

TC
KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI

ELİF CANBOLAT

İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ ÖNLEMLERİNE AYKIRILIK
NEDENİYLE İŞÇİNİN İŞ GÖRME BORCUNU YERİNE
GETİRMEKTEN KAÇINMA HAKKI
(Yüksek Lisans Ödevi)

DANIŞMANI
Yrd. Doç. Dr. İştar URHANOĞLU CENGİZ

KIRIKKALE - 2011

GİRİŞ

İş sözleşmesi, iş görme borcu içeren ve tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Ancak diğer iş görme borcu içeren ve karşılıklı tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere göre daha özelliğlidir. Zira iş sözleşmesi, süreklilik ve karşılıklılık niteliklerini de içermektedir. Bu nedenle, iş sözleşmesi ile işverene de işçiye de bir takım yükümlülükler yüklenmiştir. Ücret ödeme ve işçiyi gözetme borcu, işverenin en önemli yükümlülükleri arasındadır. İşçi açısından da iş görme edimini ifa ve sadakat borcu asli nitelik taşımaktadır.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki, iş sözleşmesi, her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olsa da iş sözleşmesinin mahiyeti gereği işçi, sözleşmenin bağımlı tarafıdır. Çünkü işçinin iş sözleşmesini yapmasının nedeni, yaşamını idame ettirebilmek olduğu halde işverenin amacı herhangi bir işin gördürülmesidir. Bu nedenle iş hukuku işçiyi korumayı amaçlamaktadır. Ancak, işçinin korunabilmesi de, iş hayatının devamını gerekli kıldığı için işverenin de zaman zaman korunması gereklidir.

İşte kanun koyucu bu iki menfaati dengelemek için yukarıda ifade ettiğimiz üzere her iki tarafa da bazı yükümlülükler yüklemiş bunun yanında da bazı haklar vermiştir.

Bu kapsamda işçiye yüklenen en asli borç işin ifasıdır. Öyle ki, işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi, işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi ve işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, 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 uğratması, işveren açısından haklı nedenle fesih sebebi olarak kabul edilmiştir.

Ancak bunun karşılığında, işverene de işçiye ücret ödemesi ve onu gözetmesi yükümlülükleri yüklenmiştir. İşverenin bu yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde de işçiye 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. ve 83. maddeleri uyarınca, iş görmekten kaçınma hakkı tanınmıştır.

Çalışmamız iki ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, genel olarak işçinin iş görmekten kaçınma hakkı açıklanmaya çalışılmış bu kapsamda işçinin iş görmekten kaçınma hakkı kavramı, iş görme borcu ve işçiyi iş görme borcundan kurtaran

haller irdelenmiştir. İkinci bölümde ise, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması halinde işçinin iş görmekten kaçınma hakkı başlığı altında; işverenin gözetme borcu, işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğü, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması halinde işçinin kaçınma hakkının niteliği, şartları, kimlerin yararlanabileceği, sınırı hüküm ve sonuçları açıklanmaya çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK İŞ GÖRMekten KAÇINMA HAKKI

I. İŞ GÖRMekten KAÇINMA HAKKI KAVRAMI

4857 sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesi uyarınca iş sözleşmesi; bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir.

İş görme; bir gerçek kişi tarafından, bedensel, zihinsel, düşünsel, teknik, bilimsel veya artistlik olarak gerçekleştirilen, belirli bir sonuca ulaşması gerekmeyen, olumlu bir eylemdir.¹ Burada hemen belirtmek gerekir ki, olumlu bir eylemin oluşabilmesi, hareketin harici olarak meydana gelmesi zorunluluğunu doğurmaz. Daha açık ve net bir ifade ile harici bir hareket olmasa da somut olayın şartlarına göre, iş görme edimi gerçekleşebilir. Örneğin, ressama modellik yapma² olumlu bir eylemdir. Bu nedenle, ressama modellik yapma eylemi de iş sözleşmesinin konusu olabilir.

Bunun dışında görülen işin niteliğinin, türünün, vasıta aracılığı ile yapılıp yapılmadığının, iktisadi bir değer taşıyıp taşımadığının, yararlı olup olmadığının hatta bir sonuca hizmet edip etmediğinin de bir önemi yoktur. İş görme ediminin iradi bir biçimde gerçekleşmesi ve kişisel nitelikte olması yeterlidir. Çünkü yukarıda verilen tanımdan da anlaşılacağı üzere, iş sözleşmesinin kurulabilmesi için işçinin iş görme edimini üstlenmesi gerekmektedir. Ve işçi iş görme edimini üstlenerek, daha doğru bir ifade ile iş sözleşmesinin tarafı olarak özenli bir biçimde ve bizzat ifa yükümlülüğü altına girer. Bu nedenle işçinin rızası hilafında ona iş gördürülmesi halinde iş sözleşmesinin varlığından söz edilemeyeceği gibi, iş sözleşmesi başkasının emeğini taahhüt edebilecek birileri ile de yapılamaz. Yine İş

¹ MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, Ankara 2005, s.204. GÖKTAŞ, Türk İş Hukukunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, Ankara 2008, s.17.

² MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e.,s.205.

Kanunu'nun 8. maddesi ile iş görmenin bağımlı olarak gerçekleşeceği düzenlendiği için, işverenin emir ve talimatları dışında ve/veya otoritesi haricinde yapılan iş görme de, iş sözleşmesinin konusu olamaz.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesinde, işçinin iş görme edimini üstlenmesinin karşılığında işverenin de ücret ödeme yükümlülüğü altına gireceği düzenlenmiştir. Bu nedenle, ücretsiz iş görmeyi öngören sözleşme, iş sözleşmesi olarak kabul edilemez.³ Ücret, iş sözleşmesinden doğan iş görme borcunun ifa yükümlülüğü karşılığı ya da işçinin çalışması karşılığında eline geçen ivazdır.⁴ Bu yüzden ücret, hem 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 313. maddesinin 1. fıkrasında yapılan tanımda hem de 4857 sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesi ile getirilen tanımda, iş sözleşmesinin temel bir unsuru olarak düzenlenmiştir. Hatta bununla yetinilmeyerek İş Kanunu kapsamında işverenin ücret ödeme yükümlülüğününün asli karşı edim olduğu müteaddit defalar vurgulanmıştır. Hatta öyle ki, iş sözleşmesi dâhilinde işçinin ücretinin açıkça ve kesin olarak kararlaştırılması da gerekli görülmemiş, ücret konusunda tarafların sessiz kalması halinde ücretin örtülü olarak kararlaştırıldığı kabul edilmiştir. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin kararı ile, iş sözleşmesinde ücretin miktarının açıkça belirtilmemiş olmasının taraflar arasında iş sözleşmesinin bulunmadığı anlamına gelmeyeceği, böyle bir durumda dahi ücretin 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 383. maddesi hükümlerine göre belirlenmesi gerektiği hükme bağlanmıştır.⁵

İşçinin, iş sözleşmesini yapmaktaki amacı en basit ifadesi ile hayatını idame ettirmektir. Bu nedenle söz konusu sözleşmenin daha açık bir ifade ile çalışma ortamının, işçinin hayatına, yaşam refahına açıkça ya da örtülü bir biçimde zarar vermemesi gerekir. Kısaca işçiye sunulan çalışma hayatının “insanileştirilmiş⁶” olması gerekir. Çalışma hayatının insanileştirilmesi, çalışma ortamının genel olarak işçinin maddi ve manevi varlığını tehdit eden risklerden arındırılmış “sağlıklı ve güvenli” hale getirilmiş olmasını ifade eder.⁷ İşçinin çalışma ortamının “sağlıklı ve güvenli” hale getirilmesi, işçinin salt bedenlen korunması anlamına gelmez. Bu kavram işçinin ruh sağlığının korunmasını da kapsar. Çünkü işçi, vücut bütünlüğüne zarar verecek her türlü tehlikeden arındırılmış olsa da yaşam refahını ve kalitesini düşürecek herhangi bir ortamda çalışmaya zorlanamaz.

³ ÇENBERCİ, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1986, s.650.

⁴ GÖKTAŞ, a.g.e.,s.17.

⁵ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 02.07.2009 tarihli 2008/14702 E. 2009/18522 K. Sayılı kararı.

www.kazanci.com

⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s. 749.

⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s. 749.

İşçinin bu anlamda da korunabilmesi için İş Hukuku mevzuatı ile iş sağlığı ve iş güvenliği hükümleri getirilmiştir. Bu hükümler gereğince işverene, ücret ödeme yükümlülüğünden ayrı olarak işçiyi gözetme yükümlülüğü de yüklenmiştir.

İşverenin işçiyi gözetme borcu, dar ve teknik anlamda; işçinin maddi ve moral bütünlüğüne zarar verebilecek iş ve işyeri risklerine karşı önleyici önlemleri alma borcu olarak karşımıza çıkar.⁸ İşverenin bu borcu, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 77. maddesi ile somutlaşmıştır. Buna göre, işveren iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili her türlü önlemi almak, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek, iş sağlığı ve güvenliği konusunda işçileri bilgilendirmek ve eğitmek, yine bu konularda işçilerin görüşlerini almak, katılımlarını sağlamak zorundadır.

Buraya kadar yaptığımız açıklamaları kısaca özetleyecek olursak, iş sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu sözleşme uyarınca, işçinin en temel borcu işverenin emir ve talimatlarına uygun olarak, özenle ve bizzat iş görme edimini yerine getirmektir. Buna karşılık işveren de işçiye, onun yaşamı ve sağlığını tehdit edebilecek her türlü tehlikeyi bertaraf ederek sağlıklı ve güvenli bir çalışma ortamı sunmak ve ücret ödeme yükümlülüğü altına girmektedir.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde genel kural, karşılıklı edimlerin aynı anda ifa edilmesidir. Bu kural taraflara, karşı tarafın edimini ifa etmemesi halinde kendi edimini ifadan kaçınma hakkı da vermektedir. Bu nedenle, işini ifa etmesine rağmen ücreti ödenmeyen işçi ücreti ödenene kadar ya da objektif olarak iş sağlığı ve güvenliği kurallarına aykırı hareket ettiği sabit olan işverenin işçisi, iş sağlığı ve güvenliği hükümlerine aykırılık giderilinceye kadar çalışmaktan kaçınabilir. Bu hak işçiye, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. ve 83. maddeleri ile tanınmış bir haktır.

İşçinin kaçınma hakkı aslında, 4857 sayılı İş Kanunu ile meşrulaştırılmış bir tür geçici baskı vasıtasıdır.⁹ Bu nedenle bu hak ancak, yasadaki koşulların oluşması halinde, iradi olarak kullanılabilir. Dolayısıyla, işçinin bu hakkı sadece görmekle yükümlü olduğu edim ile ilgili olarak ortaya çıkabilir. Yani işverenin işçiden, aralarındaki iş akdinin konusu dışında kalan bir işi görmesini istemesi halinde, işçinin bu işi yapmaması işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullandığı anlamına gelmez. Zira burada işçi zaten yasal olarak bu işi görme yükümlülüğü altında değildir. Öte yandan işçinin, sözleşmesel olarak yüklendiği iş görme edimini iradesi dışında bir sebeple yerine getirememesi hali de bu hakkın kapsamı dışındadır. Çünkü işverenin baskı altına alınması, ancak işçinin iradi olarak iş görme edimini yerine

⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s. 750.

⁹ TOPUZ, 4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, İstanbul 2007, s.465.

getirmediği durumlarda söz konusu olabilir. Ayrıca, bu hak kanundan kaynaklanan bir hak olduğu için de işveren bu nedenle iş akdini feshedemez. Fakat işçi, iş görmekten kaçınmasına neden olan bu eylemi fesih konusu yapabilir.

II. İŞÇİNİN İŞ GÖRME BORCU

İş sözleşmesinin, işçiye yüklediği asıl borç, sözleşmenin konusunu teşkil eden işin ifasıdır. İşçi, bu borcunu sözleşmeden veya durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça, bizzat ve özenle ifa etmek zorundadır.¹⁰

1. Bizzat İfa

İşçi, işin ifasını, aksi sözleşmeden veya durumun gereğinden anlaşılmadıkça, bir başkasına devredemez; işverenin otoritesi altında, bağımlı bir şekilde, bizzat ifa ile yükümlüdür.¹¹

İşin bizzat işçi tarafından ifası yükümlülüğü, iş sözleşmesinin kurulmasında işçinin kişiliğinin önem teşkil etmesi, işverenin, iş başvurusunda bulunan birçok kişinin arasından belli nitelikleri haiz o işçiye seçmesinin bir sonucudur. Bu kapsamda işçi, işverenin icazeti olmaksızın iş görme edimini üçüncü bir kişiye devredemez. Hatta işverenin rızası hilafında yardımcı dahi kullanamaz.¹² Ancak işin vasıfsız işçilerle de yapılabilir olması durumunda iş görme ediminin üçüncü bir kişiye devri ya da yardımcı ile birlikte yapılabilmesi mümkün görülmektedir. Çünkü işin bizzat işçi tarafından yapılacağı kuralı emredici nitelikte değildir.¹³

İşin bizzat yapılmayarak üçüncü kişilere devredilmesi halinde, iş sözleşmesinin devreden bakımından devam edip etmediği ve devralan açısından da yeni bir sözleşmenin söz konusu olup olmadığı sorunu karşımıza çıkmaktadır. İş görme ediminin geçici olarak devredildiği hallerde, devreden işçi ile işveren arasındaki iş akdi sona ermez.¹⁴ Ancak iş görme ediminin sürekli olarak devri halinde, devreden işçi ile işveren arasındaki sözleşmenin sona erdiği, devralan işçi ile işveren arasında ise bir iş sözleşmesinin kurulduğu kabul edilmelidir. İşçinin yardımcı kullanarak iş görme edimini ifa etmesi halinde ise, kural olarak yardımcı olan üçüncü kişi ile işveren arasında bir iş akdinin kurulmuş olduğundan bahsetmek olanaksızdır. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 17.10.2007 tarih 2007/10-753 E. 2007/730 K. sayılı kararı ile, davacının yaptığı hizmetlerin eşine yardım niteliğinde olduğu, dolayısıyla davacı ile davalı apartman yönetimi arasında kaloriferci-kapıcı

¹⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s. 349.

¹¹ MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s. 349.

¹² MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s. 349.

¹³ MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s. 350. Aksi yönde, ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2007, s. 127.

¹⁴ SÜZEK, İş Hukuku, İstanbul 2008, s.294.

ilişkisi gerçekleşmemiş olduğu için davacının hizmet tespitine ilişkin davasının reddi gerekirken yerel mahkemenin aksi yöndeki kararının bozulmasına hükmedilmiştir.¹⁵ Ancak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 17.02.1997 tarih 1996/18940 E. 1997/2030 K. sayılı kararı ile de, eşinin başka bir yerde iş bulması üzerine kapıcılık hizmetlerini üstlenen ve yıllarca ifa eden eş, işçi sayılmıştır.¹⁶

İşçinin, işini bizzat ifa ile yükümlü tutulması, sadece işin, o işçi tarafından yapılması anlamına gelmektedir. Yoksa bizzat ifa yükümlülüğü, işçinin herhangi bir kanuni ya da akdi nedenle çalışmadığı durumlarda ya da hastalık, mazeretli izin, yıllık izin, kısa süreli askerlik veya kanundan doğan bir görevin ifası için işe devam etmediği ya da edemediği süreler için kendisi yerine başkasını bulmasını ifade etmemektedir.¹⁷ Aynı şekilde işçinin belirtilen nedenlerle çalışamaması durumunda işverence maruz kalının zararlar da işçiden istenemez.¹⁸ Hatta aksine uzun süreli bir hizmet sözleşmesinde hastalık, askerlik veya benzeri sebeplerden dolayı kusuru olmaksızın nispeten kısa bir süre için işini ifa edemeyen işçi, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 328. maddesi uyarınca ücret talep edebilir.¹⁹ Öte yandan, işin bizzat ifası yükümlülüğü, işçinin ölümü halinde borcun mirasçıları tarafından ifa edileceği anlamını da taşımaz, işçinin ölümü ile iş sözleşmesi sona erer. Bu durum iş sözleşmesinin kişisellik unsurunun bir sonucudur. İş sözleşmesinin bu özelliğinin bir diğer sonucu da işçinin işi ifa borcunun sadece kendi işverenine ait olmasıdır. Daha açık bir ifade ile işçinin, iş sözleşmesinin tarafı olan işvereni dışında başka bir kimseye karşı iş görme borcu yoktur. Bu nedenle yeni işverenin işin ifasını talep hakkı ancak işçinin muvafakati ile mümkün olur.

İşçinin ifa ile yükümlü olduğu iş, iş sözleşmesi ile kararlaştırılan iştir.²⁰ İş sözleşmesi ile işin türü, niteliği ya da vasıfları açık ya da örtülü bir biçimde bildirilmemişse, işçi, iyi niyet kuralları çerçevesinde, mesleki kariyeri kapsamında yerleşik teamüller içerisinde işverenin kendisinden beklediği işleri yapmakla yükümlüdür.

İşçi, iş sözleşmesi ile belirlenen işi dışındaki bir işi ifa etmek zorunda değildir. Bu nedenle geçici de olsa işçiye başka bir işin gördürülmesi isteniyorsa, işçinin muvafakatinin alınması zorunludur.

¹⁵ Yargıtay Hukuk genel Kurulu'nun 17.10.2007 tarih 2007/10-753 E. 2007/730 K. sayılı kararı.

www.kazanci.com.

¹⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.350. dn.7.

¹⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.351.

¹⁸ GÖKTAŞ, a.g.e. s.24.

¹⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.351. dn.10.

²⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.351.

2. Özenle İfa

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 321. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, işçi, taahhüt ettiği şeyi ihtimam ile ifaya mecburdur.

Özen kavramı, borçlunun ifa etmesi gereken edimin, kendisinden beklenen ve borcun ifası için elzem olan irade, azim, itina ve dikkat gibi sübjektif unsurlarla birlikte yapılacak iş için borçlunun kişiliğinde bulunması zorunlu olan bedensel ve düşünsel niteliklerin toplamını ifade eder.²¹ İşçinin özenle ifası ise, işçinin işini ifa ederken mesleki bilgisinin, fikri ve bedenî kabiliyetlerinin tamamını kullanarak işini ifa etmesini ifade etmektedir. İşçi bu kapsamda, işini görmesi için kendisine sağlanan tüm teçhizatı kullanırken de kendisinden beklenen özeni göstermek zorundadır.

İşçinin işini özenle ifası, kısaca işçiden beklenen özenin gösterilmesini ifade ettiği için nispi nitelik taşır. Ancak bu nispiyet, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 312. maddesinin 3. fıkrası ile objektif bir kritere bağlanmaya çalışılmıştır. Bu maddeye göre, işçiden beklenen özenin derecesi; işçinin o iş için gerekli olup, işverence bilinen veya bilinmesi gereken bilgisinin derecesi ve mesleki yeteneği ile işe yatkınlığı ve nitelikleri gözetilerek sözleşmeye göre belirlenir. Yani işçi, aynı nitelik ve özelliklere sahip bir işçinin işinde gösterdiği normal meslekî özeni göstermekle yükümlüdür.²² Bu durumda işçinin işini tamamen ya da kısmen ifa etmemesi özen borcuna aykırı davranması anlamına gelir. İşçi özen borcuna aykırı davranışlarından sorumludur. Bu sorumluluk için kusurun derecesinin herhangi bir önemi yoktur. Çünkü 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 321. maddesinin 2. fıkrasında; işçinin kasıt, ihmal ve dikkatsizlik ile işverene verdiği zararlardan mesul olacağı kabul edilmiştir. Bunun dışında işçinin işini özenle ifa etmemesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin 2. fıkrasının (h) ve (ı) bendinde, işveren açısından haklı nedenle fesih olarak öngörülmüştür.

3. İş Görme Borcunun İfasında Temerrüt

İşçinin iş görme borcunun ifasında temerrüde düştüğünün kabul edilebilmesi için, işçinin sözleşme ile üstlendiği iş görme edimini, haklı bir nedene dayanmaksızın bilerek ve isteyerek yerine getirmemesi gerekir. Yani işçinin sözleşme ile üstlenmediği işi yerine getirmemesi onu temerrüde düşürmeyeceği gibi, işini; hastalık, mazeretli izin, yıllık izin, kısa süreli askerlik vb. nedenlerle yerine getirememesi temerrüt olgusunu oluşturmaz.

²¹ MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.354.

²² MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.355.

III. İŞÇİYİ İŞ GÖRME BORCUNDAN KURTARAN HALLER

1. İş Görme Borcundan İşçiyi Kurtaran İrade Dışı Haller

a. İşçiden Kaynaklanan Haller

aa. Hastalık, Kaza, Doğum ve Gebelik

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca, işçinin kendi kusurlu davranışlarından kaynaklanmayan hastalık, kaza, doğum ve gebelik hallerinde iş sözleşmesinin askıda kalacağı düzenlenmiştir. Buna göre, işçi kendi kusurlu davranışından kaynaklanmayan hastalık ve kaza hallerinde; bildirim süresi + altı hafta, doğum ve gebelik hallerinde; doğum izni + bildirim süresi + altı hafta iş görme edimini yerine getirmeme hakkını haiz olmaktadır.²³ Bu nedenle bu süreler içerisinde işçinin temerrüdünden söz edilemez. Ayrıca burada işçinin iş görme yükümlülüğü yasal olarak ortadan kalktığı için işçinin bu haklarını kullanması da işçinin iş görmekten kaçınması olarak yorumlanamaz.

ab. Askerlik ve Kanundan Doğan Çalışma

4857 sayılı İş Kanunu'nun 31. Maddesi uyarınca, muvazzaf askerlik hizmeti dışında manevra ya da herhangi bir nedenle silah altına alınan veya herhangi bir kanundan doğan çalışma ödevi dolayısıyla işten ayrılmak zorunda kalan en az bir yıllık kıdeme sahip işçinin iş sözleşmesi iki ay süreyle askıda kalır. Bu süre, kıdemin bir yıldan fazla olması halinde, fazla olan her yıl için iki gün daha artar. Ancak askıda kalma süresi doksan günü geçemez. Bu nedenle bu süreler içerisinde işçinin temerrüdünden söz edilemez. Ayrıca burada işçinin iş görme yükümlülüğü yasal olarak ortadan kalktığı için işçinin bu haklarını kullanması da işçinin iş görmekten kaçınması olarak yorumlanamaz.

ac. Zorlayıcı Nedenler

İşçiyi işyerinde çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması halinde iş sözleşmesi, zorlayıcı neden süresince askıda kalır.²⁴ Ancak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin 3. fıkrası uyarına işveren, zorlayıcı nedenin bir haftadan fazla olması halinde iş akdini feshedebilir. Bu durumda iş akdi zorlayıcı neden dolayısıyla en az bir hafta süre ile askıda kalır.²⁵ Bu nedenle bu süreler içerisinde işçinin temerrüdünden söz edilemez. Ayrıca burada işçinin iş görme yükümlülüğü yasal olarak ortadan kalktığı için işçinin bu haklarını kullanması da işçinin iş görmekten kaçınması olarak yorumlanamaz.

²³ MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.452.

²⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.453.

²⁵ Bu haftalık süre, işçinin normal şartlarda iş görme borcu altında olduğu süreler esas alınarak hesaplanır. Yani işçinin, yıllık izin, mazeretli izin ya da kanun gereği çalışmak zorunda olmadığı zamanlarda geçen bir haftalık süre bu sürenin hesabında göz önünde tutulamaz.

ad. İşçinin Gözaltına Alınması veya Tutuklanması

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin 4. fıkrası ile, işçinin gözaltına alınması ve tutuklanması durumunda devamsızlığı halinde iş sözleşmesinin, aynı Kanun'un 17. maddesinde belirtilen bildirim süresi doluncaya kadar askıda kalacağı öngörülmüştür.²⁶ Bu nedenle bu süreler içerisinde işçinin temerrüdünden söz edilemez. Ayrıca burada işçinin iş görme yükümlülüğü yasal olarak ortadan kalktığı için işçinin bu haklarını kullanması da işçinin iş görmekten kaçınması olarak yorumlanamaz.

b. İşyerinden Kaynaklanan Haller

ba. Zorlayıcı Nedenler

İşçiyi işyerinde çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması halinde iş sözleşmesi, zorlayıcı neden süresince askıda kalır.²⁷ Ancak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin 3. fıkrası uyarınca işveren, zorlayıcı nedenin bir haftadan fazla olması halinde iş akdini feshedebilir. Bu durumda iş akdi zorlayıcı neden dolayısıyla en az bir hafta süre ile askıda kalır.²⁸ Bu nedenle bu süreler içerisinde işçinin temerrüdünden söz edilemez. Ayrıca burada işçinin iş görme yükümlülüğü yasal olarak ortadan kalktığı için işçinin bu haklarını kullanması da işçinin iş görmekten kaçınması olarak yorumlanamaz.

bb. Genel Ekonomik Kriz Nedeniyle Faaliyetin Tamamen veya Kısmen Durdurulması

4857 sayılı İş Kanunu'nun 65. maddesi uyarınca, genel ekonomik kriz nedeniyle işverenin faaliyetlerinin kısmen ya da tamamen en az dört hafta durması halinde, iş sözleşmesi işsizlik sigortasından kısa çalışma ödeneğinin ödendiği süre kadar askıda olacağı kabul edilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun aynı maddesi ile işçiye, işsizlik sigortasından ödenecek kısa çalışma ödeneğinin maksimum üç ay ödeneceği düzenlemiştir. Bu nedenle genel ekonomik kriz nedeniyle faaliyetin tamamen veya kısmen durması halinde iş sözleşmesi en fazla üç ay askıda kalabilir. Üç aydan sonra, işçinin zarar görmemesi için askı süresi sona erer. Bu süreler içerisinde işçinin temerrüdünden söz edilemez. Ayrıca burada işçinin iş

²⁶ Ancak burada devamsızlığın oluşabilmesi için, işçinin tutuklanması ya da gözaltına alınması şarttır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 11.05.1998 tarih 1998/6391 E. 1998/8602 K. sayılı kararı ile gözaltına alınmayan ancak işyeri dışında suç işleyen ve firar eden işçinin iş sözleşmesinin devamsızlık nedeniyle feshedilebileceği gerekçesi ile yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir. Yine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 05.02.2007 tarih 2006/30425 E. 2007/2223 K. sayılı kararı ile işçinin işyeri ile ilgili olmayan birkaç suçtan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesi 4. Fıkrasında belirtilen sürelerden daha az ancak işin normal yürüyüşünü aksatacak kadar çok bir süre tutuklu kalmış olmasını geçerli bir fesih sebebi olarak kabul etmiştir.

²⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.453.

²⁸ Bu haftalık süre, işçinin normal şartlarda iş görme borcu altında olduğu süreler esas alınarak hesaplanır. Yani işçinin, yıllık izin, mazeretli izin ya da kanun gereği çalışmak zorunda olmadığı zamanlarda geçen bir haftalık süre bu sürenin hesabında göz önünde tutulamaz.

görme yükümlülüğü yasal olarak ortadan kalktığı için işçinin bu haklarını kullanması da işçinin iş görmekten kaçınması olarak yorumlanamaz.

2. İşçiyi İş Görme Borcundan Kurtaran İradi Haller

a. Bireysel İş Hukuku Kapsamında Kalan İşçiyi İş Görmekten Kurtaran Haller

aa. Ücret Ödenmemesi Nedeniyle İş Görmekten Kaçınma Hakkı

4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesi uyarınca, ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir sebep olmaksızın ücreti ödenmeyen işçinin iş görmekten kaçınabileceği düzenlenmiştir. Bu şartların oluşması ile işçi, kanunen iş görme ediminden kurtulduğu için temerrüde düşmeyecektir.

ab. İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerini Almaması Nedeniyle İş Görmekten Kaçınma Hakkı

4857 sayılı İş Kanunu'nun 83. maddesi uyarınca, işçinin yaşamı ve sağlığını tehdit eden yakın, acil ve hayati bir tehlikenin bulunması ve böyle bir tehlikenin bulunduğu tespit edilmiş olması halinde işçinin iş görmekten kaçınabileceği düzenlenmiştir. Bu hak da işçiye kanunen tanınmış bir hak olduğu için, bu durumda da işçinin temerrüdünden söz edilemez.

ac. Anlaşmayla İş Görme Borcundan Kurtulma

İş sözleşmesinin tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradeleri ile askıya alınması mümkündür. Bu şekilde iş sözleşmesinin askıya alındığı hallerde, askı süresince işçi iş görme edimini yerine getirmekten kurtulur. Bu nedenle, böyle bir durumda da işçinin temerrüdünden bahsedilemez.

b. Toplu İş Hukukundan Kaynaklanan ve İşçiyi İş Görme Borcundan Kurtaran Haller

ba. Grev

Toplu İş Hukuku kapsamında, işçiye iş görmekten kaçınma hakkı veren kurumlardan biri grevdir.²⁹ Bu durumda işçi, tek taraflı olarak iş sözleşmesinin ve iş görme edimini askıya almakta ve askı süresi boyunca iş görme edimini yerine getirmekten kurtulmaktadır.

²⁹ GÖKTAŞ, a.g.e., s.33.

bb. Lokavt

İşçiyi iş görme borcundan kurtaran diğer bir kurum ise, kanuni lokavttır. Kanuni lokavt; toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması ve işçi sendikası tarafından grev kararı alınması halinde, kanun hükümlerine uygun olarak, işyerinde faaliyetin tamamen durmasına sebep olacak tarzda, işveren veya işveren vekili tarafından kendi teşebbüsü ile veya işveren kuruluşun verdiği karara uyarak işçilerin topluca işten uzaklaştırılmasıdır.

Kanuni bir lokavtın uygulanması halinde lokavta uğramış işçilerin iş sözleşmesinden doğan hak ve borçları lokavtın sona ermesine kadar askıda kalır.³⁰ Bu nedenle lokavt halinde ve süresince işçinin temerrüdü söz konusu olmaz.

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ ÖNLEMLERİNİN ALINMAMASI HALİNDE İŞ GÖRMEKTEN KAÇINMA HAKKI

I. GENEL OLARAK İŞVERENİN GÖZETME BORCU

İşverenin işçiyi gözetme borcu, işçinin sadakat borcunun karşılığı olarak görülmüştür. Bu anlamda, işverenin işçiyi gözetme borcu; işçinin gördüğü iş dolayısıyla maruz kalabileceği zararlara karşı gereken önlemleri almak, çıkarlarına zarar verebilecek davranışlardan kaçınmak şeklinde yükümlülüklerden oluşan bir borç olarak mütalaa edilmektedir.³¹ Yani gözetme borcu, tıpkı sadakat borcunda olduğu gibi, işverenin işçisine karşı diğer borçlarını kapsayan ve anlamlandıran ve objektif iyi niyet kurallarına göre tezahür eden davranışı yükümlülüklerinin toplamından oluşan, somut sınırları bulunmayan geniş kapsamlı bir borçtur.³²

Gözetme borcu genel olarak, işçinin kişiliğine saygı gösterme ve koruma yükümlülüğü yanında sağlığını ve yaşamını korumaya elverişli tüm önlemleri almak, işçinin işyerine getirdiği eşyasını korumak, çalışma belgesi vermek, hastalık ve kaza halinde ücret ödemek gibi yükümlülüklerden oluştuğu kabul edilmektedir.³³ Ancak bu borcun içeriğini yoğun bir biçimde işçi sağlığı ve güvenliğini koruyucu hükümler doldurmaktadır. Bu nedenle,

³⁰ GÖKTAŞ, a.g.e., s.36.

³¹ MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.425.

³² MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.425.

³³ MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.425.

işverenin gözetme borcu denildiğinde akla işçinin sağlığı ve güvenliği için alınan önlemler gelmekte diğerleri tali duruma düşmektedir.

II. İŞVERENİN İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ ÖNLEMLERİNİ ALMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

İş sağlığı ve güvenliği; iş kazaları ve meslek hastalıklarına karşı gereken önlemlerin alınması suretiyle çalışma ortamının sağlıklı ve güvenli bir şekilde düzenlenmesini ve böylece işçinin yaşam ve sağlığının korunmasını hedefler.³⁴ Daha önce de ifade ettiğimiz gibi işçinin çalışma ortamının sağlıklılaştırılması ya da “insanileştirilmesi” işçi açısından hayati bir öneme sahiptir. Bu nedenle işverenin genel olarak bu yükümlülüğü, özel olarak da iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğü kanun koyucu tarafından oldukça önemsenmiştir. Bunun için, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümler hem 818 sayılı Borçlar Kanunu hem de 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında ayrı ayrı düzenlenmiştir.

818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 332. maddesi: “İş sahibi, akdin hususi halleri ve işin mahiyeti noktasından hakkaniyet dairesinde kendisinden istenilebileceği derecede çalışmak dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere karşı icabeden tedbirleri ittihaza ve münasip ve sıhhi çalışma mahalleri ile işçi birlikte ikamet etmekte ise sıhhi yatacak bir yer tedarikine mecburdur.

İş sahibinin yukarıdaki fıkra hükmüne aykırı hareketi neticesinde işçinin ölmesi halinde onun yardımından mahrum kalanların bu yüzden uğradıkları zararlara karşı isteyebilecekleri tazminat dahi akde aykırı hareketten doğan tazminat davaları hakkındaki hükümlere tabi olur.”

4857 sayılı İş Kanunu’nun 77. maddesi: “İşverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler.

İşverenler işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek, işçileri karşı karşıya buldukları mesleki riskler, alınması gerekli tedbirler, yasal hak ve sorumlulukları konusunda bilgilendirmek ve gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitimini vermek zorundadırlar. Yapılacak eğitimin usul ve esasları Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

İşverenler işyerlerinde meydana gelen iş kazasını ve tespit edilecek meslek hastalığını en geç iki iş günü içinde yazı ile ilgili bölge müdürlüğüne bildirmek zorundadırlar.

³⁴ GÖKTAŞ, a.g.e., s.211.

Bu bölümde ve iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tüzük ve yönetmeliklerde yer alan hükümler işyerindeki çıraklara ve stajyerlere de uygulanır.”

Görüldüğü üzere, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 332. maddesinde yer alan düzenleme sadece bir temel teşkil edebilecek mahiyette genel bir düzenlemedir. Buna karşılık 4857 sayılı İş Kanunu'nun 77. maddesi, işçinin daha çok korunmasına yönelik daha ayrıntılı olarak kaleme alınmıştır. Örneğin, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda işveren sadece gerekli önlemleri almakla yükümlü tutulduğu halde, 4857 sayılı İş Kanunu'nda işverenin her türlü önlemi almış olması şarttır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 77. maddesi uyarınca işveren;

- ❖ İş sağlığı ve güvenliği için her türlü önlemi almak,
- ❖ İş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek,
- ❖ İş sağlığı ve güvenliği konusunda işçileri bilgilendirmek ve eğitmek,
- ❖ İş sağlığı ve güvenliği konularında işçilerin görüşlerini almak, katılımlarını sağlamak zorundadır.

1. İş Sağlığı ve Güvenliği İçin Gerekli Her Türlü Önlemi Almak

4857 sayılı İş Kanunu'nun 77. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, işverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak ile yükümlüdürler.

2. İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerine Uyulup Uyulmadığını Denetlemek

4857 sayılı İş Kanunu'nun 77. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, işverenler işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek ile de yükümlü tutulmuşlardır.

3. İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşçileri Bilgilendirmek ve Eğitmek

4857 sayılı İş Kanunu'nun 77. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, işverenler işçileri karşı karşıya buldukları mesleki riskler, alınması gerekli tedbirler, yasal hak ve sorumlulukları konusunda bilgilendirmek ve gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitimini vermek zorundadırlar. Yapılacak eğitimin usul ve esasları Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

4. İş Sağlığı ve Güvenliği Konularında İşçilerin Görüşlerini Almak, Katılımlarını Sağlamak

İşveren, söz konusu yönetmelik hükümlerine göre, 11. maddede belirtildiği şekilde, iş sağlığı ve güvenliği konularında işçilerin veya temsilcilerin görüşlerini almak,

onlara öneri getirme hakkı tanımak, bu konudaki görüşmelerde yer almalarını ve dengeli katılımlarını sağlamakla yükümlüdürler.³⁵

III. İŞ GÖRMekten KAÇINMA HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

4857 sayılı İş Kanunu'nun 83. maddesinde işçinin yaşamına ve sağlığına yönelik bir tehlikenin bulunması halinde iş görmekten kaçınabileceği bir hak olarak düzenlenmiştir. Ancak hakkın mahiyetine ilişkin olarak farklı görüşler bulunmaktadır.

Bu görüşlerden ilki, işçiye iş görmekten kaçınma hakkını veren tehlikeli hali, mücbir sebeple özdeşleştirmektedir. Gerçekten de, tehlike halinin bir mücbir sebep olarak nitelenmesi ve buradan da iş görmekten kaçınma hakkının, işçinin kusursuz ifa imkânsızlığı olarak değerlendirilmesi mümkündür.³⁶ Mücbir sebep dış kuvvetlerin sonucu olan, borçlunun işletmesi ile bağlantılı bulunmayan, sözleşmenin yapıldığı sırada öngörülme, ortaya çıktığında karşı konulamayan ve mutlak bir şekilde borcun ifasını engelleyen olaydır.³⁷

İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tehlike hali, çoğu kez işverenin işletmesi ile ilgili ve öngörülebilir bu nedenle de karşı konulması mümkün olabilen olaylardır. Ancak bazı spesifik durumlarda, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan tehlikeli hallerin de ortaya çıkması mümkündür. Daha açık bir ifade ile iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tehlike hali, mücbir sebebe göre karşılaşılmaması daha kolay bir olgudur. Bu nedenle bu kavramın mücbir sebeple açıklamaya çalışmak onun kapsamının daralmasına neden olur. İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tehlike kavramının daraltılması halinde ise işçinin refleks sonucu olduğu kabul edilen kaçınma hakkı işçinin oldukça aleyhine olarak kısıtlanmış olur. Bu durum ise, iş hukukunun genel ilkelerine aykırılık teşkil eder. Bu nedenle kanaatimizce işçinin kaçınma hakkının mücbir sebep ile ilişkilendirilmesi görüşü pek de isabetli değildir.

Bir başka görüş ise, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tehlikenin zaruret hali oluşturduğu görüşüdür. 818 sayılı Borçlar Kanunu'na göre, zorunluluk hali; kendisini veya diğer bir şahsı zarardan veya derhal meydana gelecek bir tehlikeden korumak için başkasının mallarına zarar verme³⁸ olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla zaruret halinde, yapılan saldırı veya yaratılan tehlike ile ilişkisi olmayan üçüncü kişinin malına zarar verilmiş olması gerekmektedir. Ancak, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tehlike hali, daha önce de belirttiğimiz üzere, çoğu kez işveren ile ilişkisi bulunan bir tehlikedir. Bu durumda zaruret hali, ancak işletme ile ilgili olmayan bir tehlike olduğunda söz konusu olabilecektir. Bu nedenle, iş

³⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.755.

³⁶ TOPUZ, a.g.m., s.464.

³⁷ REİSOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006, s.310.

³⁸ REİSOĞLU, a.g.e., s.143.

sağlığı ve güvenliğine ilişkin tehlikenin zaruret hali ile açıklanması da kavramın daralmasına neden olacağından doğru değildir.

Üçüncü bir görüş ise, işçinin iş görmekten kaçınma hakkının işçinin şahsen kullanabileceği temel güvenlik hakkının tezahürü mahiyetinde olduğudur.³⁹ Ancak bu görüş de, işverenin koruma ve gözetme borcunun böyle bir yaptırımını içermediği gerekçesi ile eşleştirilmektedir.⁴⁰

Başka bir görüşe göre, kaçınma hakkının hukuki niteliği ödemezlik def'idir. Ödemezlik def'i, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflara, karşı edim ifa edilinceye kadar veya en azından karşı edimin ifası ciddi ve eylemli bir biçimde teklif edilinceye kadar kendi borcunu ifadan kaçınma olanağı sağlamaktadır.⁴¹ Bu yönüyle ödemezlik def'inin iki fonksiyonu vardır. Bunlardan ilki, teminat, ikincisi de baskı fonksiyonudur. Gerçekten de, karşı edim ifa edilinceye kadar borçlunun edimini ifadan kaçınması bir teminattır. Yine bu biçimde de, karşı edim yükümlüsü baskı altına alınmaktadır.

İş sözleşmesi de karşılıklılık esasına dayanan bir sözleşmedir. Bu nedenle taraflardan birinin edimini yerine getirmemesi halinde diğeri ödemezlik def'inde bulunabilme yetkisini haizdir. Bu nedenle, işçinin yaşamına yönelik yakın ve ciddi bir tehlikenin bulunması halinde, işçinin; işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alıncaya kadar çalışmamasını ödememezlik def'i olarak nitelendirmek mümkündür. Ancak daha önce açıkladığımız üzere, işçinin iş sağlığı ve güvenliği hükümlerine aykırılık nedeniyle iş görmekten kaçınmasının nedeni, tehlikeden zarar görmeden kurtulma refleksidir. Dolayısıyla işçinin, böyle bir tehlikenin varlığı halinde iş görmekten kaçınması, işvereni baskı altına alma amacı taşımamaktadır. Hal böyle olunca, ödemezlik def'inin baskı fonksiyonu da oluşmamış olmaktadır. Bu nedenle işçinin kaçınma hakkı ödemezlik def'i olarak değerlendirilemez.⁴²

Bir görüşe göre, iş sağlığı ve iş güvenliği bakımından işçinin iş görmekten kaçınma hakkını işverenin temerrüdü olarak görmek mümkündür. Çünkü işverenin işçi tarafından yer, zaman ve içerik itibariyle gereği gibi sunulan iş görme edimini haksız olarak reddetmesi halinde "iş kabulde temerrüt" söz konusu olur.⁴³ Zira karşılıklı iki tarafa yükümlülük yükleyen sözleşmelerde borçlunun edimini gereği gibi ifa edebilmesi, genellikle alacaklının ifaya katılması ve ifayı kabul etmesine bağlıdır. Alacaklı ifayı kabulden veya

³⁹ GÖKTAŞ, a.g.e., s. 217.

⁴⁰ GÖKTAŞ, a.g.e., s. 217.

⁴¹ TOPUZ, a.g.m., s.462.

⁴² Aksi yönde, TOPUZ, a.g.m., s. 462.

⁴³ AKYİĞİT, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından İşçinin Başka İşte Çalışması, Ankara 1995, s.145.

gerekli hazırlık fiillerini yapmaktan haklı bir neden olmadan kaçınırsa borçlu ifada bulunamaz ve bu durumda alacaklı temerrüde düşmüş olur.⁴⁴

Daha önce, müteaddit defalar belirttiğimiz üzere, iş sağlığı ve güvenliği önlemleri, işçinin çalışma ortamının insanileştirilmesi için alınması zorunlu önlemlerdir. Daha açık bir ifade ile işin yapılabilmesi için, işverenin öncelikle işçinin çalışma ortamını hazırlamış olması gereklidir. Bu anlamda, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması, işçinin iş görme borcunu ifa için işverenin ifaya katılma fiillerinden (hazırlık fiili olarak) kabul edilmektedir.⁴⁵ Dolayısıyla işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almamış olması onun ifayı kabulde temerrüde düşmesine yol açar.⁴⁶ Burada dikkat edilmesi gereken husus, mücbir sebep ve zaruret halinde eleştirel biçimde açıkladığımız ifa imkânsızlığının, burada söz konusu olmayışıdır. Yani, işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmamış olması, işverenin temerrüde düşmesi için yeterlidir. Bu bağlamda, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine ilişkin tehlike halinin bu şekilde nitelendirilmesi kavramı daraltmayacağından ve burada alacaklının temerrüde düşmesi kusur şartına bağlanmadığından daha isabetlidir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, en isabetli görüş bu olsa da, alacaklının temerrüdü de işçinin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle iş görmekten kaçınması halini tam olarak karşılayamamaktadır. Şöyle ki, öncelikle iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması zorunluluğu borçlar hukuku anlamında yukarıda açıkladığımız biçimde hazırlık faaliyeti olarak kabul edilmektedir. Ancak iş hukuku açısından bu borç işverene yüklenmiş asli bir borç olan işçiyi gözetme borcunun bir yansımasıdır.⁴⁷ Bir diğer farklı yön ise, alacaklının temerrüdünün oluşabilmesi için borçlunun ifayı teklif etmesi ve fakat alacaklının ifayı kabullenmeden imtina etmesi ya da alacaklının hazırlık fiillerini icra etmemesi nedeniyle borçlunun borcunu yerine getirememesi gereklidir.⁴⁸ Daha açık bir ifade ile burada borçlu iradesi dışında alacaklının hazırlık fiillerini icra etmemesi nedeniyle borcunu ifa edememektedir. Ancak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 83. maddesi uyarınca işçinin iş görmekten kaçınmış sayılabilmesi için, iradi olarak iş görme edimini yerine getirmemesi gereklidir. Üçüncü bir fark ise, borçlar hukuku anlamında alacaklının temerrüdü akde aykırılık sonucunu doğurmazken, iş hukuku anlamında işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almayışı akde açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

⁴⁴ GÖKTAŞ, a.g.e.,s.218.

⁴⁵ GÖKTAŞ, a.g.e, s.219.

⁴⁶ GÖKTAŞ, a.g.e.,s.219.

⁴⁷ Ancak, işçinin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma borcunu yerine getirmesi için işverene dava açabilme olanağından yoksun bulunması, bu yükümlülüğün hazırlık fiili olarak nitelendirilmesini kaçınılmaz kılmaktadır. GÖKTAŞ, a.g.e., s. 220.

⁴⁸ GÖKTAŞ, a.g.e., s. 221.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 325. maddesinde işverenin temerrüdü düzenlenmiştir. Buna göre; "İş sahibi işi kabulde temerrüt ederse, işçi taahhüt ettiği işi yapmağa mecbur olmaksızın mukaveledeki ücreti isteyebilir. Şu kadar ki, işi yapmadığından dolayı tasarruf ettiği yahut diğer bir iş ile kazandığı ve kazanmaktan kasten feragat eylediği şeyi mahsup ettirmeğe mecburdur."

IV. İŞ GÖRMekten KAÇINMA HAKKININ ŞARTLARI

1. İşçinin Yaşamını veya Sağlığını Tehdit Eden Yakın, Acil ve Hayati Bir Tehlikenin Varlığı

İşçinin iş görmekten kaçınma hakkının ilk şartı; işçinin yaşamı ve sağlığını tehdit eden yakın, acil ve hayati (ciddi) bir tehlikenin olmasıdır.⁴⁹ Tehlikenin yakın olması, tehlikenin henüz gerçekleşmemiş ancak, çok kısa bir süre sonra gerçekleşebilir olmasıdır. Örneğin; Van'da gerçekleşen 7,2 şiddetindeki depremden sonra Bayram Otel'de işçilerin çalıştırılması gibi. Tehlikenin hayati ve acil olması ise, işçiler tarafından görülen işin normal riskinin üzerinde bir tehlike yaratması halidir. Örneğin, demir-çelik fabrikasında hararet ölçümleri arızalanmış kazanların kullanılması gibi.⁵⁰

İşçinin yaşamını veya sağlığını tehdit eden yakın, acil ve hayati bir tehlikenin her somut olayda olayın özelliklerine göre yeniden belirlenmesi gerekir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 83. maddesinin 3. fıkrası; "Kurulun işçinin talebi yönünde karar vermesi halinde işçi, gerekli iş sağlığı ve güvenliği tedbiri alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir." şeklindedir. Dolayısıyla işçinin iş görmekten kaçınma hakkının kullanılabilmesi için, kanun koyucu; işçinin yaşamını ve sağlığını tehdit eden tehlikenin devam etmesini de şart koşmuştur.

2. Yakın, Acil ve Hayati Tehlikenin Objektif Olarak Tespit Edilmiş Olması

İş görmekten kaçınma hakkının ikinci şartı; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 83. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında açıklandığı şekilde işçinin, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna ya da işveren vekiline başvurmuş ve istemi gibi bir karar almış olmasıdır.

Söz konusu şart, işçinin kendi çalışma ortamını objektif ve sağlıklı bir biçimde değerlendiremeyeceği ve işçinin aslında böyle bir tehlikenin olmadığı durumlarda da işi bırakmasının iş hayatına zarar vereceği düşüncesi ile konulmuştur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 80. maddesi uyarınca, sanayiden sayılan devamlı olarak en az elli işçi çalıştıran ve altı aydan fazla sürekli işlerin yapıldığı iş yerlerinde her

⁴⁹ TOPUZ, a.g.e., s. 479.

⁵⁰ TOPUZ, a.g.e., s. 479.

işveren bir iş sağlığı ve güvenliği kurumu kurmakla yükümlüdür. İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmeliği'nin 5.maddesine göre söz konusu kurul aşağıda belirtilen sekiz kişiden oluşur:

- a) İşveren veya işveren vekili,
- b) İş Kanununun 82. maddesi uyarınca iş güvenliği ile görevli mühendis veya teknik elemanı,
- c) İş Kanununun 81. maddesi uyarınca görevlendirilen işyeri hekimi,
- d) İnsan kaynakları, personel, sosyal işler veya idari ve mali işleri yürütmekle görevli bir kişi,
- e) Varsa sivil savunma uzmanı,
- f) İşyerinde görevli formen, ustabaşı veya usta,
- g) 2821 sayılı Sendikalar Kanununun değişik 34. maddesi hükmü uyarınca işyerinde bulunan sendika temsilcilerinin kendi aralarında seçecekleri kişi, işyerinde sendika temsilcisi yoksa o işyerindeki işçilerin yarısından fazlasının katılacağı toplantıda açık oyla seçilecek işçi,
- h) Sağlık ve güvenlik işçi temsilcisi.

Kurulun başkanı işveren veya işveren vekili, kurulun sekreteri ise, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 82. maddesi uyarınca seçilen iş güvenliği ile ilgili mühendis ya da teknik elemandır. Söz konusu 5. maddenin (b), (c), (d), (e) bentlerinde gösterilen üyeler işveren veya işveren vekili tarafından atanırlar. Formen, ustabaşı veya usta üye ise, o işyerindeki formen, ustabaşı veya ustaların yarısından fazlasının katılacağı toplantıda açık oyla seçilir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 83. maddesi gereğince, yaşamını ve sağlığını tehdit eden yakın, acil ve hayati bir tehlike ile karşılaşan işçi yukarıda anlattığımız şekilde teşekkül eden kurula ya da işveren vekiline başvurarak bu durumun tespit edilmesini talep etmek zorundadır. İş Sağlığı ve Güvenliği Kurumları Hakkında Yönetmeliğin 7. maddesinin (i) bendi uyarınca, kurul aynı gün toplanır, kararını verir ve işçiye yazılı olarak bildirir. Kurul eğer işçinin istemi gibi karar verirse, işçi iş görmekten kaçınma hakkını kullanabilir. Eğer kurul ya da işveren veya vekili işçinin talebinin aksine bir karar verirse, işçi aynı taleple Bölge Çalışma Müdürlüğü Teftiş Kurulu'na da başvurabilir. Müfettişin işçinin talebi yönünde karar vermesi halinde de işçi çalışmaktan kaçınabilir.

3. İŖi görmekten Kaçınma Hakkının Kullanımının, Bir Başkasının Yaşamını ve Bedensel Bütünlüğünü Etkileyecek Derecede Yakın ve Ciddi Bir Tehlike Oluřturmaması⁵¹

İş görmekten kaçınma hakkının çnc Ŗartı; işçinin işi görmekten kaçınma hakkının kullanımının, bir başkasının yaşamını ve bedensel bütünlüğünü etkileyecek derecede yakın ve ciddi bir tehlike oluşturmamasıdır. “Bir başkası” ifadesi ile anlatılmak istenen, işveren ve işyerinde çalışan diğeri işçiler ile özel ve somut sosyal temasa geçen kişilerdir.

İş görmekten kaçınması dolayısıyla işverenin ya da işyerinde çalışan diğeri işçilerin yaşam veya bedensel bütünlüğüne zarar verilmesi halinde, artık iş görmekten kaçınma hakkını kullanan işçinin, bu davranışı hukuka uygun olmaktan çıkmaktadır. Örneğın, işyerinde bulunan bir makinenin tehlikelerine karşı nleme görevi bulunan bir işçinin, tehlikeden kaçınmak için işyerini terk etmesi durumunda, diğeri işçilerin hayatının tehlikeye girmesi gibi. Madenlerde grizu patlamaların önlenmesi açısından gaz ölçümü yapmak ve buna bağlı uyarı sistemini çalıştırmakla görevli işçinin durumunu da aynı Ŗekilde değerlendirebiliriz.

Her ne kadar iş görmekten kaçınan işçinin hayatı da tehlikede olsa, sırf tehlikelerin giderilmesi için n uyarı sisteminin çalıştırılması görevi ile görevli olması ve bunu yapmadığı zaman işyerinde bulunan kişilerin (çalışan diğeri işçilerin, işveren veya vekilinin ya da işyerinde bulunan müşteri gibi diğeri kişiler) zarara uğrama ihtimalinin doğması, işçinin kasten kaçınma hakkını kötüye kullandığı anlamına gelir. Çünkü karşılaşan iki hak birbiri ile aynı derecededir. Ancak işçinin somut görevi, görevini ihmal ettiğinde, zarar görecek olanların bulunması kaçınma hakkını diğeri kişilerin yaşam ve sağlık haklarının gerisinde bırakmaktadır.

4. İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Nedenleriyle İşyerinin Kapatılmamış veya İşin Durdurulmamış Olması

İş görmekten kaçınma hakkının son Ŗartı; iş sağlığı ve güvenliği nedenleri ile iş yerinin kapatılmamış olmasıdır. Bu Ŗart, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 83. maddesinin 6. fıkrasında düzenlemiştir. Ancak bu Ŗart düzenlenmiş olmasa da, kapanan bir işyerinde çalışmaktan kaçınma mümkün olamayacağı için, hakkın mahiyeti gereği olarak da ortaya çıkacaktı.

⁵¹ TOPUZ, a.g.m., s. 484. (Bu başlık tamamı ile)

V. İşverenin İşçisi Olmayan İşçilerin İş Görmekten Kaçınma Hakkını Kullanıp Kullanamayacağı Sorunu

Bir işyerinde çalışan üç tür işçi olabilir.⁵² Bunlardan ilki işverenin işçileri, ikincisi alt işveren ilişkisi ile çalışan işçiler, üçüncüsü de, ödünç iş ilişkisi ile çalışan geçici işçilerdir. Bunlardan sadece ilki ile işveren arasında sözleşme vardır, diğerleri ile işveren arasında herhangi bir sözleşme yoktur. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 83. maddesi ile işvereni ile arasında sözleşme bulunmayan işçinin durumu düzenlenmemiştir. Bu nedenle diğer iki grubun iş sağlığı ve güvenliği hükümlerine aykırılık nedeniyle iş görmekten kaçınma haklarının bulunup bulunmadığı sorusu akla gelebilir.

Alt işveren işçisi, işveren ile aralarında bir sözleşme olmasa da, asıl işverenin iş yerinde çalışmaktadır. Yani işçinin çalışma hayatı, asıl işverenin işletmesinden ibarettir. Hakeza ödünç işçi de, aralarında herhangi bir sözleşme olmasa da ödünç alanın işyerinde çalışmaktadır. Dolayısıyla her iki işçi grubu da aralarında sözleşme olmayan işverenin işyerlerinin dâhilindedir. Bu nedenle, sözleşmeye dayalı olmasa bile 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi gereği işverenin bu işçilere yönelik yükümlülükleri vardır. Bu kapsamda işverenin bu işçilerine de insanileştirilmiş çalışma ortamı sağlaması zorunludur. Dolayısıyla bu işçilerin de 4857 sayılı İş Kanunu'nun 83. maddesi uyarınca iş görmekten kaçınma hakları vardır.

VI. İŞ GÖRMekten KAÇINMA HAKKININ SINIRI

İşçinin iş görmekten kaçınma hakkı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 83. maddesi ile sınırlandırılmıştır. Buna göre, işçi gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınıncaya kadar iş görmekten kaçınabilir. Ancak, iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınmadan işçinin yaşamı ve sağlığını tehdit eden tehlikenin ortadan kalması halinde de işçi, kaçınma hakkını kullanamayacaktır. Başka bir anlatımla, iş görmekten kaçınma hakkı; yakın, acil ve hayati tehlikenin ortadan kalktığı veya iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alındığı ana kadar kullanabilecektir.⁵³ Çünkü burada korunmaya çalışılan değer işçi sağlığıdır. İşçinin kötü şartlar altında yaşamının ve sağlığının bozulması tehlikesinin ortadan kalkması ile işçinin iş görmekten kaçınma hali de mesnetsiz bir hale gelmekte, hatta işçinin tehlikenin kalkmasına rağmen çalışmaması hakkın kötüye kullanımı olarak görülmekte ve fesih sebebi olarak kabul edilmektedir.

⁵² TOPUZ, a.g.m., s. 486.

⁵³ GÖKTAŞ, a.g.e., s. 226.

İş görmekten kaçınma hakkının bir başka sınırı da, iş sözleşmesinin süresidir. Zira işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanabilmesi için iş görme edimi ile yükümlü olması gereklidir. İş sözleşmesinin sona ermesiyle, işçinin iş görme yükümü de nihayet bulmaktadır. Aynı nedenle işyerinin kapatılmış veya işin durdurulmuş olması halinde de iş görmekten kaçınmak mümkün değildir.

VII. İŞ GÖRMekten KAÇINMA HAKKININ KULLANIM ŞEKLİ

İşyerinde, yaşamını ve sağlığını tehdit eden, yakın, acil ve hayati bir tehlike ile karşılaşan işçi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 83. maddesi gereğince, daha önce ifade ettiğimiz şekilde, işveren veya vekiline ya da kurula başvurarak durumun tespit edilmesini ister. İşçinin bu talebi üzerine, işveren veya vekili, işçinin cevabın yazılı olarak bildirilmesini istediği durumlarda, yazılı bildirimde bulunmaları gerekir.⁵⁴ Başvurunun kurula yapılması halinde ise, kurul aynı gün acilen toplanır, bir karara varır ve kararı işçiye yazılı olarak bildirir. Bildirimlerin işçinin talebine uygun olması halinde işçi, iş görmekten kaçınabilir.

İşçiye talebine rağmen işveren veya vekili ya da kurul tarafından cevap verilmeyebilir, burumda öngörölmüş herhangi bir hukuki ya da cezai bir yaptırım söz konusu değildir. Bu nedenle işçinin, kaçınma hakkını kullanmak için cevabı bekleme zorunluluğunun bulunmadığı kabul edilmektedir.⁵⁵ Ancak bu durumda tehlikenin işçinin hayatını ve sağlığını tehdit eden yakın, acil ve hayati bir tehlikenin bulunup bulunmadığı henüz tespit edilememiş olduğundan, riziko işçiye ait olacaktır.

Yaşamını ve sağlığını tehdit eden yakın, acil ve hayati bir tehlike nedeniyle iş görmekten kaçınan işçinin kural olarak, -işverenin kabulde temerrüde düşmesi için- ifaya hazır olması gereklidir. Bu nedenle işçinin işyerine gelip ifaya hazır olması gerekir. Ancak söz konusu tehlikenin tüm işyerini sarması halinde böyle bir şart aranmamaktadır.⁵⁶

VII. İŞ GÖRMekten KAÇINMA HAKKININ HÜKÜM VE SONUÇLARI

1. İş Sözleşmesinin Durumu

İşçinin iş sağlığı güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle, iş görmekten kaçınması sözleşmeyi sona erdirmez.⁵⁷ Bu nedenle, işçinin iş görme edimini yerine getirmek dışındaki borçları, işverenin ise tüm borçları devam eder. Dolayısıyla, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasına rağmen çalışmaya başlamayan işçi, sadakat yükümlülüğünü ihlal

⁵⁴ GÖKTAŞ, a.g.e., s. 228.

⁵⁵ GÖKTAŞ, a.g.e, s. 228.

⁵⁶ GÖKTAŞ, a.g.e.,s. 229.

⁵⁷ GÖKTAŞ, a.g.e.,s. 229.

etmiş olur. Bu durumda işveren, akdi bu nedenle feshedebilir. Yine sözleşme devam ettiği için, çalışmaktan kaçınan işçinin yerine başkasının alınması, o işin başkasına gördürülmesi mümkün değildir. Ancak, 4857 sayılı İş Kanunu ile işverenin böyle bir davranış sergilemesi herhangi bir yaptırıma bağlanmış da değildir. Bu nedenle, böyle bir durumla karşılaşan işçi, sadece tazminat talep edebilir.

2. İşçinin İş Görmekten Kaçındığı Süreye İlişkin Ücret ve Diğer Talep Haklarının Durumu

İşçi, iş görmekten kaçındığı süre içerisinde fiilen çalışmasa da çalışmış gibi kabul edilir.⁵⁸ Bu nedenle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 83. maddesinin 4. fıkrası ile "İşçinin çalışmaktan kaçındığı dönem içinde ücreti ve diğer haklarının saklı olduğu" düzenlenmiştir. Dolayısıyla işçi, kaçındığı süre içerisinde, ücret ve diğer talep haklarını almaya hak kazanır.

Burada, işçinin işi yapmadığından dolayı tasarruf ettiği veya bu sürede diğer bir işte çalıştığı için kazandığı ya da kazanmaktan kasten imtina ettiği şeyin mahsup edilip edilemeyeceği tartışmalıdır. Zira bu hüküm, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 325. maddesinde düzenlenmişken, 4857 sayılı İş Kanunu'nda kendine bir düzenleme alanı bulamamıştır. Kanaatimizce, kanunun koyucu bilinçli ve iş hukukunun temel ilkelerine uygun olarak 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer alan bu düzenlemeyi 4857 sayılı İş Kanunu'na taşımamıştır. Bu nedenle bu biçimde bir mahsubun yapılması mümkün değildir.

3. İş Görmekten Kaçınılan Süre ve Niteliği

İş görmekten kaçınma hakkı hukuki nitelikçe alacaklının işi kabulde temerrüdü olarak kabul edildiğinden işçinin çalışmadığı süre, çalışılmış gibi sayılacak ve kıdeme bağlı hakların hesaplanmasında göz önünde bulundurulacaktır.⁵⁹

4. İş görmekten Kaçınılan Sürede İşçinin Sosyal Güvenlik Durumu

İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkını kullanan işçi, fiilen çalışmamasına rağmen daha önce açıkladığımız üzere, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 83. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, ücret ve diğer haklarını talep edebilir.

Yine daha önce açıkladığımız üzere, işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanmasının hukuki niteliği işverenin temerrüdüdür. Başka bir ifade ile işçi işini ifaya hazır olmasına rağmen, işveren kabulden imtina etmektedir. Bu nedenle bu süreler içerisinde, işçi

⁵⁸ GÖKTAŞ, a.g.e., s.229.

⁵⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s. 759.

fiilen çalışmış sayılmaktadır. İşçinin fiilen çalışmış sayıldığı sürelerin, sigortalılık sürelerine ekleneceği ise Yargıtay tarafından kabul edilmektedir.⁶⁰

E. İşçinin İş Sözleşmesini Fesih Hakkı

4857 sayılı İş Kanunu'nun 83. maddesi işçiye, iş sağlığını ve güvenliğini tehdit eden bir tehlike ile karşılaşması halinde, altı iş günü içinde haklı nedenle fesih imkânı tanımıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 83. maddesinin 5. fıkrası: "İş sağlığı ve güvenliği kurulunun kararına ve işçinin talebine rağmen gerekli tedbirin alınmadığı işyerlerinde işçiler altı iş günü içinde, bu Kanunun 24 üncü maddesinin (I) numaralı bendine uygun olarak belirli veya belirsiz süreli hizmet akitlerini derhal feshedebilir." şeklindedir. Dolayısıyla işçinin söz konusu kanun hükmüne dayanarak iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilmesi için, yine işçinin hayatı ve sağlığını tehdit eden, yakın, acil ve hayati bir tehlikenin bulunması, bu tehlikenin objektif olarak tespit edilmiş olması ve tespit kararına rağmen gerekli önlemlerin alınmamış olması gerekir. Ancak doktrinde bazı yazarlar, işçinin haklı nedenle fesih hakkını kullanabilmesinin objektif tespit kararına bağlanmasının, böyle bir karar alınmadığında işçinin sağlıksız ve güvenliksiz bir ortamda işten kaçınma hakkını da kullanamadığı için çalışmak zorunda kalması anlamına geleceğini, bunun da madde metninin amacına aykırı olduğunu savunmaktadır.⁶¹ Fakat kanaatimizce, kanun koyucu burada düzenlenen fesih imkânını 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24. maddesine göre daha özellikli bir hale getirmek istemiştir. Hatta bu nedenle, bu madde uyarınca fesih hakkını altı iş günü ile sınırlamıştır. Dolayısıyla, objektif olarak tehlikenin varlığını tespit eden yazılı kararın alınmasının da zorunlu olması kanun koyucunun iradesine daha uygundur.

F. İş Sözleşmesinin İşverence Feshi

İşçinin iş görmekten kaçınma hakkı kendisine kanunen tanınmış bir haktır. İşçinin kendisine yasalarla tanınmış bir hakkı kullanması nedeniyle işverenin iş sözleşmesini fesih hakkı bulunmamaktadır. Ancak, işçinin iş görmekten kaçınma hakkı onun diğer yükümlülüklerini yüklenmesine engel değildir. Dolayısıyla işçinin iş görme edimi dışındaki yükümlülükleri devam etmektedir. İşte işçinin iş görmekten kaçındığı süre içerisinde, işverenin işçinin bu yükümlülüklerine uymaması nedeniyle iş sözleşmesini fesih hakkı saklıdır.

Öte yandan işçi, iş görmekten kaçınma hakkını kullanırken de iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili alınan önlemlere uymak, verilen eğitimlere katılmak zorundadır.

⁶⁰ Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 10.10.2006 tarih 2006/8713 E. 2006/1251 K. sayılı kararı. GÖKTAŞ, a.g.e., s. 231. dn. 75.

⁶¹ TOPUZ, a.g.m, s. 491.

Dolayısıyla işçinin bu önlemlere uymaması, verilen eğitime haklı bir neden olmaksızın katılmaması halinde de işveren iş sözleşmesini feshetme hakkını haizdir.⁶²

SONUÇ

İşçinin iş sözleşmesini yapmaktaki amacı, hayatını idame ettirebilmektir. Bu nedenle, işçiye bu amaca uygun nitelikte en kısa ifadesi ile sağlıklı ve insanileştirilmiş bir çalışma ortamının sağlanması gerekir.

İşçinin çalışma ortamının insanileştirilmesi için iş sağlığı ve güvenliği hükümleri öngörülmüş, işverene de işyerini yani işçinin çalışma ortamını bu hükümlere göre düzenleme yükümlülüğü yüklenmiştir. Buna göre işveren, iş sağlığı ve güvenliği için her türlü önlemi almak, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek, iş sağlığı ve güvenliği konusunda işçileri bilgilendirmek ve eğitmek, iş sağlığı ve güvenliği konusunda işçilerin görüşlerini almak, katılımlarını sağlamak zorundadır.

İşverenin bu yükümlülüklerine aykırı davranması halinde, işçinin sözleşmeyi yapmaktaki amacı da dikkate alınarak, hayatı pahasına çalışmaya devam etmesi uygun görülmemiştir. Bu nedenle 4857 sayılı İş Kanunu'nun 83. maddesi ile işçinin iş görmekten kaçınabileceği düzenlenmiştir. Ancak iş hayatının devamı için bu hakkın kullanımı bazı şartlara bağlanmıştır. Buna göre, işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanabilmesi için; işçinin hayatını ve sağlığını tehdit eden, yakın, acil ve hayati bir tehlikenin derdest olarak bulunması, bu tehlikenin objektif olarak tespit edilmiş bulunması, işçinin iş görmekten kaçınma hakkının kullanımının üçüncü kişiler açısından bir tehlike oluşturmaması ve işyerinin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine aykırılık nedeniyle kapatılmamış ya da işlerin durdurulmamış olması gerekir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 83. maddesinde bu hükümden hangi işçilerin yararlanabileceği düzenlenmemiştir. Kanaatimizce bu boşluğun, işçi lehine yorum ilkesi ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca, o iş yerinde çalışan tüm işçileri kapsayacak biçimde yorumlanması gerekir. Dolayısıyla; alt işverenin işçisinin ve ödünç alınan işçilerin de kaçınma hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir.

İşçilere tanınan bu hakkın niteliği doktrinde tartışmalı olmakla beraber işverenin temerrüdü olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle işçinin bu hakkını kullanabilmesi

⁶² Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 06.04.2006 tarih 2005/28234 E. 2006/8792 K. sayılı kararı. ile Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 17.11.2005 tarih 2005/11106 E. 2005/11727 K. sayılı kararı. GÖKTAŞ, a.g.e., s.236, dn. 89 – 90.

için, ifaya hazır olması gerekmekte hatta sağlığına zarar vermeyecekse iş yerinde bulunması uygun görülmektedir.

İşçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanması halinde, iş sözleşmesi devam etmektedir. Bu nedenle işverenin ücret ve prim ödeme yükümlülüğü devam etmektedir. Yine aslında iş sözleşmesi devam ettiği için, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanıldığı süreler de kıdeme esas olmaktadır.

İş görmekten kaçınma hakkı işçiye kanunen tanınan bir hak olduğu için, işverenin bu nedenle iş sözleşmesini fesih hakkı bulunmamaktadır. İşçiye ise, hem 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24. maddesinin 1. fıkrası ile hem de 83. maddesinin 5. Fıkrası ile haklı nedenle fesih hakkı tanınmıştır.

İşçinin iş görmekten kaçınma hakkı, 4857 sayılı İş Kanunu ile düzenleme alanı bulmuştur. İşçinin iş sözleşmesinin korunmaya muhtaç süjeleri olması nedeniyle bu düzenlemeler oldukça isabetli olmuştur.

Ancak işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanması için gerekli olan tehlikenin bulunduğuna ilişkin yazılı karar şartı, bu kararın dört üyesinin işveren tarafından belirlenen kuruldan alınmasının gerekmesi hatta daha küçük ölçekli kurulun bulunmadığı işyerlerinde bu kararın işveren ya da temsilcisinden istenmesi hakkın kullanımını oldukça güçleştirmektedir. Buna karşılık söz konusu maddede başvuru üzerine kararın olumsuz olması halinde, işçiye Bölge Çalışma Müdürlüğü Teftiş Kurulu'na talepte bulunma hakkı tanımışsa da bu yöntem kanaatimizce tehlikenin acil olma şartıyla çelişmektedir. Ayrıca işçinin talebine karşı hiç cevap verilmemesi halinde işçinin haklarını nasıl kullanacağı sorusu da cevapsız kalmaktadır.

Bahsettiğimiz eksiklikler dolayısıyla iş sözleşmesinin korunmaya muhtaç süjesi olan işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanması neredeyse imkânsızlaşmaktadır. Hakkın kullanımını olağan hale gelmediği için de sorun bir şekilde mahkemelere intikal ettirilememekte, bunun sonucu olarak da saydığımız bu eksiklikler Yargıtay kararları ile tamamlanamamaktadır. Bu nedenle kanaatimizce, hakkın kullanımının daha işlevsel hale gelebilmesi için eksikliklerin yasal düzenlemelerle giderilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- AKYİĞİT, Ercan** :İçtihatlı Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Ankara 2006.
- AKYİĞİT, Ercan** :İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından İşçinin Başka İşte Çalışması, Ankara 1995.
- ATABEK, Reşat** :Kazaya Uğrayan İşçinin Hizmet Akdini Feshi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt IX, Sayı 4, s. 987 – 1002.
- ÇELİK, Nuri** :İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2007.
- ÇENBERCİ, Mustafa** :İş Kanunu Şerhi, Ankara 1986.
- GÖKTAŞ, Seracettin** :Türk İş Hukukunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, Ankara 2008.
- KILIÇ, Leyla** :İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Hükümlülüğü ve Sorumluluğu, Ankara 2006,
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi** :İş Hukuku, Ankara 2005.
- PAKİN AKIN, Ebru** :Türk Hukukunda Kadın İşçilerin Sosyal Güvenliği, İstanbul 2005.
- REİSOĞLU, Safa** :Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006.
- SÜZEK, Sarper** :İş Hukuku, İstanbul 2008
- TOPUZ, Murat** :4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı (İşK m.34 ve m.83), Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2007/2, s. 457 – 496.
- :www.kazanci.com.**