkemesine başvurulamayacaktır⁶³².

İşçinin ahlaklı ihbarı ile ilgili olabilecek diğer hükümler ise işverenin haklı fesih hakkını düzenleyen 25. maddesinde yer almaktadır. İş Kanunu m. 25/II, (b)’de “işçinin, işveren hakkında haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması” işveren için haklı bir fesih sebebi olarak gösterilmiştir. Söz konusu hükümde dikkat çekici olan husus, işçinin sözlerinin asılsız olmasının gerekmesidir. Hükümün mefhumu muhalifinden çıkan sonuç,

⁶³¹ AYDIN, Bilgi Uçurma, 95. (Söz konusu makale eski İş Kanunu döneminde yazılmasına rağmen, ilgili maddeler 4857 sayılı Yasa ile örtüştüğünden, yazarın yorumları mevcut Kanunumuz için de aynen kabul edilmiştir).

⁶³² ESEN Emel/KAPLAN Hasan Ali, İşletmelerde Ahlaki Olmayan Davranışların Duyurulması (Whistleblowing), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 14, S. 2, 2012, 46.

ihbarın aslının olması halinde, işçiye yönelik feshin haksız olacaktır⁶³³. İşçinin şeref ve namusa dokunacak söz ve davranışları gibi şeref ve onur kırıcı asılsız ihbar ve isnatları da haklı fesih nedenidir. Hükümde sadece işveren ve bunların aile üyelerinin asılsız ihbar ve isnata maruz kalmasının haklı fesih sebebi oluşturacağı ifade edilmekle birlikte, işveren vekilinin böyle bir tutuma maruz kalması halinde de işverenin sözleşmeyi fesih yetkisinin bulunduğu kabul edilmelidir. İşçinin bu yöndeki tutumunun II. bendin başlığında yer alan ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallerin “benzeri” olarak kabul edilmesi uygun olmasına rağmen, Yargıtay bu durumu İşK. m. 25/II, (b) çerçevesinde değerlendirmektedir⁶³⁴. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, İşK. m. 25/II, (b)’nin uygulanması için işçinin asılsız ihbar ve isnatlarının “işveren veya ailesi hakkında” olması gerekmektedir birlikte, ahlaklı ihbar, işverenin sadece şahsına yönelik değil, işyerinin veya işyerinde üretilen ürünlerin iş sağlığı ve güvenliğine zararlı olması gibi işyerine yönelik ihbarları da kapsamaktadır. Buna karşın işveren vekili hakkında kabul ettiğimiz tutum, işyerinin veya işyerinde üretilen ürünlerin iş sağlığı ve güvenliğine zararlı olması gibi işyerine yönelik ihbarlar için de geçerli olmalıdır.

İş Kanunu m. 25/II, (e) ise “işçinin işverenin güvenini kötüye kullanmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması” halinde işverenin işçinin sözleşmesini haklı sebeple feshedebileceğini düzenlemiştir.

Öğretide sır konusu olan bilginin hukuka, genel ahlak ve adaba da aykırı olmaması gerektiği belirtilmekte ve iş sırrı kavramı, iş ve işyeri ile ilgili üçüncü kişiler tarafından bilinmeyen, kamuya mal olmamış ve aleniyet kazanmamış, ancak işyerinde çalışan sınırlı sayıda kişi tarafından bilinen, işverenin de başkaları tarafından öğrenilmesini istemediği, saklı kalmasında haklı bir menfaatinin bulunduğu, basitçe ve kolaylıkla öğrenilemeyecek her türlü bilgi olarak ifade edilmektedir⁶³⁵. Diğer taraftan işçinin sır saklama yükümlülüğü işverenin işi ile ilgili gizli bir bilgiyi yetkisiz kimselere açıklamaması yü-

⁶³³ SÜZEK Sarper, Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin 1998 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2000, 104.

⁶³⁴ SÜZEK, İş Hukuku, 699.

⁶³⁵ UŞAN, 23 vd.

kümlülüğü olarak kabul edilmekte⁶³⁶, sırdan söz edebilmek için, işverenin haklı bir menfaatinin (çıkarının) bulunmasının gerekmekte, meşru olmayan, suç teşkil eden, sahtekârlık olarak nitelendirilen ve yasalara aykırı menfaatler korunamamaktadır⁶³⁷. Bu sebeplerle sözkonusu hükümde yer alan ve “işverenin meslek sırlarını ortaya atmak” uygulanabilir nitelikte değildir⁶³⁸. Başka bir deyişle hüküm daha çok meslek sırlarının ifşasına ve genel olarak sadakat borcuna ilişkindir. Dolayısıyla bu hükmün de ahlaklı ihbar kurumuna ilişkin yasal düzenleme ihtiyacını tam olarak karşıladığı söylenemeyecektir. Ancak İşK.m. 25/II hükmünün sınırlayıcı nitelik taşıması ve hükümde sayılan hususlara benzer hallerin de haklı fesih sebebi sayılabilmesine ilişkin yapısı gereği, işçinin işverene ilişkin aslı olan isnat ve ihbarlar yanında, işyerine ilişkin isnat ve ihbarda bulunması halinde de korumadan yararlanacağı kabul edilebilecektir⁶³⁹. Dolayısıyla işçinin sözleşmesinin işverene ya da işyerine ilişkin yasa dışı veya etik olmayan bir durumu ihbar ettiği için feshedilmesi halinde, söz konusu fesih haksız bir fesih sayılacaktır. Buna karşın söz konusu hükümlerin hepsi sözleşmenin feshinden sonra işçinin korunmasına ilişkindir. Oysa ahlaklı ihbarda bulunduğu için sözleşmesi feshedilmeyip, kendisine ayırım yapılan işçilerin de korunması gerekmektedir.

İş Kanunu m. 5/III, işverenin biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye iş sözleşmesinin uygulanmasında veya sona ermesinde doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapılamayacağını düzenlemiş, genel bir hüküm getirmiştir. Oysa iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almadığı için işvereni şikayet eden işçinin ihtiyacı olan düzenleme, doğrudan şikayet hakkını kullanması sebebiyle işçiye eşit davranma borcuna aykırı davranılmamasına ilişkindir.

Görüldüğü üzere, işçinin ahlaklı ihbarda bulunması İş Kanunumuzda açıkça düzenlenmiş değildir. Ahlaklı ihbarda bulunan işçiler için hukukumuzda yukarıda kısaca bahsettiğimiz koruyucu nitelikte hükümler bulunmakla birlikte, İngiliz veya Amerikan hukuk-

⁶³⁶ UŞAN, 93.

⁶³⁷ UŞAN, 36, 101; DEMİR/DEMİR, 23.

⁶³⁸ ESEN/KAPLAN, 46.

⁶³⁹ AYDIN, Bilgi Uçurma, 95.

larında olduğu gibi ahlaklı ihbarcının açıkça ve ayrıntılı şekilde korunduğu düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Zira böylece ahlaklı ihbarda bulunmayı düşünen kişiler hukukun kendilerini koruyacağını bileceklerinden ahlaklı ihbarda bulunacakları zaman daha rahat olacaklar, bu da çalışmamızın ana hedefi olan iş sağlığı ve güvenliği ihlallerinin azaltılması yolunda önemli bir ilerleme sağlayacaktır.

§8. İŞÇİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNİ FESİH HAKKI

I. Genel Olarak

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması neticesinde sağlığı veya vücut bütünlüğü tehlikeye düşen işçiye - çalışmaktan kaçınma hakkı dışında- tanıdığı diğer hak, sözleşmeyi haklı nedenle fesih hakkıdır⁶⁴⁰. İSGK'da, çalışmaktan kaçınma hakkı başlığı altında, önce işçinin hangi hallerde ve ne şekilde çalışmaktan kaçınabileceği düzenlenmiş, ardından da iş sözleşmesiyle çalışanların, talep etmelerine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı durumlarda, tabi oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmelerini feshedebilecekleri belirtilmiştir (İSGK m. 13/4, c. 1).

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13/4, c. 1 hükmünden bir takım sonuçlar çıkartmak mümkündür. Bunlardan ilki işçinin ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaşması halinde, sözleşmesini feshetmeden önce gerekli tedbirlerin alınmasını talep etmesinin gerekmesidir. Daha açık bir deyişle işçi, iş sağlığı ve güvenliği bakımından ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalmış olması durumunda önce iş sağlığı ve güvenliği kuruluna, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep etmelidir. Ancak gerekli tedbirlerin alınmaması halinde sözleşmesini feshedebilecektir. Fesih hakkını kullanmadan önce İSGK m.13/4, c.1'de öngörülen usulü tamamlamalıdır⁶⁴¹. İşte bu

⁶⁴⁰ Bu haklar 4857 sK. döneminde de bulunmaktaydı (EYRENCİ, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 305; SÜZEK, İş Hukuku, 885; SOYER, Yeni İş Kanunu, 36; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI 1215; EKMEKÇİ, Yeni İş Yasası, 190-191; SERATLI, İş Sağlığı ve Güvenliği, 230).

⁶⁴¹ SEVİMLİ Ahmet, Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 36, 2013/1, 139.

noktada da işçinin burada başvurabileceği feshin hangi hükme dayanacağı üzerinde durulmalıdır. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunundan önce yürürlükte olan 4857 sK. m. 83/5, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun kararına ve işçinin talebine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı işyerlerinde, işçilerin İşK. m. 24/I numaralı bendine uygun olarak sözleşmelerini feshedebileceğini düzenlemiştir⁶⁴². İşçinin fesih hakkını kullanması için İşK. m. 24/I hükmüne başvurması ya da katıldığımız görüş doğrultusunda işçilerin İşK. m. 83'deki usule uymak zorunda olmaksızın sözleşmeyi çalışma şartlarının uygulanmaması sebebine dayanarak İşK. m. 24/II, (f) hükmü çerçevesinde feshetmeleri mümkündür⁶⁴³.

⁶⁴² Söz konusu 24. maddenin I numaralı bendi, işçinin sağlık sebepleri dolayısıyla iş sözleşmesini haklı nedenle feshine ilişkindir. İşK. m. 24/I, “(a)” ve “(b)” bentleri olmak üzere iki bentten oluşmaktadır. İşK. m. 24/I, (a)’da, “İş sözleşmesinin konusu olan işin yapılmasının işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olması halinde”, İşK. m. 24/I, (b)’de ise “İşçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut başka bir işçinin bulaşıcı veya işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulması” halinde işçinin iş sözleşmesini derhal feshedebileceği düzenlenmiştir. Öğretide bir görüşe göre İşK. mülga m. 83/5’in m. 24/I’e yaptığı yollama İşK. m. 24/I, (a)’ya yapılmıştır. Başka bir deyişle gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemi alınmaması nedeniyle işçinin fesih hakkı kural olarak, I. bendin (a) alt bendi kapsamında değerlendirilecekti (MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI 1222-1223; AKIN, III. Yılında İş Yasası, 323, 366; Seratlı ise İşK. m. 24/I’e yapılan yollamanın İşK. m. 24/I, a’ ya yapıldığı kanaatinde olduğunu zikretmemekle birlikte, açıklamalarını (a) bendi çerçevesinde yapmış, (b) bendine hiç değinmeyerek adeta yapılan atfın İşK. m. 24/I, a’ya yapıldığını kabul etmiştir (SERATLI, İş Sağlığı ve Güvenliği, 230-231). Katıldığımız görüş ise bu yönde bir ayrıma gitmeksizin atfın hem m. 24/I, (a) hem de m. 24/I, (b) hükmüne yapıldığını belirtmişti (AYDINLI, Kaçınma Hakkı, 25-26; aynı yazar, Sosyal Temas, 243-244). Bu görüşe göre İşK. m. 24/I, (b) çerçevesinde işçinin sağlık nedenlerine dayanarak yapacağı haklı fesih, işverenin doğrudan doğruya davranışı ile ilgili olmasa da, oluşan haklı nedenin önlenmesi işverenin elinde olması sebebiyle, İşK. m. 24/I’e yapılan yollama İşK. m. 24/I, (b) hükmünü de kapsamaktadır. Örneğin işverenin ya da orada çalışan başka bir işçinin, bulaşıcı ya da işçinin işiyle bağdaşmayacak ve tiksinti verici bir hastalığa yakalanması halinde, işveren hastalığı iyileşinceye kadar, kendisi yerine işveren vekilini ya da hasta işçi yerine başka bir işçiyi görevlendirebilir (AYDINLI, Kaçınma Hakkı, 25).

⁶⁴³ İş Kanunu mülga m. 83/5, işçilerin İşK. m. 24/I numaralı bendine uygun olarak sözleşmelerini feshedebileceğini düzenlemiştir. İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin maddelerin bulunduğu kısımda yer alan bu fesih hakkı dışında, işçinin genel olarak haklı nedenle feshini düzenleyen İşK. m. 24/II, (f) bendine göre de işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı bulunmaktadır. İşK. m. 83/5 ile İşK. m. 24/I’e yapılan yollamanın, İşK. m. 24/II, (f) çerçevesinde, çalışma şartlarının uygulanmaması sebebiyle, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmadığı gerekçesiyle işçinin sözleşmeyi haklı fesih imkanını ortadan kaldırıp kaldırmadığı tartışma konusu olmuştur. Zira sözleşmenin İşK. m. 24/II, (f) ve İşK. m. 83/5 hükümleri çerçevesinde feshinin hem şartları hem sonuçları birbirinden farklıdır. İşçinin İşK. m. 24/II, (f) çerçevesinde haklı fesih hakkını kullanması, İşK. m. 83/5 ile öngörülen usulden çok daha kolay olduğu gibi işçinin daha da lehineydi. Şöyle ki, İşK. m. 24/II, (f) çerçevesinde fesihte, işçinin sağlığını ve vücut bütünlüğünü tehdit eden yakın, acil ve hayati (şimdi yakın ve ciddi) tehlikenin varlığı gerekçesiyle iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvurmasına, kurul tarafından bu talebin olumlu karşılanmasına, işçinin talebine rağmen işverence gerekli tedbirin alınmamasına ve 6 iş günlük süreye uyulmasına gerek bulunmamaktadır. Diğer taraftan işçinin işverenden İşK. m. 26 çerçevesinde tazminat talep hakkı doğar.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13 ise İşK. mülga m. 83/5'den farklı olarak, iş sözleşmesiyle çalışanların, talep etmelerine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı durumlarda belirli bir kanun hükmüne (İşK. m. 24/I) dayanarak değil⁶⁴⁴, tabii oldukları kanun

Öğretide bir görüş, “haklı dahi olsa” işçinin 83. maddedeki şartları sağlamadan iş sözleşmesinin feshini “haksız fesih” olarak kabul etmekteydi (DEMİRCİOĞLU, Sorular, 290-291; AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENEN, 133; EKMEKÇİ, Yeni İş Yasası, 192; KESER, 91-92). Diğer görüş 4857 sayılı Kanunun mülga 83. maddesinde işçilerin sözleşmeyi haklı nedenle feshinin İşK. m. 24/I'e uygun olarak yapılacağı düzenlenmiş olmasının, işçilerin sözleşmeyi çalışma şartlarının uygulanmaması sebebine dayanarak İşK. m. 24/II, (f) hükmü çerçevesinde feshedemeyecekleri anlamına gelmeyeceğini belirtmişti (EYRENCİ, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 305; SÜZEK, İş Hukuku, 885; aynı yazar, İşçilerin Hakları, 618; AKYİĞİT, Şerh II, 2109; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 1218-1219; AKIN, III. Yılında İş Yasası, 323-324; SERATLI, İş Sağlığı ve Güvenliği, 231-232; BAYCIK, Maden İşçileri, 174; UÇUM Mehmet, Yeni İş Kanunu Seminer Notları, Eylül 2003, 92). Kanaatimizce de İşK. mülga m. 83/5 hükmünün varlığı, bir emredici kural olan İşK. m. 24/II, (f) hükmüne dayanarak işçilerin sözleşmelerini feshetme imkanı ellerinden almamaktaydı. Anayasa ve mevzuata uygun yorum yapıldığında, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmadığı bir işyerinde işçinin mutlaka belirli bir prosedürden geçerek değil, sözleşmenin derhal feshine yol açan ve uygulanması daha kolay olan hükme geçerlilik imkanı sağlanması gerekmektedir. İşK. m. 83'ün işçiye ancak yakın, acil ve hayati tehlikenin varlığı halinde başvuru imkanı tanıdığı, mesleki tehlikenin hayati olmasına rağmen yakın olmaması halinde işçinin korunmasız kaldığı düşünüldüğünde, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmadığı bir işyerinde sırf İşK. mülga m. 83'de yer alan prosedürden geçilmediği gerekçesiyle işçinin emredici hüküm olan İşK. m. 24/II, (f) hükmüne dayanarak yapmış olduğu haklı feshin, haksız fesih olarak kabul edilmesi ne Anayasanın ne iş mevzuatının ne de iş güvenliğinin korunması ilkesine uyacaktır (SÜZEK, İş Hukuku, 885-886; AKIN, III. Yılında İş Yasası, 324; SERATLI, İş Sağlığı ve Güvenliği, 230).

⁶⁴⁴ İş Kanunu m. 83/5, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun kararına ve işçinin talebine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı işyerlerinde, işçilerin İşK. m. 24/I numaralı bendine uygun olarak sözleşmelerini feshedebileceğini düzenlemiştir. Ancak İşK. m. 83/5 ile yaratılan bu özel fesih hali, İşK. m. 24/I'e bazı sınırlamaların getirilmesi halinde kullanılabilirdi. Öncelikle, işçinin fesih hakkını kullanabilmesi için Kanunun 83. maddesinde düzenlenmiş olan usullere uyması gerekirdi (AYDINLI, Kaçınma Hakkı, 24-25). Bu çerçevede işçinin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle kendisini tehlikede hissetmesi halinde sözleşmesini fesih hakkının doğması için iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması yeterli değildi. İşçinin sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati bir tehlikenin olduğu iddiasıyla iş sağlığı ve güvenliği kuruluna, kurul bulunmayan yerlerde işveren ya da işveren vekiline başvurması, başvurunun olumlu sonuçlanmasına ve işçinin talebine rağmen gerekli tedbirlerin alınmaması gerekirdi. Oysa işçinin bağımsız olarak İşK. m. 24/I çerçevesinde fesih hakkını kullanması halinde iş sağlığı ve güvenliği kurulu ya da işveren yahut işveren vekiline başvuru prosedürünü kullanması gerekmemektedir. İkinci sınırlama, işçinin İşK. m. 24/I'de fesih hakkının kullanımının hak düşürücü süreye tabi olmamasına rağmen, İşK. m. 83/5 ile işçinin fesih hakkını kullanması için altı iş günlük hak düşürücü süreye tabi tutulmasıydı (EYRENCİ, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 305; AYDINLI, Kaçınma Hakkı, 25). İş sağlığı ve güvenliği ile ilgili önlemler alınmaya kadar işçinin fesih hakkının devam etmesi ve hak düşürücü sürenin işlemeye başlamaması gerektiğinden söz konusu hüküm öğretide haklı olarak eleştirilmekteydi (SOYER, Yeni İş Kanunu, 36; SÜZEK, İş Hukuku, 887; aynı yazar, İşçilerin Hakları, 619; EKMEKÇİ, Yeni İş Yasası, 190, 204; AKIN, III. Yılında İş Yasası, 324; SERATLI, İş Sağlığı ve Güvenliği, 230; BAYCIK, Maden İşçileri, 175). Daha açık bir deyişle, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili önlemler alınmaya kadar söz konusu hak düşürücü süre işlemeye başlamayacağı ve önlemler alındıktan sonra tehlike ortadan kalkmış olduğundan işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi mümkün değildi. Bu sebeple söz konusu altı iş günlük hak düşürücü sürenin hükümden çıkartılması yerinde olacaktır. İşyerinde işçinin sağlığını ve vücut bütünlüğünü tehlikeye sokabilecek yakın, acil ve bir hayati tehlike devam ettiği sürece, işçinin sözleşmeyi fesih hakkının bulunduğu kabul edilmesi gerekmekte olup, altı iş günlük sürede fesih hakkını kullanmayan işçinin gerekli önlemler alınmadığı sürece çalışması beklenemeyeceğinden, bu noktada süre öngörülmesi isabetli değildi (ÇİL, 3146). İşK. m. 83/5 hükmünde m. 24/I'e yapılan yollama

hükümlerine göre iş sözleşmelerini feshedebileceklerini düzenlemiştir. Buna göre, işçiler İş Kanunu çerçevesinde sözleşmelerini feshedebileceklerdir. İşçilerin bir haklı fesih hükmü olan İşK. m. 24 çerçevesinde sözleşmelerini feshetmeleri mümkündür. Tespit edilmesi gereken husus ise işçinin 24. maddenin hangi bendini kullanabileceğidir. İşçilerin sözleşmelerini feshederken başvurmaları gereken hüküm, çalışma şartlarının uygulanmaması sebebiyle fesih hakkını düzenleyen İşK. m. 24/II, (f) olmalıdır. Çalışma şartları tabiri son derece geniş bir alanı kapsamakta olup, işçi ve işverenin tabi olduğu yasa, tüzük, yönetmelik, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi, iç yönetmelik vb. tüm iş hukuku

neticesinde ortaya çıkan bir diğer sınırlama, işçinin tazminat hakkının bulunmamasıydı (EKMEKÇİ, Yeni İş Yasası, 193; AYDINLI, Kaçınma Hakkı, 25). Oysa işverenin iş sağlığı ve güvenliğine aykırı davranışının İşK. m. 83/5 doğrultusunda İşK. m. 24/I'e göre değil de, çalışma şartlarının uygulanmamasını düzenleyen İşK. m. 24/II, (f)'ye dayandırılarak feshedilmesi halinde, İşK. m. 26/II gereği, işçinin karşı taraftan genel hükümlere göre tazminat talep edebilmesi mümkündür. İşçinin iş sözleşmesini İşK. m. 24/II dışında haklı nedenle feshetmesi halinde ise herhangi bir tazminat talep hakkı bulunmamaktaydı. İşçinin çalışmaktan kaçınma ve fesih hakkının kullanılması Bilim Komisyonu taslağında farklı hükümlere bağlanmışken, maddenin kanunlaşan metninde atfın İşK. m. 24/I'e yapılması ile işçinin İşK. m. 26/II'deki tazminat talebinin de önüne geçilmişti. Ancak öğretilde, işçinin İşK. m. 24/I, (a)'ya göre iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi halinde, işçinin zararı varsa, Borçlar Kanununun genel hükümlerine göre, TBK. m. 54-56 (BK. m. 46-47), zararının tazmininin talep edilebileceğinin kabul edilmesi gerektiği ifade edilmişti (SERATLI, İş Sağlığı ve Güvenliği, 230; BAYCIK, Maden İşçileri, 175). İş Kanununun 24. maddesinin I, (a) bendi, işin niteliğinden doğan bir sebeple işin yapılmasının işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olmasını aramaktadır. İşK. m. 83'ün düzenlediği fesih hakkı ise alınmayan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine ilişkindi (SÜZEK, İşçilerin Hakları, 619; EKMEKÇİ, Yeni İş Yasası, 192-193; AKIN, III. Yılında İş Yasası, 323, 366). İşin niteliğinden doğan hastalıkların çoğu zaman meslek hastalıkları oldukları görülmekteyken, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması, işin niteliğinden kaynaklanan bir sebep olarak kabul edilemeyecektir. Dolayısıyla işin niteliğinden kaynaklanan nedenler ile iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmamasından kaynaklanan nedenler birbirinden farklıdır. İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması durumu işin niteliğinden doğan bir sebep olarak düşünülemez. İşin niteliğinden kaynaklanan bir sebep dolayısıyla işçinin sağlık sebepleriyle iş sözleşmesini feshetmesi halinde, işveren tarafından her türlü iş sağlığı ve güvenliği önlemi alınmış olsa dahi, İşK. m. 24/I, (a) gereği işçinin sözleşmeyi haklı nedenle fesih hakkı bulunmaktadır. Örneğin boya imal eden bir işyerinde, mevzuatta öngörülen ve o andaki mevcut bilimsel ve teknolojik gelişmelerin olanak sağladığı bütün önlemler alınmış olmasına rağmen, alerjik astımı olan bir işçinin kimyasal maddelerle ve bunların keskin kokusu altında çalışmaya devam etmesi, işçinin sağlığı için tehlike oluşturması sebebiyle, işçi sözleşmeyi İşK. m. 24/I, (a)'ya dayanarak feshedebilecektir (SERATLI, İş Sağlığı ve Güvenliği, 231). İşin niteliğinden kaynaklanan aynı durumun bir başka işçinin sağlık ve yaşamını tehlikeye sokmaması halinde ise aynı sebep tehlike altında olmayan işçi için fesih gerekçesi olmayacaktır (AKIN, III. Yılında İş Yasası, 323). Başka bir deyişle işin niteliğinden kaynaklanan ve bazı işçiler için tehlike yaratan haller, işveren tarafından gereken iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması anlamına gelmemektedir (AKIN, III. Yılında İş Yasası, 323). Oysa işçiye sadece işin niteliğinden kaynaklanan tehlikeler için değil, alınmayan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinden doğan tehlikeler için de fesih hakkının tanınması gerekmektedir (SÜZEK, İş Hukuku, 886; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 1222-1223; DEMİRCİOĞLU, Sorular, 147-148; EKMEKÇİ, Yeni İş Yasası, 192-193; AKIN, III. Yılında İş Yasası, 324; SERATLI, İş Sağlığı ve Güvenliği, 230). Bu sebeplerle 83. maddenin işin niteliğinden kaynaklanan tehlikeyi fesih gerekçesi sayan m. 24/I hükmüne yaptığı yollama yerinde değildi (SÜZEK, İş Hukuku, 866; aynı yazar İşçilerin Hakları, 619; EKMEKÇİ, Yeni İş Yasası, 192-193; AKIN, III. Yılında İş Yasası, 323-324; SERATLI, İş Sağlığı ve Güvenliği, 230).

kaynaklarında yer alan hükümleri ifade ettiğinden, işçinin sağlığını ve yaşamını tehdit etmeyen bir ortamda çalışmasının sağlanması da bunun içinde yer almaktadır⁶⁴⁵. Ancak dikkat edilmesi gereken konu, işçinin İşK. m. 24/II, (f) hükmünü kullanması durumunda, İSGK m. 13/1’de öngörülen usule uymasının gerekip gerekmemesidir.

İş Kanunu m. 83’ün yürürlükte olduğu dönem gibi bugün de (İSGK. m. 13 çerçevesinde) işçinin İSGK m. 13/1’de öngörülen usule uymadığı durumlarda, İşK. m. 24/II, (f) bendi uyarınca işveren tarafından iş koşullarının uygulanmaması sebebine dayanarak iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi mümkündür⁶⁴⁶. Doğrudan İşK. m. 24 uyarınca fesih hakkının kullanımı için, işçinin ya ciddi ancak yakın olmayan bir tehlikeyle karşılaşması halinde olduğu gibi İSGK. m. 13/1’deki koşulların bulunmaması ya da kurul veya işverenin tehlikeden haberdar edilmesine/olmasına rağmen önlem alınmamış olması gerekmektedir⁶⁴⁷. Burada farklılık, işçinin İSGK. m. 13/I’deki koşulları sağladıktan sonra fesih hakkını kullanması durumunda, herhangi bir riskinin olmamasıdır. İşçinin İSGK. m. 13/I’deki koşulları sağlamadan sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi halinde ise mahkeme işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini eksiksiz aldığı kanaatine varırsa, yanlış değerlendirme yaptığı tespit edilen işçinin yaptığı fesih haksız bir fesihtir.

İşçinin sözleşmeyi feshi ile çalışmaktan kaçınma hakkı incelendiğinde, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması, iş hukukunun amacına daha uygundur. Zira, çalışmaktan kaçınma hakkının tercih edilmesi durumunda bir yandan sözleşme ayakta tutulurken, diğer yandan işveren iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaya zorlanır⁶⁴⁸. İşçinin sözleşmeyi haklı nedenle de olsa feshinde ise işçi hem işsiz kalır hem de sözleşmeyi kendisi feshettiği için ihbar tazminatı talep edemez⁶⁴⁹. Kaldı ki, bu durumda

⁶⁴⁵ SÜZEK, İş Hukuku, 885; aynı yazar, İşçinin Hak ve Yükümlülükleri, 618.

⁶⁴⁶ AKTAY/ARICI/SENYEN KAPLAN, 134-135; SEVİMLİ, 139.

⁶⁴⁷ SEVİMLİ, 139.

⁶⁴⁸ ENGİN, Kaçınma Hakkı, 86; SÜZEK, İşçilerin Hakları, 617.

⁶⁴⁹ SÜZEK, İşyeri Hekimliği, 156; CANIKLIOĞU Nurşen, İşçinin Çalışma Koşullarında Tek Taraflı Değişiklik Sözleşmeyi İşverenin Feshetmiş Sayılacağı, Sicil İş Hukuku Dergisi, S: 18, Haziran 2010, 110 (Tek Taraflı Değişiklik).

işverenin işçinin sözleşmeyi haklı nedenle feshinden etkilendiğini ifade etmek de güçtür. İşyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmadığı takdirde işçinin çalışmayacağına dair tehdidi, ancak iş gücü arzının yüksek olduğu ekonomik konjonktür ve savaş zamanlarında başarılı olabilecektir ki⁶⁵⁰, günümüz Türkiye'sinde bundan bahsetmek mümkün değildir. Bu sebeplerle işçi lehine olan çalışmaktan kaçınma hakkının işçiler tarafından daha fazla tercih edileceği düşünülmese de rağmen, uygulamada işçiler çalışmaktan kaçınma hakkını çok nadir kullanmaktadır. İşyerinde sağlık ve güvenliği tehlikeye düşen işçi sözleşmeyi haklı nedenle fesih hakkını tercih ettiğinde işini kaybetmekte ve ihbar tazminatından yoksun kalmaktadır. Ancak nispeten daha çok tercih edilen bu hak, işçinin en temel hakkı olan yaşama hakkının korunmasını sağladığından son derece önemlidir.

İşçinin İşK. m. 24 uyarınca sözleşmeyi haklı nedenle feshetmesi halinde, işçi sadece kıdem tazminatına hak kazanır. İhbar tazminatı ya da iş güvencesi tazminatı talep etme imkanı yoktur. Oysa öğretilerde bir görüşe göre diğer ülkelerde bu tür bir feshin işçinin feshi değil, işveren tarafından yapılmış bir fesih olarak nitelendirilerek işçinin hem kıdem hem ihbar hem de koşullarının varlığı halinde iş güvencesi tazminatı alması sağlanmakta, böylelikle işverenin kusuruna dayalı bir fesih gerçekleşmiş olmakla birlikte, işçi daha kapsamlı güvencelere kavuşmaktadır. Ülkemizde de bu yönde bir değişikliğe gidilmesi son derece yerindedir⁶⁵¹. Ancak öğretilerde farklı bir görüşe göre, bu sorun değişiklik feshi hükmü olan 22. madde ile çözüme kavuşturulmuştur. Bu görüşe göre İşK. m. 22 çerçevesinde işverenin işçinin çalışma koşullarını değiştirmesi halinde, işçi işverene bu koşulları kabul etmediğini bildirebilir. İşverenin değişikliğe ısrar etmesi halinde, sözleşme işçi tarafından değil, işveren tarafından feshedilmiş sayılır. İş sağlığı ve güvenliği koşullarının olumsuz yönde değişmesi halinde, işçinin bu yola başvurarak kıdem tazminatı yanında ihbar tazminatı da talep etmesi mümkündür. İşçinin

⁶⁵⁰ KAPLAN, Sorumluluk, 13.

⁶⁵¹ GÜZEL, İşyeri Hekimliği, 129-130.

iş güvencesi tazminatına hak kazanabilmesi için ise işyerinde 30 işçinin çalışmış olması gerekmektedir⁶⁵².

İşverenin değişikliğe ısrar etmesi halinde, sözleşmenin işçi tarafından değil, işveren tarafından feshedilmiş sayılması mümkün olmakla birlikte, her zaman işverenin fesih yaptığının kabulü mümkün olmayabilir. İşverenin söz ve davranışlarına fesih anlamı yüklenebiliyorsa durum daha nettir. Aksi halde işverenin davranışlarının objektif olarak değerlendirilmesi gerekir. İşverenin işçiyi feshe zorladığı durumlarda feshin işveren tarafından yapıldığının kabul edilmesi yerindedir. Nitekim Yargıtay'ın kararları da aynı yöndedir⁶⁵³. Buna karşın kanaatimizce ilk görüşün ifade ettiği gibi, bu tür bir feshin başkaca inceleme yapılmaksızın işçinin feshi değil, işveren tarafından yapılmış bir fesih olarak nitelendirilmesi yönünde bir değişiklik yapılması daha uygundur. Zira böyle bir değişiklik durumunda işverenin söz ve davranışlarına fesih anlamı yüklenemese de sözleşmenin işveren tarafından feshinin sonuçları uygulanacaktır.

Son olarak tehlike gerçekleşmeden başka bir deyişle iş kazasından önce dahi işçiye haklı nedenle derhal fesih olanağı tanıyan bir sistemde, tehlikenin gerçekleşerek işçinin iş kazasına uğraması halinde işçiye sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkının tanındığının kabulü evleviyet kuralının bir gereğidir⁶⁵⁴.

II. İşin Durdurulması Halinde İşçinin Haklı Nedenle Fesih Hakkı

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13/5'e göre bu Kanunun 25'inci maddesine göre işyerinde işin durdurulması hâlinde, bu madde hükümleri uygulanmaz. Dolayısıyla

⁶⁵² SÜZEK, İşyeri Hekimliği, 156.

⁶⁵³ CANIKLIOĞU, Tek Taraflı Değişiklik, 109-110.

⁶⁵⁴ SEVİMLİ, 139.

işyerinde işin durdurulması İSGK. m. 13 uyarınca çalışmaktan kaçınma hakkı olmadığı gibi işçinin iş sözleşmesini fesih imkanı da yoktur⁶⁵⁵.

İşçiye çalışmaktan kaçınma ve sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı tanıyan İSGK. 13. madde hükmünün işin durdurulması halinde işçi tarafından kullanılmayacağı yönündeki hüküm ilk etapta işçi aleyhine gibi gözükse de, uygulamada işçi aleyhine bir durum yaratmaz. Zira işyerinde iş durdurulmuşsa, işçi zaten işyerinde çalışmadığından tehlike altında değildir. Bu sebeple de çalışmaktan kaçınma ya da sözleşmeyi haklı nedenle fesih hakkına ihtiyacı yoktur. Kaldı ki, işin durdurulması halinde işveren, işsiz kalan çalışanlara ücretlerini ödemekle veya ücretlerinde bir düşüklük olmamak üzere meslek veya durumlarına göre başka bir iş vermekle yükümlüdür (İSGK. m 25/6).

III. İşverenin İşçisi Olmayan İşçilerin Haklı Nedenle Fesih Hakkı

Geçici işçilerin ve alt işveren işçilerinin fiilen çalıştıkları işyerinin işvereni ile aralarında bir iş sözleşmesi yoktur. Bu işçilerin iş sözleşmeleri sürekli ve asıl işverenleriyledir. Geçici işçilerin veya alt işverenin işçilerinin fiilen çalıştıkları işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması halinde, bu işçilerin iş sözleşmesini fesih hakkını hangi işverene karşı kullanabilecekleri önem arz etmektedir. Konu öncelikle geçici iş ilişkisi bakımından ardından da asıl işveren-alt işveren ilişkisi bakımından incelenecektir⁶⁵⁶.

Öğretideki bir görüşe göre geçici işçinin geçici işverenle arasında bir iş sözleşmesi bulunmadığı için geçici işçinin sözleşmeyi haklı nedenle feshetme imkanı yoktur. İşyerinde iş sağlığı ve güvenleri önlemleri alınmaması halinde, geçici işverenin tarafı olduğu geçici işçi verme sözleşmesine muhalif bir eylemi söz konusudur. Geçici işverenin bu yöndeki eylemi, geçici işçinin, sürekli işverenle arasındaki iş sözleşmesinin

⁶⁵⁵ Bu noktada İSGK. 'nın 4857 sK. döneminden farklı bir hüküm getirmediği belirtilmelidir (İSGK. m. 13/5 ve İşK. m. mülga m. 83/son).

⁶⁵⁶ Aşağıda yer verilen görüşler, 4857 sK. döneminde ifade edilmekle birlikte, yazarların gerekçeleri geçici işçi ile geçici işveren arasında iş sözleşmesinin bulunmamasına ve İşK. m. 7'ye dayandığı için burada aynen atıf yapılmıştır.

feshi için bir “haklı sebep” değildir. Geçici işçi bu durumda İSGK. m. 13’deki (İŞK. m. 83’deki) haklı sebeple iş sözleşmesini fesih hakkını kullanamaz; ancak çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir. Böylelikle sürekli işverenden kendisine tekrar iş verilmesini, aksi halde çalışmadığı halde ücretini talep edebilir. Bu ücreti geçici işçiye ödemek durumunda olan sürekli işveren bunu geçici işverene rücu edebilir⁶⁵⁷.

Geçici işçinin sürekli işverene fesih hakkını kullanamayacağı kanaatindeki bir başka görüş, geçici işverenin işyerinde işçinin sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati (şimdi yakın ve ciddi) bir tehlikenin ortaya çıkması durumunda, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun kararına ve işçinin talebine rağmen gerekli önlemlerin alınmaması halinde geçici işçinin, iş sözleşmesini derhal feshedemeyeceğini; zira ortaya çıkan tehlikede sürekli işverenin bir sorumluluğunun bulunmadığını, ancak işçilik alacaklarına ilişkin maddi sorumluluğunun bundan ayrı olduğunu ifade etmişti⁶⁵⁸.

Katıldığımız görüşe göre ise geçici işçinin geçici işverene değil; ancak sürekli işverene karşı fesih hakkını kullanması mümkündür. Şöyle ki, geçici işçilerin geçici işverenle aralarında klasik anlamda iş sözleşmesi bulunmadığı için geçici işverene karşı fesih hakkını kullanmaları imkansızdır. Ancak geçici ve sürekli işverenin müteselsil sorumluluğu çerçevesinde (İŞK. m. 7/3), müteselsil borçlulara karşı alacaklıların borca ilişkin taleplerde bulunma anlamında borçlulardan birine başvurabilmesi sebebiyle geçici işveren işçileri de aralarında iş sözleşmesi olan sürekli işverene karşı fesih haklarını kullanabilirler⁶⁵⁹. Bu yöndeki farklı bir görüş ise geçici iş sözleşmesinin temel amaçlarından birisinin iş sözleşmesinin sona ermemesi olduğunu, bu çerçevede işçiye böyle bir durum ortaya çıktığında doğrudan fesih hakkını tanımaktansa, işçinin öncelikle geçici iş ilişkisinin bitirilmesini iş sözleşmesinin tarafı olan sürekli işverenden talep edebileceğini kabul etmek ve söz konusu talebin sürekli işveren tarafından kabul

⁶⁵⁷ ODAMAN, Ödünç İş İlişkisi, 203.

⁶⁵⁸ KÖSEOĞLU Ali Cengiz, İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, İstanbul 2004, 230-231 (Kapanmanın İş Sözleşmelerine Etkisi).

⁶⁵⁹ AYDINLI, Kaçınma Hakkı, 26; TOPUZ, 493.

edilmemesi halinde ise geçici işçiye tanınan fesih için haklı bir sebebin varlığından bahsetmenin uygun olacağını, böylelikle iş sözleşmesinin tarafı olan sürekli işverene sözleşmenin sürdürülebilmesi açısından bir şans tanınması imkanı yaratılacağını belirtmişti⁶⁶⁰.

Asıl işveren ve alt işveren açısından durum değerlendirildiğinde, alt işveren işçilerinin de sözleşmelerini fesih hakkını, aralarında iş sözleşmesi bulunmadığı için, asıl işverene karşı kullanmaları mümkün değildir. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde asıl ve alt işverenin işyeri fiilen aynı yerdir. Alt işveren işçilerinin başında fiilen ve hukuken alt işveren bulunmaktadır. Asıl işverenin işyerinde çalışan alt işveren işçileri, işyerinde ortaya çıkan ve yaşamlarını tehdit eden bir durum karşısında alt işverene müracaat ederek, durumun düzeltilmesini isteme imkanına sahiptir. Bu çerçevede, alt işveren işçilerinin yaşamlarını tehdit eden bir durumla karşılaşmaları halinde asıl işverene değilse de işçiler kendi işverenleri olan alt işverene sözleşmelerini feshettiklerini bildirebilirler.

⁶⁶⁰ KESER, 93.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN YERİNE GETİRİLMEMESİ HALİNDE İŞVERENLERİN HAKLARI

Ş9. İŞÇİDEN ZARARIN KARŞILANMASINI İSTEME HAKKI

İş görme borcunun ihlali, borcun hiç ifa edilmemesi ya da kötü ifa edilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. İş görme borcunun yerine getirilmemesi, işçinin kusurlu olarak iş görmemesi, kötü ifa edilmesi ise işçi tarafından yerine getirilen edimin sözleşmeye uygun olmamasıdır. Daha açık bir deyişle, üretilen malın veya hizmetin hatalı olması, işin görülmesi için gerekli makine tesisat, araç ve gereçlerin özensiz kullanılması, bunlara ve işverenin malına zarar verilmesi ve benzeri haller kötü ifa sayılmaktadır⁶⁶¹. İfanın kötü olmaması, işçinin iş görme borcunu özenle yerine getirmesi ile doğrudan ilgilidir. 818 sayılı Kanunun 321. maddesi, işçinin özen borcunu düzenlemekteydi. Hükme göre işçi, taahhüt ettiği işi özenle yapmak zorundadır (f. 1). İşçi, kasıt veya ihmal ve dikkatsizlik ile işverene verdiği zarardan sorumludur; işçinin işe göstermesi gereken özenin derecesi, sözleşmeye göre belirlenir ve işçinin o iş için gerekli olan işverence bilinen veya bilinmesi gereken, işçinin eğitim ve bilgi derecesi, mesleki vukufu (kavrayışı, anlayışı), deneyimi, kabiliyeti, istidat (eğilimi) ve evsafı (nitelikleri) göz önünde bulundurulur (f. 2).

Yeni Türk Borçlar Kanunu ise eski Borçlar Kanunundan farklı olarak, özen borcu ve buna aykırılık halinde işçinin sorumluluğunu, aynı madde içinde değil de iki ayrı maddede düzenlemiştir⁶⁶². Özen borcunun düzenlendiği TBK. m. 396, 818 sK. m. 321'e paralel şekilde işçinin yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorunda olduğu şeklindedir. İşçinin sorumluluğunu

⁶⁶¹ SÜZEK, İş Hukuku, 353; SOYER, İş Görme, 119-120.

⁶⁶² Soyer, özen borcu, bu borcun ölçüsü ve işçinin sorumluluğunun aynı maddede kaleme alınması gerekmesine rağmen iki ayrı madde halinde düzenlenmiş olmasının sistematik açıdan yerinde olmadığını ifade etmiştir (SOYER Polat, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının "Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler, Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008, 153 (Armağan)); ayrıca bkz. CANIKLIOĞLU, TBK, 87-88.

düzenleyen 400. maddeye göre ise işçi, işverene kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumludur. Bu sorumluluğun belirlenmesinde; işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri göz önünde tutulur. Dolayısıyla işçilerin iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan önlemlere ve bunlara ait talimatlara uymaması halinde, işçi özen borcuna aykırı davranmış sayılacak ve kusuruyla işverene zarar veren işçi 818 sK. m. 321/II (TBK m. 400) uyarınca tazminat ödemek zorunda kalacaktır.

Türk Borçlar Kanunu, işçinin göstermekle yükümlü olduğu özenin derecesinin belirlenmesinde esas alınacak kriterler arasından iş sözleşmesini çıkarmıştır. Ancak eski Borçlar Kanununda olmayan bir kriter getirmiştir. Bu kriter işin tehlikeli olup olmamasıdır. Diğer taraftan, işçinin sorumluluğunun belirlenmesinde kişisel durumunun ve subjektif özelliklerinin dikkate alınacağına ilişkin temel esas yeni Kanunda da korunmuştur. 818 sK. m. 322’de yer alan işverenin denetimi altında bulunmaksızın parça başına yahut götürü iş üstlenen işçinin, malzemenin veya işin ifasından doğan sorumluluğu hakkında eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağı yönündeki düzenleme yeni Borçlar Kanununa alınmamıştır. Dolayısıyla işçinin bu halde de sorumluluğu TBK. m. 400’e göre belirlenecektir⁶⁶³.

Öğretide işçinin özen borcunun ölçüsünü belirlemede yeni bir ölçüt olarak getirilen “işin tehlikeli olup olmamasının” dikkate alınmasının yerinde olmadığı, kaynak kanunda, meslek rizikosunun da göz önünde bulundurulmasından bahsedildiği; her ne kadar Alman Hukukunda işçinin sorumluluğunu sınırlandırma yönündeki gelişmelerin, işin tehlikeli (ya da zarara yatkın) olup olmaması ölçütü dikkate alınarak başlatılmışsa da Alman Hukukunda hangi işlerin tehlikeli sayılacağı konusunda içinden çıkılmaz sorunlar yaşandığı ve işçinin sorumluluğu konusunda bu ölçütün zamanla terk edilerek veya en azından nispileştirilerek “özenli bir işçinin dahi ara sıra hata yapması olağan görülen işlerde işçinin hafif ihmalle verdiği zararlardan sorumlu tutulamayacağı; bu tip zararlar-

⁶⁶³ GÜNEŞ/MUTLAY, 248.

rın işletme rizikosuna dahil edilmesi gerektiği” noktasına gelindiği bildirilmiştir⁶⁶⁴. Özetle Tasarı ve Kanun hazırlanırken Alman Hukukundaki bu gelişmelerden yeterince yararlanılmaması ve terk edilmiş veya önemli ölçüde nispileştirilmiş bir kriter olan “işin tehlikeli olup olmaması” kıstasına itibar edilmesinin isabetli olmadığı üzerinde durulmuştur⁶⁶⁵.

Alman hukukunda işçinin sorumluluğu ile ilgili olarak en hafif ihmalle verilen zarardan işçi sorumlu olmayıp, normal ihmal halinde işçinin zarara katlanması gerekmektedir⁶⁶⁶. Hukukumuzda da işçinin hafif ihmalinin söz konusu olduğu hallerde, başka bir deyişle özenli bir işçinin dahi ara sıra hata yapmasının normal kabul edildiği zarara yatkın işlerde, bu tip kusurlar işletme riski sayılarak işçi sorumlu tutulmamalıdır⁶⁶⁷. İşçinin hafif ihmali dışında kalan ihmali halinde tazminatın belirlenmesinde, işçinin kusurunun derecesi ile birlikte işin tehlikeli olup olmaması, zararın yüksekliği, riskin sigorta edilebilirliği, işçinin işletmedeki konumu, ücretinin seviyesi, kıdemi, yaşı ve zarar verme anına kadarki davranışları dikkate alınmalıdır⁶⁶⁸. Ağır ihmalde ise işçi zararın tamamından sorumlu olmalıdır⁶⁶⁹.

İşçinin kötü ifa nedeniyle sorumluluğu, kusurlu davranmış olmasına, bu nedenle bir zararın ortaya çıkmasına ve kusurlu davranış ile zarar arasında bir illiyet bağının bulunmasına bağlıdır⁶⁷⁰.

İşçinin işi özenle yapıp yapmadığının belirlenmesinde etkili unsurlardan biri işçinin işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyup uymadığıdır. İşçinin iş sağlığı

⁶⁶⁴ SOYER, Armağan, 154; aynı yazar, Zarara Yatkın İşlerde İşçinin Sorumluluğu, Yargıtay Dergisi, Temmuz 1989, 386 vd.; aynı yazar Alman Hukukunda İşçinin Sorumluluğu ile İlgili Yeni Eğilimler, TÜHİS, Ağustos 1987, 27 vd.

⁶⁶⁵ SOYER, Armağan, 155; krş. SÜZEK, İş Hukuku, 355 ve DOĞAN YENİSEY Kübra, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu (Makaleler, Tebliğler), Derleyen: M. Murat İnceoğlu, İstanbul 2012, 306-307 (Hizmet Sözleşmesi).

⁶⁶⁶ SOYER, Armağan, 154.

⁶⁶⁷ SÜZEK, İş Hukuku, 355.

⁶⁶⁸ SOYER, Armağan, 154; aynı yönde SÜZEK, İş Hukuku, 355.

⁶⁶⁹ SÜZEK, İş Hukuku, 355.

⁶⁷⁰ SOYER, İş Görme, 129.

ve güvenliği önlemlerine uymaması ve işverenin talimatlarına karşı gelmesi neticesinde, iş sözleşmesinden doğan özen ve itaat borcuna aykırı davranarak işverenine zarar veren işçi, işverenin dava açarak tazminat istemesi halinde TBK. m. 400 (818 sK. m. 321/II) hükmü uyarınca tazminat ödemek zorunda kalacaktır⁶⁷¹.

Türk Borçlar Kanunu m. 400 ile her ne kadar işçinin kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumlu olacağı belirtilmişse de, 2. fıkrada sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin esaslar yer almaktadır. İşçinin sorumluluğunun sınırlandırılmasında dikkate alınması gerekli olan “işin ...uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri ölçütleri 818 sK’da öngörölmüş olan ölçütler gibidir. İşçinin iş görme borcunu yerine getirirken uyması gereken özen borcu, her somut olayın özelliğine göre değişir. İşçiden, uzmanlığı, eğitimi veya işveren tarafından bilinen ya da bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri dışında kalan ölçülerde bir özen beklenemez. Başka bir deyişle, böyle bir durumda işçi ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulamaz⁶⁷².

İşçinin iş sağlığı ve güvenliği yükümlölüklerini ihlal etmesi neticesinde meydana gelen tüm zararı tazmin etmesi gerekir. Bu zararın işveren yönünden kazanç kaybı şeklinde olması da mümkündür. Dolayısıyla işveren, kötü ifa nedeniyle yapmak zorunda olduğu fazla masrafları, hammadde giderlerini ya da üretimin durmasından doğan zararları tazmin ettirebilir⁶⁷³.

Tazminatın miktarı bakımından işverenin ortak kusurunun araştırılması gerekmektedir. Bir ortak kusurun varlığı tespit edildiğinde, tazminat borcunun kısmen veya tamamen ortadan kalkması mümkün olabilir. İşverenin ortak kusuru, öncelikle sözleşmenin kuruluşu sırasında ortaya çıkabilir. İşçinin ehliyetsizliğini işverenin bilmesi veya ihmali nedeniyle haberdar olmaması, bu konuda örnek olarak gösterilebilir. Aynı zamanda

⁶⁷¹ İREN Ertan, İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği Kurallarına Uyma Yükümlölüğü ve İhlali Halinde Karşılaşacakları Müeyyideler, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 3, Eylül 2006, 95 (Müeyyideler).

⁶⁷² SÜZEK, İş Hukuku, 354.

⁶⁷³ SOYER, İş Görme, 146’de dn. 637-638-639.

uygun iş araçlarının sağlanmaması, işçiye yapabileceğinden fazla veya yapamayacağı bir iş verilmesi, işçiye işin ifasının gerektirdiği açıklamalarda bulunulmaması da bu kapsamdadır⁶⁷⁴.

Kötü ifa nedeniyle söz konusu tazminat alacağının ücret borcu ile takası konusunda yeni TBK'nın farklı bir yol izlediği tespit edilmektedir. 818 sK. m. 333/2, kasden verilen zararlar bakımından takasın daima mümkün olduğunu kabul etmişken, hükmün karşılığı olan TBK. m. 407/2, işçinin kasten sebebiyet verdiği yargı kararıyla sabit bir zarardan doğan alacakların, ücretin haczedilebilir kısmı kadar takas edilebileceğini ifade etmek suretiyle, takas imkanını önemli ölçüde sınırlamıştır⁶⁷⁵.

§10. İŞVERENİN DİSİPLİN CEZASI UYGULAMA HAKKI

I. İşverenin Devamlı İşçileri Bakımından

1. Genel olarak

İş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine aykırı hareket eden işçiye uygulanabilecek diğer bir yaptırım disiplin cezası uygulanmasıdır. İş hukukunda işverenlere belirli koşulların varlığı halinde disiplin cezası verme imkanı tanınmakla birlikte, hukukumuzda işverenin disiplin cezası uygulama yetkisinin kapsamı, koşulları, sınırları, itiraz ve yargısal denetimi gibi hükümlere genel olarak yer verilmemiş, İş Kanunu ve Borçlar Kanunu konu ile ilgili bazı hükümler getirmiştir (İşK.m. 18/I, m. 25/II, m. 38, TBK. m. 20 vd.). Ancak iş mevzuatında yer alan bazı kurallar ve iş hukukunun ilkeleri ile genel hükümler ışığında disiplin cezalarının esasları belirlenmekte olup, toplu iş sözleşmelerine ve iç yönetmeliklere konulan hükümlerle birlikte bir disiplin hukuku oluşmaktadır⁶⁷⁶.

⁶⁷⁴ SOYER, İş Görme, 148'de dn. 646-647649.

⁶⁷⁵ Bu konuda bilgi için bkz. CANIKLIOĞLU, TBK, 99; SOYER, Armağan, 158.

⁶⁷⁶ SÜZEK Sarper, İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 28, 2011/I, 10 (Disiplin Cezaları); aynı yazar, İş Hukuku, 122-123.

Öğretide bir yazar Fransız Hukukundan esinlenerek disiplin cezasını “işçinin kusurlu davranışı sonucunda işyerindeki varlığını, kariyerini, görevini ve ücretini derhal ya da daha sonra etkileyecek şekilde işverence yapılan işlem” olarak tanımlamıştır⁶⁷⁷.

Disiplin suçunun iki temel özelliği bulunmaktadır. Bunlardan ilki, işçinin bir davranışta bulunması iken diğeri bu davranışın işveren tarafından hatalı kabul edilmesinin gerekmesidir. Bu noktada işçinin ancak bir davranışı disiplin suçunu oluşturabilmekte olup, mesleki veya fiziksel yetersizliklerinin disiplin suçu olarak kabul edilerek işçiye disiplin yaptırımını uygulanması mümkün değildir⁶⁷⁸. Diğer taraftan işçinin ancak hatalı davranışları disiplin suçu oluşturacağı için işçinin yaptığı davranışta kusurlu olması gerekmektedir⁶⁷⁹.

Disiplin cezasını uygulayacak işveren öncelikle böyle bir haklı nedenin varlığını araştırmalıdır. Zira, aksine özel bir düzenleme bulunmadıkça herkes iddiasını kanıtlamak zorundadır (TMK. m. 6). İşyeri düzenini ihlal eden ve dolayısıyla işyeri barışını bozan davranışların ispatı, bu davranışların gerçekleşmesinden dolayı kendi menfaatine sonuçlar çıkaran tarafa ait olup, genelde işyerlerinde disiplin cezası talebinde bulunacak olan ve işyeri düzeninin sağlanması amacıyla kendi yararına sonuç çıkaran taraf işverendir⁶⁸⁰. Bu yükümlülük, iş sözleşmesinden doğan işçiyi gözetme borcunun özel bir şeklidir⁶⁸¹. Ancak ortaya çıkan iddiaların işveren bakımından olayın araştırılmasını lüzumsuz kıldığı durumlarda, işverenin söz konusu yükümlülüğünden kurtulması mümkündür. Daha açık bir deyişle, işçinin disiplin suçunu gerektiren

⁶⁷⁷ ÖZDEMİR Erdem, İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, C.II, İstanbul 2001, 1255-1256 (Disiplin Cezaları).

⁶⁷⁸ ELBİR, 53.

⁶⁷⁹ SAYMEN, 205; SÜZEK Sarper, İş Hukukunun Genel Esasları, Ankara 1998, 165 (Genel Esaslar); aynı yazar, Yaptırımlar, 170; ÖZDEMİR, Disiplin Cezaları, 1256.

⁶⁸⁰ BAŞBUĞ, Disiplin Cezaları, 203.

⁶⁸¹ İşverenin araştırma ve inceleme yükümlülüğünün kapsamı hakkında bilgi için bkz. BAŞBUĞ, Disiplin Cezaları, 199.

hareketi işlediği işyeri topluluğunca konuşuluyor ve rahatsızlık işverene yansıtılıyorsa, artık disiplin suçunu işlemediğinin işçi tarafından kanıtlanması gerekecektir⁶⁸².

Uyarı, kınama, ücret kesintisi, işin ve işyerinin değiştirilmesi, geçici işten uzaklaştırma, işten çıkarma şeklinde karşımıza çıkan disiplin cezalarının⁶⁸³ uygulanmasının ön koşulu toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi niteliğindeki disiplin yönetmeliklerinde disiplin cezasının hukuki dayanağının bulunmasıdır⁶⁸⁴.

Doğrudan bir disiplin cezasını ele alan tek hüküm olan ve ücret kesintisi cezasını düzenleyen İş Kanununun 38. maddesi, işverenin toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmelerinde gösterilmiş olan sebepler dışında işçiye ücret kesme cezası veremeyeceğini belirtmektedir. İş Kanununun 102. maddesinin (b) bendi ise 38. maddeye aykırı olarak ücret kesme cezası veren işverenin idari para cezası ödeyeceğini hükme bağlamıştır. İş Kanununda düzenlenmiş olan ve bir diğer disiplin cezası niteliğindeki işten çıkarma (fesih) cezası, İşK. m. 18/I ile İşK. m. 25/II'de belirtilmiş olup, işverenin bu hükümlere aykırı olarak işçinin haklı veya geçerli nedenle sözleşmesini feshi mümkün olmayacaktır⁶⁸⁵. Diğer taraftan ücret kesme ve işten çıkarma cezaları dışındaki disiplin cezalarının uygulanabilmesi için iç yönetmelikte (personel yönetmeliğinde) veya toplu ya da bireysel iş sözleşmelerinde düzenlenmiş bulunmaları gerekmektedir. Bu hükümlere iç yönetmelikler-

⁶⁸² BAŞBUĞ, Disiplin Cezaları, 200.

⁶⁸³ Disiplin Cezalarının Türleri Hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ELBİR, 24 vd.

⁶⁸⁴ SÜZEK, İşçilerin Hakları, 620; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 1233. Disiplin cezaları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. BAŞBUĞ Aydın, Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Ankara 1999, 32 vd (Disiplin Cezaları); SÜZEK Sarper, İş Hukuku Yaptırımları, İş Hukuku Dergisi, C. III, S. II, Nisan-Haziran 1993, 168-172 (Yaptırımlar); aynı yazar, Disiplin Cezaları, 9 vd.; ÖZDEMİR Erdem, İşverenin Fesih Hakkının Disiplin Kuruluna Başvurma Zorunluluğu ile Sınırlandırılması, TÜHİS, Ağustos 1998, 8vd.; aynı yazar, Disiplin Cezaları, 1255 vd.; ELBİR Nazlı, Türk ve Fransız İş Hukuklarında Disiplin Cezaları, Ankara 2010, 5 vd. (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi).

⁶⁸⁵ İşçiye disiplin cezası verilebilmesi için işçinin kusurlu bir davranışta bulunması gerekmektedir. Bu durumda işçinin davranışına bağlanan yaptırım kanun gereği iş sözleşmesinin feshi olabilir. Ancak iş sözleşmesinin feshedildiği her durumda fesih sebebi, işçinin kusurlu davranışı değildir. Başkaca sebepler de işçinin sözleşmesinin feshedilmesine sebep olabilir. Dolayısıyla sözleşmenin sona erme nedenleri ile disiplin cezası olarak işten çıkarma yaptırımı işçinin kusurlu davranışı varsa örtüşmekte, yoksa birbirinden ayrılmaktadır. Örneğin işletme gerekleri sebebiyle fesihle sona erme nedeni işçinin kusurundan kaynaklanmadığından burada bir disiplin cezası olarak işten çıkarma yaptırımından bahsetmek mümkün değildir. İşçinin ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışlarının söz konusu olması halinde ise bir disiplin cezası olarak işten çıkarma yaptırımı bulunmaktadır.

de yer verildiği hallerde söz konusu düzenlemelerin TBK. m. 20 vd.'de yer alan ve daha önce incelenmiş olan genel işlem koşulları hükümlerine uygun bulunması zorunludur. Bu demektir ki, bir disiplin cezasının işyerinde düzenli ve sürekli bir biçimde uygulanarak işçileri bağlayabilmesi için işverence bir iç yönetmelik, toplu iş sözleşmesi ya da iş sözleşmesi ile önceden yazılmış ve işçiye bildirilmiş olması gerekecektir⁶⁸⁶.

İşçilere disiplin cezası uygulanmasının diğer koşulu, cezanın işyerinin düzenini ve disiplinini sağlamak amacıyla verilmesinin gerekmesidir. İşçinin bir hakkını kullanması ya da işyeri düzenini olumsuz etkilemeyen özel yaşamına ilişkin davranışları için işçiye disiplin cezası verilmesi mümkün değildir⁶⁸⁷. Diğer taraftan işçinin kusurlu olması da işçiye disiplin cezası verilmesi için gereken koşullar arasındadır. Bu noktada kusurun ağırlığı disiplin cezasının türünü belirleyecektir. Eğer disiplin cezasının dayandığı hukuki metinde kusurun belirli ağırlıkta olması aranıyorsa, bu yaptırımın uygulanabilmesi için kusurun adı geçen ağırlıkta olması gerekmektedir⁶⁸⁸.

İşçinin kusurlu olması gerekmele birlikte, cezanın işçinin kusuru ile orantılı olması da önem taşımaktadır. Fransız İş Kodunda bu durum açıkça düzenlenmiştir. Hüküm, iş mahkemelerinin, kusurla orantılı olmayan disiplin cezalarını iptal edebileceğini öngörmektedir (Fransız İş Kodu L. 1333-2). Cezanın suçla orantılı olup olmadığı disiplin cezasının yargısal denetiminde inceleme konusu yapılmakta olup, Fransız Hukukunda varılan bu sonucun hukukumuz için de geçerli kabul edilmesi yerinde olacaktır⁶⁸⁹. Zira işçiye hak ettiği kadar fazla bir ceza verildiği takdirde, işverenin disiplin cezası uygulama hakkı disiplin cezasıyla amaçlanan işyeri disiplinini koruyarak kaosu önlemek ve çalış-

⁶⁸⁶ SÜZEK, Disiplin Cezaları, 11.

⁶⁸⁷ SAYMEN, 206; SÜZEK, Yaptırımlar, 170; aynı yazar, Disiplin Cezaları, 11; aynı yazar, Genel Esaslar, 165.

⁶⁸⁸ SAYMEN, 206; SÜZEK, Yaptırımlar, 170; aynı yazar, Disiplin Cezaları, 11; ELBİR, 54 vd.

⁶⁸⁹ SÜZEK, Genel Esaslar, 166; ÖZDEMİR, Disiplin Cezaları, 1266.

ma barışını sağlamaya uygun biçimde değil, işçiye zarar verecek şekilde kullanılmış olacaktır⁶⁹⁰.

Disiplin cezası verilebilmesinin son koşulu ise kaynaklar hiyerarşisine göre daha aşağıda bulunan hukuk kaynağının, üstte bulunana göre daha ağır bir disiplin cezasını getirememesidir. Örneğin toplu iş sözleşmesi veya iç yönetmelikle getirilen disiplin cezasının iş yasası kurallarına göre işçi aleyhine olması mümkün değildir. Buna karşılık tersi, işçi lehine olduğundan, mümkündür. Örneğin İşK. 25/II uyarınca işten çıkarma yaptırımına yol açan bir disiplin suçuna, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi veya iç yönetmelikle daha hafif bir disiplin cezası getirilebilir⁶⁹¹.

İş mevzuatındaki hükümler dışında disiplin cezası verilebilmesi genelde toplu iş sözleşmeleri ile iç yönetmeliklere konan hükümler çerçevesinde mümkün olmaktadır. Uygulamada da toplu iş sözleşmeleri veya iç yönetmeliklere işçinin iş sağlığı ve güvenliği kurallarını ihlal etmesi halinde kademeli olarak hangi disiplin cezasının uygulanacağı, bu cezanın kim tarafından verilebileceği belirtilmektedir. Genelde toplu iş sözleşmelerine konulan hükümler ile disiplin cezalarının disiplin kurulları tarafından verilebileceği kararlaştırılmaktadır.

Disiplin cezaları bakımından önem arz eden başka bir husus, işçinin işlemiş olduğu disiplin suçundan dolayı birden fazla cezayla cezalandırılmaması gerektiğidir. Daha açık bir deyişle, kusurlu bir davranışı sonucu işçiye uyarı cezası verilmişse, aynı sebep dolayısıyla işçinin sözleşmesi feshedilirse, bu “haklı bir sebep” olarak ileri sürülemezdir⁶⁹².

Her ne kadar işverenin tek bir eylemden dolayı işçiye birden fazla disiplin cezası vermemesi gerekteyse de, aynı türden kusurlu hareketlerin tekrar edilmesi halinde, son

⁶⁹⁰ ELBİR, 56.

⁶⁹¹ SÜZEK, Disiplin Cezaları, 12.

⁶⁹² BAŞBUĞ, Disiplin Cezaları, 234; ÖZDEMİR, Disiplin Cezaları, 1266.

suçu cezalandırmak için işçinin önceki kusurlarının dikkate alınması mümkündür⁶⁹³. Toplu iş sözleşmesi uygulamasına bakıldığından da durumun aynı yönde olduğu görülecektir. Şöyle ki, işçinin disiplin suçunu tekrarlaması durumunda, disiplin ceza cetvelindeki bir üst cezanın uygulanması genel olarak kabul edilmektedir⁶⁹⁴. Fransız Hukukunda bu konuda önemli bir sınırlama bulunmaktadır. Buna göre işveren, üç yıl öncesi-ne ilişkin cezalandırılmış kusurları daha sonra vereceği bir ceza için dikkate alamaz (Fransız İş Kodu L 1332-5)⁶⁹⁵. Ülkemizde de toplu iş sözleşmeleri ile benzer yönde uygulamalar yapılmakta, disiplin cezalarının işçinin kusuru ile orantılı olarak işçinin sicilinden silinebilmesi imkanı ile birlikte bu süreler içinde işçinin yeni bir ceza almamış olma şartı getirilmektedir⁶⁹⁶.

İşverenin işçiye disiplin cezası verirken dikkat etmesi gereken diğer bir husus ise işverenin sahip olduğu yetkiyi dürüstlük kuralına ve eşit davranma ilkesine uygun olarak kullanmasıdır⁶⁹⁷. Hukukumuzda disiplin cezaları aracılığıyla ayrımcılık yapılması konusunda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, İş Kanununun 5. maddesinin bu konuda işletilmesi mümkündür. Hükümün 1. fıkrası “*iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz*” şeklinde olup, sayılan nedenlere dayalı olarak disiplin yaptırımını uygulamalarının da yapılamayacağı kabul edilebilir. Diğer taraftan maddenin 3. fıkrasında da işverenin “*biyolojik ve işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet ve gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem*” yapılamayacağı belirtilerek, işçiye iş sözleşmesinin şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde; dolayısıyla bunların kapsadığı disiplin cezalarının belirlenmesinde, uygulanmasında

⁶⁹³ LYON CAEN/PELISSIER, 461, ÖZDEMİR, Disiplin Cezaları, 1266’da dn. 36’dan naklen.

⁶⁹⁴ EŞMELİOĞLU İbrahim, İşyerlerinde Disiplin Kurullarının Oluşumu ve İşleyişi, Çimento İşveren Dergisi, Mayıs 1988, 21.

⁶⁹⁵ ÖZDEMİR, Disiplin Cezaları, 1267; ELBİR, 97.

⁶⁹⁶ ÖZDEMİR, Disiplin Cezaları, 1267. Bu konuda örnekler için bkz. EŞMELİOĞLU, 23.

⁶⁹⁷ TUNCAY Can, Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, 167; ÖZDEMİR, Disiplin Cezaları, 1267.

ve işten çıkarma cezasına başvurulmada, fıkroda söz edilen sebeplerle farklı işlem yapılamayacaktır⁶⁹⁸.

İş mevzuatımızda işverenin işçiye disiplin cezası vermeden önce savunma almasının gerekliliğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşın uygulamada toplu iş sözleşmelerinde disiplin cezası verilmeden önce işçinin savunmasının alınması gerektiğine ilişkin düzenlemeler eskiden beri yapılmaktadır. İşçinin savunmasının alınması gerektiğine dair toplu sözleşme hükümleri, 1995 tarihli bir Yargıtay kararı ile etkisiz kalmıştı. Söz konusu karara göre “TİS’deki hüküm uyarınca davacının savunmasının alınması gerektiği halde, alınmaması nedeniyle haksız olarak iş akdinin feshedildiği kabul edilmiş ise de, TİS’deki savunmanın alınmasıyla ilgili hüküm disiplin kurulunun çalışmasıyla ilgili bir hüküm olup, bir geçerlilik şartı değildir. Disiplin Kurulunca haklı olarak hizmet akdi feshedildiği savunulduğuna göre, bu savunma üzerinde durularak gerçekten bir ay içinde üç gün devamsızlığın gerçekleşip gerçekleşmediğinin tarafların delilleri de toplanarak araştırılması ve hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekir”⁶⁹⁹. Böylelikle Yargıtay, savunma alma işleminin disiplin kurulunun çalışmasıyla ilgili bir işlem olduğu ve buna uyulmamasının önemli bir eksiklik oluşturmayacağı sonucuna varmıştı⁷⁰⁰. Yargıtay’ın 1475 sK’nın yürürlükte olduğu döneme ait söz konusu kararı öğretide haklı olarak eleştirilmişti. Zira toplu iş sözleşmelerinin normatif hükümleri, herhalde yasalar gibi bağlayıcılığa sahip olup, feshi haklı kılan bir neden olsa dahi, savunma alınmadan yapılan fesih bildiriminin geçersiz kabul edilmesi gerekmektedir⁷⁰¹. Başka bir deyişle, eğer toplu iş sözleşmesine bir hüküm konmuş ise bu hüküm iptal edilene kadar hükme uyulmalıdır. Bu çerçevede, disiplin kurulunun savunma aldıktan sonra

⁶⁹⁸ ELBİR, 80-81.

⁶⁹⁹ Y9HD, 19.09.1995, E. 1995/8687, K. 1995, 26796, www.legalbank.net, 12.05.2012.

⁷⁰⁰ ÖZDEMİR Erdem, İşverenin Fesih Hakkının Disiplin Kuruluna Başvurma Zorunluluğu ile Sınırlandırılması, 11 (Disiplin Kuruluna Başvurma). Karar ve konu hakkında ayrıntılı inceleme için bkz. aynı yer.

⁷⁰¹ ERGİN Berrin, İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın 1995 Yılı İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul 1997, 56; ÖZDEMİR, Disiplin Kuruluna Başvurma, 11; aynı yönde BAŞBUĞ, Disiplin Cezaları, 222-223.

haklı nedenle iş sözleşmesinin feshine karar vereceği şüphesiz bile olsa işlemin korunmaması, feshin geçersiz sayılması gerekmektedir⁷⁰².

4857 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu bugün de Yargıtay'ın kararı benzer şekildedir. Yargıtay'ın 2008 tarihli kararına konu olayda, mahkemece TİS gereği yüz kızartıcı suç işleyenler hariç Disiplin Kurulu kararı olmadan hiçbir işçi işten çıkarılamaz hükmüne rağmen davacının disiplin kurulu kararı olmadan başkan oluru ile işten çıkarılması nedeniyle şekil koşulu yerine getirilmediği gerekçesiyle ilk derece mahkemesi tarafından işe iadeye karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir. Toplu iş sözleşmesinde Disiplin Kuruluna gidilme zorunluluğu bulunması durumunda, Disiplin kuruluna gitmeden feshin gerçekleştirilmesi halinde, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin uygulamasına göre fesih, haksız fesih haline geleceğinden işçi, ihbar ve kıdem tazminatı talep edebilecektir. Ancak, geçerli fesih nedenlerinin varlığı kanıtlanırsa Disiplin Kuruluna gidilmemiş olması feshi geçersiz hale getirmez. Çünkü söz konusu toplu iş sözleşmesi geçerli feshine ilişkin bir düzenlemede bulunmamıştır. Kararın dikkat çekici yanı, işverenin işçinin sözleşmesini fesih gerekçesinin geçerli nedene dayanmasıdır⁷⁰³.

Kanaatimizce tespit edilmesi gereken ilk husus, toplu iş sözleşmesi ile işverenin fesih hakkının sınırlanmasının mümkün olup olmadığıdır. İşverenin ne haklı ne geçerli nedenle fesih hakkı bireysel veya toplu iş sözleşmesiyle tümüyle kaldırılabilir. Hakkı aşırı derecede sınırlayıp onun özüne dokunan sınırlamaların getirilmesi de mümkün değildir. Ancak Yargıtay tarafından isabetli olarak belirtildiği üzere, işverenin hem süreli hem de haklı nedenle fesih hakkı toplu iş sözleşmesi ile sınırlandırılabilir⁷⁰⁴. Nitekim yukarıda yer verilen Yargıtay kararına konu olayda işverenin fesih hakkı toplu iş sözleşmesi ile sınırlanmıştır. İşverenin işçilerin sözleşmelerini feshetmeden önce konunun disiplin kurulunca değerlendirilerek, feshin uygun görülmesi gerektiği belirtilmiş, böylece işverenin tek başına fesih kararı almasının önüne geçilmek istenmiştir.

⁷⁰² ERGİN B., 56; ÖZDEMİR, Disiplin Kuruluna Başvurma, 11.

⁷⁰³ Y9HD, 29.06.2009, 2008/36286 E, 2008/18338 K, www.legalbank.net, 06.09.2013.

⁷⁰⁴ SÜZEK, İş Hukuku, 690.

Yargıtay'ın kararından anlaşıldığı kadarıyla, Yargıtay toplu iş sözleşmesindeki “Disiplin Kurulu kararı olmadan hiçbir işçi işten çıkarılamaz” hükmünü, iş sözleşmesinin feshinin haklı fesih sayılamayacağı; ancak geçerli fesih nedenlerinin bulunması durumunda, geçerli fesih sayılabileceği şeklinde yorumlamıştır. Dolayısıyla karara konu olayda toplu iş sözleşmesinde yer alan işverenin disiplin kurulu kararı olmadan işçiyi işten çıkartamayacağı hükmü herhangi bir fark yaratmamıştır. Yargıtay kararına konu olayda toplu iş sözleşmesinde Disiplin Kurulu kararı olmadan hiçbir işçi işten çıkarılamaz hükmüne rağmen, geçerli fesih nedenlerinin varlığı kanıtlandığından, fesih geçerli bir fesih kabul edilmiştir. Daha açık bir deyişle, toplu iş sözleşmesi hükmü olmasaydı da işverenin geçerli nedene dayalı fesihte bulunması halinde, geçerli fesih nedenlerinin varlığı kanıtlanırsa fesih geçerli bir fesih olacaktı. Toplu iş sözleşmesinin normatif hükmüne hiçbir değer tanımayan bu Yargıtay kararına katılmamız mümkün değildir.

2. Disiplin cezası verme yetkisi

Disiplin cezalarının işverence verilmesi esas olmakla birlikte, işverenin bu yetkisini işveren vekiline ya da bir kurula devretmesi mümkündür. Disiplin cezası verme yetkisinin kapsamı işveren tarafından belirlenebileceği gibi toplu iş sözleşmeleri ile de kararlaştırılabilmektedir⁷⁰⁵. Uygulamada işverenlerin yetkilerini disiplin kurulları olarak adlandırılan kurullara devrettiğine sıklıkla rastlanmakta olup, bu kurulların gerek oluşumu gerekse işleyişi konusunda toplu iş sözleşmeleri ile ayrıntılı hükümler düzenlenmektedir⁷⁰⁶.

Disiplin kurulları, fesih işlemlerinin azalması ve haksız fesihlerin önüne geçilmesi yönünde önemli adımlar atılmasına sebep olmakta, bu sayede işçiler yararına sonuçlar doğmaktadır. Toplu sözleşmelerin çoğunda oluşturulması öngörülen disiplin kurullarına işçilerin de katılması sebebiyle, disiplin cezalarının uygulanma yetkisi işverenin teke-

⁷⁰⁵ ÖZDEMİR, Disiplin Cezaları, 1270; örnekler için bkz. EŞMELİOĞLU, 21.

⁷⁰⁶ Disiplin kurullarının oluşumu ve işleyişi hakkında bilgi için bkz. ÖZDEMİR, Disiplin Kuruluna Başvurma, 9 vd.

linden çıkararak, keyfi uygulamaların önüne geçilmekte ve işçiler, üzerlerinde baskı yaratacak subjektif davranışlardan uzaklaştırılmaktadır⁷⁰⁷.

3. Disiplin cezalarının tebliği

İşveren, işveren vekili ya da disiplin kurulunun, disiplin cezasını işçiye yazılı olarak bildirmesi gerekmektedir. Bu bildirim yazılı yapılması bir geçerlilik şartı olmamakla birlikte, ispat açısından yazılı yapılmasında yarar bulunmaktadır.

İş Kanunu 38. maddesinde ücret kesme cezasını düzenlemiş olup, hükme göre işçi ücretlerinden ceza olarak yapılacak kesintilerin işçiye derhal sebepleriyle beraber bildirilmesi gerekmektedir. Böylelikle, işverenin yanılması veya keyfi davranmış olması ihtimaline karşı işçinin bir an önce itiraz etmesi sağlanmak suretiyle işçinin ücreti korunmaya çalışılmaktadır. İş Kanununun ücret kesintisi cezası ile getirmiş olduğu prensibin, diğer disiplin cezaları için de getirilmesi yerinde olacaktır⁷⁰⁸. Nitekim uygulamada toplu iş sözleşmeleri ile disiplin cezalarının ne şekilde tebliğ edileceği ile bu tebligatta disiplin cezasının verilme nedenlerinin açıklanması gerektiği sözleşme hükümleri ile benimsenmektedir⁷⁰⁹.

Disiplin cezalarından fesih bildirimleri açısından ise işçinin iş güvencesi kapsamı içinde olması halinde, fesih bildiriminin yazılı yapılması ve fesih nedeninin açık ve kesin şekilde belirtilmesi gerekmektedir. İşK. m. 18-21 hükümleri çerçevesinde fesih bildiriminin geçersiz sayılması mümkündür. İşçinin iş güvencesi kapsamı dışında olması halinde ise diğer tüm bildirimler gibi fesih bildiriminin ilgiliye yazılı olarak ve imza karşılığında yapılması gerekmektedir birlikte (İşK. m. 109), bu bir geçerlilik değil, ispat koşulu olarak hüküm doğurmaktadır. Haklı fesihler açısından ise İş Kanunu m. 26 çerçevesinde 24 ve 25. maddelerde gösterilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan fesih yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranış-

⁷⁰⁷ ÖZDEMİR, Disiplin Cezaları, 1272.

⁷⁰⁸ ÖZDEMİR, Disiplin Cezaları, 1273.

⁷⁰⁹ ÖZDEMİR, Disiplin Cezaları, 1273.

larda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten sonra sonra kullanılamayacak olup, buradaki 6 günlük süre, olayın disiplin kurulu kararına konu olması halinde, disiplin kurulu kararının feshe yetkili makam olan işverene bildirilmesinden itibaren başlar⁷¹⁰.

4. Disiplin cezalarının denetimi

Anayasanın 36. maddesi çerçevesinde herkesin yargı organları önünde hak arama özgürlüğünün bulunması ilkesinin bir sonucu olarak disiplin cezaları yargı denetimine tabidir. Nitekim Yargıtay da bu yönde hüküm kurmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu söz konusu kararlarından birinde "İşçinin her yönden özlük haklarını ilgilendiren disiplin cezasının iptaline ilişkin dava açma hakkının varlığının, aynı zamanda temel haklar arasında yer alan hak arama özgürlüğünün doğal sonucu" olduğunu belirtmiştir⁷¹¹. Bu noktada tarafların aralarında sözleşme yapmak ve önceden kabul etmek suretiyle verilen disiplin cezalarını kesin saymaları, bunlar hakkında yargıya gidilemeyeceğini kabul etmeleri mümkün olmayıp, bu yöndeki sözleşme hükümleri geçersizdir⁷¹².

Disiplin cezalarının denetiminde yargıcın öncelikle inceleyeceği husus işçinin disiplin cezasına konu olan eylemi gerçekleştirip gerçekleştirmediğidir. Yargıcın, işçinin söz konusu davranışta bulunduğunu tespit etmesi halinde, yargıç bu davranışın disiplin cezasını gerektirip gerektirmediği üzerinde durur. İşçinin disiplin cezasını gerektiren davranışı işlemesi, her zaman kendisine uygulanan disiplin cezasının hukuka uygun olduğu anlamına gelmemektedir. Zira daha önce belirtildiği üzere⁷¹³, disiplin cezasının oransallık açısından da hukuka uygun olması gerekmektedir. Fransız hukukunda, oransallık denetiminin işçinin kıdemi, daha önce işlediği kusurlu davranışlar, olayın niteliği dikkate alınmak suretiyle yapılacağı, disiplin cezasının öngörüldüğü düzenlemenin önem arz

⁷¹⁰ 1475 sayılı Yasa döneminde de ifade edilen aynı yöndeki görüş için bkz. ÖZDEMİR, Disiplin Cezaları, 1274.

⁷¹¹ SÜZEK, Disiplin Cezaları, 12'de dn. 19.

⁷¹² SAYMEN, 206; SÜZEK, Yaptırımlar, 171; aynı yazar, Disiplin Cezaları, 14; EŞMELİOĞLU, 22.

⁷¹³ 3. Bölüm, §X, I, 1.

etmediği ifade edilmektedir⁷¹⁴. Hukukumuzda da Fransız hukukundaki bu yaklaşım çerçevesinde hareket edilmesi yerinde olacaktır⁷¹⁵.

Disiplin cezası olarak kabul edilen fesih cezası ile çalışma koşullarında esaslı değişikliğe yol açacak cezalar, işçinin iş güvencesi kapsamında olup olmadığı ayrımı yapılmak suretiyle, İş Kanunundaki ilgili hükümler çerçevesinde denetime tabi tutulur. Buna karşın İş Kanunundaki herhangi bir maddeyle örtüşmeyen veya Kanunun 38. maddesinde yer alan ancak denetimi konusunda herhangi bir kural öngörülmemiş olan ücret kesme cezası için nasıl bir yargısal denetim yapılacağı önem taşımaktadır⁷¹⁶. İşçinin disiplin cezasına karşı yargısal denetime başvurabileceğine şüphe bulunmamakla birlikte, davanın ne tür bir dava olacağı ile mahkemenin vereceği kararın sonuçlarının nasıl etki edeceği, başka bir deyişle mahkemenin disiplin cezasının geçersizliğine karar verip veremeyeceği üzerinde durulmalıdır.

Yargıtay kararlarında ücret kesme cezasının hatalı olarak uygulanması halinde, cezanın haksızlığının tespiti ile kesilen ücretin işçiye geri ödenmesi gerektiğine hükmedilmektedir⁷¹⁷. Buna karşın, İş Kanununun 38. maddesi çerçevesinde “bir ayda iki günlük ücreti” aşamayacağı düzenlenen ücret kesme cezasının, toplu iş sözleşmesi ile daha fazla olarak kararlaştırılması halinde, toplu sözleşmenin bu yöndeki hükmü ve ilgili ceza geçersiz olmaktadır. Zira toplu sözleşmelerle getirilen normatif hükümler, yasaların emredici hükümlerine aykırı ve işçinin aleyhine oldukları durumlarda geçersiz sayılırlar⁷¹⁸. Elbette sözü edilen geçersizlik, toplu iş sözleşmesinin tamamı için değil, kısmi bir geçersizlik olarak hüküm doğurur.

Diğer disiplin cezaları açısından bakıldığında ise Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 1987 yılında verdiği bir kararda, ihtar cezasının geçersizliği ve iptaline ilişkin davanın

⁷¹⁴ LYON CAEN/PELISSIER, 467, ÖZDEMİR, Disiplin Cezaları, 1276’da dn. 70’den naklen.

⁷¹⁵ ÖZDEMİR, Disiplin Cezaları, 1276.

⁷¹⁶ ELBİR, 117.

⁷¹⁷ Y9HD, 11.03.1999, E. 1999/2830, K. 1999/5295, www.legalbank.net, 12.05.2012; Y9HD, 09.05.1996, E. 1995/35876, K. 1996/9868, ELBİR, 118’de dn. 69.

⁷¹⁸ SÜZEK, İş Hukuku, 81-82.

“eda davası” niteliğinde olacağı ifade edilmiştir. Kararda “...bir an için davanın eda niteliği taşımadığının kabulü halinde dahi gene durum değişmeyecektir. O halde bütün bu nedenlerle işçinin disiplin cezasına karşı gerek o cezanın öngörülen koşulları itibarıyla hakkaniyete aykırı olduğu ve gerekse o koşulların gerçekleşmediği iddiasıyla dava açılabilmesinin kabulü icab eder” anlatımına yer verilmiştir⁷¹⁹. Söz konusu karara ekli karşı oy yazısında ise idare hukukuna ilişkin ilkelerin kıyas yolu ile özel hukuk alanına uygulanamayacağı, tarafların objektif hukuk kuralları çerçevesinde kendi aralarında oluşturdukları kurullar aracılığıyla karara bağladıkları disiplin suçlarına karşı artık yargıda tespit ve iptal davası açamayacağı belirtilmiştir⁷²⁰. Görüldüğü üzere disiplin cezalarına karşı işçinin ne gibi bir taleple dava açabileceği konusunda Yargıtay net bir çözüm bulamamakla birlikte, bu durumda açılacak davanın eda davası kategorisi içinde değerlendirileceğini kabul etmiştir.

Öğretide Yargıtay kararına katılan bir görüşe göre, işçinin fesih ve maddi sonuç doğuran diğer cezaların yanında işçi için maddi bir kayba yol açmayan ihtar, uyarma ve kınama gibi cezalar için de dava açmasında hukuki yararı vardır. Ancak disiplin kurulunun idari nitelikte olması sebebiyle idare hukuku ilkelerinin kıyas yoluyla uygulanması suretiyle itiraz ve iptal davaları gibi bir dava türü yaratmaya gerek yoktur. Bu tür disiplin cezalarına karşı açılacak dava, diğer disiplin cezalarında olduğu gibi eda davasıdır. Burada işverenden ya da disiplin kurulundan ceza kararının geri alınması gerektiği şeklinde bir edada bulunulmasına karar verilir. Dava konusu bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediği ya da hakkaniyete aykırı şekilde gerçekleştiğinin belirlenmesi olmakla birlikte tespit davalarına konu olamaz. Zira tespit davaları bir hukuki ilişkinin var olup olmadığına ilişkin davalardır⁷²¹.

Aksi yöndeki görüş ise bu konuda açılacak bir davanın türünü net bir biçimde ortaya koyabilmenin yürürlükteki düzenlemeler bakımında kolay olmadığını, bir disiplin ceza-

⁷¹⁹ YHGK, 23.10.1987, E. 9-639, K. 790; aynı yönde Y9HD, 15.10.2001, E. 2001/16487, K. 2001/16094; Y9HD, 11.03.1999, E. 1999/2830, K. 1999/5295, ELBİR, 118’de dn. 72.

⁷²⁰ ÖZDEMİR, Disiplin Cezaları, 1276-1277.

⁷²¹ BAŞBUĞ, Disiplin Cezaları, 230-231.

sını tüm sonuçları ile ortadan kaldıran, iptaline ilişkin bir davayı tespit ya da eda davalarından çok, inşai davalar içinde düşünmenin mümkün olacağını, ancak bu durumda mahkemenin vereceği kararın tüm sonuçlarıyla birlikte disiplin cezasını ortadan kaldıracığını, başka bir deyişle bu cezayı iptal edeceğini ifade etmiştir⁷²². Ancak yazar inşai davaların numerus clauses (sınırlı sayıda olma) özelliği taşımaları ve disiplin cezalarına karşı açılacak davaların bu özelliğe sahip olmamaları sebebiyle disiplin cezalarına karşı açılacak davanın türü ve niteliğinin belirsiz kaldığını, bu sorunların Fransız Hukukunda olduğu gibi açık şekilde düzenlenerek çözülebileceğini, disiplin cezalarının mahkemelerce iptal edilebileceğinden söz etmenin uygun olmadığını belirtmiş; yürürlükteki düzenlemeler açısından bakıldığında ise bu noktada verilecek kararın işverenin yaptığı işlemi tüm sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldıran bir iptal kararı olamayacağını, sadece işverenin yaptığı işlemin hatalı olduğunun tespiti yolunda bir hüküm kurulabileceğini, elbette işçinin işverenin işlemi dolayısıyla bir zarara uğraması halinde, bu zararın giderilmesini bir eda davası ile talep edebileceğini belirtmiştir⁷²³.

Aynı doğrultuda olmak üzere farklı görüşlere göre ise hukuk sistemimizde bu yönde açık bir yasal düzenleme yer almadığı için işverenin verdiği disiplin cezasının iş mahkemesi tarafından iptali ve işvereni bir işlem yapmaya zorlayıcı nitelikte karar verilmesi mümkün değildir⁷²⁴. Nitekim Yargıtay da konuyla ilgili bir kararında “İş Hukukunda işverenin düzenleyici işlemlerde bulunmasını zorlayıcı nitelikte karar verilmesi olanağı yoktur. Mahkemece davacıya verilen ihtar cezası sonucu, terfi ettirilmeme işleminin hatalı olduğunun karar yerinde belirtilmesi ile yetinilmesi gerekirken, terfinin yapılması ve intibakının gerçekleştirilmesi şeklinde hüküm kurularak işverenin yönetim hak ve yetkisinin kısıtlanması veya ortadan kaldırılması, iş hukukunun ilkeleriyle bağdaşmaz” şeklinde hüküm kurmuştur⁷²⁵.

⁷²² ÖZDEMİR, Disiplin Cezaları, 1277.

⁷²³ ÖZDEMİR, Disiplin Cezaları, 1277-1279.

⁷²⁴ SÜZEK, İş Hukuku, 126; ELBİR, 120.

⁷²⁵ Y9HD, 14.05.1996, E. 1996/1014, K. 1996/10093, www.legalbank.net, 12.05.2012.

Buna karşılık Fransız Hukukunda ise işten çıkarmalar dışında, işveren tarafından verilen disiplin cezalarının yargı organı tarafından iptal edilebileceği iş yasasıyla hükme bağlanmıştır (CT. L. 122.43)⁷²⁶. Hukukumuzda da bu yönde bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır⁷²⁷.

II. İşverenin Devamlı İşçisi Olmayan İşçiler Bakımından

İşyerinde çalışmakla birlikte işverenin devamlı işçisi olmayan alt işveren işçileri ile geçici işçilere, işverenin disiplin cezası verip veremeyeceği konusu da öğretilerde tartışılmış, farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Konu, asıl işveren-alt işveren ilişkisi bakımından değerlendirildiğinde, görüşlerden ilki iş sağlığı ve güvenliği konusunda alt işverenin bağımsız bir işyeri bulunduğundan hareket etmenin normun koruma amacıyla bağdaşmadığını, asıl işverenin iş sağlığı ve güvenliği konusunda alt işveren işçilerine talimat verebileceğinin ve alt işveren işçilerinin buna uymak zorunda olduğunun ifade edilebileceğini, ancak asıl işverenin alt işverenin işçisine doğrudan disiplin cezası verme yetkisinden söz edilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Bununla birlikte asıl işverenin iş düzenini bozan işçiyi alt işverene bildirmek ve işçiye disiplin cezası uygulanmasını istemek imkanı bulunduğunu, alt işverenin gerekli cezayı vermemesi halinde, asıl işverenin asıl işveren-alt işveren ilişkisini sonlandırabileceğini eklemiştir⁷²⁸. Nitekim Yargıtay da verdiği kararlarında bu yönde hüküm kurmaktadır⁷²⁹.

Diğer görüş ise, alt işveren işçisinin işyeri düzenine ve davranış yükümlerine aykırı hareketi sonucunda, sözleşmenin ihlali hükümlerine göre aynı şekilde sorumlu olmasının mümkün olduğunu, alt işveren işçisine asıl işveren tarafından disiplin cezası uygulanabileceğini, sözleşmenin tarafı olmamasına ve fesih hakkı bulunmamasına

⁷²⁶ SÜZEK, İş Hukuku, 127.

⁷²⁷ SÜZEK, Disiplin Cezaları, 14.

⁷²⁸ ÇANKAYA Osman Güven/ÇİL Şahin, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 2.bası, Ankara 2009, 46; aynı yönde AYKAÇ, 242; ELBİR, 87.

⁷²⁹ Y9HD, 22.12.2008, E. 42355, K. 34683, ÇANKAYA/ÇİL, 103-105.

rağmen asıl işverenin, alt işveren işçisinin işyeri çevresinden çıkarılması cezası verebileceğini, bu itibarla sözleşmenin ifa edilmemesinin alt işverenle arasındaki sözleşmeye göre çözümleneceğini, ancak sözleşmenin tarafı olmadığından fesih hakkı bulunmayacağını ifade etmiştir⁷³⁰.

Asıl işveren ile alt işveren işçileri arasında iş sözleşmesi bulunmadığı için asıl işverenin alt işveren işçilerine disiplin cezası vermesinin mümkün olmadığı yönündeki ilk görüşe katılmaktayız. Şöyle ki, disiplin cezası verilebilmenin koşulları toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi niteliğindeki disiplin yönetmeliklerinde disiplin cezasının hukuki dayanağının bulunması, cezanın işyerinin düzenini ve disiplinini sağlamak amacıyla verilmesinin gerekmesi, işçinin kusurlu olması ve kaynaklar hiyerarşisine göre daha aşağıda bulunan hukuk kaynağının, üstte bulunana göre daha ağır bir disiplin cezasını getirememesidir. Bu noktada asıl işverenin toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi niteliğindeki disiplin yönetmeliğinde kendi işçileri dışındaki işçiler için kurallar öngörmesi ve aksi halde disiplin cezası yaptırımının uygulanması mümkün değildir. Zira hem toplu iş sözleşmeleri hem de iç yönetmelikler işverenin devamlı işçileri için geçerlilik arz etmektedir. Bu çerçevede asıl işverenin alt işveren işçilerine disiplin cezası uygulamasının hukuki dayanağı olmadığından asıl işverenin alt işveren işçisine disiplin cezası vermesi mümkün değildir. Diğer taraftan, öğretide de haklı olarak ifade edildiği gibi⁷³¹, asıl işveren iş düzenini bozan işçiyi alt işverene bildirip işçiye disiplin cezası uygulanmasını isteyebilir, alt işverenin gerekli cezayı vermemesi halinde ise asıl işverenin asıl işveren-alt işveren ilişkisini sonlandırması mümkündür.

İşverenin işyerinde çalışmakla birlikte, devamlı işçisi olmayan diğer grup ise geçici iş ilişkisi ile çalışan işçilerdir. Geçici iş ilişkisinin varlığı halinde, geçici işverenin yönetim hakkının disiplin cezasını kapsayacak nitelikte olup olmadığı da önem arz etmektedir. Öğretide işverenin yönetim hakkının işin görülmesi ile ilgili olarak koşulların belirlenmesi çerçevesinde kaldığı, disiplin cezası vermenin ise bunun dışına çıkan bir

⁷³⁰ BAŞBUĞ, Borç İlişkisi, 73, 78.

⁷³¹ ÇANKAYA /ÇİL, 46; aynı yönde AYKAÇ, 242; ELBİR, 87.

husus olduğu ve burada sürekli işverenin yetkisinin devreye gireceği belirtilmiştir⁷³². Aynı yönde olmak üzere başka bir görüş, işçinin geçici işyerindeki düzene uymayan davranışlarına karşı, geçici işverenin işçinin sürekli işvereninden disiplin cezası uygulanmasını isteyebileceğini ve kendisinin bir zarara uğraması halinde genel hükümlere göre bunun tazminini talep etmesinin mümkün olduğunu ifade etmiştir⁷³³. Farklı bir görüşe göre ise, geçici işveren disiplin cezası olarak iş sözleşmesini feshedemez, ancak yönetim hakkının sahibi olmakla orada bir düzen sağlayacak yaptırımları uygulayabilir⁷³⁴.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde ifade ettiğimiz üzere, geçici iş ilişkisinde de geçici işçinin sürekli işverenin devamlı işçisi olmaması sebebiyle toplu iş sözleşmesi ya da disiplin yönetmelikleri ile geçici işçilere disiplin cezası uygulanacağını kabul edilmesi mümkün olmayıp, disiplin cezası vermenin ön koşulu olan hukuki dayanak unsuru gerçekleşmediğinden, sürekli işverenin geçici işçilere disiplin cezası vermesinin mümkün olmadığı yönündeki görüşe katılmaktayız⁷³⁵.

§11. İŞVERENİN İŞ SÖZLEŞMESİNİ FESİH HAKKI

I. Genel Olarak

İşverenlerin işyerinde iş sağlığı ve güvenliğini tesis yükümlülükleri olduğu gibi, işçilerin de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uyma yükümlülüğü bulunmaktadır (İSGK. m. 19). İşçilerin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine aykırı hareket etmesi, verilen önlemlere uymaması ya da yapılan eğitimlere haklı bir mazereti olmaksızın katılmaması nedeniyle işyerinde iş güvenliğini tehlikeye düşürmeleri işverenin işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshine yol açabileceği gibi, iş güvenliğini tehlikeye düşürecek ağırlıkta olmamakla birlikte, işçilerin iş sağlığı ve

⁷³² CANIKLIOĞLU, Geçici İş İlişkisi, Soru-Cevap Tartışma, 166.

⁷³³ ELBİR, 88.

⁷³⁴ SÜZEK Sarper, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, Legal Vefa Toplantıları (II), 2. Oturum (Soru-Cevap-Tartışma), İstanbul 2008, 160 (Soru-Cevap-Tartışma).

⁷³⁵ CANIKLIOĞLU, Geçici İş İlişkisi, Soru-Cevap Tartışma, 166; ELBİR, 88.

güvenliği kurallarını ihlal etmeleri halinde sözleşmeleri geçerli nedenle de feshedilebilir⁷³⁶.

II. İş Sağlığı ve Güvenliği Kurallarına Uyulmaması Halinde İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı

1. İşçinin iş sağlığı ve güvenliğini tehlikeye düşürmesi veya işyerindeki malları zarara uğratması

a. İşçinin iş sağlığı ve güvenliğini tehlikeye düşürmesi

İş Kanunu m. 25/II, (1)'ya göre, işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin⁷³⁷ malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması, işverenin sözleşmeyi haklı nedenle fesih gerekçesidir. Söz konusu fesih hakkının 1475 sayılı Kanun m. 17/II, (h)'de de aynı yönde olduğu; ancak o dönemde işçinin verdiği zararın otuz günlük değil, on günlük olmasının haklı fesih için yeterli kabul edildiği belirtilmelidir⁷³⁸.

İş Kanunu m. 25/II,(1) ile işverene tanınan haklı fesih imkanı, işçinin özenle işgörmeye borcunun bir neticesidir⁷³⁹. İş savsaklamak, işi ihmal etmek anlamında olup, işle ilgili olası tehlikeleri haber vermeme, işe gereken özeni göstermeme gibi daha çok eylemsizlik içeren bir davranıştır. İşçinin iş sözleşmesinden doğan temel borcu olan işgörmeye borcu, işin zamanında ve söylenen yerde yapılması yanında işin özenle yapılmasını da kapsamaktadır (TBK m. 396-818 sK. m 321/I). 818 sK. m. 321/II, işçiye düşen özen borcunun sınırının; sözleşmeye göre belirleneceğini, işçinin o iş için gerekli olan bilgi derecesi ve mesleğindeki yeteneği ile ehliyet ve niteliklerinin özen borcunun

⁷³⁶ AKYİĞİT, Şerh II, 2110; İREN, Müeyyideler, 95.

⁷³⁷ İşyerinin malı olan veya malı olmayıp eli altında bulunan makineler, tesisat ve başka eşya ve maddeler ile kastedilenin “işyerine ait” değil, “işverene ait” şeklinde anlaşılması gerektiği, zira sadece gerçek veya tüzel kişilerin hak sahibi olabileceği ve işyerinin kişi olmadığı hakkında bkz. YILMAZ Halil, İş Sözleşmesinin İşverenin Malvarlığına Zarar Verilmesi Nedeniyle Feshi, Legal İHSGHD, S.23, İstanbul 2009, 997.

⁷³⁸ Bu çerçevede maddenin yorumlamasına ilişkin hususlarda 1475 sayılı Yasa döneminde ifade edilen görüşler mevcut yasa için de geçerli kabul edilerek çalışmamızda dikkate alınmıştır.

⁷³⁹ NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, 376-377.

sınırlarının saptanmasında dikkate alınacağını düzenlemişken⁷⁴⁰, yeni TBK m. 400’ de bu sorumluluğun belirlenmesinde sözleşmenin değil, işin tehlikeli olup olmamasının, uzmanlığının ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve niteliklerinin göz önünde tutulacağı ifade edilmiştir⁷⁴¹.

İşçinin sorumluluğunun belirlenmesi kriterleri arasında yer alan “işin tehlikeli olup olmaması”, “zarara yatkın iş” olarak nitelendirilebilecek işlerde işçinin hafif ihmali ile verdiği zararlardan sorumlu tutulamamasını ve bunların işletme rizikosuna dahil olmasını sağlayabilmektedir. Ancak işçinin hafif ihmalle verdiği zarar nedeniyle şartları varsa İşK. m. 25/II, (1) çerçevesinde iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilebildiğinden; işçinin tazmin yükümlülüğünün bulunmadığı bir durum, iş sözleşmesinin haklı fesih nedeni olabilmektedir. Bu durum ise işçinin hafif ihmalle verdiği zararın bile iş sözleşmesinin haklı feshine yol açabilmesine ilişkin eleştirilere⁷⁴² yenisini ekler niteliktedir. Dolayısıyla her somut olayda TBK. m. 400 ile İşK. m. 25/II, (1) hükmü bağdaştırılarak değerlendirilmelidir⁷⁴³.

İş Kanunu m. 25/II, (1)’da, işin güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi ile belirli koşullar altında işverene zarar verilmesi fesih nedeni olarak gösterilmiştir. İşin güvenliğini tehlikeye sokacak hareketlerin neler olduğu; kanunlar, yönetmelikler ya da işyerinde işçinin görebileceği yerde asılı bulunan dahili talimatnamelerle, bazen de örflerle belirlenir⁷⁴⁴.

İşin güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi başlı başına bir haklı fesih sebebi olarak düzenlendiğinden, zarar şartı bulunmamaktadır. İş güvenliği açısından tehlike

⁷⁴⁰ ODAMAN Serkan, İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, Ankara 2003, 188 (Fesih).

⁷⁴¹ Bu konu için bkz. 3. Bölüm, § 9.

⁷⁴² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 776; AKYİĞİT Ercan, Kıdem Tazminatı, Ankara 2010, 448; ODAMAN, Fesih, 194.

⁷⁴³ DOĞAN YENİSEY, Hizmet Sözleşmesi, 306-307.

⁷⁴⁴ ODAMAN, Fesih, 191.

yaratılması veya bir zarar doğması ihtimalinin bulunması yeterlidir⁷⁴⁵. Tehlike veya zarar doğması ihtimalinin yaratılması için de işçinin kendi isteği veya savsaması yeterli görülmüş olup, maddede savsama yer aldığına göre, iş güvenliğinin tehlikeye düşürülmesinde ağır ihmalin gerçekleşmesi gerekmemektedir⁷⁴⁶. İşçinin kusurlu davranışı yeterli olup, kusurun derecesinin önemi yoktur. Bu sebeple işçi kasıt ve ağır ihmali yanında ihmali, hafif ihmali, hatta pek hafif ihmali ile işin güvenliğini tehlikeye düşürmüştü de fesih hakkı doğar. Ancak işçinin hiçbir kusurunun bulunmadığı durumlarda, iş sözleşmesinin bu hüküm uyarınca feshi mümkün değildir⁷⁴⁷.

Denetim ve gözetim görevi, işverenin genel yükümlülüğünün içinde yer almaktadır. İşçilerin iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyup uymadığını işverenler sürekli denetlemelidir. Bu denetim görevini kendileri yapabileceği gibi vekil tayin ederek de yerine getirmeleri mümkündür. Bu denetimler sırasında alınan tedbirlere yapılan ihtara rağmen uymadığı saptanan işçilerin sözleşmeleri haklı sebeple feshedilebilir⁷⁴⁸.

İşçinin yaptığı hareketin iş güvenliğini tehlikeye düşürüp düşürmediğini tespit için somut olayın özelliği kendi içinde dikkate alınır. Burada önemli olan tehlikenin objektif olarak mevcut olup olmadığıdır⁷⁴⁹. Örneğin işyerinde temizlik ve çay servisinde görevli işçinin hastalığı nedeniyle uyumuş olması işin güvenliğini tehlikeye düşürecek bir eylem olarak kabul edilemezken⁷⁵⁰, baraj inşaatının dinamit deposunda bekçilik yapan işçinin uyuması iş güvenliğini tehlikeye düşürür bir davranıştır⁷⁵¹.

⁷⁴⁵ OĞUZMAN, 68; Y9HD, 02.11.2004, 2004/1834, 2004/24692 ve Şahlanan'ın incelemesi için bkz. Tekstil İşveren Dergisi, S. 307, Temmuz 2005, 39-40.

⁷⁴⁶ KAPLAN Emine Tuncay, İşverenin Fesih Hakkı, Ankara 1987, 161 (Fesih Hakkı).

⁷⁴⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 775; SAVAŞ Fatma Burcu, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, Aralık 2012, 123.

⁷⁴⁸ DEMİR Fevzi, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası 5, İşverenin Genel Yükümlülüğü, <http://www.gozlemgazetesi.com/yazarlar/prof-dr-fevzi-demir/1142-is-sagligi-ve-guvenligi-yasasi-5-isverenin-genel-yukumlulugu.html>, 05.05.2013.

⁷⁴⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 776.

⁷⁵⁰ Y9HD., 09.05.2006, E. 2005/35025, K. 2006/13120, ÇİL, Şerh, 1846; SAVAŞ, 124'de dn. 708.

⁷⁵¹ Y9HD., 30.10.2002, E. 2002/5385, K. 2002/20192, ÇİL, Şerh, 1846; SAVAŞ, 124'de dn. 709.

İşçinin iş sağlığı ve güvenliğini tehlikeye düşürmesine ilişkin ihlalle ilgili karşılaşılan en yaygın örnek işçinin sigara içilmemesi gereken yerde sigara içmesidir. Yargıtayın konuyla ilgili bir kararında, işçinin sigara içilmesi yasaklanmış bölgede sigara içmesi üzerine sözleşmesi işveren tarafından haklı nedenle feshedilmiştir. Bu noktada önem arz eden husus, işçinin bu davranışının kendi isteği veya savsaması ile iş güvenliğini tehdit edip etmediğidir. Karardan anlaşıldığı üzere, işyeri çeşitli tarihlerde yangın olaylarının yaşandığı ve yangın riskinin büyük olduğu bir işyeridir. İşçinin sigara içtiği alanda parlayıcı madde bulunmamakla birlikte, sigaranın yakınlarındaki straförlerin bulunduğu bölüme atılması durumunda yangın tehlikesi olabilecektir. Yine davacının sigara içtiği yerin yakınlarında gaz odası bulunmaktadır. Bu çerçevede işçinin işverence tahsis edilen bölüm dışında ve yangın tehlikesi taşıyan bir bölgede sigara içmesi Yargıtayın da isabetli olarak hükme bağladığı üzere bir haklı fesih nedenidir⁷⁵².

İşçinin iş güvenliğine aykırı davranışı sonucu doğabilecek zararın üçüncü kişilere değil de bizzat işçinin kendisine yönelik olduğu durumlarda işverenin işçinin sözleşmesini haklı nedenle feshedip edemeyeceği önem arz eder. Örneğin kurşun zehirlenme olasılığı yüksek bir işyerinde, işçinin maskeli olarak çalışması gerektiği halde maske takmaması, işveren açısından haklı bir fesih sebebidir⁷⁵³. Nitekim Yargıtay bir kararında aynen şu ifadeleri kullanmıştır: “Somut olayda, şoför olarak çalışan davacı işçiye davalı işveren tarafından iş güvenliği eğitimi kapsamında; emniyet ve kaza önleme tedbirleri, sürüş teknikleri, emniyet kemeri takma zorunluluğu ve önemi ile ilk yardım konularında yazılı ve uygulamalı eğitimler verildiği anlaşılmaktadır. Feshe konu olan olayda davacının emniyet kemeri takmadan araç kullandığı tespit edilmiş ve davacı yazılı olarak uyarılmak istenmiş, ancak davacı uyarıyı imzalamaktan ve almaktan imtina etmiştir. Bu nedenle davalı işveren tarafından davacının iş sözleşmesi İş Kanununun 25/II-h-i maddesi uyarınca derhal sona erdirilmiştir. Davacı, Karayolları Trafik Kanunu’nda emredici olarak düzenlenen emniyet kemeri takma zorunluluğuna aykırı hareket etmiştir. Bu davranış aynı zamanda iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin kurallara da

⁷⁵² Y9HD, 02.11.2004, E. 2004/1834, K. 2004/24692 kararın incelemesi için bkz. ŞAHLANAN Fevzi, İşyerinde Sigara İçme Nedeniyle Haklı Fesih (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, S. 307, Temmuz 2005, 39-40.

⁷⁵³ ULUSAN, 49-50.

aykırılık teşkil etmektedir. Davacının, işyerinde şoför olarak çalışması da dikkate alındığında emniyet kemeri takmadan araç kullanması ağır kusur teşkil ettiği gibi objektif olarak iş güvenliğini de tehlikeye düşürecek niteliktedir. Bu nedenle davalının iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğinin kabulü ile kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddi gerekirken söz konusu taleplerin kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”⁷⁵⁴.

İşçinin işyerinde yakın ve ciddi bir tehlikeyle karşılaşması durumunda derhal işveren veya iş sağlığı ve güvenliği çalışan temsilcisine haber vermeleri, sağlık ve güvenlikleri için bir eksiklik veya alınan tedbirlerde bir aksama olması durumunda da yetkilileri bilgilendirmeleri gerekmektedir (İSGK. m. 19/2, c ve ç). Zira aksi yöndeki davranışlar, sadakat borcuna aykırı olup, işçi işyerinin güvenliğini tehlikeye düşürdüğünden İşK. m. 25/II, (i) gereği işveren için haklı fesih sebebidir⁷⁵⁵.

İşçinin iş sağlığı ve güvenliğini tehlikeye düşürmesi sebebiyle, işverenin işçinin sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi halinde, işverenin iddialarının gerçekten var olduğunu işverenin ispat etmesi gerekmektedir. Zira TMK. m. 6 gereği olağan durumun aksini iddia eden, bunu ispatla mükelleftir. İş hukukunda da olağan durum işçinin sözleşmesinin devam etmesi olduğundan, iş sözleşmesini fesheden işveren, uyumsuzluk durumunda bunun gerekçesini ispat etmek zorundadır.

b. İşçinin işyerindeki malları zarara uğratması

⁷⁵⁴ Y9HD, 12.12.2011, 2009/37034E, 2011/47935K, www.legalbank.net, 20.09.2012; aynı yönde olmak üzere Yargıtay 2000 tarihli bir kararında “Davacı işçinin davalıya ait işyerinin sağlık kurallarına göre toz maskesinin kullanılmasının gerekli olduğu bölümde çalışırken maskeyi kullanması kendisinden istenmiş olmasına rağmen kullanmadığı, bu yüzden yöneticileri ile tartıştığı ve kullanmamakta direndiği tüm dosya içeriğinden ve özellikle tanık anlatımlarından anlaşılmaktadır...Böyle olunca davalı işverenin feshinin haklı nedene dayandığı kabul edilerek ihbar ve kıdem tazminatı istekleri reddedilmelidir” şeklinde hüküm kurmuştur (Y9HD, 29.02.2000, 20125/2369, SÜZEK, İşçilerin Hakları, 621 ve dn. 22).

⁷⁵⁵ DEMİR Fevzi, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası-13, Çalışanların Yükümlülükleri, <http://www.gozlemgazetesi.com/yazarlar/prof-dr-fevzi-demir/1367-is-sagligi-ve-guvenligi-yasasi-13-calisanlarin-yukumlulukleri.html>, 05.05.2013.

İş sözleşmesinin İşK. m. 25/II, (1) fıkrası çerçevesinde haklı nedenle feshine sebep olan bir diğer gerekçe, işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makinaları, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratmasıdır. İşçinin iş sağlığı ve güvenliği kurallarına aykırı hareket etmek suretiyle işyerindeki malları zarara uğratması, işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden zarara sebep olması kapsamında yer aldığından, aşağıda bu başlık üzerinde de durulmuştur.

İşverenin 4857 sayılı İşK. m. 25/II, (1) (1475 sayılı İşK. m. 17/II, (h)) çerçevesinde sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilmesi için kaybedilen veya hasara uğratılan malların mülkiyetinin işverene ait olması gerekmekte, malların işverenin herhangi bir sebeple zilyedliğinde bulunması yeterli sayılmaktadır⁷⁵⁶. Diğer taraftan söz konusu malların işyerinde bulunma şartı da olmadığından, işyeri dışında da olsa malın zarara uğratılması halinde işverenin 4857 sayılı İşK. m. 25/II, (1) (1475 sayılı İşK. m. 17/II, (h)) çerçevesinde işçinin sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi mümkündür⁷⁵⁷.

Mala verilen zarar nedeniyle fesih hakkının doğması için, işin güvenliğini tehlikeye düşürme fesih sebebinden farklı olarak “zarar ihtimali” yeterli olmamakta, “zararın gerçekleşmesi” gerekmektedir⁷⁵⁸. Bununla birlikte, fıkranın başındaki “kast veya savsamaya” ilişkin ibare, sadece iş güvenliğinin tehlikeye düşmesi açısından değil, zarara uğratma bakımından da geçerli olup zararın işçinin kasıt veya savsamasından dolayı ortaya çıkması gerekmektedir⁷⁵⁹. Bu çerçevede zararın işçinin kusuru dışında gerçekleşmesi halinde, işverenin sözleşmeyi haklı nedenle feshetmesi mümkün değildir. Örneğin işverenin işçiyi mesleki bilgi ve yeteneğinin uygun olmadığı yeni bir işe vermesi halinde bir zarar gerçekleşirse, işveren işçinin sözleşmesini haklı nedene dayanarak feshedemez⁷⁶⁰. Nitekim Yargıtay işçinin kusursuz olduğunun ortaya çıkması halinde işverenin haklı fesih imkanı olmadığı gibi, işçinin kusuru belli bir yüzde ya da

⁷⁵⁶ TUNÇOMAĞ/CENTEL, 217; ODAMAN, Fesih, 195-196.

⁷⁵⁷ NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, 378.

⁷⁵⁸ ODAMAN, Fesih, 196.

⁷⁵⁹ OĞUZMAN, 69; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, 378.

⁷⁶⁰ DEMİR, İş Hukuku, 115.

belli bir oran olarak saptanmışsa; zararın miktarının da bu kusur nispetinde azaltıldıktan sonra otuz günlük ücreti aşip aşmadığına bakılması gerektiğini ifade etmiştir⁷⁶¹. Yine Yargıtay, zararın işçinin kasıtlı davranışından ya da taksirli eyleminden kaynaklanmasının herhangi bir farkı bulunmadığını; örneğin işverene ait iş makinesi paletlerine kasten metal cisim sokmak suretiyle zarar veren işçinin ve trafik kazası sonucu işvereni zarara uğratan işçinin aynı şekilde iş sözleşmelerinin haklı nedenle sona erdirilebileceğini belirtmiştir⁷⁶².

İşçinin sözleşmesini, malına zarar vermesi sebebiyle fesheden işveren, zararın işçinin otuz günlük ücretinden fazla olduğunu kendisi ispat edecek, bu zarardan dolayı hiçbir kusurunun olmadığını ispat yükümlülüğü ise işçiye ait olacaktır⁷⁶³. Yargıtay işçi lehine yorum ilkesi uyarınca otuz günlük ücretin fesih tarihindeki brüt ücret olduğunu; buna karşın maddede sözü edilen ücretin dar anlamda ücret olduğunu; ikramiye, prim, fazla çalışma ücreti ve benzeri ödemelerin bu maddede yer alan 30 günlük ücret içerisinde değerlendirilmemesi gerektiğini ifade etmektedir. Kararda ücretin garanti ücret üzerine yapılan işe göre ilave ücret veya satış primi olarak belirlendiği hallerde gerçek ücretin bu ödemeler toplamı olarak değerlendirilmesinin yerinde olacağı; örneğin uygulamada uluslararası yük taşıyan tır şoförlerinin asgari ücret ve sefer primi karşılığı çalıştıkları, sefer primi olarak adlandırılan kısmın dar anlamda ücret olduğu ve maddenin uygulanması anlamında 30 günlük ücretin, tır şoförleri yönünden her iki ödemenin toplamına göre belirlenmesi gerektiği⁷⁶⁴ üzerinde durulmuştur⁷⁶⁵.

Sözleşmenin haklı feshi için zararın işçinin 30 günlük ücretinden fazla olması gerektiğinden, işçinin günlük yevmiyesinin 30 katı tutarında bir zarar sözkonusu

⁷⁶¹ Y9HD, 21.06.2010, 30109/19575, TAŞKENT/MUTLAY/SARIBAY ÖZTÜRK, 239-240.

⁷⁶² Y9HD, 01.04.2010, 2008/22842E, 2010/8946, www.legalbank.net, 20.09.2012; aynı yönde Y9HD, 21.06.2010, 30109/19575, TAŞKENT/MUTLAY/SARIBAY ÖZTÜRK, 239-240.

⁷⁶³ DEMİR, İş Hukuku, 115; bu yönde Yargıtay kararı için bkz. Y9HD, 27.02.2008, 2007/9302E, 2008/2652K, www.legalbank.net, 03.10.2012.

⁷⁶⁴ Y9HD, 24.11.2008, 2007/32361 E, 2008/32028K.

⁷⁶⁵ Y9HD, 01.04.2010, 2008/22842E, 2010/8946K, www.legalbank.net, 20.09.2012; aynı yönde 25.06.2010, E. 26738, K. 20549, TAŞKENT/MUTLAY/SARIBAY ÖZTÜRK, 240.

olmalıdır. Yoksa işçinin bir aylık ücreti tutarındaki değildir⁷⁶⁶. Nitekim Yargıtay kararları da bu yöndedir⁷⁶⁷.

Zararın işçinin 30 günlük ücreti tutarıyla ödenip ödenemeyeceğinin tespiti önem arz eder. Zararın tespitinde tanık ifadeleri değil, uzman bilirkişi görüşünün dikkate alınması gerekmektedir⁷⁶⁸. Yargıtay da kararlarında kusurun ve zararın miktarının ayrı ayrı uzman bilirkişiler tarafından hesaplanması gerektiği yönünde hüküm kurmaktadır⁷⁶⁹.

İş Kanunu m. 26, m. 25'deki ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık halindeki fesihler için bir yıllık hak düşürücü süre öngördüğünden, işveren zarar verici olaydan itibaren bir yıllık süre içinde, olayı ve zarar miktarını öğrendiği tarihten itibaren altı iş günlük sürede fesih hakkını kullanmalıdır. Bu çerçevede olay tarihi ile fesih tarihi arasında bir yıla yakın sürenin geçmesi, bu süre zarfında işçinin ücretinde değişiklik olması mümkündür. Dolayısıyla zarar miktarının işçinin ücretine oranına tespitinde hangi tarihteki ücretin dikkate alınacağı üzerinde de durulmalıdır.

Öğretide bir görüş ve Yargıtay işverenin iş sözleşmesini feshettiği tarihte işçinin aldığı ücretin esas alınması gerektiğini⁷⁷⁰, diğer görüş ise işverenin iş sözleşmesini fesih hakkının işçinin kusuruyla otuz günlük ücretinden fazla tutarda zarar verdiği anda doğduğunu, bu sebeple işçinin verdiği zarar miktarının kesin olarak belirlendiği tarihteki ücretin esas alınması gerektiğini ifade etmiştir⁷⁷¹. Katıldığımız görüşe göre ise işçinin işverenin malvarlığında otuz günlük ücretiyle karşılayamayacağı bir zarara uğratmasını haklı fesih nedeni saydığı için, işçinin kasdi veya ihmali davranışları ile

⁷⁶⁶ ÇİL, Şerh, 1838; SAVAŞ, 129; YILMAZ, 1003.

⁷⁶⁷ Y9HD, 01.04.2010, 2008/22842E, 2010/8946K, www.legalbank.net, 20.09.2012.

⁷⁶⁸ DEMİR, İş Hukuku, 115; KAPLAN, Fesih Hakkı, 162.

⁷⁶⁹ Y9HD, 21.06.2010, 2010/30109, 2010/19575, TAŞKENT/MUTLAY/SARIBAY ÖZTÜRK, 239-240; YHGK, 02.02.2011, 2010/9-711E, 2011/26K, www.legalbank.net; Y9HD, 02.12.2010, 2009/37195E, 2010/35463K, aynı yer; Y9HD, 01.04.2010, 2008/22842E, 2010/8946K, aynı yer, 20.09.2012 .

⁷⁷⁰ ÇİL, Şerh, 1838; YILMAZ, 1003; Y9HD., 24.09.2008, E. 2007/27655, K. 2008/24626, www.kazanci.com, 10.09.2012.

⁷⁷¹ SAVAŞ, 130.

zarara sebep olduğu tarihin ve bu tarihteki ücretinin otuz günlük ücretin hesaplanmasında esas alınması gerekmektedir⁷⁷².

Kanun koyucu zararın 30 günlük ücreti aşması durumunda işverenin fesih hakkı doğacağını kabul etmiştir (İŞK. m. 25/II, 1). Bu çerçevede işçinin zararı derhal ödemiş ya da ödeyecek olması, işverenin bu hakkını ortadan kaldırmayacak, işverence zarar tutarının işçiden talep edilmemiş oluşu fesih hakkını olumsuz etkilemeyecektir. İşçinin işvereni 30 günlük ücreti tutarını aşacak şekilde zarara uğratması başkaca bir koşula ihtiyaç duyulmaksızın işveren için haklı bir fesih nedenidir. Zira fesih hakkı, zararın tazmin edilmemesi karşısında kullanılabilir bir yaptım olarak düzenlenmemiştir⁷⁷³. Yargıtay da kararlarında bu hususu açıkça ifade etmektedir⁷⁷⁴. Bununla birlikte Yargıtayın 1475 sayılı Kanun dönemindeki bir kararına göre, işçinin zararı ödemeyi taahhüt etmesi ve sendikanın buna kefil olması durumunda, işçinin ağır ihmal ve bağışlanamaz kusurunun bulunmaması şartıyla, işverenin fesih hakkını kullanmayacağına dair toplu iş sözleşmesi hükmü dikkate alınmadan işçinin ihbar ve kıdem tazminatı isteğinin reddine karar verilmesi mümkün değildir⁷⁷⁵.

4857 sayılı İş Kanununun 26. maddesi yönünden 1 yıllık hak düşürücü süre zarara neden olan olayın oluşumundan başlayacak; ancak 6 işgünlük ikinci süre, zarar miktarının belirlenmesinin ardından bu durumun feshe yetkili makama iletilmesiyle işlemeye başlayacaktır. İşvereni zarara uğrattığı mahkeme kararı ile sabit olan işçinin, kusurlu davranışı devam ettiği sürece altı iş günlük hak düşürücü süre işlemeyecektir. Altı iş günlük süre, zarar miktarının belirlenmesi ve bunun feshe yetkili makama iletilmesiyle başlayacaktır⁷⁷⁶. Zarar miktarının belirlenmesinin bazen uzun zaman alması mümkündür. An-

⁷⁷² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 776-777.

⁷⁷³ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 777.

⁷⁷⁴ Y9HD, 10.12.2010, 2008/44798E, 2010/37297K, www.legalbank.net; YHGK, 02.02.2011, 2010/9-711E, 2011/26K, aynı yer; Y9HD, 01.04.2010, 2008/22842E, 2010/8946K, aynı yer, 20.09.2012.

⁷⁷⁵ Y9HD, 11.09.1991, E. 91/6724, K. 91/11946, *Tekstil İşveren Dergisi*, Kasım 1991, 15-16.

⁷⁷⁶ Y9HD., 26.01.2010, E. 2009/25906, K. 2010/1326, ÇİL Şahin, *İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları*, 3. baskı, Ankara 2011, 509-511.

çak fesih hakkının kullanılması bakımından zarar miktarının belirlenmesi ve işçinin ücreti ile kıyaslanması zorunluluğu bulunmaktadır⁷⁷⁷.

İşçinin işvereni uğrattığı zararın otuz günlük ücretiyle karşılayamayacağı tutarda olmakla birlikte, işçinin bu olayda hafif kusuru dahi olsa, İşK. m. 25/II, (1) hükmü çerçevesinde işverenin haklı fesih imkanı bulunmaktadır. Oysa bu hükmün zarara yatkın işlerde TBK. m. 400/2 kuralı ile uyumlu hale getirilmesi yerinde olacaktır. Zira, tazmin yükümlülüğü doğurmayan bir zararın haklı fesih nedeni olarak kabul edilmesi mümkün değildir⁷⁷⁸.

Diğer yandan tarafların iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile işverenin haklı feshi için doğması gereken zararın miktarını işçinin 30 günlük ücretinin üzerinde bir zarar olarak belirlemeleri mümkündür⁷⁷⁹. Ancak taraflar sözleşmenin haklı nedenle feshedilmesine gerekçe olacak zarar miktarını işçinin 30 günlük ücretinden az olarak kararlaştıramazlar⁷⁸⁰.

Öğretide işçinin alınan güvenlik önlemlerine uymadığı, uymamakta ısrar ettiği durumlarda sözleşmesinin haklı sebeple feshedilebileceği yönünde bir hüküm bulunsaydı, işçilerin daha bilinçli olacakları ve İşK. m. 25/II, (h) ya da İşK. m. 25/II, (i)'nin bu noktada kullanılabileceği ifade edilmiştir⁷⁸¹. Kanaatimizce de Kanunun açık şekilde bu durumu düzenlemesi uygulamada ortaya çıkan birtakım belirsizlikleri ortadan kaldıracaktır. Ancak bu yönde açık bir düzenlemenin olmayışı, işçinin alınan güvenlik önlemlerine uymaması halinde, işverenin işçinin sözleşmesini haklı sebeple feshedemeyeceği anlamına gelmez.

⁷⁷⁷ Y9HD, 01.04.2010, 2008/22842E, 2010/8946K, www.legalbank.net, 20.09.2012; Y9HD, 10.12.2010, 2008/44798E, 2010/37297K, aynı yer .

⁷⁷⁸ DOĞAN YENİSEY, Hizmet Sözleşmesi, 306; SÜZEK, İş Hukuku, 356.

⁷⁷⁹ ODAMAN, Fesih, 201.

⁷⁸⁰ AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, 451.

⁷⁸¹ ODAMAN, Hak ve Yükümlülükler, 883; aynı yönde EKMEKÇİ Ömer, 4857 sayılı İş Kanununda İş Sağlığı ve Güvenliği, TİSK ve PERYÖN tarafından düzenlenen "İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatındaki Değişiklikler ve İşveren Yükümlülükleri, Semineri, Ankara 2004, 55 (İş Sağlığı ve Güvenliği).

Son olarak işçinin özen borcuna aykırı her hareketinin derhal feshi gerektiren bir haklı neden olarak kabulünün mümkün olmadığı belirtilmelidir. Haklı nedenle fesih hakkının doğumu için özen borcuna aykırılığın ya İşK. m. 25/II, (1)'da öngörülen sonuçları doğurması ya da bunlara benzer ağırlıkta olması gerekmektedir. Bu demektir ki, işçinin davranışının iş ilişkisinin devamını çekilmez hale getirmesi gerekmektedir. İşçinin özen borcuna aykırı davranışının bu denli ağır olmaması halinde ise işçinin sözleşmesinin İşK. m. 18/I uyarınca işçinin yetersizliği sebebiyle geçerli nedenle feshi mümkün olabilir⁷⁸². Daha açık bir deyişle işçinin kusuruyla işverene verdiği zararın otuz günlük ücreti tutarından az olmakla birlikte, meydana gelen zarar işyerinde olumsuzluklara yol açarak iş ilişkisinin devamını zorlaştırmakta ise işverenin işçinin sözleşmesini haklı nedenle değilse de, geçerli nedenle fesih imkanı doğacaktır⁷⁸³. Aynı şekilde, işçinin özen borcuna aykırı davranışının işverenin baskısı sonucu olması halinde, daha açık bir deyişle işverenin işçiyi kişisel bilgi ve ehliyeti dışında kalan işleri yapmaya zorlaması durumunda özen borcuna aykırı davrandığı söylenemeyecek olup bu sebeple yapılan fesih haksız kabul edilecek⁷⁸⁴ ya da ihmal veya kastın büyük bölümünün işverene ait olması, işçinin acemiliği yahut mücbir sebeplerden malın zarara uğraması gibi hallerde işverenin feshi haksız bir fesih olacaktır⁷⁸⁵.

2. İşçinin hatırlatıldığı halde görevlerini yapmamakta ısrar etmesi

İş Kanunu madde 25/II, (h), “İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi” ni işverenin işçinin sözleşmesini feshinde haklı neden olarak düzenlemiştir. 4857 sK. m. 25/II, (h) ile 1475 sK. m. 17/II, (g)'deki

⁷⁸² SÜZEK, İş Hukuku, 356.

⁷⁸³ ARSLAN Seda, İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı, İstanbul 2012, 125.

⁷⁸⁴ ARSLAN, 125.

⁷⁸⁵ NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, 378, ARSLAN, 126; aynı yönde Y9HD, 19.09.1989, 1989/4230E, 1989/7045K: “...Davacı işyerinde değitmen operatörü olarak vardiyalı çalışmaktadır. Kendinden önceki 0-8 saatleri arasındaki vardiyada çimento öğüten değirmenin yağ pompası arızalanmıştır. Durum ilgililere bildirilmiştir. Fakat ilgililerce gereken tamirat yaptırılmamıştır. Bu arıza 8-16 vardiyasında da giderilmemiştir. Davacı 16-24 vardiyasında işbaşı yapmıştır. Arıza giderilmediği için dişlide bir parlama olmuştur. İşveren buna dair gerekli tespiti yapmış, fakat zarar miktarını belirtmemiştir. Davacının iş akdi, arızalı olan yağ pompasını çalıştırması nedeniyle feshedilmiştir...Olayda ise anlatılan biçim itibariyle işverenin ihmali söz konusu olmak gerekir. Davacı daha önceden haber verildiği halde işverence arıza giderilmeyen işte çalışmaya sevk edilmiştir. Arızanın giderilmesi davacının yetkisi ve görevi dahilinde olmadığı da anlaşılmalıdır. İhmalin büyük bir bölümü işverende olması itibariyle iş akdinin feshinde haklı nedenin bulunduğunu söylemek mümkün olmaz...”, ARSLAN, 126'da, dn. 411'den naklen.

hükümde değişiklik yapılmıştır. 1475 sK. döneminde, işçinin hatırlatıldığı halde yapmakla ödevli olduğu görevleri yapmaması haklı fesih nedeni iken, bugün işçinin “hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi” haklı fesih nedenidir⁷⁸⁶. Dolayısıyla haklı fesih nedeninin uygulanabilmesi için işçinin görevini yapmaması yeterli olmayıp, görevini yapmadığı ve yapması gerektiği kendisine hatırlatılarak uyarıldığı halde, işçinin işi yapmaktan imtina etmesi gerekmektedir⁷⁸⁷. Bu hüküm uyarılmasına rağmen iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan önlemlere uymamakta direnen, gerekli eğitimlere katılmayan işçiye karşı bir yaptırım işlevi görmektedir. Özellikle görevi iş sağlığı ve güvenliğinin işyerinde sağlanması olan ya da başkaca bir görevi de olsa yaptığı iş nedeniyle işyerinde iş sağlığı ve güvenliğini tehlikeye düşürebilecek işçiler açısından hükmün önem taşıdığı belirtilmelidir. Başka bir deyişle, işçinin görev tanımında bulunan işleri hatırlatıldığı halde yapmaması işyerinde iş sağlığı ve güvenliği açısından boşluk yaratıyor ya da işçi görevini ifa sırasında iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini ihlal ediyor ve uyarıldığı halde buna devam ediyorsa, işçinin sözleşmesinin İşK. m. 25/II, (h) çerçevesinde feshi söz konusu olabilir.

İşçinin hatırlatıldığı halde işini yapmaması üzerine yapılacak uyarı herhangi bir şekilde tabi değildir. Ancak uygulamada ispat kolaylığı yüzünden, ilk “iş yapmama” üzerine yapılacak hatırlatma yazılı yapılmalıdır⁷⁸⁸. Yargıtay tarafından belirtildiği üzere, bu konuda ispat yükü işverene ait olup⁷⁸⁹, işçiye yapılacak hatırlatmada, işçiden yapması istenen görev açık biçimde bildirilmeli ve işin tamamlanmasına yetecek bir süre öngörülmelidir. Bildirimde, görevin hatırlatılması yeterlidir. Görevin gereklerinin

⁷⁸⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 773; SAVAŞ, 121.

⁷⁸⁷ ODAMAN Serkan, 4857 sayılı İş Kanununun Kabulü Sonrasında Yargıtay Kararları Işığında İşçinin Yapmakla Ödevli Bulunduğu Görevleri Kendisine Hatırlatıldığı Halde Yapmamakta İsrar Etmesi ve Hukuki Sonuçları, TÜHİS, Ağustos/Kasım 2004, 82 (Görevi Yapmama).

⁷⁸⁸ TAŞKENT, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 193; EKONOMİ, İş Hukuku, 212; ODAMAN, Fesih, 173 vd; aynı yazar, Görevi Yapmama, 82-83.

⁷⁸⁹ Y9HD, 04.04.2012, 2010/4892E, 2012/11435K, www.legalbank.net, 01.10.2012.

yerine getirilmemesi durumunda iş sözleşmesinin feshedileceği hususunun ayrıca bildirilmesi gerekmemektedir⁷⁹⁰.

Diğer taraftan işçiden yapılması istenen ve hatırlatılan işin yasada açıkça belirtildiği üzere işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevlerden olması gerekmektedir. Dolayısıyla yapılması istenen işin işçinin görevleri arasında sayılmaması veya dürüstlük kuralları gereği işçinin sözü edilen işi yapması gerekmiyorsa İşK. m. 25/II, (h)'ye dayanılarak iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilmesi mümkün olmayacaktır⁷⁹¹. İşçiden beklenen iş mutad işinden olmamasına rağmen işveren tarafından iş sözleşmesinin tek taraflı olarak değiştirilmesi niteliğinde bir iş değişikliği söz konusu olmamak kaydıyla, başka bir deyişle iyiniyet kurallarına göre işçiden ifasının beklenebileceği bir iş ise işçinin işi reddetmesi ve hatırlatıldığı halde ifa etmemesi fesih için haklı neden oluşturur⁷⁹².

İşçiye hatırlatıldığı halde işçinin yapmamakta ısrar ettiği iş; iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini ihlal niteliğinde olabilir. Örneğin, şantiye şefi olarak görev yapan mühendise, işçilerin emniyet kemeri ve baret kullanmalarını denetleme ve kullanılmasını sağlama görevi verildiği halde, mühendisin denetim görevini yerine getirmemesi halinde, işveren mühendise bu görevini yerine getirmediğini daha önceden hatırlatmışsa, işçinin sözleşmesinin haklı nedenle feshi mümkün olacaktır. Ancak işçiden yapılması istenen iş, işçinin ödevli bulunduğu işlerden dahi olsa, işçinin sağlığını, vücut bütünlüğünü, huzurunu, güvenliğini tehlikeye düşüren sonuçlar doğuruyorsa, işçi mutad olan işini yapmayı reddedebilecek ve işverenin bu tür bir işin

⁷⁹⁰ Y9HD, 04.11.2004, 2004/9327, 2004/24902, TAŞKENT/SARIBAY ÖZTÜRK/MUTLAY, 239; Y9HD, 04.04.2012, 2010/4892E, 2012/11435K, www.legalbank.net, 01.10.2012.

⁷⁹¹ SÜZEK, İş Hukuku, 706; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 774. (Bu konuda Yargıtay kararı için bkz. Y9HD, 04.11.2004, 2004/9327, 2004/24902, TAŞKENT/SARIBAY ÖZTÜRK/MUTLAY, 239).

⁷⁹² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 774.

yapılması yolundaki ikazı sonrasında işin yine de yapılmaması üzerine yöneleceği fesih, bir haksız fesih sayılır⁷⁹³.

Yargıtayın konuyla ilgili bir kararına göre “işçinin olay sırasında kendisinin kaynakçı olduğunu, yapması bildirilen işin mutad işi olmadığını ileri sürerek cereyan kesilmeden belirtilen yere giremeyeceğini beyan etmesi ve tanıkların da o yerde yüksek gerilim bulunduğunu ifade etmiş olmaları, davacının bir sebep göstermeden verilen işi yapmamakta direndiği şeklinde mütalaa olunamaz. İşçinin yüksek gerilimli cereyan kesilmeden santrifüj pompalarının bulunduğu yere girmek istememesi, verilen görevi yapmaması değildir. Bu yerler kurulurken ve cereyan yokken montaj işinin davacı tarafından yapılmış olması, bu tehlikeli durumda da o yere girmesini gerektirmez. 17. maddedeki (4857 sK. m. 25/II-h) görevleri hatırlatıldığı halde yapmaması, işi yapmamanın devamlılığını ifade etmektedir. Fesih bu nedenle haksızdır”⁷⁹⁴.

Öğretide söz konusu karar incelenmiş ve kararın haklı olmakla birlikte gerekçesinin yerinde olmadığı belirtilmiştir. Şöyle ki, Yargıtay işyerinde beş yıldan beri çalışan davacının bu süre içinde verilen işi yapmamak veya görevini aksatmak gibi eylemlerinin varlığının ne iddia edilmiş ne de tespit edildiğini ifade etmiş ve olay tarihine kadar bu tip hareketlerinin varlığı tespit edilmemiş bir işçinin kendisine ilave olarak verilen işi bazı kayıtlar ileri sürerek yapmamış olmasının, 1475 sayılı İş Kanununun 17. maddesinde belirtildiği şekilde “yapmakla ödevli bulunduğu görevi yapmamak” şeklinde yorumlanamayacağına hükmetmiştir. Oysa öğretide haklı olarak belirtildiği üzere “işçinin geçmişte bu tür davranışlarda bulunmuş olması, inceleme konusu somut olayda varılacak sonucu etkileyecek bir olgu değildir. Diğer bir deyişle, olay tarihine kadar işçinin verilen (yapmakla yükümlü olduğu) işi yapmamak veya görevi aksatmak gibi davranışları bulunsaydı dahi sonucun farklı olmaması gerekirdi. Çünkü olayda işçi verilen talimata uymamakla borca aykırı davranmış olmamakta, sadece yapmak zorunda olmadığı bir işi reddetmiş bulunmaktadır. Böyle bir davranışın 1475 sayılı İş Kanunu m.

⁷⁹³ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 773; ODAMAN, Görevi Yapmama, 85.

⁷⁹⁴ Y9HD, 17.02.1982, E. 82/167, K. 82/1713, İHU, İşK. m. 17 (No. 17).

17/II, (g) (4857 sK. m.25/II-h) anlamında bir fesih nedeni olamayacağına da şüphe yoktur. Oysa, yüksek mahkemenin ileri sürdüğü bu gerekçe, ister istemez, “geçmişte bu tür davranışların varlığı saptansaydı sonuç farklı olabilirdi” gibi yanlış bir izlenim uyanmasına neden olmaktadır⁷⁹⁵.

Diğer taraftan, işverenin işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri iş şartlarına uygun olmayan bir yer veya zamanda talep etmesi halinde, işçinin kendisine hatırlatıldığı halde yerine getirmemesi, İşK. m. 25/II-h anlamında bir haklı fesih sebebi değildir. Başka bir deyişle, iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınmadığı halde, görevi olan işi yapması konusunda işçinin bir uyarı alması durumunda, işveren tarafından talep edilirse, işçinin bu talimatı yerine getirmemesi halinde, işverenin iş sözleşmesini haklı sebeple feshetmesi mümkün değildir⁷⁹⁶. Örneğin standarda uygun olmayan tankla standarda uygun olmayan miktarda yük taşımak isteğinin trafiğe uygun olmadığı ve tehlike yaratacağı gerekçelerinin haklı bulunması koşuluyla yapılmaması, Yargıtay tarafından verilen görevi yapmamak olarak değerlendirilmemektedir⁷⁹⁷. Ancak işçinin mutad işinin niteliği gereği tehlikeli olması halinde, işçi işini yapmalıdır. Kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi halinde, iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilecektir⁷⁹⁸.

3. İşçinin içki ve uyuşturucu kullanma yasağına aykırı hareket etmesi

İş Kanunu madde 25/II, (d) “İşçinin 84. maddeye aykırı hareket etmesini” haklı fesih sebebi olarak belirlemiştir. Ancak İSGK. m. 32/b ile İş Kanununun 25’inci maddesinin birinci fıkrasının (II) numaralı bendinin (d) alt bendinde yer alan “veya 84’üncü maddeye aykırı hareket etmesi” ibaresi, “işyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde almış olarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması” şeklinde değiştirilmiştir.

⁷⁹⁵ SOYER Polat, İşçinin Geçerli Şartlarla İşini İfa Etmemesinin Görevini Yapmamış Olması Şeklinde Yorumlanamayacağı, İHU, İşK. m. 17 (No. 17).

⁷⁹⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 773; ODAMAN, Görevi Yapmama, 87.

⁷⁹⁷ Y9HD., 03.07.1997, E. 1997/10748, K. 1997/13539, www.kazanci.com (06.04.2013)

⁷⁹⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 773-774; SAVAŞ, 119-120.

İş Kanunu m. 84'e göre işyerine sarhoş veya uyuşturucu madde almış olarak gelmek ve işyerinde alkollü içki veya uyuşturucu madde kullanmak yasaktır. Dolayısıyla işverenin işçinin sözleşmesini haklı nedenle feshedebilmesi için ilk olasılık işçinin işyerine "sarhoş veya uyuşturucu madde almış olarak" gelmesiydi. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile yapılan değişiklik sonrasında, sözleşmenin haklı nedenle feshedilebilmesi için ilk olasılığın eski hükümlerle birebir aynı olduğu görülmektedir⁷⁹⁹. Bu çerçevede işçinin dışarıda içki içip işe geldiği, ancak içtiği içkinin davranışlarını ve işçinin işini yapmasını engellememesi halinde, işe alkollü gelmesi sözleşmesinin feshi için haklı bir gerekçe oluşturmayacaktır⁸⁰⁰. Buna karşın işçinin kendisini sarhoş edecek düzeyde olsun ya da olmasın işyerine uyuşturucu madde almış olarak gelmesi halinde, işçinin sözleşmesi haklı sebeple feshedilebilir⁸⁰¹.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 32 ile yapılan değişiklikten önce, İşK. m. 84 çerçevesinde yer alan diğer fesih sebebi ise işçinin işyerinde alkollü içki kullanmasıydı. Bu durumda, işçinin dışarıda içip işe gelmesinden farklı olarak alınan içkinin işçinin davranışlarını ya da yaptığı işi etkilemesi aranmamaktaydı⁸⁰². İşçinin alkolik ya da uyuşturucu madde bağımlısı olması gerekmeyip, İşK. m. 84/I'de belirtilen durumlardan birinin gerçekleşmesi, işçinin sözleşmesinin haklı nedenle feshine gerekçe olmaktaydı⁸⁰³.

Değişiklik öncesinde işyerinde içki kullanma yasakken, sonrasında "işyerinde bu maddeleri kullanmak" fesih sebebi olarak belirtilmiştir. Bu maddeler ile kastedilen alkollü içki veya uyuşturucu olup (İSGK. m. 28), 84. maddede de işyerinde içki kullanımı yasaklanmış, işyerinde uyuşturucu madde kullanımından bahsedilmemekle birlikte, işyerine uyuşturucu madde almış olarak gelmek fesih sebebi olduğundan,

⁷⁹⁹ Söz konusu hüküm 1475 sK. m. 17/II,ç hükmü ile 77. maddeye yapılan gönderme ile aynı şekilde düzenlenmiş olduğundan, maddenin yorumlamasına ilişkin hususlarda 1475 sayılı Yasa döneminde ifade edilen görüş mevcut yasa için de geçerli kabul edilerek çalışmamızda dikkate alınmıştır.

⁸⁰⁰ EKONOMİ, İş Hukuku, 206.

⁸⁰¹ ODAMAN, Fesih, 131.

⁸⁰² EKONOMİ, İş Hukuku, 206.

⁸⁰³ SÜZEK, İş Hukuku, 702; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, 361; KAPLAN, Fesih Hakkı, 145.

işyerinde uyuşturucu madde almak evleviyetle yasak kapsamındaydı. Dolayısıyla burada da bir fark söz konusu değildir. Bununla birlikte, işverenin işyeri eklentilerinden sayılan kısımlarda, ne gibi hallerde, hangi zamanda ve hangi şartlarla alkollü içki içilebileceğini belirleme yetkisine sahip olduğu belirtilmelidir (İSGK. m. 28/2)⁸⁰⁴. Böyle durumlarda elbette işçinin işyerinde alkollü içki kullanması sözleşmesinin haklı nedenle feshine sebep olmaz.

4. İşçinin kendi kusurundan kaynaklanan hastalık veya sakatlığı

İş Kanununun 25. maddesinin ilk bendinde sağlık sebepleri dolayısıyla işverenin fesih hakkı düzenlenmiştir. İşK. m. 25/I, (a), işçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa veya sakatlığa uğraması halinde, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi halinde işverenin işçinin sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceğini belirtmiştir. İşgünü kavramı, kanunen iş günü olarak kabul edilen günler kadar sözleşmeyle iş günü olduğu belirlenen günler ve toplu iş sözleşmeleriyle işçilerin çalışacağı genel tatil günlerini de kapsamaktadır⁸⁰⁵. Kanunda öngörülen bir aylık süre ise takvim ayı olmayıp, son devamsızlık gününden geriye doğru hesaplanacak bir aylık süredir⁸⁰⁶.

İşçinin hastalığa veya sakatlığa uğramasının nedeni, işçinin kastından, derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğmalıdır. Burada sadece kasta yer

⁸⁰⁴ İSGK. m. 28/3: Aşağıdaki çalışanlar için alkollü içki kullanma yasağı uygulanmaz:

a) Alkollü içki yapılan işyerlerinde çalışan ve işin gereği olarak üretileni denetlemekle görevlendirilenler.

b) Kapalı kaplarda veya açık olarak alkollü içki satılan veya içilen işyerlerinde işin gereği alkollü içki içmek zorunda olanlar.

c) İşinin niteliği gereği müşterilerle birlikte alkollü içki içmek zorunda olanlar.

⁸⁰⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 769.

⁸⁰⁶ EKONOMİ, İş Hukuku, 203.

verildiğinden, hastalık ve sakatlığın kasta erişmeyen kusur derecelerinden birinden doğması halinde, bu hükmün uygulanması mümkün değildir⁸⁰⁷.

İşçinin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini ihlal etmek suretiyle bir hastalığa veya sakatlığa uğraması halinde, bunun kendi kasti veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğması mümkündür. Dolayısıyla işverenin işçinin işe devamsızlığının ardındaki sebebin buna dayandığını iddia etmek suretiyle iş sözleşmesini feshi söz konusu olabilir.

5. İşçinin hastalığının tedavi edilememesi ve çalışmasının sakınca arz etmesi

İşçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu Sağlık Kurulunca saptanması durumunda işverenin haklı nedenle fesih hakkı söz konusu olabilecektir (İŞK. m. 25/I, b). Dolayısıyla bu hakkın doğumu için ilk koşul, işçinin tedavisi mümkün olmayan bir hastalığa tutulmasıdır. İkinci koşul, işçinin işyerinde çalışmasının sakıncalı olması ve son koşul ise bu durumun sağlık kurulunca saptanmasıdır. Bu hükmün işverene haklı fesih imkanı verebilmesi için her üç koşulun aynı anda var olması gerekmektedir. Koşullardan birinin yokluğu halinde, işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkının doğmadığı kabul edilir.

Bu noktada işçinin zehirli gazların açığa çıktığı bir işyerinde çalışması ve kullanılması zorunlu tutulan maske vb. eşyaları kullanmaması sebebiyle yakalandığı hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğunun ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu Sağlık Kurulunca saptanması durumunda işverenin haklı nedenle fesih hakkı söz konusu olabilecektir. Ancak maden işleri gibi işlerde, işçinin koruyucu donanımı kullanmasına rağmen zamanla meslek hastalığına yakalanması da mümkündür. Dolayısıyla somut olayın koşullarının dikkate alınması gerekmektedir.

⁸⁰⁷ NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, 352; CANIKLIOĞLU Nurşen, Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, İstanbul 2002, 238-239; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 756; ERGİN H., 107-108.

III. Haklı Nedenle Fesih Bildirimi Çerçevesinde Tazminat Alacağı

İş Kanununun 26. maddesine göre, 24 ve 25. maddelerde gösterilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayanarak işçi veya işverenin diğer tarafın bu çeşit davranışlarda bulunduğunu öğrendiği günden başlayarak altı işgünü geçtikten ve herhalde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl içinde sözleşmeyi feshetmesi gerekmektedir. Kişinin bu süre içinde fesih hakkını kullanması halinde, tazminat hakları saklıdır.

İş Kanunu m. 26/II ve genel hükümlere (TBK m. 400 / 818 sK. m. 321/II) göre, iş sağlığı ve güvenliği kurallarına aykırı davranarak işverene zarar veren işçinin tazminat sorumluluğu bulunmaktadır. Ayrıca iş sağlığı ve güvenliği kurallarına uymayan işçinin bu nedenle iş kazasına maruz kalması veya meslek hastalığına tutulması hallerinde müterafik kusuru (TBK. m. 52 / 818 sK. m. 44/1) işverenin tazminat sorumluluğunda dikkate alınarak tazminat miktarında tenkisi gerektirir. Hükme göre zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir⁸⁰⁸.

IV. İş Sağlığı ve Güvenliği Kurallarına Uyulmaması Halinde İşverenin Geçerli Nedenle Fesih Hakkı

1. Genel olarak

İş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedilmesi zorunluluğu, sadece iş güvencesi kapsamı içinde bulunan işçiler bakımından anlam ve önem arz eder. İş güvencesinin kapsamını belirleyip, geçerli nedenleri ortaya koyan İş Kanunu m. 18 ise otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işverenin, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işye-

⁸⁰⁸ Bu konuda bkz. REİSOĞLU Safa, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 22. bası, İstanbul 2011, 212-213; AKIN, Maddi Tazminat, 239-243.

rinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorunda olduğunu; ancak maddenin son fıkrası gereği, işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekillerinin iş güvencesinin kapsamı dışında bıraktığını düzenlemiştir. Dolayısıyla iş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler bakımından işverenin işçinin sözleşmesini feshederken geçerli neden gösterme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Sadece işçinin işyerindeki kıdemine göre belirlenen ihbar önelerine uyması gerekmektedir. Aksi halde işverenin ihbar tazminatı ödemesi gerekecektir. Ayrıca, işçinin kıdem tazminatı hakkı bu halde de mevcuttur. İş güvencesi kapsamı içinde bulunan işçiler bakımından iş sağlığı ve güvenliği kurallarına uyulmaması halinde işverenin geçerli nedenle feshi ise aşağıda incelenmeye çalışılmıştır.

2. Geçerli veya haklı fesih sebebi olmayan haller

İş sözleşmesinin işçinin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini ihlal ettiği gerekçesiyle işveren tarafından feshinde geçerli nedenleri ortaya koymadan önce, sözleşmenin feshi için geçerli neden sayılmayan haller üzerinde durmakta yarar bulunmaktadır.

İşverenin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine uymayarak gereken önlemleri almaması neticesinde, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği için tehlike arz eden bir durum varlığı halinde, işçinin durumun tespiti amacıyla resmi makamlara veya iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvurması, işverenin işçinin sözleşmesini feshetmesi için geçerli bir sebep olmayacaktır. Zira İşK. m. 18/III, (c) uyarınca işçinin mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurması veya bu hususta başlatılmış sürece katılması geçerli bir fesih nedeni olarak kabul edilemez⁸⁰⁹.

İşçinin yapmış olduğu başvurunun olumlu karşılanması durumunda, işçi usulüne uygun olarak çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmış olacak, bu hak kendisine kanunla

⁸⁰⁹ SUR, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, 412 ve orada dn. 31; TOPUZ, 482.

tanınmış olduğundan çalışmaktan kaçınması da iş sözleşmesinin feshine geçerli sebep olmayacaktır⁸¹⁰. Daha açık bir deyişle, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçinin işe devamsızlığı hukuken meşru sayılmakta olup, işveren işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığı süre boyunca bu sebebe dayanarak işçinin sözleşmesini feshedemeyecektir. Feshetmesi durumunda ise işçinin iş güvencesi kapsamında ise feshin geçersizliği ile işe iadesini ve buna bağlanan parasal sonuçları; iş güvencesi kapsamı dışında ise kötüniyet tazminatını talep etmesi mümkündür⁸¹¹.

Diğer taraftan işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığı dönemde sözleşmesi askıda olduğundan, iş görme dışındaki diğer borçları devam etmektedir⁸¹². Bu çerçevede, işçinin sözleşmesinin çalışmaktan kaçındığı dönemde başka bir nedenden; örneğin işçinin işverenin meslek sırlarını ifşa etmesi ve benzeri sebeplerle işveren tarafından haklı veya geçerli nedenle feshedilmesi mümkündür. Aynı şekilde işçilerin iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili her türlü önleme uyması, işverenin işçiden işyerinde iş sağlığı ve güvenliğini tesis için kendisinin ya da başkasının verdiği eğitime katılmasını istemesi halinde ise bu eğitime katılması gerekmektedir. İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığı dönemde de olsa, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğini tesis etmek için alınan önlemlere uymaması ya da verilen eğitimlere haklı bir nedeni olmamasına rağmen katılmaması halinde, işveren işçinin sözleşmesini İşK. m. 25/II uyarınca haklı nedenle feshedebilecektir⁸¹³. Nitekim Yargıtay kararları da incelendiğinde, işçinin iş güvenliğini tehlikeye düşürecek davranışlarda bulunmasının haklı fesih nedeni olarak kabul edildiği ifade edilmiştir⁸¹⁴.

Uygulamada rastlanabilecek bir diğer işverenin feshi hali, işçinin talebi üzerine işyerinde yakın ve ciddi bir tehlike olduğunun tespit edilerek hukuka uygun şekilde çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçinin, işyerindeki tehlikenin ortadan kalkması

⁸¹⁰ ENGİN, Kaçınma Hakkı, 91.

⁸¹¹ GÖKTAŞ, Kaçınma Hakkı, 235.

⁸¹² İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığı dönemde sözleşmesinin askıda olduğu konusu hakkında bkz. 2. Bölüm, §6, XI, 1.

⁸¹³ GÖKTAŞ, Kaçınma Hakkı, 236.

⁸¹⁴ Bu konu için bkz. 3. Bölüm, §11,II, 1, a.

üzerine işe dönmek istemesine rağmen işverence işe alınmamasıdır. Bu durumda işverenin işçiyi işe almaması, işverenin haksız feshi niteliğinde olacaktır. Zira İSGK. m. 13/2, Kurul veya işverenin çalışanın talebi yönünde karar vermesi halinde çalışanın gerekli önlemler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınma hakkını kullanacağını düzenlemiştir. Dolayısıyla tehlikenin ortadan kalkması durumunda, işçi işe dönmek zorundadır. İşçinin bu yükümlülüğünün tek taraflı olduğu düşünülemez. İşçinin işe dönmesi için işverenin işçiye iş vermesi gerekmektedir. İşverenin işçiyi işe almaması halinde ise fesih, Yargıtayın deyimiyle işverenin eylemli feshidir⁸¹⁵.

İşverenler bazen işçilerin işinin iş sağlığı ve güvenliğine aykırılık teşkil ettiği bahanesiyle işçilerin çalışma koşullarında esaslı tarzda değişiklik yapmaktadırlar. Bu noktada işverenin iş sağlığı ve güvenliğini gerekçe göstermek suretiyle işçinin çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapıp yapamayacağı ve işçinin bu değişikliği kabul etmemesi halinde, işverenin yapabileceği değişiklik feshinde geçerli nedenin bulunup bulunmadığı üzerinde durulmalıdır.

Öncelikle tespit edilmesi gereken husus, işverenin yönetim hakkı çerçevesinde almış olduğu kararların çalışma koşullarında esaslı değişiklik kabul edilemeyeceği olup, işçinin bu kararlara uyması gerekmektedir. Yargıtay kararında da ifade edildiği üzere, acil ve arızî durumlarda işçinin görev tanımının dışında çalıştırılması ve işçiye fazla mesai yaptırılması olanaklıdır. İşverenin yönetim hakkı bu tür olağanüstü durumlarda daha geniş biçimde değerlendirilmelidir. Örneğin işyerinde yangın, sel baskını veya deprem gibi doğal afetler sebebiyle önleyici tedbirlerin alınması sırasında, işçinin işverenin göstereceği her türlü işi, iş güvenliği tedbirleri ve insanın dayanma gücü dahilinde yerine getirmesi beklenir. Diğer taraftan işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenlerle de çalışma koşullarının değiştirilmesi mümkün görülmelidir. Örneğin şoför olarak istihdam edilen işçinin sık sık trafik cezası alarak işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi ya da sürücü belgesine mahkeme kararıyla geçici olarak el konulması gibi durumlarda, işverenin işçiyi geçici ya da sürekli olarak başka bir işte görevlendirebi-

⁸¹⁵ Y9HD, 27.12.2010, 2009/45256E., 2010/40923K., www.legalbank.net, 04.12.2012.

leceği kabul edilmelidir⁸¹⁶. Buna karşın işverenin iş sağlığı ve güvenliği açısından tehlike arz eden faaliyeti veya işyerini kapatmadığı sürece, iş sağlığı ve güvenliği önlemleri işçinin çalışma koşullarının değiştirilmesi için geçerli bir sebep olarak gösterilemeyecektir. Ancak iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin yüksek bir mali külfet ve uzun zaman gerektirmesi halinde, geçici değişikliğin iyiniyet kurallarına uygun olması koşulu ve önlemin alınabileceği makul süre ile sınırlı olmak üzere, işçi geçici olarak başka bir işverene nakledilebilecek,⁸¹⁷ iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin alınmasının uzun zaman gerektirmesi halinde, geçici değişikliğin iyiniyet kurallarına uygun olması koşulu ve önlemin alınabileceği makul süre ile sınırlı olmak üzere, işçiye farklı bir iş teklif edilmesi mümkün olacaktır. İşçinin bu teklifi kabul etmemesi halinde yapılabilecek değişiklik feshi geçerli nedene dayanacaktır. Zira işverenin işçinin çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapması için işçinin buna rıza göstermesi gerekmektedir birlikte, işverenin söz konusu değişikliği yapmaktan başka bir çaresinin kalmaması halinde, işverenin işçinin sözleşmesini geçerli nedene dayanarak fesih imkanı bulunmaktadır ki, işverenin bu durumu burada geçerli neden sayılacaktır. Aksi halde işverenin iş güvenliği tedbirlerinin alınmadığı ya da eksik alındığı bir işyerinde işçiyi çalıştırması gerektiği kabul edilmiş olacaktır ki, en temel hak olan yaşama hakkının ihlali anlamına gelen bu durum kabul edilemez.

Fransız Hukukunda, bir kaza veya hastalık sonrasında işçinin işe uygun olmamasından dolayı sözleşme değişikliğinin önerilebileceği, ancak bu değişikliğin tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradeleri ile mümkün olduğu görülmektedir⁸¹⁸.

Diğer taraftan İSGK. m. 25/6, işin durdurulması sebebiyle işsiz kalan işçilere işverenin ücretlerini ödemeye veya ücretlerinde bir düşüklük olmamak üzere meslek veya durumlarına göre başka bir iş vermekle yükümlü olduğunu düzenlemiştir. Söz konusu

⁸¹⁶ Y9HD, 18.01.2012, 2009/37886E, 2012/812K, www.legalbank.net; aynı yönde Y9HD, 11.07.2011, 2009/19275E, 2011/23293K, aynı yer, 04.10.2012.

⁸¹⁷ GÖKTAŞ, Kaçınma Hakkı, 228.

⁸¹⁸ J. Pelissier/A. Supiot/A. Jeammaud, Droit du Travail, 22. ed., Paris, 479, DOĞAN YENİSEY Kübra, Çalışma Koşullarında Değişiklik, III. Yılında İş Yasası, Türkiye Toprak Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, Bodrum 21-25 Eylül 2005, 108'den naklen.

hüküm gereği, işverenin işçiyi meslek veya durumuna uygun başka bir işe nakletmek istemesi halinde, işçilerin buna uyması gerekmekte olup, işçilerin nakli kabul etmemesi, iş sağlığı ve güvenliği kural ve önlemleri bağlamında işverenin sözleşmeyi feshini geçerli kılan sebeplerden birisi olarak kabul edilecektir.

3. Geçerli fesih halleri

İş Kanununun 18. maddesinde işçinin iş sözleşmesinin feshinde geçerli sebepler belirtilmiş olup, geçerli fesih nedenleri Kanununun 25. maddesinde öngörülen ve derhal fesih hakkı tanıyan haklı nedenlerden farklıdır. Bu farklılık, sözleşmede taraflar arasında bulunması gereken güven ilişkisinin sarsılması veya güven temelini çökmesi ile açıklanmaktadır. İş sözleşmelerinin ortak özelliği olan taraflar arasında sıkı bir kişisel güven ilişkisi kurma durumu, taraflardan birinin davranışı yüzünden sarsılır veya çökerse, diğer tarafın artık iş sözleşmesini devam ettirmesi beklenemeyecektir⁸¹⁹. İşçinin davranışı sonunda, işveren için dürüstlük kuralları gereği ilişki çekilmez hale gelmiş, başka bir deyişle güven temeli çökmüşse, işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı doğacaktır. Ancak, işçinin davranışının güven temelini çökertecek ağırlıkta olmamasına rağmen, işin normal işleyişini bozması, işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkilemesi ve işverenin iş ilişkisine devamının makul ölçüler içinde beklenemediği hallerde, İşK. m. 18/I uyarınca geçerli fesih hakkı doğacaktır⁸²⁰.

Geçerli fesih nedenleri işçiden veya işletmeden kaynaklanan nedenlere dayanmakla birlikte, konumuz açısından önem arz eden nedenler işçiden kaynaklanmaktadır. Bunlar, işçinin davranışları ile yeterliliğinden kaynaklanan nedenler olarak ikiye ayrılır (İşK. m. 18).

İşçinin iş sağlığı ve güvenliği kurallarına uymaması halinde işverenin haklı nedenle fesih sebepleri işçinin işyerinde iş sağlığı ve güvenliğini tehlikeye düşürmesi; işçinin hatırlatıldığı halde görevlerini yapmamakta ısrar etmesi; işçinin içki ve uyuşturucu

⁸¹⁹ SÜZEK, İş Hukuku, 592-593; aynı yazar, Askı, 37.

⁸²⁰ SÜZEK, İş Hukuku, 593.

kullanma yasağına aykırı hareket etmesi; işçinin devamsızlığı ile hastalığın tedavi edilememesi ve işçinin çalışmasının sakınca arz etmesi olmak üzere yukarıda incelenmişti. Bu sebeplerin haklı fesih nedeni sayılacak ağırlıkta olmaması halinde, aynı sebepler işçinin iş sağlığı ve güvenliği kurallarına uymadığı için işverenin geçerli nedenle fesih sebepleri olarak karşımıza çıkabilecektir. Şöyle ki, İş Kanunu 18. maddesinde genel başlıklar halinde geçerli fesih nedenlerini belirtmiş olup, ayrıntıya girmemiştir. İş Kanununun 25. maddesinde ise daha detaylı olacak şekilde haklı fesih sebepleri belirtilmiştir. Söz konusu iki maddenin incelenmesi neticesinde bazı geçerli fesih nedenlerinin haklı fesih nedenleri ile örtüştüğü görülmektedir. Bu sebeple zaman zaman geçerli fesih nedenleriyle, İş Kanununun 25. maddesinde öngörülen bazı haklı fesih nedenlerini ayırt etmek kolay olmamaktadır. İş sözleşmesinin feshinin geçerli mi haklı nedene mi dayandığı her somut olayın koşulları ayrı ayrı değerlendirilerek tespit edilecektir.

Yargıtay kararlarında da ifade edildiği üzere, işçinin davranışlarından kaynaklanan feshihte takip edilen amaç, işçinin iş sözleşmesine aykırı davranışlarını cezalandırmak veya yaptırıma bağlamak değil; onun sözleşmesel yükümlülükleri ihlale devam etmesinin veya tekrarlamasının önüne geçmektir. İşçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için işçinin iş sözleşmesine aykırı, sözleşmeyi ihlal eden bir davranışının varlığı gerekir. İşçi kusurlu davranışı ile sözleşmeye aykırı davranmış ve bunun sonucunda iş ilişkisi olumsuz bir şekilde etkilenmişse işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih söz konusu olur. Buna karşılık, işçinin kusur ve ihmeline dayanmayan sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı işçiye bir sorumluluk yüklenemeyeceğinden, böyle bir durumda işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli bir fesih nedeninin varlığından söz edilemeyecektir. Geçerli fesih sebebinden bahsedilebilmesi için işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini mutlaka kasıtlı ihlal etmesi şart değildir. İşçinin göstermesi gereken özen yükümlülüğünün ihmali davranış ile ihlali yeterlidir⁸²¹.

⁸²¹ Y9HD, 02.12.2010, 2009/37195E, 2010/35463K, www.legalbank.net; aynı yönde Y9HD, 16.06.2008, 2007/39450E, 2008/15720K, aynı yer, 20.09.2012.

İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin II'nci bendinin (d) fıkrası uyarınca, işçinin işyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde almış olarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması işveren için haklı nedenle derhal fesih nedenidir. Haklı fesih nedeninin doğumu için işçinin mutlaka alkolik veya uyuşturucu madde bağımlısı olması gerekli değildir. İşçinin tıbbi anlamda hastalık olarak nitelendirilebilecek alkol bağımlılığı varsa, hastalığa dayalı işçinin yetersizliğinden kaynaklanan feshin ilkeleri uygulanmalıdır⁸²². Başka bir deyişle, İşK. m. 25/II, (d), açık şekilde işyerine sarhoş veya uyuşturucu madde almış olarak gelmek ve işyerinde alkollü içki veya uyuşturucu madde kullanmanın haklı fesih nedeni olduğunu belirttiğinden, işçi bu davranışlardan birinde bulunmadıysa, alkol bağımlısı da olsa sözleşmesinin haklı nedenle feshedilmesi mümkün değildir. Ancak işçi bu davranışlarda bulunmamasına rağmen, işveren; alkol bağımlısı olduğunu bildiği işçinin iş sözleşmesini geçerli sebeple feshedebilir. Fesih nedeni olarak da hastalığa dayalı işçinin yetersizliğini gösterebilir. İşçinin içkiye düşkünlüğü sebebiyle devamsızlığının İşK. m. 25/I çerçevesinde haklı fesih nedeni olarak kabul edilecek miktarda olması halinde ise fesih elbette haklı nedene dayanır.

Hastalığın uzun süre devamsızlığa sebep olması ise farklı bir geçerli sebep olarak ortaya çıkmaktadır. İş Kanunu m. 18/III, (f), "Hastalık veya kaza nedeniyle 25'inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlığın" geçerli sebep oluşturmayacağını düzenlemiştir. Bununla birlikte işçinin sık sık hastalanmasına ilişkin olarak kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak sık sık hastalanmanın iş görme ediminin gerektiği şekilde ifa edilmesini devamlı olarak olumsuz etkilemesi halinde, işyerinin normal işleyişi bozuluyorsa, işveren geçerli nedenle fesih hakkını kullanabilecektir⁸²³. Yargıtay da aynı doğrultuda olmak üzere, davacı işçinin işe devamsızlığının İş Kanunu m. 25/I, (b)'de belirtilen süreyi (ihbar öneli+6 hafta) aşmaması halinde iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilemeyeceğini, buna karşın işçinin sık sık rapor alması ve bu olgunun devam etmesi sebebiyle davalı işverenin iş görme ediminden gerektiği şekilde yararlanamaması ve bu durumun işyerinde olumsuzluk-

⁸²² Y9HD, 16.06.2008, 2007/39450E, 2008/15720K, www.legalbank.net, 03.10.2012.

⁸²³ ŞAHLANAN Fevzi, Hastalık ve Sık Sık Rapor Alma, Tekstil İşveren Dergisi, Kasım 2008, 2.

lara yol açtığına göz önünde bulundurulması durumunda, iş sözleşmesinin işverence geçerli nedenle feshinin mümkün olduğunu karara bağlamaktadır⁸²⁴.

İş Kanununun 25. maddesinde yer alan bir diğer fesih nedeni, işçinin işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratmasıdır. Buna göre işçinin işverene vermiş olduğu zararın 30 günlük ücretinden fazla olmaması halinde işverenin işçinin sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi mümkün değildir. Ancak işçinin bu hareketi, işçinin davranışları sebebiyle fesih gerekçesi olarak sayılabılır. Nitekim Yargıtay bir kararında aynen şu ifadeleri kullanmıştır: “Dosya içeriğine, toplanan delillere göre işçinin iş sözleşmesi davalı işverence “Forklift kullanma yeterliliği” olmamasına rağmen, kullanarak işçi sağlığı ve güvenliğini tehlikeye atma, kalıp ve duvarlara zarar verme nedeni ile 4857 sayılı İş Kanununun 25/II, (1) maddesi uyarınca feshedilmiştir. Somut olayda davacı işçinin bu eylemi kendi savunması ve diğer deliller ile sabittir. Ancak meydana gelen zarar işçinin 30 günlük ücretinden azdır. İş sözleşmesinin feshedilmesinin, zararın 30 günlük ücretten az olması nedeni ile haklı nedene dayanmadığı doğru ise de geçerli neden olmadığı ileri sürülemez. Zira haklı fesih ile geçerli fesih kavramları farklıdır. Her haklı fesih geçerli nedene dayanır. Ancak her geçerli fesih, haklı fesih değildir. Davacı davranışlarından kaynaklanan nedenle işçi sağlığı ve iş güvenliğini tehlikeye atmış ve işyerinde olumsuzluklara neden olmuştur. Fesih geçerli nedenlere dayandığına göre, işe iade isteğinin reddi gerekir”⁸²⁵.

Haklı fesih ağırlığında olmamakla birlikte geçerli fesih nedeni olarak kabul edilen bir başka fesih nedeni yine farklı bir Yargıtay kararında şu şekilde incelenmiştir: “İşyerinde tanker şoförü olarak çalışan davacının işyerindeki çalışma süresi yaklaşık bir yıl olduğu halde bu süre içinde hakkında birçok kez tutanak ile açıklaması alınmış ve işçi ihtarla cezalandırılmıştır. Davacı, Dolum ve Park Kuralları ile Emniyetli Sürüş Değerlendirme

⁸²⁴ OKTAY ÖZDEMİR Saibe/ALPAGUT Gülsevil, Türk Hukukuna Göre Epilepsi Hastalarının Hakları, Nöropsikiyatri Arşivi, S. 47, 2010, 290.

⁸²⁵ Y9HD, 17.01.2006, E. 2005/36747, K. 2006/340, ÇİL, 3167-3168; aynı yönde Y9HD, 06.12.2010, 2010/33311E, 2010/36164K, www.legalbank.net, 20.09.2011; Y9HD, 02.12.2010, 2009/37195E, 2010/35463K, aynı yer.

Formunu iş sözleşmesinin eki olarak imzalamış, içeriğini kabul etmiştir. Davacının fiilen gerçekleştirdiği iş, akaryakıt taşımacılığı olup, içerdiği tehlike riski nedeniyle yüksek güvenlik standartları gerektirmektedir. Bu anlamda gerekli tedbirleri almak konusunda da işveren üzerine düşen görevleri yerine getirmiştir. Oysa davacı daha önce kendisine bildirilen güvenlik tedbirlerini yeterince uygulamayarak, dolum ve boşaltım kurallarına uymayarak iş disiplini ve güvenliğini bozucu, işyerinde olumsuzluklara neden olan davranışta bulunmuştur. Bu nedenle davacının geçmiş çalışma şekli taraflar arasındaki iş sözleşmesinin yürütülmesini sağlamasına engel olduğundan iş akışını bozmaya neden olmuştur. Davacının bu eylemleri haklı fesih ağırlığında olmayıp geçerli fesih ağırlığında olduğundan fesih geçerli nedene dayanmaktadır. Davanın reddi gerekirken yazılı şekilde kabul edilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir⁸²⁶.

İşçinin iş sağlığı ve güvenliği kurallarına uymaması halinde işverenin geçerli sebeple fesih nedenlerinin tamamının burada sistematize edilerek incelenmesi mümkün olmadığından, çalışmamızda uygulamada en sık karşılaşılan nedenler üzerinde durulmuştur. Bu çerçevede işçinin herhangi bir davranışının işveren açısından geçerli bir fesih nedeni olup olmadığı yargılama sırasında ortaya çıkacak olup, değerlendirmeler her somut olayın koşullarına göre değişir.

V. İşverenin İşçisi Olmayan İşçilerin İş Sözleşmelerinin Feshi

İşçilerin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini ihlal etmeleri halinde, işverenin işçilerin sözleşmelerini feshetmesi mümkündür. Ancak işyerinde sadece işverenin kendi işçileri çalışmamaktadır. Geçici iş sözleşmesi ile çalışan işçiler ile asıl işveren-alt işveren ilişkisi çerçevesinde çalışan alt işveren işçileri de bulunabilmektedir. Bu konu yukarıda incelendiğinden burada sadece katıldığımız görüş belirtilmekle yetinilecektir⁸²⁷.

⁸²⁶ Y9HD, 01.06.2011, 2010/3363E, 2011/16270K, www.legalbank.net; farklı bir karar için bkz Y9HD, 14.09.2009, 2008/39065, 2009/22708K., aynı yer, 20.09.2012.

⁸²⁷ Bkz. 3. Bölüm, §11, V.

Geçici iş ilişkisine göre çalışan geçici işçi, her ne kadar işgörme borcunu sürekli işverene değil, geçici işverene ifa etse de, geçici iş ilişkisine yazılı onay veren işçinin, geçici işverenine karşı işgörme borcuna aykırı davranması, sürekli işverenine karşı da işgörme borcunun ihlali anlamına gelmektedir. Bu sebeple sürekli işveren, adı geçen nedene dayanarak geçici işçinin sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir⁸²⁸. Ancak sözleşmenin tarafı olmayan geçici işverenin geçici işçinin iş sözleşmesini feshetmesi mümkün değildir⁸²⁹.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde de alt işveren işçisinin sözleşmesini gerekli koşullar oluştuğunda haklı nedenle feshetme yetkisi yalnızca alt işverene aittir⁸³⁰. Ancak, asıl işverenin sadece, alt işverene iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine imkan tanıyan davranışları bildirmesi ve alt işverenden gereğinin yapılmasını istemesi mümkündür⁸³¹.

⁸²⁸ CANIKLIOĞLU, Geçici İş İlişkisi, 131.

⁸²⁹ SÜZEK, Soru-Cevap-Tartışma 160; CANIKLIOĞLU, Geçici İş İlişkisi (Soru-Cevap-Tartışma), 166.

⁸³⁰ ÇANKAYA/ÇİL, 46; AYKAÇ, 249.

⁸³¹ AYKAÇ, 249-250.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN YERİNE GETİRMEMESİ HALİNDE İŞVERENLERE UYGULANAN YAPTIRIMLAR

§12. İDARİ YAPTIRIMLAR

I. Genel Olarak

İdare, kamu düzenini ve güvenini, genel huzur ve asayişini, halkın sağlığını korumak ve geliştirmekle görevli olup, bu görevlerini gerçekleştirmek için öngörölmüş emir ve yasaklara idare edilenlerin uymasını sağlamak amacıyla gerektiğinde yaptırımı başvurmuştur. İdari yaptırımlar, yasaların yetki verdiği hallerde, yargı kararına ihtiyaç duymaksızın ve kendi kararı ile idare hukukuna özgü usulleri kullanmak suretiyle idarenin kamu yararını korumak maksadıyla verdiği cezalardır⁸³². Anayasa Mahkemesi de, konuyla ilgili bir kararında idari yaptırımı “İdarenin bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği yetkiye dayanarak idare hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya bir işlemi ile uyguladığı yaptırımlarla, verdiği cezalara 'idari yaptırım' denilmektedir.” şeklinde tanımlamıştır⁸³³.

İdari yaptırımlar, kamu düzenini bozacak nitelikteki davranışları önleyicilik özelliği taşımaktadır⁸³⁴. Önleyici nitelikleri gereği cezalara göre daha hafif ihlallere yönelik olup, idari ihlal fiili, hiçbir zarara yol açmamış olsa bile uygulanabilmektedir⁸³⁵. İdari yaptırımların asıl amacı, işvereni cezalandırmaktan ziyade onu iş sağlığı ve güvenliği

⁸³² SÜZEK, İş Güvenliği, 253; GÖLCÜKLÜ Feyyaz, İdari Ceza Hukuku ve Anlamı, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 18, S.2, 1963, 116-117; İdari yaptırımların özellikleri hakkında detaylı bilgi için bkz. EROL Atanur, İdari Yaptırımların Hukuki Nitelikleri ve İdari Yaptırım Kararlarına Karşı Yargısal Başvuru Yolları, Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Edirne 2009 <http://193.255.140.18/Tez/0074441/METIN.pdf>, 8-19 (25.03.2012).

⁸³³ Anayasa Mahkemesi'nin 23.10.1996 tarih ve E. 1996/48, K. 1996/41 sayılı kararı, GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, 10. bası, Ankara 2011, 239'da dn. 220.

⁸³⁴ OĞURLU Yücel, İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayrımı, <http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/icindekiler.php?id=8> (12.04.2012).

⁸³⁵ KALABALIK Halil, İdare Hukuku Ders Notları, Trabzon 2001, 497.

kurallarına uymaya zorlamak ve iş kazası ve meslek hastalıklarının ortaya çıkmasını önlemektir⁸³⁶.

İdari yaptırımlar idari düzenin ihlalden önce veya sonra kullanılabilen olup, ihlalden önce uygulandıklarında önleyici işlev görmekte, idari düzenin ihlalden sonra ise zorlayıcı yapısıyla toplumun korunması ve ihlalden sorumlu kişinin ıslahını sağlamaktadırlar⁸³⁷. Dolayısıyla, idari yaptırımların uygulanabilmesi için mutlaka ihlalin gerçekleşmesi, örneğin iş kazası sonucunda bir zararın ortaya çıkması gerekmektedir.

İdari yaptırımlar yargıç kararına gerek duyulmadan, idarece re'sen uygulanabilmektedir⁸³⁸. Bu çerçevede sadece idare içinde yer alan makam ve mercilerin idari işlem niteliğindeki kararları idari yaptırımdır. İdari yaptırımların uygulanabilmesi için yargı kararına ihtiyaç duyulmaması, bunların tamamen yargı denetimi dışında kaldıkları anlamına gelmeyecektir. Zira Anayasa m. 125/1'e göre idarenin her türlü işlemine karşı yargı yolu açıktır⁸³⁹.

İdari yaptırımlar hukuksal nitelikleri gereği tek yanlı idari işlemlerdir. İdari yaptırım kararının tek yanlı olması, idari yaptırım kararının geçerli olarak hukuki sonuçlar doğurabilmesi için ilgisinin kabul beyanına ihtiyaç bulunmaması ve işlemi yapanın iradesinin yeterli olması anlamına gelmektedir⁸⁴⁰.

İdari yaptırımlar uzun zaman alabilecek yargısal denetim yerine, idare tarafından verildiklerinden, süratli ve etkindirler⁸⁴¹. Zira kamu yararı derhal önlem almayı zorunlu kılmakta, süratin sağlanması isteği idari yaptırım yolunun seçilmesini

⁸³⁶ SÜZEK, İş Güvenliği, 255-256.

⁸³⁷ OĞURLU, <http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/icindekiler.php?id=8>.

⁸³⁸ GÖLCÜKLÜ, 136; SÜZEK, İş Güvenliği, 254.

⁸³⁹ SÜZEK, Yaptırımlar, 180; SERATLI, İş Sağlığı ve Güvenliği, 205.

⁸⁴⁰ ERKUT Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturması Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Ankara 1990, 13.

⁸⁴¹ GÖLCÜKLÜ, 130, 134.

gerektirmektedir⁸⁴². Ancak idari yaptırımların belirleyici farklılığı yargı kararına gerek olmaksızın uygulanmaları ve usul konusunda ortaya çıkmaktadır. İdarenin yaptırım uygulayabilmesi için bu yetkinin yasa ile idareye tanınmış olması gerekmektedir. İdari yaptırımların yasallık unsuru olarak ifade edilen bu özelliği, idari yaptırımların önceden yayınlanmış, dolayısıyla bilindiği varsayılan hukuk kurallarına dayanması zorunluluğunu ortaya çıkarmaktadır⁸⁴³.

İdarenin işlemlerinin uygulanabilmesi ve hukuksal sonuçlarını doğurmaları ilgililerin rıza ve kabullerine bağlı değildir. Zira idari yaptırımlar icrai nitelik taşımaktadırlar. İcrai bir işlemin yasada belirtilen bir yaptırımının bulunması halinde, bu yaptırım uygulanacak olup, başkaca bir yaptırımın tercih edilmesi mümkün değildir⁸⁴⁴.

İdari yaptırımların bir diğer özelliği oransallık ilkesidir. Bu ilke hukuk düzenine aykırılık ile bu aykırılığın karşılığını oluşturan yaptırım arasında belirli bir oranın bulunması, nispeten hafif bir yaptırımla istenen amaca ulaşmak mümkün ise daha ağır bir yaptırım seçilmemesinin gerekmesi anlamına gelmektedir⁸⁴⁵. İdarenin yargı organının kararı olmaksızın doğrudan yaptırım uygulaması, kuvvetler ayrılığı ve yargılama ödevinin bağımsız yargı organınca yerine getirilmesi ilkesine, ilkenin kişi hak ve özgürlüklerini yürütme organına karşı güvence altına alan niteliğine uygun olmayacaktır. Bu durum ceza yargılamasının kişiye etkili biçimde savunma olanağı tanıyan güvenceli usul kurallarından yoksun kalmasına da yol açabilecektir⁸⁴⁶. Bunun gerçekleşmemesi ise idarenin yaptırım uygulama yetkisi, idari yaptırımların önceden yasayla öngörülmüş bulunması (yasallık ilkesi) ve idarenin kararına karşın yargı organı

⁸⁴² SÜZEK, İş Güvenliği, 255.

⁸⁴³ SÜZEK, İş Güvenliği, 254-255.

⁸⁴⁴ YAYLA Yıldızhan, İdare Hukuku I, 1.bası, İstanbul 1990, 122-123.

⁸⁴⁵ SÜZEK, İş Güvenliği, 256.

⁸⁴⁶ GÖLCÜKLÜ, 130 vd., 136 vd.; SÜZEK, Genel Esaslar, 160; CANIKLIOĞLU /CANBOLAT, 226.

önünde itiraz hakkı tanınması ve yaptırımların mümkün olduğu kadar sınırlı tutulması ile sağlanacaktır⁸⁴⁷.

İdari yaptırımların uygulanmasında yargısal usuller değil, idare hukukuna özgü usuller geçerli olmakta, bu usul ise ceza yargılamasından farklı olarak kişiye kendisini etkili biçimde savunma imkanı vermemekte, ispat yükü yer değiştirerek suç işlediği iddia olunan kişi suçsuzluğunu ispatlamak zorunda kalmaktadır⁸⁴⁸. Zira idari yaptırımların bir diğer özelliği, hukuka uygunluk karinesidir. Bu karine, idarenin işlemlerinin hem yasal bir dayanağının olduğu hem de hukuka uygun bulunduğu varsayımına dayanmaktadır. Dolayısıyla, idari yaptırım kararları idari yargıda dava konusu edilip iptal edilerek hukuka aykırılıkları ispat edilmediği sürece, hukuka uygun kabul edilmekte⁸⁴⁹, idari yaptırım kararının hukuka uygun varsayılması sebebiyle de yaptırım kararının iptali için açılan davada ispat yükü davacıya düşmektedir⁸⁵⁰. Ancak, idari yargıda ispat külfetinin davacıda olması, medeni usul hukukundaki kadar katı uygulanmamaktadır. Zira idari yargıda “re’sen inceleme ilkesi” geçerlidir. İdari yargı mercii, dava konusu hakkında re’sen inceleme yaparak idari yaptırım kararının hukuka aykırı olduğuna karar verebilmektedir⁸⁵¹.

İdarenin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini ihlal ettiğini tespit ettiği işveren ve işyerlerine uygulanacak idari yaptırımlar: işin durdurulması, işçilerin çalışmaktan alıkonulması ile idari para cezalarıdır.

II. İşin Durdurulması

1. Genel olarak

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 37. maddesi ile İş Kanununun “İşin Durdurulması veya İşyerinin Kapatılması” başlıklı 79. maddesi kaldırılmış, İSGK. m. 25 ile yeni bir

⁸⁴⁷ SÜZEK, İş Güvenliği, 254-255; aynı yazar, Genel Esaslar, 160; CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, 226.

⁸⁴⁸ GÖLCÜKLÜ, 137; SÜZEK, İş Sağlığı, 254.

⁸⁴⁹ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, Bursa 2003, 572.

⁸⁵⁰ ATAY Ender, İdare Hukuku, Ankara 2006, 360; SÜZEK, İş Sağlığı, 254.

⁸⁵¹ EROL, 9; AKBULUT Ali Şahin, İş Hukukunda İdari Para Cezaları, Ankara 2007, 19.

düzenleme getirilmiştir. Buna göre 4857 sayılı Kanun m. 79'dan farklı olarak İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile işyerinde çalışanlar için hayati bir husus tespit edildiğinde, bu tehlike giderilinceye kadar, işyerinin bir bölümünde veya tamamında iş durdurulabilecektir. İş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmeyen işverenin işyerinin kapatılması ise mümkün olmayacaktır.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunundan önce İş Kanunu mülga m. 79, işin durdurulması ve işyerinin kapatılmasını aynı nedenlere bağlamıştı. Bu çerçevede, yaptırımlardan hangisinin uygulanacağı, tehlikenin oranı/ağırlığı ve işyerinin bir bölümünde ya da tümünde ortaya çıkması ile ilgiliydi. Dolayısıyla işyerinde belirli bir makinada ya da tesisatta işin durdurulması ile tehlikenin giderilmesinin mümkün olması halinde, işyerinin tümünün kapatılması yerine, işin durdurulmasının tercih edilmesi gerekmektedir. Zira idari yaptırımların oransallık ilkesi uyarınca, daha hafif bir yaptırımla amaca ulaşma olanağının bulunması halinde, daha ağır bir yaptırımı uygulamaktan kaçınmak gerekmektedir⁸⁵². Bu yönde olmak üzere, üretimin kesintiye uğramaması için işyerinin tamamen kapatılmasından ziyade işyerinin hayati tehlike yaratan bölümünde işin durdurulması yaptırımının tercih edilmesi daha uygun olacaktır⁸⁵³. İşyerinin bir bölümünde veya belirli bir makine ve tesisatta işçilerin yaşamını ve sağlığını tehdit eden acil ve ciddi tehlikelerin varlığı halinde işyerinin o bölümünde işin durdurulacağı, tehlikenin işyerinin tümü ile ilgili olması halinde ise işyerinin kapatılacağı yönünde bir düzenleme yapılmasının daha uygun olacağı belirtilmekteydi⁸⁵⁴. Böylece oransallık ve yasallık ilkesinin tam olarak ve birlikte uygulanması mümkün olacak, taraflar hangi hallerde işin durdurulup hangi hallerde kapatılacağını daha net olarak bileceklerdi.

İşyerinin kapatılması işyerinin kapısının mühürlenmesi ve işe giriş çıkışın tamamen engellenmesiyle, işin durdurulması sadece durdurulan kısımda faaliyette

⁸⁵² SÜZEK, İş Güvenliği, 290-291; benzer yönde DEMİRCİOĞLU Murat, İş Sağlığı ve Güvenliğinde Kamusal Yaptırımlar, Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008, 494 (Kamusal Yaptırımlar).

⁸⁵³ SÜZEK, Öneriler, 322.

⁸⁵⁴ SÜZEK, İş Güvenliği, 290.

bulunulmamasıdır. Oysa İSGK., işin durdurulmasının işyerinin bir bölümünde uygulanabileceği gibi tamamında da uygulanabileceğini düzenlemiştir. Dolayısıyla fiilen işyerinin kapatılmasının sonuçları oluşacaktır⁸⁵⁵. Ancak işyerinde hayati bir tehlikenin varlığı halinde işin durdurulması mı işyerinin kapatılması yaptırımının mı uygulanacağı yönündeki tartışmalar son bulmuştur. Kanun koyucu yaptırımın işin durdurulması olacağını belirlemiştir. İşyerinin bir bölümünde mi tamamında mı işin durdurulacağı, durdurma kararını verecek heyet tarafından belirlenecektir.

2. İşin durdurulmasının koşulları

İşyerlerinde işin durdurulmasının ilk koşulu, kanun koyucunun belirlediği işin durdurulmasına gerekçe oluşturan durumlardan birinin varlığıdır. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, “İşin Durdurulması” başlıklı 25. maddesinde iki halde işin durdurulacağını düzenlemiştir. Bunlardan ilki işyerindeki bina ve eklentilerde, çalışma yöntem ve şekillerinde veya iş ekipmanlarında çalışanlar için hayati tehlike oluşturan bir hususun tespit edilmesidir⁸⁵⁶. Böyle bir durumda bu tehlike giderilinceye kadar, hayati tehlikenin niteliği ve tehlikeden doğabilecek riskin etkileyebileceği alan ile çalışanlar dikkate alınarak, işyerinin bir bölümünde veya tamamında iş durdurulur.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, işin durdurulması için tehlikenin hayati olmasını aramış, acil veya yakın olmasını gerekli görmemiştir. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunundan önce de işin durdurulması veya işyerinin kapatılması için aynı koşulun yeterli olduğu belirtilmelidir. Dolayısıyla yakın ve acil olmamasına rağmen uzun vadede ölüme sebep olacak tehlikelerin varlığı önceden olduğu gibi bugün de işin durdurulması için yeterlidir⁸⁵⁷.

⁸⁵⁵ CANIKLIOĞLU, İşverenin Yükümlülükleri, 79.

⁸⁵⁶ Amerikan İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun, işin durdurulması ve işyerinin kapatılması için getirdiği ölçü, tehlikenin işçinin derhal ölümüne ya da önemli bir fiziksel zarara yol açabilecek nitelikte olmasıdır (m. 13/a).

⁸⁵⁷ 1475 sayılı Yasa Döneminde bu görüş için bkz. SÜZEK Sarper, İşyerinin Kurulması, Faaliyetin Durdurulması ve Kapatılması, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C.II, İstanbul 2001, 1342 (Faaliyetin Durdurulması).

İşin durdurulması için gerekli olan hayati tehlike, işyerinin konumu ve düzenlenişinden olabileceği gibi çalışma yöntem ve şekillerinden ya da insan merkezli veya doğrudan işyeri kaynaklı olabilir⁸⁵⁸. Örneğin kaçak akım rollerinin olmaması sebebiyle işçilerin elektrik akımına kapılma riskinin olması, geçici işyerlerinde çadırda barınma yapıldığının tespit edilmesi vb. haller işçilerin yaşamına mal olabilecek önemli bir iş güvenliği tehlikesi ve yaşamsal bir tehlike oluşturduğundan, böyle durumlarda işyerinde işin durdurulması mümkündür.

Hayat için tehlikeli olma koşulu, dar bir ölçü getirmiştir. Ancak bu konuda dar yorum yapmamak gerekmektedir. İşçiyi öldürecek derecede yoğunluk aranmamalı ve ciddi bir tehlike yeterli sayılmalıdır. Hatta öğretide ölümlerle sonuçlanmayacak bir meslek hastalığının önlenilebilir özelliği olsa dahi, bu hastalığın hayati tehlike olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁸⁵⁹. Ancak iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanabilmesi için işçilerin sağlığını veya bedensel bütünlüklerini tehdit eden tehlikenin yakın ve ciddi olmasının yeterli sayılması daha uygun olacaktır⁸⁶⁰. Diğer taraftan işçiler için yakın ve ciddi bir tehlike olmakla birlikte, bu tehlikenin hayati olup olmadığının tespiti kolay değildir. Tehlikenin hayati olup olmadığı, iş güvenliği müfettişleri ile işverenler arasında çoğu zaman uyuşmazlık konusu yapılmaktadır⁸⁶¹.

İkinci işin durdurulması sebebi ise çok tehlikeli sınıfta yer alan maden, metal ve yapı işleri ile tehlikeli kimyasallarla çalışılan işlerin yapıldığı veya büyük endüstriyel kazaların olabileceği işyerlerinde, risk değerlendirmesinin yapılmamış olması halidir (İSGK. m. 25/1)⁸⁶². Bu hüküm ile tehlike potansiyeli bakımından özelliği olan işyerlerinde henüz bir tehlike ihtimali ortaya çıkmadan en baştan ciddi tedbirlerin

⁸⁵⁸ KILIÇ, 144.

⁸⁵⁹ KILIÇOĞLU Mustafa, 4857 sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul 2005, 588 (Yorum); KILIÇ, 144.

⁸⁶⁰ SÜZEK, İş Güvenliği, 292; SERATLI, İş Sağlığı ve Güvenliği, 208; KILIÇ, 146.

⁸⁶¹ SÜZEK, İş Güvenliği, 267.

⁸⁶² İSGK. m. 30/2, (c) gereği, risk değerlendirmesi ile ilgili olarak; risk değerlendirmesinin hangi işyerlerinde ne şekilde yapılacağı, değerlendirme yapacak kişi ve kuruluşların niteliklerinin belirlenmesi, gerekli izinlerin verilmesi ve izinlerin iptal edilmesi Bakanlıkça çıkarılacak Yönetmelikle düzenlenecektir. Sözü edilen Yönetmelik, İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliğidir (RG. 29.12.2012, 28512).

alınması sağlanmak istenmiştir⁸⁶³. 4857 sayılı Kanunun mülga 79. maddesi ise İSGK'dan farklı olarak, sadece hayati tehlikenin varlığı altında işin durdurulup kapatılabileceğini düzenlemiş, başkaca bir sebeple işin durdurulabileceğini kabul etmemiştir.

Çok tehlikeli sınıfta yer alan maden, metal ve yapı işleri ile tehlikeli kimyasallarla çalışılan işlerin yapıldığı veya büyük endüstriyel kazaların olabileceği işyerleri ile nerelerin kastedildiği, İşyerlerinde İşin Durdurulmasına Dair Yönetmelik'de (İİDY.)⁸⁶⁴ açıklanmıştır. Buna göre büyük endüstriyel kaza olabilecek işyeri Büyük Endüstriyel Kazaların Kontrolü Hakkında Yönetmelik⁸⁶⁵ kapsamına giren işyerlerini; maden işleri, İşkolları Yönetmeliğine⁸⁶⁶ göre madencilik ve taşocakları işkolunda olup, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 9'uncu maddesi uyarınca çıkarılan tebliğde çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde yapılan işleri; metal işleri, İşkolları Yönetmeliğine göre metal işkolunda olup, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 9'uncu maddesi uyarınca çıkarılan tebliğde çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde yapılan işleri; tehlikeli kimyasallarla çalışılan işler, İşkolları Yönetmeliğine göre petrol, kimya, lastik, plastik ve ilaç işkolunda olup, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 9'uncu maddesi uyarınca çıkarılan tebliğde çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde yapılan işleri; yapı işleri, İşkolları Yönetmeliğine göre inşaat işkolunda olup, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 9'uncu maddesi uyarınca çıkarılan tebliğde çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde yapılan işleri ifade etmektedir (İİDY. m. 4/b).

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 10, işverenin risk değerlendirmesi yükümlülüğünü düzenlemiş olup, aynı Kanunun 3. maddesinde işyerinde var olan ya da dışarıdan

⁸⁶³ GEREK, 15.

⁸⁶⁴ RG. 30.03.2013, 28603.

⁸⁶⁵ RG. 18.08.2010, 27676. Bu yönetmeliğin 7'nci maddesinin birinci, ikinci, üçüncü ve beşinci fıkraları yayımı tarihinde, diğer maddeleri ise yayımı tarihinden iki yıl sonra yürürlüğe girecekti. Ancak 31.07.2012 tarih ve 28370 sayılı resmi gazetede "Büyük Endüstriyel Kazaların Kontrolü Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik" ile söz konusu Yönetmeliğin 23. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde yapılan değişiklik sonrasında, diğer hükümler 18.08.2010'da değil, 01.01.2014'te yürürlüğe girecektir.

⁸⁶⁶ RG. 19.12.2012, 28502.

gelebilecek tehlikelerin belirlenmesi, bu tehlikelerin riske dönüşmesine yol açan faktörler ile tehlikelerden kaynaklanan risklerin analiz edilerek derecelendirilmesi ve kontrol tedbirlerinin kararlaştırılması amacıyla yapılması gerekli çalışmalar risk değerlendirmesi olarak tanımlanmıştır.

Öğretide, belirlenen işkollarında faaliyet gösteren işyerleri bakımından sadece risk değerlendirmesinin yapılmamış olmasının işin durdurulması yaptırımına bağlanmasının, amacı aşacak bir yaptırım olduğu, diğer taraftan risk değerlendirmesinin yapılmaması ya da yaptırılmaması halinde m. 26 gereği 3000-TL, aykırılığın devam ettiği her ay için 4500-TL idari para cezası verileceğinin düzenlendiği, hem yüksek bir para cezasının belirlenmesi hem de işin durdurulması cezasının getirilmesinin tek bir aykırılığa getirilen çok ağır bir yaptırım olduğu ve suç ve cezada orantılılık ilkesi ile bağdaşmayacağı ifade edilmiştir⁸⁶⁷. Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira sözü edilen işkolları iş kazasının en sık rastlandığı ve en tehlikeli işyerleri olup, bu işyerlerinde risk değerlendirmesinin yapılması hayati önem taşımaktadır. Kanun koyucu da caydırıcılık sağlaması bakımından cezaları yüksek tutmuştur. Bu noktada sözü edilen işyerlerinde işverenin yapması gereken tek şey risk değerlemesi yapıp ya da yaptırıp, riskleri belirleyerek tedbirleri almaktadır. İşverenin işyerinde iş sağlığı ve güvenliğini sağlaması için gerekli olan bu yükümlülüğe uygun davranması durumunda işyerinde ne iş durdurulur ne de işveren idari para cezası ödemek zorunda kalır.

İşyerlerinde İşin Durdurulmasına Dair Yönetmelik, işyerindeki bina ve eklentilerde, çalışma yöntem ve şekillerinde veya iş ekipmanlarında çalışanlar için hayati tehlike oluşturan bir husus tespit edildiğinde veya çok tehlikeli sınıfta yer alan maden, metal ve yapı işleri ile tehlikeli kimyasallarla çalışılan işlerin yapıldığı veya büyük endüstriyel kazaların olabileceği işyerlerinde risk değerlendirmesi yapılmamış olması durumlarında işyerinin bir bölümünde ya da tamamında bu tehlike giderilinceye kadar işin durdurulması ile bu Yönetmeliğe göre durdurma kararı uygulanmış işyerinde çalışmaya tekrar başlanmasına izin verilmesinin usul ve esaslarını belirlemektir (İİDY. m. 1).

⁸⁶⁷ AKTEKİN, Yükümlülükler, 9.

İşyerlerinde İşin Durdurulmasına Dair Yönetmelik, askeri işyerleri ile yurt güvenliği için gerekli maddeler üretilen işyerlerinde işin durdurulmasına dair iş ve işlemlerin, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 24'üncü maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca yürürlüğe konulan yönetmeliğe göre yerine getirileceğini düzenlemiş, bu doğrultuda Askeri İşyerleriyle Yurt Emniyeti İçin Gerekli Maddeler Üretilen İşyerlerinin Denetimi, Teftişi ve Bu İşyerlerinde İşin Durdurulması Hakkında Yönetmelik (AİY) yürürlüğe girmiştir⁸⁶⁸.

İşin durdurulmasının ikinci koşulu, iş sağlığı ve güvenliği bakımından teftişe yetkili üç iş müfettişinden oluşan heyetin bu konuda karar vermesidir. Tehlikenin hayati olup olmadığının tespiti tümüyle heyetin takdirine bırakılmıştır.

3. İşin durdurulması kararını verecek merci

a. Kural olarak

İşin durdurulması kararını verecek olan merci konusunda birbirinden farklı sistemler bulunmaktadır. Bunlardan biri “iş denetim örgütü”nü diğeri de “mahkemeler”i yetkili kılan sistemdir⁸⁶⁹.

Hukukumuzda işin durdurulması kararı, iş sağlığı ve güvenliği bakımından teftişe yetkili iş müfettişinin tespiti üzerine, iş sağlığı ve güvenliği bakımından teftişe yetkili üç iş müfettişinden oluşan heyet tarafından verilmektedir (İSGK. m. 25/2)⁸⁷⁰. İşin durdurulması için eskiden olduğu gibi İSGK'dan sonra da bir mahkeme kararına gerek bulunmamaktadır. Kararı verecek olan heyetin kuruluşu, çalışma usulü, karar verme biçimi “İşyerlerinde İşin Durdurulmasına Dair Yönetmelik” ile düzenlenmiştir⁸⁷¹. Buna göre

⁸⁶⁸ RG. 16.08.2013, 28737.

⁸⁶⁹ Söz konusu sistemler hakkında bilgi için bkz. SÜZEK, İş Güvenliği, 268-273; KÖSEOĞLU, Kapanmanın İş Sözleşmelerine Etkisi, 139 vd.

⁸⁷⁰ Acele hallerde işyerini inceleyen iş müfettişinin, heyet tarafından karar alınıncaya kadar işi durdurması mümkün olup (İSGK. m. 25/2), bu konu 4. Bölüm, §12, II, 9'da incelendiğinden burada tekrardan kaçınılmıştır.

⁸⁷¹ RG. 30.03.2013, 28603.

ÇSGB İş Teftiş Kurulu Başkanlığı, heyete başkanlık edecek müfettişi belirleyecek olup, birden fazla heyet oluşturulması mümkündür (İİDY. m. 5/1, 2).

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunundan önce işin durdurulması kararı, işyerlerini iş sağlığı ve güvenliği bakımından denetlemeye yetkili iki müfettiş, bir işçi ve bir işveren temsilcisi ile Bölge Müdüründen oluşan beş kişilik bir komisyon tarafından verilmekteydi (İşK. m. 79/I, İİDKDY. m. 5/ 1). Komisyona işçi temsilcisi olarak, bölge müdürlüğü görev alanı içinde her işkolu için, kendisine mensup işçi sayısı en yüksek olan işçi sendikaları konfederasyonu yönetim kurulunca bir asil, bir yedek üye seçilmekteydi (İİDKDY. m. 5/4). Bu noktada komisyona seçilecek işçi temsilcisinin toplu iş sözleşmesinin tarafı sendikadan olması gerekmekteydi. Zira herhangi bir toplu iş sözleşmesinin kapsamına girmeyen işyerlerinde de işin durdurulması söz konusuydu. Komisyona üye seçecek sendikanın mutlaka toplu sözleşmenin tarafı olmasının gerekmemesi bu anlamda önem taşımaktaydı. Şöyle ki, 2822 sayılı TİSGLK. m. 12'ye göre bir sendikanın toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili olması için Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az %10'unun üyesi olması ve toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyeri veya işyerlerinin her birinde çalışan işçilerin yarıdan fazlasının kendi üyesi bulunması gerekmekteydi. Dolayısıyla bir sendikanın işyerinde işçilerin çoğunluğuna sahip olmasına rağmen işkolunda %10 barajını aşmadığı için toplu iş sözleşmesi yapma hakkını kazanamamış olması mümkündür. Oysa aynı sendika Komisyona işçi temsilcisi seçebilecekti. Diğer taraftan her ne kadar işkolunda %10'a sahip ve işyerindeki işçilerin çoğunluğunu temsil eden sendikanın toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi bulursa da zaman içinde bu sendikanın o işyerinde çoğunluğu kaybetmesi mümkündür. Bu çerçevede söz konusu sendikanın işçilerin çoğunluğunu temsil eden sendika niteliği taşıdığından bahsetmek mümkün değildir. Komisyona üye seçiminin o tarihte işçilerin çoğunluğunu temsil eden sendika tarafından yapılması, işçileri işyerinde gerçek anlamda temsil gücüne sahip sendikaya bu hakkın tanınması açısından yerindeydi⁸⁷². Komisyona işveren temsilcisi olarak seçilecek bir asil ve bir yedek üye de aynı şekilde seçilecekti. Başka bir deyişle, her işkolu için, kendisine mensup işveren sayısı en yüksek olan işveren sendi-

⁸⁷² SÜZEK, İş Güvenliği, 276-277.

kaları konfederasyonu yönetim kurulunca bir asil, bir yedek üye seçilecek olup, konfederasyonca bu Yönetmelikte belirlenen süreler içinde seçim yapılmadığı takdirde, işkolunda en çok üyeye sahip işveren sendikası yönetim kurulunca üyeler seçilecekti (İİDKDY. m. 5/4).

4857 sayılı Kanun mülga m. 79 hükmünün uygulandığı dönemde, durdurma veya kapatma işleminin uygulanıp uygulanmayacağına, iş sağlığı ve güvenliği alanında uzmanlaşmış kişilerin azınlıkta kaldığı bir komisyonun karar verdiği, böylesine zor ve uzmanlık gerektiren bir kararı, konunun uzmanı olmayan kişilerin çoğunluğu oluşturdukları bir komisyona bırakmanın tutarlı olmadığı belirtilmişti⁸⁷³. Yine yaşamsal bir tehlike karşısında işin durdurulması veya işyerinin kapatılması için kural olarak komisyon kararı beklenmesinin tutarsızlık olduğu, maddede bekleme sürecinde işçinin yaşamsal riskten nasıl korunacağına ve çalışanın sağlık ve güvenliği bu önlemler alınmadığı için zarar gördüğünde, bu sorumluluğu kimin üstleneceğinin belirtilmediği ifade edilmişti⁸⁷⁴. Benzer yönde olmak üzere, işçilerin hayatı için tehlikeli bir durumun varlığı halinde gündeme gelen işin durdurulması ya da işyerinin kapatılması yaptırımının komisyonca oylanarak karara bağlanmasının aslında işçinin sağlığının hatta hayatının oylanması anlamına geldiği, oy çokluğunun demokratik bir görünüm arz ettiği akla gelebilirse de, işçi sağlığının/hayatının oylama konusu olmasını anlamanın mümkün olmadığı üzerinde durulmuştu⁸⁷⁵.

İşin durdurma veya işyerini kapatma kararını verecek olan kurulun, yalnızca idari memurlardan değil, işçi ve işveren temsilcilerinden de oluşması, gerek yönetime katılma ve gerekse çalışma yaşamında üçlü temsil ilkelerinin gerçekleştirilmesi bakımından önemli taşımaktadır⁸⁷⁶. İşyerinde bulunmaları sebebiyle işyerindeki iş güvenliği koşullarını yakından bilen işçi ve işveren temsilcileri, iki iş müfettişi ve Bölge Müdüründen oluşan bir komisyonun bu yaptırımlar hakkında karar vermesi, her kesim

⁸⁷³ PİYAL, İş Sağlığı ve Güvenliği, 274-275.

⁸⁷⁴ PİYAL, İş Sağlığı ve Güvenliği, 275.

⁸⁷⁵ AKYİĞİT, Şerh II, 2104.

⁸⁷⁶ CENTEL, Denetim, 99.

temsil edildiği ve üyelerinin tarafsız kişilerden oluşması sebebiyle, dengeli ve adil karar alınmasına imkan tanımaktaydı⁸⁷⁷.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu döneminde de heyet kararı beklenmekte ve bekleme sürecine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak işin durdurulması işveren için son derece ağır bir yaptırım⁸⁷⁸ olup, bu yaptırımın tek kişinin kararına bırakılması yerinde olmaz. Bu sebeple kararın heyete bırakılmasının tutarsızlık olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bekleme sürecinde çalışanın sağlık ve güvenliğinin önlemler alınmadığı için zarar görmesi halindeyse, bunun sorumlusunun iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almayan işveren olacağı şüphesizdir.

4857 sayılı Kanun mülga m. 79 hükmünün uygulandığı dönemde, işin durdurulması veya işyerinin kapatılması kararını verecek olan komisyondaki müfettişlerden biri işyerini denetleyen ve denetim sonucu işin durdurulması ya da işyerinin kapatılmasını teklif eden iş müfettişiydi (İİDKDY. m. 5/2). Dolayısıyla işin durdurulması veya işyerinin kapatılması kararının verilmesi sırasında, komisyonda tehlikeli durum arz eden işyerini bizzat görmüş bir iş müfettişi bulunmaktaydı. İSGK. m. 25 ve bu çerçevede yürürlüğe giren İİDY.'ne göre ise işyerinde incelemeyi yapan ve işin durdurulması gerektiğini tespit eden iş müfettişinin, bu tespitinden sonra kararı üç kişilik iş müfettişi heyetinin vereceğini düzenlemiştir. Dolayısıyla işyerinde işin bir bölümünü veya tamamını durdurma kararı vermeye yetkili heyet üç iş sağlığı ve güvenliği müfettişinden oluşmakla birlikte (İİDY. m.5/1), heyetteki iş müfettişlerinden birinin işyerini teftiş eden müfettiş olması gerekmemektedir. Zira İşK. mülga m. 79 döneminden farklı olarak, ne Kanunda ne de Yönetmelikte bu yönde bir zorunluluk getirilmiştir. İşyerinde durdurma kararı vermeye yetkili heyet işyerinde teftiş yapan müfettiş dışında herhangi üç müfettişten oluşabilecektir. Bu müfettişler, kural olarak işyerini görmeden karar vereceklerdir. Ancak heyet, gerekli görüldüğü takdirde, karara konu işyerinde inceleme

⁸⁷⁷ SÜZEK, İş Güvenliği, 281-282.

⁸⁷⁸ İşin durdurulması veya işyerinin kapatılması durumunda, işveren için asıl ceza; işyerinin durdurulması veya kapatılması nedeniyle ortaya çıkan maliyet yükseklidir (ARICI, İşçi Sağlığı, 122; DEMİR, İş Hukuku, 183).

yapabilecektir (İİDY. m. 6/3). İşyerinde işin durdurulup durdurulmayacağına karar verecek komisyonun, işyerinde inceleme yapmış bir iş müfettişinin içinde olduğu bir komisyon yerine; işyerini görmemiş, işyerindeki tehlikeyi incelememiş herhangi üç iş müfettişten oluşması kanaatimizce uygun değildir.

Aynı zamanda İSGK. ile daha önce heyette yer alan “işçi” ve “işveren” temsilcileri ile “Bölge (Çalışma ve İş Kurumu) Müdürünün” heyetten çıkarılması, buna karşılık müfettiş sayısının ikiden üçe çıkarılması neticesinde, işin durdurulması kararı, iş müfettişlerinin tamamıyla insiyatifine ve insafına terk edilmiştir. Bu durum, “işçinin yönetime katılma” ilkesine aykırıdır⁸⁷⁹. İşçi ve işveren temsilcisinin olmadığı bir komisyonun karar alırken tehlikeyi tüm yönleriyle incelemesi mümkün değildir. Bu sebeplerle de işin durdurulması kararının üç müfettişten oluşan bir heyet tarafından verilmesinin yerinde olmadığı, 4857 sK. mülga m. 79’da düzenlendiği şekilde beş kişilik bir komisyonun karar vermesi gerektiği kanaatindeyiz.

Heyetin 4857 sK. mülga m. 79’daki kişilerden oluşacak şekilde değiştirilmesi durumunda, işin durdurulmasına ilişkin komisyonda görev alacak işçilerin, görevlerini işlerinden endişe etmeden yerine getirmeleri için bu kişilere iş güvencesi tanınması gerekmektedir. 1475 sK. döneminde kurulun işçi temsilcisine, Sendikalar Kanununun 30. maddesinde işyeri sendika temsilcileri için tanınan iş güvencesinin getirilmesinin yerinde olacağı ifade edilmişti⁸⁸⁰. Ancak işyeri sendika temsilcilerinin iş güvenceleri 4773 sayılı Kanundan itibaren geriye gitmiştir⁸⁸¹. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ise işyeri sendika temsilciliği güvencesini mülga 2821 sayılı

⁸⁷⁹ DEMİR Fevzi, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası-17, İşin Durdurulması, <http://www.gozlemgazetesi.com/yazarlar/prof-dr-fevzi-demir/1479-is-sagligi-ve-guvenligi-yasasi-17-isin-durdurulmasi.html>, 05.05.2013; benzer yönde CANIKLIOĞLU, İşverenin Yükümlülükleri, 80.

⁸⁸⁰ SÜZEK, İş Güvenliği, 281.

⁸⁸¹ 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunundan önce işyeri sendika temsilcilerinin güvencesi hakkında bilgi için bkz. GÜZEL Ali, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Güvencesi Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, 28-29 Mayıs 2004, 134-135 (İş Güvencesi); OKUR Ali Rıza, Türk İş Hukukunda Sendika İşyeri Temsilciliği ve Güvencesi, İstanbul 1985, 157 vd.; GÖKTAŞ Seracettin, İşyeri Sendika Temsilcilerinin Teminatı, Osman Güven Çankaya’ya Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Ankara 2010, 314-321 (İşyeri Sendika Temsilcileri).

Sendikalar Kanunu'na göre güçlendirmiştir (m. 24). Dolayısıyla işin durdurulması kararını veren heyetin içine işçi temsilcilerinin de eklenmesi durumunda, söz konusu işçilerin bu güvenceden yararlanmaları gerekmektedir.

b. İstisnai durumda

İş sağlığı ve güvenliği açısından bir tehlike halinde işin durdurulması sadece iş sağlığı ve güvenliği kuruluna özgü bir yetki değildir. İşyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanları da işyerinde çalışanların hayatı ile ilgili bir husus tespit ettiklerinde derhal üst yönetimi bilgilendirip onaylarını alarak işin geçici olarak durdurulmasını sağlayabilmektedir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa göre, işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanları; görevlendirildikleri işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili alınması gereken tedbirleri işverene yazılı olarak bildirecek; bildirilen hususlardan hayati tehlike arz edenlerin işveren tarafından yerine getirilmemesi hâlinde, bu husus Bakanlığın yetkili birimine haber verilecektir (İSGK. m. 8/2). İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik⁸⁸², iş güvenliği uzmanlarının işyerinde belirlediği hayati tehlikenin ciddi ve önlenemez olması ve bu hususun acil müdahale gerektirmesi halinde işin durdurulması için işverene başvurma yetkisinin bulunduğunu düzenlemiştir (m. 10/1,b). İş güvenliği uzmanının işyerindeki hayati tehlikenin ciddi, önlenemez ve acil müdahale gerektirmesi halinde, işin durdurulması için işverene başvurmasına rağmen işverenin bu tespiti dikkate almaması durumunda, iş güvenliği uzmanı Bakanlığın yetkili birimine başvurur (İSGK. m. 8/2). Aynı yönde olmak üzere İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik⁸⁸³ işyeri hekiminin işyerinde belirlediği hayati tehlikenin ciddi ve önlenemez olması ve bu hususun acil müdahale gerektirmesi halinde işin durdurulması için işverene başvurmak yetkisinin bulunduğunu düzenlemiştir (m. 10/1, b). Dolayısıyla işyeri hekimi ya da iş güvenliği uzmanının işyerinde işin durdurulması kararını vermesi, üç iş müfettişinden oluşan heyetin kararı vermesinden farklı bir usule tabi tutulmuştur.

⁸⁸² RG. 29.12.2012, 28512.

⁸⁸³ RG. 20.07.2013, 28713.

Heyetin bu yönde karar vermesi için işçilerin yaşamına dair tehlikeli bir hususun tespit edilmesi yeterliyken, iş güvenliği uzmanının işi durdurma kararı vermesi için tehlikenin hayati olmakla birlikte ciddi, önlenemez ve de acil olması gerekmektedir. Diğer taraftan tehlikenin hayati, ciddi, önlenemez ve de acil olması halinde iş güvenliği uzmanının bu kararı tek başına alması mümkün olmayıp, işveren veya işveren vekilinin onayını almalıdır.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunundan önce öğretide bir yazar, işyeri hekiminin işi durdurma yetkisinin hem hayati hem yakın hem de acil bir tehlikenin varlığı halinde değil, sadece yaşamsal tehlikenin varlığı halinde ve işveren veya vekilinin onayını almaksızın kullanılabilmesinin daha uygun olacağını, hükmün bu şekilde değiştirilmesi gerektiğini ifade etmişti. Aynı yazar, bu kapsamda bir yetkiye günümüzde sahip olmayan işyeri hekiminin, işin durdurulması yönünde işveren veya vekilinden onay alamaması halinde, durumu üyesi olduğu iş sağlığı ve güvenliği kuruluna iletterek işin durdurulması yönünde bir kararın kurulda alınmasını isteyebileceğini, İş Kanununun mülga 80/2. maddesi uyarınca işverenin kurul kararlarıyla bağlı olması sebebiyle durdurma kararını uygulamakla yükümlü olacağını eklemiştir⁸⁸⁴.

Kanaatimizce de hem işyeri hekimi hem de iş sağlığı ve güvenliği uzmanlarının işyerinde yaşamsal bir tehlikenin varlığını tespit etmeleri halinde işin durdurulması kararı verebilmelerinin önünün açılması gerekmektedir. Mevcut sistemimize göre, iş güvenliği uzmanı ya da işyeri hekiminin işyerinde yaşamsal bir tehlikenin varlığı halinde, tehlike ciddi ve acil değilse, durumu iş müfettişine şikayet ederek iş sağlığı ve güvenliği komisyonunun toplanmasını talep etmesi üzerine komisyonun karar almasını sağlaması mümkündür. Zira kanun koyucu işin durdurulması kararının üç iş müfettişinden oluşan bir heyet kararıyla alınabileceğini düzenlemiştir. Bu kararın işyeri hekimleri veya iş güvenliği uzmanlarına bırakılması, kanuna karşı yönetmelik hükmü geçerli olamayacağından mümkün değildir. Ancak iş müfettişlerinin sayısı dikkate alındığında, iş müfettişine şikayette bulunarak, müfettişin duruma müdahalesini

⁸⁸⁴ BAYCIK, Yeni Düzenlemeler, 245-246.

beklemek çok geç olabilir. Tehlikenin yaşamsal olduğu, ciddi ve acil olmadığı ifade edilebilirse de, bir işçiden ciddi ve acil olmasa da yaşamsal tehlike altında çalışmasını beklemek, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması hedefinden uzaklaşılması anlamına gelir. Elbette söz konusu değişikliğin kanunda yapılması ve böylece normlar hiyerarşisinin çiğnenmemesi gerekir.

İşyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanları maaşlarını işverenden almaktadır. Bu durum varılmak istenen hedeften uzaklaşılmasına sebep olacaktır. Zira ücret aldığınız işverenin işyerinde işin durdurulması kararı vermenin pek de kolay olacağı söylenemez. Bu sebeple olması gereken hukuk bakımından bu kişilerin iş güvencesinin sağlanması son derece önem arz eder⁸⁸⁵.

c. Askeri işyerleriyle yurt emniyeti için gerekli maddeler imal olunan işyerlerinde

İşyerlerinde İşin Durdurulmasına Dair Yönetmelik, askeri işyerleriyle yurt güvenliği için gerekli maddeler üretilen işyerlerinin denetim ve teftişi konusu ve sonuçlarına ait işlemlerin, Millî Savunma Bakanlığı ve Bakanlıkça birlikte hazırlanacak yönetmeliğe göre yürütüleceğini düzenlemiştir (İİDY. m. 24/3). Bu çerçevede Askeri İşyerleriyle Yurt Emniyeti İçin Gerekli Maddeler Üretilen İşyerlerinin Denetimi, Teftişi ve Bu İşyerlerinde İşin Durdurulması Hakkında Yönetmelik (AİY) yürürlüğe girmiştir⁸⁸⁶.

Söz konusu Yönetmelik ile askeri işyerleri, diğer askeri işyerleri ve yurt güvenliği için gerekli maddeler üretilen işyerleri ayrımı yapılmıştır⁸⁸⁷.

⁸⁸⁵ SÜZEK, Ders Notları, 32; aynı yazar, Öneriler, 313; aynı yazar, Katılım, 167; CANIKLIOĞLU, Müzakere, 192; aynı yazar, İşveren Yükümlülükleri, Genel Görüşme, 106; AYDIN, İSGK, 16; AKIN, İşyeri Örgütlenmesi, 9; SERATLI, İş Sağlığı ve Güvenliği, 218; OĞUZ, 117.

⁸⁸⁶ RG. 16.08.2013, 28737.

⁸⁸⁷ AİY. m. 4/ (1) Bu Yönetmelikte geçen

a) Askerî işyerleri: Millî Savunma Bakanlığı, Genelkurmay Başkanlığı (Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlığı) ve İçişleri Bakanlığı (Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı) tarafından doğrudan doğruya işletilen askerî işyerlerini,

Askerî İşyerleriyle Yurt Emniyeti İçin Gerekli Maddeler Üretilen İşyerlerinin Denetimi, Teftişi ve Bu İşyerlerinde İşin Durdurulması Hakkında göre Yönetmeliğin 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamında yer alan askerî işyerlerinde İSGK'nın 25'inci maddesi gereğince yapılacak işin durdurulması işlemleri, İşyerlerinde İşin Durdurulmasına Dair Yönetmelik⁸⁸⁸ hükümlerine göre yürütülür. Ancak, anılan Yönetmelikte İş Teftiş Kurulu Başkanlığına verilen görevler Askerî İş Teftiş Kurulu Başkanlığınca yerine getirilir ve işin bir bölümünü veya tamamını durdurma kararı vermeye yetkili heyet iş sağlığı ve güvenliği yönünden teftişe yetkili askerî iş müfettişlerinden oluşturulur (AİY. m. 9).

Adı geçen Yönetmeliğin 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde belirtilen ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamında yer alan diğer askerî işyerleri ile yurt güvenliği için gerekli maddeler üretilen işyerlerinde İSGK'nın 25'inci maddesi gereğince yapılacak işin durdurulması işlemleri de İşyerlerinde İşin Durdurulmasına Dair Yönetmelik hükümlerine göre yürütülür. Ancak, işin bir bölümünü veya tamamını durdurma kararı vermeye yetkili heyet üyelerinden biri iş sağlığı ve güvenliği yönünden teftişe yetkili askerî iş müfettişleri arasından seçilir (AİY. m. 10/1). Yönetmeliğin 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen diğer askerî işyerlerinde işin bir bölümünü veya tamamını durdurma kararı vermeye yetkili heyet içerisinde yer alacak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı iş müfettişlerinin Millî Savunma Bakanlığınca verilmiş özel kimlik kartına sahip olmaları gerekir (AİY. m. 10/2).

b) Diğer askerî işyerleri: İkili veya çok taraflı uluslararası anlaşmalar ile Türkiye'de kurulan askerî işyerlerini,

c) Yurt güvenliği için gerekli maddeler üretilen işyerleri: 29/6/2004 tarihli ve 5201 sayılı Harp Araç ve Gereçleri ile Silâh, Mühimmat ve Patlayıcı Madde Üreten Sanayi Kuruluşlarının Denetimi Hakkında Kanununun 4 üncü maddesine göre tespit ve ilan edilen denetime tabi harp araç ve gereçleri ile silah, mühimmat ve bunlara ait yedek parçalar ve patlayıcı maddeler üreten işyerlerinden (a) ve (b) bendi kapsamı dışında kalan işyerlerini ifade eder.

⁸⁸⁸ RG. 30.03.2013, 28603.

4. İşin durdurulması kararı

İş sağlığı ve güvenliği müfettişi, işin kısmen veya tamamen durdurulmasını gerektiren bir durumu tespit etmesi halinde, durumu belirtir bir rapor düzenleyecek ve en geç tespit yapıldığı tarihin ertesi günü ilgili heyete verilmek üzere Kurul Başkanlığına gönderecektir. Raporda, durdurmayı gerektiren hususlara, alınması gereken tedbirlerin niteliğine ve yapılması gereken diğer iş ve işlemlere ayrıntılı olarak yer verilecektir (İİDY. m. 7/3). Söz konusu rapor idari tedbir raporu olup, işin durdurulması işlemi bu rapor üzerinden yürütülecektir (İTY. m. 47).

İş sağlığı ve güvenliği bakımından teftişe yetkili üç iş müfettişinden oluşan heyet, iş sağlığı ve güvenliği bakımından teftişe yetkili iş müfettişinin tespiti ve raporu üzerine gerekli incelemeleri yaparak, tespit tarihinden itibaren iki gün içerisinde işin durdurulmasına karar verebilir. Kararlar oy çokluğuyla alınacak ve heyetçe imzalanacaktır (İSGK. m. 25/2, İİDY. m. 6/1). Heyetin, teftişi yapan iş müfettişinin raporunda belirtilen hususlara katılmadığı durumlarda kararını, gerekçeleri ile birlikte yazması gerekmektedir (İİDY. m. 6/2). Heyetin gerekli görmesi halinde karara konu işyerinde inceleme yapması mümkündür (İİDY. m. 6/3).

Heyetin işyerinin bir bölümünde veya tamamında işin durdurulması kararı vermesi halinde karar, ilgili valiliğe ve işyeri dosyasının bulunduğu il müdürlüğüne bir gün içinde gönderilir (İİDY. m. 7/4). Heyetin işin durdurulmaması yönünde karar vermesi halinde ise rapor işleme konulmaz ve Kurul Başkanlığına iletilir (İİDY. m. 7/5).

İş müfettişinin işyerinde işin durdurulmasını gerektiren hayati bir tehlikenin varlığını tespit etmesine rağmen, üç iş müfettişinden oluşan heyetin işin durdurulmasına gerek olmadığı yönünde karar vermesi halinde, işyerini bizzat görmüş ve işyerinde inceleme yapmış iş müfettişinin bu karara itiraz hakkının olup olmadığı üzerinde durmak gerekmektedir. Ne İSGK.'da ne de İİDY.'de iş müfettişinin heyet kararına itiraz hakkı düzenlenmiştir. İşyerinde inceleme yapan iş müfettişinin görevi, işin durdurulması kararı yönünden, işyerinde işin durdurulması gerektiği yönünde düzenlediği idari tedbir raporun-

dan sonra bitmektedir. Bundan sonra karar heyetindedir. Heyet, iş müfettişinden aksi kanaatte ise işyerinde bizzat inceleme yapıp, durumu değerlendirebilecektir (İİDY. m. 6/3). Ancak heyetin işyerinde inceleme yapması halinde dahi, işin durdurulmaması yönünde karar vermesi mümkündür. Kanaatimizce, bu durumda işyerinde inceleme yaparak işin durdurulması yönünde rapor yazmış iş müfettişinin heyetin aksi yöndeki kararına itiraz etmesini mümkün kılmak gerekmektedir. İş müfettişi, heyet kararına gerekçeleri ile itiraz etmeli ve oluşturulacak üst bir kurulun bu durumu bir kez daha değerlendirmesine imkan tanımak gerekmektedir. Aksi halde işyerinde işçilerin hayatı için tehlikeli bir durumun varlığını tespit etmiş bir iş müfettişinin tespitine rağmen, işçiler işyerinde çalıştırılmaya devam edecektir. Bu ise işçiler açısından mutlak iş sağlığı ve güvenliğini tesis amacına aykırı olacaktır.

İşyerlerinde İşin Durdurulmasına Dair Yönetmelik kapsamında yapılacak iş durdurma işlemleri sırasında zor kullanılmasını gerektiren durumların varlığı halinde, genel güvenliğin sağlanması amacıyla mülki idare amirinden kolluk personeli görevlendirilmesi talebinde bulunulabilir (İİDY. m. 7/6).

İşin durdurulması kararı, hayati tehlike giderilinceye kadar devam edecektir (İİDY. m. 7/1). Dolayısıyla heyet kararıyla işin durdurulmasının önlem niteliğinde ve geçici bir karar olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

İş Teftiş Tüzüğü, iş müfettişlerinin görevlerini düzenleyen 13/C maddesinde, iş müfettişlerine görevli oldukları yerlerde, programlarında bulunmayan, fakat iş sağlığı ve iş güvenliği yönünden kesin ve ciddi zorunluluk bulunan durumlarda, kendiliklerinden ve derhal işe el koyarak gereğini yapmak ve durumu grup başkanına bildirmek görevini yüklemiştir. Dolayısıyla iş güvenliği müfettişinin işin durdurulması talebinde bulunması için ilgili işyerinin mutlaka denetim programında olması gerekmektedir⁸⁸⁹. Başka bir deyişle iş müfettişinin programlı veya inceleme teftişi sırasında işin kısmen veya

⁸⁸⁹ SÜZEK, İş Güvenliği, 279.

tamamen durdurulmasını gerektiren bir durumun varlığını tespit etmesi halinde, harekete geçmesi mümkündür.

İşin durdurulması kararını almak üzere heyetin toplanmasının sadece iş müfettişinin teklifi ile mi olacağı, başka bir kişinin teklifte bulunmasının mümkün olup olmadığı üzerinde de durmak gerekmektedir. Zira heyetin sadece iş müfettişinin teklifi ile toplanabilmesi durumunda, işyerinde her daim bulunan ve tehlikelerin daha erken farkına varabilecek olan işçi temsilcilerinin heyeti toplantıya çağırma imkanı olmayacaktır.

İş Kanununun mülga 79. maddesinde bir işyerinin tesis ve tertiplerinde, çalışma yöntem ve şekillerinde, makine ve cihazlarında işçilerin yaşamı için tehlikeli olan bir hususun tespit edilmesi halinde, bu tehlike giderilinceye kadar işyerlerini iş sağlığı ve güvenliği bakımından denetlemeye yetkili iki müfettiş, bir işçi ve bir işveren temsilcisi ile Bölge Müdüründen oluşan beş kişilik bir komisyon kararıyla, tehlikenin niteliğine göre işin tamamen veya kısmen durdurulabileceği veya işyerinin kapatılabileceği düzenlenmiş, komisyonu kimin toplantıya çağıracağına ilişkin bir hüküm getirilmemişti. Ancak aynı maddede çalışma şekil ve esaslarının Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanacak bir yönetmelikte gösterileceği belirtilmişti. Söz konusu Yönetmelik, komisyona katılacak müfettişlerden birinin, işin durdurulmasını veya işyerinin kapatılmasını teklif eden müfettiş olduğunu belirtmekle, işin durdurulması ya da işyerinin kapatılmasının, teftişi yapan iş müfettişi tarafından teklif edileceğini açıklamıştı (İİDKDY. m. 5/2). İSGK. m. 25 gereği yürürlüğe giren İİDY. de iş sağlığı ve güvenliği müfettişinin, işin kısmen veya tamamen durdurulmasını gerektiren bir durumu tespit etmesi halinde, durumu belirtir bir rapor hazırlayarak ilgili heyete verilmek üzere Kurul Başkanlığına göndereceğini düzenlemiştir (İİDY. m. 7/). Bu çerçevede örneğin işçi temsilcisinin işyerinde işçilerin yaşam ve sağlığı için tehlikeli bir durumun varlığını tespit etmesi halinde, heyeti toplantıya çağırma üzere Kurul Başkanlığına başvuru imkanı bulunmamaktadır. İşçi temsilcisinin şikayet hakkını kullanabileceği söylenebilecekse de, iş müfettişlerinin sayısı dikkate alındığında,

şikayet üzerine iş müfettişlerinin denetim yapmalarının ne denli geciktiği uygulamada görülmektedir. Bu olumsuz durumun değiştirilip, işçi temsilcilerine de heyeti toplantıya çağırma hakkı tanınması, işin durdurulması ile varılmak istenen hedefe ulaşılabilmesi için önem taşımaktadır. Fakat işçi temsilcisinin işverenin bir işçisi olduğu düşünüldüğünde söz konusu değişikliğin tek başına yeterli olmayacağı anlaşılmaktadır. Önceden de belirttiğimiz gibi uygulamada hiçbir işçi temsilcisi işin durdurulmasını istememektedir. Dolayısıyla soruna bir de bu açıdan bakılarak çözüm üretilmesi gerekmektedir. Bu noktada işçi temsilcilerine işyeri sendika temsilcilerine tanınan güvencenin sağlanması yerinde olacaktır.

5. İşin durdurulması kararının uygulanması

İşin durdurulmasına ilişkin koşulların oluşması halinde, yetkili heyetin kararıyla işin kısmen veya tamamen durdurulması mümkündür.

İşyerinde işin durdurulması kararı verilmesi halinde, karar ilgili mülki idare amirine ve işyeri dosyasının bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne bir gün içinde gönderilecek, karar, mülki idare amiri tarafından yirmidört saat içinde yerine getirilecektir (İSGK. m. 25/3). İşin durdurulması kararında işyerinin bir bölümünde mi tamamında mı işin durdurulacağı açıklanacaktır. Durdurma kararına ilişkin mühürleme işlemi mülki idare amirinin emriyle gerçekleştirilecek, durumu belirleyen bir tutanak düzenlenecektir. Düzenlenen tutanağın bir nüshası işyeri dosyasına konulmak üzere ilgili il müdürlüğüne gönderilecek, durdurmayla ilgili belgeler il müdürlüğünde saklanacaktır (İİDY. m. 8/2).

İşyerindeki işin durdurularak mühürlenmesi sonrasında, işverenin durdurma kararının kaldırılması için durdurma sebebi işyerindeki hayati tehlike ise durdurmaya sebep olan iş sağlığı ve güvenliği tehlikelerini ortadan kaldırması veya durdurma sebebi risk değerlendirmesinin yapılmamış olması ise risk değerlendirmesini yapması gerekmektedir.

İşverenin durdurma sebeplerinin giderilmesi için mühürlerin geçici olarak kaldırılmasını istemesi halinde, talebini dilekçeyle ilgili il müdürlüğüne iletmesi gerekmektedir. Hayati bir tehlikenin varlığı sebebiyle durdurma kararının verilmesi halinde, hayati tehlikenin giderilmesi için alınması gereken tedbirler, bu tedbirlerin alınması için yapılacak çalışmanın koordinasyonu, alınması gerekli iş ekipmanları, yapılacak çalışmaların süresi ve çalıştırılacak çalışan sayısı ve benzeri bilgilerin yer aldığı, işverenin taahhüdü ile hazırlanan bir dosya dilekçe ekinde, aynı zamanda bu dosyanın elektronik ortama aktarılmış hali il müdürlüğüne sunulacaktır. İşverenin taahhüdü ve dilekçesi ıslak imzalı olacaktır. Durdurma kararına sebep olan husus Kanunla belirlenmiş işyerlerinde risk değerlendirmesinin yapılmamış olması ise işyerinde yapılacak risk değerlendirmesi hakkında iş ve işlemleri belirtir bilgiler dosyaya eklenecektir (İİDY. m. 9/1). İlgili il müdürlüğü işverenin talebini aynı gün elektronik ve benzeri ortamda sunulan eklerle beraber Kurul Başkanlığına gönderecektir. Kurul Başkanlığı, işverenin mühürlerin geçici olarak sökülmesi talebini heyete intikal ettirecek ve heyet, talebi dilekçe ve eklerinde sunulan bilgiler ışığında değerlendirerek kararını iki gün içerisinde verecektir. Bu durumda, gerekiyorsa, işverenden ek bilgi talep edilmesi mümkündür (İİDY. m. 9/2, 3).

Mühürlerin geçici olarak sökülmesi kararı verilmesi halinde karar, mülki idare amirine ve il müdürlüğüne bir yazı ekinde gönderilecektir. Mülki idare amiri, kararın kendisine intikalinden itibaren 24 saat içerisinde, belirtilen şartlarda ve süreyle çalışma yapılabilmesi için mühürlerin geçici olarak sökülmesini ve durumu belirtir bir tutanak düzenlenmesini sağlayacak ve düzenlenen tutanağın bir nüshasını işyeri dosyasına konulmak üzere ilgili il müdürlüğüne iletacaktır (İİDY. m. 9/4). Mülki idare amiri, mühürlerin geçici olarak söküldüğü süre sonunda işyerinin tekrar mühürlenmesini ve durdurma kararının uygulanmasına devam edilmesini sağlayacaktır (İİDY. m. 9/6). Mühürlerin geçici olarak sökülmesi talebinin uygun görülmemesi halinde ise karar, işverene intikal ettirmek üzere gerekçesi ile birlikte ilgili il müdürlüğüne bildirilecektir (İİDY. m. 9/5).

6. İşin durdurulması kararına itiraz ve sonucu

İşyerinde işin durdurulması kararına karşı işverenin yerel iş mahkemesinde, bu kararın yerine getirildiği tarihten itibaren altı iş günü içinde itiraz hakkı vardır (İSGK. m. 25/4, İİDY. m. 12/1).

İş Kanunu mülga m. 79/3 ve İİDKDY. m. 18, bu maddeye göre itirazın, altı işgünü içinde yapılacağını düzenlemiştir. Ancak altı işgününün ne zaman başlayacağına ilişkin bir açıklık getirmemiştir. 4857 sK. döneminde 6 işgünlük itiraz süresi işin durdurulması kararının tebliğinden itibaren başlamaktaydı. İSGK. m. 25/4 ise işin durdurulması kararının yerine getirildiği tarihten itibaren altı iş günü içinde işin durdurulması kararına itiraz edebileceğini düzenlemiştir. Buna göre İSGK. m. 25/4 gereği, durdurma kararı yerine getirilmediği sürece, işverenin itiraz hakkı ve dolayısıyla itiraz süresi işlemeye başlamayacaktır⁸⁹⁰. Kanaatimizce İSGK'nın itiraz süresinin durdurma kararının yerine getirildiği tarihten itibaren başlayacağını düzenlemesi yerinde olmamıştır. Sürenin işverene tebliğinden sonra başlaması, süreci hızlandıracaktır. İşyerinde işin durdurulması işveren açısından önemli bir zarar olduğundan durumun bir an önce açıklığa kavuşması daha uygundur.

İtiraza ilişkin süre işgünü olarak düzenlenmiş olup, söz konusu süre hak düşürücü bir süredir⁸⁹¹. Ancak işverenin iş mahkemesine itirazı, işin durdurulması kararının uygulanmasını durdurmaz (İSGK. m. 25/4, İİDY. m. 12/2). 4857 sayılı Kanun mülga m. 79 hükmüyle aynı olan ve 1475 sayılı Kanun döneminde olmayan bu hüküm, yasa koyucunun insan yaşamına üstünlük tanınmasının bir sonucudur. Tehlikenin varlığı, ölçümü ve yoğunluğunun tartışılmasının mümkün olmasına rağmen, yasa koyucu en kötüsünü düşünmüştür⁸⁹². Her ne kadar itiraz, yürütmeyi durdurmasa da bu karara karşı HMK m. 389 (HUMK. m. 103) çerçevesinde ihtiyati tedbir talebinde bulunmak müm-

⁸⁹⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 1230.

⁸⁹¹ Söz konusu yorum 4857 sK. mülga m. 79 döneminde yapılmakla birlikte, İSGK. m. 25/3, İşK. m. 79/3 ile paralel bir düzenleme getirdiğinden, burada da aynı yoruma yer verilmiştir (KILIÇOĞLU, Yorum, 588).

⁸⁹² KILIÇOĞLU, Yorum, 589.

kündür⁸⁹³. Zira HMK m. 389/1, mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebileceğini düzenlemiştir.

İşin durdurulması kararına itiraz edilmesi halinde mahkeme itirazı öncelikle görüşerek altı iş günü içinde karara bağlayacaktır. Mahkemenin kararı kesindir (İSGK. m. 25/4, İİDY. m. 12/2). Burada da işin ekonomik yanı gözetiilmiş olup, komisyonun (şimdi heyetin) verdiği kararın sürüncemede kalmasının önüne geçilmek istenmiştir. Dava kısa sürede bitirilecek, işveren mahkemenin verdiği karara göre işletmenin geleceğini belirleyecektir⁸⁹⁴. Dolayısıyla işin durdurulması kararına yerel mahkemenin verdiği karar temyiz edilemeyecektir.

İşverenin, işin durdurulması kararına karşı iş mahkemesine yaptığı itiraz kabul edilip, karar kaldırılabilceği gibi kararın yargı tarafından onanması da mümkündür.

İş mahkemelerinin işin durdurulması kararlarının kaldırılmasına dair kararları, il müdürlüğüne mülki idare amirine intikal ettirilecek, mülki idare amirinin emriyle işyeri açılacaktır. Duruma ilişkin tutanaklar il müdürlüğüne intikal ettirilerek işyeri dosyasında saklanacaktır (İİDY. m. 12/3).

İş mahkemesinin işin durdurulması kararını onaması üzerine, işverenin tehlikeleri gidermekten ya da iradesine göre işyerini kendisinin kapatmasından başka bir imkanı kalmayacaktır⁸⁹⁵. İşyerinin kapatılmasına kadar varabilen bu tür sonuçlara karşı

⁸⁹³ SÜZEK, İş Güvenliği, 284; KILIÇ, 147.

⁸⁹⁴ KILIÇOĞLU, Yorum, 589.

⁸⁹⁵ EKONOMİ Münir, İşyerinin Kapatılması, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi, 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, 444 (İşyerinin Kapatılması).

Yargıtay denetiminin sağlanması için kararı temyiz imkanının getirilmesi yerinde olacaktır⁸⁹⁶.

7. İşin durdurulması halinde iş sözleşmelerinin durumu ve işçilik hakları

a. İşverenin devamlı işçilerinin iş sözleşmelerinin durumu ve işçilik hakları⁸⁹⁷

İşverenin iradesi dışında ve idari bir makamın kararıyla işin durdurulması, işveren açısından geçici bir ifayı kabul imkansızlığı oluşturmaktadır. Durdurmaya ilişkin kararın, işverenin bir kusuru sebebiyle verilmesi halinde işçilerin iş görme edimlerini kabul edemeyen işveren, alacaklı temerrüdüne düşer. İşverenin kusuru olmaksızın idari bir makamın işyerinde çalışma faaliyetini durdurması halinde ise bu bir zorlayıcı neden olarak kabul edilir ve iş sözleşmesi askıya alınmış olur⁸⁹⁸. Bu durumda çalışma ilişkisi ve bütün sigorta kolları bakımından sosyal sigorta üyelik ilişkisi devam eder⁸⁹⁹.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, işverenin işin durdurulması sebebiyle işsiz kalan çalışanlara ücretlerini ödemekle veya ücretlerinde bir düşüklük olmamak üzere meslek veya durumlarına göre başka bir iş vermekle yükümlü olduğunu düzenlemiştir (İSGK. m. 25/6). Söz konusu hüküm ile işverenin hatasına bağlı olarak ortaya çıkan durum sebebiyle işçilerin hak kaybına neden olmasının önüne geçilmek istenmiştir⁹⁰⁰. İşverenin işçiye uygun bir iş vermeyip ücretini ödemesi halinde, bu ödemeyi alacak işçilere, sadece başka iş önerilmeden işsiz kalanlar değil, uygun olmayan bir iş önerilip de bunda çalışmayı reddettiği için işsiz kalanlar da dahildir⁹⁰¹. Dolayısıyla işçilerin iş sözleşmeleri devam etmekte olup, işi durdurulan işverenin seçimlik hakkı bulunmaktadır. İşveren ya işçilere ücretlerini sanki çalışmaya devam ediyorlarmış gibi aynen ödemeyi sürdürür ya da meslek ve durumlarına uygun başka bir iş verir.

⁸⁹⁶ ÇİL, 3138.

⁸⁹⁷ İSGK. m. 25/6, İşK. 79/son ile paralel bir düzenleme olduğundan İşK. m. 79/son için yapılan yorumlara burada da yer verilmiştir.

⁸⁹⁸ BAŞTERZİ, 198-199.

⁸⁹⁹ BAŞTERZİ, 201.

⁹⁰⁰ ARICI, İşçi Sağlığı, 121; GEREK, 15; AYDINLI, Sosyal Temas, 247.

⁹⁰¹ AKYİĞİT, Şerh II, 2106.

İşin durdurulması halinde, işverenin işçiye uygun başka bir iş vermemiş olması, işverenin işi kabulde temerrüdü olarak algılanır⁹⁰². Söz konusu ücret ödeme yükümü de işverenin alacaklı temerrüdüne düşmesine dayalı özel bir düzenlemedir⁹⁰³. Her ne kadar TBK. m. 408 (818 sK. m. 325) çerçevesinde aynı sonuca varılacaksa da, ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların önlenmesi bakımından İSGK. m. 25 (İŞK. mülga m. 79) ile getirilen ve işçilere ücretlerinin ödenmeye devam edileceği yönündeki hüküm yerindedir⁹⁰⁴.

İşverenin işin durdurulması sebebiyle çalıştırılmayan işçilere ücret ödemeye devam etmesi halinde, herhangi bir uyuşmazlık doğmaz. Ancak işverenin işçilere ücret ödemek yerine, işçileri başka bir işe nakletmek istemesi de mümkündür. Bu noktada verilen yeni işin hem işçilerin ücretlerinde bir azalmaya sebep olmaması hem de mesleklerine veya daha önce çalıştıkları işteki konumlarına uygun olması gerekmektedir. Başka bir deyişle işin değiştirilmesi, işçiler için maddi ve manevi açıdan bir geriye gidiş yaratmamalıdır⁹⁰⁵.

1475 sayılı Kanun döneminde ileri sürülen bir görüşe göre işveren tarafından iş sözleşmesine aykırı olarak çalışma koşullarının tek taraflı değiştirilmesi hukuki sonuç doğurmaz, işçi iş sözleşmesini feshetmeden eski işinde çalışmaya devam edebilir⁹⁰⁶. Farklı bir görüş ise bu çözüme katılmak mümkün olsa bile, işin durdurulması ve işyerinin kapatılması halinde, işçinin eski işinde çalıştırılmasının fiilen mümkün olmadığını, bu çerçevede İş Kanunu m. 75/F'ye göre (şimdi İSGK. m. 25/6) işçiye işveren tarafından teklif edilen yeni işin çalışma koşullarını esaslı biçimde değiştirmesi halinde, işçinin bu işi kabul etmeyerek ücretinin ödenmesine devam edilmesini isteme hakkının bulunduğunu, zira kanun koyucunun amacının, kendi kusuruyla işin

⁹⁰² AKYİĞİT, Şerh II, 2108.

⁹⁰³ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 1227

⁹⁰⁴ BAŞTERZİ, 201.

⁹⁰⁵ SÜZEK, İş Güvenliği, 293; aynı yazar, Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, 120 (Bu görüşler eski kanun dönemine ilişkin olmakla birlikte, İŞK. m. 22 hükmü bulunmazken bu yönde ileri sürülen görüşün bugün için de aynı olacağı düşünülmüştür); KÖSEÖĞLU, Kapanmanın İş Sözleşmelerine Etkisi, 228; SARI, 262.

⁹⁰⁶ TAŞKENT, Yönetim Hakkı, 128-129.

durdurulması veya işyerinin kapatılmasına yol açan işverenin, işçinin daha kötü bir konumda çalıştırılmasına imkan vermek ya da bu sebeple işçinin iş sözleşmesini feshe zorlanmasına yol açmak olamayacağını ifade etmişti⁹⁰⁷.

4857 sayılı Kanun mülga m. 79 döneminde ise işin durdurulması veya işyerinin kapatılması halinde, işverenin işsiz kalan işçilere meslek veya durumlarına uygun başka bir iş vermesi durumunda, işverenin İşK. m. 22’de aranan koşullara uymasa dahi işçinin teklifi kabul etmesi gerektiği, bu durumda ilgili işçinin rızasının aranmayacağı, aksi halde işverenin işçinin sözleşmesini duruma göre İşK m. 25/II, (g) veya (h) bendi uyarınca ya da bunlara benzer bir hal sayarak feshedebileceği, böyle bir olgunun iş güvencesi kapsamında geçerli bir sebep sayılacağı, işçinin aynı işverene ait fakat uygun olmayan bir işi veya başka bir işverene ait bir işte ödünç işçi olarak çalışmayı reddetmesinin ise mümkün olduğu belirtilmiştir⁹⁰⁸.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 25/6 çerçevesinde konu değerlendirildiğinde, işverenin çalıştıramadığı işçilere ücret ödemek yerine, işçilerin ücretlerinde bir düşüklük olmamak üzere meslek veya durumlarına göre başka bir iş vermekle yükümlü olduğu hükmünün, İşK. m. 22’ye bir istisna olarak değerlendirilebileceği kanaatindeyiz. Bu çerçevede işin durdurulması durumunda, işverenin çalıştırmadan işçiye ücretini ödemek yerine, başka bir iş teklif etmesi halinde sırf İşK. m. 22 hükmüne uymamış olması, değişikliğin işçiyi bağlamayacağı anlamına gelmemelidir. Ancak işverenlerin yapacakları teklifler özünde çalışma koşullarında esaslı değişiklik sayılacağından İşK. m. 22’ye uygun olarak yazılı yapmaları elbette daha uygundur.

İşverenin bu teklifinin işçinin çalıştığı işyerinde ya da işverenin farklı bir işyerinde bir iş olması mümkündür. İşçinin yapılmış olan teklifi esaslı değişiklik yarattığı için kabul etmemesi ya da teklife suskun kalması ve yeni işe başlamaması halinde, işveren değişiklik teklifinin geçerli nedene dayandığını düşünüyor veya başkaca bir geçerli

⁹⁰⁷ SÜZEK, İş Güvenliği, 293-295.

⁹⁰⁸ AKYİĞİT, Şerh II, 2105, 2108.

nedeni varsa, işçinin sözleşmesini feshedebilir. Sözleşmesi feshedilen işçi, koşulları varsa işe iade davası açabilir. Yapılacak yargılamada işverenin değişiklik teklifinin geçerli nedene dayandığını iddia etmesi halinde, idari yaptırımlar işverenin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini ihlal ettiği için meydana gelmişse, işverenin değişiklik feshinde geçerli bir nedeni olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Zira aksi halde iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini ihlal eden işveren değil, işin durdurulmasında hiçbir kusuru olmayan işçi cezalandırılmış olur. İşverenin işin durdurulmasında hiçbir kusurunun olmaması halinde ise usulüne uygun olarak yapılmış ve işçinin ücretinde değişiklik yaratmayıp mesleğine uygun olan değişiklik teklifini kabul etmeyen işçinin sözleşmesinin geçerli nedene dayanarak feshedildiği kabul edilmelidir.

Başka bir deyişle işverenin işçiye verdiği bu yeni iş, işçinin ücretinde azalmaya sebep olmuyorsa ve mesleğine veya daha önce yapmakta olduğu işe uygun bir iş niteliğinde ise işçinin bu öneriyi objektif iyiniyet kurallarına aykırı olmadığı sürece kabul etmesi gerekmektedir⁹⁰⁹. Teklif edilen işin işçinin mevcut işinden daha düşük ücretli olması halinde ise Yargıtay eski tarihli bir kararında aradaki farkın işverenden istenebileceğine karar vermiştir⁹¹⁰.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu tıpkı İş Kanunu gibi işin durdurulması halinde, işsiz kalan işçilere meslek veya durumlarına uygun başka bir iş verilmesini öngörmüştür. Bunun sonucu işçilerin böyle bir işte çalışmayı kabul etmek zorunda olmalarıdır. Bu noktada işçinin İşK. m. 24/II, (f) çerçevesinde işçinin çalışma koşullarında olumsuz başkalaşma nedeniyle sözleşmeyi fesih hakkı olup olmadığı tartışılabilir. Fakat kanun başka işe “ücrette eksilme olmama” ve işçinin “meslek durumuna uygun bulunması” koşuluyla verilmeyi kabul ettiğine göre işçiyi bu noktada korumuştur. Bu sebeple anılan koşullar sağlanmışsa işçinin İşK. m. 24/II, (f)’ye gitmesi mümkün olmamalıdır⁹¹¹. Diğer taraftan işçinin meslek ve durumuna uygun olarak verilen işi kabul etmemesi, sadakat

⁹⁰⁹ KÖSEOĞLU, Kapanmanın İş Sözleşmelerine Etkisi, 228; krş. ULUSAN /ESEN, 124.

⁹¹⁰ Y9HD, 04.05.1971, E. 9063, K. 11025, KÖSEOĞLU, Kapanmanın İş Sözleşmelerine Etkisi, 228, dn. 284.

⁹¹¹ AKYİĞİT, Şerh II, 2106.

borcuna aykırılık olarak görülebilir. Kendisine sunulan uygun başka işi kabul etmeyen işçinin iş sözleşmesi işveren tarafından İşK. m. 25/II, (e) çerçevesinde derhal feshedilebilir⁹¹².

İşin değiştirilmesinin işçiler için maddi ve manevi açıdan hak kayıplarına neden olması halinde ise işçilerin yeni işi kabul etmeyerek, ücretlerini talep etmeleri mümkün olduğu gibi, İşK. m. 24/II, (f) çerçevesinde çalışma şartları uygulanmadığı için sözleşmelerini haklı nedenle feshetmeleri de mümkündür. Böyle bir durumda sözleşmeyi haklı nedenle fesheden işçi ihbar tazminatı alamamasına karşın, kıdem tazminatına hak kazanır. Her ne kadar işçinin sözleşmeyi haklı nedenle fesih imkanı bulunmaktaysa da, işçinin sırf iş değişikliği nedeniyle iş sözleşmesini feshederek işini kaybetmesi, işçi lehine bir çözüm değildir.

Öğretide işçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süreyle işin durmasını gerektirecek zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması durumunda işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği kuralı (İşK. m. 24/III) çerçevesinde, şiddetli kar veya yağmur, deprem gibi bir doğa olayı veya hükümet tarafından işyerine el konulması, dış satımın yasaklanması ya da işyerinin önünden geçen yolun belediyece genişletilmek istenmesi üzerine işyerinin kapatılması gibi bir hukuki neden sonucunda işyerinde işin durmasının işçiye haklı nedenle fesih yetkisi vereceği; ancak İşK. mülga m. 83/son gereği, işyerinde İşK. m. 79 uyarınca işin durdurulması veya işyerinin kapatılması yoluna başvurulduğu takdirde, işçinin çalışmaktan kaçınması ve giderek iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesinin mümkün olmadığı ifade edilmişti⁹¹³. Aksi yöndeki görüş ise işçilerin iş sağlığı ve güvenliğinin tehlikede olması sebebiyle komisyonun işin durdurulması kararı vermesi halinde, bu durdurma kararının işçiye haklı nedenle fesih hakkı verdiğinin tereddütsüz olduğunu belirtmişti⁹¹⁴. İş Kanununun sözü edilen hükümleri (İşK. m. 83/son, İşK. m. 79), İSGK.'nın ilgili maddeleri (İSGK. m. 13/5 ve m. 25) ile paralel

⁹¹² AKYİĞİT, Şerh II, 2106.

⁹¹³ DEMİRCİOĞLU/CENTEL, 190 ve 162.

⁹¹⁴ EKMEKÇİ, Yeni İş Yasası, 194.

düzenleme içerdiğinden, bu görüşlerin İSGK. çerçevesinde de geçerli olduğu ifade edilebilir.

Kanaatimizce işin durdurulması halinde işsiz kalan işçilere işverenin ücretlerini ödemek ya da ücretlerinde bir düşüklük olmamak üzere meslek veya durumlarına uygun başka bir iş vermesi gerekmesine rağmen, işverenin bu yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde, işçinin iş sözleşmesini İşK. m. 24/II, (e) hükmüne göre haklı nedenle feshetmesi mümkündür⁹¹⁵. Zira İşK. m. 24/II, (e), işveren tarafından işçinin ücretinin kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesap edilmemesi veya ödenmemesi halinde işçiye iş sözleşmesini haklı nedenle fesih imkanı vermektedir.

İşçinin böyle durumlarda İşK. m. 24/III hükmüne göre sözleşmesini haklı nedenle feshetmesinin de mümkün olduğu ancak bu duruma sık rastlanmayacağı belirtilmelidir. Şöyle ki, İşK. m. 24/III, işçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süreyle işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebeplerin çıkması halinde işçiye haklı fesih sebebi vermekle birlikte, zorlayıcı sebebin mümkün olması için işverenin kusursuz olması gerekir. Oysa işyerinde işin durdurulması halinde işverenin çoğu zaman yasal yükümlülüklerini yerine getirmemesi (İSGK. m. 25/I) söz konusu olup, ortada zorlayıcı bir neden bulunmamaktadır. Ancak işyerindeki bina ve eklentilerde, çalışma yöntem ve şekillerinde veya iş ekipmanlarında çalışanlar için hayati tehlike oluşturan hususun zorlayıcı bir nedenden⁹¹⁶ kaynaklanması halinde işveren kusursuz olacağından işçinin bu hükme dayanarak sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi mümkündür.

Diğer taraftan işverenin işçiye ücretini ödemeye devam etmesi ya da ücretinde bir düşüklük olmamak üzere meslek veya durumuna göre başka bir iş vermesi halinde artık

⁹¹⁵ EYRENCİ, İHU m. 13(Eyrenci, söz konusu görüşü 1475 sayılı Yasa döneminde ifade etmiş olmakla birlikte, mevcut mevzuatımız açısından hükümde bu konuya ilişkin bir farklılık bulunmadığından atıf yapılması gerekli görülmüştür); KÖSEOĞLU, Kapanmanın İş Sözleşmelerine Etkisi, 233; aynı yazar, İşyerinin Kapanması, 62.

⁹¹⁶ Zorlayıcı neden, işyerinde öngörülmeleyen, kaçınılması mümkün bulunmayan, kusurdan uzak ve dıştan gelen bir nedenle işin görülmesini olanaksız kılan nedendir. Örneğin, yangın, deprem, su baskını, toprak kayması gibi doğal afetler veya belediyece yol çalışması nedeniyle işyerinde çalışmaların durması, ithalat ve hammadde yasakları gibi hukuki nedenler bu çerçevededir (SÜZEK, İş Hukuku, 717).

iş sözleşmesi işçi tarafından haklı nedenle feshedilemez. Bu durumda işçi sözleşmesini feshetmekte kararlı ise bildirim önellerine uyarak fesih yapabilir; ancak bu durumda kıdem tazminatı alamaz.

b. İşverenin işçisi olmayan işçilerin iş sözleşmelerinin durumu ve işçilik hakları

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin olduğu bir işyerinde, asıl işverenin işi durdurulursa, alt işverenin işçileri açısından önemli bir değişiklik olmayacaktır. Zira alt işveren işçileri asıl işverenin işyerinde belli bir süre çalışmak için istihdam edilmekte, zamanı geldiğinde ise kendi işverenlerinin işyerinde çalışmalarına dönmektedirler. Bu çerçevede asıl işverenin işyerinde iş durdurulduğunda işçiler alt işverenin kendi işyerinde çalışmalarına devam edecek, haklarında bir değişiklik olmayacaktır. Diğer taraftan asıl işveren-alt işveren ilişkisi devam etmekteyken hak kazanılmış alacaklardan asıl işverenin sorumluluğu devam edecektir.

Alt işverenin işinin durdurulması halinde ise alt işveren işçileri fiilen asıl işverenin işyerinde çalıştıkları ve çalıştıkları süre boyunca ücret ve diğer işçilik haklarından asıl ve alt işveren müteselsil sorumlu olduğundan yine alt işveren işçilerinin herhangi bir mağduriyeti olmayacaktır.

Geçici iş ilişkisinde, işçi bir süre için iş sözleşmesi ile bağlı olduğu sürekli işverenin işyerinde değil, farklı bir işverenin (geçici işverenin) işyerinde çalışmaktadır. İşin durdurulması yaptırımı, geçici işçinin sürekli işverenin işyerinde de geçici işverenin işyerinde de söz konusu olabileceğinden ve iş sözleşmelerinin durumu her iki halde de farklı olacağından, olasılıkları ayrı ayrı incelemek gerekmektedir.

Geçici işverenin işyerinde işin durdurulması ve geçici işverenin işçilere iş verememesi durumunda, İşK. m. 7 çerçevesinde ücret ödeme yükümlülüğü iş sözleşmesinin tarafı olan işverende kalmakla birlikte, geçici işveren de geçici iş ilişkisinin sonuna kadar İşK.

m. 7/III gereği müteselsilen sorumlu olmaya devam edecektir⁹¹⁷. Bu durumda sürekli işveren işçisini kendi işyerinde çalıştırarak ücretini ödeyebilir⁹¹⁸. Geçici işverenin, işçileri ücretlerinde bir düşüklük söz konusu olmamak ve meslek ve durumlarına uygun başka bir işte çalıştırması da mümkündür. Bu durumda, geçici işverenin geçici işçiyi çalıştırmak için göndereceği işyerinin holding bünyesi içinde ya da holding bünyesinde olmamasına rağmen işçinin sürekli işverenin işyerinde yaptığı işe ve işçinin başlangıçta vermiş olduğu rızaya uygun bir iş olması gerekmektedir. Böyle bir ihtimalde herhangi bir sorun olmamakla birlikte, her iki işverenin de ücretten doğan sorumluluğu aynen devam edecektir⁹¹⁹.

Sürekli işverenin işyerinde işin durdurulması halinde ise işçi geçici işverenin işyerinde çalıştığından geçici işçi açısından bir durum değişikliği söz konusu olmayacaktır. Geçici iş ilişkisi sona erinceye kadar, işçi geçici işverenin işyerinde çalışmaya devam edecektir. Geçici iş ilişkisinin sona erdiği dönemde, sürekli işverenin işyerinde işin durdurulması devam etmekteyse, iki seçenek bulunmaktadır. Bunlardan ilki, geçici işçinin geçici işverenin işyerinde çalıştırılmaya devam etmesidir. Sürenin sonunda geçici işverenin işçiyi çalıştırmaya devam etmesi yeni bir iş sözleşmesinin kurulduğu ve bundan böyle geçici işverenin işçinin sürekli işvereni olduğu anlamına gelecektir. İkincisi ise sürenin sonunda, geçici iş ilişkisinin doğal sonucu olarak, geçici işverenin geçici işçiyi sürekli işverenin işyerinde çalışmak üzere göndermesidir. Bu durumda İSGK. m.25/6 gereği, sürekli işverenin işçiyeye ücretlerini ödemesi veya ücretlerinde bir düşüklük olmamak üzere meslek veya durumlarına göre başka bir iş vermesi gerekecektir.

8. İşin durdurulması kararının kaldırılması

İşverenin işyerinde işin durdurulmasını gerektiren sebepleri ortadan kaldırması halinde, işin durdurulması kararının kaldırılması için talepte bulunması mümkündür. Bu durumda işveren, durdurma kararının kaldırılması için ilgili il müdürlüğüne yazılı talepte bu-

⁹¹⁷ KESER, 99.

⁹¹⁸ KÖSEOĞLU, Kapanmanın İş Sözleşmelerine Etkisi, 204-205

⁹¹⁹ KESER, 99.

lunacaktır. Talebin ekinde, durdurmaya sebep hususları gidermeye yönelik yapılan çalışmalarını, alınan veya revize edilen iş ekipmanlarına ait bilgi, belge ve yeterlilik sertifikalarını, tedbirlerin alındığı bölgelerin fotoğraflarını ve işyeri risk değerlendirmesini, aynı zamanda bu dosyanın elektronik ve benzeri ortama aktarılmış halini il müdürlüğüne sunacaktır (İİDY. m. 10/1). İl müdürlüğü talebi aynı gün elektronik ve benzeri ortamda sunulan eklerle beraber Kurul Başkanlığına iletacaktır (İİDY. m. 10/2). İşverenin bildirim üzerine müfettiş tarafından yapılan inceleme sonucu düzenlenen raporda, durdurma kararına neden olan hususların giderildiğinin belirtilmesi halinde, heyet tarafından 6' ncı maddede belirtilen usuller⁹²⁰ çerçevesinde gerekli inceleme yapılacak ve bildirim yapıldığı tarihten itibaren en geç 7 gün içerisinde karar verilecektir (İSGK. m. 25/5, İİDY. m. 10/3). İşin durdurulması kararı, işveren açısından önemli bir mali kayıp olduğundan kararın kaldırılması için öngörölmüş olan 7 günlük süre oldukça uzundur. Kararın 3 gün gibi daha kısa bir sürede sonuçlandırılacağına kabul edilmesi daha uygun olacaktır⁹²¹.

Heyetin durdurmanın kaldırılmasına karar vermesi halinde karar, mülki idare amirine ve ilgili il müdürlüğüne bildirilecek, mülki idare amirince söz konusu kararın gereği kendisine intikalinden itibaren 24 saat içerisinde yerine getirtilecektir (İİDY. m. 10/4).

Müfettiş tarafından yapılan inceleme sonucunda durdurma kararına sebep olan hususların giderilmediğinin tespit edilmesi halinde ise durdurma kararının devamı yönünde alınan karar, ilgili raporla beraber işverene tebliğ edilmek ve işyeri dosyasında saklanmak üzere ilgili il müdürlüğüne iletilecektir (İİDY. m. 10/5).

⁹²⁰ İİDY. m. 6:

(1) Heyet, kendisine intikal eden raporlar üzerinde gerekli incelemeyi yapar ve kararını, müfettişin tespit tarihinden itibaren iki gün içerisinde verir. Kararlar oy çokluğuyla alınır ve heyetçe imzalanır.

(2) Heyet, raporda belirtilen hususlara katılmadığı durumlarda kararını, gerekçeleri ile birlikte yazar.

(3) Heyet, gerekli görüldüğü takdirde, karara konu işyerinde inceleme yapabilir.

(4) İşyerinin açılmasına yönelik taleplere ilişkin düzenlenen raporlar ile işverenin mühürlerin geçici olarak sökülmesi taleplerinin değerlendirilmesi heyet tarafından yapılır.

⁹²¹ CANIKLIOĞLU, İşverenin Yükümlülükleri, 81.

9. Acele hallerde işin durdurulması

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 25/1’de belirtilen koşulların varlığının teftişe yetkili iş müfettişi tarafından tespit edilmesi halinde, iş sağlığı ve güvenliği bakımından teftişe yetkili üç iş müfettişinden oluşan heyet, işyerinde işin durdurulması kararını verebilecektir. Ancak tespit edilen hususun acil müdahaleyi gerektirmesi hâlinde; tespiti yapan iş müfettişi, heyet tarafından karar alınıncaya kadar geçerli olmak kaydıyla işi tek başına durdurabilecektir (İSGK. m. 25/2). Burada dikkatten kaçmaması gereken husus, iş müfettişinin vereceği kararın, heyet tarafından karar alınıncaya kadar geçerli olduğudur.

Öğretide hayati tehlikenin varlığının mutlaka acil müdahaleyi gerektirdiği, bu sebeple her hayati tehlike ortaya çıktığında, bir iş müfettişinin tek başına işi durdurma kararı almasının ve mülki idare amirinin de bunun gereğini yerine getirmesinin gerektiği, işi durdurma kararının itiraz üzerine iş mahkemesince iptal edilmesi halinde ise durdurma kararının işverene getirdiği zarar ve maliyetten iş müfettişinin sorumlu tutulmayacağı, bu durumun ise adil olmayacağı, bu sebeple iş müfettişine tek başına olağanüstü yetkilerin tanınmasının, hukuk devleti esaslarıyla bağdaşmadığı, işyerinde işi durdurma konusunda, işçilerin işyerinin yönetimine katılması ilkesi ve üçlü temsil esası uyarınca, her üç kesimden gelecek temsilcilerden oluşan bir kurula (komisyona) hızlandırıcı (ekspres) yetkilerin tanınmasının, çok daha doğru ve yerinde olacağı ifade edilmiştir⁹²². Ancak hayati tehlike her zaman acil müdahaleyi gerektirmemektedir. Her gün tekrarlanmak suretiyle işçinin yavaş yavaş bir meslek hastalığına yakalanması ve bu meslek hastalığının hayati olması mümkündür. Örneğin maden işyerlerinde çalışan işçiler, yaşamsal olmasına rağmen acil ve yakın bir tehlike oluşturmayan akciğer toz hastalıklarına yakalanabilmektedir. Diğer taraftan, işyerinde işi durdurma kararının her üç kesimden gelecek temsilcilerden oluşan bir kurula verilmesi gerekmeyle birlikte, durumun acil müdahaleyi gerektirmesi halinde kararı iş müfettişinin tek başına alabilmesi ve bu kararın komisyon tarafından karar alınıncaya kadar geçerli olması gerektiği kanaatindeyiz.

⁹²² CENTEL, İSGK Tasarısı, 60.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, 4857 sayılı Kanun mülga m. 79'dan farklı olarak acil durumlarda işin durdurulmasını yönetmelikle değil, kanunla düzenlemiştir⁹²³. 4857 sK. mülga m. 79 döneminde, Kanundan farklı olarak yönetmelik, çalışanların hayatı için tehlike yaratan bir durumun varlığı halinde, eğer bu durum acilen müdahale edilmesini gerektiriyor ve komisyon kurulup karar alınmasını bekleyecek kadar süre yoksa, tehlikeyi tespit eden iş müfettişinin bir rapor düzenleyerek mülki amire göndererek, mülki amirin derhal tehlikeyi giderecek önlemlerin alınmasını sağlamasına imkan tanımıştı. Belirtmek gerekir ki, bu imkan sayesinde uygulamada işin durdurulması yaptırımının işleyişi kolaylaşmakta olup, son dönemlerde bu hükmün yaygın şekilde kullanıldığı tespit edilmiştir.

Yönetmelikler, kanun ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak için ve bunlara aykırı olmamak üzere çıkarılan yazılı hukuk kurallarıdır. Bu çerçevede acil durumlarda işin durdurulması imkanının yönetmelikle değil, kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Konuya ilişkin ayrıntılara ise yönetmelik cevap vermelidir. İSGK. isabetli olarak, 4857 sK. m. 79'un yürürlükte olduğu dönemde Yönetmelikle düzenlenmiş konuyu, kanunla hukuki zemine kavuşturmuştur. Buna göre çalışanların hayatı için tehlikeli olan hususun, işin durdurulması kararının alınmasına kadar geçecek süre beklenmeden tedbir alınmasını gerektirecek nitelikte olması halinde, tespiti yapan müfettiş durumu Kurul Başkanlığına derhal bildirerek, heyet tarafından karar alınıncaya kadar geçerli olmak kaydıyla işin durdurulmasını ilgili mülki idare amirinden talep edebilecektir. Bunun üzerine müfettiş tarafından durdurmaya gerekçe olan hususlar ile alınması gereken tedbirlerin niteliği, işyerinin fiziki ve teknik özellikleri ile yapılan işin niteliği doğrultusunda mühürlemenin usul ve esaslarını belirten rapor düzenlenecektir. Raporun

⁹²³ Yönetmeliğe göre iş müfettişi genel veya inceleme denetimi sırasında, çalışanların hayatı için tehlikeli bir durumun varlığını fark eder ve söz konusu tehlike, işin durdurulması veya işyerinin kapatılması kararını beklemeden tedbir alınmasını gerektirecek kadar acil ise iş müfettişi durumu ve alınması gereken tedbirlerin niteliğini belirten bir rapor düzenleyecek, birer örneğini teftiş tarihini takip eden gün içerisinde mülki amire, bölge müdürüne ve işverene verecekti (İİDKDY m. 17/1). Mülki amir raporu aldıktan sonra güvenlik kuvvetlerine tehlikeyi giderecek tedbirler alınması talimatını verecek, tedbirler alındıktan sonra durumu belirleyen bir tutanak düzenlenerek müfettiş raporunun mülki amirliğe intikalinden itibaren bir gün içerisinde tutanak bölge müdürlüğüne gönderilecekti (İİDKDY m.17/2). Bunun üzerine bölge müdürü, komisyonu işin durdurulması ya da işyerinin kapatılması için işlem yapılmak üzere derhal toplantıya çağırarak, durum iş müfettişi tarafından Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Başkanlığına bildirilecekti (İİDKDY m. 17/3, 4).

birer örneği en geç teftiş tarihini takip eden gün içerisinde ilgili mülki idare amirine verilerek Kurul Başkanlığına gönderilecektir. Mülki idare amiri, aynı gün, raporda belirtildiği şekilde, heyet tarafından karar alınıncaya kadar işi geçici olarak durduracaktır (İİDY. m. 11/1). Daha sonra heyet kendisine intikal eden raporlar üzerinde gerekli incelemeyi yapacak ve kararını, müfettişin tespit tarihinden itibaren iki gün içerisinde verecektir. Kararlar oy çokluğuyla alınarak heyetçe imzalanacaktır (İİDY. m. 6/1, İİDY. m. 11/2). Karar, ilgili mülki idare amirine ve işyeri dosyasının bulunduğu il müdürlüğüne bir gün içinde gönderilerek, mülki idare amiri tarafından aynı gün yerine getirilecek, durumu belirleyen bir tutanak düzenlenecek, düzenlenen tutanağın bir nüshası işyeri dosyasına konulmak üzere ilgili il müdürlüğüne gönderilecektir (İİDY. m. 11/2, 3).

III. İşçilerin Çalışmaktan Alıkonulması

1. Yaş, cinsiyet ve sağlık durumu nedeniyle özellik gösteren işçilerin çalıştırılması

Anayasa m. 50/I, kimsenin yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştıramayacağını, küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanların çalışma şartları bakımından özel olarak korunacaklarını düzenlemiştir. İSGK.'da ise işçilerin çalışmaktan alıkonulmasına ilişkin hükme yer verilmemiştir⁹²⁴. Buna karşın İş Teftiş Kurulu Yönetmeliği⁹²⁵, iş müfettişlerinin işyerlerinde işçilerin yaş, cinsiyet ve sağlık durumlarına ilişkin mevzuata aykırılıklar tespit etmesi halinde, ilgili mülki amire gönderilecek bir yazı ile bu işçilerin çalışmaktan alıkonulmasını talep etmekle görevli ve yetkili olduklarını düzenlemiştir (m. 11/g). Kanaatimizce İSGK'nın işçilerin çalışmaktan alıkonulmasına ilişkin hükme yer vermeyerek, böyle bir imkan bulunduğunu Yönetmelikle düzenlemiş olması yerinde değildir. Zira Yönetmelikler, yukarıda da belirtildiği gibi, kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak için çıkarılmakta olup, işçilerin çalışmaktan alıkonulması kanunla düzenlenmeli, konuya ilişkin uygulama esaslarının ise Yönetmeliğe bırakılması gerekmektedir.

⁹²⁴ Oysa 4857 sK. mülga m. 79/6, bir işyerinde çalışan işçilerin yaş, cinsiyet ve sağlık durumları böyle bir işyerinde çalışmalarına engel engel teşkil ediyorsa, bu işçilerin çalışmaktan alıkonulacağını düzenlemiştir.

⁹²⁵ RG. 31.10.2012, 28453.

İşçilerin ne şekilde çalışmaktan alıkonulacaklarını incelemeyen önce, iş mevzuatımızın hangi işçilerin hangi işlerde çalışmasını yasakladığı, bu çerçevede de hangi işçilerin çalışmaktan alıkonulabilecekleri üzerinde durmak gerekmektedir.

İş Kanununun küçük yaştaki işçilerin sağlığının korunması amacını taşıyan 71. maddesine göre, onbeş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaktır. Ancak ondört yaşını doldurmuş ve ilköğretimi tamamlamış olan çocukların, bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılmaları mümkündür⁹²⁶. Bununla birlikte yer altında veya su altında çalışılacak işlerde onsekiz yaşını doldurmamış erkek çocukların ve sanayiye ait işlerde onsekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin gece çalıştırılmaları yasaktır (İŞK. m. 72, 73/I)⁹²⁷.

Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte⁹²⁸, çocuk ve genç işçilerin iş sağlığı ve güvenliklerinin işverenlerce güvence altına alınmasına ilişkin hükümlere yer verilmiştir⁹²⁹. Söz konusu Yönetmeliğe göre, genç işçi 15 yaşını tamamlamış, ancak 18 yaşını tamamlamamış kişiyi, çocuk işçi ise 14 yaşını bitirmiş, 15 yaşını doldurmamış ve ilköğretimini tamamlamış kişiyi ifade etmektedir (m. 4). Nitekim İSGK. da genç çalışanı, aynı şekilde (onbeş yaşını bitirmiş ancak onsekiz yaşını doldurmamış çalışsan) tanımlamıştır (m. 3/e).

Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, çocuk ve genç işçilerin korunması için çocuk ve genç işçilerin diğer işçilerden daha az saatlerle

⁹²⁶ İş Kanununun 71. maddesi uyarınca Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik çıkartılmıştır (RG. 06.04.2004, 25425).

⁹²⁷ Genç işçilerin korunması hakkında bilgi için bkz. CENTEL Tankut, Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği, İstanbul 1982, 11 vd.; SÜZEK, İş Hukuku, 888-891; ENGİN Murat, Gençlerin İş Güvenliği, Çimento İşveren, Eylül 1994, 4 vd.; BAKIRCI Kadriye, Çocuk ve Genç İşçilerin Haklarının Korunması, İstanbul 2004, 243 vd.; KILIÇOĞLU, Yorum, 516-521; BAŞTÜRK Faruk, Avrupa Sosyal Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması ve Türk Hukuku, Hukuk ve Adalet, Bahar 2004, 236 vd.; ÖGÜZ Tufan, Çocuk ve Genç İşçileri ile Özürlülerin İş Sözleşmesi Yapma Ehliyetine İlişkin Esasları, Sicil İHD, Mart 2008, 23-26.

⁹²⁸ RG. 06.04.2004, 25425.

⁹²⁹ SÜZEK, İş Hukuku, 888-889.

çalışmaları gerektiğini ifade etmektedir. Buna göre temel eğitimini tamamlamış ve okula gitmeyen çocukların çalışma saatleri günde yedi ve haftada otuzbeş saatten fazla olamaz. Ancak, 15 yaşını tamamlamış çocuklar için bu süre günde sekiz ve haftada kırk saate kadar arttırılabilir. Çocuk ve genç işçilerin günlük çalışma süreleri, yirmidört saatlik zaman diliminde, kesintisiz ondört saat dinlenme süresi dikkate alınarak uygulanır. Okula devam eden çocukların eğitim dönemindeki çalışma süreleri, eğitim saatleri dışında olmak üzere, en fazla günde iki saat ve haftada on saat olabilir. Okulun kapalı olduğu dönemlerde çalışma süreleri birinci fıkrada belirtilen çalışma sürelerini aşamaz. İki saatten fazla dört saatten az süren işlerde otuz dakika, dört saatten yedi buçuk saate kadar olan işlerde çalışma süresinin ortasında bir saat olmak üzere ara dinlenmesi verilmesi zorunludur (m. 6).

İş Kanunu ve ilgili mevzuatın koruduğu bir diğer işçi grubu kadınlardır. Buna göre her yaştaki kadınların yer altında veya su altında çalıştırılmaları yasaktır (İşK. m. 72). Onsekiz yaşını doldurmuş kadın çalışanların gece postalarında çalıştırılmasına ilişkin usul ve esaslar Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik⁹³⁰ ile gösterilmiştir (İşK. m. 73/II)⁹³¹.

İş Kanununun 74. maddesinde kadın işçilerin gebelik halinde çalıştırılmalarına ilişkin esaslar düzenlenmiş, 88. maddesinde gebe ve çocuk emziren kadınların korunmalarına ilişkin bir Yönetmelik çıkarılacağı belirtilmişti. Ancak İşK. m. 88, İSGK. m. 37/I-ç ile yürürlükten kalkmış, İSGK'nın 30. maddesinde gebe ve emziren kadınların çalışma şartları, emzirme odaları ve çocuk bakım yurtlarının kurulması veya dışarıdan hizmet alınması hususlarında yeni yönetmelik çıkarılacağı belirtilmiştir. Bu doğrultuda hazırlanan Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik⁹³²; gebe, yeni doğum yapmış ve emziren işçilerin iş sağlığı ve güvenliği konusunda riskler ve önlemler konusunda hükümler getirmiştir.

⁹³⁰ RG. 24.07.2013, 28717.

⁹³¹ Kadın işçilerin korunması hakkında bilgi için bkz. SÜZEK, İş Hukuku, 891-894; KANDEMİR Murat, 4857 sayılı Kanunun Kadın İşçiler İle İlgili Düzenlemeleri, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, 415-444.

⁹³² RG. 16.08.2013, 28737.

Kadın işçilerin bu hükümlere aykırı çalışma koşulları içinde çalıştırılmaması gerekmektedir.

İşçilerin çalışmaktan alıkonulmalarını gerektiren sebeplerden diğeri ise sağlık durumlarına uygun olmayan işlerde çalıştırılmalarıdır.

Tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta⁹³³ yer alan işyerlerinde çalışacaklar, yapacakları işe uygun olduklarını belirten sağlık raporu olmadan işe başlatılamayacaktır (İSGK. m. 15/2). İşveren, çalışanların işe girişlerinde, iş değişikliğinde, iş kazası, meslek hastalığı veya sağlık nedeniyle tekrarlanan işten uzaklaşmalarından sonra işe dönüşlerinde talep etmeleri hâlinde ve işin devamı süresince, çalışanın ve işin niteliği ile işyerinin tehlike sınıfına göre Bakanlıkça belirlenen düzenli aralıklarla çalışanların sağlık muayenelerinin yapılmasını sağlamak zorundadır (İSGK. m. 15/1,b).

Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik⁹³⁴ çerçevesinde adı geçen Yönetmelikteki değişikliğe göre Yönetmeliğin 4. maddesindeki “ağır ve tehlikeli iş” tanımı yönetmelikten çıkarılmıştır. Bundan sonra kadın ve genç işçilerin çalıştırılabilecekleri işlerle ilgili yapılacak düzenlemede; yapılan işin tehlike sınıfı dikkate alınacaktır. Ancak henüz kadın ve genç işçilerin çalıştırılmayacakları işlerle ilgili bir düzenleme yapılmamıştır.

Yönetmelikte yapılan bir diğer değişiklik, “Çocuk ve genç işçilerin çalıştırılmayacakları işler” listesinin kaldırılmasıdır. Bunun yerine Yönetmeliğe “16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçilerin çalıştırılabilecekleri işler” listesi eklenmiştir. Yapılan değişiklik sonrasında, Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğe göre, çocuk işçilerin çalışmasına izin verilen

⁹³³ İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin İşyeri Tehlike Sınıfları Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ’de işyeri tehlike sınıfları listelenmiştir (RG. 29.03.2013, 28602)

⁹³⁴ RG. 21.02.2013, 28566.

hafif işler Ek-1’de, genç işçilerin çalışmasına izin verilen işler Ek-2’de ve 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçilerin çalıştırılabileceği işler Ek-3’te belirtilmiştir. Diğer taraftan çocuk işçiler Ek-1’de, genç işçiler Ek-1 ve Ek-2’de ve 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçiler ise Ek-1, Ek-2 ve Ek-3’te yer alan işler dışında çalıştırılmayacaktır (ÇGİÇY. m. 5). Bununla birlikte, yaş kayıtlarına bağlı olarak müsaade edilen işlerden olsalar dahi hazırlama, tamamlama ve temizleme işlerinde, alkol, sigara ve bağımlılığa yol açan maddelerin üretimi ve toptan satış işlerinde, parlayıcı, patlayıcı, zararlı ve tehlikeli maddelerin toptan ve perakende satış işleri ile bu gibi maddelerin imali, işlenmesi, depolanması işleri ve bu maddelere maruz kalma ihtimali bulunan her türlü işlerde, gürültü ve/veya vibrasyonun yüksek olduğu ortamlarda yapılan işlerde, aşırı sıcak ve soğuk ortamda çalışma gerektiren işlerde, sağlığa zararlı ve meslek hastalığına yol açan maddeler ile yapılan işlerde, radyoaktif maddelere ve zararlı ışınlarla maruz kalınması ihtimali olan işlerde, fazla dikkat isteyen ve aralıksız ayakta durmayı gerektiren işlerde, parça başı ve prim sistemi ile ücret ödenen işlerde, eğitim amaçlı işler hariç iş bitiminde evine veya ailesinin yanına dönmesine imkan sağlamayan işlerde, işyeri hekimi raporu ile fiziki ve psikolojik yeterliliklerinin üzerinde olan işlerde, eğitim, deney eksikliği, güvenlik konusunda dikkat eksikliği getirme ihtimali olan işlerde, para taşıma ve tahsilat işleri ile 4857 sayılı İş Kanununun 69 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen gece dönemine rastlayan sürelerde yapılan işlerde 18 yaşını doldurmayan işçilerin çalıştırılması mümkün değildir (m. 5/son).

2. İşçilerin çalışmaktan alıkonulmasına ilişkin esaslar

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Yönetmeliğinin⁹³⁵, müfettişlerin görev ve yetkileri başlıklı 11. maddesinde işyerlerinde işçilerin yaş, cinsiyet ve sağlık durumlarına ilişkin mevzuata aykırılıklar tespit edilmesi halinde, ilgili mülki amire gönderilecek bir yazı ile bu işçilerin çalışmaktan alıkonulmasını talep edeceklerini düzenlemiştir (m. 11, g).

⁹³⁵ RG. 31.10.2012, 28453.

İş teftiş tüzüğü de, müfettişlerin yetkileri başlığı altında, müfettişlerin görevlerini yaptıkları sırada İş Kanununa göre suç sayılan eylemlere rastlamaları halinde; bu eylemlerin, işçilerin, yaş, cinsiyet ve sağlık durumlarına ilişkin ise bu durumdaki işçileri çalışmaktan alıkoyma görevlerinin bulunduğunu düzenlemiştir (m. 15/F). Dolayısıyla işçileri çalışmaktan alıkoymak kişi iş müfettişleri ve işçilerin çalışmaktan alıkonulmasının sebebi ise yaptıkları işin yaş, cinsiyet ve sağlık durumlarına uygun olmamasıdır. Bu noktada işçinin çalıştırılması, kanun veya ilgili mevzuat gereği yaşına, cinsiyetine, sağlığına uygun olmayabileceği gibi, işçinin özel durumları sebebiyle sağlığına uygun olmayan bir iş yapması da mümkündür.

İş müfettişinin işçileri gerekli durumlarda çalışmaktan alıkoyması, sadece bir yetki olmayıp, aynı zamanda bir görevdir. Çünkü, işçilerin çalışmaktan alıkonulmasını sağlayan kurallar, iş sağlığı ve güvenliğini ilgilendirdiklerinden emredici niteliktedir.

Çalışmaktan alıkonulmada işçinin o işte çalıştırılmamasının sebebi, işverenin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini ihlal etmesi değil, işçinin kişisel özellikleridir. İşyerinde mevzuatta öngörülen önlemlerin dışında, o andaki mevcut bilimsel ve teknolojik gelişmelerin alınmasına olanak sağladığı tüm önlemler alınmış da olsa, işçinin yaşı, cinsiyeti veya sağlık durumunun o işyerinde çalıştırılmasına engel olması mümkündür⁹³⁶.

İşçinin yaşına, cinsiyetine ya da sağlık durumuna uygun bir işte çalıştırılmaması halinde, işçiler çalışmaktan alıkonulmakla birlikte, bu işçilerin iş sözleşmeleri, alıkonulma anına kadar geçerli bir sözleşmenin hukuki sonuçlarını doğurmaktadır. Bu durumda, iş sözleşmesinin tamamı değil, sadece bu şekilde çalıştırılacağına dair hükmü geçersiz olacaktır (TBK. m. 27/2, eskiden 818 sK. m. 20/2). Zira sözleşmenin tamamının geçersiz olduğunu kabul etmek⁹³⁷, iş mevzuatında işçiyi korumak için getirilen hükümlerin amacına aykırı olacaktır. Söz konusu geçersizliğin doğurduğu

⁹³⁶ SERATLI, İş Sağlığı ve Güvenliği, 208.

⁹³⁷ İş sözleşmesinde geçersizliğin geleceğe dönük olması hakkında bilgi için bkz. SÜZEK, İş Güvenliği, 184-185.

boşluğun, işverenin işçiyi gözetim borcu çerçevesinde işçiye yaşına, cinsiyetine ve sağlık durumuna uygun bir iş vermesi ile doldurulması gerekmektedir. Çünkü işçiyi gözetme borcu, işverene işçiyi sağlığına ve durumuna uygun bir işte çalıştırma ödevi yüklemektedir. Böylece işçiyi koruyan kuralın onu işsiz bırakması engellenmiş olacaktır. İşverenin, işçiye yaşına, cinsiyetine ya da sağlık durumuna uygun bir iş verme borcunu gereği gibi yerine getirmemesi halinde, işveren işin görülmesi için gerekli olan hazırlık fiillerini gerçekleştirmediğinden işi kabulde temerrüde düşmüş sayılır ve işçi çalışmak zorunda kalmaksızın (TBK. m. 408, eskiden 818 sK. m. 325)'e dayanarak ücretini talep edebilir⁹³⁸.

İşçinin sağlık ve durumuna uygun bir işte çalıştırılmayı istemesi her zaman mümkündür. Zira işverenin bu borcu müfettişlerce işçinin böyle bir işte çalıştırılmaktan alıkonulmasından önce de vardır⁹³⁹. Örneğin gürültülü yerde çalışan işçinin işyeri hekiminin meslek hastalıkları hastanesine sevki üzerine, bunun bir meslek hastalığı olduğu tespit edildiğinde, işçi çalışmaktan alıkonacak ve işverenin onu gürültüsüz bir işe alması gerekecektir. Yine kimyasal maddelerden yapıştırıcı üretim sektöründe çalışan işçide, kas ve eklem rahatsızlığı olması halinde, işçinin tedavisi yapıldıktan sonra kas ve iskeletini yormayacak işe verilmesi gerekecektir.

Diğer taraftan, işçinin yapmakta olduğu iş nedeniyle maddi ve manevi zarara uğraması durumunda, işçinin TBK. m. 54, 56 (818 sK. m. 46-47) uyarınca tazminat davası da açması mümkündür⁹⁴⁰.

IV. İdari Para Cezaları

1. Genel olarak

Kabahatler Kanununa göre bu Kanunun idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde ve diğer genel

⁹³⁸ SÜZEK, İş Güvenliği, 295-296; EKONOMİ, İHU; SOYER, Yeni İş Kanunu, 35; SERATLI, İş Sağlığı ve Güvenliği, 209.

⁹³⁹ SÜZEK, İş Güvenliği, 296.

⁹⁴⁰ SERATLI, İş Sağlığı ve Güvenliği, 209.

hükümleri ise idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacaktır (KK. m. 3). Dolayısıyla idari para cezalarının incelenmesi sırasında İSGK.'nın yanı sıra hukuki dayanağımız Kabahatler Kanunu olacaktır.

İdari para cezalarının uygulanabilmesi için işyerinde bir iş kazası ya da meslek hastalığının gerçekleşmesi gerekmekte, işveren/işveren vekilinin ilgili sağlık ve güvenlik kurallarını ihlal etmesi yeterli olmaktadır⁹⁴¹. Bununla birlikte idari para cezalarının iş kazası ve meslek hastalığı ortaya çıktıktan sonra da uygulanması mümkündür⁹⁴².

İşveren çoğu zaman iş güvenliği önlemlerinin yükleyeceği masraflardan kaçınmak amacıyla iş güvenliğine ilişkin eksik ya da yanlış hareketlerde bulunmakta ve idari para cezası ödemek zorunda kalmaktadır. İdari para cezasının etkili olabilmesi için yaptırımın failin suç işlemekle elde ettiği menfaatten daha yüksek olması veya en kötü ihtimalle buna eşit olması gerekmektedir. Zira aksi ihtimalde, işverenler masraflı iş güvenliği önlemlerini almak yerine daha ekonomik olan para cezalarını ödemeyi tercih etmektedir⁹⁴³.

Kanun koyucu, işçilere çalışmaktan kaçınma hakkı tanıyan İSGK. m. 13'e aykırı hareket eden işverenlerin idari para cezası ödeyeceğini düzenlememiştir. Dolayısıyla yakın ve ciddi bir tehlike ile karşı karşıya kalan işçilerin çalışmaktan kaçınma haklarını kullanmak için işverene başvurması halinde, işverenin derhal karar vermemesi, kararını işçiye yazılı olarak bildirmemesi, işçilerin çalışmaktan kaçındığı dönemdeki ücreti ile kanunlardan ve iş sözleşmesinden doğan diğer haklarını işçilere vermemesi ya da işçilerin ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda kendi kararları ile işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gitmeleri halinde,

⁹⁴¹EYRENCİ, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 306-307; SÜZEK, İş Güvenliği, 321; DEMİRCİOĞLU, Kamusal Yaptırımlar, 491; KESER, 102.

⁹⁴²OĞUZ, 131.

⁹⁴³SÜZEK, Öneriler, 319-320.

işçilerin bu hareketlerinden dolayı haklarının kısıtlanması halinde işverenler herhangi bir idari para cezası yaptırımını ile karşılaşmayacaklardır. Kanaatimizce söz konusu eksikliğin giderilmesi gerekmekte olup, kanun koyucunun İSGK. m. 13'e aykırı davranan işverenin idari para cezasına maruz kalacağını düzenlemesi yerinde olacaktır.

2. İdari para cezalarının niteliği

İdari para cezaları maktu veya nispi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır (KK. m. 17). Kanunun para cezasını sadece tek bir rakam olarak veya aşağı yukarı hadlerini göstermek suretiyle kesin olarak belirlemesi halinde bu para cezası maktu nitelikte olup, cezanın miktarı kesin olarak belirlenmek yerine, fail tarafından elde edilen yarar ya da verilen zarara orantılı olarak değişmekteyse bu bir nispi para cezasıdır⁹⁴⁴.

Kabahatler Kanunu, idarî para cezalarının her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 04.01.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilân edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak uygulanacağını, bu suretle idarî para cezasının hesabında bir Türk Lirasının küsurunun dikkate alınmayacağını, diğer taraftan bu fıkra hükmünün, nispi nitelikteki idarî para cezaları açısından uygulanmayacağını düzenlemiştir (m. 17/7). İş Kanunundaki (şimdi İSGK'daki) bazı idari para cezalarının maktu bazılarının ise nispi nitelikte olması sebebiyle, Kabahatler Kanununun yürürlüğe girdiği 01.06.2005'den itibaren yeniden değerlendirme oranında artırımın sadece maktu para cezaları için uygulanması gerekmekte, nispi para cezaları bakımından ise aynı şekilde artırım yapılmamalıdır. Bu sebeple uygulamada nispi nitelikteki para cezalarının yeniden değerlendirme oranında artırılması Kabahatler Kanunu m. 17/7'ye aykırıdır⁹⁴⁵.

Kabahatler Kanununda öngörülen maktu nitelikteki para cezalarının her yıl Vergi Usul Kanunu uyarınca yeniden değerlemeye tabi tutulmasının amacı sabit bir rakam olarak

⁹⁴⁴ CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, 225; AYDEMİR, 30; İNCİROĞLU, 120-121.

⁹⁴⁵ ŞAHLANAN, İdari Para Cezaları, 15.

belirlenen maktu para cezasının zaman içerisinde enflasyona karşı korunmasının sağlanmasıdır.

3. İdari para cezasını gerektiren haller

a. İş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğüne ilişkin idari para cezaları

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 26/1, (a); Bu Kanunun; 4. üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen işverene her bir yükümlülük için ayrı ayrı ikibin Türk Lirası idari para cezası verileceğini düzenlemiştir.

İşverenin genel yükümlülüğü başlıklı 4. maddeye göre ise işveren çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup bu çerçevede; mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar; işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar (İSGK. m. 4/1,(a, b)).

İş Kanununun İSGK. ile yürürlükten kalkan aynı yöndeki düzenlemesi (İŞK. m. 105/c'nin atıf yaptığı m. 77), sağlık ve güvenlik tedbirlerinin işveren tarafından alınmasını düzenlemekle birlikte, bu tedbirlerin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için işverenin çalışmalar yapmasını gerekli görmemişti. İSGK. ile işverene getirilen bu ek yükümlülük iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için önem taşımaktadır.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, işverenler kadar işçilerin de iş sağlığı ve güvenliği konusunda yükümlülükleri olduğunu düzenlemiştir (İSGK. m. 19). Ancak işçilerin bu yükümlülüğü, işverenlerin alınan önlemlere uyulup uyulmadığını denetleme yükümlülü-

ğünü ortadan kaldırmamaktadır⁹⁴⁶. Dolayısıyla işverenler kadar işçilerin de iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini ihlal etmeleri durumunda işverene uygulanacak idari para cezasında bir farklılık söz konusu olmayacaktır.

İşverenin İSGK'nın 4. üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde belirtilen yükümlülükleri yerine getirmemesi halinde, işverene her bir yükümlülük için ayrı ayrı ikibin Türk Lirası idari para cezası verilecektir. İşverene her bir yükümlülük için ayrı ayrı ceza verileceği düzenlemesi, 4857 sayılı Kanun döneminden farklılık taşımaktadır. Zira 4857 sayılı Kanun döneminde işveren 77. maddedeki yükümlülüklerden tümünü de ihlal etse, birini de ihlal etse 77. maddeye aykırılığın karşılığı olan idari para cezasını ödemekle yükümlüydü. Oysa İSGK. isabetli olarak hiçbir yükümlülüğü yerine getirmeyen işveren ile diğer işverenler arasındaki farkı gözetmiştir.

b. İş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve diğer sağlık personeli görevlendirme yükümlülüğüne ilişkin idari para cezaları

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 24/1, (b); bu Kanunun 6'ncı maddesinin birinci fıkrası gereğince belirlenen nitelikte iş güvenliği uzmanı veya işyeri hekimi görevlendirmeyen işverene görevlendirmedeği her bir kişi için beşbin Türk Lirası, aykırılığın devam ettiği her ay için aynı miktar, diğer sağlık personeli görevlendirmeyen işverene ikibinbeşyüz Türk Lirası, aykırılığın devam ettiği her ay için aynı miktar, aynı fıkranın (b), (c) ve (d) bentlerinde belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen işverene her bir ihlal için ayrı ayrı binbeşyüz Türk Lirası, (ç) bendine aykırı hareket eden işverene yerine getirilmeyen her bir tedbir için ayrı ayrı bin Türk Lirası idari para cezası verileceğini düzenlemiştir.

İş sağlığı ve güvenliği hizmetleri başlıklı 6. madde, mesleki risklerin önlenmesi ve bu risklerden korunulmasına yönelik çalışmaları da kapsayacak, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin sunulması için işverenin çalışanları arasından iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve diğer sağlık personeli görevlendireceğini, çalışanları arasında belirlenen nite-

⁹⁴⁶ 4857 sK. döneminde ifade edilen bu görüş için. bkz. CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, 258.

liklere sahip personel bulunmaması hâlinde, bu hizmetin tamamını veya bir kısmını ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet olarak yerine getirebileceğini; ancak belirlenen niteliklere ve gerekli belgeye sahip olması hâlinde, tehlike sınıfı ve çalışan sayısı dikkate alınarak, bu hizmetin yerine getirilmesini kendisinin üstlenebileceğini belirtmiştir (m. 6/1, a).

İşverenin idari para cezası yaptırımıyla karşı karşıya kalmaması için uyması gereken diğer hüküm, görevlendirdiği kişi veya hizmet aldığı kurum ve kuruluşların görevlerini yerine getirmeleri amacıyla araç, gereç, mekân ve zaman gibi gerekli bütün ihtiyaçlarını karşılaması gerektiğidir (m. 6/1, b).

İşveren işyerinde sağlık ve güvenlik hizmetlerini yürütenler arasında iş birliği ve koordinasyonu sağlayacak, çalışanların sağlık ve güvenliğini etkilediği bilinen veya etkilemesi muhtemel konular hakkında; görevlendirdikleri kişi veya hizmet aldığı kurum ve kuruluşları, başka işyerlerinden çalışmak üzere kendi işyerine gelen çalışanları ve bunların işverenlerini bilgilendirecektir (m. 6/1, c-d).

İşverenin aksi halde idari para cezası ödeyeceği diğer yükümlülük ise görevlendirdikleri kişi veya hizmet aldığı kurum ve kuruluşlar tarafından iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili mevzuata uygun olan ve yazılı olarak bildirilen tedbirleri yerine getirmemesidir (m. 6/1, ç). Örneğin iş güvenliği uzmanının işyerinde iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine ilişkin hususları kaydettiği defterde belirtilen noktalara işverenin uymadığının müfettişçe tespit edilmesi halinde, işverene idari para cezası verilecektir. 4857 sK. döneminde olmayan bu hüküm, iş güvenliği uzmanlarının işyerindeki etkinliğinin sağlanmasına yardımcı olacak niteliktedir. Zira, böylece iş güvenliği uzmanının tespit ettiği eksiklik ve aksaklıkların düzeltilmemesi halinde, işverenin idari para cezası ödemesi gerekecektir.

Özetle işverenin idari para cezası yaptırımıyla karşı karşıya gelmemesi için öncelikle iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve diğer sağlık personeli görevlendirmesi

gerekmektedir. İşveren, bu kişileri kendi çalışanları arasından seçebileceği gibi ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alarak ya da kendisi karşılaması da mümkündür. İşveren bu kişilerin görevlerini yerine getirmeleri için gerekli koşulları sağlayacak, bu kişiler arasında işbirliği ve koordinasyonu temin edecek, bunları bilgilendirecek ve bu kişilerin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için bildirdikleri tedbirleri yerine getirecektir.

İşyeri hekimi çalıştırmamaya bağlanan yaptırım, hiç işyeri hekimi çalıştırılmamasını olduğu kadar, işyerinin girdiği tehlike sınıfı ve işçi sayısına göre eksik sayıda işyeri hekimi çalıştırılmasını da kapsamaktadır⁹⁴⁷.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda, iş güvenliği kurallarına aykırılık halinde, aykırılığın devam ettiği her ay için cezalar birer kat artırılmıştır. Dolayısıyla görevlendirilmesi gerektiği halde iş güvenliği uzmanı görevlendirilmediği takdirde aykırılığın devam ettiği her ay için aynı idari para cezası tutarı devam etmekte, üç aylık bir ihlal halinde üç kat idari para cezası uygulanmış olmaktadır⁹⁴⁸. Bunun da ötesinde işverenin aynı fıkroda düzenlenmiş her bir ihlal ve her bir tedbir için ayrı ayrı idari para cezası ödeyecek olması sebebiyle, örneğin işverenin işçilere baret ve eldiven vermesi gerektiği halde vermemesi ve şantiye şefi ile işyeri hekimi arasında iş birliği ve koordinasyonu sağlamaması halinde, her bir ihlal için ayrı ayrı idari para cezası ödemesi gerekecektir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği⁹⁴⁹; iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini yürütmek üzere kurulacak işyeri sağlık ve güvenlik birimlerinin kuruluşu ile ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin yetkilendirilmeleri, yetki belgelerinin iptali, görev, yetki ve sorumlulukları ile çalışma usul ve esaslarını; İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin

⁹⁴⁷ 4857 sayılı Kanun döneminde aynı yönde görüş için bkz. EKMEKÇİ, İşyeri Örgütlenmesi, 168.

⁹⁴⁸ KURT Resul/KURT Dilek, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile İşverenlere Getirilen Yükümlülükler ve İdari Yaptırımlar, <http://www.alosgk.com/2012/12/6331-sayili-is-sagligi-ve-guvenligi-kanunu-ile-isverenlere-getirilen-yukumlulukler-ve-idari-yaptirimlar-dr-resul-kurt-dr-dilek-kurt/>, 06.05.2013.

⁹⁴⁹ RG. 29.12.2012, 28512.

Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik⁹⁵⁰, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinde görevli işyeri hekimlerinin ve diğer sağlık personelinin nitelikleri, belgelendirilmeleri, eğitimleri, görev, yetki ve sorumlulukları ile işyeri hekimliği hizmeti verecek toplum sağlığı merkezlerinin yetkilendirilmesi ve çalışma usul ve esaslarını; İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik⁹⁵¹ ise iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinde görevli iş güvenliği uzmanlarının nitelikleri, eğitimleri ve belgelendirilmeleri, görev, yetki ve sorumlulukları ile çalışma usul ve esaslarını düzenlemektedir. Dolayısıyla İSGK. m. 6/1'deki yükümlülükler aykırılığın tespiti için söz konusu üç yönetmeliğe bakmak gerekecektir.

İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmeliğe göre, mesleki risklerin önlenmesi ve bu risklerden korunulmasına yönelik çalışmaları da kapsayacak iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin sunulması için işverenin; kural olarak çalışanları arasından 4'üncü maddenin birinci fıkrasının (b) ve (g) bentlerindeki niteliklere sahip çalışanları, işyerinin tehlike sınıfı ve çalışan sayısını dikkate alarak işyeri hekimi ve diğer sağlık personeli görevlendirmesi gerekmektedir. Tam süreli işyeri hekimi görevlendirilen işyerlerinde, diğer sağlık personeli görevlendirilmesi zorunlu değildir (m. 5/1, a, ç). 4857 sayılı Kanun döneminde diğer sağlık personeli çalıştırılmaması için idari para cezası öngörülmemiştir. Buna karşın öğretide, İşK. m. 105/c'de işyeri sağlık ve güvenlik birimi oluşturulmaması için idari yaptırım öngörüldüğü, diğer sağlık personelinin de işyeri sağlık ve güvenlik biriminde yer aldığı ve bu nedenle işyeri sağlık ve güvenlik birimlerine ilişkin yaptırımın diğer sağlık personelinin de kapsadığı ileri sürülebilecekse de, işyeri sağlık ve güvenlik biriminin oluşturulmamasının sadece fiziki mekana ilişkin unsurları kapsadığı, sağlık biriminde bulundurulacak personelin ise sağlık biriminin oluşturulması ile ilgili olmadığı, eğer sağlık birimi oluşturulmaması fiili, burada bulundurulacak personeli de içerseydi, işyeri hekimi çalıştırılmaması fiilinin ayrıca sayılmasına gerek kalmayacağı, bu düzenlemeden diğer sağlık personeli çalıştırılmamasının idari para cezası yaptırımına

⁹⁵⁰ RG. 20.07.2013, 28713.

⁹⁵¹ RG. 29.12.2012, 28512.

bağlanmak istenmediği anlamının çıktığı belirtilmişti⁹⁵². İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, bu tereddütleri ortadan kaldırmış ve isabetli olarak diğer sağlık personeli görevlendirmeyen işverene de idari para cezası yaptırımının uygulanacağını düzenlemiştir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunundan önce yürürlükte olan 4857 sayılı İş Kanununun 81. maddesinde, belirtilen yükümlülüklere uymayan işveren veya işveren vekiline her işçi için binikiyüzellişer Türk Lirası idari para cezası verileceği ifade edilmişti. Bu ihlallerde öngörülen cezanın işverenin hekime ve mühendise ödediği aylık ücretten daha az maliyetli olduğu düşünüldüğünde, bu cezanın ceza niteliği taşımadığı ve bu özellikleriyle Avrupa Birliğinin etkili, orantılı ve caydırıcı ceza uygulaması ilkesiyle bağdaşmadığı isabetli olarak belirtilmekteydi⁹⁵³. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ise söz konusu yükümlülüklerle ilişkin idari para cezalarını artırmak suretiyle, bu eleştirilerin önüne geçmiştir.

Diğer taraftan İSGK. ile getirilen bu idari para cezalarının adil olmadığı belirtilmelidir. Şöyle ki, 1000 kişinin çalıştığı bir işyerinde, bir işyeri hekimi ve iş sağlığı ve güvenliği uzmanı görevlendirilmemesi durumunda her bir kişi için ve aykırılığın devam ettiği her ay için, 5.000 TL. idari para cezası uygulanırken, bir veya iki kişinin çalıştığı işyerlerine de aynı ceza miktarları uygulanacaktır.

c. İşyeri hekimleri ve iş güvenliği uzmanlarının çalışma şartlarına ilişkin idari para cezaları

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 26/1, (c), Kanunun 8'inci maddesinin birinci ve altıncı fıkralarına aykırı hareket eden işverene her bir ihlal için ayrı ayrı binbeşyüz Türk Lirası idari para cezası verileceğini düzenlemiştir. Söz konusu maddeye göre işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanlarının hak ve yetkileri, görevlerini yerine getirmeleri

⁹⁵² EKMEKÇİ, İşyeri Örgütlenmesi, 168-169.

⁹⁵³ PİYAL, İş Sağlığı ve Güvenliği, 286.

nedeniyle kısıtlanamayacak; bu kişiler, görevlerini mesleğin gerektirdiği etik ilkeler ve mesleki bağımsızlık içerisinde yürütecektir (m. 8/1). Dolayısıyla işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanlarının görev ve yetkilerini yerine getirmeleri sebebiyle hak ve yetkilerinin kısıtlanması ya da mesleki bağımsızlık içinde görev ve yetkilerini yerine getirmelerinin engellenmesi halinde, işverene idari para cezası verilecektir. Bu noktada kanaatimizce mesleki bağımsızlığın sağlanmasında idari para cezasının yeterli olduğunu söylemek mümkün değildir. Mesleki bağımsızlık, bu işçilerin görevlerini yapmaları sebebiyle sözleşmelerinin feshedilemeyeceği, feshedilmesi halinde işçiye maktu bir tazminatın ödeneceği yönünde güvencelerin sağlanması halinde, mümkün olacaktır.

Hükmün idari para cezası öngördüğü diğer husus, belirlenen çalışma süresi nedeniyle işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanının tam süreli görevlendirilmesi gereken durumlarda; işverenin, işyeri sağlık ve güvenlik birimi kurması gerektiğidir. Bu durumda, çalışanların tabi olduğu kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, 4857 sayılı İş Kanununa göre belirlenen haftalık çalışma sürelerinin dikkate alınması gerekmektedir (İSGK. m. 8/6).

ç. Risk değerlendirmesi yapma yükümlülüğüne ilişkin idari para cezaları

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 26/1, (ç), Kanunun 10'uncu maddesinin birinci fıkrasına göre risk değerlendirmesi yapmayan veya yaptırmayan işverene üçbin Türk Lirası, aykırılığın devam ettiği her ay için dörtbinbeşyüz Türk Lirası, dördüncü fıkrasında belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen işverene binbeşyüz Türk Lirası idari para cezası verileceğini düzenlemiştir.

Risk değerlendirmesi, kontrol, ölçüm ve araştırma başlıklı 10. madde; işverenin, iş sağlığı ve güvenliği yönünden risk değerlendirmesi yapmak veya yaptırmakla yükümlü olduğunu; risk değerlendirmesi yapılırken belirli risklerden etkilenecek çalışanların durumu, kullanılacak iş ekipmanı ile kimyasal madde ve müstahzarların seçimi, işyerinin tertip ve düzeni ile genç, yaşlı, engelli, gebe veya emziren çalışanlar gibi özel politika gerektiren gruplar ile kadın çalışanların durumunun dikkate alınacağını

düzenlemiştir (m. 10/1). Diğer taraftan işveren, iş sağlığı ve güvenliği yönünden çalışma ortamına ve çalışanların bu ortamda maruz kaldığı risklerin belirlenmesine yönelik gerekli kontrol, ölçüm, inceleme ve araştırmaların yapılmasını sağlayacaktır (m. 10/4).

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile çalışma hayatına giren risk değerlendirmesi yapma zorunluluğu, işyerlerinde henüz kaza ya da meslek hastalığı gerçekleşmeden söz konusu risklerin belirlenerek tedbir alınmasını sağlayacağından isabetli bir yükümlülüktür. Kanun koyucu, ülkemizdeki iş kazası ve meslek hastalıklarının sık yaşandığı “çok tehlikeli” sınıfta yer alan “maden”, “metal” ve “yapı işleri” ile “tehlikeli kimyasallarla” çalışılan işlerin yapıldığı işyerleri veya büyük endüstriyel kazaların olabileceği işyerlerinde “risk değerlendirmesi” yapılmamasını, kanununun 25’inci maddesinde “işin durdurulması” yaptırımına bağlamıştır. Bu çerçevede örneğin büyük endüstriyel kazaların olabileceği işyerlerinde risk değerlendirmesi yapılmamış olması halinde, İSGK. m. 25 gereği işyerinde iş durdurulacak ve İSGK. m. 26/1, (ç) gereği de işveren idari para cezası ödeyecektir.

d. Acil durumlara ve tahliyeye ilişkin idari para cezaları

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 26/1, (d), Kanununun 11 ve 12’ nci maddeleri hükümlerine aykırı hareket eden işverene, uyulmayan her bir yükümlülük için bin Türk Lirası, aykırılığın devam ettiği her ay için aynı miktar idari para cezası verileceğini düzenlemiştir.

Acil durum planları, yangınla mücadele ve ilk yardım başlıklı 11. maddeye göre işveren; çalışma ortamı, kullanılan maddeler, iş ekipmanı ile çevre şartlarını dikkate alarak meydana gelebilecek acil durumları önceden değerlendirerek, çalışanları ve çalışma çevresini etkilemesi mümkün ve muhtemel acil durumları belirler ve bunların olumsuz etkilerini önleyici ve sınırlandırıcı tedbirleri alır, acil durumların olumsuz etkilerinden korunmak üzere gerekli ölçüm ve değerlendirmeleri yapar, acil durum planlarını hazırlar, acil durumlarla mücadele için işyerinin büyüklüğü ve taşıdığı özel

tehlikeler, yapılan işin niteliği, çalışan sayısı ile işyerinde bulunan diğer kişileri dikkate alarak; önleme, koruma, tahliye, yangınla mücadele, ilk yardım ve benzeri konularda uygun donanıma sahip ve bu konularda eğitilmiş yeterli sayıda kişiyi görevlendirir, araç ve gereçleri sağlayarak eğitim ve tatbikatları yaptırır ve ekiplerin her zaman hazır bulunmalarını sağlar, özellikle ilk yardım, acil tıbbi müdahale, kurtarma ve yangınla mücadele konularında, işyeri dışındaki kuruluşlarla irtibatı sağlayacak gerekli düzenlemeleri yapar.

Tahliye başlıklı 12. maddeye göre ise ciddi, yakın ve önlenemeyen tehlikenin meydana gelmesi durumunda işveren; çalışanların işi bırakarak derhal çalışma yerlerinden ayrılıp güvenli bir yere gidebilmeleri için, önceden gerekli düzenlemeleri yapar ve çalışanlara gerekli talimatları verir, durumun devam etmesi hâlinde, zorunluluk olmadıkça, gerekli donanıma sahip ve özel olarak görevlendirilenler dışındaki çalışanlardan işlerine devam etmelerini isteyemez (m. 12/a, b). Böylece ciddi, yakın ve önlenemeyen tehlike durumunda çalışanların sağlık ve güvenliklerinin temini için işverenin düzenleme yapması gerekliliği hüküm altına alınarak çalışanların verebileceği yanlış kararlar neticesinde doğabilecek olumsuz etkiler ortadan kaldırılmak ve ciddi-yakın tehlike durumunun devam ettiği çalışma şartlarında gerekli donanıma sahip ve özel olarak görevlendirilenler dışında kalanların görevlerine devam etmelerinin istenemeyeceği belirtilerek bu işçiler korunmak istenmiştir⁹⁵⁴.

İşveren, çalışanların kendileri veya diğer kişilerin güvenliği için ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaştıkları ve amirine hemen haber veremedikleri durumlarda; istenmeyen sonuçların önlenmesi için, bilgileri ve mevcut teknik donanımları çerçevesinde müdahale edebilmelerine imkân sağlayacaktır. Böyle bir durumda çalışanlar, ihmal veya dikkatsiz davranışları olmadıkça yaptıkları müdahaleden dolayı sorumlu tutulamayacaktır (m. 12/2).

⁹⁵⁴ DEMİR Fevzi, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası 9, İşverenin Acil Durum Planları Yapma, Yangınla Mücadele ve İlk Yardım, <http://www.gozlemgazetesi.com/yazarlar/prof-dr-fevzi-demir/1254-is-sagligi-ve-guvenligi-yasasi-9-isverenin-acil-durum-planlari-yapma-yaniginla-mucadele-ve-ilk-yard.htm>, 05.06.2013 (Acil Durum).

Öğretide çalışanların bilgileri ve teknik donanımları ile ciddi ve yakın tehlikeye müdahale etme yeterliliğine kavuşturulmasının işverene yükümlülük olarak getirildiği, böyle bir olayla karşılaşan ve amirine haber vermeden müdahale eden çalışanların haklarının korunduğu ifade edilmiştir⁹⁵⁵. Ancak işçilerin ihmal veya dikkatsiz davranışları olmadıkça yaptıkları müdahaleden dolayı sorumlu tutulamayacağı yönündeki bu yükümlülüğe yaptırım olarak sadece idari para cezası öngörülmüş, başkaca bir sonuç bağlanmamıştır. Burada işçilerin, ihmal veya dikkatsiz davranışları olmadıkça yaptıkları müdahaleden dolayı sorumlu tutulamayacağı, işverenin aksi bir davranışı halinde işçiye maktu bir tazminat ödeneceği vb. bir düzenlemenin yapılması işçinin ciddi ve yakın bir tehlikeyle karşılaşması durumunda daha özgür olmasını ve işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin teminini sağlayacaktır.

e. İş kazası ve meslek hastalıklarının kayıt ve bildirim yükümlülüğüne ilişkin idari para cezaları

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 26/1, (e); Kanununun 14'üncü maddesinin birinci fıkrasında belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen işverene her bir yükümlülük için ayrı ayrı binbeşyüz Türk Lirası, ikinci fıkrasında belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen işverene ikibin Türk Lirası, dördüncü fıkrasında belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen sağlık hizmeti sunucuları veya yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucularına ikibin Türk Lirası idari para cezası verileceğini düzenlemiştir.

Sözü edilen 14. maddenin ilk fıkrası; işverenin, bütün iş kazalarının ve meslek hastalıklarının kaydını tutarak, gerekli incelemeleri yapacağını, bunlar ile ilgili raporları düzenleyeceğini; işyerinde meydana gelen ancak yaralanma veya ölüme neden olmadığı halde işyeri ya da iş ekipmanının zarara uğramasına yol açan veya çalışan, işyeri ya da iş ekipmanını zarara uğratma potansiyeli olan olayları inceleyerek bunlar ile ilgili raporları düzenleyeceğini ifade etmiştir (m. 14/1). Böylece işyerinde meydana gelen iş kazaları ile meslek hastalıklarının ve işçilere zarar verebilecek hususların takibi kolaylaşacaktır. İşçileri zarara uğratmasa da işyeri ya da işyeri ekipmanını zarara uğratan ya da uğratma

⁹⁵⁵ DEMİR, Acil Durum, 05.06.2013.

potansiyeli olan durumları rapora bağlama zorunluluğu getirilmek suretiyle hem işçilerin iş sağlığı ve güvenliğinin hem de işyeri ve ekipmanının bütünlüğünün zarar görmesine sebep olacak hususların tespit edilmesi sağlanmış olacaktır.

Aynı maddede düzenlenmiş olan ve işverenin aksi halde idari para cezası yaptırımını ile karşı karşıya kalacağı diğer yükümlülükleri; işverenin iş kazalarını kazadan sonraki üç iş günü içinde; sağlık hizmeti sunucuları veya işyeri hekimi tarafından kendisine bildirilen meslek hastalıklarını, öğrendiği tarihten itibaren üç iş günü içinde Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirimde bulunması gerektirir (m. 14/2).

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunundan önce yürürlükte olan İŞK. m. 77/III, işverenlerin işyerlerinde meydana gelen iş kazasını ve tespit edilecek meslek hastalığını en geç iki iş günü içinde yazı ile ilgili bölge müdürlüğüne bildirmek zorunda olduklarını düzenlemişti. 5510 sK. m. 13/4 ise bunların üç işgünü içinde Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilmesi gerektiğini ifade etmişti. Dolayısıyla İSGK.'dan önce iş kazaları ile meslek hastalıkları hem SGK hem de Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüklerine bildiriliyordu. Oysa 01 Ocak 2013 tarihinden itibaren sadece SGK' ye bildirilecektir.

Öğretide haklı olarak, işveren iş kazasını derhal öğreneceğinden, iş kazasının bildirim noktasında tereddüt söz konusu olmamakla beraber, meslek hastalığı için durumun daha farklı olduğu belirtilmişti. Buna göre işverenin işçinin meslek hastalığına yakalandığını öğrenmesi için öncelikle işçinin hastalığına dair bir raporun bulunması gerektiğini kabul etmek yerinde olacaktır. Zira işçinin hastalığının meslek hastalığı olup olmadığını işverenin bilmesi mümkün değildir. Bu durumda bildirim yükümlülüğünün, işverenin öğrenmesi halinde rapor tarihinden itibaren, işverenin meslek hastalığını rapor tarihinden daha sonra öğrenmesi halinde ise bu yükümlülüğün öğrenme tarihinden itibaren başlaması gerekeceği ifade edilmişti⁹⁵⁶. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, söz konusu isabetli görüşe ve 5510 sK. m. 14'e paralel şekilde, meslek hastalıkları için ayrı bir düzenleme

⁹⁵⁶ CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, 258.

getirerek, Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirme yükümlülüğünün öğrenme tarihinden itibaren başlayacağını kabul etmiştir.

4857 sayılı Kanundan farklı olarak İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, işveren dışında sağlık hizmeti sunucularına da idari para cezası verilebileceğini hükme bağlamıştır. Buna göre sağlık hizmeti sunucularının kendilerine intikal eden iş kazalarını, yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucularının ise meslek hastalığı tanısı koydukları vakaları en geç on gün içinde Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirmeleri gerekmektedir (İSGK. m. 14/4). Böylece yeni bir uygulama olarak özel veya kamu kurumu niteliğindeki sağlık kuruluşlarına da kendilerine intikal eden iş kazaları ile meslek hastalığı şüphesi veya tespiti bulunan vakaları Sosyal Güvenlik Kurumuna on gün içinde bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. Söz konusu bildirim ise kayıt dışı istihdam edilenlerin de iş kazası ve meslek hastalığı tespitlerinin yapılmasını ve mükerrer bildirimler yerine tek bildirim esasının uygulanmasını sağlamaktadır⁹⁵⁷.

f. İşverenin sağlık gözetimi yükümlülüğüne ilişkin idari para cezaları

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 26/1, (f) bendi; Kanunun 15'inci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen işverene, sağlık gözetimine tabi tutulmayan veya sağlık raporu alınmayan her çalışan için bin Türk Lirası idari para cezası verileceğini düzenlemiştir.

Sağlık gözetimi başlıklı 15. madde işverenin çalışanların işyerinde maruz kalacakları sağlık ve güvenlik risklerini dikkate alarak sağlık gözetimine tabi tutulmalarını sağlayacağını; çalışanların işe girişlerinde, iş değişikliğinde ve iş kazası, meslek hastalığı veya sağlık nedeniyle tekrarlanan işten uzaklaşmalarından sonra iş dönüşlerinde talep etmeleri hâlinde ve işin devamı süresince, çalışanın ve işin niteliği ile işyerinin tehlike sınıfına göre Bakanlıkça belirlenen düzenli aralıklarla sağlık

⁹⁵⁷ DEMİR Fevzi, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası 10, Sağlık Gözetimi ve İş Kazaları ile Meslek Hastalıklarının Kayıt, <http://www.gozlemgazetesi.com/yazarlar/prof-dr-fevzi-demir/1275-is-sagligi-ve-guvenligi-yasasi-10-saglik-gozetimi-ve-is-kazalari-ile-meslek-hastaliklarinin-kayit-v.html>, 06.05.2013 (Sağlık Gözetimi).

muayenelerinin yapılmasını sağlamak zorunda olduğunu (m. 15/1); tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde çalışacakların, yapacakları işe uygun olduklarını belirten sağlık raporu olmadan işe başlatılmayacağını düzenlemiştir.

1475 sayılı İş Kanunu döneminde verilen ceza kesinleştikten sonra suçun tekrar işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılmaktayken (m. 104), ne 4857 sayılı İş Kanunu m. 105/b ne de İSGK. m. 26/1, (f) suçun tekerrürü halinde ne ceza verileceğini düzenlemiş olup, bu eksikliğin giderilmesi gerekmektedir.

g. İşverenin çalışanları bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin idari para cezaları

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 26/1, (g)'ye göre Kanunun 16'ncı maddesinde belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen işverene, bilgilendirilmeyen her bir çalışan için bin Türk Lirası idari para cezası verilecektir.

Çalışanların bilgilendirilmesi başlıklı 16. madde, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve sürdürülebilmesi amacıyla işverenin, çalışanları ve çalışan temsilcilerini işyerinin özelliklerini de dikkate alarak işyerinde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik riskleri, koruyucu ve önleyici tedbirler, kendileri ile ilgili yasal hak ve sorumluluklar, ilk yardım, olağan dışı durumlar, afetler ve yangınla mücadele ve tahliye işleri konularında görevlendirilen kişiler hakkında bilgilendireceğini düzenlemiştir (m. 16/1).

İşverenin aksi halde idari para cezası ödeyeceği diğer yükümlülüğü 12'nci maddede belirtilen ciddi ve yakın tehlikeye maruz kalan veya kalma riski olan bütün çalışanların, tehlikeler ile bunlardan doğan risklere karşı alınmış ve alınacak tedbirler hakkında derhal bilgilendirilmesi; başka işyerlerinden çalışmak üzere kendi işyerine gelen çalışanların birinci fıkrada belirtilen bilgileri almalarını sağlamak üzere, söz konusu çalışanların işverenlerine gerekli bilgilerin verilmesi; risk değerlendirmesi, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili koruyucu ve önleyici tedbirler, ölçüm, analiz, teknik kontrol, kayıtlar,

raporlar ve teftişten elde edilen bilgilere, destek elemanları ile çalışan temsilcilerinin ulaşmasının sağlanmasıdır.

4857 sayılı Kanundan farklı olarak işverenin genel yukumlulukleri dışında, bilgilendirme yukumluluğunun ayrı bir madde ile duzenlenmiş olması ve buna aykırılığın idari para cezası yaptırımına tabi tutulması son derece yerinde olmuştur.

ę. İşverenin alışanları eğitim yukumluluğüne ilişkin idari para cezaları

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 26/1, (ę), Kanunun 17'nci maddesinin bir ila yedinci fıkralarında belirtilen yukumlulukleri yerine getirmeyen işverene her bir çalışan için bin Türk Lirası idari para cezası verileceğini düzenlemiştir.

Buna göre işverenin, çalışanların iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerini almasını sağlaması gerekmektedir. Bu eğitim özellikle; işe başlamadan önce, çalışma yeri veya iş değişikliğinde, iş ekipmanının değişmesi hâlinde veya yeni teknoloji uygulanması hâlinde verilecektir. Eğitimler, değişen ve ortaya çıkan yeni risklere uygun olarak yenilenecek, gerektiğinde ve düzenli aralıklarla tekrarlanacaktır (İSGK. m. 17/1). Bu madde kapsamında verilecek eğitimin maliyeti çalışanlara yansıtılmayacaktır. Eğitimlerde geçen süre çalışma süresinden sayılacak, eğitim sürelerinin haftalık çalışma süresinin üzerinde olması hâlinde, bu süreler fazla sürelerle çalışma veya fazla çalışma olarak değerlendirilecektir (İSGK. m. 17/7). Yapılacak eğitimin usul ve esasları alışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (ÇİSGEUY) ile belirlenmiřtir⁹⁵⁸.

2004 tarihli alışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Ynetmelięin⁹⁵⁹ yürürlükte olduğu dönemde, eğitim yükümünün tam olarak yerine getirilmesinin zaman alacağı; zira, işyerindeki tüm işçilerin aynı anda ve tüm konularda

⁹⁵⁸ RG. 15.05.2013, 28648.

⁹⁵⁹ RG. 07.04.2004, 25426.

eğitime alınmasının m¼mk¼n olmayacağı, dolayısıyla işverenin eğitim verme y¼k¼ml¼l¼đ¼ne aykırı davranışının idari yaptırımı bağlanması için işverenin bu eğitimlere s¼resinde başlayıp başlamadığı ve bu konuda yeterli çabayı g¼sterip g¼stermediđinin dikkate alınmasının zorunlu olacağı ifade edilmiřti⁹⁶⁰. Yeni Y¼netmelik çerçevesinde de durumun değişmemiştir.

Kanun koyucu Kanunun 17'nci maddesinin bir ila yedinci fıkralarında belirtilen y¼k¼ml¼l¼kleri yerine getirmeyen işverene her bir çalışan için bin T¼rk Lirası idari para cezası verileceğini d¼zenlediđinden, her bir ihlal için ayrı ayrı idari para cezasının işletilmesi m¼mk¼n değildir. Bu noktada işveren işçilere işe başlamadan ¼nce eğitim vermediği gibi, çalışma yeri ve iş değişikliğinde de eğitim vermemişse her işçi için tek bir idari para cezası yaptırımı uygulanacaktır.

h. İşverenin alışanların g¼r¼řlerinin alınması ve katılımlarının sağlanması y¼k¼ml¼l¼đ¼ne ilişkin idari para cezaları

İş Sağlığı ve G¼venliđi Kanunu m. 26/1, (h); Kanunun 18'inci maddesinde belirtilen y¼k¼ml¼l¼kleri yerine getirmeyen işverene, her bir aykırılık için ayrı ayrı bin T¼rk Lirası idari para cezası verileceğini d¼zenlemiřtir.

S¼z konusu maddenin ilk fıkrasına g¼re işveren, g¼r¼ř alma ve katılımın sağlanması konusunda, çalışanlara veya iki ve daha fazla çalışan temsilcisinin bulunduğu işyerlerinde varsa işyeri yetkili sendika temsilcilerine yoksa çalışan temsilcilerine iş sağlığı ve g¼venliđi ile ilgili konularda g¼r¼řlerinin alınması, teklif getirme hakkının tanınması ve bu konulardaki g¼r¼řmelerde yer alma ve katılımlarının sağlanması, yeni teknolojilerin uygulanması, seçilecek iş ekipmanı, çalışma ortamı ve şartlarının çalışanların sağlık ve g¼venliđine etkisi konularında g¼r¼řlerinin alınmasını sağlayacaktır (m. 18/1).

⁹⁶⁰ EKMEKÇİ, İşyeri ¼rg¼tlenmesi, 171.

Diğer taraftan işveren, destek elemanları ile çalışan temsilcilerinin işyerinden görevlendirilecek veya işyeri dışından hizmet alınacak işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı ve diğer personel ile ilk yardım, yangınla mücadele ve tahliye işleri için kişilerin görevlendirilmesi; risk değerlendirmesi yapılarak, alınması gereken koruyucu ve önleyici tedbirlerin ve kullanılması gereken koruyucu donanım ve ekipmanın belirlenmesi; sağlık ve güvenlik risklerinin önlenmesi ve koruyucu hizmetlerin yürütülmesi; çalışanların bilgilendirilmesi; çalışanlara verilecek eğitimin planlanması konularında önceden görüşlerinin alınmasını sağlayacaktır (m. 18/2).

İlgili maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, iş sağlığı ve güvenliği çalışan temsilcisine risklerin azaltılması konusunda öneride bulunma ve tedbir alınmasını isteme hakları tanınarak, hem risk bazlı yeni yaklaşıma göre işyerinde mevcut problemlerin bizzat bu problemlerle karşılaşan çalışanlar tarafından dile getirilmesinin önü açılmış hem de çalışanların iş sağlığı ve güvenliği konusunda yönetime aktif katılımlarının sağlanmasıyla çalışma barışının teminine destek olunmuştur.

Aksi halde işverenin idari para cezası ödeyeceği bir diğer yükümlülük ise çalışanların veya çalışan temsilcilerinin, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği için alınan önlemlerin yetersiz olduğu durumlarda veya teftiş sırasında, yetkili makama başvurmalarından dolayı haklarının kısıtlanamamasıdır (m. 18/3). Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere⁹⁶¹ bu aykırılığın yaptırımının sadece idari para cezası olarak belirlenmesi kanaatimizce yeterli değildir. Çalışanların ve çalışan temsilcilerinin iş sağlığı ve güvenliği konusundaki aksaklıkları şikayet etmeleri durumunda iş sözleşmelerinin feshedilemeyeceği kabul edilmek suretiyle yeterli güvenceye kavuşturulmaları gerekmektedir⁹⁶². İşçiye böyle bir güvence sağlanmaksızın şikayet hakkının varlığından söz edilmesi, gerçekte bu yolun en baştan kapatılması anlamına gelmektedir.

⁹⁶¹ Bölüm 2, Paragraf II, 5, d, cc.

⁹⁶² GEREK, 17.

1. İşverenin çalışan temsilcilerine ilişkin yükümlülüklerine aykırı davranması halinde idari para cezaları

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 26/1, (ı); Kanununun 20'nci maddesinin birinci ve dördüncü fıkralarında belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen işverene bin Türk Lirası, üçüncü fıkrasında belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen işverene binbeşyüz Türk Lirası idari para cezası verileceğini düzenlemiştir. Söz konusu 20. maddenin ilk fıkrasına göre işverenin; işyerinin değişik bölümlerindeki riskler ve çalışan sayılarını göz önünde bulundurarak dengeli dağılıma özen göstermek kaydıyla, çalışanlar arasında yapılacak seçim veya seçimle belirlenemediği durumda atama yoluyla, iki ile elli arasında çalışanı bulunan işyerlerinde bir; ellibir ile yüz arasında çalışanı bulunan işyerlerinde iki; yüzbir ile beşyüz arasında çalışanı bulunan işyerlerinde üç; beşyüzbir ile bin arasında çalışanı bulunan işyerlerinde dört; binbir ile ikibin arasında çalışanı bulunan işyerlerinde beş; ikibinbir ve üzeri çalışanı bulunan işyerlerinde altı çalışan temsilcisini görevlendirmesi gerekmektedir (m. 20/1).

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun ilgili maddesinin gerekçesinde belirtildiği üzere, işyerindeki çalışan sayısına göre değişik bölümlere ilgili bilgi akışının sağlanması ve çalışanların tamamına ulaşılması göz önüne alınarak işyeri bölümleri de değerlendirilerek gerekli iş sağlığı ve güvenliği çalışan temsilci sayıları belirlenmiş olup, kanun koyucu bu temsilcilerin kural olarak seçimle göreve gelmelerini öngörmek suretiyle adil ve tarafsız katılımlarının sağlanmasını temin etmek istemiştir.

Çalışan temsilcileri, tehlike kaynağının yok edilmesi veya tehlikeden kaynaklanan riskin azaltılması için, işverene öneride bulunma ve işverenden gerekli tedbirlerin alınmasını isteme hakkına sahiptir (m. 20/3). Maddede iş sağlığı ve güvenliği çalışan temsilcisine risklerin azaltılması konusunda öneride bulunma ve tedbir alınmasını isteme hakları tanınarak, hem işyerinde mevcut problemlerin bizzat bu problemlerle karşılaşan çalışanlar tarafından dile getirilmesinin önü açılmış hem de çalışanların iş

sağlığı ve güvenliği konusunda yönetime aktif katılımlarının sağlanmasıyla çalışma barışının teminine destek olunmuştur⁹⁶³.

İşveren görevlerini yürütmeleri nedeniyle, çalışan temsilcileri ve destek elemanlarının haklarını kısıtlayamayacak ve görevlerini yerine getirebilmeleri için işveren tarafından gerekli imkânlar sağlanacaktır (m. 20/4). Bu hükümle de iş sağlığı ve güvenliği çalışan temsilcisi ile iş sağlığı ve güvenliği konusunda özel görevi bulunan sağlık ve güvenlik destek elemanlarının haklarının kısıtlanmasının engellenmesi ve çalışmaları için gerekli sürelerin tanınması garanti altına alınmıştır⁹⁶⁴. Zira, aksi hallerde işveren idari para cezası yaptırımını ile karşılaşacaktır.

i. İşverenin iş sağlığı ve güvenliği kuruluna ilişkin yükümlülüklerine aykırı davranması halinde idari para cezaları

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 26/1, (i); Kanunun 22'nci maddesinde belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen işverene her bir aykırılık için ayrı ayrı ikibin Türk Lirası idari para cezası verileceğini düzenlemiştir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 22'ye göre işverenin uyması gereken ilk yükümlülük, elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalarda bulunmak üzere kurul oluşturmaktır. İşverenin, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun kurul kararlarını uygulamaması gerekmektedir (m. 22/1). Burada dikkat edilmesi gereken husus, uyulması gereken kurul kararlarının iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun olarak verilmesi koşuludur. İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik, m. 11/I'de iş sağlığı ve güvenliği kurullarının yapacakları tekliflerde, bulunacakları tavsiyelerde ve verecekleri kararlarda işyerinin durumunu ve işverenin olanaklarını göz önünde bulunduracak-

⁹⁶³ DEMİR Fevzi, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası 12, Çalışanların Görüşlerinin Alınması ve Çalışan Temsilcileri, <http://www.gozlemgazetesi.com/yazarlar/prof-dr-fevzi-demir/1338-is-sagligi-ve-guvenligi-yasasi-12-calisanlarin-goruslerinin-alinmasi-ve-calisan-temsilcileri.html>, 05.05.2013 (Görüşlerin Alınması).

⁹⁶⁴ DEMİR, Görüşlerin Alınması, 05.05.2013.

larını öngörmüştür. Buna göre mevzuat hükümlerinde temelini bulmayan, işyerinin durumuna ve işverenin olanaklarını göz önünde bulundurmayan kurul kararlarına işverenin uyması gerekmemekte olup, işverenin uymak zorunda olmadığı kararları uygulamamak idari para cezasını gerektirmeyecektir⁹⁶⁵.

İkinci yükümlülük, işyerlerinde altı aydan fazla süren asıl-alt işveren ilişkisinin bulunmasına ilişkindir. Asıl işveren ve alt işveren tarafından ayrı ayrı kurul oluşturulmuş ise, faaliyetlerin yürütülmesi ve kararların uygulanması konusunda iş birliği ve koordinasyon asıl işverence sağlanacak, asıl işveren tarafından kurul oluşturulmuş ise, kurul oluşturması gerekmeyen alt işveren, koordinasyonu sağlamak üzere vekâleten yetkili bir temsilci atayacak, işyerinde kurul oluşturması gerekmeyen asıl işveren, alt işverenin oluşturduğu kurula iş birliği ve koordinasyonu sağlamak üzere vekâleten yetkili bir temsilci atayacak ve Kurul oluşturması gerekmeyen asıl işveren ve alt işverenin toplam çalışan sayısı elliden fazla ise koordinasyonu asıl işverence yapılmak kaydıyla, asıl işveren ve alt işveren tarafından birlikte bir kurul oluşturulacaktır (m. 22/2).

Üçüncü yükümlülük ise aynı çalışma alanında birden fazla işverenin bulunması ve bu işverenlerce birden fazla kurulun oluşturulması hâline ilişkindir. Bu durumda işverenlerin birbirlerinin çalışmalarını etkileyebilecek kurul kararları hakkında diğer işverenleri bilgilendirmeleri gerekmektedir. Aksi halde işverenler idari para cezası ödeyecektir (m. 22/3).

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunundan önce 4857 sK. m. 105/c, 80'inci maddede öngörülen iş sağlığı ve güvenliği kurullarının kurulması ve çalıştırılması ile ilgili hükümlere aykırı davranan, iş sağlığı ve güvenliği kurullarınca alınan kararları uygulamayan işveren veya işveren vekiline binikiyüzellişer Türk lirası para cezası verileceğini belirlemiştir.

⁹⁶⁵ EKMEKÇİ, İşyeri Örgütlenmesi, 166 (Söz konusu görüş, 4857 sK. döneminde ve bu Kanun gereğince çıkarılmış olan İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik dikkate alınarak ifade edilmiş olmakla birlikte, yeni Kanun ve Yönetmelikte bu anlamda bir değişiklik yapılmadığından yazara doğrudan atıf yapılmıştır).

ti. Bu noktada 80. maddedeki söz konusu hükümlere aykırılığın tespiti halinde, birden çok aykırılık da olsa, tek ceza verilmekteydi. Oysa İSGK., Kanunun 22' nci maddesinde belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen işverene her bir aykırılık için ayrı ayrı ikibin Türk Lirası idari para cezası verileceğini düzenleyerek yerinde bir değişiklik yapmıştır. Örneğin, aynı çalışma alanında birden fazla işverenin bulunması ve bu işverenlerce birden fazla kurulun oluşturulması hâlinde, işverenlerden birinin diğerinin çalışmalarını etkileyebilecek kurul kararları hakkında işvereni bilgilendirmemesi ve aynı işverenin iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun kurul kararlarını uygulamaması halinde, 22. maddenin hem birinci hem de üçüncü fıkra hükmünü ihlal eden işverene iki kat ceza verilecektir.

1475 sayılı İş Kanunu döneminde fiilin tekerrürü halinde, işveren veya işveren vekiline maddede öngörülen ceza yarı oranında artırılarak uygulanmakta, bu hükmün uygulanabilmesi için işverenin bu suçtan idari para cezasına çarptırılması ve bu ceza hükmünün kesinleşmiş bulunması gerekmektedir⁹⁶⁶. Oysa 4857 sayılı İş Kanunu döneminde olduğu gibi⁹⁶⁷, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda da böyle bir özel tekerrür hükmü getirilmemiştir.

j. İş sağlığı ve güvenliği koordinasyonu yükümlülüğüne aykırılığa ilişkin idari para cezaları

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 26/1, (j); Kanunun 23' üncü maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen bildirim yükümlülüklerini yerine getirmeyen yönetimlere beşbin Türk Lirası idari para cezası verileceğini düzenlemiştir.

İş sağlığı ve güvenliğinin koordinasyonu başlıklı 23. maddenin ikinci fıkrasına göre, birden fazla işyerinin bulunduğu iş merkezleri, iş hanları, sanayi bölgeleri veya siteleri gibi yerlerde, iş sağlığı ve güvenliği konusundaki koordinasyon yönetim tarafından sağlanacaktır. Yönetim, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği yönünden diğer işyerlerini

⁹⁶⁶ AYDEMİR, 120.

⁹⁶⁷ AKIN, Cezai Sorumluluk, 226.

etkileyecek tehlikeler hususunda gerekli tedbirleri almaları için işverenleri uyaracak, bu uyarılara uymayan işverenleri Bakanlığa bildirecektir (İSGK. m. 23/2).

Kanun koyucu, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği yönünden diğer işyerlerini etkileyecek tehlikeler hususunda gerekli tedbirleri almaları için işverenleri uyarılmayan ve bu uyarılara uymayan işverenleri Bakanlığa bildirmeyen yönetimlere idari para cezası verileceğini düzenlemiş, aynı maddenin ilk fıkrasındaki bildirim yükümlülüğüne aykırı davranan işverene idari para cezası verileceğini kabul etmemiştir. Daha açık bir deyişle, aynı çalışma alanını birden fazla işverenin paylaşması durumunda işverenler; iş hijyeni ile iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin uygulanmasında iş birliği yapmalı, yapılan işin yapısı göz önüne alınarak mesleki risklerin önlenmesi ve bu risklerden korunulması çalışmalarını koordinasyon içinde yürütmeli, birbirlerini ve çalışan temsilcilerini bu riskler konusunda bilgilendirmelidir; ancak işverenlerin bu yükümlülükler aykırı hareket etmeleri halinde, bu işverenlere idari para cezası uygulanmayacaktır. Bu noktada İSGK. m. 26/1, (i) gereği; aynı çalışma alanında birden fazla işverenin bulunması ve bu işverenlerce birden fazla kurulun oluşturulması hâlinde işverenlerin birbirlerinin çalışmalarını etkileyebilecek kurul kararları hakkında diğer işverenleri bilgilendirmeleri gerekmekte, buna aykırılık halinde idari para cezası verilmektedir. Ancak İSGK. m. 23/1'de sözü edilen yükümlülükler daha farklı olduğundan bu fıkra hükümlerine aykırılık halinde de idari para cezası verileceği yönünde bir değişiklik yapılması yerinde olacaktır.

k. Denetim yükümlülüğüne aykırılık halinde idari para cezaları

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 24/2'ye göre; Bakanlık, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği konularında ölçüm, inceleme ve araştırma yapmaya, bu amaçla numune almaya ve eğitim kurumları ile ortak sağlık ve güvenlik birimlerinde kontrol ve denetim yapmaya yetkilidir. Bu konularda yetkilendirilenler mümkün olduğu kadar işi aksatmamak, işverenin ve işyerinin meslek sırları ile gördükleri ve öğrendikleri hususları tamamen gizli tutmakla yükümlüdür. Kontrol ve denetimin usul ve esasları Bakanlıkça düzenlenir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 26/1, (k) da, Kanunun 24' üncü maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili konularda ölçüm, inceleme ve araştırma yapılmasına, numune alınmasına veya eğitim kurumları ile ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin kontrol ve denetiminin yapılmasına engel olan işverene beşbin Türk Lirası idari para cezası verileceğini düzenlemiştir. Dolayısıyla işverenin Bakanlığın, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği konularında kontrol ve denetim yapmasına yardımcı olması gerekmektedir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 24/1 ise bu Kanun hükümlerinin uygulanmasının izlenmesi ve teftişi, iş sağlığı ve güvenliği yönünden teftiş yapmaya yetkili Bakanlık iş müfettişlerince yapılacağı ile bu Kanun kapsamında yapılacak teftiş ve incelemelerde, 4857 sayılı Kanunun 92, 93, 96, 97 ve 107 nci maddelerinin uygulanacağını düzenlemiştir. Dolayısıyla sadece İSGK.'nın değil, İşK.'nin sözü edilen hükümlerinin de incelenmesi gerekmektedir.

İş Kanunu m. 107, bu Kanunun 92'nci maddesinin ikinci fıkrasındaki yükümlülüklerini yerine getirmeyen, 96'ncı maddesindeki yasaklara uymayan işveren veya işveren vekiline sekizbin Türk Lirası idarî para cezası verileceğini; iş müfettişlerinin bu Kanundan veya diğer kanunlardan doğan her çeşit teftiş, denetleme yetki ve görevleri gereğince görevlerinin yerine getirilmesi sırasında, görevlerini yapma ve sonuçlandırmaya engel olan kimselere, fiil suç oluşturmadığı takdirde sekizbin Türk Lirası idarî para cezası verileceğini düzenlemiştir.

İdari para cezasını gerektiren ilk fiil, İş Kanunu m. 92/2'de gösterilmiştir. Hükme göre; teftiş, denetleme ve incelemeler sırasında işverenler, işçiler ve bu işle ilgili görülen başka kişiler izleme, denetleme ve teftişle görevli iş müfettişleri ve işçi şikayetlerini inceleyen bölge müdürlüğü memurları tarafından çağrıldıkları zaman gelmek, ifade ve bilgi vermek, gerekli olan belge ve delilleri getirip göstermek ve vermek; iş müfettişlerinin birinci fıkrada yazılı görevlerini yapmaları için kendilerine her çeşit

kolaylığı göstermek, bu yoldaki isteklerini geciktirmeksizin yerine getirmekle yükümlüdürler.

Söz konusu eylemlerden yetkili makamlara gereken kolaylığı göstermemek, son derece geniş kapsamlı bir yükümlülük getirdiğinden suçların kanuniliği ilkesine⁹⁶⁸ ters düştüğü gerekçesiyle eleştirilmektedir⁹⁶⁹.

İş Kanunu m. 96 ise iki fıkradan oluşmakta olup, hükmün ilk fıkrası, iş denetimi ve teftişine yetkili iş müfettişleri tarafından ifade ve bilgilerine başvuru alan işçilere, işverenlerin gerek doğrudan doğruya ve gerek dolayısıyla telkinlerde bulunmaları, işçileri gerçeği saklamaya yahut değiştirmeye sevk veya herhangi bir suretle zorlamaları veyahut işçilerin ilgili makamlara başvurmaları, haber ve ifade vermeleri üzerine, bunlara karşı kötü davranışlarda bulunmalarının yasak olduğunu düzenlemiştir. Dolayısıyla idari para cezasını gerektiren ilk fiil, bu fıkradaki yasaklara uymamaktır.

Hükmün ikinci fıkrası ise işçilerin çalıştıkları veya ayrıldıkları işyerleriyle işverenleri hakkında gerçeğe uygun olmayan haberler vererek gereksiz işlemlere uğraştırılmalarının veya işverenleri haksız yere kötü duruma düşürmeye kalkışmalarının ve iş müfettişlerince kendilerinden sorulan hususlar için doğru olmayan cevaplar vererek denetim ve teftişin yapılmasını güçleştirmek veya yanlış bir sonuca vardırarak gibi kötünietli davranışlarda bulunmalarının yasak olduğunu düzenlemiştir (İŞK. m. 96/2. Fakat, bu tür davranışlarda bulunan işçiler için Kanun herhangi bir para cezası öngörmediğinden, işverenin gördüğü zarar ölçüsünde genel hükümlere başvurusu mümkündür⁹⁷⁰. Daha açık bir deyişle, İŞK. m. 107/1, 92. maddenin ikinci fıkrasındaki yükümlülükler ile 96. fıkradaki yasaklara uymayan işveren veya işveren vekiline idari

⁹⁶⁸ Suç sayılan fiiller ile suça karşılık verilecek cezaların yasa da gösterilmesinin zorunlu olmasına suçta ve cezada kanunilik ilkesi denilmektedir (TAŞKENT, İşletme Hukuku, 61; KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. bası, Ankara 2010, 52-54).

⁹⁶⁹ BIYIKLI Hasan, Sosyal Ceza Hukuku ve Çalışma Düzeni Aleyhine Suçlar, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku İnsangücü Yönetimi, C. VI, Kazancı Yay., 1985, 472; AYDEMİR, 131.

⁹⁷⁰ DEMİR Fevzi, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası-16, İş Müfettişlerinin Teftiş, İnceleme, Yetki ve Sorumlulukları, <http://www.gozlemgazetesi.com/yazarlar/prof-dr-fevzi-demir/1446-is-sagligi-ve-guvenligi-yasasi-16-is-mufettislerinin-teftis-inceleme-yetki-ve-sorumluluklari.html>, 05.05.2013.

para cezası yaptırımını uygulanacağını düzenlediğinden, işveren vekili dışında herhangi bir işçinin bu yasaklara aykırı hareketi idari para cezası yaptırımını ile karşılaşmayacaktır.

Buna karşın İşK. m. 107/2'ye göre, iş müfettişlerinin bu Kanundan veya diğer kanunlardan doğan her çeşit teftiş, denetleme yetki ve görevleri gereğince görevlerinin yerine getirilmesi sırasında, görevlerini yapma ve sonuçlandırmaya engel olan kimselere, fiil suç oluşturmadığı takdirde, sekizbin Türk Lirası idarî para cezası verilir. Hükümde, müfettişin görevini yerine getirmesini engelleyen kişinin işveren ya da işveren vekili olması gereğinden söz edilmemiştir. Dolayısıyla müfettişin bu sıfatları taşımayan kişiler tarafından da engellenmesi halinde bu idari para cezasının uygulanması gerekecektir. Örneğin müfettişin işyerinde çalışan bir işçi tarafından içeri alınmaması durumunda da bu yaptırım uygulanacaktır⁹⁷¹. Ancak uygulamada işçiler bu tip davranışlarda bulunsa da işçilere idari para cezası verildiğine pek rastlanmamaktadır.

1475 sayılı Kanun döneminde verilen ceza kesinleştikten sonra suçun tekrar işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılmaktayken (m. 104), 4857 sayılı Kanun m. 107 suçun tekerrürü halinde ne ceza verileceğini düzenlememiş olup, bu eksikliğin giderilmesi gerekmektedir. Zira idari para cezasının caydırıcılık işlevini yerine getirmesi için tekerrürün cezayı artırması önem arz etmektedir.

1. İşin durdurulması yükümlülüğüne ilişkin idari para cezaları

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 26/1,(1), Kanunun 25'inci maddesinde belirtilen yükümlülükler göre işyerinin bir bölümünde veya tamamında verilen durdurma kararına uymayarak durdurulan işi yönetmelikte belirtilen şartları yerine getirmeden devam ettiren işverene fiil başka bir suç oluştursa⁹⁷² dahi onbin Türk Lirası, altıncı fıkrasında belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen işverene ihlale uğrayan her bir çalışan için bin Türk Lirası, aykırılığın devam ettiği her ay için aynı miktar idari para

⁹⁷¹ CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, 271.

⁹⁷² İşyerinde işin durdurulması kararı verilerek işyerinin mühürlenmesi sonrasında, işyerinde işi devam ettiren işveren 5237sK. m. 203'de düzenlenmiş olan "Mühür Bozma" suçunu işlemiş olacaktır. Hükme göre bu durumda işveren altı aydan üç yıla kadar hapis ve veya adli para cezası ile cezalandırılır.

cezası verileceğini düzenlemiştir. Sözü edilen altıncı fıkra, işverenin, işin durdurulması sebebiyle işsiz kalan çalışanlara ücretlerini ödemekle veya ücretlerinde bir düşüklük olmamak üzere meslek veya durumlarına göre başka bir iş vermekle yükümlü olduğunu düzenlemiş olup, işverenin bu yükümlülüğe aykırı davranması idari para cezası ödemesini gerektirmektedir.

İşyerlerinde yapılan teftiş sırasında, İSGK'nın 25. maddesinde öngörülen işin durdurulmasına gerekçe teşkil edecek mevzuata aykırılıkların tespit edilmesi durumunda düzenlenecek raporda tespit edilen tüm mevzuata aykırılıklar için idari para cezası uygulanacaktır. Bununla beraber işin durdurulmasına gerekçe teşkil edecek mevzuata aykırılıklar için ayrıca İdari Tedbir Raporu düzenlenerek işin durdurulması istenecektir (İTR. 3. Kısım, 4. Bölüm m. 6). Teftiş sonrası düzenlenen İdari Tedbir Raporlarının sonucunda yalnızca durdurmaya ilişkin karara yer verilecek, ayrıca bu raporda idari para cezası uygulanması istenmeyecektir (İTR. 3. Kısım, 4. Bölüm m. 7). İdari para cezası ise denetim konusuna ilişkin raporda belirtilecektir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunundan önce İş Kanunu m. 105/c, Kanunun 79' uncu maddesi gereğince faaliyeti durdurulan, işi izin almadan devam ettiren veya kapatılan işyerlerini izinsiz açan işveren veya işveren vekiline beşyüzelli Türk Lirası idari para cezası verileceğini düzenlemiştir. Başka bir deyişle İşK. m. 79 işverene birçok yükümlülük yüklemişse de, idari para cezası sadece faaliyeti durdurulan işi izin almadan devam ettiren veya kapatılan işyerlerini izinsiz açan işveren veya işveren vekiline verilecek, anılan diğer yükümlülöklere aykırılık halinde cezai yaptırım uygulanmayacaktı⁹⁷³. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, benzer yönde hüküm kurmakla birlikte, yerinde olarak işverenin, işin durdurulması sebebiyle işsiz kalan çalışanlara ücretlerini ödememesi veya ücretlerinde bir düşüklük yaparak veya meslek veya durumlarına göre başka bir iş vermemesi halinde de idari para cezası verileceğini düzenlemiştir.

⁹⁷³ Söz konusu yorum 1475 sayılı Yasa dönemi için ifade edilmekle birlikte, aynı yorumun 4857 sK. m. 79 için de ifadesi mümkün olduğundan görüşün ilk sahiplerine atıf yapılmıştır, CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, 261.

Durdurulan işi yönetmelikte belirtilen şartları yerine getirmeden devam ettiren işverene fiil başka bir suç oluştursa dahi onbin Türk Lirası idari para cezası verileceği yönündeki hükmün, fiilin aynı zamanda başka bir suç oluşturması halinde, aynı eylem ve konudan dolayı mükerrer yargılama ve cezaya çarptırılmaya izin verilmemesi anlamına gelen ceza hukuku ilkesi olan “ne bis in idem” ilkesine⁹⁷⁴ aykırı olup olmadığı üzerinde durmak gerekmektedir.

Öğretide ceza yaptırımlarında uygulanan “ne bis in idem” ilkesinin, idari yaptırımlarda geçerli olmadığı ifade edilmektedir⁹⁷⁵. Bu sebeple, ceza yaptırımı yanında, idarece ayrı bir yaptırım uygulanması hukuka aykırı görülmemektedir⁹⁷⁶. Kural olarak, aynı suç için, ceza yaptırımı yanında bir de idarî nitelikte ceza uygulanabilmesine engel bulunmamaktadır⁹⁷⁷. Nitekim İSGK. m. 26/I, (I), aynı eylem ya da davranış için birden fazla cezanın uygulanabilmesine açıkça izin vermiştir. Dolayısıyla ne bis in idem kuralının ihlal edildiği söylenemez.

m. İşverenin güvenlik raporu veya büyük kaza önleme politika belgesine ilişkin yükümlülüğüne aykırı davranması halinde idari para cezaları

İş Kanununun mülga 78’inci maddesine göre, bu Kanuna tabi işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği şartlarının belirlenmesi ve gerekli önlemlerin alınması, işyerlerinde kullanılan araç, gereç, makine ve hammaddeler yüzünden çıkabilecek iş kazaları ve meslek hastalıklarının önlenmesi ve özel durumları sebebiyle korunması gereken kişilerin çalışma

⁹⁷⁴ “Ne bis in idem” ilkesinin tanımı ve bu konu hakkında bilgi için bkz. OĞURLU Yücel, Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu “Ne Bis İn idem” Kuralı, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/282/2575.pdf>, 11.05.2013.

⁹⁷⁵ ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. I, İstanbul 1960, C.I, 868; ÖZAY İl Han, İdari Yaptırımlar, İÜ Yayın No: 3326, Hukuk Fakültesi Yayın No: 691, İstanbul 1985, 64; DURAN Lütfi, İdare Hukuku Meseleleri, İstanbul 1964, 610; GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, 6 nci Bası, Ankara 2002, 548; 548; MAHMUTOĞLU Fatih S., İdarî Para Cezasını Gerektiren Eylemler Yönünden Yargılama Rejimi, İÜHF, C, LV, S. 1-2, İstanbul 1996, 155; Karşı görüş için bkz. ŞEN Ersan, Çevre Ceza Hukuku, Kazancı Yayınları, İstanbul 1994, 204, 239-240, 242, 243, 249-250.

⁹⁷⁶ NAZAROĞLU Yavuz, Genel Olarak İdarî Para Cezalarının Para Cezaları İçindeki Yeri ve Nitelikleri, DD., S. 14-15, 1974, 104; MAHMUTOĞLU, 155.

⁹⁷⁷ ÖZAY, 62-64; GÜNDAY, 548; AKGÜNER Tayfun, Kamu Personel Yönetimi, Der Yayınları, İstanbul 1988, 86; HIZLI Yılmaz, Türk Vergi Hukukunda Kaçakçılık Suçu, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara 1984, 32.

şartlarının düzenlenmesi, ayrıca iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygunluğu yönünden; işçi sayısı, işin ve işyerinin özellikleri ile tehlikesi dikkate alınarak işletme belgesi alması gereken işyerleri... ile ilgili usul ve esaslar İşletme Belgesi Hakkında Yönetmelik⁹⁷⁸ ile belirlenir. Bu Yönetmelik, kapsamında bulunan tüm işyerlerini işletmeye başlamadan önce “işletme belgesi” almakla yükümlü kılmaktaydı. Ancak İSGK., bu yükümlülüğü ortadan kaldırmış, Kanunun 29’uncu maddesi ile işletmeye başlanmadan önce, büyük endüstriyel kaza oluşabilecek işyerleri için, işyerlerinin büyüklüğüne göre büyük kaza önleme politika belgesi veya güvenlik raporu hazırlama yükümlülüğü getirmiştir. Güvenlik raporu hazırlama yükümlülüğü bulunan işveren, hazırladıkları güvenlik raporlarının içerik ve yeterlilik bakımından Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca incelenmesinden sonra işyerlerini işletmeye açabilir⁹⁷⁹.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 26/1, (m) ise Kanunun 29’uncu maddesinde belirtilen; büyük kaza önleme politika belgesi hazırlamayan işverene ellibin Türk Lirası, güvenlik raporunu hazırlayıp Bakanlığın değerlendirmesine sunmadan işyerini faaliyete geçiren, işletilmesine Bakanlıkça izin verilmeyen işyerini açan veya durdurulan işyerinde faaliyete devam eden işverene seksenbin Türk Lirası idari para cezası verileceğini düzenlemiştir.

Kanaatimizce işletme belgesi almadan işyeri açan veya belgesi eksik olan işverene verilecek idari para cezalarına ilişkin hükmün kaldırılması yerinde olmamıştır. Aslında İSGK.’dan önce bu konuda bir geriye gidiş başlamıştı. Şöyle ki, İşyeri Kurma İzni ve İşletme Belgesi Alınması Hakkında Yönetmeliğe göre⁹⁸⁰, Sanayi, Ticaret, Tarım ve Orman İşlerinden Sayılan İşlere İlişkin Yönetmelikte belirtilen sanayiden sayılan işlerde 10 ve daha fazla kişinin çalıştığı işyerlerinde; çalışan sayısına bakılmaksızın, Kimyasal Maddelerle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmeliğin 4 üncü maddesinde tanımlanan tehlikeli kimyasal maddelerin üretildiği, kullanıldığı ve

⁹⁷⁸ RG. 04.12.2009, 27422.

⁹⁷⁹ İşletme Belgesi Hakkında Yönetmelik, İşletme Belgesi Hakkında Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik ile yürürlükten kaldırılmıştır (RG. 10.02.2013, 28555).

⁹⁸⁰ RG. 17.12.2004, 25673.

depolandığı işyerlerinde ve inşaat ve maden işyerleri ile taş ocaklarının sabit tesislerinde işe başlamak için işletme belgesi almak gerekmektedir. Bu Yönetmeliği yürürlükten kaldıran İşletme Belgesi Hakkında Yönetmelik ise Sanayi, Ticaret, Tarım ve Orman İşlerinden Sayılan İşlere İlişkin Yönetmelik ekinde yer alan sanayiden sayılan işlerin yapıldığı, elli veya daha fazla işçi istihdam edilen işyerlerinde işletmeye başlamadan önce işletme belgesi alınması gerektiğini düzenlemiştir. İşletme belgesi alması gereken işyerinin kapsamının giderek küçüldüğü gözlenmekteyken, İSGK. işletme belgesi alma zorunluluğunu ortadan kaldırarak işyerlerinin işletmeye başlamadan önce denetimi imkanını ortadan kaldırmıştır.

n. İş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çeşitli yönetmeliklerin ihlali halinde idari para cezaları

İşyerlerinde iş sağlığına ve güvenliğine ilişkin alınacak önlem ve bulundurulacak araçların ve gereçlerin işyerinde yapılan işin niteliği ve teknolojik gelişmelerin etkisiyle bir işyerinden diğerine farklılık gösterecek olması sebebiyle, İş Kanunu (şimdi İSGK.) tüm esasları düzenlemeyerek, genel esaslar dışındaki hususların belirlenmesini iş sağlığı ve güvenliği yönetmeliklerine bırakmıştır⁹⁸¹.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 26/1, (n); Kanunun 30'uncu maddesinde öngörülen yönetmeliklerde belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen işverene, uyulmayan her hüküm için tespit edildiği tarihten itibaren aylık olarak bin Türk Lirası idari para cezası verileceğini düzenlemiştir.

Önlemler arasında fark gözetilmemiş olup, alınmayan her önlem için aynı para cezası verilecek ve ihlalin devam etmesi halinde de aynı ceza yinelenektir. Alınmayan önlemler için her ay aynı miktar idari para cezasının işlemeye devam edecek olması, idari para cezasına süreklilik sağlanması anlamına geldiğinden düzenlemenin bu özelliği ye-

⁹⁸¹ CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, 258-259.

rindedir⁹⁸². Ancak her ihlalde aynı cezayı uygulamak, bütün bu önlemler çalışanların sağlık ve güvenliğinin korunmasına aynı katkıyı yapamayacağı için Avrupa Birliğinin etkili ve orantılı ceza uygulama ilkesiyle bağdaşmamaktadır⁹⁸³.

Aynı yönde olmak üzere işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önleminin bir işçi tarafından ihlali ile tüm işçiler tarafından ihlali halinde, daha açık bir deyişle bir işçide koruyucu kıyafet olmaması ile hiçbir işçide olmaması halinde aynı ceza verilmektedir. Bunun hakkaniyete aykırı olduğu açıktır. Bu durumun, belirli bir oran getirilmek suretiyle işçi sayısına göre cezanın artırılmasının sağlanması ile çözülmesi gerekmektedir.

Diğer taraftan çıkarılacak yönetmeliklerde öngörülen yükümlülüklerle aykırı davranan işverenler hakkında, almadıkları her önlem için işverenin idari para cezası ödeyeceği düzenlemesi, suçların kanuniliği ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilebilecektir. Ancak idari para cezaları kabahattir. Kabahatler Kanununa göre hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir (KK. m. 4/1). Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir (KK. m. 4/2). Kabahatlerin suç niteliğinde olmaması nedeniyle, bunların idarenin düzenleyici işlemlerine konu olabilmesi; idarenin düzenleyici işlemleriyle, düzene aykırılık oluşturan eylemlerin yaratılması mümkündür. Aksi takdirde, kamu düzeninin sağlanması ve kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi açısından, idare tarafından yerine getirilmesi gereken birçok faaliyet kesintiye uğrayacaktır⁹⁸⁴. Dolayısıyla, burada kanuna aykırı bir durum yoktur. Buna karşın, işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği konusunda çıkarılacak yönetmelikleri iyi takip etmesi ve yükümlülükleri

⁹⁸² AKYİĞİT Ercan, İş Yasası'ndaki İdari Para Cezalarında Son Durum, Sicil, S. 11, Eylül 2008, 158 (Son Durum). (Yazar, bu görüşünü 4857 sK. döneminde ifade etmekle birlikte, İSGK. ile hükümde bu çerçevede değişiklik olmadığından yazara atıf yapılması gerekli görülmüştür).

⁹⁸³ PIYAL, İş Sağlığı ve Güvenliği, 285. (Yazar, bu görüşünü 4857 sK. döneminde ifade etmekle birlikte, İSGK. ile hükümde bu çerçevede değişiklik olmadığından yazara atıf yapılması gerekli görülmüştür); aynı yönde OCAK, Yükümlülükler, 169.

⁹⁸⁴ CENTEL, İSGK Tasarısı, 63; CANIKLIOĞLU, İşverenin Yükümlülükleri, 82.

eksiksiz yerine getirmeleri gerekmektedir. Aksi halde işverenler ağır idari yaptırımlarla karşılaşacaklardır⁹⁸⁵.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 30'a göre ilgili bakanlıkların görüşü alınarak, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması, sürdürülmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi amacıyla; işyeri bina ve eklentileri, iş ekipmanı, işin her safhasında kullanılan ve ortaya çıkan maddeler, çalışma ortam ve şartları, özel risk taşıyan iş ekipmanı ve işler ile işyerleri, özel politika gerektiren grupların çalıştırılması, işin özelliğine göre gece çalışmaları ve postalar hâlinde çalışmalar, sağlık kuralları bakımından daha az çalışılması gereken işler, gebe ve emziren kadınların çalışma şartları, emzirme odaları ve çocuk bakım yurtlarının kurulması veya dışarıdan hizmet alınması ve benzeri özel düzenleme gerektirebilecek konular ve bunlara bağlı bildirim ve izinler ile bu Kanunun uygulanmasına yönelik diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmeliklerle düzenlenir (m. 30/1,a).

İş sağlığı ve güvenliği hizmetleri ile ilgili olarak; çalışan sayısı ve tehlike sınıfı göz önünde bulundurularak hangi işyerlerinde işyeri sağlık ve güvenlik biriminin kurulacağı, bu birimlerin fiziki şartları ile birimlerde bulundurulacak donanım; işyeri sağlık ve güvenlik birimi ile ortak sağlık ve güvenlik biriminde görev alacak işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı ve diğer sağlık personelinin nitelikleri, işe alınmaları, görevlendirilmeleri, görev, yetki ve sorumlulukları, görevlerini nasıl yürütecekleri, işyerinde çalışan sayısı ve işyerinin yer aldığı tehlike sınıfı göz önünde bulundurularak asgari çalışma süreleri, işyerlerindeki tehlikeli hususları nasıl bildirecekleri, sahip oldukları belgelere göre hangi işyerlerinde görev alabilecekleri; iş sağlığı ve güvenliği hizmeti sunacak kişi, kurum ve kuruluşların; görev, yetki ve yükümlülükleri, belgelendirilmeleri ve yetkilendirilmeleri ile sunulacak hizmetler kapsamında yer alan sağlık gözetimi ve sağlık raporları, kuruluşların fiziki şartları ile kuruluşlarda bulundurulacak personel ve donanım; iş sağlığı ve güvenliği hizmeti sunan kişi, kurum ve kuruluşlardan işyeri tehlike sınıfı ve çalışan sayısına göre; hangi şartlarda hizmet

⁹⁸⁵ CANIKLIOĞLU, İşverenin Yükümlülükleri, 82.

alınacağı, görevlendirilecek veya istihdam edilecek kişilerin sayısı, işyerinde verilecek hizmet süresi ve belirlenen görevleri hangi hallerde işverenin kendisinin üstlenebileceği; işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı ve diğer sağlık personelinin eğitimleri ve belgelendirilmeleri, unvanlarına göre kimlerin hangi sınıf belge alabilecekleri, işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı ve diğer sağlık personeli eğitimi verecek kurumların belgelendirilmeleri, yetkilendirilmeleri ile eğitim programlarının ve bu programlarda görev alacak eğiticilerin niteliklerinin belirlenmesi ve belgelendirilmeleri, eğitimlerin sonunda yapılacak sınavlar ve düzenlenecek belgelere ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenir (m. 30/1, b).

Risk değerlendirmesi ile ilgili olarak; risk değerlendirmesinin hangi işyerlerinde ne şekilde yapılacağı, değerlendirme yapacak kişi ve kuruluşların niteliklerinin belirlenmesi, gerekli izinlerin verilmesi ve izinlerin iptal edilmesine ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmeliklerle şekillenir (m. 30/1,c).

Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak, işverenlerin işyerlerinde bu Kanun kapsamında yapmakla yükümlü oldukları kişisel maruziyete ve çalışma ortamına yönelik gerekli kontrol, inceleme ve araştırmalar ile fiziksel, kimyasal ve biyolojik etmenlerle ilgili ölçüm ve laboratuvar analizlerinin usul ve esasları ile bu ölçüm ve analizleri yapacak kişi ve kuruluşların niteliklerinin belirlenmesi, gerekli yetkilerin verilmesi ve verilen yetkilerin iptali ile yetkilendirme ve belgelendirme bedellerine ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmeliklerle düzenlenir (m. 30/1,ç).

Yapılan işin niteliği, çalışan sayısı, işyerinin büyüklüğü, kullanılan, depolanan ve üretilen maddeler, iş ekipmanı ve işyerinin konumu gibi hususlar dikkate alınarak acil durum planlarının hazırlanması, önleme, koruma, tahliye, ilk yardım ve benzeri konular ile bu konularda görevlendirilecek kişilere ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmeliklerle ortaya çıkar (m. 30/1,d).

Çalışanlara ve temsilcilerine verilecek eğitimler, bu eğitimlerin belgelendirilmesi, iş sağlığı ve güvenliği eğitimi verecek kişi ve kuruluşlarda aranacak nitelikler ile mesleki eğitim alma zorunluluğu bulunan işler ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenir (m. 30/1, e).

Kurulun oluşumu, görev ve yetkileri, çalışma usul ve esasları, birden çok kurul bulunması hâlinde bu kurullar arasındaki koordinasyon ve iş birliğine ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmeliklerle ortaya konur (m. 30/1, f).

İşleri Bakanlığı ile müştereken, işyerlerinde işin durdurulması, hangi işlerde risk değerlendirmesi yapılmamış olması durumunda işin durdurulacağı, durdurma sebeplerini gidermek için mühürlerin geçici olarak kaldırılması, yeniden çalışmaya izin verilme şartları, acil hallerde işin durdurulmasına karar verilinceye kadar geçecek sürede alınacak tedbirlerin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmeliklerle açıklanır (m. 30/1,g).

Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ile müştereken, büyük endüstriyel kazaların önlenmesi ve etkilerinin azaltılması için alınacak tedbirler, büyük endüstriyel kaza oluşabilecek işyerlerinin belirlenmesi ve sınıflandırılması, büyük kaza önleme politika belgesi veya güvenlik raporunun hazırlanması ve uygulanması, güvenlik raporunun olmaması, incelenmek üzere Bakanlığa gönderilmemesi veya Bakanlıkça yetersiz bulunması durumunda işin durdurulması ve işin devamına izin verilmesine ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmeliklerle düzenlenir (m. 30/1,ğ).

4. İdari para cezasında fail

a. Genel olarak

Kanun koyucu, iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini ihlale ilişkin idari para cezalarında kural olarak failin işveren olabileceğini düzenlemiştir (İSGK. m. 26). Bu çerçevede suç faili olarak ilk sırada işveren bulunmaktadır. İşveren, çalışan istihdam

eden gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlarıdır (İSGK. m. 3/1, ğ). Diğer taraftan “idari para cezaları ve uygulanması” başlıklı 26. madde idari para cezalarının tüzel kişiliği bulunmayan kamu kurum ve kuruluşları adına da düzenlenebileceğini ifade etmiştir (İSGK. m. 26/2).

Gerçek kişi işverenle birden fazla işverenin idari para cezalarının faili olabileceği kuşkusuzdur. Aynı şekilde soyut işveren tüzel kişilerin (şirketlerin) de idari para cezalarında fail olmak suretiyle sorumlu olabilecekleri belirtilmelidir. Zira soyut işveren tüzel kişiler; başka bir deyişle şirketler, sadece “ceza” niteliği taşıyan yaptırımlardan sorumlu tutulamazlar. Buna karşılık idari para cezaları, idari yaptırım (işlem) niteliği taşıdıklarından, bunların tüzel kişi işverenlere uygulanmasına engel bulunmamaktadır⁹⁸⁶.

İdari para cezalarının faili olarak gösterilmiş olan ikinci kişi ise işveren vekilidir⁹⁸⁷. Diğer taraftan işveren adına hareket eden, işin ve işyerinin yönetiminde görev alan işveren vekilleri, İSGK’nın uygulanması bakımından işveren sayılmaktadır (İSGK. m. 3/2). Dolayısıyla işveren vekilinin idari para cezalarının faili olabilmesinin mümkün olduğu tereddütsüz bulunmakla birlikte, işyerindeki işveren vekillerinin tamamının idari para cezalarının muhatabı olması mümkün değildir. Kabahatler Kanunu, “organ veya temsilcinin davranışından sorumluluk” başlıklı hükmünde, idari yaptırıma maruz kalacak işveren vekillerinin ihlale konu yükümlülüklerin yerine getirilmesi konusunda görevli ve yetkili kılınan işveren vekilleri olduğunu belirtmiştir. Şöyle ki, Kabahatler Kanununa göre, organ veya temsilcilik görevi yapan ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişinin bu görevi kapsamında işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı tüzel kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabilir (m. 8/1). Temsilci sıfatıyla hareket eden kişinin bu sıfatla bağlantılı olarak

⁹⁸⁶ SÜZEK, İş Hukuku, 152.

⁹⁸⁷ İşveren vekili hakkında bilgi için bkz. TAŞKENT, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 44-45; EKONOMİ, İş Hukuku, 54 vd.; SÜZEK, İş Hukuku, 183-187; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, 107 vd.; ENGİN Murat, Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, Ankara 1993, 123 vd.; AYDEMİR Murteza, Türk Hukukunda İşveren, İşveren Vekili ve Alt İşveren Kavramları, Şubat 1993, 85 vd.

işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı temsil edilen gerçek kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabilir. Gerçek kişiye ait bir işte çalışan kişinin bu faaliyeti çerçevesinde işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı, iş sahibi kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabilir (m.8/2). Kanunun, organ veya temsilcide ya da temsil edilen kişide özel nitelikler aradığı hallerde de yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanır (m. 8/3). Birinci ve ikinci fıkra hükümleri, organ veya temsilcilik ya da hizmet ilişkisinin dayanağını oluşturan işlemin hukuken geçerli olmaması halinde de uygulanır. (m. 8/4). Dolayısıyla işyerindeki her işveren vekili her idari yaptırımdan sorumlu olmayacak olup, işveren vekilleri açısından fail olmak için, işveren vekilinin işvereni temsil alanının, suçu oluşturan eylemi kapsamaması gerekmektedir⁹⁸⁸.

Diğer taraftan işverenin gerekli niteliklere sahip ve yetkilerle donattığı işveren vekillerini görevlendirmesi her zaman işverenin cezai (idari para cezası) sorumluluğundan kurtulması için yeterli değildir. Eğer işveren, yaptırıma bağlanan somut olayın meydana gelmesinde kusurlu ise yine sorumlu tutulacaktır. Örneğin teknik güvenlik şefi olan işyeri mühendisinin sürekli uyarılarına karşın işverenin makine koruyucusunun alınması, eskimiş buhar kazanının değiştirilmesi gibi bir iş güvenliği önlemini almamakta direnmesi halinde işveren vekili olan mühendis değil, işveren cezai bakımdan sorumlu olacaktır⁹⁸⁹.

Öğretide işveren vekiline idari para cezası verilebileceğine ilişkin hükmün isabetli olmadığı, çünkü hangi işveren vekilinin idari suçlarda düzenlenen zorunlulukları yerine getirmek konusunda görevli ve yetkili kılındığını tespit etmenin her zaman kolay olmadığı, bu nedenle uygulamada da bu gibi para cezalarının çoğunlukla işverene verildiği belirtilmiştir⁹⁹⁰. Uygulamada çoğunluk bu şekilde olmakla birlikte, hükmün isabetli olmadığına katılmamız mümkün değildir. Zira, yetkili ve sorumlu işveren vekilinin tes-

⁹⁸⁸ EKMEKÇİ, İşyeri Örgütlenmesi, 172-173; AYDEMİR, 42; İNCİROĞLU, 124..

⁹⁸⁹ Hukuki Yönden İş Sağlığı ve Güvenliği, Başkent İş Sağlığı Güvenliği ve Çevre Ölçüm Merkezi, <http://www.baskentsaglik.com/hukuki-yonden-is-sagligi-ve-guvenligi-101.html>, 02.05.2012.

⁹⁹⁰ EKMEKÇİ, İşyeri Örgütlenmesi, 173.

pit edilebildiği hallerde cezaların şahsiliği ilkesi prensibi çerçevesi işverenin cezai bakımından sorumlu tutulması yerinde olmayacaktır⁹⁹¹.

1475 sayılı Kanun m. 106, işçilerin 94. maddeye aykırı hareket etmeleri halinde işçilere de idari para cezası verileceğini düzenlemişti. 4857 sayılı Kanun ise 1475 sayılı Kanunun 94. maddesine muadil olarak düzenlenen 96. maddesinde işçilerin bu hükme aykırı davranmaları halinde herhangi bir idari para cezası ödemelerinin gerekli olduğuna ilişkin bir yaptırım getirmemiştir⁹⁹². Buna karşın 4857 sayılı Kanun m. 107/2 uyarınca işçilere idari para cezası verilmesi mümkündür⁹⁹³. Zira 4857 sayılı Kanun m. 107/2, iş müfettişlerinin bu Kanundan veya diğer kanunlardan doğan her çeşit teftiş, denetleme yetki ve görevleri gereğince görevlerinin yerine getirilmesi sırasında, görevlerini yapma ve sonuçlandırmaya engel olan kimselere, fiil suç oluşturmadığı takdirde, sekizbin Türk Lirası idarî para cezası verileceğini düzenlemiş olup, m. 107/2'nin işçiler tarafından da ihlali mümkündür. Dolayısıyla iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini ihlale ilişkin idari para cezalarında fail istisnai de olsa işçi olabilir.

Klasik ceza hukukundan farklı olarak, sosyal ceza hukukunda işçilerin işyerinde işledikleri bazı suçlardan işveren veya işveren vekilleri sorumlu tutulmaktadır. Bu durumda işverenin cezai sorumluluğunun hangi hukuki temele dayandırılacağı konusunda öğretilerde farklı görüşler bulunmaktaysa da⁹⁹⁴, katıldığımız görüş işverenin sorumluluğunu gözetim ve denetim görevinin yerine getirilmemesine bağlamaktadır. Zira işyeri sürekli ve belli bir amacı gerçekleştiren bir kurum olup, bu amacın yerine getirilebilmesi için işverene yönetim hakkı ve disiplin tedbirleri uygulama yetkisi

⁹⁹¹ İdari para cezalarında da cezaların şahsiliği ilkesinin geçerli olduğuna ilişkin Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. Anayasa Mahkemesi, 29.11.2012, 2012/106 E, 2012/190 K, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/03/20130306-9.htm> (07.09.2013)

⁹⁹² 1475 sayılı Kanuna göre, m.94/2 uyarınca işçilerin çalıştıkları veya ayrıldıkları işyerleriyle işverenleri hakkında ilgili makamlar ve memurlara gerçeğe uygun haberler vererek ilgili makam ve memurları lüzumsuz işlemlerle uğraştırmaları veya işverenleri haksız yere kötü duruma düşürmeye kalkışmaları ve ilgili makamlarca kendilerinden sorulan hususlar için doğru olmayan cevaplar vererek denetim ve teftiş yapılmasını güçleştirmek veya yanlış bir sonuca vardırırmak gibi kötünietli davranışlarda bulunmaları yasaktır.

⁹⁹³ SERATLI, İş Sağlığı ve Güvenliği, 211.

⁹⁹⁴ SÜZEK, İş Güvenliği, 323'de dn. 130.

tanınmıştır. İşveren yönetim hakkını kullanırken iş kanunlarına ve iş güvenliği kurallarına uyulmasını sağlamak zorundadır. Bunu sağlamak için elinde disiplin cezalarından iş sözleşmesinin feshine kadar birçok yetkisi bulunmaktadır. Daha da ötesi maddi hareketin yasa kurallarının önem ve ciddiyetini kavrayamayacak durumda olmayan işçiler tarafından yapılmış olması, bunu önlemek için gerekli hak ve yetkilere sahip işverenin sorumluluğunu kaldırmamaktadır. Dolayısıyla işverenin cezai sorumluluğu iş güvenliği konusunda gerekli gözetim ve denetim görevini yerine getirmemiş bulunmasına dayanmaktadır⁹⁹⁵.

b. Geçici iş ilişkisinde

İş Kanunu m. 99/a, Kanunun 7. maddesindeki yükümlülüklerle aykırı davranan işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her işçi için yuzon Türk Lirası idari para cezası verileceğini düzenlemiştir. Hüküm idari para cezasındaki failin işveren veya işveren vekili olacağını belirlemekle birlikte, geçici veya sürekli işveren ayrımı yapmamıştır. Bir işverenin suç oluşturan bir fiili için söz konusu olan idari para cezasından, onunla birlikte bir başka işverenin de sorumlu tutulması ceza hukukunun şahsılık ilkesine⁹⁹⁶ aykırılık taşıyacağından hangi işverenin sorumluluk taşıyacağını tespiti gerekmektedir⁹⁹⁷.

İş Kanunu m. 7/1, son cümlesinde, geçici iş ilişkisi kurulan işverenin işçiye sağlık ve güvenlik risklerine karşı gerekli eğitimi vermekle yükümlü olduğunu düzenlemiştir. Maddede yükümlülüğün muhatabı olarak açıkça geçici işveren gösterildiğinden, İşK. m. 99/a uyarınca idari para cezasında failin geçici işveren olduğu ifade edilmiştir⁹⁹⁸. İşK. m. 7/1, son cümle, İSGK. ile yürürlükten kalkmış olmakla birlikte, İSGK. m. 17/6, paralel bir şekilde geçici iş ilişkisi kurulan işverenin, iş sağlığı ve güvenliği risklerine karşı

⁹⁹⁵ SÜZEK, İş Güvenliği, 323.

⁹⁹⁶ Kimsenin başkasının fiilinden sorumlu tutulamaması, ceza sorumluluğunun şahsi olmasına şahsılık (kişisellik) ilkesi denilmektedir (TAŞKENT, İşletme Hukuku, 62).

⁹⁹⁷ EKMEKÇİ, Geçici İş İlişkisi, 382; KESER, 102-103.

⁹⁹⁸ KESER, 103.

çalışana gerekli eğitimin verilmesini sağlayacağını düzenlediğinden, neticede bir farklılık olmamıştır.

c. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde

İdari para cezasında fail başlığı altında incelenmesi gereken bir diğer husus, alt işverenin idari para cezası ödemekle yükümlü olup olamayacağıdır.

Bilindiği üzere alt işveren, işyerinin asıl işvereni gibi kendi işçilerini çalıştıran, bağımsız ayrı bir işverendir. İş Kanununda işveren için öngörülen sorumluluk ve yükümlülükler alt işveren için de geçerlidir. Bu çerçevede mevzuatta belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen alt işverenin suçun faili olması mümkündür. Alt işverenin idari para cezasını gerektiren bir suç işlemesi halinde, cezanın ödenmesinden sadece alt işveren sorumlu tutulacak olup, asıl işverene ceza verilmesi mümkün değildir. Gerçi İş Kanunu asıl işverenin alt işverenle birlikte sorumluluğunu öngörmekteyse de (İŞK. m. 2/6), bu sorumluluk cezai değil, hukuki sorumluluktur. Zira “kanunsuz suç ve ceza olmaz”, “kusursuz suç ve ceza olmaz” ile “cezaların kişiselliği ilkeleri” dikkate alındığında⁹⁹⁹ bir başka şahıs olan alt işverene ait olan eylem sebebiyle asıl işverene ceza verilmesi hukuka aykırı olacaktır¹⁰⁰⁰.

5. İdari para cezasının verilmesi ve tebliği

Kabahatler Kanunu, kabahat dolayısıyla idarî yaptırım kararı verme yetkisinin ilgili kanunda açıkça gösterilen idarî kurul, makam veya kamu görevlilerinde olduğunu düzenlemiştir (m. 22). İlgili kanun olan İSGK. ise m. 26/2’ye göre ise bu Kanunda belirtilen idari para cezaları, gerekçesi belirtilmek suretiyle, Çalışma ve İş Kurumu il müdürü tarafından verilecektir.

⁹⁹⁹ Anayasanın “Suç ve cezalara ilişkin esaslar” kenar başlıklı 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından idari para cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tâbidir. (Anayasa Mahkemesi’nin 15/03/2012 tarih ve 2011/105E., 2012/38 K. sayılı kararı), <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/03/20130306-9.htm>, 09.09.2013).

¹⁰⁰⁰ DEMİR, İş Hukuku, 184; DEMİRCİOĞLU/CENTEL, 165; AYDEMİR, 42; EKMEKÇİ, İşyeri Örgütlenmesi, 173.

4857 sK. m. 6'ya göre işyerinde işveren değişikliği olması durumunda, işyerlerinde teftiş yapılacaktır; ancak önceki teftişte tespit edilen ve devam eden noksan hususlarla ilgili idari para cezası aylık olarak uygulanmayacaktır (İTR. 3. Kısım, 4. Bölüm, m. 11). Diğer taraftan teftişe alınan işyerinde unvan değişikliği veya rehberin Birinci Kısım, İkinci Bölüm 3.2'nci maddesinde belirtildiği gibi belediye sınırları içerisinde adres değişikliği gerçekleşmiş yahut işyerinin makine, ekipman veya üretim yönteminin değişmiş olması durumunda da işyerinde teftiş yapılır ve devam eden noksanlıklar için idari para cezası aylık olarak ödenecektir (İTR. 3. Kısım, 4. Bölüm, m. 12).

İdarî yaptırım kararına ilişkin tutanakta; hakkında idarî yaptırım kararı verilen kişinin kimlik ve adresi; idarî yaptırım kararı verilmesini gerektiren kabahat fiili; bu fiilin işlendiğini ispata yarayacak bütün deliller; karar tarihi ve kararı veren kamu görevlilerinin kimliği açık bir şekilde yazılacak; tutanakta ayrıca kabahati oluşturan fiil, işlendiği yer ve zaman gösterilerek açıklanacaktır (KK. m. 25).

İdari yaptırım kararının ilgili gerçek kişinin huzurunda verilmesi halinde tutanakta bu husus açıkça belirtilecek, karara karşı başvurabileceği kanun yolu, mercii ve süresine ilişkin olarak bilgilendirildikten sonra kişinin karar tutanağını imzalaması istenecektir. İmzadan kaçınılması halinde bu durum tutanakta açıkça belirtilecek, karar tutanağının bir örneği kişiye verilecektir. Verilen ceza 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ edilecektir. Tebligat metninde bu karara karşı başvurulabilecek kanun yolu, mercii ve süresi açık bir şekilde belirtilecektir (KK. m. 26/I). Tüzel kişi hakkında verilen idarî yaptırım kararları ise her halde ilgili tüzel kişiye tebliğ edilecektir (KK. m. 26/II, III).

6. İdari para cezasına itiraz

a. İdari para cezasına itirazda görevli mahkeme

İdari para cezalarına itirazda görevli mahkemenin neresi olduğu, hem öğreti hem de yargı kararlarında birçok kez tartışılmış ve dönem dönem yasal düzenlemeler de

değişikliklere uğramıştır. 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu, 108. maddesi ile idari para cezalarına karşı, tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine başvurulacağını düzenleyerek, bu kanundaki idari para cezalarının idare mahkemelerinde inceleneceğini belirlemiş; böylece idari para cezaları, 10.06.2003 tarihinden itibaren idari yargının görev alanına dahil edilmişti. Ancak idari yaptırımların hukuki rejimini düzenleyen genel bir kanun olan 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte durum değişmiştir. Zira anılan Kanun, 27. maddesi ile idari yaptırımlara karşı tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine, sulh ceza mahkemesinin kararına karşı ise 7 gün içinde yetkili ağır ceza mahkemesine başvurulacağı kuralını getirmiştir. Aynı kanunun 3. maddesi, bu kanunun genel nitelikteki hükümlerinin diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanmasını öngördüğünden, 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki idari para cezaları da 01.06.2005 tarihinden itibaren adli yargının görev alanına girmişti. Ancak Kabahatler Kanunu'nun genel kanun niteliğini gösteren ve "Bu kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanır." şeklinde düzenlenen 3. maddesi hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile iptal davası açılmış olup Anayasa mahkemesinin, hükmü anayasaya aykırı bulması üzerine, hüküm iptal edilmiştir (AYM. 01.03.2006, E. 2005/108, K. 2006/35)¹⁰⁰¹.

İptal edilen bu madde 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 sayılı Kanunla yeniden düzenlenmiştir. Yeni hükme göre, Kabahatler Kanunu'nun kanun yollarına başvurmaya ilişkin hükümleri, özel kanunlarda başka bir hüküm yoksa uygulanacaktır. Daha açık bir deyişle, idari yaptırım kararlarına karşı öncelikle her kabahate ilişkin özel kanunlardaki hükümler uygulanarak kanun yoluna başvurulacak, özel kanunlarda hüküm bulunmayan hallerde ise Kabahatler Kanunu'nun 27 ila 31. maddeleri uygulanacaktır. Bu noktada 4857 sayılı İş Kanunu'nun 108. maddesi idari para cezalarına karşı idare mahkemesine başvurulacağına ilişkin özel hüküm getirdiğinden, Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesindeki değişikliğin yürürlüğe girdiği 19.12.2006 tarihinden itibaren, İş

¹⁰⁰¹ Kabahatler Yasasının kimi hükümlerini iptal eden Anayasa Mahkemesi kararına ilişkin ayrıntılı bir inceleme için bkz. AKYİĞİT Ercan, Kabahatler Yasası'nı İptal Eden Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine, Sicil, S. 4, Aralık 2006, 189-194.

Kanunu'ndaki idari para cezaları yeniden idari yargının görev alanına girmişti¹⁰⁰². Ancak 08.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹⁰⁰³, m. 578 / (öö) hükmü ile 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki idari para cezaları ile ilgili olarak idare mahkemelerini görevli kılan 108. maddenin 2. fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır¹⁰⁰⁴. Bu düzenleme ile birlikte, 4857 sayılı İş Kanunundaki idari para cezalarına karşı başvurulacak kanun yollarını düzenleyen özel bir hüküm kalmamıştır¹⁰⁰⁵.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda da idari para cezalarına karşı başvurulacak kanun yollarını düzenleyen özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple 5326 sayılı genel kanun niteliğinde olan Kabahatler Kanunu'nun 3 ve 27. maddeleri uyarınca kabahatlere ilişkin genel kanun yolları devreye girecek, idari yaptırımlara karşı tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine, sulh ceza mahkemesinin kararına karşı ise 7 gün içinde yetkili ağır ceza mahkemesine başvurulacaktır. Zira Kabahatler Kanununa göre, idari para cezalarına karşı yapılacak itirazlarda özel bir görev kuralının bulunmaması halinde görevli mahkemenin sulh ceza mahkemeleri olacağı açıkça belirtilmiştir. Şöyle ki, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesi; *“Bu Kanunun; a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanır”* şeklindedir. Aynı Kanunun 27/1. maddesinde ise, *“İdarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idarî yaptırım kararı kesinleşir.”*

¹⁰⁰² AKYİĞİT Ercan, İdari Para Cezaları Bakımından İş Kanunu m. 108'deki Kanun Yolu Hala Yürürlüktedir (UYM Kararları Üzerine Bir Değerlendirme), Sicil, S. 7, Eylül 2007, 170.

¹⁰⁰³ RG., 08.02.2008, 26781.

¹⁰⁰⁴ Bilgi için bkz. AKYİĞİT, Son Durum, 154-160.

¹⁰⁰⁵ KOÇ Muzaffer, İş Kanunundaki İdari Para Cezalarına İtiraz Mercii, Yaklaşım Dergisi, S. 191, Kasım 2008, <http://www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/makaleler/20081113106.htm> (05.05.2012); BAYRAM, Denetim, 291-292; BİLGİN Hüseyin/ÇELİK Barış, 5728 sayılı Kanun ile Birlikte İdari Yargının Görev Alanındaki Değişiklikler Üzerine İnceleme, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 82, Mayıs-Haziran 2009, 281.

düzenlemeleri bulunmaktadır. Netice itibariyle, İSGK'daki idari para cezaları için tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine, sulh ceza mahkemesinin kararına karşı ise 7 gün içinde yetkili ağır ceza mahkemesine başvurulacaktır.

Uyuşmazlık mahkemesi kararları da aynı yönde olup, mevcut düzenleme açısından bu konuda farklı bir görüş bulunmamaktadır¹⁰⁰⁶. Ancak olması gereken hukuk bakımından durum eleştirilmektedir.

Öğretide bir görüş, bir idari yargı yeri olmayan sulh ceza mahkemelerinin ve ağır ceza mahkemelerinin bu hususta tecrübeli olmadığını, bu mahkemelerin kendilerini idare hukuku ilke ve kurallarından yararlanarak bir hüküm vermek durumunda görmemeleri halinde sadece usul ve yetki unsurlarına indirgenmiş bir yargısal denetimin gerçekleşeceğini ve bunun etkin bir yargısal denetim olmayacağını; ancak diğer taraftan da bu mahkemelerdeki tanık dinleme imkanı (KK. m. 28/6) ile idari yargının yapabileceği denetimden daha etkin bir araçlarının bulunduğunu ifade etmiştir¹⁰⁰⁷. Aynı yazar, usulüne uygun olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, vakıayı yanlış tespit etmiş, maddi niteliğine uygun değerlendirmemiş veya kasıtlı davranış neticesinde bir personelin sebep olduğu idari para cezasının denetiminin, ancak idari yargı tarafından yapılabileceğinin bekleneceğini, idari yargının bugüne kadarki uygulamasının bu kabulü doğrular nitelikte olmadığını belirtmiştir. Yazar, buna rağmen idare mahkemelerinin varlık sebebinin idare hayatının gerçekleri konusundaki tecrübesinden hareketle hukuka aykırılıkları tespit konusunda daha etkin bir yargısal denetim yapabilmesinin beklendiğini, idari yargıya bu imkanı idare hukuku ilkeleri verdiği göre, görevli ve yetkili sulh ceza mahkemesinin bir idari para cezasına ilişkin davaya bakarken, idari işlemin beş unsuru açısından inceleme yapması ve idare hukuku ilkelerini kullanarak işlemin hukuka uygunluğunu değerlendirmesi gerektiğini, ancak bu yönde bir gelişme

¹⁰⁰⁶ Bu yönde bir karar için bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi, 2012/17E, 2012/70K, 09.04.2012, <http://www.isvesosyalguvenlik.com/yargi/ygk36.htm> (19.05.2012).

¹⁰⁰⁷ GÜLAN, 163.

olduğu takdirde bu işlemler için etkin bir yargısal denetimin mümkün olacağını ifade etmiştir¹⁰⁰⁸.

Öğretide katıldığımız hakim görüş ise aksi kanaattedir. Anayasa mahkemesi ve öğretinin çoğunluğu tarafından isabetli olarak ifade edildiği üzere idari para cezalarında iş mahkemelerinin yetkili olması gerekmektedir¹⁰⁰⁹. Zira, iş mevzuatının uygulanması nedeniyle verilen idari para cezaları, söz konusu mevzuatın iyi değerlendirilmesi neticesinde verileceğinden, bunu en iyi yapabilecek mahkemeler iş mahkemeleri olacaktır¹⁰¹⁰. Daha açık bir deyişle, iş mahkemeleri bu konuda özel ihtisas mahkemeleri olduğundan İş Kanununda (şimdi İSGK'da) suç olarak düzenlenmiş bir eylemin unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini en iyi tespit edebilecek görevli yargı organı, iş mahkemeleridir. İdare mahkemeleri idari işlem ve eylemlerde bulunması gereken genel ilke ve esaslar bakımından denetim konusunda yetkin olsa da, İş Kanununda (şimdi İSGK'da) düzenlenmiş olan yükümlülükler konusunda iş mahkemeleri kadar bilgili değildir. Kaldı ki, idare mahkemesi hakimi olmak için hukuk fakültesini bitirmiş olma zorunluluğu yoktur. Hukukçu olmayan hakimlerin bu konuda yeterli denetimi yapıp, hukuka uygun sonuca ulaşmalarının daha güç olduğunun kabulü gerekmektedir. İdare mahkemelerinin iş mahkemelerine göre daha sınırlı sayıda oldukları da düşünüldüğünde idare mahkemelerinin itiraz konusunda yetkili kılınmasının yerinde olmadığı görülecektir¹⁰¹¹. Dolayısıyla idare mahkemelerinin bundan sonra idari para cezalarına itiraz konusunda yetkili olmamaları son derece yerindedir. Buna karşın sulh hukuk mahkemeleri yerine özel ihtisas mahkemesi niteliğinde olan iş mahkemelerinin yetkili kılınması daha uygun olacaktır¹⁰¹².

¹⁰⁰⁸ GÜLAN, 164.

¹⁰⁰⁹ CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, 275, 277; SÜZEK, Bugün ve Gelecek, 24; SOYER, Yeni İş Kanunu, 64-65; AKYİĞİT, Son Durum, 160; AKIN, III. Yılında İş Yasası, 330; SERATLI, İş Sağlığı ve Güvenliği, 211; OĞUZ, 132; AKBULUT, 123-124.

¹⁰¹⁰ SÜZEK, Bugün ve Gelecek, 24; CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, 274; SERATLI, İş Sağlığı ve Güvenliği, 211.

¹⁰¹¹ CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, 274-275.

¹⁰¹² SÜZEK, İş Hukuku, 918.

b. Mahkemeye başvurulması ve inceleme

İdarî para cezasına ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine itiraz yoluna başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idarî yaptırım kararı kesinleşecektir (KK. m. 27/1)¹⁰¹³. Ancak süresi içinde başvurunun yapılmamasının sebebinin bir mücbir sebebin varlığına dayanması halinde, bu sebebin ortadan kalktığı tarihten itibaren en geç yedi gün içinde karara karşı başvuruda bulunulabilir. Bu başvuru, kararın kesinleşmesini engellememesine rağmen, mahkemenin kararı yerine getirmeyi durdurması mümkündür (KK. m. 27/2). Bu demektir ki, mücbir sebep nedeniyle idari yaptırıma normal süresi içinde itiraz edilemeyerek süresinden sonra başvuru yapılması halinde de idari yaptırım kesinleşecektir. Ancak kesinleşmenin doğurabileceği sakıncaları gidermek için, sulh ceza mahkemesine kendine has bir “yürütmenin durdurulması” hali olarak “yerine getirmeyi durdurma” kararı verebilme yetkisi kanunla tanınmıştır¹⁰¹⁴.

İtirazın cezanın yerine getirilmesini durdurmaması, idarenin bir yargı kararıyla haklı olduğunun ortaya çıkmasından önce, idari para cezasının tahsil edilmesini sağlamakta olup, bu durum işverenleri mağdur etmektedir. İdarenin kişi karşısında bu denli üstün tutulmasının kabul edilmesi mümkün değildir¹⁰¹⁵.

İdari para cezasına itiraza ilişkin başvurunun, bizzat kanunî temsilci veya avukat tarafından sulh ceza mahkemesine verilecek bir dilekçe ile yapılması gerekmekte olup, başvuru dilekçesi, iki nüsha olmalıdır (KK. m. 27/3). Başvuru dilekçesinde, idarî yaptırım kararına ilişkin bilgiler, bu karara karşı ileri sürülen deliller açık bir şekilde gösterilecektir. Başvurunun mücbir sebep dolayısıyla süresinde yapılmaması halinde, bunu gerektiren mücbir sebep dayanaklarıyla belirtilecektir (KK. m. 27/4).

¹⁰¹³ ABD İş Sağlığı ve Güvenliği Yasasına göre idari para cezalarına itiraz prosedürü için bkz. OSHA. m. 10.

¹⁰¹⁴ GÜLAN Aydın, Kabahatler Kanunu’ndan Sonra İdari Para Cezalarına Karşı Yargısal Denetim, Sicil, S. 1, Mart 2006, 162.

¹⁰¹⁵ EKMEKÇİ, İSGK Tasarısı Taslağı, 30.

Kabahatler Kanunu, kabahatin icraî veya ihmali davranışla işlenebileceği (m. 7) ile kabahatlerin kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde, hem kasten hem de taksirle işlenebileceğini (m. 9) düzenlemiştir. Dolayısıyla taksir şeklindeki kusur durumunda da idari para cezası yaptırımını uygulanmakta olup¹⁰¹⁶, idari para cezasına itirazı inceleyecek olan mahkeme işverenin bu yükümlülüğe uymamak konusundaki kasdi veya taksirli davranışının bulunup bulunmadığı konusunda bir değerlendirme yapmak suretiyle kararını vermektedir¹⁰¹⁷.

İdari para cezaları, bir ihlal ithamını içermekte olup, itham eden bunu ispatlamak zorundadır. Diğer taraftan Kanunun ihlale ilişkin hazırlanması gereken belgenin usulünü ve unsurlarını düzenlemesi sebebiyle, yargısal denetim bu belgelerden hareketle yapılacaktır. Başka bir deyişle, davalı idarenin işleminin yargısal denetimi yapılırken bu davalı idarenin düzenlediği tutanak/müfettiş raporu başlıca ve kimi zaman da tek delil olduğundan mahkeme bu belgeye göre hüküm verecektir. Davalının belgesi, davalının delili olduğunda bu delilin gerçeğe uygun olmadığı nasıl denetleneceği önem arz etmektedir. Zira dava konusu olan husus, hem işlem hem de bu işlem niteliğinde olan tutanaktır. Tutanağın hukuki ve fiili olarak bu derece belirleyici bir delil niteliği taşıması, yargısal denetimin etkili olmasının önüne geçecektir. Müfettiş raporuna dayanan bir idari para cezasının yargısal denetiminde bu müfettiş raporunun en etkili delil olması yerinde değildir. Davacının bu raporun yanlışlığını ispat etmesi son derece zor olduğu gibi, müfettiş raporunun tek delil olması yapılan yargısal denetimin de etkin olmasını engelleyecektir¹⁰¹⁸.

Başvuru üzerine mahkemece yapılan ön inceleme sonucunda; mahkemenin yetkili olmadığı anlaşıldığı halde dosyanın yetkili sulh ceza mahkemesine gönderilmesine karar verilecektir. Başvurunun süresi içinde yapılmadığının, başvuru konusu idarî yaptırım kararının sulh ceza mahkemesinde incelenebilecek kararlardan

¹⁰¹⁶ ŞAHLANAN Fevzi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin İdari Para Cezaları Konusunda Son Gelişmeler, Sicil, S. 1, Mart 2006, 13 (İdari Para Cezaları); EKMEKÇİ, İşyeri Örgütlenmesi, 184.

¹⁰¹⁷ ŞAHLANAN, İdari Para Cezaları, 13.

¹⁰¹⁸ GÜLAN, 163.

olmadığının veya başvuranın buna hakkı bulunmadığının anlaşılması halinde, bu nedenlerle başvurunun reddine karar verilecektir. Mahkemenin yetkili olduğunun ve başvurunun süresi içinde yapıldığının anlaşılması halinde başvurunun usulden kabulüne karar verilecektir (KK. m. 28/1). Bu durumda mahkeme dilekçenin bir örneğini ilgili kurum olan Bölge Müdürlüğüne tebliğ edecek (KK. m. 28/2), Bölge Müdürlüğü başvuru dilekçesinin tebliği tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde mahkemeye cevap verecek, başvuru konusu idarî yaptırıma ilişkin işlem dosyasının tamamının bir örneği, cevap dilekçesi ile birlikte mahkemeye verilecektir. Mahkemenin, işlem dosyasının aslını da istemesi mümkün olup, cevap dilekçesi idarî yaptırım kararına karşı başvuruda bulunan kişi sayısından bir fazla nüsha olarak verilecektir (KK. m. 28/3).

Mahkeme, başvuruda bulunan kişilere cevap dilekçesinin bir örneğini tebliğ edecek; talep üzerine veya re'sen tarafları çağırarak belli bir gün ve saatte dinleyecektir. Dinleme için belirlenen günle tebligatın yapılacağı gün arasında en az bir haftalık zaman olmasına dikkat edilmelidir. Dinleme sırasında taraflar veya avukatları hazır bulunacaktır. Mazeretsiz olarak hazır bulunmama, yokluklarında karar verilmesine engel değildir. Bu husus, tebligat yazısında açıkça belirtilecektir (KK. m. 28/4). Ceza Muhakemesi Kanununun tanıklığa, bilirkişi incelemesine ve keşfe ilişkin hükümleri, bu başvuru ile ilgili olarak da uygulanacaktır (KK. m. 28/5).

Dinlemede sırasıyla; hazır bulunan başvuru sahibi ve avukatı, ilgili kamu kurum ve kuruluşunun temsilcisi, varsa tanıklar dinlenecektir. Bilirkişi raporu okunacak, diğer deliller ortaya konulacaktır. Mahkeme, ilgilileri dinledikten ve bütün delilleri ortaya koyduktan sonra aleyhinde idarî yaptırım kararı verilen ve hazır bulunan tarafa son sözünü soracaktır. Son söz hakkı, aleyhinde idarî yaptırım kararı verilen tarafın kanunî temsilcisi veya avukatı tarafından da kullanılabilir. Mahkeme son kararını hazır bulunan tarafların huzurunda açıklayacaktır. Mahkeme, son karar olarak idarî yaptırım kararının; hukuka uygun olması nedeniyle, başvurunun reddine", hukuka aykırı olması nedeniyle, "idarî yaptırım kararının kaldırılmasına" karar verecektir (KK. m. 28/6-8).

İdarî para cezasının alt ve üst sınırının kanunda gösterildiği kabahatler dolayısıyla verilmiş idarî para cezasına karşı başvuruda bulunulması halinde, mahkeme idarî para cezasının miktarında değişiklik yaparak da başvurunun kabulüne karar verebilecektir (KK. m. 28/9).

c. Mahkeme kararına karşı itiraz

1475 sayılı Kanun ve 4857 sayılı Kanunun ilk halinde¹⁰¹⁹, para cezasına yapılan itirazların mahkemece kesin olarak karara bağlanacağı öngörülmüştü. Bu çerçevede olmak üzere öğretide İş Kanunundan doğan idari para cezaları konusunda yerleşik kuralların oluşmamasının en önemli nedenlerinden birinin, idari para cezasına itirazı izleyen görevli mahkemenin kesin karar vermesi olduğu, zira kesin karar verildiği için Yargıtay incelemesinin söz konusu olmadığı, bu çerçevede uygulamaya yön verecek yerleşik içtihatların oluşmadığı, çabukluk düşüncesiyle yapılan bu düzenlemelerin hukuki gerçeğin ortaya çıkmasını engellediği ifade edilmişti¹⁰²⁰.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, para cezasına yapılan itirazlara ilişkin herhangi bir hüküm getirmemiştir. Ancak Kabahatler Kanunu üçbin Türk Lirası dahil idarî para cezalarına karşı başvuru üzerine verilen kararların kesin olduğunu (m. 28/10) düzenlemiştir. Dolayısıyla üçbin Türk Lirasının üzerindeki para cezalarında mahkemenin verdiği son karara karşı itiraz yoluna başvurmak mümkündür. Kabahatler Kanunu, mahkemenin verdiği son karara karşı, Ceza Muhakemesi Kanununa göre itiraz edilebileceğini, bu itirazın kararın tebliği tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yapılacağını, itirazla ilgili kararın, dosya üzerinden inceleme yapılarak verileceğini, mahkemenin her bir itirazla ilgili olarak “itirazın kabulüne” veya “itirazın reddine” karar vererek verdiği kararı taraflara tebliğ edeceğini, vekil olarak avukatla temsil edilme halinde ayrıca taraflara tebligat yapılmayacağını, idarî yaptırım kararının ağır ceza mahkemesi tarafından verilmesi halinde bu karara karşı Ceza Muhakemesi Kanununa göre itiraz edilebileceğini düzenlemiştir (m. 29).

¹⁰¹⁹ 4857 sK m. 108’in ilgili ikinci fıkrası 01.07.2005 tarih ve 5378 sK’nun 39. maddesi ile mülga edilmiştir.

¹⁰²⁰ EKMEKÇİ, İşyeri Örgütlenmesi, 184.

Kanun koyucu hem kanun yoluna başvuran kişiye vazgeçme hem de idari para cezasını veren kamu kurum ve kuruluşuna kanun yolu başvurusunu kabul imkanı vermiştir. Buna göre kanun yoluna başvuran kişi, bu konuda karar verilinceye kadar başvurusundan vazgeçebilecek olup, vazgeçme halinde bir daha aynı konuda başvuruda bulunması mümkün olmayacaktır (KK. m. 30/I). Aynı şekilde ilgili kamu kurum ve kuruluşunun da mahkeme tarafından karar verilinceye kadar kanun yolu başvurusunu kabul ederek idarî yaptırım kararını geri alması mümkündür (KK. m. 30/I).

7. İdari para cezasının ödenmesi ve tahsili

İdari para cezalarının tebliğinden itibaren otuz gün içinde ödenmesi gerekmektedir. (İSGK. m. 26/2). İş sağlığı ve güvenliği ile iş teftişine ilişkin hükümlere aykırılık halinde ödenecek olan idari para cezaları, genel bütçeye gelir kaydedilecektir (KK. m.17/3).

Kişinin ekonomik durumunun müsait olmaması halinde, idarî para cezasının, ilk taksitinin peşin ödenmesi koşuluyla, bir yıl içinde ve dört eşit taksit halinde ödenmesine karar verilebilir. Taksitlerin zamanında ve tam olarak ödenmemesi halinde, idarî para cezasının kalan kısmının tamamı tahsil edilecektir (KK. m. 17/3).

Genel bütçeye gelir kaydedilmesi gereken idarî para cezalarına ilişkin kesinleşen kararlar, 21.07.1953 tarih ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil edilmek üzere Maliye Bakanlığı'na belirlenecek tahsil dairelerine gönderilecektir (KK. m. 17/4). İdarî para cezası tamamen tahsil edildikten itibaren en geç bir ay içinde durum, ilgili kamu kurum ve kuruluşuna bildirilecektir (KK. m. 17/5).

İdari para cezası yükümlüsünün kanun yoluna başvurmadan cezayı veren görevliye ödeme yapmayı kabul etmesi halinde, kanun koyucu indirim imkanı getirmiştir. Kanun yoluna başvurmadan önce ödeme ifadesi, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu uyarınca idari

yaptırım kararının tebliğ tarihinden itibaren geçecek 15 günlük başvuru süresini ifade etmektedir (m. 27/I). Şöyle ki, kabahat dolayısıyla idarî para cezası veren kamu görevlisi, ilgilinin rıza göstermesi halinde bunun tahsilatını derhal kendisi gerçekleştirecektir. İdarî para cezasını kanun yoluna başvurmadan önce ödeyen kişiden bunun dörtte üçü tahsil edilecek, idari para cezasının peşin ödenmiş olması, kişinin bu karara karşı kanun yoluna başvurma hakkını etkilemeyecektir (KK. m. 17/6). Söz konusu hükmün son derece isabetli olduğu belirtilmelidir. Zira bu hüküm, kişilerin mali kaygılarla yargısal denetim arasında tercihe zorlanmasının önüne geçmektedir¹⁰²¹.

2013/4 sayılı Genelgenin eki niteliğindeki İş Teftiş Rehberi, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 26. maddesinde öngörülen idari para cezalarından aylık olarak uygulanacak cezalar için, idari para cezasının başlangıç tarihinin, idari para cezasına esas tutanağın düzenlendiği tarih olduğunu düzenlemiştir. Dolayısıyla alınmayan önlemler için “izleyen her ay” aynı miktar idari para cezası verileceğine ilişkin hükmün sulh ceza mahkemesince verilen cezanın kesinleştiği tarihten sonrası için değil, durumun iş müfettişince tespitinden sonraki her ay için olması gerekmektedir. Bu noktada kesinleşmenin beklenmesinin gerekmemesi son derece yerindedir. Zira işverenin idari para cezasını gerektirir bir hareketinin varlığı halinde uygulanacak yaptırımın iş müfettişinin durumu tespitinden itibaren başlaması caydırıcılık açısından daha etkili olacaktır.

8. İdarî para cezasının artışı

İdarî para cezaları her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 04.01.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298’inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilân edilen yeniden değerlendirilme oranında artırılarak uygulanmaktadır. Bu suretle idarî para cezasının hesabında bir Türk Lirasının küsuru dikkate alınmamakta, bu fıkra hükmü, nispi nitelikteki idarî para cezaları açısından uygulanmamaktadır (KK. m. 17/7).

¹⁰²¹ GÜLAN, 161.

İdari para cezaları ile amaçlanan “işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasını sağlama” işlevi, bunların etkili ve caydırıcı olmalarına bağlıdır. Başka bir deyişle, işverenin idari para cezasının önlem almaktan daha ekonomik olması halinde, işveren iş güvenliği önlemlerini almak yerine, idari para cezasını ödemeyi seçebilecektir¹⁰²². Dolayısıyla söz konusu cezaların bu husus da gözetilerek yüksek tutulması gerekmektedir.

Amerika Birleşik Devletlerinde OSHA müfettişinin herhangi bir OSHA standardının ihlalini tespit etmesi halinde hareketin türüne göre müfettiş işverene çeşitli cezalar keşlebilmektedir¹⁰²³. Bunlardan ilki uyarılar olup, en yakın sağlık kurumunun telefon numarasını asmamak gibi işyeri güvenliği ile doğrudan ilgisi olmayan cezalar bu çerçevededir. Bu ihlaller genelde rapor edilmemesine ve ceza kesilmemesine karşın mutlaka işverene bildirilmektedir. İşyeri güvenliği ile doğrudan ilgili olabilen ancak takılıp yere düşme gibi ciddi yaralanma veya ölüme yol açmayacak durumlar ikinci derece ihlallerdir. Bu ihlallerin cezası ihlal başına 7000\$’a kadar çıkabilmektedir. Platformda parmaklık olmaması gibi ciddi yaralanma veya ölüme yol açabilen ve işverenin haberdar olduğu veya olması gerektiği durumlar ciddi ihlaller olup, ciddi ihlal halinde her ihlal başına zorunlu olarak 7000\$ ceza kesilmektedir. İşverenin tehlikeli durumu bildiği halde bir önlem almadığına dair delil olduğu durumlar kasıtlı ihlallerdir. En ağır ceza gerektiren bu durumda ihlal başına ceza 5000\$’dan başlayıp 70.000\$’a kadar çıkabilmektedir. Daha önceden tespit edilmiş ihlalin benzerinin bir sonraki teftişte ortaya çıkması tekrarlanan ihlaller çerçevesinde olup, bu durumda 70.000\$’a kadar ve daha önceden tespit edilmiş ihlalin bir sonraki teftişte hala düzeltilmediği durumda ise düzeltilmemiş ihlal kabul edilip her ihlal için gün başına 7000\$’a kadar ceza kesilmektedir. İş kazasının ölümlü sonuçlanması halinde, işveren mahkemede para cezası ve/veya 6 ay mahkumiyet ile suçlanacak olup, para cezası kişi için 250.000\$, kuruluş için 500.000\$ miktarındadır.

¹⁰²² SERATLI, İş Sağlığı ve Güvenliği, 212.

¹⁰²³ BARADAN Selim, Türkiye İnşaat Sektöründe İş Güvenliğinin Yeri ve Gelişmiş Ülkelerle Kıyaslanması, DEÜ Mühendislik Fakültesi Fen ve Mühendislik Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, Ocak 2006, 97.

Görüldüğü üzere Amerika Birleşik Devletlerinde ihlal halinde ciddi parasal cezalar kesilmektedir. Ancak müfettişin işverene vereceği cezalar için bazı indirim sebepleri bulunmaktadır. Bunlar işyerinde çalışan işçilerin sayısı, işverenin iyiniyeti ve son üç yılda işverenin sicili olmak üzere üç ana başlıkta toplanmaktadır. İşyerinde 25 ve altında işçi çalışması halinde cezadan %60, 26 ila 100 işçinin çalışması halinde %40, 101 ila 250 işçinin çalışması halinde %20 indirim uygulanmakta, 250'den fazla işçinin çalışması halinde indirim yapılmamaktadır. İşverenin iyiniyetli olması % 25 ve sicili ise %10'luk bir indirim sağlamaktadır¹⁰²⁴.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile idari para cezalarının önemli ölçüde artırılmış olması sebebiyle cezaların caydırıcılık kazandığı söylenebilecekse de, ceza miktarlarının belirlenmesinde işletme büyüklüklerinin neredeyse hiç dikkate alınmamış olması önemli bir eksikliklerdir. Zira kimi durumlarda bu yaptırım küçük işyerleri için çok ağır olmakta, büyük işletmeler için hiçbir anlam ifade etmemektedir. Cezalardan beklenen verimin alınabilmesi ve cezaların gerçek anlamda caydırıcılık kazanmaları için işyeri büyüklükleri ile orantılı cezaların getirilmesi önem arz etmektedir¹⁰²⁵. Risk altında bulunan işçi sayısı göz önünde bulundurulmalı, makul düzeyde belirlenmiş bir yaptırım ile işçi sayısının çarpılması gerekmektedir. Bu yöntemin kullanılması halinde, yaptırım sistemi daha adil ve etkin bir hale gelecektir¹⁰²⁶. Bununla birlikte, hukukumuzda da hakkaniyet gereği ABD'de olduğu gibi işverenin iyiniyeti ve sicili kriterleri getirilmek suretiyle cezalara indirim uygulanması yerinde olacaktır.

Öğretide İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile getirilen idari para cezalarının çok ağır olduğu, gerekli düzenlemeler için hemen harekete geçilse bile bunların bir kısmının kısa sürede düzeltilmesi mümkün olmayacağı için her ay tekrar ceza ödeneceği ve bazen bu cezaların artacağı, küçük işverenlerin bu yükü kaldırmalarının zor olacağı ifade edilmiştir¹⁰²⁷. Gerçekten de küçük ve büyük işyerleri arasında bir ayırım yapmak

¹⁰²⁴ USMEN/BARADAN, 44.

¹⁰²⁵ SÜZEK, Öneriler, 320; aynı yazar, Ders Notları, 49; AKIN, III. Yılında İş Yasası, 328.

¹⁰²⁶ SÜZEK, Öneriler, 320.

¹⁰²⁷ GEREK, 16.

yerinde olacaktır. Şöyle ki, idari para cezalarının miktarlarının İSGK. ile artırılmış olması, idari para cezalarının işlevinin yerine getirilmesi bakımından olumlu olmakla birlikte, bu artırım yapılırken işyerlerinin büyüklüğünün dikkate alınmaması uygun olmamıştır.

Her ne kadar İSGK. 26/1, (f), (g), (ğ), ve (l) çerçevesinde idari para cezaları ihlale uğrayan her bir çalışan için katlanmaktaysa da, kısıtlı hükümlere aykırılık halinde bu yaklaşımın benimsenmiş olması, sözü edilen eksikliğin giderilmesine yetmeyecektir.

Diğer taraftan İş Kanunu eylemin özelliğine göre idari para cezasını belirlemekle birlikte, kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusur ve ekonomik durumunu dikkate almamıştı. Ayrıca alt ve üst sınır uygulaması da tercih edilmemişti¹⁰²⁸. Nitekim İSGK'da da durumun değişmediği görülmektedir. Bu noktada kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusur durumunun dikkate alınması gerektiği kanaatinde olmakla birlikte, failin ekonomik durumu burada önemli olmamalıdır. Zira, işveren veya vekilinin ekonomik durumunun iyi olup olmamasının son derece göreceli olduğu ve bunun dışarıya yanıltıcı şekilde gösterilebileceği de dikkate alındığında, idari para cezasının belirlenmesinde failin ekonomik durumunun ölçüt kabul edilmesi daha fazla sorun getirecektir. Bu sebeple, failin kasıt veya ihmali ile gerçekleştirdiği bir ihlalin, yaptırımın alt ve üst sınırları belirlenmek suretiyle değişiklik göstermesi hakkaniyet gereği olmasına rağmen failin ekonomik durumunun iyi olmasının onu cezalandırmak anlamına geleceği bir kademeli yaptırımın yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Ancak belirli bir sınır getirmek suretiyle, maddi durumu bu sınırın üzerinde olduğu tespit edilen işverenler için ceza miktarının artırılması yerinde olacaktır.

İdari para cezalarının yaptırım gücünün sürekliliğinin de sağlanması gerekmektedir. Şöyle ki, bugün için etkili olan yaptırım, enflasyon sebebiyle etkisini yitirmektedir. Bu nedenle iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin idari para cezaları enflasyona direnebilecek bir

¹⁰²⁸ AKIN, III. Yılında İş Yasası, 329.

sisteme bağlanmalıdır¹⁰²⁹. Bu yönde olmak üzere, Kabahatler Kanunu, idarî para cezalarının her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 04.01.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298' inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilân edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak uygulanacağını, bu suretle idarî para cezasının hesabında bir Türk Lirasının küsurunun dikkate alınmayacağını, diğer taraftan bu fıkra hükmünün, nispi nitelikteki idarî para cezaları açısından uygulanmayacağını düzenlemiştir (m. 17/7). Ancak “idari para cezalarının niteliği” başlığı altında da ifade ettiğimiz üzere, İSGK’ daki bazı idari para cezalarının maktu bazılarının ise nispi nitelikte olması sebebiyle, Kabahatler Kanununun yürürlüğe girdiği 01.06.2005’den itibaren yeniden değerlendirme oranında artırımın sadece maktu para ceza cezaları için uygulanması gerekmekte, nispi para cezaları bakımından ise aynı şekilde artırım yapılmamalıdır. Oysa idari para cezalarının iş sağlığı ve iş güvenliği konusunda etkili bir işlev görebilmesi için miktarının otomatik olarak güncellenmesi ve yüksek tutulması gerekmektedir¹⁰³⁰.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunundan önce, Türk Ceza Kanununda olduğu gibi, işverenin aynı hükümlere aykırı davranışını tekrar etmesi durumunda cezanın etkin ve caydırıcı olması için cezanın artırılarak verilmesi yönünde değişiklik yapılmasının yerinde olacağı ifade edilmişti¹⁰³¹. Nitekim İSGK. m. 26/1, (b), 6’ncı maddesinin birinci fıkrası gereğince belirlenen nitelikte iş güvenliği uzmanı veya işyeri hekimi ve diğer sağlık personeli görevlendirmeyen işverene; m. 26/1, (ç), 10’uncu maddesinin birinci fıkrasına göre risk değerlendirmesi yapmayan veya yaptırmayan işverene; m. 26/1, (d), 11 ve 12’nci maddeleri hükümlerine aykırı hareket eden işverene; m. 26/1, (l), 25’inci maddesinde belirtilen yükümlülükler göre işyerinin bir bölümünde veya tamamında verilen durdurma kararına uymayarak durdurulan işi yönetmelikte belirtilen şartları yerine getirmeden devam ettiren işverene aykırılığın devam ettiği her ay için aynı miktar ve m. 26/1, (n), 30’uncu maddesinde öngörülen yönetmeliklerde belirtilen

¹⁰²⁹ SÜZEK, Öneriler, 320; aynı yazar, Ders Notları, 49.

¹⁰³⁰ AKYİĞİT, Şerh II, 2101.

¹⁰³¹ SERATLI, İş Sağlığı ve Güvenliği, 209; OĞUZ, 130; KILIÇ, 149.

yükümlülükleri yerine getirmeyen işverene, uyulmayan her hüküm için tespit edildiği tarihten itibaren aylık olarak belirlenmiş idari para cezasının verileceğini düzenlemiştir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 36. maddesi ile 9/1/1985 tarihli ve 3146 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanuna “Yayın Zorunluluğu” başlığı altında bir madde eklenmiştir. Bu maddeye göre “Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu ile ulusal, bölgesel ve yerel yayın yapan özel televizyon kuruluşları ve radyolar; ayda en az altmış dakika iş sağlığı ve güvenliği, çalışma hayatında kayıt dışılığın önlenmesi, sosyal güvenlik, işçi ve işveren ilişkileri konularında uyarıcı ve eğitici mahiyette yayınlar yapmak zorundadır” (Ek Madde 2). Dolayısıyla bundan böyle tüm bölgesel ve yerel yayın yapan özel televizyon kuruluşları ve radyolar ayda en az altmış dakika sadece iş sağlığı ve güvenliği alanında değil, aynı zamanda iş kazaları ve meslek hastalıklarının yoğun bir şekilde meydana geldiği kayıt dışı işçiler ile ilgili de yayın yapacaktır¹⁰³². Söz konusu hüküm yerinde olmakla birlikte, iş kazaları ve meslek hastalıklarının önlenmesinde idari para cezaları yanında teşhir ve ödüllendirmenin de etkili olacağı belirtilmelidir. İşyerinde iş kazaları ve meslek hastalıklarını azaltan işverenler ile iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almadıkları için idari para cezası yaptırımını ile karşılaşan işverenlerin kitle haberleşme araçlarında açıklanmaları etkili olacaktır¹⁰³³.

9. İdari para cezasında zamanaşımı

1475 sayılı İş Kanunu döneminde, İş Kanununda yer alan suçlar Ceza Kanununda olduğu gibi dava ve ceza zamanaşımı hükümlerine tabiydi. Ancak 3493 sayılı Kanun değişikliği ile ağır para cezaları, idari para cezasına dönüştürülünce, bu cezalar Ceza Kanunundaki dava ve ceza zamanaşımının dışına çıkarılmış ve 1475 sayılı İş Kanununun 108. maddesi değiştirilmişti. Ancak 1475 sayılı İş Kanununda da ceza zamanaşımına

¹⁰³² DEMİR Fevzi, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası 18, İçki Yasağı m. 28 ve Radyo, Televizyon, Yayın Zorunluluğu, <http://www.alosgk.com/2012/10/is-sagligi-ve-guvenligi-yasasi-18-icki-yasagi-md-28-ve-radyo-televizyon-yayin-zorunlulugu-prof-dr-fevzi-demir/>, 06.05.2013.

¹⁰³³ SÜZEK, Öneriler, 321; aynı yazar, Ders Notları, 50; BAYCIK Gaye, İnşaat İşyerlerinde İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri ve Sorumluluğu, İş Sağlığı ve Güvenliği Sempozyumu, TMMOB, 5-6 Ekim, Ankara 2007, 53-54.

ilişkin bir hüküm bulunmadığından, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 102. maddesi gereği beş yıllık zamanaşımına tabi oldukları kabul edilmişti¹⁰³⁴.

4857 sayılı İş Kanununda olduğu gibi İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda da ceza zamanaşımı süresine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Genel kanun niteliğindeki Kabahatler Kanunu ise zamanaşımı süresine ilişkin önemli hükümler getirmiştir. Kabahatler Kanunu 20. maddesinde soruşturma zamanaşımını, 21. maddesinde ise yerine getirme zamanaşımını düzenlemek suretiyle zamanaşımı sürelerini ikiye ayırmıştır.

Kabahat işlendikten sonra, kanunda yazılı belirli bir süre içinde soruşturma yapılıp, kabahatten dolayı kişi hakkında idari para cezası verilmez ise soruşturma zamanaşımı; kabahatten dolayı verilen ceza; kanunda yazılı belirli bir süre içinde uygulanmaz ise yerine getirme (tahsil) zamanaşımı söz konusu olacaktır¹⁰³⁵.

Soruşturma zamanaşımı süresi, kabahate ilişkin tanımdaki fiilin işlenmesiyle veya neticenin gerçekleşmesiyle işlemeye başlamaktadır (KK. m. 20/4). Soruşturma zamanaşımının dolması halinde kabahatten dolayı kişi hakkında idarî para cezasına karar verilemeyecektir. Soruşturma zamanaşımı süresi; yüzbin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde beş, ellibin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde dört, ellibin Türk Lirasından az idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde üç yıldır (KK. m. 20/2). Nispî idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde zamanaşımı süresi ise sekiz yıldır (KK. m. 20/3). Kabahati oluşturan fiilin aynı zamanda suç oluşturması mümkündür. Bu durumda suça ilişkin dava zamanaşımı hükümleri uygulanacaktır (KK. m. 20/5).

¹⁰³⁴ AYDEMİR, 39; EKMEKÇİ, İşyeri Örgütlenmesi, 186.

¹⁰³⁵ ÇELİK M. Lamih, Kabahatler Kanununa Göre Tahsil Zamanaşımı, Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi, Yıl. 2007, S. 8, 34-36.

Yerine getirme zamanaşımı süresi, kararın kesinleşmesinin rastladığı takvim yılını takip eden takvim yılı başından itibaren işlemeye başlamaktadır (KK. m. 21/4). Yerine getirme zamanaşımının dolması halinde idarî para cezasına veya mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin karar artık yerine getirilemeyecektir (KK. m. 21/1). Yerine getirme zamanaşımı süresi; ellibin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasına karar verilmesi halinde yedi, yirmibin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasına karar verilmesi halinde beş, onbin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasına karar verilmesi halinde dört, onbin Türk Lirasından az idarî para cezasına karar verilmesi halinde üç yıldır (KK. m. 21/2). Mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin zamanaşımı süresi on yıldır (KK. m. 21/3). Kanun hükmü gereği olarak idarî yaptırımın yerine getirilmesine başlanamaması veya yerine getirilememesi halinde ise zamanaşımı işlemeyecektir (KK. m. 21/5).

§13. CEZAI YAPTIRIMLAR

I. Genel Olarak

İş sağlığı ve güvenliği kurallarını ihlal edenlere karşı, hukuki ve idari yaptırımların yanı sıra cezai yaptırımlar da uygulanmaktadır¹⁰³⁶. Türk hukukunda ceza hukuku yaptırımları, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda¹⁰³⁷ düzenlenmekte ve bu cezalar adli para cezası ile genellikle para cezasına çevrilen hapis cezası şeklinde ortaya çıkmaktadır¹⁰³⁸.

İşveren veya işveren vekilinin gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaması neticesinde oluşan iş kazaları veya meslek hastalıkları, işçinin ölümü ya da yaralanması ile sonuçlanabilmektedir. Aynı şekilde bir diğer kişi (örneğin işçi) de kazaya sebep olabilmektedir¹⁰³⁹. Bu durumda söz konusu olabilecek suçlar öldürme ve yaralama olup, kişi Türk Ceza Kanununun 85 veya 89. maddeleri uyarınca suç faili olarak

¹⁰³⁶ EYRENCİ, EYRENCİ /TAŞKENT /ULUCAN, 303-308; SÜZEK, İş Hukuku, 894.

¹⁰³⁷ RG. 12.10.2004, 25611.

¹⁰³⁸ SÜZEK, İş Hukuku, 894.

¹⁰³⁹ AKIN Levent, İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenin Cezai Sorumluluğu, TİSK Akademi Dergisi, C. 3, S. 5, 213 (Cezai Sorumluluk); AYDINLI, Sosyal Temas, 250.

cezalandırılmaktadır. Ceza hukuku alanına giren bir iş kazasından söz edebilmek için yaralanan veya ölen kişinin işçi olması, olayın istenmemesi, kaza sonucunda yaralanma veya ölüm neticesinin gerçekleşmesi gerekmele birlikte, ölüm veya yaralama ile sonuçlanmayan kazalar ceza hukukunun alanına girmez¹⁰⁴⁰.

II. Ceza Hukukunda Fail

İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle ölüm veya yaralama olaylarında cezai sorumluluk işçide veya çalışma arkadaşları yahut üçüncü kişilerde olabileceği gibi, daha çok işveren veya işveren vekillerindedir.

Ceza yargılamasında kaza sebepleri ile bu sebepleri ortadan kaldırmakla görevli ve yetkili kişiler belirlenmekte, en altta bulunan amirden en üste kadar çıkılarak kaza sebepleri ile bunları kimlerin ortadan kaldırması gerektiği belirlenmeye çalışılmaktadır¹⁰⁴¹. Bu noktada failin maddi hareketi gerçekleştiren kişi olması gerekmez. Şöyle ki, iş sağlığı ve güvenliği aleyhine işlenen suçlarda işçilerin bazı hareketlerinden işveren ya da işveren vekillerinin sorumluluğuna gidilmektedir. Zira, iş kazasının işçinin fiili sonucu gerçekleşmiş olması halinde de işverenin işyerinde yönetim hakkı ve disiplin cezası uygulama yetkisi bulunduğundan, gözetim ve denetim görevini kusuruyla yerine getirmemiş olan işveren veya işveren vekili cezai yönden sorumlu tutulmaktadır¹⁰⁴². Bununla birlikte, işveren vekilinin görevlendirildiği hallerde, işverenin sorumluluğunun tamamen ortadan kalktığı kabul edilemez. Zira, işverenin işin gerektirdiği teknik, hukuki veya idari bilgi ve yeterliliğe sahip kişileri işveren vekili olarak seçmesi gerekmektedir¹⁰⁴³. Bu noktada kazanın gerçekleşmesinde işçinin ihmal ve dikkatsizliğinin olması durumunda ise bu sorumluluğa değil, kusur durumuna etki eder.

¹⁰⁴⁰ KAYMAZ Seydi/GÖKCAN Hasan Tahsin, Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları, Ankara 2006, 349; BAYRAM, Denetim, 300.

¹⁰⁴¹ KAYMAZ /GÖKCAN, 350 vd; SÜZEK, Genel Esaslar, 156.

¹⁰⁴² SÜZEK, İş Güvenliği, 323; aynı yazar, Genel Esaslar, 156; ENGİN, İşveren, 123 vd.

¹⁰⁴³ MEMİŞOĞLU S. Özgür /ÇINAR Çağatay, İşverenin İş Kazasından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu, Legal İHSGHD, C.9, S. 33, 2012, 51.

İşverenin gerçek kişi olması halinde, işyerinde en üst düzeyde emir ve talimat verme yetkisinin sahibi olarak cezai sorumluluk işverendedir. Ancak emir ve talimat verme yetkisine sahip olmayan gerçek kişi soyut işverenlerde cezai sorumluluğun kime ait olduğu üzerinde de durmak gerekmektedir. Küçük veya müflis kişilerde olduğu gibi emir ve talimat verme yetkisine sahip olmayan gerçek kişi soyut işverenlerin cezai sorumluluğu bulunmayıp, bu konuda sorumluluk işyerini yönetme ve talimat verme yetkisine sahip olan yasal temsilci ya da iflas idaresi gibi somut işverene aittir¹⁰⁴⁴.

İşverenin gerçek kişi olması halinde incelenmesi gerekli bir diğer konu, işverenlerin bazı yetki ve sorumluluklarını işveren vekillerine devretmesidir. Böyle bir durumda, iş kazası kendi görev ve yetki alanında meydana gelen işveren vekilleri cezaların şahsiliği ilkesi gereğince sorumlu olmaktadır¹⁰⁴⁵. Ancak işveren vekilinin sorumluluğunun doğması için birtakım özelliklere sahip olması gerekmektedir. İşveren vekili, kendisine verilen görevi yürütebilecek teknik, hukuki veya idari alanda gerekli ehliyet ve bilgiye sahip olmalıdır. Zira sorumluluk ancak yetkinin bulunduğu yerde var olacaktır. Aynı zamanda işveren vekilinin seçiminde gerekli özen de gösterilmelidir. Bu noktada işverenin sırf kendisini sorumluluktan kurtarabilmek amacıyla iş mevzuatından doğan yükümlülüklerini bu konularda bilgisiz ve yetersiz işveren vekillerine devretmesi kabul edilemeyecektir¹⁰⁴⁶. Ancak işveren vekilinin bu niteliklere ve yetkilere sahip olması, işverenin cezai sorumluluğunu mutlak olarak ortadan kaldırmamaktadır. Olayın meydana gelmesinde işverenin kendine düşen ödevleri yerine getirmeyerek kusurlu bulunması halinde, işveren vekili değil, işveren sorumlu tutulacaktır. Bu çerçevede ceza yaptırımının muhatabı olacak sorumluların her somut olay için ayrı ayrı değerlendirilerek belirlenmesi gerekmektedir¹⁰⁴⁷.

Birden fazla gerçek kişi işverenin bulunması halinde, iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmekle görevli ve yetkili kılınmış işveren, cezai

¹⁰⁴⁴ SÜZEK, Yaptırımlar, 174; aynı yazar, Genel Esaslar, 155; ENGİN, İşveren, 126.

¹⁰⁴⁵ EKONOMİ, İş Hukuku, 55; SÜZEK, Yaptırımlar, 175; aynı yazar, Genel Esaslar, 155.

¹⁰⁴⁶ <http://www.baskentsaglik.com/hukuki-yonden-is-sagligi-ve-guvenligi-101.html>, 02.05.2012.

¹⁰⁴⁷ SÜZEK, İş Hukuku, 189-190.

sorumluluğun sahibi olacaktır. Nitekim Yargıtay birden fazla işverenin bulunduğu ortaklıklarda işyerine ait işleri idare ile görevlendirilen ortağın kim olduğunun araştırılarak cezai sorumluluğunu bu ortağa ait olduğunu ifade etmiştir¹⁰⁴⁸.

İşverenin gerçek kişi olması halinde sorumluluğun sahibi belli olmasına rağmen, tüzel kişi işverenlerde cezai sorumluluğun kimde olacağı özellik arz etmektedir. Türk Ceza Kanunu, cezaların şahsiliği başlıklı hükmünde, ceza sorumluluğunun şahsi olduğunu, kimsenin başkasının fiilinden sorumlu tutulamayacağını, daha da ötesi tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamayacağını; ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımların saklı olduğunu düzenlemiştir (m. 20). Dolayısıyla tüzel kişi işverenlerin ceza sorumluluğunun bulunmadığı şüphesizdir. Hükümde sözü edilen istisna ise suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlardır. Türk Ceza Kanununun 60. maddesi tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerinin neler olduğunu açıklamış ve bu madde hükümlerinin kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanacağını ortaya koymuştur. Taksirle adam öldürme ve taksirle yaralama suçlarında tüzel kişilere ilişkin düzenlemelere yer verilmediği için, iş sağlığı ve güvenliğine aykırılık halinde tüzel kişi işverenin cezai sorumluluğunun doğduğundan bahsedilemez. Yargıtay da sadece sorumlu bulunan gerçek kişilerin, başka bir deyişle tüzel kişinin organını oluşturan üyelerin veya işveren vekillerinin sorumluluğuna gidildiğini ifade etmiştir¹⁰⁴⁹. Dolayısıyla soyut işveren olan anonim şirketin cezai sorumluluğu bulunmamakta olup, sorumluluk yönetim kurulu üyesi veya işveren vekili olan somut işverendedir¹⁰⁵⁰.

Diğer taraftan Kabahatler Kanununun 8. maddesi, organ veya temsilcilik görevi yapan ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişinin bu görevi kapsamında işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı tüzel kişi hakkında, temsilci sıfatıyla hareket eden kişinin bu sıfatla bağlantılı olarak işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı temsil edilen gerçek kişi hakkında ve gerçek kişiye ait bir

¹⁰⁴⁸ Y9HD., 15.02.1997, E. 3951, K. 4127, MEMİŞOĞLU/ÇINAR, 52 ve 52'de dn. 64.

¹⁰⁴⁹ SÜZEK, Genel Esaslar, 155.

¹⁰⁵⁰ SÜZEK, Genel Esaslar, 155.

işte çalışan kişinin bu faaliyeti çerçevesinde işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı, iş sahibi kişi hakkında idarî yaptırım uygulanabileceğini düzenlemiştir. Bu çerçevede işbölümü halinde yürütülen faaliyetin sahibi gerçek ya da tüzel kişinin garantör olarak sorumluluğu bulunmaktadır¹⁰⁵¹.

İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması sonucu işçinin iş kazası veya meslek hastalığına uğraması ya da ölmesinin geçici iş ilişkisinin söz konusu olduğu bir işyerinde ortaya çıkması halinde, taksirle öldürme ya da yaralama fiilinin failinin kim olacağı önem taşır. Cezai sorumluluk, hukuki sorumluluktan farklı olarak şahsi nitelikli olduğundan, burada müteselsil sorumluluktan bahsetmek mümkün değildir. Sorumluluk belirlenirken, ölüm veya yaralanmaya sebep olan hareketin hangi ihmali davranış neticesinde gerçekleştiği, alınmayan önlemin hangi işverenin alması gereken önlemlerden olduğu tespit edilerek, cezai sorumluluğun ihmali davranışı gösteren işverende olduğu kabul edilmelidir¹⁰⁵².

Geçici iş ilişkileri düşünüldüğünde, ihmal davranışının genelde geçici işçi çalıştıran işveren tarafından gerçekleştirilebileceği, bu sebeple de iş sözleşmesinin tarafı olan sürekli işverenin değil geçici işverenin hapis cezasına çarptırılabilmesi öngörülmektedir. Buna karşın her olayın kendine özgü niteliklerinin olduğunun da unutulmaması gerekmektedir¹⁰⁵³.

Asıl işveren alt işveren ilişkileri açısından da durumun benzer şekilde değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Cezaların şahsiliği ilkesi çerçevesinde alınmayan önlemler hangi işverenin alması gerektiği tespit edilerek, cezai sorumluluğun ihmali davranışı gösteren işverende olduğu kabul edilmelidir. Bu çerçevede, işçinin alt işverenin işçisi olması halinde, ihmali davranış kural olarak alt işveren tarafından gerçekleştirilecek olmasına rağmen somut olayın koşulları göz ardı edilmemelidir. Şöyle ki, asıl işverenin alt

¹⁰⁵¹ KABAKCI, 258.

¹⁰⁵² KESER, 101-102.

¹⁰⁵³ KESER, 102; İREN, Geçici İş İlişkisi, 302.

işverene işi vermeden önce iş güvenliği açısından bu firmanın gerekli özellikleri taşıyıp taşımadığına dikkat etmesi gerekmektedir. Bu noktada asıl işverenin maddi kaygılarla işi ehil olmayan alt işverenlere vermek suretiyle iş güvenliği kurallarına bağlanan yaptırımları dolanmasına izin vermek ve kusursuzluğu önceden kabul etmek uygun olmayacaktır¹⁰⁵⁴.

III. Failin Kusuru

İşveren veya işveren vekilinin, iş kazası ya da meslek hastalığı neticesinde işçinin yaralanmasına ya da ölümüne sebep olması halinde doğan cezai sorumluluğunun temeli, kusur esasına dayanmaktadır¹⁰⁵⁵. İşveren veya işveren vekilinin ya da 3. bir kişinin kasten işçinin ölümüne ya da yaralanmasına sebep olması nadiren de olsa gerçekleşmektedir. Ancak genelde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması sebebiyle işçilerin yaralandığını ya da hayatlarını kaybettiklerini görmekteyiz. Bu çerçevede işlenen suçların büyük çoğunluğu kasta değil, taksire bağlı olmaktadır¹⁰⁵⁶.

Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir (TCK. m. 22/II). Taksiri tanımlayan hükmün gerekçesinde şu ifadeler yer verilmiştir: “Taksirli suçların belirgin özelliği icrai veya ihmali şekilde olabilen iradi hareketin varlığı ve kanuni tanımında yer alan unsurlardan birinin öngörülmemiş olmasıdır. Fakat bu öngörmemenin, “gerekli dikkat ve özen” yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla ortaya çıkması gerekir. Çünkü, gerekli dikkat ve özen gösterilmediği için kanunda tanımlanmış olan neticenin gerçekleşeceği öngörülmemiştir. Dolayısıyla taksirin esası, öngörebilme olarak kabul

¹⁰⁵⁴ MEMİŞOĞLU/ÇINAR, 52.

¹⁰⁵⁵ MEMİŞOĞLU/ÇINAR, 46.

¹⁰⁵⁶ Kusurluluk şekilleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YALVAÇ Gürsel, Yargı Kararları Işığında Kusurluluk Şekilleri (Kast-Olası Kast-Taksir-Bilinçli Taksir), Sicil, S. 26, Haziran 2012, 151-165.

edildiğinde, adil bir sonuca ulaşılmaktadır. Zira öngörülme ve normal şartlar altında öngörülmesi beklenmeyen neticelerden bireyleri sorumlu tutmak adaletle aykırıdır¹⁰⁵⁷.

Öğreti ve yargı kararlarında taksirin unsurları, fiilin taksirle işlenebilen bir suç olması, hareketin iradiliği, neticenin iradi olmaması, hareketle netice arasında nedensellik bağının bulunması, neticenin öngörülebilmesi; ancak bu neticenin fail tarafından öngörülmemesi şeklinde belirtilmektedir¹⁰⁵⁸.

Yargıtay kararlarında, özellikle işçinin gördüğü işle ilgili yeterince eğitim almaması, işverenin taksirli davranışı olarak değerlendirilir¹⁰⁵⁹.

Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan sorumlu olmakta, her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenmektedir (TCK m. 22/V). Yargıtay da, asli kusurlu sanık ile tali kusurlu sanığa aynı cezaya hükmedilmesi veya asli kusurlu sanık hakkında asgari haddi ceza tayinini bozma nedeni yapmaktadır¹⁰⁶⁰. Fiilin icrai davranış gibi ihmali davranışla da işlenmesi mümkündür. Hukuken failin belli bir davranışta bulunma yükümlülüğü bulunmasına rağmen eylemsiz kalması da cezalandırılması gereken bir harekettir¹⁰⁶¹.

¹⁰⁵⁷ CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMAK Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2006, 399; AKIN Levent, Çimento Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Sorumluluklar, Çimento Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliği (H. Serdar Şardan ile birlikte), İstanbul 2011 (İş Sağlığı); taksirin esas hakkında farklı görüşler için bkz. TOROSLU Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2009, 195-196.

¹⁰⁵⁸ YALVAÇ, 155.

¹⁰⁵⁹ Bu yönde kararlar için bkz. KESKİN Kadri, Taksirle Ölüme ve Yaralamaya Neden Olma, Ankara 1994, 87-88, 124, 132-133, 147-148 (MEMİŞOĞLU/ÇINAR, 465'da dn 40'dan naklen).

¹⁰⁶⁰ Y12.CD., 24.01.2012, E. 4160, K. 1050; Y12.CD., 30.01.2012, E. 12417, K. 1391, YALVAÇ, 156.

¹⁰⁶¹ SEYHAN Davut, İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Cezai Sorumluluğu, Yaklaşım Haziran 2009, S. 198, <http://www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/makaleler/20090614621.htm> (21.12.2011).

Taksirin özel bir hali ise bilinçli taksir olarak adlandırılmaktadır¹⁰⁶². Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır. Bu halde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır (TCK. m. 22/III). Hükümün gerekçesine göre bilinçli taksiri basit taksirden ayıran özellik, fiilin neticesinin failce fiilen öngörülmüş ve fakat istenmemiş olmasıdır. Dolayısıyla bilinçli taksir halinde, sonuç her ne kadar fail tarafından istenmemiş olsa da, sonuç öngörülmesine rağmen gereği yapılmamıştır¹⁰⁶³. Örneğin, tek yönlü ters yolda geri geri giden, ışıklı kavşakta kendisine yanan kırmızı ışıkta durmadan geçiş yapan veya kalabalık bir sokakta otomobilini hızlı kullanan şoför, atış poligonunun etrafına gereken engelleri bilerek koymayan memur, bütün yolcuların tramvaya binip binmediğinden emin olmadan hareket eden vatman, neticeyi öngördükleri halde istememektedirler. Bu nedenle şayet netice gerçekleşirse, söz konusu şahıslar kasıttan değil, bilinçli taksirden sorumlu olacaklardır¹⁰⁶⁴. Belirtmek gerekir ki, bilinçli taksir değerlendirmelerinde failin gereğini yapıp yapmadığından ziyade, failin sonucu istemiş olup olmadığına bakılmaktadır¹⁰⁶⁵. Zira bilinçli taksirde fail her şeyin yolunda gideceğine güven duymakta, olası kastta, olursa olsun düşüncesiyle hareket eden fail bilinçli taksirde inşallah olmaz demektedir. Bu çerçevede olası kast ve bilinçli taksir öngörme unsuru itibariyle örtüşmesine rağmen, isteme unsuru bakımından ayrılmaktadır¹⁰⁶⁶. Kanun koyucu, bilinçli taksir halinde failin sonucu öngörmesi sebebiyle, normal taksirden farklı olarak faile daha fazla sorumluluk yüklemiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında kavramı şu şekilde açıklamıştır: “Bilinçli taksirde, neticenin gerçekleşmesini istemeyen fail, hareketinin tipe uygun, hukuka aykırı bir sonuca neden olabileceğini öngörmesine rağmen, hareketine devam ederek neticeyi meydana getirmektedir. Hukuka aykırı neticeyi öngördüğü halde gerçekleşmeyeceği-

¹⁰⁶² Bilinçli taksire öngörülmesi ya da şuurlu taksir de denilmektedir (TOROSLU, 207); bu konudaki tartışmalar için bkz. ARTUK Mehmet Emin/GÖKÇEN Ahmet/YENİDÜNYA A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011, 379-382.

¹⁰⁶³ AKIN, Yeni İş Yasası, 331.

¹⁰⁶⁴ Bilinçli taksire ilişkin bu ve benzeri örnekler için bkz. YALVAÇ, 157-162.

¹⁰⁶⁵ AKIN, İş Sağlığı, 127.

¹⁰⁶⁶ KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. bası, Ankara 2011, 158.

ne güvenen ve bu güvenle hareketini sürdüren failin söz konusu güveninin dayanağı, tarih, bilgi, yetenek, deneyim vb. çeşitli etkenler olabilir”¹⁰⁶⁷.

Örneğin bir şantiye şefi, kendini tutamayan, yumuşak toprak zeminde şevsiz açılmış, 3.00 m. derinlikteki kanalizasyon kazısı kenarlarına iksa tertibatı yaptırmış ancak yapılan iksadaki hatalı bir imalat nedeniyle (örneğin kullanılan ahşap elemanların boyut, dayanım bakımından yetersizliği gibi) iksa, kazı kenarının göçmesine engel olamamış işçiler göçük altında kalmışlar ise, böyle bir olayda taksir söz konusudur. Başka bir deyişle şantiye şefi gerekli önlemi aldığını düşünmekte, bir göçük olabileceğini öngörmektedir. Şayet bu şantiye şefi aynı kanalda iksa tertibatı yaptırmadan işçileri çalıştırmış ve işçiler göçük altında kalmış olsalardı bilinçli taksir söz konusu olurdu. Zira, kendini tutamayan, yumuşak toprak zeminde şevsiz açılmış 3.00 m. derinlikteki kanal kenarının göçebileceği, kanal içinde çalışan işçilerin göçük altında kalabileceği öngörülen bir durumdur¹⁰⁶⁸.

İş kazası ve meslek hastalıklarının da önemli bir kısmının bilinçli taksir ile işlendiği kabul edilebilir. Zira, işyerlerinde gerçekleşen iş kazalarının çoğu önceden öngörülebilecek kazalardır. Hatta birçok kaza birbirinin tekrarı niteliğindedir. İşveren ya da işveren vekilleri ortaya çıkabilecek sonucu öngörmekte, buna karşın gereken önlemleri almamaktadır¹⁰⁶⁹. Ancak bilinçli taksir düzenlemesinin sebep olduğu bu sonuç, çalışma yaşamında olumsuz etkiler doğurur. Bunun sebebi, işveren ve vekillerinin üretim koşulları altında sürekli kazaya sebep olma riski ile karşı karşıya olmasıdır. Oysa kanun koyucunun amacı, bu koşullar altında gerçekleşen suçları takip değildir. Bu sebeple, iş sağlığı ve güvenliği kanun taslağına eklenecek bir hükümlerle, Türk Ceza Kanununda bir değişiklik yapılmasının yerinde olacağı belirtilmiştir. Bu

¹⁰⁶⁷ MALKOÇ İsmail, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, C. 1, 3. bası, Ankara 2008, 146.

¹⁰⁶⁸ MÜNGEN Uğur, İnşaat İşverenlerinin ve Teknik Elemanların İş Güvenliği Konusundaki Sorumlulukları ve Yaptırımlar, Türkiye Mühendislik Haberleri, S. 469, 2011/5, 21, <http://www.e-kutuphane.imo.org.tr/pdf/16635.pdf> (04.08.2012).

¹⁰⁶⁹ AKIN, Yeni İş Yasası, 331; aynı yazar, İş Sağlığı, 128; aynı yazar, Cezai Sorumluluk, 218; BAYRAM, Denetim, 303.

görüşü savunan yazar, taslağın 39. maddesine 5. fıkra olarak TCK'nın 22. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesinden sonra gelmek üzere “iş kazası ve meslek hastalıklarında bilinçli taksir hükümleri uygulanmaz” cümlesinin eklenmesi gerektiğini, böylece iş kazası ve meslek hastalıklarında işveren ve vekilleri açısından hürriyeti bağlayıcı ceza yaptırımını getiren hükmün eskiden olduğu gibi sadece taksir olarak kabul edileceğini ifade etmiştir¹⁰⁷⁰. Aynı yazar farklı bir makalesinde ise Türk Ceza Kanununun bilinçli taksir yaptırımının, “işletme ya da üretim koşulları içinde” daha farklı uygulanması gerektiğini, ancak bunun bilinçli taksirin “işletme ya da üretim koşulları içinde” hiç uygulanmaması şeklinde algılanmaması gerektiğini, hükmün caydırıcı etkisinin iş sağlığı ve güvenliği alanında da büyük önem taşıdığını, suçun varlığı korunsun da, taksirli yaralama suçunun bu koşullar içinde gerçekleşmesi halinde, paraya çevirme ve erteleme gibi alternatif yaptırımların hayata geçirilebilmesinin kolaylaştırılması gerektiğini; aksi halde yakın gelecekte çok sayıda işveren ve işveren vekilinin, hürriyeti bağlayıcı cezalarla karşılaşacağını ve bu durumun içinden çıkılmaz yeni sorunları beraberinde getireceğini ifade etmiştir¹⁰⁷¹.

Öğretide benzer yönde bir görüş ise işverenin iş kazasından doğan sorumluluğunun taksire dayandırılması gerektiğini, zira işverenin bilinçli taksirden sorumluluğunun ancak iş güvenliği kurallarına aykırı hareketi neticesinde iş kazasının gerçekleşeceğini öngörmesi, buna rağmen yeteneğine güvenerek bu sonucun ortaya çıkmayacağını düşündüğü hallerle sınırlı olarak söz konusu olabileceğini belirtmiştir¹⁰⁷². Aynı yönde olmak üzere diğer bir yazar ise işverenin, öngördüğü neticenin gerçekleşmeyeceği inancıyla veya neticeyi hafife alarak herkes tarafından bilinen açık ve temel iş güvenliği tedbirlerini almaması sonucunda kazanın meydana gelmesi ile sınırlı olarak işverenin bilinçli taksirle hareket ettiğinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁰⁷³. Kanaatimizce de işverenin iş kazası ve meslek hastalığında kusurunun kural olarak

¹⁰⁷⁰ AKIN, İş Sağlığı, 129.

¹⁰⁷¹ AKIN Levent, İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Bazı Öneriler, İşveren Dergisi, Mayıs 2008, 60 (Öneriler).

¹⁰⁷² ÖZEN Muharrem/TOZMAN Önder, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Işığında İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Sorumluluğu, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2008, 226.

¹⁰⁷³ MEMİŞOĞLU/ÇINAR, 50.

taksir olarak dikkate alınması gerekmektedir birlikte, somut olayın koşullarına göre değerlendirme yapılmalıdır. İşverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaması sebebiyle gerçekleşen neticeyi işverenin öngörebildiği açıksa, işverenin bilinçli taksirinin bulunduğu kabul edilmelidir. Elbette bu durumun tespiti hakim tarafından yapılacak olup, öngörülebilir ve önlenabilir olma kriterlerinin iş güvenliği açısından ölçütünün belirlenmesinde işverenin mesleği, eğitim derecesi ve yaptığı işteki kıdemi gibi subjektif özelliklerinin dikkate alınması gerekecektir.

Türk Ceza Kanununda yer alan kusur derecelerinden diğeri, olası kasttır. Kanun koyucu m. 21/II'de, kişinin suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde, olası kastın bulunduğunu, olası kast halinde kasten işlenmiş suçlara nazaran cezada indirim yapılacağını düzenlemiştir. Fıkra gerekçesinde olası kast, "Olası kast durumunda suçun kanuni tanımında yer alan unsurlardan birinin somut olayda gerçekleşebileceği öngörülmesine rağmen, kişi fiili işlemektedir. Diğer bir deyişle, fail unsurların meydana gelmesini kabullenmektedir" şeklinde açıklanmış, bu kast türünün mevzuatımıza yeni girdiği ifade edilmek suretiyle bu kapsamda birtakım örneklere yer verilmiştir.

Sonuç gerçekleşse de harekete devam edeceğim diyen fail olası kast içindeyken bu seçenek karşısında hareketini sonlandıracağı kabul edilen fail, bilinçli taksir durumunda sayılmaktadır¹⁰⁷⁴. Başka bir deyişle, olası kastı bilinçli taksirden ayıran özellik, mümkün ya da muhtemel olarak öngörülen neticenin kabullenilmesi, failin öngördüğü tipik neticenin meydana gelmeyeceğine yönelik bir güveni olmadan hareket etmesidir¹⁰⁷⁵.

Olası kast halinin iş sağlığı ve güvenliği hukukunda ortaya çıkma ihtimalinin zayıf olduğu belirtilmelidir. Şöyle ki, bir işverenin çalıştırdığı işçilerin maruz kalabileceği tehlikeleri öngördükten sonra bunlara kayıtsız kalacağını kabul etmek kolay değildir. Ancak bu kabul belirli koşullara bağlıdır. Failin kusurunun olası kast değil de, bilinçli tak-

¹⁰⁷⁴ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, 352.

¹⁰⁷⁵ KOCA /ÜZÜLMEZ, 156.

sir olarak değerlendirilmesi için işveren veya işveren vekili olan failin yetenek ve deneyim gibi özelliklerinin, olası kastının bulunmadığının kabulünü sağlayacak nitelikte olması gerekir. Daha açık bir deyişle, iş kazasının gerçekleşmeyeceğini öngören fail, bu düşüncesinin haklı görülmesini sağlayacak ortamı hazırlamaz ve gereken önlemleri almazsa, salt bu düşüncesi sebebiyle kusurunun bilinçli taksir düzeyinde kaldığı kabul edilemeyecek, olası kast ile yargılanması mümkün olacaktır¹⁰⁷⁶.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda, taksirin matematiksel ifadesinden vazgeçilmiştir. Türk Ceza Kanununun 22. maddesinin gerekçesinde “Taksirle işlenen suçlardan dolayı kusurluluk, bir değerlendirmeye ancak olay hakim tarafından yapılabilir. Bu nedenle, taksirden dolayı kusurluluğun matematiksel olarak ifadesi mümkün değildir. Ancak, normatif değerlendirmeye hakim tarafından belirlenen kusurluluk göz önünde bulundurulmak suretiyle, suçun cezasında belli bir oranda indirim yapılabilir” şeklinde açıklamalara yer verilmiştir. Bu açıklama, temel cezanın tayini aşamasında, sanığın kusurluluğunun dikkate alınması gerektiği şeklinde yorumlanmalıdır¹⁰⁷⁷. Türk Ceza Kanunu m. 22/4 yeni bir sistem getirmiştir. Bundan önceki düzenlemede; taksirle bir suç işlendiğinde, faile ceza verilirken ceza belirlenir ve failin kusuruna göre cezada indirim yapılırdı. Yeni sisteme göre ise sanığın kusurlu olduğu tespit edildiği takdirde sanığa artık en az, suçun kanunda belirtilen cezasının alt sınırı kadar ceza verilecek, hakim failin kusuruna göre bu alt sınırdan uzaklaşabilecektir. Bu çerçevede artık kusura göre indirim değil, kusura göre artırım imkanı bulunmaktadır¹⁰⁷⁸. Başka bir deyişle, işverenin çok az kusurlu olduğu, örneğin eski sisteme göre işverene ancak 1/8 oranında kusur verilecek şekilde işverenin kazada payının olması halinde, eskiden verilecek ceza 2 yılın 8’de 1’i iken; artık işverene en az 2 yıl ceza verilmek zorundadır. Bu netice, ne adil ne de doğrudur.

Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenmektedir (TCK m. 22/IV). Failin kusurunu tespit edebilmek için gerekli olan dikkat ve özen yü-

¹⁰⁷⁶ AKIN, İş Sağlığı, 129-130; aynı yazar, Cezai Sorumluluk, 218-219.

¹⁰⁷⁷ YALVAÇ, 162.

¹⁰⁷⁸ MALKOÇ, C.1, 147.

kümlülüğünün belirlenmesinde failin kişisel yetenekleri değil, objektif esaslardan hareket edilecektir. Taksirli suçlarda fail, kendi yetenekleri, algılama gücü, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar altında, objektif olarak varolan dikkat ve özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmalıdır. Bütün bu yeteneklere sahip olmasına rağmen bu yükümlülüğe aykırı davranan kişi, suç tanımında belirlenen neticenin gerçekleşmesine neden olması durumunda, taksirli suçtan dolayı kusurlu sayılarak sorumlu tutulacaktır¹⁰⁷⁹. Başka bir deyişle, taksirli suçlarda, failin iradi olarak yaptığı fiil sonrası, sonucun gerçekleşme olasılığını kendi içinde bulunduğu somut durum itibariyle öngörebilir olduğu halde, öngörmemesi veya öngörmemesine karşın hareketine devam etmesiyle sorumluluk doğmaktadır¹⁰⁸⁰. Beklenmeyen hal ve kaçınılmazlık¹⁰⁸¹ gibi suçu ortadan kaldıran sebeplerin varlığı halinde işverenin sorumluluğu doğmamaktadır¹⁰⁸².

Bazı durumlarda iş kazasında mağdurun veya üçüncü kişinin kusuru o kadar etkilidir ki, işverenin taksirli davranışı ile kaza arasındaki illiyet bağı kesilir¹⁰⁸³. İlliyet bağının kesilmesi için kusur derecesinin kasıt düzeyine ulaşması gerekmez. Yargıtay'ın da belirttiği gibi¹⁰⁸⁴ mağdurun ağır ihmalinin de illiyet bağı kesmesi mümkündür¹⁰⁸⁵. Yargıtay, işverenin bilgi ve iradesine bağlı olmaksızın işçinin görevinin dışına çıkarak, yapı-

¹⁰⁷⁹ TCK. m. 22'nin gerekçesi için bkz. ERALP Tayyar Cem, Karşılaştırmalı, Açıklamalı, İhtihatlı ve Gerekçeli Yeni Türk Ceza Kanunu ile 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005, 39-40.

¹⁰⁸⁰ YAŞAR Osman/GÖKCAN Hasan Tahsin/ARTUÇ Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. II, Ankara 2010, 2830.

¹⁰⁸¹ Kaçınılmazlık, sosyal sigortalar uygulamasında, olayın meydana geldiği tarihte geçerli olan bilimsel ve teknik tüm önlemlere rağmen zararın meydana geldiği ve önlenemediği kavramları anlatan bir kavram olup; bu halin kabulünün koşulu vuku bulan olaya karşı koyulmazlık hali ve her türlü tedbirin alınmasına rağmen gerçekleşmesi önlenemeyen ve objektif bir kaçınılmazlık durumunun söz konusu olmasıdır. Umulmadık bir hal kaçınılmazlık olarak nitelenemeyecektir, Y9HD, 29.09.2009, E. 2009/7532, K. 2009/14793, TAŞKENT/SARIBAY ÖZTÜRK/MUTLAY, 322, 323.

¹⁰⁸² ÖZEN/TOZMAN, 224; MEMİŞOĞLU/ÇINAR, 48.

¹⁰⁸³ ÖZEN/TOZMAN, 222; MEMİŞOĞLU/ÇINAR, 54.

¹⁰⁸⁴ Y9HD., 08.12.1994, E. 13119, K. 17380, Çimento İşveren Dergisi, Mart 1995, 26.

¹⁰⁸⁵ AKIN Levent, İşverenin İşçiyi Gözetme Borcundan Doğan Hukuki Sorumluluğunda Uygun Nedensellik Bağı, Çimento İşveren Dergisi, Mart 2011, 35.

lan işi izleme amacıyla üzerine çıktığı iş makinasının hareketi sırasında yaralanmasında herhangi bir cezai sorumluluğa hükmetmemiştir¹⁰⁸⁶.

Diğer taraftan, öğretide iş kazasının işyerinde iş güvenliği mevzuatına aykırılık sonucunda meydana gelmesi halinde, bu mevzuata aykırı davranan işverenin sorumluluğunun işçinin ya da üçüncü kişilerin davranışları ile ortadan kalkmayacağı ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, işveren kuralların işçiler tarafından uygulanmasını sağlamakla yükümlü olup, bu görevini ifa ederken işçilerin eğitim düzeyi açısından en düşük seviyede olduğunu kabul etmesi gerekmektedir. İşveren iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine aykırı davranışları ile tedbir eksikliklerini kendine bağlı olarak çalışanların kusurlu davranışlarını bahane ederek örtbas etmemelidir. Zira işverenin iş sağlığı ve güvenliği kurallarının uygulanmasını sağlamak için disiplin cezası verme imkanı olduğu gibi, bu kurallara ısrarla aykırı davranan işçilerin sözleşmelerini de feshetme yetkisi bulunmaktadır¹⁰⁸⁷.

Farklı bir görüş ise işverenin iş güvenliğinin sağlanması açısından benzer işyerlerinde ve işkolunda tedbirli bir işverenin gösterdiği özeni yansıtan, öngörülebilir kazaları engelleyici nitelikte tedbirler alması durumunda, zararlı netice mağdurun kusuruna dayalı olarak gerçekleşmişse, işverenin cezai sorumluluğunun doğmaması gerektiği yönündedir. Bu görüşe göre iş kazasının oluşumunda mağdurun hukuka aykırı hareketi olmamasına rağmen, korku vb. sebeplerden ötürü hareketleri anormal bir nitelik arz edebilir. Bu durumda işverenin taksirinin belirlenmesinde iş kazasını öngörebilme imkanının olup olmadığı tespit edilmelidir. İlliyet bağının söz konusu anormal hareketlere rağmen keşilmemesi durumunda işverenin taksirinin mevcut olduğunun kabulü gerekecektir¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸⁶ YCGK., 21.10.1985, E.9-181, K. 541, MEMİŞOĞLU/ÇINAR, 55'de dn. 77.

¹⁰⁸⁷ ÖZEN/TOZMAN, 224.

¹⁰⁸⁸ MEMİŞOĞLU/ÇINAR, 55.

IV. Ceza Davası

Cezai sorumluluk, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına aykırı bir davranışın iş müfettişinin işyerini teftiş etmesi sonucunda ortaya çıkabileceği gibi, iş kazası ve meslek hastalığına bağlı olarak da ortaya çıkabilecektir. Türk Ceza Kanununda öngörülen yaptırımların uygulanması ise bir ölüm ya da yaralanma olayına bağlıdır. Bu çerçevede işyerinde bir yaralama veya ölüm olayının gerçekleşmemesi halinde, iş müfettişinin tespit ettiği mevzuata aykırılıklar için gerekli görülürse idari para cezası verilmesi mümkündür. Ancak çalışmamızın bu kısmında cezai sorumluluğun ceza davası yönünden incelemesi yapılacaktır. Zira idari para cezaları idari yaptırımlar başlığı altında incelenmiştir¹⁰⁸⁹.

İşlenen bir suç nedeniyle sadece suçtan zarar gören kişinin değil, aynı zamanda tüm toplumun mağduriyeti söz konusudur. Bu nedenle ceza davaları toplumun yani kamunun temsilcisi olarak Cumhuriyet Savcısı tarafından takip edilir ve “kamu davası” olarak adlandırılır¹⁰⁹⁰.

Ölüm veya yaralama olayının iş kazası neticesinde gerçekleşmesi halinde, işverenlerin iş kazasını, o yer yetkili kolluk kuvvetlerine derhal bildirmeleri gerekmektedir (SSGSSK. m. 13/2, a). İş kazası incelemesini yapan iş sağlığı ve güvenliği müfettişi, işveren veya işveren vekilinin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaması neticesinde kazanın meydana geldiği kanaatine varırsa, hazırlayacağı teftiş raporunda cezai kovuşturma talebinde bulunabilecektir. Raporu alan bölge çalışma müdürlüğü ise teftiş raporu doğrultusunda cezai kovuşturma talebini ilgili Cumhuriyet savcılığına iletir¹⁰⁹¹.

İşverenin iş kazasını yetkililere bildirmemesi halinde, Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başkaca şekilde kazayı öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya gerek olup olmadığını tespit için hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar. Maddi gerçeğin araştırılması ve adil

¹⁰⁸⁹ İdari para cezaları için bkz. 4. Bölüm, §4.

¹⁰⁹⁰ MÜNGEN, 21.

¹⁰⁹¹ SARI, 269.

bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adlî kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına alarak şüphelinin haklarını korur (CMK. m. 160).

Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hâllerinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verir. Bu karar, suçtan zarar gören ile önceden ifadesi alınmış veya sorguya çekilmiş şüpheliye bildirilir. Kararda itiraz hakkı, süresi ve mercii gösterilir. Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra yeni delil meydana çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmaz (CMK. m. 172).

Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler (CMK. m. 170/2). İddianamede; şüphelinin kimliği, müdafii, maktul, mağdur veya suçtan zarar görenin kimliği, mağdurun veya suçtan zarar görenin vekili veya kanunî temsilcisi, açıklanmasında sakınca bulunmaması halinde ihbarda bulunan kişinin kimliği, şikâyette bulunan kişinin kimliği, şikâyetin yapıldığı tarih, yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri, yüklenen suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi, suçun delilleri, şüphelinin tutuklu olup olmadığı; tutuklanmış ise gözaltına alma ve tutuklama tarihleri ile bunların süreleri gösterilir. Yüklenen suçu oluşturan olaylar, mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanır. İddianamenin sonuç kısmında, şüphelinin sadece aleyhine olan hususlar değil, lehine olan hususlar da ileri sürülerek, işlenen suç dolayısıyla ilgili kanunda öngörülen ceza ve güvenlik tedbirlerinden hangilerine hükmedilmesinin istendiği; suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, ilgili tüzel kişi hakkında uygulanabilecek olan güvenlik tedbiri açıkça belirtilir (CMK. m. 170/3-6).

Mahkeme tarafından, iddianamenin ve soruşturma evrakının verildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde soruşturma evresine ilişkin bütün belgeler incelendikten sonra, eksik veya hatalı noktalar belirtmek suretiyle; iddianamenin Cumhuriyet Başsavcılığına ia-

desine karar verilebilir. Ancak bu süre sonunda iade edilmeyen iddianame kabul edilmiş sayılır (CMK. m. 174/1,3). İddianamenin kabulüyle, kamu davası açılmış olur ve kovuşturma evresi başlar. Mahkeme, iddianamenin kabulünden sonra duruşma gününü belirler ve duruşmada hazır bulunması gereken kişileri çağırır (CMK. m. 175).

Ceza Muhakemesi Kanunu, ceza davalarında görevli mahkemenin kanunla belirleneceğini düzenlemiştir (CMK. m. 3). İş Kanununda iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini ihlal neticesi ortaya çıkan taksirle öldürme ve yaralama suçları için özel bir görev kuralı düzenlenmemiştir. Bu çerçevede görevli mahkemenin tespiti için genel hükümlere bakmak gerekmektedir.

Ceza mahkemelerinde görevli ve yetkili mahkeme, 5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanuna¹⁰⁹² göre belirlenmektedir. Söz konusu Kanuna göre kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adlî para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adlî para cezalarına ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması sulh ceza mahkemelerinin (5235 sK. m. 10); sulh ceza ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işler asliye ceza mahkemelerinin (5235 sK. m. 11); Türk Ceza Kanununda yer alan yağma, irtikâp, resmi belgede sahtecilik, nitelikli dolandırıcılık, hileli iflâs suçları ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işler ise ağır ceza mahkemelerinin görev alanındadır (5235 sK. m. 12).

Türk Ceza Kanunu, taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişinin, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağını (m. 85/I); taksirle bir insanın yaralanmasına neden olan kişinin ise üç aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılacağını (m. 89/I) düzenlemiştir. İş kazalarında, birden fazla ölüm veya bir

¹⁰⁹² RG. 07.10.2004, 25606.

ölüm ve bir ya da daha fazla yaralanma meydana gelmişse verilecek hapis cezasının üst sınırı 10 yılı aştığı için dava Ağır Ceza Mahkemesi'nde açılır. İş kazasında bir kişinin ölümü halinde istenen cezanın 10 yılı aşmaması koşuluyla, başka bir deyişle suçun TCK. m. 85/I'e girmesi halinde dava Asliye Ceza Mahkemesi'nde, bir kişinin taksirle yaralanması halinde ise Sulh Ceza Mahkemesi'nde, birden fazla kişinin yaralanması halinde ise asliye ceza mahkemesinde açılacaktır (TCK. m. 89/IV). Ceza davalarında yetkili mahkeme ise suçun işlendiği yer mahkemesidir (CMK. m. 12/1).

Mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar şikâyetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilirler (CMK. m. 237). Dolayısıyla iş kazası sonucu mağdur olanlar, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler, kovuşturma (yargılama) evresinin her aşamasında, hüküm verilinceye kadar şikâyetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilirler. Kovuşturma (yargılama) evresinde mahkeme, olaydaki kusur durumu hakkında kesin bir kanaate varınca, dava karara bağlanır¹⁰⁹³.

Temyiz istemi, hükmün açıklanmasından itibaren yedi gün içinde hükmü veren mahkemeye bir dilekçe verilmesi veya zabıt kâtibine bir beyanda bulunulması suretiyle yapılır. Beyan tutanağa geçirilir ve tutanak hâkime onaylattırılır (CMK. m. 291). Süresi içinde yapılan temyiz başvurusu, hükmün kesinleşmesini engeller (CMK. m. 293). Yargıtay, süresi içinde temyiz başvurusunda bulunulmadığını, hükmün temyiz edilemez olduğunu, temyiz edenin buna hakkı olmadığını ya da temyiz dilekçesinin temyiz sebeplerini içermediğini saptarsa, temyiz istemini reddeder (CMK. m. 298). Bölge adliye mahkemesinin temyiz olunan hükmünün Yargıtayca hukuka uygun bulunması hâlinde temyiz isteminin esastan reddine karar verilir. Yargıtay, temyiz edilen hükmü, temyiz başvurusunda gösterilen ve hükmü etkileyecek nitelikteki hukuka aykırılıklar nedeniyle bozarsa, bozma sebepleri ilâmda ayrı ayrı gösterilir (CMK. m. 302). Dosya mahkemeye geri

¹⁰⁹³ MÜNGEN, 23.

gönderilir ve yargılamanın, bozma gerekçeleri doğrultusunda yeniden yapılması istenir¹⁰⁹⁴.

V. Türk Ceza Kanunundaki İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Suçlar

1. Taksirle öldürme

İşveren veya vekilinin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almadığı için gerçekleşen iş kazası neticesinde işçinin ölümü halinde, taksirle öldürme fiili ortaya çıkmaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 85. maddesinde taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişinin, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağını düzenlemiştir (m. 85/I). Fiilin, birden fazla insanın ölümüne ya da bir veya birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olması halinde ise kişi iki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır (m. 85/II). Yine TCK. m. 53/6'ya göre, belli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkumiyet halinde, üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere, bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilebilir.

Türk Ceza Kanunu taksirle öldürme fiillerinde, birden fazla mağdurun olması halinde cezayı artırırken, bazı hallerde cezaları tümenden ya da kısmen kaldırmaktadır. Örneğin taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmeyecek; bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarından altıda bire kadar indirilebilecektir (TCK. m. 22/VI). Buna göre failin taksirli hareketiyle neden olduğu netice, hem bizatihi kendisi bakımından acı ve ıstırap doğurmalı hem de failin cezalandırılması, fail ve ailesi bakımından artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağduriyete yol açmalıdır¹⁰⁹⁵. Maddede öngörülen kişisel ve ailevi durum ile kastedilen faille mağdur veya mağdurlar arasındaki yakın akrabalık ilişkileri-

¹⁰⁹⁴ Bu konuda detaylı bilgi için ayrıca bkz. CMK. m. 302-303-304.

¹⁰⁹⁵ YALVAÇ, 163.

dir¹⁰⁹⁶. Bazı durumlarda, kişilerin aynı aileden olup olmadıkları hususu, sadece akrabalık bağının derecesine göre değil, tüm diğer bilgi ve belgelerle birlikte çözümlenmeli, belli bir derecede akrabalık bağının bulunması ise her zaman bu fıkranın uygulanmasını gerektirecek bir karine olarak değerlendirilmemelidir. Haklarında ayrılık kararı bulunan karı-kocanın durumu veya aralarında husumet bulunan iki kardeşin durumu buna örnek olabilir¹⁰⁹⁷.

Söz konusu fıkra faile taksir halinde şahsi cezasızlık sebebi, bilinçli taksir halinde ise cezadan indirim nedeni sağlamıştır. Hakim suçlunun durumunu takdir ile ceza veremeyebilecektir. Hakim bu konuda karar verirken, suçlunun ekonomik durumunu, aile yükümlerini ve somut olayın koşullarını dikkate alacaktır. Hükmün uygulanmasında dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, fiilden dolayı münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu itibarıyla zararlı neticenin ortaya çıkması gerektiğidir. Bu netice ile bir başka netice de meydana gelmişse, bu fıkra uygulanamayacaktır¹⁰⁹⁸. Diğer bir deyişle, failin oğlu ile birlikte bir başka kişinin daha zarar görmesi ihtimalinde, bu hükmün uygulanması mümkün değildir.

Örneğine ülkemizde özellikle kırsal bölgelerde rastlandığı üzere, taksirli suçlarda failin meydana gelen netice itibarıyla bizzat kendisinin ve aile bireylerinin ağır derecede mağduriyete uğradıkları görülmektedir. Söz gelimi, köylü kadınların gündelik uğraşları ve hayat zorlukları itibarıyla sayısı çok kere üç dörtten fazlasına varan küçük çocuklarına gerekli dikkati ve itinaı gösterememeleri sonucu, çocukların yaralandıkları veya öldükleri görülmektedir. Bu gibi hallerde annenin taksirli suçtan dolayı kovuşturılmaya uğraması ve cezaya mahkum edilmesi, esasen suçtan dolayı evladını kaybetmesi sonucu

¹⁰⁹⁶ GÜNDEL Ahmet, 5237 sayılı TCK'da Kasten ve Taksirle Öldürme-Yaralama ve İşkence Suçları, Ankara, 2009, 170.

¹⁰⁹⁷ YALVAÇ, 164.

¹⁰⁹⁸ AKIN, Cezai Sorumluluk, 217.

uğradığı azabı şiddetlendirmekle kalmamakla, ayrıca ailenin tümüyle ağır derece mağduriyete düşmesine neden olmaktadır¹⁰⁹⁹.

Yargıtay da ölenin sanığın torunu olması¹¹⁰⁰, sanığın eşi olması¹¹⁰¹, sanığın annesi olması¹¹⁰² halinde bu maddenin uygulanması gerektiğine hükmederken, ölenin sanığın eniştesi olması¹¹⁰³ halinde bu hükmün uygulanamayacağına karar vermiştir. Hüküm, iş kazaları bakımından önem arz etmektedir. Zira işveren, işveren vekili ve bir başka işçinin, sebep olduğu iş kazasında bir yakınının ölmesi mümkündür. Buna ilişkin olarak eğer işveren baba ise ve sebep olduğu iş kazası sonucu yanında işçi pozisyonunda çalışan oğlunun ölümüne neden olmuşsa, işveren baba için ceza söz konusu olmayacaktır. Fakat aynı durum bilinçli taksirden kaynaklanmışsa, cezası yarıdan altıda bire kadar indirilebilecektir¹¹⁰⁴.

Türk Ceza Kanunu, taksirle ölüme neden olma dışında eski ceza kanununda olmayan bir düzenleme getirmiştir (TCK. m. 83). Kasten öldürmenin bir alt derecesi niteliğindeki hüküm, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi olarak ifade edilebilir. Söz konusu 83. maddeye göre “*Kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirme-
mesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neti-
cenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması
gerekmektedir. İhmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için, kişinin; a)
Belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşme-
den kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması b) Önceden gerçekleştirdiği davranı-
şın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması gerekmektedir.
Belli bir yükümlülüğün ihmali ile ölüme neden olan kişi hakkında, temel ceza olarak,
ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet*

¹⁰⁹⁹ TCK. m. 22/6'nın gerekçesi, ERALP, 40-41.

¹¹⁰⁰ Yarg. 9. CD. 05.07.2007, 9433/5934, GÜNDEL, 216.

¹¹⁰¹ Yarg. 9. CD. 01.11.2007, 2346/7819, GÜNDEL, 206.

¹¹⁰² Yarg. 9. CD. 07.11.2007, 2854/7977, GÜNDEL, 205.

¹¹⁰³ Yarg. 9. CD. 30.05.2007, 677/4851, GÜNDEL, 221.

¹¹⁰⁴ AKIN, İş Sağlığı, 125; aynı yazar, Cezai Sorumluluk, 216; OĞUZ, 138.

hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar, diğer hallerde ise on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunabileceği gibi, cezada indirim de yapılmayabilir”.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 4. maddesi (İşK. mülga m.77), işverene belli bir icrai davranışta bulunma, başka bir deyişle iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma ile alındığını denetleme yükümlülüğü getirmektedir. TCK'nın 83. maddesinin bu hükümle birlikte değerlendirilmesi neticesinde işveren kendine düşen önlemleri alma yükümünü icra etmediği takdirde, bu ihmalin ölüme neden olması halinde, taksirli ölüme sebep olma değil, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlendiği değerlendirilmesinin yapılabilmesi mümkün gözükmemektedir. Oysa TCK. m. 83 kasten öldürme suçunu düzenlemekte olup, bu hüküm ile getirilmiş olan husus, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesinin icrai davranışla işlenmesinden ayrılarak, faile verilecek cezanın birinde diğerine göre daha az olmasıdır. Özetle kaza kavramının, kast kavramıyla bağdaşmaması sebebiyle, TCK. m. 83'ün iş kazaları ve meslek hastalıklarında uygulanabilmesi mümkün değildir. TCK. m. 83 ile düzenlenen suç, failin bilerek ve isteyerek yapması gereken hareketi yapmaması neticesinde ölüme sebep olmaktadır¹¹⁰⁵.

Diğer taraftan 83. maddede yer alan “...Önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması...” hükmünün teorik de olsa bir noktada iş kazalarında uygulanmasının mümkün olduğu ifade edilebilir. İşçi işveren ilişkisinde gerçekleşme ihtimali çok az da olsa, işverenin iş kazası geçiren işçiyi tedavi için derhal sağlık kuruluşuna götürmeyerek ölüme sebep olması, TCK çerçevesinde ihmali davranışla kasten öldürme olarak nitelenebilecektir¹¹⁰⁶.

2. Taksirle yaralama

İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması halinde gerçekleşebilecek bir diğer suç, taksirle yaralamadır.

¹¹⁰⁵ AKIN, İş Sağlığı, 132

¹¹⁰⁶ AKIN, İş Sağlığı, 132.

Türk Ceza Kanununun 89. maddesine göre taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır (m. 89/I). Taksirle yaralama fiili, mağdurun; duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına, vücudunda kemik kırılmasına, konuşmasında sürekli zorluğa, yüzünde sabit ize, yaşamını tehlikeye sokan bir duruma, gebe bir kadının çocuğunun vaktinden önce doğmasına neden olmuşsa, birinci fıkraya göre belirlenen ceza, yarısı oranında artırılabilecektir (m. 89/II).

Kanun koyucu yaralama neticesinde mağdurun vücudunda kemik kırılması ile yaşamını tehlikeye sokan bir durumun gerçekleşmesini aynı kategoride saymıştır. Her ne kadar kanunun bu hükümlerle ulaşmak istemediği amacın yerinde görülmesi mümkünse de, konu iş kazası olduğunda durum daha farklı olacaktır. Zira, işyerinde gerçekleşen ve işçinin vücudunda küçük bir kemik kırığına sebep olan fiil ile işçinin yaşamının tehlikeye girmesine sebep olan fiilin aynı kapsamda değerlendirilmesi isabetli görülmez¹¹⁰⁷.

Taksirle yaralama fiili, mağdurun; iyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine, duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine, konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına, yüzünün sürekli değişikliğine, gebe bir kadının çocuğunun düşmesine neden olmuşsa, birinci fıkraya göre belirlenen ceza, bir kat artırılabilecektir (m. 89/III). Fiilin birden fazla kişinin yaralanmasına neden olması halinde ise altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur (m. 89/IV).

Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunu düzenleyen 83. madde gibi, kasten yaralamanın da ihmali davranışla işlenmesi, icrai davranışla kasten yaralamadan ayrı bir maddede (m. 88) düzenlenmiştir. Öğretide bir işverenin işçisini kasten öldürmesi gibi kasten yaralama ihtimalinin de olmadığı, bu sebeple yaralamalarda da işverenler açısından ortaya çıkabilecek azami kusurun bilinçli taksir düzeyinde olacağı ifade edil-

¹¹⁰⁷ AKIN, İş Sağlığı, 136.

miştir¹¹⁰⁸. Her ne kadar bir işverenin işçisini kasten öldürmesi veya kasten yaralaması çok nadir de gerçekleşse, uygulamada bu gibi durumlarla karşılaşmak mümkündür. Bu sebeple işverenler açısından ortaya çıkabilecek azami kusurun bilinçli taksir düzeyinde kalmaması, olası kastın da söz konusu olması mümkündür. Elbette, işveren veya vekilinin işçisini kasten yaraladığının tespit edilmesi halinde, fail kasten yaralama suçu ile yargılanacaktır.

3. İş sağlığı ve güvenliği konusundaki diğer suçlar

Türk Ceza Kanunu hükümleri incelendiğinde taksirle yaralama ve taksirle öldürme dışında bazı hükümlerin daha iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinin ihlali neticesinde ortaya çıktığı tespit edilmektedir. Bu hükümlerin başlıcalarına aşağıda kısaca yer verilmiştir¹¹⁰⁹.

Kanun koyucu, işverenin tehlikeli maddeleri izinsiz olarak bulundurması veya el değiştirmesini yasaklamış olup, buna aykırı hareketi cezalandırmıştır. TCK. m. 174'e göre *“Yetkili makamlardan gerekli izni almaksızın, patlayıcı, yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeyi imal, ithal veya ihraç eden, ülke içinde bir yerden diğer bir yere nakleden, muhafaza eden, satan, satın alan veya işleyen kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Yetkili makamların izni olmaksızın, bu fıkra kapsamına giren maddelerin imalinde, işlenmesinde veya kullanılmasında gerekli olan malzeme ve teçhizatı ihraç eden kişi de aynı ceza ile cezalandırılır. Bu fiillerin suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. Önemsiz tür ve miktarda patlayıcı maddeyi satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında, kullanılış amacı gözetilerek, bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur”*.

¹¹⁰⁸ AKIN, İş Sağlığı, 135-136; aynı yazar, Cezaî Sorumluluk, 223-224.

¹¹⁰⁹ TCK m. 181, 182, 185, 186'da düzenlenmiş olan suç ve cezaların da iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinin ihlali neticesinde ortaya çıkabileceği belirtilmelidir.

“İnşaat veya yıkımla ilgili emniyet kurallarına uymama” başlıklı 176. madde ise “İnşaat veya yıkım faaliyeti sırasında, insan hayatı veya beden bütünlüğü açısından gerekli olan tedbirleri almayan kişinin, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacağını”; “İşaret ve engel koymama” başlıklı 178. madde, “Herkesin gelip geçtiği yerlerde yapılmakta olan işlerden veya bırakılan eşyadan doğan tehlikeyi önlemek için gerekli işaret veya engelleri koymayan, konulmuş olan işaret veya engelleri kaldıran ya da bunların yerini değiştiren kişinin, iki aydan altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacağını” belirtmiştir.

Çevreye karşı suçlar üst başlığı altında yer alan ve “Gürültüye neden olma” başlıklı 183. madde “İlgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklere aykırı olarak, başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli bir şekilde gürültüye neden olan kişinin iki aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacağını” düzenleyerek, işverenin gürültüye neden olmak suretiyle iş sağlığı ve güvenliğine zarar vermesi yaptırımı bağlanmıştır.

“İmar kirliliğine neden olma” başlıklı 184. maddeye göre ise “Yapı ruhsatı alınmadan veya ruhsata aykırı olarak bina yapan veya yaptıran kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Yapı ruhsatı olmadan başlatılan inşaatlar dolayısıyla kurulan şantiyelere elektrik, su veya telefon bağlantısı yapılmasına müsaade eden kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır. Yapı kullanma izni alınmamış binalarda herhangi bir sınıai faaliyetin icrasına müsaade eden kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Üçüncü fıkra hariç, bu madde hükümleri ancak belediye sınırları içinde veya özel imar rejimine tabi yerlerde uygulanır. Kişinin, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak yaptığı veya yaptırdığı binayı imar planına ve ruhsatına uygun hale getirmesi halinde, bir ve ikinci fıkra hükümleri gereğince kamu davası açılmaz, açılmış olan kamu davası düşer, mahkum olunan ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar. İkinci ve üçüncü fıkra hükümleri, 12 Ekim 2004 tarihinden önce yapılmış yapılarla ilgili olarak uygulanmaz”.

VI. Hakimin Takdir Hakkı ve Cezanın Belirlenmesi

Kanun koyucu hem taksirle ölüme sebep olma hem de yaralama suçlarında ceza miktarının alt ve üst sınırlarını belirlemek suretiyle hakime takdir hakkı tanımıştır. Ancak bunu yaparken söz konusu takdir hakkının hangi kriterlere bakılarak belirleneceğini de düzenlemiştir. Hükme göre hakim, somut olayda; suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, failin güttüğü amaç ve saiki göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirleyecektir (TCK. m. 61/I)¹¹¹⁰.

İş kazaları sonucu açılan ceza davalarında kusurun belirlenmesi sırasında kazanın meydana geldiği işyerinin niteliği ve ilgili iş mevzuatı dikkate alınır. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun yanı sıra bu kanunla ilgili yönetmelikler, kazanın meydana geldiği iş koluna ilişkin yönerge, tebliğ, genelge vs gözetilerek sorumluluk ve kusur durumu belirlenmelidir. Kazanın olduğu yer, kaza sırasında yapılan iş, işyerinde alınması gereken önlemlerin neler olduğu, işçilere dağıtılması gereken koruyucu giysi vb. olup olmadığı, işyerine asılması gereken levha, yazı bulunup bulunmadığı, makinelerin kullanılması için varsa gerekli araç ve gereçlerin dağıtılıp dağıtılmadığı, makinelerin kullanılması için gerekli eğitimin verilip verilmediği, makineyi kullanan işçinin buna ehil olup olmadığı, ölen yahut yaralanan işçiye o işi yapması için talimat verilip verilmediği ve işçinin alınan önlemlere uyup uymadığı gibi hususlar araştırılarak sonuca varılmalıdır¹¹¹¹.

Suçun olası kastla ya da bilinçli taksirle işlenmesi nedeniyle, birinci fıkra hükmüne göre belirlenen ceza üzerinden indirim veya artırım yapılacaktır (TCK. m. 61/II). Böylece kanun koyucu TCK. m. 61/IV'de belirlenen artırma ve eksiltme kuralından aynı kanunun 61/II. maddesiyle ayrılmış ve suçun olası kastla veya bilinçli taksirle işlenmesi ha-

¹¹¹⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, C.II, 2048-2052.

¹¹¹¹ BAKICI Sedat, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri, C. 4, Ankara, 2010, 32-33.

linde, ağırlaştırıcı sebepler uygulanmadan önce, temel ceza üzerinden TCK'nın 21/II. maddesindeki indirim ve 22/III. maddesindeki artırımı yapılacağını öngörmüştür. Daha açık bir deyişle, TCK'nın 21/II ve 22/III maddeleri temel ceza belirlendikten sonra uygulanacak maddeler olup, geriye kalan tüm artırım ve indirim nedenleri, bu maddeler uygulandıktan sonra elde edilen ceza üzerinden tatbik edilecektir¹¹¹².

Birinci fıkrada belirtilen hususların suçun unsurunu oluşturduğu hallerde, bunlar temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulmayacaktır (TCK. m. 61/III). Bir suçun temel şekline nazaran daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hallerin gerçekleşmesi durumunda; temel cezada önce artırma sonra indirme yapılacaktır (TCK. m. 61/IV). Yukarıdaki fıkralara göre belirlenen ceza üzerinden sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenecektir (TCK. m. 61/V). Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilecek, fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine yirmibeş yıl hapis cezası verilebilecek, diğer cezalar ise altıda birine kadar indirilebilecektir (TCK. m. 62).

VII. Cezanın Tekerrürü

Türk Ceza Kanununa göre önceden işlenen suçtan dolayı verilen hüküm kesinleştikten sonra yeni bir suçun işlenmesi halinde, tekerrür hükümleri uygulanacak olup, bunun için cezanın infaz edilmiş olması gerekmemektedir (m. 58/I). Bu çerçevede tekerrür hükümlerinin uygulanması için gereken ön şart, failin önceden işlemiş olduğu bir suçtan dolayı "mahkum" edilmiş olmasıdır. Burada aranan mahkumiyet bir ceza mahkumiyetidir¹¹¹³. Önceki mahkumiyetin hapis cezası olması ile adli para cezası olması arasında fark bu-

¹¹¹² YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, C.II, 2052.

¹¹¹³ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, C. II, 1946.

lunmayıp, her iki mahkumiyet de tekerrüre esas alınacaktır¹¹¹⁴. İdari para cezaları ve güvenlik tedbirleri ile ilgili kararlar ceza mahkumiyeti dışındaki mahkumiyetler olup, bunlar tekerrüre esas kabul edilmemektedir¹¹¹⁵. Genel af halinde, kamu davası düşerek, hükümlenen cezalar bütün sonuçlarıyla ortadan kalktığından (TCK. m. 65/I), genel affa uğramış bir mahkumiyet, tekerrüre esas olmamaktadır¹¹¹⁶. Özel af durumunda ise mahkumiyet ortadan kalkmamakta, ceza tamamen affedilse bile sonuçları sürmektedir. Dolayısıyla özel affa uğramış bir mahkumiyetin tekerrüre esas olduğu belirtilmelidir¹¹¹⁷. Aynı şekilde önceki mahkumiyetin verildiği eylemin suç olmaktan çıkarılması durumunda, mahkumiyet hükmü tüm sonuçlarıyla ortadan kalkmakta olup, bu durumda mahkumiyet şartı gerçekleşmediğinden, bu suçtan dolayı verilen mahkumiyet tekerrüre esas teşkil edecektir¹¹¹⁸.

Tekerrür hükümlerinin uygulanması için gereken diğer şart, mahkumiyetin tekerrüre esas olmayan mahkumiyetler içinde yer almamasıdır. TCK. m. 58/IV, sınırlı sayıda olmak üzere tekerrüre esas olmayan mahkumiyetleri saymış olup, bunların genişletilmesi mümkün değildir¹¹¹⁹. Özetle yabancı ülke mahkemelerinden verilen hükümler, küçükler hakkındaki mahkumiyetler, temyizi kabil olmayan kararlar tekerrüre esas alınmayacak, kasıtlı suçlarla taksirli suçlar sadece kendi aralarında tekerrüre esas tutulabilecek ve sırf askeri suçlarla askeri olmayan suçlar arasında tekerrür hükümleri uygulanmayacaktır¹¹²⁰.

Tekerrürün uygulanabilmesi, kanunda belirlenen süreler içinde ikinci suçun işlenmesine bağlıdır. Yeni bir suç işlenmeden tekerrürden söz etme olanağı yoktur. Şöyle ki, tekerrür hükümleri, önceden işlenen suçtan dolayı beş yıldan fazla süreyle hapis cezasına mahkûmiyet halinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren beş yıl, beş yıl veya da-

¹¹¹⁴ ÖZGENÇ İzzet, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Eylül 2006, 630.

¹¹¹⁵ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, 2011, 943.

¹¹¹⁶ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, C. II, 1948.

¹¹¹⁷ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, C. II, 1948.

¹¹¹⁸ Tekerrüre esas olacak ve olmayacak özel durumlar hakkında bilgi için bkz. YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, C. II, 1948-1952.

¹¹¹⁹ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, C. II, 1953.

¹¹²⁰ Bu konuda hakkında detaylı bilgi için bkz. YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, C. II, 1953-1958.

ha az süreli hapis ya da adlî para cezasına mahkûmiyet halinde ise bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren üç yıl geçtikten sonra işlenen suçlar dolayısıyla uygulanamayacaktır (m. 58/II).

Tekerrür halinde, sonraki suça ilişkin kanun maddesinde seçimlik olarak hapis cezası ile adlî para cezası öngörülmüşse, hapis cezasına hükmolunacaktır (m. 58/III). Artık burada hakime tanınan takdir yetkisi kaldırılmış ve hapis cezasını seçme zorunluluğu getirilmiştir.

Tekerrür halinde hükmolunan ceza, mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilecek ve mükerrir hakkında cezanın infazından sonra denetimli serbestlik uygulanacaktır (m. 58/VI)¹¹²¹.

VIII. Şikayet ve Şikayetten Vazgeçme

Kanun koyucu, bazı suçların kovuşturulmasını mağdurun şikayetine bağlamışken, bazı suçlar mağdurun şikayeti olmasa dahi kovuşturulmaktadır. Kural olarak ceza kanunlarında düzenlenen suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı değildir. Ancak bazı hafif ve kanun koyucu tarafından resen takibinin toplum açısından bir yararı olmadığı düşünülen suçlarda, kanun açıkça bu suçun takibini suçtan zarar görenin başvurusuna bağlamıştır. Bu suçlarda ilgili suçtan zarar gören kişi tarafından başvurulmadığı sürece, soruşturmaya ve kovuşturmaya devam edilememektedir¹¹²². Bir suçun şikayete bağlı olabilmesi için kanunda, açıkça bu suçun soruşturulmasının ve kovuşturulmasının şikayete tabi olduğunun yazılı olması gerekmektedir¹¹²³.

¹¹²¹ Denetimli serbestlik kurumu, suça uygulanan yaptırım veya tedbirin ceza infaz kurumu dışında, yani toplumun içinde yerine getirilmesi ile ilgili bir kavramdır. “Denetimli serbestlik”, hükmün ertelenmesi, suçluluk tespitine rağmen ceza tayin edilmemesi, ceza tayininin ertelenmesi veya Kıta Avrupası’nda uygulandığı şekliyle cezanın infazının ertelenmesi olarak ifade edilmiştir. Ülkemizde ilk kez oluşturulan bu Kurum, 5402 Sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu ile yasal bir zemine oturtulmuştur, <http://www.abchukuk.com/cezahukuku/denetimli-serbestlik.html> (07.08.2012).

¹¹²² YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, C. II, 2324-2325.

¹¹²³ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, C. II, 2329 dn. 747.

Kanun koyucu taksirle yaralama suçunun soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyete bağlı olduğunu düzenlemiştir. Ancak, birinci fıkra kapsamına giren yaralama hariç, suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde şikâyet aranmaz (m. 89/V). Bu çerçevede hafif yaralama hallerinde eylem bilinçli taksir ile de gerçekleşse kovuşturmanın başlaması için yaralanan kişinin şikayet etmesi gerekmektedir¹¹²⁴. Taksirle öldürme suçu ise şikâyete tabi değildir (TCK. m. 89).

Taksirle yaralama suçunun basit halinin, başka bir deyişle 1. fıkraya göre yaralamanın söz konusu olması halinde şikayet şartının aranması doktrinde eleştirilmiştir. Bu gibi durumlarda işverene ekonomik ve kişisel bağımlılığı bulunan işçinin şikayet yoluna başvurmasını beklemenin gerçekçi olmadığı; bu sebeple suçun basit halinin bilinçli taksirle işlenmesi halinde şikayet şartının aranmaması gerektiği haklı olarak ifade edilmiştir¹¹²⁵. Gerçekten de işçinin işverenin taksiri sebebiyle yaralandığı iş kazalarında soruşturmanın şikâyete tabi olmadığı düzenlenmesi gerekmektedir¹¹²⁶.

Şikayet hakkı, zamanaşımı süresini geçmemek koşuluyla, bu hakka sahip olan kişinin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden itibaren altı ay içinde kullanılmalıdır (TCK. m. 73/I, II). Şikayet hakkı olan kimse ile kastedilen, suçtan doğrudan doğruya zarar gören kimsedir. Suç tanımının koruduğu hak ve menfaatin sahibi olan kimse birden fazla ise bunlardan her birinin ayrı ayrı ve birlikte şikayet hakları vardır. Bu durumda mağdur veya suçtan zarar görenlerden birisinin şikâyette bulunması, soruşturma ve kovuşturma yapılması için yeterlidir¹¹²⁷. Diğer taraftan şikayet hakkı olan kimsenin yalnızca fiili veya yalnızca faili öğrenmiş olması, şikayet süresinin işleme için yeterli olmayıp, her ikisinin birlikte öğrenilmesi gerekmektedir. Burada kanun ko-

¹¹²⁴ AKIN, Cezai Sorumluluk, 222; OĞUZ, 139.

¹¹²⁵ ÖZEN/TOZMAN, 233.

¹¹²⁶ MEMİŞOĞLU/ÇINAR, 65.

¹¹²⁷ ÖZGENÇ, 517.

yucu suçtan zarar görenin yararına bir hüküm sevk ederek, sürenin başlaması için fiilin ve failin öğrenilmesini gerekli görmüştür¹¹²⁸.

Ceza Muhakemeleri Kanununun (CMK'nın) 158. maddesine göre şikayet, Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılabilir (CMK. m. 158/1, 4).

Şikayet hakkı olan birkaç kişiden birisinin altı aylık süreyi geçirmesi halinde, bundan dolayı diğerlerinin hakları düşmemektedir (TCK. m. 73/III). Ancak kovuşturma yapılabilmesi şikayete bağlı olan bu suçlarda kanunda aksi yazılı olmadıkça suçtan zarar gören kişinin vazgeçmesi davayı düşürmekte ve hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme cezanın infazına engel olmamaktadır (TCK. m. 73/IV)¹¹²⁹. İştirak halinde suç işlemiş sanıklardan biri hakkındaki şikayetten vazgeçme, diğerlerini de kapsamakta; ancak Kanunda aksi yazılı olmadıkça, vazgeçme onu kabul etmeyen sanığı etkilememektedir (TCK. m. 73/V, VI).

Kamu davasının düşmesi, suçtan zarar gören kişinin şikayetten vazgeçmiş olmasından ileri gelmiş ve kişi şikayetten vazgeçtiği sırada şahsi haklarından da vazgeçtiğini ayrıca açıklamış ise artık hukuk mahkemesinde de dava açması mümkün değildir (TCK. m. 73/VII). Bu nedenle ceza davası vazgeçme ile düşmüş ve şahsi haklarından da vazgeçildiği belirtilmiş ise artık işçinin ölmesi halinde yakınları zararlarına karşılık tazminat davası açamazlar¹¹³⁰.

¹¹²⁸ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, C. II, 2335.

¹¹²⁹ Şikayetten vazgeçme hakkında bilgi için bkz. YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, C. II, 2342-2353.

¹¹³⁰ SEYHAN, <http://www.yaklaşım.com/mevzuat/dergi/makaleler/20090614621.htm>.

IX. İşverenin Alacağı Cezanın Mahiyetini Etkileyen Ceza Usul Hukuku Müesseseleri

1. Uzlaşma

Ceza Hukukunda bulunan ve iş kazası neticesi yaralama (taksirle yaralama) suçlarında uygulanabilecek bir diğer imkan uzlaşmadır (CMK. m 253/I). Taksirle öldürme fiili ise uzlaşma kapsamında bulunan suçlar arasında sayılmadığından uzlaşmaya tabi değildir. Uzlaşma ile amaçlanan, şüpheli ile mağdurun veya suçtan zarar görenin uzlaştırılması ve kamu davasının açılmamasıdır¹¹³¹.

Cumhuriyet savcısı önce delilleri toplamalıdır. Yaralamalı bir iş kazasının varlığı halinde, savcı eğer işverenin sorumluluğunun bulunduğu kanaatine varırsa, iddianame düzenlemeden önce tarafları çağırıp uzlaşma teklifinde bulunmalıdır. Dolayısıyla uzlaşma teklifinin delillerin toplanmasından sonra, ancak iddianamenin düzenlenmesinden önce yapılması gerekmektedir. Savcının delilleri değerlendirmesi neticesinde işverenin sorumluluğunun olmadığı kanaatine varması halinde, uzlaşma teklifi yerine takipsizlik kararı vermesi gerekmektedir¹¹³².

Koşulların oluşması halinde, cumhuriyet savcısı veya talimatı üzerine adlî kolluk görevlisi, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunur. Şüphelinin, mağdurun veya suçtan zarar görenin reşit olmaması halinde, uzlaşma teklifi kanunî temsilcilerine yapılır. Cumhuriyet savcısı uzlaşma teklifini açıklamalı tebligat veya istinabe yoluyla da yapabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar gören, kendisine uzlaşma teklifinde bulunulduktan itibaren üç gün içinde kararını bildirmediği takdirde, teklifi reddetmiş sayılır (CMK. m. 253/4).

Şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görenin uzlaşma teklifini kabul etmesi halinde, Cumhuriyet savcısı uzlaştırmayı kendisi gerçekleştirebileceği gibi, uzlaştırmacı olarak

¹¹³¹ MÜNGEN, 22.

¹¹³² MEMİŞOĞLU/ÇINAR, 57.

avukat görevlendirilmesini barodan isteyebilir veya hukuk öğrenimi görmüş kişiler arasından uzlaştırmacı görevlendirebilir (CMK. m. 253/9).

Görevlendirilen uzlaştırmacıya soruşturma dosyasında yer alan ve Cumhuriyet savcısınca uygun görülen belgelerin birer örneği verilir. Cumhuriyet savcısı uzlaştırmacıya, soruşturmanın gizliliği ilkesine uygun davranmakla yükümlü olduğunu hatırlatır (m. 253/11). Uzlaştırmacı, dosya içindeki belgelerin birer örneği kendisine verildikten itibaren en geç otuz gün içinde uzlaştırma işlemlerini sonuçlandırır. Cumhuriyet savcısı bu süreyi en çok yirmi gün daha uzatabilir (CMK. m. 253/11).

Uzlaşma müzakereleri sonunda uzlaştırmacı, bir rapor hazırlayarak kendisine verilen belge örnekleriyle birlikte raporu Cumhuriyet savcısına verir. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde, tarafların imzalarını da içeren raporda, ne suretle uzlaşıldığı ayrıntılı olarak açıklanır (CMK. m. 253/15).

Uzlaşma sonucunda şüphelinin edimini def'aten yerine getirmesi halinde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde, 171 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararından sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, 171 inci maddenin dördüncü fıkrasındaki şart aranmaksızın, kamu davası açılır. Uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır (CMK. m. 253/19).

İş kazası neticesinde uzlaşma görüşmeleri yapıldığında, taraflar taksirle yaralamadan kaynaklanan maddi ve manevi zararın tazmini, yaralanan işçinin haklarına halef olan üçüncü kişi ya da kişilerin maddi veya manevi zararlarının tazmin edilmesi, işverenin bir kamu kurumu veya kamu yararına hizmet veren özel bir kuruluş ile yardıma muhtaç

kişi ya da kişilere bağış yapmak gibi edimlerde bulunması ve mağdur işçiden özür dilenmesi gibi konuların tamamı ya da biri veya birkaçı ile ilgili olarak uzlaşma sağlamaları mümkündür¹¹³³.

Zaman zaman uzlaşma belgesinde işverenin maddi veya manevi zararı tam olarak tespit edilememekte ya da maddi tazminat ödemesinin kararlaştırılıp manevi tazminat ödemesinin kararlaştırılmadığı bir uzlaşma metni ile cumhuriyet savcısının karşılaşması mümkündür. Böyle bir durumda, öğretide savcılık tarafından bu muallak olan kısmın açıklatılmasının gerektiği, uzlaşma metninde ayrıca tazminat davası açma hakkının saklı tutularak metnin imzalanması halinde işçinin tazminat davası açabileceği, uzlaşma metninde sadece maddi tazminata ilişkin hükümlerin bulunmasına karşın, manevi tazminatın belirlenmemiş olması halinde dahi, açıkça feragat edilmemiş ise işçinin hukuk mahkemesinde işverene karşı ayrıca manevi tazminat davası açmasının mümkün olduğu haklı olarak ifade edilmiştir¹¹³⁴.

Birden çok işverenin sebep olduğu taksirle yaralama suçlarında taraflardan birinin uzlaşma teklifine olumsuz yanıt vermesi, diğerlerine uzlaşma teklifinde bulunulmasına engel değildir¹¹³⁵. Zira, aralarında iştirak ilişkisi olsun veya olmasın birden çok kişi tarafından işlenen suçlarda, ancak uzlaşan kişi uzlaşmadan yararlanacaktır (CMK. m. 255).

2. Önödeme

Önödeme kurumu, uyuşmazlığın klasik yargılama sistemi dışında çözümlenmesini amaçlayan alternatif çözüm yollarından biridir¹¹³⁶. Önödeme faile, belirli bir para cezası

¹¹³³ MEMİŞOĞLU/ÇINAR, 58.

¹¹³⁴ MEMİŞOĞLU/ÇINAR, 66.

¹¹³⁵ MEMİŞOĞLU/ÇINAR, 57.

¹¹³⁶ YAŞAR /GÖKCAN /ARTUÇ, C. II, 2395.

ödemek suretiyle hakkında kamu davası açılmasını önleme, açılmış olan kamu davasını düşürme olanağı tanımaktadır¹¹³⁷.

Suçun önödemeye tabi olması, suçun uzlaşmaya tabi olmaması ve yaptırımının önödeme kapsamında olmasına bağlıdır. Ayrıca bir suçun önödemeye tabi olması için o suçun cezasının yalnızca adli para cezasını veya kanun maddesinde öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı üç ayı geçmeyen hapis cezasını öngörmesi gerekmektedir (TCK. m. 75).

Kanunumuz, önödeme için cumhuriyet savcısı veya hakime takdir yetkisi tanımamış, uygulama zorunluluğu getirmiştir. Koşulları oluştuğunda şüpheli veya sanığa önödeme önerisinde bulunulması gerekmektedir¹¹³⁸. Oysa cumhuriyet savcısına bu konuda takdir hakkı tanınarak, savcının sanığın işlediği iddia olunan suçun niteliğini, topluma verdiği zarar veya doğurabileceği zararın ölçüsünü, suçun işleniş biçimini ve suçlunun davranışlarını göz önünde tutmak suretiyle bu konuda tercih yapması daha yerinde olurdu¹¹³⁹. Zira, uygulamada mahkemelerin yükünü hafifleterek davaları hızlandırmak, zaman ve gider kaybını önlemek gibi yararları bulunan önödeme kurumu, cezai yaptırımların esas etkinliğini sağlayan yargı organı önünde yargılanma ve mahkum olma gibi sonuçları barındırmamakta, işveren genellikle önemli sayılamayacak bir para cezası ile kurtularak takipsizlik kararı almaktadır¹¹⁴⁰.

İş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini ihlal sebebiyle söz konusu olan taksirle yaralama suçu, uzlaşmaya tabi suçlardan olup ön ödeme kapsamı dışındadır. Taksirle adam öldürme suçu ise yaptırımının önödeme kapsamında bulunmaması sebebiyle önödemeye müsait değildir. Zira taksirle adam öldürmenin cezası, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezasıdır (TCK. m. 85/I). Türk Ceza Kanununda yer alan diğer iş sağlığı ve

¹¹³⁷ SÜZEK, İş Güvenliği, 332.

¹¹³⁸ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, C. II, 2396.

¹¹³⁹ Bu konuda bkz. BIYIKLI Hasan, Sosyal Ceza Hukuku, Ankara 1983, 363-365.

¹¹⁴⁰ SÜZEK, İş Güvenliği, 335.

güvenliği ile ilgili hükümlere aykırılık halinde de fiile ilişkin cezanın önödeme kapsamında kalmaması sebebiyle, bu kurumun işletilmesi mümkün olmamaktadır.

3. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi

Cumhuriyet savcısının delilleri toplaması neticesinde, işveren açısından yeterli delilin bulunmaması halinde takipsizlik kararı vereceğini, yeterli delilin varlığı halinde ise suçun uzlaşmaya tabi bir suç olması halinde uzlaşma hükümlerini uygulayacağını yukarıda ifade etmiştik¹¹⁴¹. Uzlaşmanın koşullarının bulunmaması durumunda ise cumhuriyet savcısının koşulların varlığı ve takdirine bağlı olarak kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar vermesi mümkündür¹¹⁴².

Cumhuriyet savcısı, işveren tarafından işlenebilecek taksirle basit yaralama suçu gibi, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olup, üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlar için yeterli şüphenin varlığına rağmen, kamu davasının açılmasının beş yıl süreyle ertelenmesine karar verebilir. Suçtan zarar gören, bu karara 173 üncü madde hükümlerine göre itiraz edebilir (CMK. m. 171/2).

Kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebilmesi için, uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı kalmak üzere; şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkûm olmamış bulunması; yapılan soruşturmanın, kamu davası açılmasının ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatini vermesi; kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması; suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir (CMK. m. 171/3).

Kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin süre 5 yıldır (CMK. m. 171/2). Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde, kovuşturmaya yer olmadığına

¹¹⁴¹ 4. Bölüm, §13, IX, 1.

¹¹⁴² MEMİŞOĞLU/ÇINAR, 60.

karar verilecektir. Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmesi halinde ise kamu davası açılacaktır. Erteleme süresince zamanaşımı işlemeyecektir (CMK. m. 171/4). İşverenin erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlemesi halinde, işveren aleyhine basit taksirle yaralama suçu ile birlikte, işlediği diğer kasıtlı suçtan kamu davası açılacaktır.

4. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükümün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade etmektedir (CMK. m. 231/5). Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmektedir (CMK. m. 231/5). Dolayısıyla temel cezanın önemi bulunmamaktadır. Önemli olan artırım veya indirimler neticesinde belirlenecek cezanın 2 yıl veya daha az süreli olmasıdır¹¹⁴³. Bu çerçevede taksirle yaralamanın basit ve nitelikli halleri ile taksirle birden fazla işçinin yaralanması suçları ve taksirle öldürme suçlarında, işveren için hükümün açıklanmasının geri bırakılması mümkündür¹¹⁴⁴.

Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için; sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması; mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işleyeceği hususunda kanaate varılması; suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi gerekir. Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez (CMK. m. 231/6).

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulacaktır. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak; bir

¹¹⁴³ EREL Kemalettin, Yargıtay Kararları Işığında Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, İstanbul 2009, 334.

¹¹⁴⁴ MEMİŞOĞLU/ÇINAR, 61.

meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine, bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına, belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine karar verilebilir (CMK. m. 231/8).

Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilecektir (CMK. m. 231/10). Bu kurum soruşturma aşamasındaki kamu davasının açılmasının ertelenmesine benzetmekle birlikte, bu kovuşturma aşamasına öngörülen bir erteleme çeşididir¹¹⁴⁵.

Kişinin denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklayacaktır. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilecektir (CMK. m. 231/11).

Öğretide işçinin zararlarının tazmini şartına bağlanan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına rağmen, işverenin bu tazmin şartına uymaması sebebiyle hükmün sonradan açıklanması durumunda, açıklanan bu hapis cezasının erteleme, para cezası vs. hapis cezası alternatif tedbirlere çevrilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Zira, bu hallerde de korunmak istenen en önemli menfaat mağdurun uğradığı zararın giderilmesidir. İşverenin bu yükümlülüğü ifa etmemesi halinde, benzer uygulamalara

¹¹⁴⁵ MEMİŞOĞLU/ÇINAR, 61.

başvurulması işçi açısından bir yarar sağlamayacağı gibi cezai yaptırımların caydırıcılığının da ortadan kalkmasına sebep olacaktır¹¹⁴⁶.

X. Türk Ceza Kanunundaki Hapis Cezasına Alternatif Yaptırımlar

1. Cezanın paraya çevrilmesi ve diğer yaptırımlar

Kanun koyucu kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar başlıklı 50. maddesi ile bir yıl ve daha az süreli cezalar için için hapis cezasına seçenek olacak yaptırımlar uygulama imkanı getirmiştir. Buna göre kısa süreli hapis cezası, suçlunun (işverenin) kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre; adlî para cezasına, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine, en az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmeye, mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya, sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya, mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya çevrilebilir (m. 50/I). Buna karşın suç tanımında hapis cezası ile adlî para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde, hakim hapis cezasına hükmetmişse; bu cezanın artık adlî para cezasına çevrilmesi mümkün değildir (m. 50/II). Burada hakimin takdir yetkisi kısıtlanmıştır¹¹⁴⁷.

Hakimin takdir yetkisinin kısıtlandığı bir diğer durum TCK. m. 50/III'de düzenlenmiştir. Hükme göre daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla, mahkûm olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya

¹¹⁴⁶ MEMİŞOĞLU/ÇINAR, 66.

¹¹⁴⁷ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, C. II, 1447.

daha az süreli hapis cezasının, birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi gerekmektedir (m. 50/III).

Taksirli suçlardan dolayı hükümlenen hapis cezası uzun süreli de olsa; bu cezanın, diğer koşulların varlığı halinde, adli para cezasına çevrilmesi mümkündür. Ancak, bu hüküm, bilinçli taksir halinde uygulanmayacaktır (m. 50/IV). Dolayısıyla TCK. m. 89/4'e göre işverenin taksirli fiili ile birden fazla kişinin yaralanmasına sebep olması durumunda, bu hapis cezasının da TCK. m. 50 gereği hakim tarafından para cezasına çevrilme imkanı bulunmaktadır. Taksirle öldürme halinde de (TCK. m. 85/1) hapis cezası adli para cezasına çevrilebilecektir. Ancak elbette karar hakimin takdirine bağlıdır¹¹⁴⁸.

Hapsin para cezasına çevrileceği miktar, Türk Ceza Kanununun 52. maddesine göre belirlenecektir. Buna göre adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yediyüzotuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir (TCK. m. 52/I). En az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olan bir gün karşılığı adli para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önünde bulundurularak takdir edilir (TCK. m. 52/II).

Kısa süreli hapis cezasının paraya çevrilmesi durumunda, uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbirdir (m. 50/V). Bu sebeple anılan para cezasına artık tekerrür hükümleri uygulanamayacağı gibi, bu para cezasının ertelenmesi de mümkün değildir¹¹⁴⁹.

Hüküm kesinleştikten sonra Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde seçenek tedbirin gereklerinin yerine getirilmesine başlanmaması veya başlanıp da

¹¹⁴⁸ MEMİŞOĞLU/ÇINAR, 64.

¹¹⁴⁹ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, C. II, 1454.

devam edilmemesi halinde, hükmü veren mahkeme kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verecek ve bu karar derhal infaz edilecektir (m. 50/VI). Ancak hükmedilen seçenek tedbirin hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi durumunda, hükmü veren mahkemece tedbir değiştirilecektir (m. 50/VII).

Hakim, ekonomik ve şahsi hallerini göz önünde bulundurarak, kişiye adli para cezasını ödemesi için hükmün kesinleşme tarihinden itibaren bir yıldan fazla olmamak üzere mehil verebileceği gibi, bu cezanın belirli taksitler halinde ödenmesine de karar verebilir. Taksit süresi iki yılı geçemez ve taksit miktarı dörtten az olamaz. Kararda, taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi halinde geri kalan kısmın tamamının tahsil edileceği ve ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrileceği belirtilir (TCK. m. 52/IV).

Hüküm kesinleştikten sonra Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde işveren tarafından seçenek yaptırımın gereklerinin yerine getirilmesine başlanmaması veya başlanmasına rağmen devam ettirilmemesi halinde, hükmü veren mahkeme işveren aleyhine kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir. Hükmedilen seçenek tedbirin işverenin elinde olmayan nedenlerle yerine getirilmemesi halinde, hükmü veren mahkemenin tedbiri değiştirmesi mümkündür¹¹⁵⁰.

2. Hapis cezasının ertelenmesi

Ceza hukuku, belli şartların varlığı halinde suçluyu toplumdan koparmayarak, onu uyurma ve daha dikkatli şekilde toplumsal yaşamını sürdürmesini sağlama yolunu seçmektedir. Bu yol, cezanın ertelenmesi olarak karşımıza çıkmaktadır¹¹⁵¹.

İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır (TCK. m. 51/I). Hapis cezasının ertelenmesi için önemli olan süreler, kanunda belirtilen cezaların üst sınırı

¹¹⁵⁰ MEMİŞOĞLU/ÇINAR, 64.

¹¹⁵¹ AKIN, Cezai Sorumluluk, 227.

değil, hükmedilen cezanın 2 yıl veya daha az bir hapis cezasını gerektirmesidir¹¹⁵². Bu noktada dikkat edilmesi diğer husus, yalnızca hapis cezasının ertelenmesinin mümkün olduğudur. Doğrudan verilen adli para cezasının, TCK. m. 50 çerçevesinde hapisten çevrilen adli para cezalarının ve seçenek yaptırımlar ile birlikte tazminat kabilinden para cezalarının ertelenmesi mümkün değildir.

Kanun koyucu erteleme kararının verilebilmesi için failde bulunması zorunlu iki şart aramaktadır. Bunlar: kişinin; daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması ve suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşmasıdır (TCK. m. 51/I).

Erteleme kararının verilmesi için sanığın talepte bulunması gerekmediği gibi, mağdurun rızası da aranmamaktadır. Sanığın ertelemeyi kabul etmemesi gibi bir durum da söz konusu değildir¹¹⁵³. Erteleme kural olarak takdire bağlı olmasına rağmen, ilk hükümde ceza ertelenmiş ve karşı temyiz olmadan sanığın temyizi üzerine karar bozulmuşsa, mahkeme, ikinci hükmü de ertelemek zorundadır¹¹⁵⁴. Aksi halde sanığın kazanılmış hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Zira ceza yargılama usulü hukukunda, hükmün sadece sanık lehine temyiz edilmesi üzerine Yargıtay tarafından bozulması halinde, verilecek yeni hükmün eskisinde belirlenmiş olan cezadan daha ağır olması mümkün değildir¹¹⁵⁵.

Cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilir. Bu durumda, koşul gerçekleşinceye kadar cezanın infaz kurumunda çektirilmesine devam edilir. Koşulun yerine getirilmesi halinde, hakim kararıyla hükümlü infaz kurumundan derhal salıverilir (TCK. m. 51/II).

¹¹⁵² MEMİŞOĞLU/ÇINAR, 62.

¹¹⁵³ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, 780.

¹¹⁵⁴ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, C. II, 1572.

¹¹⁵⁵ CENTEL /ZAFER /ÇAKMAK, 669.

Kanun koyucu, ertelenen manevi zararın giderilmesi koşuluna bağlanıp bağlanmayacağına ilişkin bir açıklık getirmemiştir. Ancak 51. maddenin 2. fıkrasında yer alan “mağdurun... uğradığı zararın ... tazmin suretiyle giderilmesi” ifadesinin manevi zararların giderilmesini de kapsayan bir ifade olduğu belirtilmektedir¹¹⁵⁶. Dolayısıyla iş kazası sebebiyle yaralamaya sebep olan bir işverenin cezasının ertelenebilmesi, işçinin manevi zararının giderilmesine bağlanabilecektir¹¹⁵⁷. Bu da zararın karşılığı olmak üzere hakim tarafından takdir edileceği bir tazminatın işçiye ödenmesi şeklinde gerçekleşecektir.

Cezası ertelenen hükümlü hakkında, bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere, bir denetim süresi belirlenir. Bu sürenin alt sınırı, mahkûm olunan ceza süresinden az olamaz (m. 51/III). Denetim süresi içinde; bir meslek veya sanat sahibi olmayan hükümlünün, bu amaçla bir eğitim programına devam etmesine, bir meslek veya sanat sahibi hükümlünün, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına, onsekiz yaşından küçük olan hükümlülerin, bir meslek veya sanat edinmelerini sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmesine Mahkemece karar verilebilir (m. 51/IV). Mahkeme, denetim süresi içinde hükümlüye rehberlik edecek bir uzman kişiyi görevlendirebilir. Bu kişi, kötü alışkanlıklardan kurtulmasını ve sorumluluk bilinciyle iyi bir hayat sürmesini temin hususunda hükümlüye öğütte bulunur; eğitim gördüğü kurum yetkilileri veya nezdinde çalıştığı kişilerle görüşerek, istişarelere bulunur; hükümlünün davranışları, sosyal uyumu ve sorumluluk bilincindeki gelişme hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hakime verir. Ancak Mahkeme, hükümlünün kişiliğini ve sosyal durumunu göz önünde bulundurarak, denetim süresinin herhangi bir yükümlülük belirlemeden veya uzman kişi görevlendirmeden geçirilmesine de karar verebilir. Hükümlünün denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülüklerle, hakim tarafından uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi halinde; ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine karar verilir. Denetim süresi yükümlülüklerle uygun veya iyi halli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılır (m. 51/V, VI, VII, VIII).

¹¹⁵⁶ CENTEL/ZAFER/ÇAKMAK, 669.

¹¹⁵⁷ AKIN, İş Sağlığı, 141.

İş kazaları bakımından durum değerlendirildiğinde, işveren veya vekillerinin taksirle öldürme ya da yaralama suçunu işleyebilecekleri üzerinde durulmuştu. Fiilin, birden fazla insanın ölümüne ya da bir veya birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olması halinde ise, kişi iki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır (m. 85/II). Görüldüğü üzere, taksirle öldürme suçlarında en az iki yıl ceza verilmesi gerekmektedir. Erteleme ise kişinin işlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilmesi koşuluna bağlıdır. Aksi halde cezanın ertelenmesi mümkün olmayacaktır. Aynı şekilde, iş kazası sonucu birden fazla kişinin ölümü halinde ve/veya failin kusurunun bilinçli taksir ya da olası kast olarak değerlendirildiği durumlarda cezanın erteleme dışına çıkması söz konusu olacaktır. Ancak TCK. m 61 hükmü gereği ceza süresinin 2 yıl veya daha az süreli olarak belirlenmesi halinde de cezanın ertelenmesi mümkündür. Taksirli yaralama olarak değerlendirilen iş kazalarında ise ceza, kural olarak erteleme sınırları içindedir. Elbette failin bu durumda erteleme imkanından yararlanabilmesi, sadece cezanın alt sınırı koşuluna bağlı olmayıp, TCK. m. 51’de yer alan diğer ertelemeye ilişkin koşulların da varlığına bağlıdır¹¹⁵⁸.

§14. SONUÇ

İş sağlığı ve güvenliği, önceleri İş Kanununun içinde düzenlenmiş bir konu iken, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile birlikte bağımsız bir kanunu bulunan bir konu haline gelmiştir. Çalışmamız “iş sağlığı ve güvenliği” üst başlığının bugüne kadar pek incelenmemiş bir alt başlığı üzerine yoğunlaşmıştır. Bugüne kadar yapılan çalışmaların çoğu, iş sağlığı ve güvenliğinin tazmin boyutunu ele almıştır. Oysa iş sağlığı ve güvenliğinde önleme ve tazmin unsurları bir bütün olmakla birlikte, konu insan yaşamı olduğundan, tazminden ziyade tehlikeyi önlemek esas olmalıdır.

¹¹⁵⁸ AKIN, İş Sağlığı, 142.

Çalışmamızda iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine aykırılığın sonuçları incelenmiştir. İş sağlığı ve güvenliği yükümlülükleri işverenler tarafından olduğu kadar işçiler tarafından da ihlal edilebilir. Bu sebeple öncelikle işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini ihlal etmeleri halinde işçilerin, ardından da işçilerin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini ihlal etmeleri halinde işverenlerin hakları üzerinde durulmuştur.

İşverenlerin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini ihlali halinde işçilerin elinde dört imkan bulunmaktadır. Bunlardan birincisi iş sağlığı ve güvenliğinin tehlike altında olduğunu düşünen işçinin çalışmaktan kaçınmasıdır. İşçinin başvurabileceği diğer yol, işverenini ihbar ve şikayet etmektir. İş sözleşmesi ile çalışan işçinin kural olarak emeğinden başka geliri bulunmamaktadır. Bu sebeple işçiler, mümkün olduğu ölçüde sözleşmenin devam etmesini tercih eder. Ancak işçinin iş sağlığı ve güvenliğini tehdit eden tehlike nedeniyle sözleşmesini feshetmesi de mümkün olup, işçiye tanınmış olan üçüncü hak, sözleşmeyi haklı nedenle fesih hakkıdır. Bu hak, işçinin en temel hakkı olan yaşama hakkının korunmasını sağladığından son derece önemlidir. İşçilerin elindeki dördüncü imkan ise tazminat talebi hakkıdır. Ancak işçinin maddi ve manevi tazminat ile destekten yoksun kalma tazminatı talepleri çalışmamızın kapsamı dışında bırakılmıştır. Zira bu üç tazminattan her biri başlı başına birer tez konusu olacak genişliktedir.

Çalışmaktan kaçınma hakkı, işçiler tarafından pek bilinmemekte, bilenlerin kullanması halinde ise işçiler çoğu zaman sözleşmelerinin feshi tehdidi ile karşı karşıya kalmaktadır. Bu sebeple sözü edilen hakka uygulamada, ne yazık ki, nadiren başvurulmaktadır. İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmaktan çekinmemesi için işçiye özel bir güvence sağlamanın yanı sıra ciddi bir denetim ve caydırıcı ceza gibi önlemlerin bir arada uygulanması gerekmektedir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu çalışmaktan kaçınma hakkı konusunda İŞK. mülga m. 83'e benzer bir düzenleme getirmekle birlikte, iki hüküm arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. Söz konusu düzenlemeler arasındaki farklardan biri, işçinin hakkını kullanması için sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil

ve hayati tehlikenin gerekmemesi, “ciddi ve yakın” tehlikenin yeterli olmasıdır. Dolayısıyla çalışmaktan kaçınma hakkının kapsamı genişlemiştir. Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması için İşK. mülga m. 83’den farklı olarak İSGK m. 13’de tehlikenin hayati olmasının gerekmemesi, tehlikenin şiddetli olması gereğini azaltmış ve çalışanlara hayati tehlike bulunmasa da iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvuru ve çalışmaktan kaçınma hakkı tanımıştır. İş Kanunundaki her üç koşulun bir arada bulunması gerektiği yönündeki kümülatif şartın kaldırılması son derece yerindedir.

Tehlikenin hayati olmasına rağmen yakın olmaması durumunda, İSGK’ya göre işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması mümkün değildir. Oysa işçinin hayatını tehdit eden tehlike, işçinin korunmasını gerektirir. Bu sebeple İSGK.’nın işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması için gerekli olan tehlikeyi 4857 sK’nun Bilim kurulu tarafından hazırlanan taslağındaki gibi “yaşamsal veya acil” şeklinde düzenlemesi gerektiği kanaatindeyiz.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi için çalışanların kurula, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebileceğini düzenlemesine karşın, Kurulun acilen toplanarak, işverenin ise derhâl kararını vererek durumu tutanakla tespit edeceğini düzenlemiştir (İSGK. m. 13/1). Bu noktada İSGK. m. 13’e göre kurulun acilen toplanması gerekmekte olup, İşK. mülga m. 83’deki kurulun “aynı gün” acilen toplanarak kararını vermesi gerekliliğinden vazgeçilmiştir. Aynı gün ibaresinin çıkarılmış olması yerinde olmamıştır. Zira hem acilen toplanma kavramı net değildir, hem de çalışanın hakkını elde etmesi önünde zaman kaybı yaratmaktadır. İşveren ise derhal kararını vermelidir (İSGK. m. 13/1). Derhal kararını verme aynı gün karar verme anlamına geldiğinden, işverenin derhal karar vermesi, Kurulun acilen toplanmasından daha erken olabilir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, İş Kanunundan farklı olarak, çalışanlara belirli koşulların varlığı halinde, kurula ya da kurulun bulunmadığı işyerlerinde işverene

başvurmak zorunda olmaksızın çalışmaktan kaçınma hakkı tanımıştır. Buna göre yakın ve ciddi tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda çalışanların kendi kararları ile işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gitmeleri mümkündür (m. 13/3, c. 1). Dolayısıyla işyerindeki tehlikenin yakın, ciddi ve önlenemez olduğunu düşünen işçi kurula ya da işverene başvurmadan çalışmaktan kaçınabilecek, tehlikenin niteliğine ilişkin değerlendirmeyi kendisi yapacaktır.

İşverenlerin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini ihlali halinde işçilerin başvurabileceği ihbar ve şikayet hakkı da çalışmaktan kaçınma hakkı gibi işçiler tarafından yeteri kadar bilinmemekte ve daha da önemlisi çalışmaktan kaçınma hakkında olduğu gibi işçiler bu haklarını kullandıkları takdirde fesih tehtidi ile karşılaşmaktadırlar. Her ne kadar İş Kanunu, mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip veya yükümlülüklerini yerine getirmek için işveren aleyhine adli veya idari makamlara başvurma veya bu hususta başlatılmış olan sürece katılmanın fesih için geçerli sebep olamayacağını açıkça düzenlemişse de (m. 18), bu hükmün uygulamada yeterli olmadığı tespit edilmektedir. İşçilere, ihbar ve şikayet haklarının bulunduğu ve bu hakları kullanmaları halinde herhangi bir hak kaybı yaşamayacakları öğretilmeli, bu konuda işçiler eğitilmelidir. Ülkemizde de Fransız İş Yasasında olduğu gibi işyerini denetlemekle görevli iş müfettişinin adı ve adresinin işyerinde herkesin görebileceği bir yere asılmasının zorunlu hale getirilmesi iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasında önemli rol oynayacaktır. Zira böylelikle işçiler iş müfettişine kolay ulaşarak şikayet haklarını daha rahat kullanacaklardır.

İşçinin işyerinde iş sağlığı ve güvenliği ihlalinin olduğuna inanması halinde, durumu iş müfettişine ihbar ve şikayet hakkı bulunduğu (İşK. m. 92) hukukumuzda kabul edilmekle birlikte, ihbar eden kişinin davranışının karşılaştırmalı hukukta “whistleblowing” olarak kabul edilen kavramla örtüşüp örtüşmediği ve bunun etkileri önem taşımaktadır. Whistleblowing, bir organizasyon içerisinde yasa dışı ve etik değerlere uygun olmayan davranış ve eylemlerin, başka kişi ve kurumlara zarar vermemesi için, bilgi sahibi çalışan ya da paydaşlar tarafından sorunları çözme güç ve otoritesine sahip otoritelere bildi-

rilmesidir. İşçinin ahlaklı ihbarda bulunması (whistleblowing) İş Kanunumuzda açıkça düzenlenmiş değildir. Ahlaklı ihbarda bulunan işçiler için hukukumuzda koruyucu nitelikte bazı hükümler bulunmakla birlikte, İngiliz veya Amerikan hukuklarında olduğu gibi ahlaklı ihbarcının açıkça ve ayrıntılı şekilde korunduğu düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Zira böylece ahlaklı ihbarda bulunmayı düşünen kişiler hukukun kendilerini koruyacağını bileceklerinden ahlaklı ihbarda bulunacakları zaman daha rahat olacaklar, bu da çalışmamızın ana hedefi olan iş sağlığı ve güvenliği ihlallerinin azaltılması yolunda önemli bir ilerleme sağlayacaktır.

İşverenlerin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini ihlali halinde işçilerin başvurabileceği üçüncü hak olan sözleşmeyi fesih hakkı ile çalışmaktan kaçınma hakkı karşılaştırıldığında, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması, iş hukukunun amacına daha uygundur. Zira, çalışmaktan kaçınma hakkının tercih edilmesi durumunda bir yandan sözleşme ayakta tutulurken, diğer yandan işveren iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaya zorlanmaktadır.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13, İşK. mülga m. 83/5'den farklı olarak, iş sözleşmesiyle çalışanların, talep etmelerine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı durumlarda belirli bir kanun hükmüne (İşK. m. 24/I) dayanarak değil, tabi oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmelerini feshedebileceklerini düzenlemiştir. Buna göre, işçiler İşK. m. 24 çerçevesinde sözleşmelerini feshedebilir. İşçilerin sözleşmelerini feshederken başvurmaları gereken hüküm, kanaatimizce çalışma şartlarının uygulanmaması sebebiyle fesih hakkını düzenleyen İşK. m. 24/II, (f) olmalıdır. İşçinin İşK. m. 24 uyarınca sözleşmeyi haklı nedenle feshetmesi halinde, işçi sadece kıdem tazminatına hak kazanır. İhbar tazminatı ya da iş güvencesi tazminatı talep etme imkanı yoktur. Bu tür bir feshin başkaca inceleme yapılmaksızın işçinin feshi değil, işveren tarafından yapılmış bir fesih olarak nitelendirilmesi yönünde bir değişiklik yapılması daha uygundur. Zira böyle bir değişiklik durumunda işverenin söz ve davranışlarına fesih anlamı yüklenemese de sözleşmenin işveren tarafından feshinin sonuçları uygulanır.

İşçilerin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini ihlal etmeleri halinde ise işverenler işçiden varsa zararın karşılanmasını isteyebileceği gibi, işçiye disiplin cezası uygulayabilir ya da işçilerin sözleşmelerini feshedebilirler. İşçilerin işyerinde iş güvenliğini tehlikeye düşürmeleri somut olayın koşullarına göre işverenin, işçinin sözleşmesini haklı nedenle feshine veya geçerli nedenle feshine sebep olabilir.

İşçiye disiplin cezası verilebilmesi için işçinin kusurlu bir davranışta bulunması gerekmektedir. Bu durumda işçinin davranışına bağlanan yaptırım kanun gereği iş sözleşmesinin feshi olabilir. Ancak iş sözleşmesinin feshedildiği her durumda fesih sebebi, işçinin kusurlu davranışı değildir. Başkaca sebepler de işçinin sözleşmesinin feshedilmesine sebep olabilir. Dolayısıyla sözleşmenin sona erme nedenleri ile disiplin cezası olarak işten çıkarma yaptırımı işçinin kusurlu davranışı varsa örtüşmekte, yoksa birbirinden ayrılmaktadır.

İş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini ihlal, işçi ve işveren kadar devleti de ilgilendirmektedir. Devlet, kamu düzenini ve güvenini, genel huzur ve asayiş, halkın sağlığını korumak ve geliştirmekle görevli olup, bu görevlerini gerçekleştirmek için öngörülmuş emir ve yasaklara uyulmasını sağlamak amacıyla gerektiğinde yaptırıma başvurmaktadır. Bunlardan ilki idari, ikincisi cezai yaptırımlardır. İdari yaptırımlar; işyerinde işin durdurulması, işçilerin çalışmaktan alıkonulması ve idari para cezalarıdır. Cezai yaptırımlar ise TCK.'da öngörülen suçların karşılığı olarak belirlenmiş olan hapis veya adli para cezasıdır.

4857 sayılı Kanun mülga m. 79'dan farklı olarak İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile işyerinde çalışanlar için hayati bir husus tespit edildiğinde, bu tehlike giderilinceye kadar, işyerinin bir bölümünde veya tamamında iş durdurulabilir. İş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmeyen işverenin işyerinin kapatılması ise artık mümkün değildir. 4857 sayılı Kanun mülga m. 79 hükmünün uygulandığı dönemde, işin durdurulması veya işyerinin kapatılması kararını verecek olan komisyondaki müfettişlerden biri işyerini denetleyen ve denetim sonucu işin durdurulması ya da işyerinin kapatılma-

sını teklif eden iş müfettişiydi (İİDKDY. m. 5/2). Dolayısıyla işin durdurulması veya işyerinin kapatılması kararının verilmesi sırasında, komisyonda tehlikeli durum arz eden işyerini bizzat görmüş bir iş müfettişi bulunmaktaydı. İSGK. m. 25 ve bu çerçevede yürürlüğe giren İİDY.'ne göre ise işyerinde incelemeyi yapan ve işin durdurulması gerektiğini tespit eden iş müfettişinin, bu tespitinden sonra kararı üç kişilik iş müfettişi heyeti verecektir. Dolayısıyla işyerinde işin bir bölümünü veya tamamını durdurma kararı vermeye yetkili heyet üç iş sağlığı ve güvenliği müfettişinden oluşmakla birlikte (İİDY. m.5/1), heyetteki iş müfettişlerinden birinin işyerini teftiş eden müfettiş olması gerekmemektedir. Zira İşK. mülga m. 79 döneminden farklı olarak, ne Kanunda ne de Yönetmelikte bu yönde bir zorunluluk getirilmiştir. İşyerinde durdurma kararı vermeye yetkili heyet işyerinde teftiş yapan müfettiş dışında herhangi üç müfettişten oluşabilir. Bu müfettişler, kural olarak işyerini görmeden karar verirler. Ancak heyet, gerekli görüldüğü takdirde, karara konu işyerinde inceleme yapabilir (İİDY. m. 6/3). İşyerinde işin durdurulup durdurulmayacağına karar verecek komisyonun, işyerinde inceleme yapmış bir iş müfettişinin içinde olduğu bir komisyon yerine; işyerini görmemiş, işyerindeki tehlikeyi incelememiş herhangi üç iş müfettişten oluşması kanaatimizce uygun değildir.

Aynı zamanda İSGK. ile daha önce heyette yer alan “işçi” ve “işveren” temsilcileri ile “Bölge (Çalışma ve İş Kurumu) Müdürünün” heyetten çıkarılması, buna karşılık müfettiş sayısının ikiden üçe çıkarılması neticesinde, işin durdurulması kararı, iş müfettişlerinin tamamıyla inisiyatifine ve insafına terk edilmiştir. Bu durum, “işçinin yönetime katılma” ilkesine aykırıdır. İşçi ve işveren temsilcisinin olmadığı bir komisyonun karar alırken tehlikeyi tüm yönleriyle incelemesi mümkün değildir. Bu sebeple de işin durdurulması kararının üç müfettişten oluşan bir heyet tarafından verilmesinin yerinde olmadığı, 4857 sK. mülga m. 79’da düzenlendiği şekilde beş kişilik bir komisyonun karar vermesi gerektiği kanaatindeyiz. Ancak heyetin 4857 sK. mülga m. 79’daki kişilerden oluşacak şekilde değiştirilmesi durumunda, işin durdurulmasına ilişkin komisyonda görev alacak işçilerin, görevlerini işlerinden endişe etmeden yerine getirmeleri için bu kişilere iş güvencesi tanınması gerekmektedir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda, İş Kanunundan farklı olarak işçilerin çalışmaktan alıkonulmasına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Buna karşın İş Teftiş Kurulu Yönetmeliği, iş müfettişlerinin işyerlerinde işçilerin yaş, cinsiyet ve sağlık durumlarına ilişkin mevzuata aykırılıklar tespit etmesi halinde, ilgili mülki amire gönderilecek bir yazı ile bu işçilerin çalışmaktan alıkonulmasını talep etmekle görevli ve yetkili olduklarını düzenlemiştir (m. 11/g). Kanaatimizce İSGK'nın işçilerin çalışmaktan alıkonulmasına ilişkin hükme yer vermeyerek, böyle bir imkanın bulunduğunu Yönetmelikle düzenlemiş olması yerinde değildir. Zira Yönetmelikler, kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak için çıkarılmakta olup, işçilerin çalışmaktan alıkonulması kanunla düzenlenmeli, konuya ilişkin uygulama esaslarının ise Yönetmeliğe bırakılması gerekmektedir.

İdari para cezasının etkili olabilmesi için yaptırımın failin suç işlemekle elde ettiği menfaatten daha yüksek veya en kötü ihtimalle buna eşit olması gerekmektedir. Zira aksi ihtimalde, işverenler masraflı iş güvenliği önlemlerini almak yerine daha ekonomik olan para cezalarını ödemeyi tercih eder. Bu yönde olmak üzere İSGK., İşK.'dan farklı olarak idari para cezalarını önemli ölçüde artırmıştır. Ancak tekerrür halinde cezanın artırılmasına yönelik hükümler koymayarak amaçlanan caydırıcılığın etkinliğine gölge düşürmüştür. Öte yandan, ceza miktarlarının belirlenmesinde işletme büyüklüklerinin neredeyse hiç dikkate alınmamış olması önemli bir eksikliktir. Zira kimi durumlarda bu yaptırım küçük işyerleri için çok ağır olmakta, büyük işletmeler için hiçbir anlam ifade etmemektedir. Cezalardan beklenen verimin alınabilmesi ve cezaların gerçek anlamda caydırıcılık kazanmaları için işyeri büyüklükleri ile orantılı cezaların getirilmelidir. İdari para cezalarının yaptırım gücünün sürekliliğinin de sağlanması gerekmektedir. Şöyle ki, bugün için etkili olan yaptırım, enflasyon sebebiyle etkisini yitirmektedir. Bu nedenle iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin idari para cezaları enflasyona direnebilecek bir sisteme bağlanmalıdır.

Yakın ve ciddi bir tehlike ile karşı karşıya kalan işçilerin çalışmaktan kaçınma haklarını kullanmak için işverene başvurması halinde, işverenin derhal karar vermemesi veya

kararını işçiye yazılı olarak bildirmemesi; işçilerin çalışmaktan kaçındığı dönemdeki ücreti ile kanunlardan ve iş sözleşmesinden doğan diğer haklarını işçilere vermemesi ya da işçilerin ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda kendi kararları ile işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gitmeleri ve işçilerin bu hareketlerinden dolayı haklarının kısıtlanması halinde işverenler herhangi bir idari para cezası yaptırımını ile karşılaşmazlar. Kanaatimizce söz konusu eksikliğin giderilmesi gerekmekte olup, kanun koyucu İSGK. m. 13'e aykırı davranan işverenin idari para cezasına maruz kalacağını düzenlemelidir.

Cezai sorumluluk, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına aykırı bir davranışın iş müfettişinin işyerini teftiş etmesi sonucunda ortaya çıkabileceği gibi, iş kazası ve meslek hastalığına bağlı olarak da ortaya çıkabilir. Türk Ceza Kanununda öngörülen yaptırımların uygulanması ise bir ölüm ya da yaralanma olayına bağlıdır. Türk Ceza Kanunu hükümleri incelendiğinde taksirle yaralama ve taksirle öldürme dışında bazı hükümlerin daha iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinin ihlali neticesinde ortaya çıktığı tespit edilmektedir. Ancak cezai sorumluluk açısından özellikle taksirle yaralama ve öldürme suçlarına rastlanmaktadır.

KAYNAKÇA*

AKBULUT Ali Şahin:	İş Hukukunda İdari Para Cezaları, Ankara 2007.
AKIN Levent:	İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenin Cezai Sorumluluğu, TİSK Akademi, C.3, S. 5, 2008/I (Cezai Sorumluluk).
AKIN Levent:	İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşyerinin Örgütlenmesi, AÜHFD, Y.2005, C.54, S.1, Ankara 2005 (İşyerinin Örgütlenmesi).
AKIN Levent:	İSG Açısından İşveren ve Vekillerinin Hukuki, İdari ve Cezai Sorumlulukları, Çimento Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliği Sempozyumu, Tebliğler ve Tartışmalar, Ankara 2009 (Sorumluluklar).
AKIN Levent:	İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Ankara 2001 (Maddi Tazminat).
AKIN Levent:	İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun İhlali ve Kusurun Takdiri, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 1, Mart 2006 (Gözetme Borcu).
AKIN Levent:	İş Sağlığı ve Güvenliği, III. Yılında İş Yasası, İstanbul 2005 (III. Yılında İş Yasası).
AKIN Levent:	İş Kazasından Maddi Tazminat, Ankara 2001 (Maddi Tazminat).
AKIN Levent:	Sendikaların İş Sağlığı ve Güvenliğinin Sağlanmasına Etkisi, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 34, 2012/3 (Sendikaların Etkisi).
AKIN Levent:	Çimento Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Sorumluluklar, Çimento Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliği (H. Serdar Şardan ile birlikte), İstanbul 2011 (İş Sağlığı).
AKIN Levent:	İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Bazı Öneriler, İşveren Dergisi, Mayıs 2008 (Öneriler)
AKTAN Coşkun Can:	Organizasyonlarda Yanlış Uygulamalara Karşı Bir Sivil Erdem, Ahlaki Tepki ve Vicdani Red Davranışı: Whistleblowing, Mercek Dergisi, Ekim 2006.
AKTAY A.Nizamettin/ARICI Kadir/KAPLAN	İş Hukuku, 5. Bası, Ankara 2012.

* Çalışmamızda yalnızca bir kez atıf yapılan eserlere kaynakçada yer verilmemiştir. Bu eserler ilgili dipnotta tam künye ile gösterilmiştir.

SENYEN E. Tuncay:	
AKTEKİN Şeyda:	İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu İşverene Ne Gibi Yükümlülükler Getiriyor?, MESS İşveren Dergisi, Temmuz 2012 (Yükümlülükler).
AKTEKİN Şeyda:	İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Taslağında Dünden Bugüne, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 25, Mart 2012 (İSGK Tasarısı Taslağı)
AKYİĞİT Ercan:	İş Hukuku, 8. Bası, Ankara 2010 (İş Hukuku).
AKYİĞİT Ercan:	İçtihatlı Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, C. I ve II, Güncellenmiş 3. Bası, Ankara 2008 (Şerh I ve Şerh II).
AKYİĞİT Ercan:	İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Kamu-İş, Ankara 1995 (Ödünç İş İlişkisi)
AKYİĞİT Ercan:	İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından İşçinin Başka İşde Çalışması, Ankara 1995 (Başka İşde Çalışma).
AKYİĞİT Ercan:	İş Yasası'ndaki İdari Para Cezalarında Son Durum, Sicil, S. 11, Eylül 2008 (Son Durum).
AKYİĞİT Ercan:	İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetlerinde Devlet Desteği, Sicil S. 29, Mart 2013 (Devlet Desteği).
AKYOL Şener:	Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 1995.
ALBRACHT Gerd:	Integrated Labour Inspection Systems: The Strategy of ILO, The Global Challenges of Labour Inspection, Labour Education 2005/3-4, No. 140-141.
ALPAR M. Bülent:	İşçi Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamı Hakkında 155 sayılı ILO Sözleşmesi ile İlgili Çalışma Hayatı Mevzuatı, Kamu İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Prof. Dr. Kamil Turan'a Armağan, Ankara 2003, C. 7, S. 2, s. 839-848.
ALPAGUT Gülsevil:	İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısında İşverenin Yükümlülükleri ve Risk Değerlendirmesi, İşveren Dergisi, Mayıs-Haziran 2012 (İSGK Tasarısı).
ALPAGUT Gülsevil:	İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısında İşverenin Yükümlülükleri ve Risk Değerlendirmesi, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Semineri, TİSK. No. 322, 2012 (İşverenin Yükümlülükleri).
ALPAGUT Gülsevil:	İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatı Açısından Yenilikler, AB Perspektifinde İş Sağlığı ve Güvenliği Uygulamaları, Ankara 2005 (İş Sağlığı ve Güvenliği Uygulamaları).
ALPAGUT Gülsevil:	İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağı, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa

	Tasarısı-Akademik Görüşler&Eleştiriler, İstanbul 2008 (Akademik Görüşler) .
Anonim:	6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Hakkında Hukuki Değerlendirme, http://www.istabip.org.tr/dosyalar/hukuk/isgkdegerlendirme.pdf , 06.05.2013.
ARICI Kadir:	İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Dersleri, Ankara 1999 (İşçi Sağlığı).
ARICI Kadir:	İş Sağlığı ve Güvenliği, İş Hukukunda Yapılan Son Değişiklikler Semineri, Kamu-İş, Ankara, 20-21 Şubat 2013 (Son Değişiklikler).
ARSLAN Seda:	İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı, İstanbul 2012.
ARTUK Mehmet Emin/GÖKÇEN Ahmet/YENİDÜNYA A. Caner:	Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011.
AYDEMİR Murteza:	İş ve Sosyal Sigorta Hukukunda İdari Para Cezaları, Ankara 2002.
AYDIN Ufuk:	İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing), Sosyal Bilimler Dergisi, 2002-2003 (Bilgi Uçurma).
AYDIN Ufuk:	İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Eskişehir 2002 (Kişilik Hakları).
AYDIN Ufuk:	İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Üzerine, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 26, Haziran 2012 (İSGK).
AYDINLI İbrahim:	İşverenin İşyerinde “Çalışan” İşçilerin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, Çimento İşveren Dergisi, Temmuz 2005, 21-25 (Kaçınma Hakkı).
AYDINLI İbrahim:	İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara 2004 (Sosyal Temas).
AYDINLI İbrahim:	İşverenin Edimden Bağımsız Olan Koruma Yükümlülüğüne, Normun Koruma Amacı (Hukuka Aykırılık Bağlı Bakımdan Bir Yaklaşım), Kamu-İş, C. 8, S. 1, 2005 (Normun Koruma Amacı).
AYDINLI İbrahim:	İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısında ve/veya Kanunu’nda Alt İşveren-“...Başka İşyerinden Çalışmak Üzere Gelen Çalışanlar...” Kavramının Anlamı Üzerine Genel Bir Değerlendirme, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 26, Haziran 2012 (İSGK Tasarısı).
AYKAÇ Hande Bahar:	İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul 2011.
BALKIR Zehra Gönül:	6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetim Sorumluluğu, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2012 (Yönetim Sorumluluğu).

BALKIR Zehra Gönül:	İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkının Korunması: İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Organizasyonu, Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2012/I (İSG Organizasyonu).
BARADAN Selim:	Türkiye İnşaat Sektöründe İş Güvenliğinin Yeri ve Gelişmiş Ülkelerle Kıyaslanması, DEÜ Mühendislik Fakültesi Fen ve Mühendislik Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, Ocak 2006.
BAŞBUĞ Aydın:	Alt İşveren İşçisi ile Asıl İşveren Arasındaki Borç İlişkisi ve Bu İlişkinin Doğurduğu Hukuki Sorunlar, Kamu-İş, C.4, S. 3, Ocak 1998 (Borç İlişkisi).
BAŞBUĞ Aydın:	İşyeri Hekiminin İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Organizasyonundaki Yeri ve İşçi Sağlığı ve İş Güvenliğinin Gerçekleştirilmesindeki Rolü, Uluslararası ve Ulusal Hukuk Sisteminde İşyeri Hekimliği Sempozyumu, 24 Mayıs 2003, Türk Tabipler Birliği Yayınları, Ankara 2003 (İşçi Sağlığı).
BAŞBUĞ Aydın:	Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları, TES-İŞ Eğitim Yayınları, Ankara 1999 (Disiplin Cezaları).
BAŞTERZİ Süleyman:	Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi, Ankara 2007.
BAYCIK Gaye:	İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Maden İşçileri, Ankara 2006 (Maden İşçileri).
BAYCIK Gaye:	Yeni Düzenlemeler Açısından İnşaat İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri, AÜHFD, 60 (2), 2011 (Yeni Düzenlemeler).
BAYRAM Fuat:	İş Sağlığı ve Güvenliği Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, Sicil İHD, Eylül 2010 (Değerlendirme).
BAYRAM Fuat:	İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağı Üzerine, Legal İHSGHD, S. 16, C. 4, 2007 (Tasarı Taslağı).
BAYRAM Fuat:	İş Güvenliği Hukukunda Denetim, İstanbul 2009 (Denetim).
BİLGİLİ Özkan:	İşçinin Çalışmaktan Kaçınmasının Sonuçları, http://www.lutfinciroglu.com/content/view/97/87/ (24.12.2011).
BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU Yeliz:	İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Önlemlerin Alınmaması Sebebiyle İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, S. 30, Mayıs 2012.
CANBOLAT Talat:	Türk Hukukunda Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, İstanbul 1992 (Alt İşveren).
CANIKLIOĞLU	4857 sayılı İş Kanununda Para Cezasına Bağlanan Yükümlülükler ve Bu Para

Nurşen/ CANBOLAT Talat:	Cezalarının Özellikleri, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, Kamu-İş, C.7, S. 3, 2004.
CANIKLIOĞLU Nurşen:	İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısına Göre İş Güvenliği Uzmanı ve İşyeri Hekimi İstihdamı, İşveren Dergisi, Mayıs-Haziran 2012 (İSGK Tasarısı).
CANIKLIOĞLU Nurşen:	6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda İşveren Yükümlülükleri, Çalışma Mevzuatı Semineri, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Antalya 26-30 Eylül 2012 (İşveren Yükümlülükleri).
CANIKLIOĞLU Nurşen:	İş Güvenliği Uzmanı ve İşyeri Hekimi İstihdamı, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Semineri, TİSK. No. 322, 2012 (Kanun Tasarısı Semineri).
CANIKLIOĞLU Nurşen:	Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına, Tarafların Hak ve Borçlarına İlişkin Hükümlerinin Genel Bir Değerlendirmesi, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, İstanbul, 20-21 Eylül 2011 (TBK).
CANIKLIOĞLU Nurşen:	Geçici (Ödünç) İş İlişkinin Tarafları Açısından Hukuki Sonuçları, Legal Vefa Toplantıları II, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul 2008 (Geçici İş İlişkisi).
CANIKLIOĞLU Nurşen:	İşçinin Çalışma Koşullarında Tek Taraflı Değişiklik Sözleşmeyi İşverenin Feshetmiş Sayılacağı, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 18, Haziran 2010.
CANIKLIOĞLU Nurşen:	6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun Taraplara Getirdiği Yükümlülükler, Öz İplik İş Sendikası ve Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen İş Sağlığı ve İş Güvenliğine Hukuki Bakış Paneli, Müzakere-Soru/Cevap, 1. bası, Mart 2013 (Müzakere).
ÇALIŞ Celal:	İş Kanunu Kapsamında İşyeri Denetimi, DEÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, İnsan Kaynakları ve Endüstri İlişkileri Ana Bilim Dalı, Tezsiz Yüksek Lisans Programı, İş Sağlığı ve Güvenliği Dersi Yarıyılı Çalışması, http://www.guncel.biz/gorus/isteftisi.htm , 03.03.2012
ÇANKAYA Osman Güven / ÇİL Şahin:	İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 2.bası, Ankara 2009.
ÇENBERCİ Mustafa:	İş Kanunu Şerhi, 4. bası, Ankara 1978.
CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMAK	Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2006.

Özlem:	
CENTEL Tankut:	Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi: İş Sağlığı ve Güvenliğinde Merkezi İlk Yapılanma, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2012 (İSG Konseyi).
CENTEL Tankut:	İş Sağlığı ve Güvenliği Denetim Sistemi ve Yaptırımlar, İşveren Dergisi, Mayıs-Haziran 2012 (Denetim).
CENTEL Tankut:	İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının Kuruluş ve İşleyişi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 29, Mart 2013 (İSG Kurulları)
CENTEL Tankut:	İş Hukuku, C. 1, Bireysel İş Hukuku, 2. bası, İstanbul 1994 (İş Hukuku).
CENTEL Tankut:	03.04.2012 tarihli “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı”nda İş Sağlığı ve Güvenliği Denetim Sistemi ve Yaptırımlar, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Semineri, TİSK. No. 322 (İSGK Tasarısı).
CENTEL Tankut:	Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği, İstanbul 1982 (İş Güvenliği).
CEYLAN Saadet:	İSG Yasa Tasarısı Orijinal Bir Çalışma mı, İşveren Dergisi, Mayıs-Haziran 2012.
DEMİR Fevzi:	İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası 9, İşverenin Acil Durum Planları Yapma, Yangınla Mücadele ve İlk Yardım, http://www.gozlemgazetesi.com/yazarlar/prof-dr-fevzi-demir/1254-is-sagligi-ve-guvenligi-yasasi-9-isveren-acil-durum-planlari-yapma-yanginla-mucadele-ve-ilk-yard.htm , 05.06.2013 (Acil Durum).
DEMİR Fevzi:	İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası 10, Sağlık Gözetimi ve İş Kazaları ile Meslek Hastalıklarının Kayıt, http://www.gozlemgazetesi.com/yazarlar/prof-dr-fevzi-demir/1275-is-sagligi-ve-guvenligi-yasasi-10-saglik-gozetimi-ve-is-kazalari-ile-meslek-hastaliklarinin-kayit-v.html , 06.05.2013.
DEMİR Fevzi:	İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası 12, Çalışanların Görüşlerinin Alınması ve Çalışan Temsilcileri, http://www.gozlemgazetesi.com/yazarlar/prof-dr-fevzi-demir/1338-is-sagligi-ve-guvenligi-yasasi-12-calisanlarin-goruslerinin-alinmasi-ve-calisan-temsilcileri.html , 05.05.2013.
DEMİR Fevzi	En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2009, 168 (İş

	Hukuku);
DEMİR Fevzi:	Sorularla Bireysel İş Hukuku, 1. Cilt, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2006 (Sorularla İş Hukuku).
DEMİR Fevzi/ DEMİR G.	İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması, Kamu İş Dergisi, 2009, 11 (1).
DEMİRCİOĞLU Murat:	Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 sayılı İş Yasası, İstanbul Ticaret Odası Yayın No: 2008-71, 2. bası, İstanbul 2008 (Sorular).
DEMİRCİOĞLU Murat:	İş Sağlığı ve Güvenliğinde Kamusal Yaptırımlar, Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008 (Kamusal Yaptırımlar).
DEMİRCİOĞLU Murat:	İş Güvenliği Uzmanlığı Yönünden İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağı'nın İncelenmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 5, Mart 2007 (İSGK Tasarısı Taslağı).
DEMİRCİOĞLU Murat:	Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de İşçi Sağlığı ve İşyeri Hekimliği, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 4, S.2, Haziran 1997 (İşçi Sağlığı ve İşyeri Hekimliği).
DEMİRCİOĞLU Murat/CENTEL Tankut:	İş Hukuku, Bireysel İş Hukuku, Toplu İş Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2009.
DOĞAN YENİSEY Kübra:	İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007 (İşyeri).
DOĞAN YENİSEY Kübra:	Hizmet Sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu (Makaleler, Tebliğler), Derleyen: M. Murat İnceoğlu, İstanbul 2012 (Hizmet Sözleşmesi).
DÖNMEZ Kazım Yücel:	İşçinin Borçları, Ankara 2000.
EKMEKÇİ Ömer:	Anahatlarıyla İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağı'nın Değerlendirilmesi, Çimento İşveren Dergisi, Mayıs-Haziran 2008 (Değerlendirme).
EKMEKÇİ Ömer:	4857 sayılı İş Kanununda İzinler ve İş Sağlığı ve İş Güvenliğine İlişkin Hükümler, Yeni İş Yasası (Seminer Notları ve İş Kanunu), Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını, İstanbul 2003, 177-195 (Yeni İş Yasası).
EKMEKÇİ Ömer:	İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağı'nın Değerlendirilmesi, Sicil İş

	Hukuku Dergisi, S. 5, Mart 2007 (İSGK Tasarısı Taslağı).
EKMEKÇİ Ömer:	Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde İSG Uygulamaları, Çimento Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliği Sempozyumu, Tebliğler ve Tartışmalar, 14-15 Kasım 2008, İzmir Hilton Oteli, Ankara 2009 (İSG Uygulamaları).
EKMEKÇİ Ömer:	4857 sayılı İş Kanununda İş Sağlığı ve Güvenliği, TİSK ve PERYÖN tarafından düzenlenen “İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatındaki Değişiklikler ve İşveren Yükümlülükleri, Semineri, Ankara 2004 (İş Sağlığı ve Güvenliği) .
EKMEKÇİ Ömer:	4857 sayılı İş Kanununa Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, İstanbul 2005 (İşyeri Örgütlenmesi).
EKMEKÇİ Ömer:	4857 sayılı İş Kanununda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi, Legal İHSGHD, S. 2, Nisan-Mayıs-Haziran 2004 (Geçici İş İlişkisi).
EKONOMİ Münir:	İş Hukuku, C. 1, Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1984 (İş Hukuku).
EKONOMİ Münir:	İHU, İşK. 14, No. 24 (İHU).
EKONOMİ Münir:	İşyerinin Kapatılması, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006 (İşyerinin Kapatılması).
ELBİR Nazlı:	Türk ve Fransız İş Hukuklarında Disiplin Cezaları, Ankara 2010 (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi).
ENGİN Murat:	ENGİN Murat, İş Sağlığı ve İş Güvenliği Yasa Tasarısı, Akademik Görüşler&Eleştiriler, 2008 (Akademik Görüşler).
ENGİN Murat:	Yeni İş Kanunu Tasarısı ve İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, DEÜHFD, 2003, S. 1, 77-94 (Kaçınma Hakkı).
ENGİN Murat:	İşverenin İşin Görülmesini İsteme Hakkının Devri: Ödünç İş İlişkisi, İş Hukuku Dergisi, C. 1, S. 3, Temmuz-Eylül 1991 (Ödünç İş İlişkisi)
ENGİN Murat:	Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, İstanbul 1993 (İşveren).
ENGİN Murat:	Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Birlikte Sorumluluğun Kapsamı, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2008 Yılı 12. Toplantı Notları (06-07.06.2008), İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu ve Galatasaray Üniversitesi, , İstanbul 2009 (Asıl İşveren-Alt İşveren).
ERALP Tayyar Cem:	Karşılaştırmalı, Açıklamalı, İçtihatlı ve Gerekçeli Yeni Türk Ceza Kanunu ile 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005.

EREN Fikret:	Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 13. Bası, İstanbul 2011 (Borçlar Hukuku).
EREN Fikret:	Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara 1974 (Sorumluluk).
ERGİN Berrin:	İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın 1995 Yılı İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul 1997.
ERGİN Hediye:	Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi, İstanbul, Ekim 2009.
EROL Atanur:	İdari Yaptırımların Hukuki Nitelikleri ve İdari Yaptırım Kararlarına Karşı Yargısal Başvuru Yolları, Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Edirne 2009 http://193.255.140.18/Tez/0074441/METIN.pdf (25.03.2012).
ERTAŞ Kudret:	Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Ankara 1982.
ERTÜRK Şükran:	İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara 2002 (Temel Haklar).
ERTÜRK Şükran:	İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda İşverenlere Getirilen Yükümlülükler, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 27, Eylül 2012 (Yükümlülükler).
ESEN Emel/KAPLAN Hasan Ali:	İşletmelerde Ahlaki Olmayan Davranışların Duyurulması (Whistleblowing), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 14, S. 2, 2012.
ESENER Turhan:	İş Hukuku, 3. bası, Ankara 1978.
EŞMELİOĞLU İbrahim:	İşyerlerinde Disiplin Kurullarının Oluşumu ve İşleyişi, Çimento İşveren Dergisi, Mayıs 1988.
EYRENCİ Öner:	İHU İşK. m. 13, No. 17.
EYRENCİ Öner/TAŞKENT Savaş/ULUCAN Devrim:	Bireysel İş Hukuku, 4. bası, İstanbul 2010.
GEREK Nüvit:	İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun Düşündürdükleri, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 28, Aralık 2012.
GÖKTAŞ Seracattin:	Türk İş Hukukunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, Ankara 2008 (Kaçınma Hakkı).
GÖKTAŞ Seracattin:	İşyeri Sendika Temsilcilerinin Teminatı, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Ankara 2010 (İşyeri Sendika

	Temsilcileri).
GÖLCÜKLÜ Feyyaz:	İdari Ceza Hukuku ve Anlamı, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 18, S.2, 1963
GÜLAN Aydın:	Kabahatler Kanunu'ndan Sonra İdari Para Cezalarına Karşı Yargısal Denetim, Sicil, S. 1, Mart 2006.
GÜNDAY Metin:	İdare Hukuku, 6 nci Bası, Ankara 2002.
GÜNDEL Ahmet:	5237 sayılı TCK'da Kasten ve Taksirle Öldürme-Yaralama ve İşkence Suçları, Ankara, 2009.
GÜNEŞ Başak/MUTLAY Faruk Barış:	Yeni Borçlar Kanununun "Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin" Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 30, 2011/3.
GÜZEL Ali:	İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 1, 2004 (Alt İşveren).
GÜZEL Ali:	Ekonomik ve Teknolojik Gelişmeler Işığında Hizmet Sözleşmesinin "Intuitus Personae" Niteliği Üzerinde Yeniden Düşünmek , Halid Kemal Elbir'e Armağanı, İstanbul 1996 (Intuitus Personae).
GÜZEL Ali:	Dünya'da ve Ülkemizde İşyeri Hekimliğine Yaklaşım, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Uluslar arası ve Ulusal Hukuk Sisteminde İşyeri Hekimliği Sempozyumu (24 Mayıs 2003), Temmuz 2003 (İşyeri Hekimliği).
GÜZEL Ali:	İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Güvencesi Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, 28-29 Mayıs 2004 (İş Güvencesi).
GÜZEL Ali/OKUR Ali Rıza/CANIKLIOĞLU Nursen:	Sosyal Güvenlik Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2012.
GÜZEL Ali/ UGAN ÇATALKAYA Deniz:	İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Niteliği ve Sınırları (Karar İncelemesi), Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 34, 2012/3.
ILO:	Strategies and Practices for Labour Inspection, Governing Body, 297 th Session, Third item on the agenda, Genova, November 2006, 4 (http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_gb_297_esp_3_en.pdf) (ILO, 2006)
İNCİROĞLU Lütfi:	İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşçi ve İşverenin Hukuki ve Cezai Sorumlulukları, İstanbul 2008.
İREN Ertan:	İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği Kurallarına Uyma Yükümlülüğü ve İhlali Halinde Karşılaşacakları Müeyyideler, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 3, Eylül 2006, 92 vd

	(Müeyyideler).
İREN Ertan:	Geçici İş İlişkisinde İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü, AÜHFD, 60 (2), 2011 (Geçici İş İlişkisi).
JAMES Phil/ JOHNSTONE Richard/ QUINLAN Micheal/ WALTERS David:	Regulating Supply Chains to Improve Health and Safety , Industrial Law Journal, Vol. 36, No.2, Haziran 2007.
KABAKCI Mahmut:	Avrupa Birliği İş Hukukunda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği ile İlgili Temel Yükümlülükleri ve Türk Mevzuatının Uyumu, İstanbul 2009.
KAPLAN Emine Tuncay:	İşverenin Fesih Hakkı, Ankara 1987 (Fesih Hakkı).
KAPLAN Emine Tuncay:	İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı, Prof. Dr. Kamil Turan'a Armağan, Kamu-İş, C.7, S.2, 2003 (Koruma ve Gözetme Borcu).
KAPLAN Emine Tuncay:	İşverenin Hukuki Sorumluluğu (Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından), Ankara 1992 (Sorumluluk).
KARACAN Hatice:	4857 sayılı İş Kanununa Göre Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, İstanbul Barosu Dergisi, Eylül 2007.
KESER Hakan:	İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun Geçici İş İlişkisine Yansıması, Legal İHSGHD, S. 9, 2006.
KILIÇ Leyla:	İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Hükümlülüğü ve Sorumluluğu, Ankara 2006.
KILIÇOĞLU Mustafa:	4857 sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul 2005 (Yorum).
KOCA Mahmut/ ÜZÜLMEZ İlhan:	Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. bası, Ankara 2011.
KÖSEOĞLU Ali Cengiz:	İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, İstanbul 2004 (Kapanmanın İş Sözleşmelerine Etkisi).
KÖSEOĞLU Ali Cengiz:	İşyerinin Kapanması, Sicil, S. 4, Aralık 2006, 59 (İşyerinin Kapanması).
LEWIS David:	Whistleblowing at Work: On What Principles Should Legislation Be Based?

	Industrial Law Journal, Vol. 30, No. 2, June 2001, 169 (Whistleblowing).
MAHMUTOĞLU Fatih S.:	İdarî Para Cezasını Gerektiren Eylemler Yönünden Yargılama Rejimi, İÜHFİM, C, LV, S. 1-2, İstanbul 1996
MALKOÇ İsmail:	Açıklamalı-İçtihatlı 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, C. 1, 3. bası, Ankara 2008.
MEMİŞOĞLU S. Özgür /ÇINAR Çağatay:	İşverenin İş Kazasından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu, Legal İHSGHD, C.9, S. 33, 2012.
MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi:	İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Bakımından İşçinin İş Red Hakkı, Türk Kamu-Sen, C.2, S. 15-16, Mart-Haziran 1994, 3-12 (Red Hakkı).
MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi:	Hizmet Sözleşmesi, İçerik-Kuruluş-Sona Erme, Ankara 1995 (Hizmet Sözleşmesi).
MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi/ASTARLI Muhittin:	İş Hukuku, 5. bası, Ankara 2012.
MÜNGEN Uğur:	İnşaat İşverenlerinin ve Teknik Elemanların İş Güvenliği Konusundaki Sorumlulukları ve Yaptırımlar, Türkiye Mühendislik Haberleri S. 469, 2011/5, 21, http://www.e-kutuphane.imo.org.tr/pdf/16635.pdf (04.08.2012).
NARMANLIOĞLU Ünal:	İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 3. Bası, İzmir 1998 (Ferdî İş İlişkileri).
NARMANLIOĞLU Ünal:	Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluklar, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul 2008 (Asıl İşveren-Alt İşveren).
OCAK Saim:	6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun Tarafllara Getirdiği Yükümlülükler, Öz İplik İş Sendikası ve Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen İş Sağlığı ve İş Güvenliğine Hukuki Bakış Paneli, 1. bası, Mart 2013 (Yükümlülükler).
OCAK Saim:	İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun İstihdama Etkisi, Legal İHSGHD, S. 37, 2013 (İSGK'nın İstihdama Etkisi).
ODAMAN Serkan:	Türk ve Fransız Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, İstanbul 2007 (Ödünç İş İlişkisi).
ODAMAN Serkan:	İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, Ankara 2003 (Fesih).

ODAMAN Serkan:	İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının Yapıları ve İşlevleri, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005 (İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları).
ODAMAN Serkan:	İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Tarafların Önemli Hak ve Yükümlülükleri ile Uluslararası Standart, İHSGHD, S. 11, 2006 (Hak ve Yükümlülükler).
ODAMAN Serkan:	4857 sayılı İş Kanununun Kabulü Sonrasında Yargıtay Kararları Işığında İşçinin; Yapmakla Ödevli Bulunduğu Görevleri Kendisine Hatırlatıldığı Halde Yapmamakta Israr Etmesi ve Hukuki Sonuçları, TÜHİS, Ağustos-Kasım 2004 (Görevi Yapmama).
ODAMAN Serkan:	İş Sağlığı ve Güvenliği İçin Motivasyon Gerekliyor”, İşveren Dergisi, Mayıs-Haziran 2012 (Motivasyon).
OĞURLU Yücel:	İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayrımı, http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/icindekiler.php?id=8 (12.04.2012).
OĞUZ Özgür:	AB Direktifleri ve Türk İş Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenlerin Yükümlülükleri ve İşçilerin Hakları, İstanbul 2011.
OĞUZMAN Kemal:	Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre “İş” Akdinin Feshi, İstanbul 1955.
OĞUZMAN Kemal /ÖZ Turgut:	Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995
ÖZAY İl Han:	İdari Yaptırımlar, İÜ Yayın No: 3326, Hukuk Fakültesi Yayın No: 691, İstanbul 1985
ÖZCAN Şeref:	İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2008 Yılı 12. Toplantı Notları (06-07.06.2008), İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu ve Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2009.
ÖZDEMİR Erdem:	İşverenin Fesih Hakkının Disiplin Kuruluna Başvurma Zorunluluğu ile Sınırlandırılması (Disiplin Kuruluna Başvurma).
ÖZDEMİR Erdem:	İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C. II, İstanbul 2001 (Disiplin Cezaları).
ÖZEN Muharrem/TOZMAN Önder:	5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Işığında İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Sorumluluğu, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2008.
PİYAL Bülent:	İş Sağlığı ve Güvenliğinde Türkiye'nin Avrupa Birliğine Uyum Sorunu, Ankara 2009 (İş Sağlığı ve Güvenliği).

ÖZGENÇ İzzet:	Ceza Hukuku Genel Hükümler, Eylül 2006.
PİYAL Bülent (Çev.):	155 ve 161 sayılı ILO Sözleşmeleri, http://www.kalitesigma.com/kutuphane/155_161_ilo.pdf , 05.05.2010 (ILO Sözleşmeleri).
REİSOĞLU Seza:	Hizmet Akdi, Mahiyeti-Unsurları-Hükümleri, Ankara 1968.
RUBIN Neville:	Code of International Labour Law, Volume II, Book 2.
SAVAŞ Fatma Burcu:	İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, Aralık 2012.
SAYMEN Ferit Hakkı:	Türk İş Hukuku, İstanbul 1954.
SERATLI Gaye Burcu:	4857 sayılı İş Kanununa Göre İş Sağlığı ve Güvenliği, AÜHFD, C.53, S.2, 2004 (İş Sağlığı ve Güvenliği).
SERATLI Gaye Burcu:	İşverenin İşçi Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Eğitim Verme Yükümlülüğü, İşveren Dergisi, C. 43, S. 9, Haziran 2005 (Eğitim Verme Yükümlülüğü).
SEROZAN Rona:	Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, S. 3, 1968.
SEVİMLİ Ahmet:	Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 36, 2013/1.
SEYHAN Davut:	İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Cezai Sorumluluğu, Yaklaşım, S. 198, Haziran 2009, http://www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/makaleler/20090614621.htm (21.12.2011).
SMITH I.T/THOMAS Gareth:	Industrial Law, 7. ed., London, Edinburg, Dublin 2000.
SOYER Polat:	İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, Koşulları, Kullanılması ve Hukuki Sonuçları, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. 1, İstanbul 2011, 686 (Kaçınma Hakkı).
SOYER Polat:	4857 sayılı Yeni İş Kanununun Ücret, İşin Düzenlenmesi, İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler, 4857 sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları, 2003, 12-36 (Yeni İş Kanunu).
SOYER Polat:	İşçinin İş Görme Borcu, İzmir 1979, Yayınlanmamış Doktora Tezi (İş Görme).

SOYER Polat:	İşçinin Bir Başka İşverenin Yanında Çalışması ve Bireysel İş Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar, Yasa Hukuk Dergisi, C. III, S. 3, Mart 1980 (Başka İşverenin Yanında Çalışma).
SOYER Polat:	Türk Borçlar Kanunu Tasarısının “Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler, Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan, İstanbul 2008, 153 (Armağan).
SOYER Polat:	Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK. 348-352), Ankara 1994.
SUR Melda:	İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, A. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul 2005, 395-414 (Çalışmaktan Kaçınma Hakkı).
SUR Melda:	Grev Kavramı, Ankara 1987 (Grev).
SÜZEK Sarper:	İş Hukuku, Yenilenmiş 8. bası, İstanbul 2012 (İş Hukuku).
SÜZEK Sarper:	İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Hakları ve Yükümlülükleri, İHSGHD, S. 6, Nisan-Haziran 2005 (İşçilerin Hakları).
SÜZEK Sarper:	İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985 (İş Güvenliği).
SÜZEK Sarper:	İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Konusunda Somut Çözüm Önerileri, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Ankara 2000 (Öneriler).
SÜZEK Sarper:	Uluslararası ve Ulusal Hukuk Sisteminde İşyeri Hekimliği Sempozyumu (Tartışmalar), Türk Tabipler Birliği Bildiriler, Ankara 2003 (İşyeri Hekimliği).
SÜZEK Sarper:	İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989 (Askı).
SÜZEK Sarper:	İş Hukuku Yaptırımları, İş Hukuku Dergisi, C. III, S. II, Nisan-Haziran 1993 (Yaptırımlar).
SÜZEK Sarper:	İş Hukukunda Katılım, Coşkun Kırca’ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi, Ankara 1996 (Katılım).
SÜZEK Sarper:	Hukuki Yönden İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği, İş Hekimliği Ders Notları, Ankara 1993 (Ders Notları).
SÜZEK Sarper:	İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusundaki Yükümlülükleri, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006 (İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri).
SÜZEK Sarper:	İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 28, 2011/1

	(Disiplin Cezaları).
SÜZEK Sarper:	İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976 (Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması).
SÜZEK Sarper:	İşyerinin Kurulması, Faaliyetin Durdurulması ve Kapatılması, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C. II, İstanbul 2001 (Faaliyetin Durdurulması).
SÜZEK Sarper:	İş Hukukunun Genel Esasları, Ankara 1998 (Genel Esaslar).
SÜZEK Sarper:	Bireysel İş Hukukunun Bugünü ve Geleceği, Sicil, S. 14, Haziran 2009 (Bugün ve Gelecek).
ŞAHLANAN Fevzi:	İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin İdari Para Cezaları Konusunda Son Gelişmeler, Sicil, S. 1, Mart 2006 (İdari Para Cezaları)
ŞAKAR Müjdat:	İş Kanunu Yorumu, Ankara 2010.
ŞARDAN Serdar:	Yeni İş Kanunu ile Birlikte İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Getirilen Değişiklikler, Çimento İşveren Dergisi, Ocak 2004 (Değişiklikler).
TAŞKENT Savaş:	İşletme Hukuku Bilgisi, Yenilenmiş 2. bası, İstanbul 2012 (İşletme Hukuku).
TAŞKENT Savaş:	İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1981 (Yönetim Hakkı).
TAŞKENT Savaş:	Alt İşveren, İHSGHD, S. 2, Nisan-Haziran 2004, Ankara 2006 (Alt İşveren).
TAŞKENT Savaş:	İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 3, Eylül 2006 (Askı).
TAŞKENT Savaş/MUTLAY Faruk Barış/SARIBAY ÖZTÜRK Gizem:	Son Değişikliklerle Açıklamalı-İçtihatlı 4857 sayılı İş Kanunu, 5. bası, İstanbul 2011.
TAŞKENT Savaş /SARIBAY ÖZTÜRK Gizem/ MUTLAY Faruk Barış:	Son Değişikliklerle Açıklamalı-İçtihatlı 4857 sayılı İş Kanunu, 6. bası, İstanbul 2012.
TOROSLU Nevzat:	Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2009.
TOPUZ Murat:	4857 sayılı İş Kanunu Çerçevesinde İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı (İşK. m 34 ve m. 83), Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağan, 2007/2, 457-496.
TUNCAY Can:	ILO ve AB Normları Işığında İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Taslağının

	Değerlendirilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 12, Aralık 2008 (İSGK Tasarısı Taslağı).
TUNCAY Can:	Yeni İş Kanununda İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği, TİSK İşveren Dergisi, Temmuz 2003, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=759&id=45 , 16.06.2011 (İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği).
TUNCAY Can:	İş Kanunu Tasarısındaki Ödünç İş İlişkisi ve Eleştirisi, Mercek, Y. 8, S. 30, Nisan 2003 (Ödünç İş İlişkisi).
TUNCAY Can:	İşyeri Hekimliğine Alternatif Model: Uluslararası Uygulamalar, İşyeri Hekimi İstihdamında Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Semineri, TİSK Yayın No: 226, Eylül 2002 (Alternatif Model).
TUNCAY Can:	Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Uygulamada Toplu İş Sözleşmeleri Grev ve Lokavt Semineri, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası, Bolu-Abant 16-19 Mayıs 1991 (Asıl İşveren-Alt İşveren).
TUNCAY Can:	İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaşgünü Armağanı, C. II, İstanbul 2001 (Sadakat).
TUNÇOMAĞ Kenan/CENTEL Tankut:	İş Hukukunun Esasları, 5. bası, İstanbul, 2008.
TUNÇOMAĞ Kenan:	İş Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 1989 (İş Hukuku).
ULUSAN İlhan:	Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu ve Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1990.
ULUSAN İlhan/ESEN Güven:	İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Doğan İşveren Sorumluluğu, İşletmelerde İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, İnsan Gücü Yönetimi, C.5, Kitap 2, İstanbul 1985.
URHANOĞLU CENGİZ İftar:	İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerine Aykırı Davranışının Yaptırımı Olarak İşin Durdurulması veya İşyerinin Kapatılması, Sarper Süzek'e Armağan, C. II, İstanbul 2011.
USMEN Mümtaz/BARADAN Selim:	İnşaat Sektöründe İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Alanındaki İyileştirmeleri Etkileyen Faktörler: ABD Örneği, TMH, 2011/5.
UŞAN Fatih:	İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Ankara 2003.

YALVAÇ Gürsel:	Yargı Kararları Işığında Kusurluluk Şekilleri (Kast-Olası Kast-Taksir-Bilinçli Taksir), Sicil, S. 26, Haziran 2012.
YAŞAR Osman/GÖKCAN Hasan Tahsin/ARTUÇ Mustafa:	Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. II, Ankara 2010
YAVUZ Cevdet:	Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 7. bası, İstanbul 2007.
YILDIZ Ulaş:	İş Sağlığı ve Güvenliğinde Sosyal Güvenlik Teşvikleri, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. III, İstanbul 2011.
YILMAZ Halil:	İş Sözleşmesinin İşverenin Malvarlığına Zarar Verilmesi Nedeniyle Feshi, Legal İHSGHD, S. 23, İstanbul 2009.