

İşverenin İşyerinde “Çalışan” İşçilerin İş Görmekten Kaçınma Hakkı

1 GENEL OLARAK

4857 sayılı İş Kanunu'nda işçilerin iş görmekten kaçınma hakkı, iki farklı yerde düzenlenmiştir. Bunlardan **ilki**, mücbir sebep dışında işçinin ücretinin, işveren tarafından 20 gün içinde ödenmemesi halidir (İşK.m.34/1). Bu durumda işçiler, ücret ödeninceye kadar iş görmekten kaçınabilirler. İşçilerin iş görmekten kaçınmaları, işverene haklı nedenle fesih yetkisi vermeyeceği gibi aynı zamanda işveren, iş görmekten kaçınan işçilerin yerine yeni işçi alamaz ve başkasını da çalıştıramaz (İşK.m.34/2). Ücretleri zamanında ödenmeyen işçilerin iş görmekten kaçınmaları topluca olsa bile, işçilerin bu davranışı kanun dışı grev de sayılmaz (İşK.m.34/1).

4857 sayılı İş Kanunu'nda **ikinci olarak** getirilen iş görmekten kaçınma hakkı, İşK.m.83'te düzenlenmiştir. Buna göre işçiler, işyerinde işçi sağlığı ve iş güvenliği açısından sağlıklarını bozacak ve hayatlarını tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati bir tehlike ile karşılaşılırsa, kanunda belirtilen prosedüre uygun davranarak, tehlike giderilinceye kadar iş görmekten kaçınabilirler.

Makalede **asıl olarak üzerinde durmak istediğimiz konu**, işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili olan iş görmekten kaçınma hakkı olduğundan, zamanında ücret ödenmemesi karşılığında iş görmekten kaçınma hakkını incelememizin dışında bıraktık.

İş görmekten kaçınma, değişik boyutlarda özellik gösteren bir hak olarak kendini göstermektedir. Öncelikle iş görmekten kaçınma hakkı, **tabii bir haktır**¹. Bunun yanında aynı hak, şahsi edimli ve bağımlılık unsuru taşıyan iş ilişkisinde, **işverenin koruma yükümlülüğünden kaynaklanan bir haktır**. Son olarak iş görmekten kaçınma hakkı, işçi sağlığı ve iş güvenliği tehlikelerine karşı **önleyici bir yaptırım niteliği** taşır. İş görmekten kaçınma hakkının belirtilen özellikleri üzerinde aşağıda kısaca duralım:

Doğal ortamda tehlike meydana geldiğinde bütün canlılar gibi insan da bu tehlikeli ortamdan uzaklaşma isteği ile hareket eder². Özellikle bu tepkisel davranış, canlının hayatının tehlikeye girdiği anda kendini daha açık gösterir. Diğer canlılarda olduğu gibi insanda da, içe yönelik

¹ Bir görüşe göre, kişinin doğuştan sahip olduğu tabii haklar, klasik haklar anlamında soyut olup bunun kullanılmasını ve korunmasını sağlamak için hukuki düzenlemelerle bu haklar "sosyal hak" şekline bürünmüştür. SÜZEK, Sarper; İş Güvenliği Hukuku, Ankara, 1985, s.17,18. Benzer görüş için bkz; SÖZER, Ali Nazım; Türkiye'de Sosyal Hukuk, Ankara, 1994, s.6.

² MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; "İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Bakımından İşçinin Ret Hakkı", Türk Kamu-Sen, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C:2, S:15-16, Mart-Haziran 1994, s.4.

davranış göstermesi yanında, ayrıca ortaya çıkan ya da çıkması muhtemel olan tehlikeleri önceden öngörüp, tehlikenin bulunduğu veya bulanabileceği ortamdaki uzaklaşmak isteği, tabii bir hak olarak ortaya çıkar. Bu anlamda tehlikeden kaçınma hakkının çerçevesi, “herkes maddi ve manevi kişiliğine ilişkin bütünlüğü koruma ve geliştirme hakkına sahiptir” cümlesinde yer aldığı gibi anayasal anlamda belirlenmiştir. Bu hak çağdaş hukuk sistemlerinde en üst düzeydeki hukuk normları ile düzenlenmiştir³. Yukarıda belirtilen söz konusu kural, anayasamızın 17. maddesinde açıkça hükme bağlanmıştır⁴. Üst hukuk normunun düzenlemesine bağlı olarak da kanunlarda ve diğer alt hukuki düzenlemelerde söz konusu tabii hakka uygun hükümler getirilmesi (iş hukuku düzenlemeleri anlamında) normlar hiyerarşisi açısından uygun ve gereklidir.

İşveren, iş ilişkisinden doğan “koruma yükümlülüğü”⁵ gereği işçiye, sağlığına ve iş güvenliğine uygun iş vermesi gerekir. Şayet işveren söz konusu yükümlülüğüne aykırı davranırsa, buna karşın işçi iş görmekten kaçınabilir⁶.

İş ilişkilerinin şahsi edimli olması ve işçinin işverene olan bağımlılık unsuru⁷, işçinin iş görmeden kaçınma hakkını daha da güçlendirmektedir. Çünkü işçi, işverenin emrinde çalışmaya başlamakla kendi kişilik değerlerini de, diğer hukuki ilişkilerde görülmeyen oranda ve yoğunlukta işverenin hukuki alanına dahil etmektedir. Böylece işçinin iş görme edimi ile beraber onun kişilik değerlerinin de, çoğu zaman doğrudan veya dolaylı olarak tehlikeye girmesi mümkün hale gelmektedir. Bu nedenle işçiye, hukuki ilişkilerden doğacak tehlike karşısında asli edim olan iş görme yükümlülüğünü ifa etmekten kaçınma hakkının tanınması, bir bakıma zaruret haline gelmektedir.

³ Aynı görüş için bkz; MOLLAMAHMUTOĞLU, Ret Hakkı, s.5.

⁴ “Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.” (An.mad.17)

⁵ İşverenin iş ilişkisinden kaynaklanan koruma yükümlülüğünün muhtevasına ilişkin geniş bilgi için bkz; AYDINLI, İbrahim; İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Kaynaklanan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara-2004, s. s.109 vd.

⁶ Aynı anlamda; EYRENCİ, TAŞKENT, ULUCAN; Bireysel İş Hukuku, İstanbul, 2004, s.218.

⁷ İş ilişkisinin şahsi edimli olması ve bağımlılık unsuruna ilişkin geniş bilgi için bkz; GÜZEL, Ali; “Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin Işığında İş Sözleşmesinin “Intuitus Personae” Niteliği Üzerinde Yeniden Düşünmek”, Halit Kemal Elbir’e Armağan, MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; İş Sözleşmesi, Ankara, 1995, s.23, GÜZEL, Ali ; “Ekonomik ve Teknolojik Gelişim Sürecinde İşçi Kavramı ve Yeni Ölçüt Arayışı”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Ortaya Çıkan Sorunlar, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Kemal Oğuzman’ın Anısına, İstanbul,1997, s.22, SÜZEK, Sarper; İş Hukuku, İstanbul, 2002, s.218, 219, EKONOMİ, Münir; “Türk İş Hukukunda Esnekleşme Gereği”, Çalışma Hayatında Esneklik, İzmir, 1994 s.181, KUBAN Arzu; “Yeni İstihdam Türleri Bakımından İşçi Kavramı”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Hatırasına, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1998, s.62.



Dr. İbrahim Aydınli

Gazi Üniversitesi İ.İ.B.F.
Araştırma Görevlisi

ÖZGEÇMİŞ

Dr. İbrahim Aydınli 1971 yılında Denizli'nin Çal ilçesinde doğdu. Aynı yerde ilk ve orta öğrenimini tamamladı. 1990 yılında girdiği Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni, 1994 yılında tamamladı. Aynı yıl araştırma görevlisi olarak, Gazi Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü'nde göreve başladı. Aynı üniversitede “Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları” adlı yüksek lisans tezini tamamladı. 2004 yılında ise Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk-Medeni Hukuk Anabilim Dalında “İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları” adlı doktora tezini tamamladı. Kitap olarak yayımlanmış olan yüksek lisans ve doktora tezi dışında, çeşitli dergilerde inceleme ve makaleleri mevcuttur. Evli ve iki çocuk babası olan Aydınli, halen G.Ü.İ.İ.B.F. Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü'nde çalışmaktadır.

Görüldüğü gibi burada tehlikeye giren değerler, işçinin edim dışında onun yaşam ve sağlığı gibi kişiliğinin maddi ve manevi unsurlarıdır⁸.

İşçinin edimden bağımsız olarak, kişilik bütünlüğünü işçi sağlığı ve iş güvenliği tehlikelerine karşı korumak için işi ifa etmekten kaçınma hakkı, "önleyici yaptırım" niteliğindedir⁹. Çünkü işçinin iş görmekten kaçınma hakkı, daha zarar ortaya çıkmadan bir başka deyişle zararı meydana getiren tehlike meydana gelmeden, bir takım şartlar altında kullanılabilir. Bir başka anlatımla, işçinin iş görmekten kaçınma hakkı, iş kazası ve meslek hastalıklarının ortaya çıkmamasında etkin bir rol oynamaktadır. Buna karşın destekten yoksun kalma davasında veya işçinin işverene karşı iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle açtığı tazminat davalarında ise artık, tehlike gerçekleşmiş ve zarar ortaya çıkmıştır. Onun için bu dava haklarının niteliği, önleyici olmaktan çok sonuç olarak tazmin edici olmasıdır.

Türk iş hukukunda işçiye işçi sağlığı ve iş güvenliği açısından iş görmekten kaçınma hakkı belirgin olarak 4857 sayılı İş Kanunu dönemine kadar düzenlenmemiştir. Ancak 1475 sayılı İş Kanunu döneminde, doktrinde bazı yazarlar tarafından BKm.325'in uygulanması yoluyla, iş görmekten kaçınma hakkının sağlanabileceği savunulmuştur¹⁰. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 83. maddesinde işçilerin hakları başlığı altında işçiye belli şartlar oluştuğunda, çalışmaktan kaçınma hakkı getirilmiştir (İşK.m.83). Ayrıca işçiye işten kaçınma hakkı yanında, işyerinde veya işe ilişkin esaslı değişiklik anlamına gelen iş güvenliğindeki eksiklikler karşısında, fesih hakkı tanınmıştır (İşK.m.83/5,24/1.). Bunun yanında işveren, işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerini almadığı için, çalıştırmadığı halde işçilere ücretlerini aynen ödemek zorundadır (İşK.m.83/4)¹¹. Sonuç olarak kanun koyucu, işçi sağlığı ve iş güvenliğinin tehlikeye girmesi halinde işçileri; kişilik bütünlüğünün

korunması, sözleşmeye bağlı kalmama yetkisi ve ekonomik açıdan ücretin çalışmama halinde dahi işçiye ödenmesi bakımlarından koruma altına almıştır.

2 İŞ GÖRMEKTEN KAÇINMA HAKKININ TANIMI

Kural olarak, işçinin iş ilişkisinden doğan iş görme borcunu, hukuka uygun olarak ifa etmesi gerekir. Aksi halde, sözleşmeye aykırılık nedeniyle işçinin sözleşme sorumluluğu ortaya çıkar¹². İş hukukunda işçi bakımından sözleşme sorumluluğu, işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle ihbar ve kıdem tazminatlarını ödemediği feshederek işten çıkarılması olarak kendini gösterir (İşKm.25). Ancak çağdaş hukuk sistemleri, hukuki ilişkisi nedeniyle, kişilik değerlerini oluşturan unsurların tehlike altında zarara uğrama durumu ile karşı karşıya kaldığında, edimin ifasından çok kişilik değerlerinin korunmasına öncelik vermiştir¹³. Bu nedenle kişilerin sözleşmenin konusu olan edim dışındaki yaşam ve sağlık hakları temel normlar tarafından güvence altına alınmıştır.

İşçinin iş görmekten kaçınma hakkını tanımlamak gerekirse; işçinin, hayatı ve sağlığı için yakın ve ciddi bir tehlike sürdüğü müddetçe çalışmaktan kaçınmasına denir. Kaçınma hakkı, işçinin işverene olan sadakat borcunu yerine getirmemesi için geçerli bir neden olarak ortaya çıkar¹⁴. Kanun koyucu da 4857 sayılı İş Kanunu'nun 83. maddesinde, doktrindeki tanıma uygun olarak benzer bir tanıma benimsemiştir. Buna göre, işyerinde işçi sağlığı ve iş güvenliği açısından işçinin sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati bir tehlike ile karşı karşıya kalan işçi, belli şartlar altında gerekli işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemi alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir (İşK.m.83/1)¹⁵.

⁸ Geniş bilgi için bkz; ERTÜRK, Sükran; İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara, 2002, s.83vd., AYDIN, Ufuk; İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Eskişehir, 2002, s.46vd., AYDINLI, s.143vd.

⁹ Aynı anlamda SÜZEK, İş Hukuku, s.339.

¹⁰ EKONOMİ, Münir; İHU, İşK.14 (No.24), SÜZEK, İş Güvenliği Hukuku, s.186, MOLLAMAHMUTOĞLU, Ret Hakkı, s.12.

¹¹ ÇELİK Nuri; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 16. Bası, İstanbul, 2003, s.148,149.

¹² Sözleşme sorumluluğu için bkz; EREN Fikret; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 2001, s.1041.

¹³ MOLLAMAHMUTOĞLU, 4857 sayılı yeni İş Kanunu öncesinde, işçilere hak ve menfaatlerinin korunmasına yönelik olarak iş görmeyi reddetme anlamına gelen grevin tanınması karşılığında bundan daha değerli olan yaşam ve sağlığın korunmasında reddetme hakkının doktrin ve uygulamada tanınmamasının bir çelişki olduğunu belirtmektedir. MOLLAMAHMUTOĞLU, Ret Hakkı, s.4. Yazarın bu haklı ve yerinde olan görüşü, 4857 sayılı İş Kanununun 83. maddesinde düzenlenmiştir. Özel hukukta da mücbir sebep, zaruret hali, imkansızlık, ifa edilemezlik ya da ödemelik def'i gibi borcun yerine getirilememesi halleri de sözleşme sorumluluğunun yerine getirilmemesi için birer ret hakkı mahiyetindedir. Ancak bunların mahiyetleri ile işçinin işi reddetme hakları mahiyetleri açısından farklılık mevcuttur. Farklılıklar için bkz; MOLLAMAHMUTOĞLU, Ret Hakkı, s.5vd. Ödemelik def'i için bkz; SOYER Polat; "Direniş Nedeniyle Çalışılmayan Günlerde Ücret Ödenmemesi", İHU, İşK.26,(No:1), s.4vd.

¹⁴ RIVERO J.; SAVATIER J; Droit du Travail, Themis 9 ed. s.622, (MOLLAMAHMUTOĞLU; Ret Hakkı, s.4'den naklen) Aynı görüşte, AYDIN, s.61,62, ERTÜRK, s.86vd.

¹⁵ ÇELİK, s.148. ULUCAN,EYRENCİ, TAŞKENT,s.218.

3 İŞ GÖRMekten KAÇINMA HAKKININ ŞARTLARI

İşçinin iş sözleşmesi gereği, iş görme edimini yerine getirmesi, sözleşme sorumluluğunun gereğidir. Şayet işçinin kişilik değerlerine ilişkin bir tehlike mevcut ise, o halde işçi; aşağıda belirtilen şartlar mevcut olduğu takdirde iş görmekten kaçınabilir.

A- İşçinin Yaşamı veya Sağlığını Tehdit Eden Yakın, Acil ve Hayati (Ciddi) Bir Tehlikenin Olması

İşçinin işi reddetme hakkının **ilk şartı**; “işçinin yaşamı veya sağlığını tehdit eden yakın, acil ve hayati (ciddi) bir tehlikenin olması”dır¹⁶.

Tehlikenin yakın olması, tehlikenin henüz gerçekleşmemiş, ancak çok kısa bir süre içinde gerçekleşebilir olmasıdır. Örneğin; depremde kolonları büyük ölçüde zarar görmüş bir fabrikada, işçinin çalıştırılmaya devam ettirilmesi gibi. Örnek olayda, çatlak kolonlar için önlem alınmadığı takdirde artçı veya bağımsız bir deprem ile kolonların yıkılması, işçinin hayatını ciddi anlamda tehlikeye sokar. Yine koruma sistemi bozuk olan bir makinanın, her an tehlike yaratma potansiyelini taşıması gibi. **Tehlikenin acil ve hayati (ciddi) olması ise**, işçiler tarafından görülen işin normal riskinin üzerinde bir tehlike yaratmasıdır. Bir başka deyişle, kanunda da belirtildiği gibi tehlikenin yakın, acil ve hayati olması gerekir. Örneğin, demir çelik fabrikasında ateş kıvılcımlarının etrafa yayılması işin niteliğinden kaynaklanır. Ancak aynı fabrikada hararet ölçümleri arızalanmış kazanların, işveren tarafından değiştirilmemesi, her zaman kazanların patlamasına neden olabilir. Buradaki hararet kazanları bir tehlike taşısa da, kazanların denetimsizlikten dolayı patlaması, elbette olağanüstü bir tehlikeyi ortaya çıkarır.

B- İşçinin Tehlikenin Tespitine İlişkin Kurula Yada İşveren veya Vekiline Başvurması

4857 sayılı İş Kanunu'nun 83. maddesinde, tehlikenin yakın ve acil ve hayati olduğunun

belirlenmesi, kurula veya kurul yoksa işveren veya vekilinin kararına bırakılmıştır¹⁷. Düzenlemede kanun koyucu böyle bir tehlike ile karşı karşıya kalan işçiye, önce işyerinde mevcut ise işçi sağlığı ve iş güvenliği kuruluna, kurul yok ise, işverene veya işveren vekiline, durumun tespiti ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep etme yükümlülüğü getirmiştir. Bu talep üzerine kurul ya da işveren veya vekili aynı gün kararını verir. Kurul, kararını yazılı olarak işçiye bildirir. Sonuçta kurul ya da kurul yoksa işveren veya vekili işçinin talebi doğrultusunda karar verirse, işçi işyerinde gerekli tedbirler alınincaya kadar çalışmaktan kaçınabilir (İşK.m.83/1,2). İşçi, konuyla ilgili gerek kuruldan gerekse işveren veya vekilinden olumlu bir sonuç alamaz ise, başvurusunu bölge çalışma müdürlüğü teftiş kuruluna yapabilir. Bunun üzerine müfettişin işçinin talebi yönündeki kararı da, işçiye tedbirler alınincaya kadar işten kaçınma hakkı verir¹⁸.

C- Tehlikenin Devam Etmesi

İşçinin işi reddetme hakkının varlığı için gerekli olan **ikinci önemli şart**; “**tehlikenin devam etmesi**”dir. İşçinin kural olarak işi görmekten kaçınması, sözleşmeye aykırılığı ortaya çıkarır. Ancak yakın ve ciddi bir tehlike, işçinin hayat ve sağlığını tehdit ediyorsa, işçi, iş görmekten kaçınma hakkını, ancak bu tehlike devam ettiği müddetçe kullanabilir¹⁹. Doktrinin bu görüşü kanunda “işçi, gerekli işçi sağlığı ve iş güvenliği tedbirleri alınincaya kadar çalışmaktan kaçınabilir.” şeklinde düzenlenerek hükme bağlanmıştır (İşK.m.83/3)²⁰. İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkını ortaya çıkaran işçi sağlığı ve güvenliği tehlikesi, herhangi bir sebeple (gerek işverenin aldığı önlemler sonucu gerekse kendiliğinden) ortadan kalktığı an, işçinin işten kaçınma hakkı da sona erer. Şayet işçi tehlike ortadan kalkmasına rağmen, işi görmekten kaçınmaya devam ederse, MK.m.2/1'e göre hakkını kötüye kullanmış olur²¹. Hukuk düzeni ise, amaca aykırılık ve menfaat yokluğu hallerinde kullanılan bir hakkı “hakkın

İşçinin işi reddetme hakkının ilk şartı; “işçinin yaşamı veya sağlığını tehdit eden yakın, acil ve hayati (ciddi) bir tehlikenin olması”dır.

¹⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU, Ret Hakkı, s. 10, CELİK, s.148. Doktrinde işçinin “yaşam ve sağlığını tehdit eden” kavramı, 4857 sayılı İş Kanununda “işçi sağlığı ve iş güvenliği açısından, işçinin sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak” şeklinde hükme bağlanmıştır. Yine doktrinde “tehlikenin yakın ve ciddi olması” kavramı yeni İş Kanunu'nda “yakın, acil ve hayati bir tehlike” olarak düzenlenmiştir (İşK.m.83/1).

¹⁷ Fransız Hukukunda ise, tehlikenin niteliğinin değerlendirilmesi işçinin kaçınmasına yol açacak nitelikte nedenlerin ortaya çıkmasına göre yapılmaktadır. İşçi bu nedenle, karar olmaksızın da yeterli neden varsa, işten kaçınabilmektedir. Bkz; MOLLAMAHMUTOĞLU, Ret Hakkı, s. 10, FROSSART.J; “Les recours a l'action unilaterale” Droit social, 1987, s.502, (MOLLAMAHMUTOĞLU, Ret Hakkı, s. 10'dan naklen), aynı yazar, İş Hukuku, s.732.

¹⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; İş Hukuku, Ankara, 2004, s.734.

¹⁹ Konuya ilişkin bkz; Yarg. HD.9.4.1985T, E.,513, K.,3751, aynı yönde 7.7.1992T, E.,4429, K.,8650 sayılı kararlar MOLLAMAHMUTOĞLU, Ret Hakkı, s. 11'den alınmıştır.

²⁰ CELİK, s.149.

²¹ MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, s.734.

İşçinin şartlar dahilinde hakkını kullanmasına rağmen işverene iş görmekten kaçınacağını bildirmemesi sonucu, işverenin işyerinde gerekli önlemleri alamaması, diğer çalışanlar açısından ve işveren açısından ciddi zararlı sonuçlar doğurabilir.

kötüye kullanılması” sayıp, korumadığından²² işçinin şartları oluşmadığı halde kullandığı iş görmekten kaçınma hakkı, işverene İşK.m.25/II’ye göre haklı nedenle fesih yetkisi verir.

D- İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkını Kullandıktan Sonra, Bunu Derhal İşverene Bildirmesi

İş görmekten kaçınma hakkının **üçüncü şartı** ise, **“işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullandıktan sonra, bunu derhal işverene bildirmesi”**dir. Kaçınma davranışının işverene haber verilmesi yükümlülüğü İş Kanununda kanunda yer almamıştır. Haber verme yükümü, işi yapmaktan kaçınma hakkının kullanımı için önceden yerine getirilmesi gereken bir şart değildir²³. Önemli olan işçinin, hakkını kullandıktan sonra dahi, durumu derhal işverene bildirmesi dürüstlük kuralının gereğidir. Kaçınma hakkı İş Kanunu’nda işçiye tanınmış bir haktır. Ancak işçi bu hakkını kullanırken, şartların değerlendirilmesinde ve özellikle işverene veya vekiline haber verilmesinde ele alınacak ölçüt hukukun temel ilkelerinden olan dürüstlük kuralına göre olmalıdır (MK.m.2)²⁴. Çünkü iş görmekten kaçınma hakkı, başlangıçta haklı olarak doğmasına rağmen durumun işverene bildirilmemesi bu haklı nedeni haksız hale sokabilir. İşçinin şartlar dahilinde hakkını kullanmasına rağmen işverene iş görmekten kaçınacağını bildirmemesi sonucu, işverenin işyerinde gerekli önlemleri alamaması, diğer çalışanlar açısından ve işveren açısından ciddi zararlı sonuçlar doğurabilir. Özellikle işyerinin sağlık ve güvenliğini için yapılması gereken işlerde çalışan işçiler açısından, işverene haber verme dürüstlük kuralı bakımından gerekli hale gelmektedir²⁵.

E- İş Görmekten Kaçınma Hakkının Kullanımının, Bir Başkasının Yaşamını ve Bedensel Bütünlüğünü Etkileyecek Derecede Yakın ve Ciddi Bir Tehlike Oluşturmaması

İş görmekten kaçınma hakkının dördüncü şartı ise, işçinin “iş görmekten kaçınma hakkının

kullanımının, bir başkasının yaşamını ve bedensel bütünlüğünü etkileyecek derecede yakın ve ciddi bir tehlike oluşturmaması”dır. “Bir başkasından” anlaşılması gereken, işveren ve işyerinde çalışan diğer işçiler ile işyeri ile özel ve somut sosyal temasa geçen kişilerdir²⁶. Kanaatimizce buradaki “işçilere”, işverenin işyerinde çalışan, ancak olumlu iş sözleşmesi olmayan alt işveren işçileri ile ödünç işçilerinde dahil olması gerekir²⁷.

İşçinin işi görmekten kaçınması dolayısıyla, işverenin ya da işyerinde çalışan diğer işçilerin yaşam veya bedensel bütünlüğüne zarar verilmesi halinde, artık iş görmekten kaçınma hakkını kullanan işçinin, bu davranışı hukuka uygun olmaktan çıkmaktadır²⁸. Örneğin; işyerinde bulunan bir makinanın tehlikelerine karşı önleme görevi bulunan bir işçinin, tehlikeden kaçınmak için işyerini terk etmesi durumunda, diğer işçilerin hayatının tehlikeye girmesi gibi. Aynı şekilde madenlerde grizu patlamalarının önlenmesi açısından gaz ölçümü yapmak ve buna bağlı uyarı sistemini çalıştırmakla görevli işçinin durumunu da aynı şekilde değerlendirebiliriz. Her ne kadar iş görmekten kaçınan işçinin de hayatı tehlikede olsa, sırf tehlikelerin giderilmesi için ön uyarı sisteminin çalıştırılması görevi ile görevli olması ve bunu yapmadığı zaman işyerinde bulunan kişilerin (çalışan diğer işçilerin, işveren veya vekilinin yada işyerinde bulunan müşteri gibi diğer kişiler) zarara uğrama ihtimalinin doğması, işçinin işten kaçınma hakkının kötüye kullandığı anlamına gelir. Çünkü karşılaşan iki hak (işçinin kaçınma hakkı - diğer kişilerin yaşam ve sağlık hakkı) birbiri ile aynı derecededir. Ancak işçinin somut görevi ve görevini ihmal ettiğinde, zarar görecektir olanların bulunması, “kaçınma hakkını” diğer kişilerin yaşam ve sağlık hakkının gerisinde bırakmaktadır. İşçinin kaçınma hakkını kötüye kullanması, hukuki ve cezai sorumluluğu doğurur. İş görmekten kaçınma hakkının dördüncü şartına, üçüncü şart gibi, İşK.m.83’te yer verilmemesine rağmen, uygulamada göz önüne alınması gereken bir şart olarak değerlendirilmelidir. Kanaatimizce işten kaçınma hakkına ilişkin dördüncü şart, diğer şartların değerlendirilmesinde de gözönünde

²² Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanımı hallerinden “amaca aykırılık ve menfaat yokluğu” için bkz; AKYOL, Şener; Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul, 1995, s.21vd.

²³ BOUSIGES, Annie; “Le droit des salaires de se retirer d’une situation dangereuse pour leur integrite physique”, Droit social, No.4, Avril 1991, s.287, (MOLLAMAHMUTOĞLU, Ret Hakkı, s.11’den naklen)

²⁴ Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması konuları için bkz; EDİS Seftullah; Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara, 1997, s.305vd., 328vd. AKYOL, s.5vd., 44vd.

²⁵ Bu durum haklı bir nedeni veya mazereti olduğu için işe gelemeyen işçinin bunu en yakın zamanda işverene haber vermemesi halinde işverenin haklı nedenle iş sözleşmesini feshetmesine “kısmen” benzemektedir. Kaçınma hakkının işçi tarafından fiilen ve zaman bakımından tam olarak olmasa bile, kullanılması ihtimalinden işverenin haberi olmaktadır. Çünkü, işveren daha önce işçinin söz konusu hakkını kullanmak için kanunda belirtilen yerlere başvurması gerekmektedir. Konuyla ilgili doktrin ve yargıtay kararları için bkz; ÇELİK, s.226, dipnot, 124.

²⁶ AYDINLI, s.107.

²⁷ Çünkü bu işçilerin işyerinin düzenlenmesi konusunda doğrudan asıl işverenle sosyal temasları nedeniyle güven ilişkisine dayanan koruma yükümlülüğünün içeren bir borç ilişkisi oluşmaktadır. Alt işveren işçileri ile ödünç işçilerin asıl işverenle ya da ödünç alan işverenle içinde bulundukları hukuki durum niteliği için bkz; AYDINLI, §9-I-D-2,3 ve §9-II-D.

²⁸ AKYOL, s.21vd, EDİS, s.328vd, 333vd.

bulundurulması, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı temel ilkesine dayanmaktadır.

F- İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Nedenleri İle İşyerinin Kapatılmamış veya İşin Durdurulmamış Olması

İş görmekten kaçınma hakkının son ve **beşinci şartı** ise; **“işçi sağlığı ve iş güvenliği nedenleri ile işyerinin kapatılmamış veya işin durdurulmamış olması”** gerekir²⁹. Bu şart kaçınma hakkının “özünden” değil, İşKm.83’ün “uygulama alanının” belirlenmesi için kanunda getirilmiştir (İşKm.83/6). Buna göre İşKm.79’a göre bir işyeri kapatıldığında veya işyerinde yürütülen iş durdurulduğunda işçiler buna dayanarak işten kaçınma haklarını kullanamazlar. Çünkü bu durumdan dolayı çalışmayan işçiler işverenin koruma yükümlülüğü gereği istihdamın devamlılığı, ücret ve güvenlik açısından korunmaya alınmışlardır (İşKm.79/son).

4 İŞVERENİN İŞÇİSİ OLMAYAN İŞÇİLERİN İŞ GÖRMEKTEN KAÇINMA HAKKI

A- Genel Olarak

İşverenin kendi işçilerinin işçi sağlığı ve iş güvenliği tehlikeleri karşısında, iş görmekten kaçınmalarının kanuni bir hak olduğu, İşK’nun 83. maddesinde düzenlendiği görülmektedir. Acaba işverenin işçisi olmayan ancak işverenin işyerinde çalışan diğer işçiler de, aynı haktan yararlanabilirler mi?

Bir işyerinde çalışan üç tür işçi olabilir. Bunlardan ilki, işyerinin işvereni ile aralarında iş sözleşmesi olan işverenin kendi işçileridir (İşKm.2/1). İkincisi, işyerinde ödünç iş ilişkisi ile çalışan İşKm.7’de “geçici işçi” olarak adlandırılan işçilerdir. Üçüncü işçi türü ise, işyerinde alt işveren ilişkisi ile çalışan alt işveren işçileridir (İşKm2/6). Gerek alt işveren işçilerinin, gerekse ödünç işçilerin, işyerinde çalıştıkları işvereni ile aralarında iş sözleşmesi yoktur. Ancak bu işçilerin işyerindeki çalışmaları, alt işveren ilişkisi ile ödünç iş ilişkisine dayanmaktadır.

Kanımızca öncelikle; ödünç işçi ve alt işveren işçilerinin asıl işverenin işyerinde çalışmaları ile ortaya çıkan, iş ilişkisi veya sosyal temas olarak adlandırabileceğimiz ilişkinin, bir borç ilişkisi anlamında, hukuki bir değere sahip olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Söz konusu hukuki ilişki tespit edildikten sonra ikinci olarak, alt işveren işçileri ile ödünç işçilerinin, işyerinde çalıştıkları işverene karşı, iş görmekten kaçınma hakkına sahip olup olmadığı sorusuna cevap verilebilir.

B- Alt İşveren İşçilerinin Asıl İşverenle Olan İlişkilerinin Niteliği

a- Genel olarak

Alt işveren ilişkisinde ilişkinin üç tarafı mevcuttur. Hukuki ilişkinin tarafları, asıl işveren, alt işveren ve alt işveren işçileridir. Asıl işverenle alt işveren arasındaki ilişki, bir sözleşme ile kurulmaktadır. Asıl işveren, alt işverene asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerde bir işin yapılması için anlaşma yapmaktadır. Bu anlaşma sözleşme hukuku açısından genelde bir istisna sözleşmesi ya da vekalet sözleşmesi gibi iş görme sözleşmeleri olabilmektedir.

Alt işveren ile işçileri arasındaki ilişkiye gelindiğinde, burada alt işverenle işçileri arasında iş sözleşmesi mevcuttur. Taraflar arasında hukuki ilişkiler bu sözleşmeye göre belirlenir. Alt işverenin işçileri kural olarak bir başka işverenin işyerinde iş görmektedirler. Ancak bazı durumlarda alt işveren işçileri asıl işverenden alınan işi kendi işyerlerinde de görebilirler³⁰.

Bizim burada üstünde durduğumuz çalışmanın, alt işveren işçilerinin iş görmesinin asıl işverenin işyerinde olması halidir. Bir başka anlatımla, iş sözleşmenin yerine getirilmesi alt işverenin işyerinde değil, asıl işverenin işyerinde gerçekleşmektedir. Bu nedenle, alt işveren işçilerine ait iş sözleşmelerinin içeriği, sözleşmeden doğan yükümlülükler ve haklar doğal olarak asıl işverenin işyeri düzenine göre değişmekte veya etkilenmektedir³¹.

²⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, s.734.

³⁰ Alt işveren kavramı ve unsurlarına ilişkin geniş bilgi için bkz; CANBOLAT,Talat; Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, İstanbul, 1992, NARMANLIOĞLU, Ünal; Ferdi İş İlişkileri, İzmir, 1994, s.116vd. CELİK, İş Hukuku, s.45vd. EKONOMI, Münir; Ferdi İş Hukuku, İstanbul, 1987, s. 52vd., SÜZEK, Sarper; İş Hukukunun Genel Esasları, s.200vd. AKTAY, Nizamettin; “Alt İşveren Kurumu ve Hukukumuzda Doğan Sorunlar”, Kamu-İş, C:3, S:3, Ocak-1994. UYGUR, Turgut; İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Temel Kavramlar, Ankara, 1980. s.267vd., DEMİR, Fevzi, “ Alt İşveren Uygulaması ve Sorunları” 2000’li Yıllarda Endüstri Uygulamalarına Bakış Semineri MESS Yayını:204, İstanbul, 1993. ELBİR, H. Kemal, Asıl İşveren-Alt İşveren (Müteahhit-Taşeron) Kavramları Hakkında Bazı Düşünceler, İHD, C:1, 1991, EKONOMI, Münir; “Alt İşveren Asıl İşveren İlişkileri ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, Tekstil İşveren Eylül-1991, SÜZEK, İş Hukuku, s.161vd., CELİK, Nuri; İşveren, İşveren Vekili, Alt İşveren ve Bunlarla İlgili Hukuki Sorunlar”, İş Hukukunun Güncel Sorunları Semineri, TÜHİS, 9-12 Aralık, 1997, Abant, KUTAL, Metin; “Türk İş Hukuku Açısından Alt İşveren ve Sorunları”, KIPLAS, 1990, s.6vd.,

³¹ CANBOLAT,Talat; Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, İstanbul, 1992, s.65vd.

Alt işveren kurumunda üçüncü ilişki ise, asıl işverenle alt işveren işçileri arasındaki hukuki ilişkidir. Bir defa asıl işverenle alt işveren işçileri arasında klasik bir sözleşme yoktur. Çünkü alt işveren işçilerinin işveren tarafı alt işverendir. Ancak alt işveren işçilerinin alt işverenle olan iş sözleşmelerinden doğan iş görme edimini, asıl işverenin işyerinde görmeleri önemlidir. Özellikle iş hukukumuzda asıl işverenin müteselsil sorumlu tutulması, bu ilişkinin açıklanması gereğini ortaya çıkarmaktadır.

b- Alt İşveren İşçisinin Asıl İşverenin İşyerinde Çalışmasının Hukuki Niteliği ve İş Görmekten Kaçınma Hakkı

Bir defa alt işveren işçisi, her ne kadar alt işverenin işçisi olsa da, asıl işverenin işyerinde çalışmakla, hem maddi hem de manevi değerlerini asıl işverenin hukuki tasarruf alanı olan işyerine dahil etmektedir. Bu dahil etmeye sözleşme hukukunda "sosyal temas" denmektedir. Sözleşme hukukunda sosyal temas, mutlaka bir hukuki ilişki kurmak için olmasa bile, ortaya çıkardığı güven ilişkisi gereği taraflara karşılıklı hak ve yükümlülükler yüklemektedir³². Bunun ana kaynağı ve dayanağı ise MK 2. maddesinde düzenlenmiş olan dürüstlük kuralıdır. Kanunda düzenlenmiş olan dürüstlük kuralı sadece sözleşmelerden değil tüm hukuki ilişkilerden (fili sözleşme ilişkileri, sosyal temas, borç ilişkisi gibi) doğan borçların ifasında doğruluk ve dürüstlük kuralına uyulmasını kapsamaktadır³³.

Alt işveren ilişkisinde, çalışma ilişkisi nedeniyle kurulan sosyal temas ise, doğrudan alt işveren işçisi ile asıl işveren arasında sözleşme kurmak amacıyla kurulmamıştır. Ancak bu sosyal temas hiç nedensiz de gerçekleşmemiştir. Söz konusu sosyal temas, alt işverenin asıl işverenden iş alıp, işçilerini asıl işverenin işinde çalıştırması sonucu oluşmaktadır. Alt işveren işçilerinin asıl işverenin işyerinde çalışmalarından kaynaklanan sosyal temas borç ilişkisini³⁴ meydana getirmektedir. Kanımızca borç ilişkisinin doğurduğu güven ilişkisi ise asıl işverene, alt işveren işçiler üzerinde koruma yükümlülüğü getirmektedir.

Özellikle alt işveren, işçilerinin çalıştığı asıl işverenin işyerinin tümüne ilişkin olarak düzenini kurmada, asayişini sağlamada ve işçi sağlığı ve iş güvenliğine ilişkin gerekli olan tedbirleri almada, fiziken ve hukukten yetkisizdir. Bu nedenle alt işverene asıl işverenin işyerinde, çalışan işçilerine karşı koruma yükümlülüğünü mutlak anlamda yüklemek hakkaniyet düşüncesine dayalı yetki-sorumluluk ilkesi ile uyumsuzdur. Kanaatimizce bu nedenle, kanun koyucu 4857 sayılı İş Kanunu'nda ve (eski İş Kanunu'nda olduğu gibi), Sosyal Sigorta Kanunu'nda³⁵, asıl işvereni alt işveren işçilerinin çalıştıkları işyeri ile ilgili İş Kanunu'ndan ve iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden müteselsilen sorumlu tutmuştur (İşK.m.2/6, SSK.m.87/1). Buna ilişkin olarak Yargıtay'ın alt işveren işçilerine ait ödenmeyen işçilik hakları ile uğradıkları iş kazasından doğan tazminat alacaklarından, asıl işverenin sorumlu tutulduğu bir çok kararı mevcuttur³⁶.

İnceleme konumuz olan iş görmekten kaçınma hakkına ilişkin olarak ise İşK'nun 83. maddesinde alt işveren işçilerine yönelik açık bir düzenleme öngörülmemektedir. Buna rağmen İşK.m.2/6 ve SSK.m.87/1, asıl işverene alt işveren işçilerine karşı işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğü yüklemektedir. Ayrıca alt işveren işçilerinin asıl işverenle girdikleri sosyal temasın doğurduğu borç ilişkisi de söz konusu yükümlülüğü getirmektedir. Konuyla ilgili İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nin 6. maddesinin d şikkında, bir işyerini birden fazla işverenin kullanması halinde işverenlerin, işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerinin alınmasında ve bilgilendirilmesinde birbirlerinin işçilerine karşı, ortak sorumluluğunun olduğu belirtilmiştir. Yine aynı yönetmeliğin 10. maddesinin b bendinde ve 12. maddesinin b bendinde işverenin işyerine çalışmak üzere gelen başka işçilerin işçi sağlığı ve iş güvenliğine ilişkin konularda bilgilendirme ve eğitim yükümlülüğü getirilmiştir. Sonuç olarak, gerek pozitif hukuk hükümlerine göre gerek olması gereken hukuk düşüncelerine göre, asıl işveren tarafından işçi sağlığı ve iş güvenliği

³² Sosyal temas ve borç ilişki kavramları için bkz; DÖLLE, Hans; *Aussergezetliche Schuldpflichten in Zeitschrift für Die Gesamte Staatwissenschaft*, 1943, s.73., AYDINLI, s.27vd.

³³ Koruma yükümlülüklerinin dürüstlük kuralı ile olan ilişkisi için bkz; AYDINLI, s.90vd.

³⁴ İş ilişkisi ve sözleşme ve katılma görüşleri için bkz; BRUN, Andre; *Sosyal Hukukun Zamanımızda Kaydettiği İstihaleler*, I.Ü.H.F.M. C:25, 1960 s.334, GÜZEL, Ali; *İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve İş Sözleşmelerine Etkisi*, İstanbul -1987, s.173, EREN, Borçlar Hukuku, s.137vd., özellikle s.144 vd., KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, Necip; *Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı*, İstanbul, 1968, s.5-18, AYDINLI, s.47vd. Alt işveren işçileri ile asıl işveren arasındaki ilişkiyi borç ilişkisi anlamında değerlendiren yazarlar için bkz; BAŞBUĞ Aydın; "Alt İşveren İşçisi İle Asıl İşveren Arasındaki Borç İlişkisi ve Bu İlişkinin Doğurduğu Hukuki Sorunlar", *Kamu -İş*, C.4, S:3, Ocak-1998, Aynı yazar, *Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları*, Ankara, 1999, s.56; "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*, Ankara, 2003, s. 72vd. AYDINLI, s.178vd.

³⁵ Geniş bilgi için bkz; CENBERCİ, *Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi*, Ankara,1985, s.597vd., GÜZEL, Ali; OKUR, Ali nza; *Sosyal Güvenlik Hukuku*, Yenilenmiş 8. Baskı, İstanbul, 2002 s.129 USAN, Fatih; "Asıl İşverenin Alt İşverenin Sosyal Sigortalar Kanunundan Doğan Borçlarından Sorumluluğu", *Kamu-İş*, C:7, 2002.

³⁶ Bkz; Yarg.10HD, 8.12.1992.T, E.4976, K.11798 sayılı karar, *Kamu-İş*, s.697 vd., Benzer karar için bkz; Yarg10HD, 7.5.1990T., E.193, K.4275 sayılı kararı, *Çimento İşveren Dergisi*, Mart-1991. Yarg.HGK, 12.6.1991T., E.10277, K.359 sayılı karar, YKD, Haziran, 1992, s.837 -845. Taşeron işçisinin kurumun karşılamadığı zararlar için asıl işverene karşıda dava açabileceğine ilişkin bkz; Yarg10HD,25.4.1995T., E.3715 K.4022 sayılı karar, *Kamu-İş*, s.701vd.

yükümlülüğünün ihlali halinde, alt işveren işçilerinin de kanunda belirtilen (İşKm.83) prosedüre uygun olarak, asıl işverene karşı onun işyerinde iş görmekten kaçınma haklarını kullanmaları gerekir. Varılan bu sonuç pozitif hukuk düzenlemelerin lafzına ve ruhuna aykırı olmadığı gibi tabii hukuk gereği hakkaniyete de uygundur.

C- Ödünç İşçilerin Ödünç Alan İşverenle Olan İlişkilerinin Hukuki Niteliği

a- Genel Olarak

Ödünç iş ilişkisi üç taraflı bir ilişkidir³⁷. Ödünç işçi kendi rızasıyla, ödünç alan işverenin işyerinde, iki işveren arasındaki yapılan ödünç işçi verme sözleşmesinin hükümlerine göre çalışmaya başlar. Bu çalışma ilişkisinde ortaya çıkan hukuki sorunlar; ödünç işçinin ücretinin, SSK primlerinin kimin tarafından ödeneceği, işyerinde çalışırken uğradığı iş kazası sonucu kime ve neye dayanarak dava açacağı, işyerinde yapılan greve katılıp katılmayacağı, lokavta dahil olup olamayacağı, çalıştığı işyerinde yetkili sendikaya üye olup olamayacağı, asıl işvereni olan ödünç veren işverenin imzaladığı toplu iş sözleşmesinden yararlanıp yararlanamayacağı gibi sorunlardır. Bu soruların bir çoğu 4857 sayılı İş Kanununun 7. maddesinde hüküm altına alınmıştır.

Buna göre, kanunda “geçici işçi” olarak adlandırılan ödünç işçinin, ücretinden ödünç veren işveren sorumludur. Ödünç alan işveren ise, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden ödünç veren işverenle müteselsilen sorumlu olmaktadır (İşKm7/3). Ödünç verilen işçi kusuruyla işyerine ve işe ilişkin olarak verdiği zararlar nedeniyle ödünç alan işverene karşı sorumludur (İşKm.7/4).

Kanun koyucunun geçici işçi dediği ödünç işçiyi korumak için ödünç işçi verme sözleşmesinden aksi anlaşılmadıkça, ödünç işçinin bu kanundan doğan tüm hak ve yükümlülüklerinden ödünç alan işvereni sorumlu tutmuştur (İşKm.7/4).

b- Ödünç İşçinin Ödünç Alan İşveren İşinde Çalışmasının Hukuki Niteliği ve İş Görmekten Kaçınma Hakkı

Bilindiği gibi ödünç iş ilişkisi üçlü bir ilişki olarak ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki ödünç alan

işverenle-ödünç veren işveren arasındaki ödünç işçi verme sözleşmesidir. İkinci ilişki ise ödünç veren işverenle-ödünç verilen ve kendi işçisi olan işçi ile olan iş sözleşmesidir. Üçüncü ve bizim üzerinde duracağımız ilişki ise, ödünç alan işverenle-ödünç aldığı işçi arasındaki hukuki ilişkidir. İnceleme konumuz itibarıyla, ödünç alan işverenin, ödünç işçi üzerindeki koruma ve gözetme yükümlülüğünün varlığı ve niteliğinin ne olduğu üzerinde ayrıntılı olarak durmak gerekir. Öncelikle, ödünç alan işverenle ödünç işçi arasındaki hukuki ilişkinin niteliğini ortaya koymak önem arz etmektedir. Söz konusu hukuki ilişkinin niteliğinin tespiti, aynı zamanda diğer iş hukuku sorunlarına da ışık tutacağı kanaatindeyiz. Çünkü her hukuki sorun için farklı dayanak oluşturmak hukuki ilişkilerdeki istikrar anlayışına ters düşmektedir. O halde iki hukuk objesi arasındaki ilişkinin niteliğini cevaplamak gerekir. Bu konuda Türk iş hukukunda sosyal temas, amaç ve koruma görüşü olarak adlandırdığımız üç görüş öne sürülmektedir.

Türk iş hukukunda, “sosyal temas görüşü”nü savunan görüşe göre, ödünç işçi ile ödünç alan işveren arasında çalışma ilişkisi ile başlayan bir sosyal temas oluşmaktadır. Söz konusu sosyal temas, ödünç alan işveren için ödünç işçi üzerinde temeli MK 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralına dayanan, koruma yükümlülüğünü doğurmaktadır. Bir başka anlatımla; bir kişi maddi ve manevi varlığını bir başka kişinin hukuki tasarruf alanına sosyal temas sonucu sokmuş ise, maddi ve manevi varlıklarını somut zararlardan korunmasını istemesi, güven ilişkisi gereği dürüstlük kuralı içinde mümkündür. Bu nedenle ödünç alan işverenin, ödünç aldığı işçilerin işçi sağlığı ve iş güvenliğini tehlikelerine karşı koruma yükümlülüğü söz konusu hukuki temele dayanmaktadır³⁸. Kanımızca, 4857 sayılı İş Kanunu’nda da koruma yükümlülüğü, ödünç alan işverene işçi sağlığı ve iş güvenliğinin eğitimini verme açısından ferdendir/diğer yönleri açısından ise müteselsilen yüklenerek, sosyal temas görüşüne uygun bir düzenleme getirilmiştir (İşK.m.7/1,3).

Ödünç iş ilişkisinin hukuki niteliğine yönelik “amaç görüşü”ne göre ise, ödünç iş ilişkisi boyunca, ödünç işçinin edimini sunduğu işveren ödünç veren işveren değil, ödünç alan işverendir. Bu nedenle ödünç alan işveren ödünç işçiyeye karşı,

Gerek pozitif hukuk hükümlerine göre gerek olması gereken hukuk düşüncelerine göre, asıl işveren tarafından işçi sağlığı ve iş güvenliği yükümlülüğünün ihlali halinde, alt işveren işçilerinin de kanunda belirtilen (İşKm.83) prosedüre uygun olarak, asıl işverene karşı onun işyerinde iş görmekten kaçınma haklarını kullanmaları gerekir.

³⁷ Ödünç İş ilişkisine ilişkin geniş 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. ENGIN, Murat; “İşverenin İşin Görülmesini İsteme Hakkını Devri: Ödünç İş İlişkisi”, İHD, C:1, 1991. AKYILGİT, Ercan; İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Kamu-İş, Ankara, 1995, BAŞBUĞ, Aydın; İş Sözleşmesinde Üçlü İlişki, TÜHİS, C:18, S:2-3, 2003.

³⁸ SOYER, s.346vd.

Ödünç alan işveren, ödünç işçiyi yanında çalıştırdığı sürece ödünç işçiyeye karşı koruma ve gözetme borcundan sorumlu olmalıdır.

görülen işle ilgili gerek talimat verme, gerek işin ifasını isteme ve yönetme hakkına sahiptir (İşKm.7/1 son cümle). Amaç görüşüne göre, tarafların iradelerini yorumlayarak ödünç işçinin ödünç alan işverene karşı kendisinin işvereniymiş gibi iş sunduğu, ödünç alan işverenin ise işçiyeye karşı onun işvereniymiş gibi davrandığı belirtilmektedir. Bu nedenle ödünç işçinin ödünç alan işverenden, çalıştığı işyeri ve yaptığı iş çerçevesinde dürüstlük kuralı gereği kendisini korunması beklentisi içinde olması haklı ve gereklidir³⁹. Bir başka deyişle ödünç alan işveren, ödünç işçiyi yanında çalıştırdığı sürece ödünç işçiyeye karşı koruma ve gözetme borcundan sorumlu olmalıdır⁴⁰.

Amaç görüşünü savunan bir başka bakış açısı ise, ödünç alan işverenin, ödünç aldığı işçiler üzerinde gözetme ya da koruma yükümlülüğünü açıklarken, öncelikle tarafların iradeleri ile neyi amaçladığının belirlenmesinin önemine değinmiştir. Buna göre taraflar bir iş sözleşmesi kurmayı amaçlamayıp, ödünç alan işveren işçiyi içinde geçici olarak çalıştırıp emeğinden yararlanmak istemektedir. İşçi ise söz konusu işte emeğini geçici bir şekilde işvereni dışında, bir başka işverene sunmak istemektedir. Ancak bu amaçların gerçekleşebilmesi için doğal olarak, ödünç alan işverenin işin yapılmasını isteme hakkı ile beraber ilgili yönetim ve talimat verme hakkına sahip olması gerekir. İşçi ise buna karşın, işi ödünç alan işverene karşı hukuka uygun yani sadakat ve özen borçlarına uyararak yerine getirmekle yükümlüdür (İşKm.7/4. ilk cümle). Kanımızca amaç görüşü; İş Kanunu'nda ödünç alan işverenin talimat verme ve işçi sağlığı ve iş güvenliği risklerine karşı ödünç işçilere eğitim verme yükümlülüğüne ilişkin düzenleme ile örtüşmektedir.

“Koruma görüşü”ne göre, ödünç alan işverenin talimat verme ve yönetme hakkı içinde, işyerinin düzenini sağlama ve işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğü, borçlar hukukuna ilişkin koruma (genel davranış) yükümlülüğü ile açıklanabilir. Buradaki davranış veya koruma yükümlülüğü ödünç işçinin ödünç alan işverenin işyerinde işe başlamakla oluşan sosyal temasın

doğurduğu güven ilişkisinden ve bununda kanuni dayanağı olan MK 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralından kaynaklanmaktadır. Ortada edim yükümlülüğünü doğuran bir sözleşme olmasa bile, koruma yükümlülüklerinin ortaya çıkması mutlaka bir sözleşmenin varlığını gerektirmez. Bu yükümlülükler sosyal temas sonucu da ortaya çıkabilir. Bunun dayanağı da dürüstlük kuralı gereği güven ilişkisidir. Sonuç olarak ödünç iş ilişkisinin doğurduğu sosyal temas, ödünç işçinin ödünç alan işverenden kendisini koruyacağı ve gözetileceğini talep etmesini haklı kılacak kadar yoğundur. Bu nedenle ödünç işçinin çalıştığı işyerinde bir iş kazasına uğraması halinde, işçi ödünç alana karşı sözleşmeye aykırılığa dayanarak dava açabilir⁴¹.

Yukarıda ele aldığımız üç görüşünde birleştiği ortak nokta, fiili çalışma dolayısıyla doğan sosyal temasın, işçiyeye işverenden korunma talebinde bulunmasını haklı kılan hukuki değerdedir. Biz de bu görüşlere katılarak şunları eklemek istiyoruz:

Öncelikle bir işçinin, ödünç verilen bir işyerinde geçirdiği iş kazası veya meslek hastalığı sonucu uğradığı zararların karşılanmayan kısmının, aralarında iş sözleşmesi olan ödünç veren işverenden sözleşmeye aykırılık (BK.m.96,332) hükümlerine göre talep edilmesi, şekli hukuk açısından mümkün gözükmektedir. Ancak bir işvereni (ödünç veren işvereni) fiziken ve hukuken etkili ve yetkili olmadığı bir işyerinde, alınmayan tedbirlerden sorumlu tutmak, **“hakkanियet anlayışı”**na ters düşer. Bu aynı zamanda herkes kendi hukuki tasarruf alanında ortaya çıkan zararlardan sorumlu olmalıdır, anlamına gelen **“hakimiyet ilkesine”**⁴² de aykırı düşmektedir. Çünkü ödünç işçinin uğradığı zarar, ödünç alan işverenin hukuki tasarruf alanı olan işyerinde meydana gelmiştir. Kısaca bu zarardan sorumlu olan ödünç alan işverendir. Ödünç alan işverenle ödünç işçi arasındaki ilişkiyi, sözleşme derecesinde değerlendirerek, sosyal temastan doğan edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi görüşüne uygun olduğu kanaatindeyiz⁴³.

³⁹ AKYIĞIT, *Ödünç İş İlişkisi*, s.156.

⁴⁰ İlişkiiyi güven teorisi etrafında değerlendiren yazarlar için bkz; EKONOMI, Münir; “Teknolojik Ve Ekonomik Gelişmeler Karşısında İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, Kamu ve Özel Kesim İşletmelerinde Yönetimin Beşeri Yönü ve Endüstriyel İlişkiler Sistemimiz”, İstanbul, 1986, s.191, CENTEL, Tankut; *İş Hukuku, Bireysel İş Hukuku*, İstanbul, 1994, s.127, ENGİN, Murat; “İşverenin İşin Görülmesini İsteme Hakkını Devri: Ödünç İş İlişkisi”, İHD, C:1, 1991, s.344. Yargıtay 1992 yılında iş kazası ile ilgili verdiği kararda, her ne kadar olayı alt işveren kurumu içinde değerlendirmiş olsa da aslında burada ödünç iş ilişkisi mevcuttur. Yargıtay’ın aralarında iş sözleşmesi bulunmadığını ileri sürdüğü kişi ise ödünç alan işverendir. Burada olması gereken, ödünç alanın borca aykırılık hükümlerine göre (BKm.332) sorumlu tutulması yoluna gidilmesidir. Yargıtay kararının değerlendirilmesi için bkz; CENTEL, Tankut; Yargıtay’ın 1992 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, s.7-8.

⁴¹ SÜZEK, *İş Hukuku*, s.251.

⁴² Sorumluluk hukukunda hakimiyet ilkesi için bkz; AKYOL, Sener; *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme*, İstanbul, 1976,s.54, İNAL, Tamer; *Türk Hukukunda Borç Kaynakları, Borca Aykırılık ve Sonuçları*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi) Ankara, 1992, s.84, SONNENSCHNEIN, Jürgen; “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme ve Yeni Sorunlar”, (Çev: İsmail Karapınar) Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, C:V, S:1, 1984, s.260, TANDOĞAN, Haluk; *Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini*, Ankara, 1963, s.165.

⁴³ AYDINLI, s.199.

4857 sayılı İş Kanunu'na dayanılarak (İşK.77/2) çıkarılan İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nde de, borç ilişkisi görüşünü destekler niteliktedir. Yönetmelikte, alt işveren işçileri ile ödünç işçilerin asıl işverenle girdikleri sosyal temas ya da iş ilişkisine hizmet eder nitelikte olan düzenlemeler ayrıca yer almıştır. Konuyla ilgili İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nin 6. maddesinin d şikkında; bir işyerini birden fazla işverenin kullanması halinde işverenler, işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerinin alınmasında ve bilgilendirilmesinde birbirlerinin işçilerine karşı ortak sorumluluğunun olduğu belirtilmiştir. Yine aynı yönetmeliğin 10. maddesinin b bendinde ve 12. maddesinin b bendinde işverenin işyerine çalışmak üzere gelen başka işçilerin işçi sağlığı ve iş güvenliğine ilişkin konularda, işverene bilgilendirme ve eğitim yükümlülüğü getirilmiştir.

Sonuç olarak iş görmekten kaçınma hakkı, İşK'nun 83. maddesinde koruma yükümlülüğünü gerektiren tedbirlerin alınmaması sonucu kullanılan bir hak olduğu için, ödünç işçiler ödünç alan işverene karşı bu haktan yararlanmaları gerekir.

5 İŞ GÖRMekten KAÇINMA HAKKININ HUKUKİ SONUÇLARI

İşçinin işten kaçınma hakkını kullanması halinde, önümüze iki tür hukuki sonuç çıkmaktadır. Bunlardan ilki, işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkı, diğeri ise, işverenin temerrüde düşürülmesidir.

a- Haklı Nedenle Fesih

aa- Genel Olarak

İşçinin maddi ve manevi bütünlüğünün en önemli unsurlarından olan hayat ve sağlığı, şayet yakın ve ciddi bir tehlike ile karşılaşır, kanunda işten kaçınma hakkı tanınmıştır. Aynı neden işçi için haklı nedenle fesih hakkını da ortaya çıkarmaktadır. Fesih hakkı, işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerine işverenin uymaması halinde, İşK.m.24/1-a,b'de düzenlenmiştir⁴⁴. Söz konusu fesih hakkı ayrıca, İşK.m.83/5'te de özel olarak düzenlenmiştir. İşK.m.83/5'te İşK.m.24/1'e atıf yapılarak, işçi sağlığı ve iş güvenliği kurulunun kararına ve işçinin

talebine rağmen gerekli tedbirler alınmadığında, söz konusu işçi 6 iş günü içinde iş sözleşmesini feshedebilmektedir. Bir görüşe göre, kaçınma hakkının düzenlendiği madde hükümlerine bakıldığında, işçinin fesih hakkını kullanabilmesi için de kaçınma hakkında olduğu gibi kurul kararını almak zorundadır. İşçinin dayandığı fesih nedeni haklı da olsa, işçi kurul ya da işverenin kararını almadan fesih hakkını kullanırsa haksız sayılır⁴⁵. Bir başka görüşe göre ise, işçinin İşK.m.83'te belirtilen fesih hakkı ile çalışma hakkını kullanma birbiri ile mutlak anlamda bağlı olmadığından, işçi fesih hakkını kullanmaması kaçınma hakkını kullanamayacağı anlamına gelmez⁴⁶.

Kanaatimizce, işçinin gerek işten kaçınma hakkını, gerekse feshinin haklı veya haksız olmasını, işveren veya vekilinin veya kurulun "tedbirlerin alınması" yönündeki yazılı kararına bağlamak, böyle bir karar alınmadığında işçinin, sağlıksız ve güvenliksiz bir ortamda işten kaçınmadığı gibi, ayrıca iş sözleşmesini de haklı nedenle feshedememesi anlamına gelir. Bu sonuç ise, kanunda işçiye tanınmış olan işten kaçınma hakkının etkisizleşmesi ve hatta işçi sağlığı ve iş güvenliğinden doğan nedenlerle ortaya çıkan fesih hakkının sınırlandırılmasına yol açar.

bb- İşK.m.24/1-a'da Düzenlenen Fesih Hakkının İşçi Açısından İşK.m.83/5 ile Daraltılması

İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkının düzenlendiği İşK.m.83, atıf yaptığı işçinin haklı nedenle fesih nedenlerinden olan İşK.m.24-a'yı değişik yönlerden daraltmıştır. Bilindiği gibi İşK.m.24/1-a'da, süresi belirli olan ya da olmayan bir iş sözleşmesinin konusu olan işten kaynaklanan (ancak bunun iş sözleşmesi kurulurken yani işçi işe girerken işçi tarafından bilinmeyen) bir tehlikenin, işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olması durumunda, işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir⁴⁷. Bu fesih hakkı değişik yönlerden daraltılmıştır:

İlk olarak işçinin, haklı nedenle fesih hakkını kullanabilmesi için, çalışmaktan kaçınma hakkına yönelik kanunda gösterilen başvuru ve talebe ilişkin prosedürün yerine getirilmesine rağmen, gerekli tedbirin alınmaması halinde, fesih hakkı kullanılabilir⁴⁸. İkinci daraltma ise, İşK.m.83/5, feshin kullanımına ilişkin 6 işgünlük süreye tabi olmayan (İşK.m.26) İşK.m.24/1'e atıf

⁴⁴ AKYIĞIT, Ercan; İş Kanunu Şerhi, Ankara,2001, s.1469, SÜZEK, İş Güvenliği Hukuku, s.190.

⁴⁵ ÇELİK, s.149.

⁴⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, s. 735.

⁴⁷ Kahvehane çalışan bir işçinin bu çalışmasından dolayı akciğer kanseri olması nedeniyle işin niteliğinden kaynaklanan bir hastalık olduğundan işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. Yarg.9.HD.10.4.1989T, E.231, K.3355 sayılı karar, YKD, Eylül-1989, s.1269, Yarg.9HD,31.1.1992T. E.12816, K.824, sayılı karar, I HD, Ekim,Aralık, 1992, s.608-611 (Tankut CENTEL'in İncelemesi)

⁴⁸ ÇELİK, İş Hukuku, s.149.

yapmasına rağmen, aynı atıf hükmünde getirilen düzenleme ile feshin 6 günlük hak düşürücü süreye tabi tutulmasıdır⁴⁹. Üçüncü daraltma ise; işçi sağlığı ve iş güvenliğine işverenin aykırı davranışı, genel anlamda İşKm.24/II'ye, özel anlamda ise İşKm.24/II-f bendinde yer alan çalışma şartlarının uygulanmaması hükmünün içine sokulurken, İşK.m.83'ün İşKm.24/II'e atıf yapması sonucu işçinin ayrıca İşKm.26/2'ye dayanarak, tazminat hakkı da önlenmiş olmaktadır⁵⁰. Dördüncü daraltma ise; işin mahiyetinden doğan bu tehlikeyi işçi, iş sözleşmesini yaparken bilmiyor ya da bilebilecek durumda değilse, ancak o halde işçi için haklı nedenle fesih hakkı oluşmaktadır⁵¹. Bir başka anlatımla, işçi yaptığı işin niteliğinden kaynaklanan ve bildiği veya bilebileceği bir tehlikeye dayanarak, haklı nedenle fesih hakkına sahip değildir.

İşçinin tehlikeyi bilmesi ya da bilebilecek durumda olması, iş sözleşmesinin yapılması sırasında olması gerekir. İşte bu safhada, işveren sözleşme öncesi dönemde işin niteliğinden kaynaklanan tehlikelerin neler olduğunu işçisine bildirirse, işçinin işin mahiyetinden kaynaklanan tehlikeye dayanarak, iş sözleşmesini feshetmesi de bir bakıma engellenmiş olmaktadır. Ancak işverenin bu aydınlatma yükümü, işin tehlikelerin gizli olması ve bunun işçi tarafından işe başlamadan bilmesinin mümkün olmamasına bağlıdır.

Kanaatimizce kanun koyucu, İşK.m.24/II-a'da olduğu gibi işverene sözleşme görüşmeleri sırasında bilgi verme ve aydınlatma yükümlülüğünü, dolaylı olarak yüklemiştir. Çünkü işveren bu yükümlülüğün şartları oluşmasına rağmen, yerine getirmediğinde, işin mahiyetinden kaynaklanan ve işçi tarafından da görüşme safhasında bilmediği ya da bilebilecek durumda olmadığı bir tehlike ya da sebep, işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlike oluşturursa, işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir.

İşK.m.24/II-b'de ise, işçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan doğruya buluşup görüştüğü işveren yahut işyerinde çalışan başka bir işçi, bulaşıcı bir hastalığa ya da işçinin işi ile bağdaşmayacak bir hastalığa yakalanırsa, bu durumda işçinin yaşayışı ve sağlığı zarar göreceği için, işverene karşı haklı nedenle fesih yetkisini kullanabilir⁵². Görüldüğü

gibi işçinin sağlık nedenlerine dayanarak yapacağı haklı nedenle fesih sebepleri, işverenin doğrudan doğruya davranışı ile değil, meydana gelen bir durumun etkisiyle de olmaktadır. Ancak böyle olsa da, oluşan haklı nedenin önlenmesi yine işverenin elindedir. Örneğin işverenin ya da orada çalışan bir başka işçinin⁵³, bulaşıcı ya da işçinin işi ile bağdaşmayan (tikinti verici, çekilemeyecek derecede) hastalığa yakalanması halinde, işveren hastalığı iyileşinceye kadar, kendisi yerine işveren vekilini işyerinde görevlendirebilir. Yine işveren yönetim hakkına dayanarak söz konusu şekilde hastalığa yakalanan işçileri, hastalığı iyileşinceye kadar izne çıkarabilir ya da yalnız çalışılan yerlere gönderebilir.

cc- Ödünç İşçi ve Alt İşveren İşçilerinin Çalıştıkları İşyerinde Ortaya Çıkan İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tehlikelerinden Dolayı Kendi İşverenlerine Karşı Fesih Yetkilerini Kullanabilmesi

Ödünç işçi veya alt işveren işçisi, çalıştıkları yerde işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemleri alınmadığı takdirde, fesih hakkını kendi işverenleri olan alt işveren ve ödünç veren işverene karşı kullanabilirler mi? Kanaatimizce fesih hakkını kullanabilmelidirler. Çünkü gerek alt işveren, gerekse ödünç veren işveren, aslı işveren ve ödünç alan işverenle beraber koruma yükümlülüğünün ihlal edilmesinden dolayı kanunen müteselsilen sorumlu tutulmuşlardır (İşKm.2/6,7/3). Bilindiği gibi müteselsil borçlulara karşı alacaklılar, borca ilişkin taleplerde bulunma anlamında, borçlulardan birine başvurabildiğine⁵⁴ göre, söz konusu işçilerde, daha önce belirttiğimiz gibi işten kaçınma haklarını nasıl asıl ve ödünç alan işverene karşı kullanabiliyorlarsa, aynı durumda şartlar oluştuğunda, aralarında iş sözleşmesi bulunan alt ve ödünç veren işverene karşı da fesih yetkilerini kullanabilmeleri gerekir. Söz konusu işçilerin fesih haklarını, aralarında klasik anlamda iş sözleşmesi bulunmayan asıl işveren ya da ödünç alan işverene karşı kullanmaları, imkansız olması açısından mümkün değildir.

b- İşverenin Alacaklının Temerrüdüne Düşürülmesi Sonucunu Veren Çalışmama Hakkı

İşçinin hayat veya sağlığının tehlike altında olması halinde işte çalışmaktan kaçınma hakkı, gerek

⁴⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU, *İş Hukuku*, s. 735.

⁵⁰ EKMEKÇİ, Ömer; 4857 Sayılı İş Kanununda İzinler ve İşçi Sağlığı ve İş Güvenliğine İlişkin Hükümler, *Yeni İş Yasası, Cımse-İş, İstanbul-2002*, s.192.193. (CELİK, s.149. dipnot 81'den alınmıştır.)

⁵¹ ÇENBERCİ, *İş Kanunu Şerhi*, s.989, SÜZEK, *İş Hukuku*, s.340.

⁵² CELİK, *İş Hukuku*, s.214.

⁵³ Bir başka işçi kavramı için sadece o işyerinde çalışma gerekli ve yeterlidir. İşçinin bir başka işverenin işçisi (alt işveren işçisi ya da ödünç işçi olması) olması önemli değildir. Çünkü işyerinde işin düzenlenmesi konusunda tek yetkili olan kişi asıl ya da ödünç alan işverendir. Bu nedenle bu şekilde hastalığa yakalanmış olan işçilerin başka bölümlerde çalışmasını sağlayacak veya hastalanan işçileri, o işçi ile doğrudan buluşturmayacak şekilde işin düzenlenmesini yapmaya yetkili olan asıl ya da ödünç alan işverendir.

⁵⁴ Müteselsil borçluluk için bkz; EREN, *Borçlar Hukuku*, s.1188.

İsviçre/Türk hukuklarında, gerekse Alman hukukunda işverenin temerrüdüne ilişkin hükümlerle hukuki sonuca bağlanmıştır⁵⁵. Alman hukukunda işverenin önleme yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, BGB § 273'e göre işçinin çalışmayı reddetme hakkı olup bu yolla işçiler işverenin temerrüdü hükmüne başvurarak, çalışmaksızın ücrete hak kazanabilmektedirler⁵⁶. Türk iş hukukunda ise, işverenin temerrüdünün düzenlendiği BK.m.325'te uygulama alanı bulunmaktadır⁵⁷. 4857 sayılı İş Kanunu'na kadar, BK.'nın 325. maddesi genel hüküm olarak uygulanırken, yeni İş Kanunu'nda yer alan özel düzenleme ile BK 325. maddenin içeriği, özel olarak İş Kanunu'nda hükme bağlanmıştır (İşKm.83/4). Buna göre, çalışmaktan kaçınma hakkı doğan işçi, kaçındığı süre içinde ortaya çıkan ücreti ve diğer haklarını, işverenden talep edebilir (İşKm.83/4). İşçinin işten kaçınma hakkını kullandığı süre içinde, tasarruf ettiği veya başka bir işte çalışarak kazandığı gelirler ise, verilecek toplam ücretten genel hüküm olan BK.m.325 gereği düşülmelidir⁵⁸.

6 SONUÇ

İşKm.83'teki şartlar gerçekleştiğinde, işverene karşı işten kaçınma hakkından yararlanacak işçiler, ilk anda işverenin aralarında iş sözleşmesi bulunan işçilerdir. Çalışma hayatında ortaya çıkan ve yeni İş Kanunu ile de pozitif düzenlemeye kavuşturulan alt işveren işçileri ile özellikle ödünç işçilerin, işyerinde çalıştıkları işverene karşı kaçınma hakkından yararlanıp yararlanamaları sorunu ise, akla bir çok hukuki kurumu getirebilmektedir.

Konunun düzenlendiği İşK'nun 83. maddesinin sadece sözüne bakılarak, lafzi veya deyimsel yorum yapılması halinde, işten kaçınma hakkından yararlanacak olan işçiler, işverenin kendi işçileri gibi gözükmektedir. Ancak alt işveren işçileri ile ödünç işçilerin de yanında çalıştıkları işverene karşı, bu hakkı kullanmaları, kanunun sistematik ve amaçsal yorum metodu, çalışma ilişkisi nedeniyle ortaya çıkan sosyal temasın gerektirdiği dürüstlük kuralından kaynaklanan koruma yükümlülüğü, normun koruma amacı ve mevcut

iş sağlığı ve güvenliği yönetmeliği hükümleri yanında, çözüm getirilmesi gereken bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Sorunun çözülmesinde bize yol gösteren kurumlardan biri, kanunların yorumlanmasında, sistematik ve amaçsal yorum metotlarının uygulanmasıdır. Sistematik⁵⁹ ve amaçsal yorum yöntemine⁶⁰ göre, kanunun bir maddesinin yorumu, o maddenin içinde yer aldığı kanunun diğer maddeleri ile bağlantılı bir şekilde anlaşılmasını gerektirir. Alt işveren ilişkisi ile ödünç iş ilişkisinin düzenlendiği kanun maddelerine bakıldığında, gerek asıl işveren gerekse ödünç alan işveren, alt işveren işçilerine ve ödünç alınan işçilere karşı işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerinin alınmasından, müteselsilen sorumlu tutulmuşlardır (İşKm.2/6,7/3). Aralarında iş sözleşmesi olmadan işyerinde çalışan işçilere karşı, asıl işveren ile ödünç alan işverene getirilen koruma yükümlülükleri ihlal edildiğinde, İşK 83. maddesinde düzenlenen işten kaçınma hakkının, alt işveren işçileri ile ödünç işçilere de aynı şartlar altında, işyerlerinde çalıştıkları asıl/ödünç alan işverenlere karşı kullanmaları, kanunun sistematik yorumlanması ilkesine uygun düşmektedir. Bir başka yön ise, alt işveren işçileri ile ödünç işçilerin, işyerinde çalıştıkları işverenin çalışma ilişkisi nedeniyle oluşan, sosyal temasın doğurduğu dürüstlük kuralına dayanan, iş güvenliğinin ve işçi sağlığının korunmasına ilişkin talebin haklılığıdır. Bir başka ifadeyle, söz konusu işçilerin işten kaçınma hakkından yararlanmalarının temeli dürüstlük kuralına dayanmaktadır.

Normun koruma amacına⁶¹ göre konuyu değerlendirdiğimizde; Kanunun 83. maddesinde işyerinde çalışan işçiler amaçlanmıştır. İşyerinde çalışan işçilerin işverene iş sözleşmesi ile bağlı olması şartından çok, "işyerinde çalışan işçiler" in olması yeterli sayılarak işverene işyerinde meydana gelen işçi sağlığı ve iş güvenliğine ilişkin bir sorumluluk yüklenmiştir. Vardığımız bu değer yargısı ise, yeni İş Kanunu'ndan sonra değiştirilen İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün yerine, getirilen İş Sağlığı ve Yönetmeliği'nin 6/d 10/b,12/b maddelerinde düzenlenmiştir.

İşyerinde çalışan işçilerin işverene iş sözleşmesi ile bağlı olması şartından çok, "işyerinde çalışan işçiler" in olması yeterli sayılarak işverene işyerinde meydana gelen işçi sağlığı ve iş güvenliğine ilişkin bir sorumluluk yüklenmiştir. Vardığımız bu değer yargısı ise, yeni İş Kanunu'ndan sonra değiştirilen İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün yerine, getirilen İş Sağlığı ve Yönetmeliği'nin 6/d 10/b,12/b maddelerinde düzenlenmiştir.

⁵⁵ SÜZEK, İş Güvenliği, s.186, dipnot; 5

⁵⁶ HUECK/NIPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrecht, 7.Auflage, Berlin und Frankfurt, a.M., 1963, s.397. İşverenin gerekli işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemleri almaması nedeniyle aynen ifa davası açılabilmesi mümkün değildir. ULUSAN, İlhan; Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 1990, s.30, KAPLAN, e.Tuncay; İşverenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 1992, s.38, MOLLAMAHMUTOĞLU, Ret Hakkı, s.7

⁵⁷ İşverenin temerrüdüne ilişkin olarak bkz; TUNÇOMAĞ, Kenan; Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatı Açısından İşi Kabulden Kaçınma, Sosyal Siyaset Konferansları, 9. Kitap, İstanbul, 1968, özellikle; s.105vd., ÇELİK, İş Hukuku, s.133, ULUSAN, İşçiyi Gözetme Borcu, s.23, SÜZEK, İş Güvenliği, s.186vd., AKYİĞİT, İş Kanunu Şerhi, s.1470.

⁵⁸ OĞUZMAN, Kemal; İş "İş" Aktinin Feshi, İstanbul, 1955, s.151vd., TUNÇOMAĞ, 100vd. EYRENCİ, İHU, İşK9, (N:2), AKYİĞİT, İş Kanunu Şerhi, s.417,418. İşveren alacaklının temerrüdüne düştüğü için çalışılmayan süreler için ücretin BK 325. maddeden doğduğunu belirten yazarlar için bkz; ULUCAN,EYRENCİ, TAŞKENT, s.218, MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, s.735.

⁵⁹ Kanunun sistematigi kanunların yorumlanmasında dayanılacak temel unsurlardan biridir. Buna göre kanunları yorumlarken, kanun maddelerinin birbiri ile olan bağlantısı ve bütünlüğü ile kanunun temelinde yatan genel düzenleyici düşünce ele alınır. EDİŞ, s.195.

⁶⁰ Amaçsal yorum sadece ilgili madde değil yasa hükmünün içinde bulunduğu kanunun bütünlüğünü göz önüne alarak tüm yasadaki genel düşünce ve prensiplerle yasanın korumak istediği amacı belirler. Yazara göre Medeni Kanunda asıl yorum metodu amaçsal yorumdur. ZEVKİLER, Aydın; Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara, 1992. s.82. Aynı görüşte; SÜZEK, Sarper; Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2001, "Bireysel İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Kamu-İş, Ankara, 2003, s.43.

⁶¹ Konuyla ilgili olarak bkz; EREN, Fikret; Hukuka Aykırılık Bağı ve Normun Koruma Amacı Teorisi, Mahmut Koloğlu'ya 70. Yaş Armağanı, Ankara, 1975, 463vd., TANDOĞAN, Haluk; "Hukuka Aykırılık Bağı", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, I. Sempozyum, İstanbul, 1980. s.5vd.

KAYNAKLAR

- AKTAY, Nizamettin; "Alt İşveren Kurumu ve Hukukumuzda Doğan Sorunlar", Kamu-İş, C:3, S:3, Ocak-1994.
- AKYIĞİT, Ercan; İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Kamu-İş, Ankara, 1995.
- AKYIĞİT, Ercan; İş Kanunu Şerhi, Ankara,2001.
- AKYOL, Şener; Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul, 1976.
- AKYOL Şener; Dürüstlük Kuralı ve Hakkın kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul,1995.
- AYDIN, Ufuk; İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Eskişehir, 2002.
- AYDINLI, İbrahim; İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Kaynaklanan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara,2004.
- BAŞBUĞ Aydın; "Alt İşveren İşçisi İle Asıl İşveren Arasındaki Borç İlişkisi ve Bu İlişkinin Doğurduğu Hukuki Sorunlar", Kamu -İş, C.4, S:3, Ocak-1998.
- BAŞBUĞ; Aydın; Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Ankara, 1999.
- 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, Ankara, 2003.
- BRUN, Andre; Sosyal Hukukun Zamanımızda Kaydettiği İstihaleler", İ.Ü.H.F.M. C:25, 1960.
- CANBOLAT,Talat; Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, İstanbul, 1992.
- CENTEL, Tankut; İş Hukuku, Bireysel İş Hukuku, İstanbul,1994.
- ÇELİK Nuri; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 16. Bası, İstanbul, 2003.
- ÇELİK, Nuri; İşveren, İşveren Vekili, Alt İşveren ve Bunlarla İlgili Hukuki Sorunlar", İş Hukukunun Güncel Sorunları Semineri, TÜHİS, 9-12 Aralık, 1997, Abant.
- ÇENBERCİ, Mustafa; İş Kanunu Şerhi, Ankara,1986.
- ÇENBERCİ, Mustafa; Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara,1985.
- DEMİR, Fevzi, " Alt İşveren Uygulaması Ve Sorunları" 2000'li Yıllarda Endüstri Uygulamalarına Bakış Semineri MESS Yayını:204, İstanbul, 1993.
- DÖLLE, Hans; Aussergesetzliche Schuldpflichten in Zeitschrift für Die Gesamte Staatwissenschaft, 1943.
- EDİS Seffullah; Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara,1997.
- EKMEKÇİ, Ömer; 4857 Sayılı İş Kanununda İzinler ve İşçi Sağlığı ve İş Güvenliğine İlişkin Hükümler, Yeni İş Yasası, Çimse-İş, İstanbul-2002.
- EKONOMİ, Münir; "Türk İş Hukukunda Esnekleşme Gereği", Çalışma Hayatında Esneklik, İzmir, 1994.
- EKONOMİ, Münir; Ferdi İş Hukuku, İstanbul, 1987.
- EKONOMİ, Münir; "Alt İşveren Asıl İşveren İlişkileri ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", Tekstil İşveren Eylül-1991.
- EKONOMİ, Münir; "Teknolojik Ve Ekonomik Gelişmeler Karşısında İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, Kamu ve Özel Kesim İşletmelerinde Yönetimin Beşeri Yönü ve Endüstriyel İlişkiler Sistemimiz", İstanbul, 1986.
- ELBİR, H. Kemal; Asıl İşveren-Alt İşveren (Müteahhit-Taşeron) Kavramları Hakkında Bazı Düşünceler, İHD, C:1, 1991.
- ENGİN, Murat; "İşverenin İşin Görülmesini İsteme Hakkını Devri: Ödünç İş İlişkisi", İHD, C:I, 1991.
- ENGİN, Murat; "İşverenin İşin Görülmesini İsteme Hakkını Devri: Ödünç İş İlişkisi", İHD, C:I, 1991.
- EREN, Fikret; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, 2001.
- EREN Fikret; Hukuka Aykırılık Bağı ve Normun Koruma Amacı Teorisi, Mahmut Koloğlu'ya 70. Yaş Armağanı, Ankara, 1975.
- ERTÜRK, Şükran; İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara, 2002,.
- EYRENCİ, TAŞKENT, ULUCAN; Bireysel İş Hukuku, İstanbul, 2004.
- GÜZEL, Ali ; "Ekonomik ve Teknolojik Gelişim Sürecinde İşçi Kavramı ve Yeni Ölçüt Arayışı", İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Ortaya Çıkan Sorunlar, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Kemal Oğuzman'ın Anısına, İstanbul,1997.

GÜZEL, Ali; “Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin Işığında İş Sözleşmesinin “Intuitus Personae” Niteliği Üzerinde Yeniden Düşünmek”, Halit Kemal Elbir’e Armağan.

GÜZEL, Ali; İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve İş Sözleşmelerine Etkisi, İstanbul, 1987.

GÜZEL, Ali; OKUR, Ali Rıza; Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 8. Bası, İstanbul, 2002.

HUECK/NİPPERDEY; Lehrbuch des Arbeitsrecht, 7.Auflage, Berlin und Frankfurt, a.M., 1963.

KAPLAN, E.Tuncay; İşverenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 1992.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip; Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul, 1968.

KUBAN Arzu; Yeni İstihdam Türleri Bakımından İşçi Kavramı”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Hatırasına, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1998.

KUTAL, Metin; “Türk İş Hukuku Açısından Alt İşveren ve Sorunları”, KIPLAS, 1990.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; “İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Bakımından İşçinin Ret Hakkı”, Türk Kamu-Sen, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C:2, S:15-16, Mart-Haziran 1994.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; İş Sözleşmesi, Ankara, 1995.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; İş Hukuku, Ankara, 2004.

NARMANLIOĞLU, Ünal; Ferdi İş İlişkileri, İzmir, 1994.

İNAL, Tamer; Türk Hukukunda Borç Kaynakları, Borca Aykırılık ve Sonuçları, (Yayımlanmamış Doktora Tezi) Ankara, 1992.

OĞUZMAN, Kemal; İş “İş” Akdinin Feshi, İstanbul, 1955.

SONNENSCHNEIN, Jürgen; “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme ve Yeni Sorunlar”, (Çev: İsmail Karapınar) Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, C:V, S:1, 1984.

SOYER Polat; “Direniş Nedeniyle Çalışılmayan Günlerde Ücret Ödenmemesi”, İHU, İşK.26,(No:1).

SOYER, Polat; “İşçinin Bir Başka İşverenin Yanında Çalışması ve Bireysel İş Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar”, Yasa Hukuk Dergisi, C:III, S:3, Mart-1980.

SÖZER, Ali Nazım; Türkiye’de Sosyal Hukuk, Ankara, 1994.

SÜZEK, Sarper; İş Güvenliği Hukuku, Ankara,1985.

SÜZEK, Sarper; İş Hukukunun Genel Esasları, Ankara,1998.

SÜZEK, Sarper; İş Hukuku, İstanbul, 2002.

SÜZEK, Sarper; Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2001, “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Kamu-İş, Ankara, 2003.

TANDOĞAN, Haluk; Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara, 1963.

TANDOĞAN, Haluk; “Hukuka Aykırılık Bağlı”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, I. Sempozyum, İstanbul, 1980.

TUNÇOMAĞ, Kenan; Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatı Açısından İş Kabulden Kaçınma, Sosyal Siyaset Konferansları, 9. Kitap, İstanbul, 1968.

ULUSAN, İlhan; Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 1990.

UŞAN, Fatih; “Asıl İşverenin Alt İşverenin Sosyal Sigortalar Kanunundan Doğan Borçlarından Sorumluluğu”, Kamu-İş, C:7, 2002.

UYGUR, Turgut; İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Temel Kavramlar, Ankara, 1980.

ZEVKLİLER, Aydın; Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara, 1992.