

6331 SAYILI KANUN'UN 13. MADDESİ KAPSAMINDA ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKI

Right to Refrain from Working within in the Scope of Article 13 of Law No. 6331

Nihal AKSOY*

Geliş Tarihi: 18.02.2020 Kabul Tarihi: 03.04.2020

ÖZET

İşverenin işçileri koruma ve gözetme borcu ile iş kazası ve meslek hastalıklarına karşı gerekli önlemleri alma yükümlülüğü bulunmaktadır. İşveren tarafından bu yükümlülük yerine getirilmediği durumda işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı doğar.

Çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin olarak hazırladığımız bu çalışmamızda, hakkın genel özellikleri, mevzuatımızdaki yeri, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13'te yer alan terimler ve bu terimlere ilişkin açıklamalar yer alacaktır. Bu açıklamalar takip edilerek çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımına dair şartlar incelenecektir. Hakkın kullanımı açısından şartların varlığı ve uygulanması gereken usulün izlenmesiyle ve uygulanması gereken usulün izlenmesiyle hakkın sonuçları açıklanacaktır.

Öncelikle belirtmemiz gerekir ki; çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin mevzuatımızda iki düzenleme yer almaktadır. Bunlardan birincisi, İş Kanunu'nda yer alan ücretin gününde ödenmemesi sebebiyle iş görmekten kaçınma hakkıdır. Diğeri ise İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13'te yer alan, çalışma ortamında iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tehlikelerin meydana gelmesi halinde çalışanların kaçınma hakkıdır. İnceleme konumuz İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamında olduğundan ücretin gününde ödenmemesi sebebiyle iş görmekten kaçınma hakkı çalışmamıza alınmamıştır.

Anahtar Kelimeler: Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, İşverenin İşçiyi Koruma ve Gözetme Yükümlülüğü, Ciddi ve Yakın Tehlike.

ABSTRACT

The employer has an duty of care over workers and obligation to take necessary measures against risks that may cause occupational accidents and diseases. If the obligation is not fulfilled, the worker has the right to refrain from working.

In this study we prepared, regarding the right to refrain from working; general characteristics of the right, its place in our legislation, the terms in article 13 of the Occupational Health and Safety Law and descriptions of these terms will be included. Following these explanations, the conditions regarding the use of the right to refrain from working will be examined. In terms of the use of the right, presence of conditions and consequences of the right as a result of the procedure will be described.

We have to mention before the beginning of the study, there are two regulations in our legislation on the right to refrain from working. First one is the right to refrain from working because the wage is not paid on the day which is included in the Labor Law. The other one is employee's right to refrain from working in the event of dangers related to occupational health and safety in the workplace which is included in the Article 13 of the Occupational Health and Safety Law. Because of our work subject is under the Occupational Health and Safety Law, the right to refrain from working because the wage is not paid on the day is not included in our study.

Keywords: The Right to Refrain From Working, Occupational Health and Safety Law, Employer's Duty of Care Over Workers, Serious and Immediate Danger.

* T.C. Adalet Bakanlığı Hakim Adayı, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Programı Öğrencisi, e-posta: nihal.aksoy@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-2716-5433.

GİRİŞ

Çalışanların iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin mevzuatımız; başta ILO sözleşmeleri olmak üzere uluslararası anlaşmalar ve Avrupa Birliği normları, iç hukukumuzdaki yargı içtihatları ve öğretilerdeki görüşler dikkate alınarak hazırlanmıştır.

İş sağlığı, çalışanların fiziksel, ruhsal ve aynı zamanda sosyal açıdan tam bir iyilik halinde olmalarını ifade eder¹. İş güvenliği ise, çalışanların sağlığının korunması için önceden alınması ve çalışma ilişkisinin devamınca sürdürülmesi gereken önlemler ile faaliyetleri kapsar². 1950 yılında ILO – WHO Komitesi tarafından kabul edilen ve 1995 yılında revize edilen tanıma göre; iş sağlığı ve güvenliği, işle ilgili yaralanma ve hastalıkların önlenmesinin yanı sıra işçilerin sağlığının korunması ve geliştirilmesi ile ilgilenen, çalışma koşullarının ve çevrenin iyileştirilmesini amaçlayan bir disiplindir³.

Çalışanların iş sağlıkları ve güvenlikleri açısından meydana gelen bir tehlike durumunda iş sözleşmesinden doğan iş görme edimini ifadan kaçınması; Anayasayla koruma altına alınan yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı⁴ ile yakından ilişkilidir⁵. Aynı zamanda bu tehlike durumu çalışanların iş görme edimini ifadan kaçınması için haklı bir nedendir⁶.

İşyerlerinde meydana gelen iş kazaları ve meslek hastalıklarından doğan mağduriyetin önlenmesi amacıyla çalışanlara çalışmaktan kaçınma hakkının tanınması iş hukukunun amacıyla da bağdaşmaktadır. Bu hakkın tanınması ile bir yandan taraflar arasındaki sözleşme ayakta tutulurken diğer yandan işveren iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma konusunda zorlanmaktadır⁷.

¹ BALKIR, Zehra Gönül; İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkının Korunması: İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Organizasyonu, Sosyal Güvenlik Dergisi, C. 2, S. 1, Ocak 2012, s. 14. YILMAZ, Fatih; Avrupa Birliği ve Türkiye’de İş Sağlığı ve Güvenliği: Türkiye’de İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının Etkinlik Düzeyinin Ölçülmesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2009.

² YILMAZ, s. 7.

³ “Occupational safety and health is identified as the discipline dealing with the prevention of work-related injuries and diseases as well as the protection and promotion of the health of workers. It aims at the improvement of working conditions and environment.” Bkz: www.ilo.org/safework Erişim Tarihi 16.03.2020.

⁴ “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.”

⁵ BALKIR, s. 14.

⁶ AYDINLI, İbrahim; İşçilerin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, Çimento İşverenleri Sendikası, C. 19, S. 4, Temmuz 2004, s. 18. BALIK, Derya; İşçinin İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Tehlike Sebebiyle Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 27, 2010, s. 1004.

⁷ SÜZEK, Sarper; İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Hakları ve Yükümlülükleri, İHSGHD, S. 6, Nisan-Haziran 2005, s. 615.

Geçimi için iş sözleşmesinden doğan iş görme edimini ifa etmek zorunda kalan çalışanın vücut bütünlüğü ve sağlığı ile ücreti arasında bir tercih yapmasını beklemek gerek Anayasal haklara gerekse uluslararası hukukta kabul edilen insan hakları değerlerine aykırılık teşkil edecektir⁸. Bu nedenle kişilerin sözleşmenin konusu olan edim dışındaki yaşam ve sağlık hakları temel normlar tarafından güvence altına alınmıştır⁹. 4857 sayılı Kanun m. 24/1-a bendinde açıkça belirtildiği üzere işin yapılması işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlike olursa işçinin haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanması mümkündür. Ancak çalışanın fesih hakkını kullanması, işini kaybetmesine yol açacağından öncelikle tercih edilmesi gereken bir yol değildir. Çalışanların iş ilişkilerini düzenleyen İş Hukukunun amacına da ters hareket edilmiş olacaktır. Amacımız her zaman işçi yararına yorum ilkesi¹⁰ doğrultusunda iş sözleşmesinin ayakta kalmasıyla birlikte işverenin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin önlemleri almaya zorlanması olmalıdır¹¹.

1. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Mevzuatımızdaki Yeri

Hukukumuzda işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin ilk yenilik 4857 sayılı Kanun'da *"İşçilerin Hakları"* başlığını taşıyan m. 83'te düzenlenmiştir¹².

⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Bakımından İşçinin Red Hakkı, Türk Kamu-Sen, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 2, S. 15-16, Mart-Haziran 1994, s. 3. GÖKTAŞ, Seracettin; Türk İş Hukukunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 212.

⁹ ÖZDEMİR, Erdem; İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Vedat Kitapçılık, Aralık 2014, s. 413.

¹⁰ ÇELİK, Nuri/ CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 32. B., Ekim 2019, s. 26.

¹¹ ENGİN, Murat; Yeni İş Kanunu Tasarısı ve İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, DEUHFD, S. 1, 2003, s. 93. SÜZEK, s. 615.

¹² İşçilerin hakları MADDE 83 (Yürürlük Başlama: 10.06.2003 Yürürlük Bitiş: 30.12.2012)
İşçilerin hakları

MADDE 83 - İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği açısından işçinin sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati bir tehlike ile karşı karşıya kalan işçi, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir. Kurul aynı gün acilen toplanarak kararını verir ve durumu tutanakla tespit eder. Karar işçiye yazılı olarak bildirilir.

İş sağlığı ve güvenliği kurulunun bulunmadığı işyerlerinde talep, işveren veya işveren vekiline yapılır. İşçi tesbitin yapılmasını ve durumun yazılı olarak kendisine bildirilmesini isteyebilir. İşveren veya vekili yazılı cevap vermek zorundadır.

Kurulun işçinin talebi yönünde karar vermesi halinde işçi, gerekli iş sağlığı ve güvenliği tedbiri alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir.

İşçinin çalışmaktan kaçındığı dönem içinde ücreti ve diğer hakları saklıdır.

İş sağlığı ve güvenliği kurulunun kararına ve işçinin talebine rağmen gerekli tedbir 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.

Bu Kanunun 79 uncu maddesine göre işyerinde işin durdurulması veya işyerinin kapatılması halinde bu madde hükümleri uygulanmaz.”.

Bu maddeye göre; iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tedbirlerin alınmaması sonucunda ortaya çıkacak *yakın, acil ve hayati bir tehlike* sonucunda işçi, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilmekteydi. 6331 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile anılan bu madde yürürlükten kaldırılmıştır.

6331 sayılı kanun m. 13'te yer alan *"Çalışmaktan Kaçınma Hakkı"* başlıklı hüküm ile iş kazasına neden olabilecek, çalışanları *ciddi ve yakın* bir tehlike ile karşıya bırakabilecek, vücut bütünlüğü ve sağlığı açısından sorun yaratabilecek bir durumun ortaya çıkması halinde gerekli önlemler alınıncaya dek çalışanların kendi güvenliklerini sağlamasına olanak verilmiştir.

İş Kanunu mülga m. 83'ün gerekçesinde *"İşçiler iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri alınmayan, mesleki risklerin her an ortaya çıkabileceği bir işyeri ortamında çalışmaya zorunlu tutulamazlar. Bu durumda bulunan işçilere iş sözleşmelerini haklı nedenle feshetme veya belirli koşullarla çalışmaktan geçici bir süre kaçınma imkanı tanınmıştır."* denilmekle; çağdaş hukuk sistemlerine ve uluslararası hukuka uygun bir amaçla, tehlike karşısında işçilerin kişilik değerlerinin iş görme edimine tercih edildiği anlaşılmaktadır¹³. Gerçekten de iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri alınmayan, mesleki risklerin her an ortaya çıkabileceği bir çalışma ortamında çalışanların çalışmaya zorlanamayacağı ve çalışmaktan kaçınma haklarını kullanabileceği açıktır.

İş Kanunu m. 83'ün mülga olması ve 6331 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle çalışmaktan kaçınma hakkı değişikliğe uğramıştır. İş Kanunu m. 83'te hakkın kullanılabilmesi için tehlikenin yakın, acil ve hayati olması gerekirken, 6331 sayılı Kanun m. 13'te bu hakkın kullanılabilmesi ciddi ve yakın bir tehlikenin varlığını şart koşmuştur. Kanımızca yapılan bu değişiklik çalışanların hakkını genişletici olması sebebiyle yerinde olmuştur.

1981 tarihli İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamı Hakkında 155 sayılı ILO sözleşmesinin 13. ve devamındaki maddelerinde de işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı düzenlenmiştir; *"Sağlığı ve hayatı için ciddi ve yakında vaki olmasından korktuğu tehlike nedeniyle, haklı bir gerekçeyle, işinden uzaklaşan bir işçi, işinden uzaklaşması nedeniyle olabilecek uygunsuz sonuçlara karşı ulusal koşullar ve uygulama uygun bir şekilde korunacaktır."*¹⁴. 07.01.2004 tarih ve 5038 sayılı Kanun ile 155 sayılı ILO Sözleşmesi kanunlaşmış ve 22 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹³ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz; İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Önlemlerin Alınmaması Sebebiyle İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, Fasikül Hukuk Dergisi, C. 4, S. 30, İstanbul, Mayıs 2012, s. 23. GÖKTAŞ, s. 215.

¹⁴ 155 No'lu İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin Sözleşme için bkz: https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377299/lang--tr/index.htm

2. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Hukukî Niteliği

Çalışmaktan kaçınma hakkı; 6331 sayılı Kanun ve 4857 sayılı Kanun'un mülga 83. maddesinde yer almadan önceki dönemde her ne kadar kanunda düzenlenmemiş olsa da Yargıtay kararları ve öğreti tarafından kabul edilmekte idi¹⁵. Çalışanların böyle bir hakka sahip olup olmadığı, sahip olması halinde hangi hukuki sebebe dayanarak bu hakkı kullanabileceği öğretide tartışma konusu olmuştu¹⁶. Günümüzde çalışmaktan kaçınma hakkı, çalışanın vücut bütünlüğü ve sağlığına yönelik ciddi ve yakın tehlike karşısında, işveren tarafından gerekli önlemler alınincaya dek çalışmaktan kaçınmasını hukuka aykırı kabul etmeyen ve iş sözleşmesinin ihlali sonucunu doğurmayan kanundan doğan bir hak olarak kabul edilmektedir.

Her ne kadar mevzuatımızca çalışmaktan kaçınma hakkı çalışanlara tanınmış ve çerçevesi çizilmiş olsa da hakkın hukuki niteliğinin incelenmesi konuyu daha iyi açıklayabilmemiz açısından önem arz etmektedir¹⁷.

2.1. Mücbir Sebebe Dayalı Olduğu Görüşü

Mücbir sebep, borçlunun borcunu ifasını mutlak ve kaçınılmaz olarak engelleyen, borçludan bağımsız olarak meydana gelen, öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır¹⁸. TBK m. 136'da borçluyu borcundan kurtaran bir hukuki imkan olarak yer almaktadır¹⁹.

Çalışmaktan kaçınma hakkının mücbir sebebe dayandırılması halinde, hakkın yalnızca mücbir sebep oluşturan şiddetli rüzgâr, yangın, sel, fırtına, toprak kayması, don olayı, deprem gibi karşı konulamaz hallerin varlığında kullanılması mümkün olacağından kullanım alanı oldukça sınırlanmış olacaktır²⁰.

¹⁵ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 375. MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 5.

¹⁶ ŞAHİN EMİR, Asiye, İşyerinde Tehlike Halinde Alınması Gereken Önlemlerin Hukuki Çerçevesi, Seçkin Yayıncılık, 1. B. Ankara, Ekim 2015, s. 151. SARIBAY ÖZTÜRK, Gizem; İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerini İhlalin Hukuki Sonuçları, Doktora Tezi, İstanbul 2013, s. 69.

¹⁷ GÖKTAŞ, s. 216.

¹⁸ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2014, s.557. SARIBAY ÖZTÜRK, s.70. SUR, Melda; İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, s. 400.

¹⁹ "MADDE 136- Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır. Borçlu ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür."

²⁰ SUR, 404. SARIBAY ÖZTÜRK, s. 70.

Hakkın yalnızca mücbir sebebe dayandığının kabulünün yerinde olmadığı yönünde olan ve bizim de katıldığımız öğretideki görüşe göre; çalışanların hayatı ve sağlığını tehlikeye sokan durum işverenin faaliyeti ve işyerinde yapılan işe ilişkin olduğundan tehlike çoğu zaman öngörülebilir ve kaçınılabılır niteliktedir²¹. Bunun yanında çalışmaktan kaçınma hakkı tehlikenin devamı süresince kullanılan geçici bir hak olup çalışanın iş sözleşmesinden doğan edim borcunu tamamen ortadan kaldırmaz²². Öngörülemezlik, kaçınılmazlık ve haricilik gibi mücbir sebebin temel niteliklerinin çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımını karşılayamadığı görülmektedir²³. Çalışmaktan kaçınmayı gerektiren tehlike mücbir sebepten kaynaklanabilecekse de hakkın kaynağını bu yönde genellemek mümkün değildir²⁴. Mücbir sebepten farklı tehlike durumlarında da çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımı mümkün olabileceğinden hakkın kaynağının mücbir sebep olduğu söylenemez²⁵.

2.2. Zaruret Haline Dayalı Olduğu Görüşü

Zaruret hali; kişinin, kendisinin veya bir başkasının şahsını veya malvarlığını, yakın bir zarar veya derhal meydana gelebilecek bir tehlikeden korumak için üçüncü bir kişinin malvarlığına zarar vermesi olarak tanımlanmaktadır²⁶. TBK m. 64/1' de "*Haklı savunmada bulunan, saldıranın şahsına veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.*" şeklinde düzenlenen zaruret halinde kişinin kusuru ortadan kaldırılmaktadır²⁷. Böylece; Medeni Hukukta haksız fiil, Ceza Hukukunda suç teşkil etmesine rağmen; üçüncü kişinin malvarlığına zarar verilmesi zaruret halinde hukuka uygun hale gelmektedir. Zaruret halinde gerçek bir zararın önlenmesi, korunan menfaatin feda edilecek menfaatten üstün veya ona eşit olması unsurunun gerçekleşmesi de gerekmektedir²⁸.

Çalışmaktan kaçınma hakkı açısından; zaruret halinde çalışanın vücut bütünlüğünün bozulması tehlikesi karşısında işverenin ekonomik çıkarlarının daha az önem arz ettiği açıktır. İşyerinde tehlikenin çalışanın vücut bütünlüğünü, sağlığını ve güvenliğini tehdit etmesi halinde, çalışanın kendisine yönelik tehlikeden kurtulmak amacıyla çalışmaktan kaçınması işverenin ekonomik çıkarlarına verdiği orantılı bir zarar olarak kabul edilmektedir²⁹. Bu sebeple, çalışanın işverenin ekonomisine verdiği zararın zaruret halinden kaynaklandığı ifade edilmektedir³⁰.

²¹ GÖKTAŞ, s. 216.

²² MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 5-6. SARIBAY ÖZTÜRK, s. 70. GÖKTAŞ, s. 216.

²³ MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 5-6. GÖKTAŞ, s. 216.

²⁴ SUR, s. 404.

²⁵ SARIBAY ÖZTÜRK, s. 71. SUR, s. 404. GÖKTAŞ, s. 216.

²⁶ EREN, s. 609. GÖKTAŞ, s. 216. SARIBAY ÖZTÜRK, s. 72. SUR, s. 404.

²⁷ EREN, s. 609.

²⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 9.

²⁹ SUR, s. 404. SARIBAY ÖZTÜRK, s. 72.

³⁰ SUR, s. 404.

Öğretide çalışmaktan kaçınma hakkının zaruret haline dayandırılmasının mümkün olmadığı yönünde görüşler de yer almaktadır. Buna göre; iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması sebebiyle çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması doğrudan işvereni iş gücünden mahrum bırakmaya ve ekonomik çıkarlarına aykırı davranmaya yönelik olduğundan çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki kaynağı zaruret hali olarak değerlendirilemez³¹.

2.3. Temel Bir Güvenlik Hakkı Olduğu Görüşü

Bir tehlike ile karşı karşıya kalan her canlı doğası gereği oradan kaçmak, tehlikeden uzaklaşmak ve kendisini korumak ister³². Doğal olarak insan da tehlike karşısında kendisini koruma refleksi ile hareket ederek o ortamdan ayrılma ihtiyacı hisseder³³. Bu sebeple kişinin vücut bütünlüğünü tehdit eden bir durum karşısında çalışmaya devam etmesi kendisinden beklenemeyecektir. Yaşam hakkı tüm menfaatlerin üstünde korunduğundan tehlikeli bir durumun ortaya çıkması halinde çalışmaktan kaçınılabılır. Öğretide de çalışanın bu durumda çalışmaktan kaçınmasının temel bir güvenlik hakkı olduğu ve dolayısıyla çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliğinin bu çerçevede belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir³⁴.

Çalışmaktan kaçınma hakkının işverenin koruma ve gözetme borcunun yerine getirilmemesi sebebiyle tehlike durumunda çalışanın şahsen kullanabileceği bir temel güvenlik hakkı olduğu ve işverenin koruma ve gözetme borcunu yerine getirmemesinin bir yaptırımı olduğu da ifade edilmektedir. Ancak çalışmaktan kaçınma hakkı düzenlenme amacı da göz önünde bulundurulduğunda yaptırım niteliği taşımamaktadır. Bahsedilen görüş işverenin koruma ve gözetme borcuna aykırılığın böyle bir yaptırım getirmediği, başkaca bir yaptırımının olmaması gerekçeleri ile eleştirilmiştir³⁵.

2.4. Ödemezlik Def'i Olduğu Görüşü

Ödemezlik def'i, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflara karşı edim yerine getirilinceye ya da edimin yerine getirilmesi teklif edilinceye dek kendi edimini yerine getirmekten kaçınma imkânı veren hukuki bir haktr³⁶. Ödemezlik def'i, teminat ve baskı fonksiyonlarına sahiptir³⁷. Ödemezlik def'ini ileri süren taraf kendi ediminin karşılıksız kalmasına engel olurken karşı tarafın edimi ifa etmesi için baskı kurmuş olur³⁸.

³¹ GÖKTAŞ, s. 217. SARIBAY ÖZTÜRK, s. 72.

³² MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 4. AYDINLI, s. 16. SUR, s. 404.

³³ AYDINLI, s. 17. SUR, s. 404.

³⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 5. GÖKTAŞ, s. 157. AYDINLI, s. 17. SUR, s. 404. ŞAHİN EMİR, s. 133.

³⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 9. SARIBAY ÖZTÜRK, s. 72. GÖKTAŞ, s. 217. ŞAHİN EMİR, s. 153.

³⁶ EREN, s. 73. OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. B, C.1, İstanbul 2017, s. 339.

³⁷ EREN, s. 986. OĞUZMAN/ÖZ, s. 339.

³⁸ OĞUZMAN/ÖZ, s. 339.

İş sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan, koşulları oluştuğunda her iki taraf da ödemezlik def'ini ileri sürebilecektir. Çalışmaktan kaçınma hakkı ödemezlik def'i olarak; işveren tarafından iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin gerekli önlemlerin alınması için işveren üzerinde baskı işlevi görmektedir. Ayrıca bu önlemler yerine getirilinceye kadar çalışanın edimini yerine getirmeyip çalışmaktan kaçınmasına imkân sağlayarak teminat işlevi görmektedir.

Aksi yöndeki görüş ise; tehlike durumunda çalışmaktan kaçınmanın çalışanın sağlığına yönelik tehlikeden korunması amacıyla gerçekleştirildiği, işverenin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin gerekli önlemleri almasını sağlama amacının olmadığı yönündedir³⁹. Zira işverene işçiyi gözetme borcuna uygun davranması ve iş sağlığı ve güvenliğine uygun çalışma koşullarının oluşturması için çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmak bir baskı oluşturmayaacağından söz edilebilir⁴⁰. Ayrıca ödemezlik def'ini düzenleyen TBK m. 97 hükmü düzenleyici bir hukuk kuralı olup taraflarca aksinin kararlaştırılması mümkündür. İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümler ise emredici nitelikte⁴¹ olup aksi kararlaştırılmaz. Bu sebeple işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması bir def'i olarak değerlendirilemeyecektir⁴².

2.5. İşverenin Temerrüdü Olduğu Görüşü

Taraflara karşılıklı edimler yükleyen sözleşmelerde alacaklı, borçlunun kendisine sunduğu ifayı haklı bir nedenin varlığı olmaksızın kabul etmez yahut ifanın yerine getirilmesi amacıyla yapması gereken edimleri yapmazsa alacaklı temerrüdüne düşecektir. 6098 sayılı Kanun'un 106. maddesinde yer aldığı üzere; ifayı kabul için hazırlık hareketlerinin yapılmaması ifadan kaçınma olarak değerlendirilir ve bu şekilde borcun ifasının önüne geçildiği halde de alacaklı temerrüde düşer⁴³.

Çalışanın iş görme edimini yerine getirebilmesi için işverenin yapması gereken hazırlık fiilleri⁴⁴ ise iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaktır⁴⁵. Bu önlemler, iş yapılırken işyerinin fiziki çevre koşullarından kaynaklanan sebeplerle çalışanların vücut bütünlüklerinin bozulmaması için tüm risklere karşı alınan önlemlerdir⁴⁶.

³⁹ GÖKTAŞ, s. 218; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 6.

⁴⁰ GÖKTAŞ, s. 218. MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 6.

⁴¹ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 374.

⁴² GÖKTAŞ, s. 218.

⁴³ GÖKTAŞ, s. 215. MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 6.

⁴⁴ Türk Borçlar Kanunu m. 417/2'ye göre; "İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür".

⁴⁵ AYDINLI, İbrahim, İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 235.

⁴⁶ NARTER, Sami; İş Sağlığı ve Güvenliğinde İdari, Cezai ve Hukuki Sorumluluk, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ekim 2014, Ankara s. 145.

İşverenin, işyerini iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uygun olarak hazır etmesi, kanundan ve iş sözleşmesinden kaynaklanan işçileri gözetme ve koruma borcundan ileri gelmektedir⁴⁷. TBK m. 408; işverenin iş görme edimini kusuruyla engellemesi veya edimi kabulde temerrüde düşmesi halini düzenlemektedir. Bu doğrultuda iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almamak suretiyle çalışanlara uygun çalışma ortamı sunmayan ve işin görülmesine engel olan işveren temerrüde düşmüş olacağı öğretilde ifade edilmektedir.⁴⁸

Öğretilde yer alan bir görüşe göre; işverenin çalışanlara uygun çalışma ortamı sunamamasında kusurlu olup olmamasının da temerrüde düşmesinde önemi yoktur. İşverenin kusuru dışında ortaya çıkan hastalık, elektrik kesintisi, hammadde yokluğu gibi sebeplerle iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınamamış olması işvereni temerrüde düşmekten kurtarmaz⁴⁹. İşverenin, yerine getirmesi gereken hazırlık fiillerini tamamlamaması nedeniyle çalışan bu fiiller tamamlanıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilecektir⁵⁰. Bu sebeple çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliğinin işverenin temerrüdü olduğu ifade edilmektedir⁵¹.

3. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Koşulları

Çalışanlarca çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımı iki şekilde gerçekleşebilmektedir. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesinin 1. fıkrasında; ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanların, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak kaçınma hakkının kullanılması düzenlenmektedir. Anılan maddenin 3. fıkrasında ise ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda birinci fıkradaki usule uymak zorunda olmaksızın çalışmaktan kaçınma imkanı yer almaktadır.

3.1. Kurul veya İşverene Başvurarak Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılması

Çalışanlar; ciddi ve yakın tehlike ile karşılaştıkları takdirde kurula başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir. Kurul, iş sağlığı ve güvenliği kuruludur. 6331 sayılı kanunun 22. maddesinin 1. fıkrasında *"...Elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde işveren, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalarda bulunmak üzere kurul oluşturur..."* denilerek hangi işyerlerinde kurulacağı gösterilmiştir.

⁴⁷ AYDINLI, Hukuki ve Cezai Sorumluluk, s. 235. ŞAHİN EMİR, s. 55. NARTER, s. 55.

⁴⁸ BAYCIK, Gaye; Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler, Ankara Barosu Dergisi, 2013, S. 3, s. 118. EYRENCİ, Öner / TAŞKENT, Savaş / ULUCAN Devrim, Bireysel İş Hukuku, 8.B. İstanbul 2017, s. 377.

⁴⁹ GÖKTAŞ, s. 221. SARIBAY ÖZTÜRK, s. 74.

⁵⁰ SUR, s. 405.

⁵¹ SOYER, s. 681.

Kurulun olmadığı işyerlerinde ise başvuru işverene yapılacaktır. İşverenin tanımı ise yine 6331 sayılı kanunun 3. maddesinde “... *Çalışan istihdam eden gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşları...*” denilerek yapılmıştır.

Çalışanların başvurusu neticesinde kurul acilen toplanarak, işveren ise derhal kararını verir ve durum tutanakla tespit edilir. Kurul veya işverenin kararı çalışanlara ve çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirilir.

3.1.1. Ciddi ve Yakın Bir Tehlikenin Varlığı

Çalışanın sağlığını, ruh ve vücut bütünlüğünü tehdit edecek nitelikte ciddi ve yakın tehlikenin olması hakkın kullanımı açısından öncelikli koşuldur. Kanun, ciddi ve yakın nitelikteki tehlikenin tanımını vermemiştir. Öğretide yer aldığı üzere; *ciddi tehlike*, iş kazasına sebep olabilecek, çalışanın vücut ve ruh bütünlüğüne zarar verebilecek nitelikte olan tehliktir⁵². Tehlikenin ciddi olması, işin normal riskin üzerinde bir ağırlığa sahip olması olarak da tanımlanmaktadır⁵³. *Yakın tehlike*, tehlikenin halen gerçekleşmemiş ancak kısa bir zaman dilimi içerisinde gerçekleşebilir olması şeklinde tanımlanmaktadır⁵⁴. Tehlikenin yakınlığını, sonuçlarını her an gösterebilecek olan tehlike şeklinde de açıklayabiliriz. Bu iki niteliğin birlikte olması kanunun lafzından anlaşıldığı kadarıyla şarttır. Örnek verilecek olursa; depo bölümünde bulunan ham maddelerin alev alması ve yangın çıkması ciddi ve yakın bir tehliktir⁵⁵. Çalışanların sağlığı ve hayatları için bir tehlike meydana gelmiş bulunmaktadır. Bu kavramlar soyut şekilde tanımlansa da her iki unsurun da varlığı çalışma ortamındaki somut şartlara göre belirlenmelidir⁵⁶.

4857 sayılı Kanun'da çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımında tehlikenin ölçütü “*yakın, acil ve hayati*” şeklinde iken 6331 sayılı kanunda “*ciddi ve yakın*” olarak belirlenmiştir. Bu şekilde hakkın kullanım kapsamı genişletilerek çalışanların lehine bir düzenleme getirilmiştir. Mevcut düzenleme ile ciddi ve yakın tehlikenin hayati bir tehlike olması gerekmemektedir. Önemli her türlü fiziksel ve ruhsal zarar veya hasar bu kapsamda değerlendirilmelidir⁵⁷.

89/391/EEC sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nde yer alan işçinin hakları kısmında “... *ciddi ve acil bir tehlike arz eden herhangi bir çalışma durumu ve*

⁵² GÜNER, Recep; Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri, Terazi Hukuk Dergisi, C. 12, S. 131, Temmuz 2017, s. 73. <https://jurix.com.tr> (Erişim Tarihi 11.01.2020)

⁵³ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku, Turhan Kitapevi, 6. Baskı, Ankara 2014, s. 1377. AYDINLI, s. 19.

⁵⁴ DEMİRCİOĞLU, Murat/ KAPLAN, Hasan Ali; Sorularla İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, 1. Baskı, Beta Yayınları, Şubat 2016, s. 180, MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1377. AYDINLI, Hukuki ve Cezai Sorumluluk, s. 238. MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 10.

⁵⁵ GÜNER, s. 73.

⁵⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 10.

⁵⁷ ÖZDEMİR, s. 415.

*koruma düzenlemelerindeki eksiklikler hakkında derhal işvereni bilgilendirip...*⁵⁸ şeklinde belirtilerek, ciddi ve yakın tehlikenin meydana gelmesinin işverene bildirilmesi düzenlenmiştir. İşverenin yükümlülükleri kısmında ise yine “... ilk yardım, yangınla mücadele, işçilerin tahliyesi ve ciddi ve yakın tehlike durumunda yapılması gereken önlemler için gerekli önlemleri almak...”⁵⁹ denilerek ciddi ve yakın tehlike kavramları kullanılmıştır. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu bahsi geçen direktif doğrultusunda hazırlandığından mevzuatta da bu şekilde yer almıştır.

Öğretide “ciddi ve yakın” tehlike yerine, kanunun daha da koruyucu bir ifade içermesi; anılan şartların birlikte aranması yerine “ciddi veya yakın” yahut “ciddi ve yakın veya hayati” şeklinde düzenlenmesi gerektiği ifade edilmektedir⁶⁰. Nitekim uzun vadede tehlike yaratacak şekilde çalışanların maruz kaldıkları tehlike “yakın” nitelikte olmadığından, çalışanların çalışmaktan kaçınma hakkını düzenleyen maddeden yararlanamayacaklardır⁶¹. Örneğin, meslek hastalıkları uzun süre mesleki risklere maruz kalınması sonucu meydana gelmekle birlikte uzun süre sonra kendini gösterir. Pnömonyoz⁶² veya silikoz gibi tozlara⁶³, asbeste, kurşuna maruz kalınması, kanserojen maddelerle temas halinde olunması, yüksek ses veya titreşim çalışması⁶⁴ gibi durumlarda uzun süre sonra meydana gelecek hayati tehlikelerde çalışmaktan kaçınma hakkı kullanılamayacaktır⁶⁵. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre⁶⁶, yaşamsal tehlike yaratan mesleki riskler de bu kanun kapsamında korumaya alınarak yeniden düzenlenmelidir. Aksi yöndeki görüş⁶⁷ ise; düzenlemenin isabetli olduğu, yaşamsal tehlikenin ciddi ve yakın olmadıkça çalışmaktan kaçınma hakkının

⁵⁸ “... immediately inform the employer of any work situation presenting a serious and immediate danger and of any shortcomings in the protection arrangements...” <https://osha.europa.eu/en/legislation/directives/the-osh-framework-directive/1> Erişim Tarihi 15.12.2019

⁵⁹ “... take the necessary measures for first aid, fire-fighting, evacuation of workers and action required in the event of serious and imminent danger...” <https://osha.europa.eu/en/legislation/directives/the-osh-framework-directive/1> Erişim Tarihi 15.12.2019

⁶⁰ SÜZEK, s. 908. ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 393. BAYCIK, s. 117. SÜZEK, İşçilerin Hakları, s. 615. GÖKTAŞ, s. 221. EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.377. ENGİN, s. 88. SARIBAY ÖZTÜRK, s. 79. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1377.

⁶¹ SÜZEK, s. 908. ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 393. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1377. GÜNER, Recep; 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Kapsamında Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, Mali Çözüm Dergisi, S. 138, s. 259.

⁶² BAYCIK, s. 116.

⁶³ KILIÇ, s. 134.

⁶⁴ GÜNER, Kaçınma Hakkı, s. 259.

⁶⁵ ENGİN, s. 89. BAYCIK, s. 117. SÜZEK, s. 908.

⁶⁶ SÜZEK, s. 908. BAYCIK, s. 117. SÜZEK, İşçilerin Hakları, s. 615. EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 377. GÖKTAŞ, s. 221. ENGİN, s. 88. SARIBAY ÖZTÜRK, s. 79.

⁶⁷ SOYER, M. Polat; İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, Koşulları, Kullanılması ve Hukuki Sonuçları, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. 1, İstanbul 2011, s. 682-683.

kullanımından başka önlemlerle bertaraf edilebileceği, hakkın kullanımının çalışan tarafından en son başvurulması gereken yol olduğu yönündedir.

Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi için tehlikenin işin niteliğinden değil, gerekli güvenlik önlemlerinin alınmamış olmasından doğması gerektiği görüşü öğretilerde ifade edilmektedir⁶⁸. Çalışanların yaptığı işten kaynaklanmasa da işyerindeki gürültü, toz gibi durumlar ciddi ve yakın tehlike oluşmasına neden oluyorsa çalışmaktan kaçınma hakkı kullanılabilir⁶⁹. Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımı için tehlikenin doğumunda işverenin kusurunun olup olmaması da önemli değildir⁷⁰. İşverenin önlem alma yükümlülüğü işçinin yürüttüğü faaliyet veya işin yapıldığı yer ile sınırlandırılmaz⁷¹. Önlem alınmadan çalışılması her türlü riski beraberinde getirdiğinden işbu hak bahsedilen ihtimallerden bağımsız olarak çalışanların yaşam hakkı göz önünde tutularak düzenlenmiştir. Uyuşmazlık halinde ciddi ve yakın tehlikenin varlığı hususu hakim tarafından belirlenecektir⁷².

Depremde kolonları hasar görmüş işyerinde tadilat yapılmadan işçilerin çalıştırılması⁷³; yapı iskelesinde düşmeye karşı gerekli önlemlerin tam olarak alınmamış olması, iskelenin ana ve ara korkuluk sisteminde eksiklerin olması, asma iskelelerde çalışan işçilerin güvenlik halatı olmaksızın çalışmaları, iskelenin uygunluk belgesinin olmaması, elektrik kablolarının yalıtkan kısımlarının zarar görmesi ve aşınması sonucu gerilim altında bulunan iletkenlerin doğrudan temas riski oluşturacak şekilde ortaya çıkması⁷⁴; oksigaz kaynağında manometrenin kırık olması ve tam olarak bir sızıntının olup olmadığının anlaşılamaması⁷⁵, bir benzinlikte benzin depolarında sızıntı olmasına rağmen bu depoların yenilenmemesi⁷⁶ gibi haller ciddi ve yakın tehlike hallerine örneklerdir.

Öğretilerde yer alan bir görüşe göre; çalışanların çalışmaya başlarken kabul ettikleri varsayılan tehlikeleri öne sürerek çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmaları mümkün değildir⁷⁷. Buna rağmen çalışmaktan kaçınılması durumunda işin haksız bırakılması durumu meydana gelmiş olacaktır.

⁶⁸ SOYER, s. 685.

⁶⁹ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 393. ÖZDEMİR, s. 416. GÖKTAŞ, s. 222.

⁷⁰ ENGİN, s. 88.

⁷¹ GÖKTAŞ, s. 222.

⁷² GÖKTAŞ, s. 222. MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 7.

⁷³ AYDINLI, İ.; İşçilerin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, Çimento İşverenleri Sendikası, C. 19, S. 4, Temmuz 2004.

⁷⁴ GÜNER, Çalışanların Hakları, s. 50-55.

⁷⁵ GÜNER, Çalışanların Hakları, s. 50-55.

⁷⁶ ŞAHİN EMİR, s. 160.

⁷⁷ SUR, s. 408. MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 5.

3.1.2. İşçinin Başvurusu

Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi için ciddi ve yakın tehlikenin yanında durumun tespiti de kanun koyucu tarafından aranan bir koşuldur. Çalışan tarafından durumun tespit edilmesi ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesi talebini içeren başvuru; iş sağlığı ve güvenliği kuruluna, kurulun olmadığı işyerlerinde işverene yapılır.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 22. maddesi iş sağlığı ve güvenliği kurulunun 50 ve daha fazla çalışanı olan ve altı aydan fazla sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde kurulmasını öngörmüştür. Bu sebeple, anılan niteliklere sahip olmayan işyerinde başvuru doğrudan işverene yöneltilecektir.

Çalışanların tehlikenin tespitine ilişkin kurula veya işverene yapacağı başvurunun şekli kanunda düzenlenmemiştir. Bu nedenle çalışanlar başvurularını yazılı ya da sözlü olarak yapabileceklerdir. İspat kolaylığı ve çalışanların haklarının korunması açısından başvurunun yazılı şekilde yapılması ve onaylı bir nüshasının geri alınması yerinde olacaktır⁷⁸. Kurul acil olarak toplanarak karar verir. Acil olarak toplanmaları ile kastedilen, çalışanların talepte bulunduğu gün toplanmalarıdır⁷⁹. İşverene başvuru halinde de; işveren tehlikenin ciddi ve yakın nitelikte olup olmadığına dair kararını derhal verir ve durumu tutanakla tespit eder⁸⁰.

Başvuruda bulunma, hakkın kullanımı açısından kurucu ve zorunlu bir unsurdur⁸¹. Ciddi ve yakın tehlikenin varlığı hususunun teknik özellikler taşıması nedeniyle çalışanların bu yönde objektif tespitte bulunmaları mümkün olamayabilecektir⁸². Bu sebeple çalışanlar ciddi ve yakın tehlikenin varlığına ilişkin kararı kendilerince veremeyecektir. Öğretide kabul edilen ve bizim de katıldığımız görüşe göre; çalışanlarca objektif bir değerlendirmenin yapılamayacağı bir konuda başvuruda bulunmaksızın çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasına imkan tanımak hakkın kötüye kullanımı ve çalışanların sadakat borcuna aykırı davranmasına neden olabileceğinden; başvuruda bulunma şartının aranması yerinde bir düzenlemedir⁸³.

Çalışanlar başvuruda bulunmaksızın çalışmaktan kaçınırlarsa ciddi ve yakın bir tehlike bulunsun dahi çalışanlar mazeretsiz işyerine devamsız duruma düşmüş sayılabileceklerdir; meğer ki önlenemez nitelikte ciddi ve yakın tehlike bulunsun⁸⁴. Objektif tespitte bulunulmadan çalışmaktan kaçınılması

⁷⁸ SARIBAY ÖZTÜRK, s. 78.

⁷⁹ SÜZEK, s. 908.

⁸⁰ ÖZDEMİR, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, s. 418.

⁸¹ SÜZEK, İşçilerin Hakları, s. 609-622. ENGİN, s. 91. GÜNER, Kaçınma Hakkı, s. 257. EKMEKÇİ, s. 73.

⁸² SÜZEK, İşçilerin Hakları, s. 616. SÜZEK, s. 909. GÖKTAŞ, s. 222. SUR, s. 410.

⁸³ SÜZEK, İşçilerin Hakları, s. 615. SUR, s. 410. SOYER, s. 684. GÖKTAŞ, s. 224.

⁸⁴ SÜZEK, s. 910.

sözleşmeye aykırılık teşkil edeceğinden işveren sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilecektir⁸⁵.

3.1.3. Kurul veya İşverenin Kararı

Kurul veya işverenin, başvuru sonucunda ciddi ve yakın tehlikenin varlığı yönündeki kararı ile çalışanlar çalışmaktan kaçınabilecektir. 6331 sayılı Kanun m. 13/1'de yer aldığı üzere; karar tutanakla tespit edilir ve çalışanlara yazılı olarak bildirilir. Karar verilmesi sonucunda çalışılmaktan kaçınılması halinde bu durum grev olarak kabul edilemez ve kanun dışı grevin sonuçları işverence uygulanamaz⁸⁶.

Önemle belirtmemiz gerekir ki; tehlikenin varlığı yönünde karar verilmiş olmakla birlikte işveren bu tehlikeye yönelik olarak önlemlerin alınmış olduğu, çalışmaktan kaçınılamayacağı şeklinde herhangi bir iddiada bulunamaz⁸⁷. Kanundan doğan ve şartları gerçekleşen çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan çalışanların iş görme edimini ifadan kaçındıkları sonucuna varılamaz.

Öğretide yer alan bir görüşe göre; kurula başvuru halinde talepleri yönünde bir karara varılarak çalışmaktan kaçınma haklarını kullanan işçiler bu durumu derhal işverene bildirmek durumundadır⁸⁸. Ancak bu halde işverene yapılması gereken bildirim hakkın kullanımı açısından ön şart olarak kabul edilemez. Hakkın kullanımı açısından yalnızca iki kurucu unsur vardır; ciddi ve yakın tehlikenin varlığı ile başvuruda bulunma⁸⁹.

Tartışılması gereken bir diğer husus ise, ciddi ve yakın tehlikenin varlığına rağmen kurulun veya kurulun bulunmadığı işyerlerinde işverenin işyerinde ciddi ve yakın bir tehlikenin mevcut olmadığı yahut bu nitelikte bir tehlike olmasına rağmen işverenin gerekli tüm önlemleri aldığı yönünde karar vermesi halinde çalışanların haklarının durumudur. Öğretide yer alan bir görüşe göre; TBK m. 408'de⁹⁰ yer alan işverenin temerrüdü hükmünden yola çıkarak, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almayarak çalışanın iş görme edimini kabulde hazırlık fiillerini yerine getirmemesi sebebiyle işveren temerrüde düşmektedir⁹¹. Şartların varlığı halinde çalışan bu hükümden yararlanarak çalışmaktan

⁸⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.7.

⁸⁶ SÜZEK, İşçilerin Hakları, s. 616. BAYCIK, s. 121. İNCİRLİOĞLU, s. 11.

⁸⁷ SÜZEK, s. 908-909.

⁸⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 4.

⁸⁹ SÜZEK, s. 908.

⁹⁰ "a. İşverenin temerrüdü hâlinde MADDE 408- İşveren, işgörme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. Ancak, işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir."

⁹¹ SUR, s. 405. SÜZEK'in detaylı açıklaması için bkz: 909.

kaçınabilecektir⁹². Diğer bir görüşe göre ise; bahsi geçen halde 6331 sayılı kanun m.13/3'ten yararlanılmalıdır. Çalışanlarca gerekli önlemin alınması talep edildiği halde işverence önlem alınmaması ile önlenemez nitelikte ciddi ve yakın tehlike meydana gelir. Ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez nitelikte olduğu durumlarda çalışanlarca başvuruda bulunma koşulu uygulanmaksızın çalışmaktan kaçınma hakkı kullanılabilir⁹³.

Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması için iş sağlığı güvenliği kurulunun kararının aranmasının isabetli olduğu ve bizim de katıldığımız görüşe göre⁹⁴; konunun teknik özellikler taşıması nedeniyle çalışanların buna kendiliğinden karar vermesi güçtür. Bu durumda, çalışmaktan kaçınma hakkı kullanılamayacaktır⁹⁵. Nitekim, anılan niteliklere sahip tehlikenin tespiti teknik bir konu olduğundan işçinin bu konuda yeterli bilgisinin olmaması veya yanlış tespitte bulunması ihtimalinde objektif değerlendirme yapılamayacaktır.

3.1.4. Tehlikenin Devamı Halinde Tehlikeli Bölgeyi Terk Etme Hakkı

Tehlikenin devamı halinde işveren, çalışanların işi bırakıp çalışma yerlerinden ayrılarak güvenli bir yere gidebilmeleri için gereken düzenlemeleri önceden yapar. İşveren 6331 sayılı Kanun m. 12⁹⁶ gereğince tehlikeli bölgenin nasıl terk edilmesi gerektiğine ilişkin düzenlemeleri yapma ve talimatları verme yükümlüdür⁹⁷. Yasa gereği hazırlanmış olması gereken bu yerlere tahliye halinde gidilecektir. Çalışanlar böyle bir yerin olmaması durumunda tehlikeden uzak bir yere gidebilirler.

Kanunun 12/1-b maddesinde “... Durumun devam etmesi hâlinde, zorunluluk olmadıkça, gerekli donanımına sahip ve özel olarak görevlendirilenler dışındaki çalışanlardan işlerine devam etmelerini isteyemez.” denilmektedir. Öğretide işbu hükmün zıt anlamı göz önünde bulundurularak zorunluluk olması durumunda işverenin gerekli donanımına sahip ve özel olarak görevlendirilenler dışındaki çalışanların da işlerine devam etmelerini isteyebileceği yönünde görüş bulunmaktadır. Ancak bahsi geçen zorunluluk halinin son derece sınırlı

⁹² SÜZEK, İşçilerin Hakları, s. 617. BAYCIK, Yeni Düzenlemeler, s. 118. ENGİN, s. 87. SÜZEK, s. 910.

⁹³ SÜZEK, s. 910. AYDINLI, Hukuki ve Cezai Sorumluluk, s. 240.

⁹⁴ EKMEKÇİ, Ömer; 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, Legal Yayınları, İstanbul, 2005, s. 75. ÖZDEMİR, s. 419.

⁹⁵ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 30. BALIK, s. 1004.

⁹⁶ 6331 sayılı kanunun 12/1-a maddesi; “Ciddi, yakın ve önlenemeyen tehlikenin meydana gelmesi durumunda işveren; çalışanların işi bırakarak derhal çalışma yerlerinden ayrılarak güvenli bir yere gidebilmeleri için, önceden gerekli düzenlemeleri yapar ve çalışanlara gerekli talimatları verir.”

⁹⁷ CANIKLIOĞLU, Nurşen; 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri, Çalışma Mevzuatı Seminer Notları, İstanbul, Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, 2012, s. 75-76.

yorumlanması gerektiği yönündeki görüşe katılmaktayız⁹⁸. Aksi halde 6331 sayılı kanunun 13. maddesi ile öngörülen hak işlevsiz hale gelecektir.

3.2. Çalışanların Başvuruda Bulunmaksızın Çalışmaktan Kaçınma Hakkı

6331 sayılı kanunun 13. maddesinin 3. fıkrası⁹⁹ gereğince, ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda birinci fıkradaki usule uyulması hakkın kullanımı açısından kurucu unsur olmaktan çıkar¹⁰⁰. Bu haller; iş kazasının veya mesleki riskin artık kaçınılmaz ve somut koşullarda alınabilecek herhangi bir tedbirle engellenemeyecek olduğu hallerdir¹⁰¹. Çalışma ortamının çalışanlarda ciddi, yakın ve önlenemez nitelikte tehlike olduğu kanaatini oluşturması makul karşılanabilir ise çalışmaktan kaçınma hakkının varlığı kabul edilir¹⁰². Tehlikenin önlenemez nitelikte olması yönünde kanaatin oluşması noktasında çalışanların yaş, kıdem, tecrübe gibi subjektif özellikleri göz önüne alınır¹⁰³.

Çalışmamızda örnek olarak vermiş olduğumuz “ciddi ve yakın” tehlikelerin “önlenemez” olduğu bazı durumlar şunlardır; Yapı iskelesinde düşmeye karşı gerekli önlemlerin olarak alınmamış olması, iskelenin korkuluk sisteminin olmaması, çalışanlara kişisel koruyucu donanım olarak emniyet kemeri verilememesi; oksi-gaz kaynağında sızıntının olması; ıslak ve nemli bir çalışma ortamında elektrik kablolarının gerilim bulunan kısımlarının açığa çıkması¹⁰⁴.

Önlenemez nitelikteki tehlikenin tespiti çalışanların subjektif durumuna yani kişisel özelliklerine bırakılmıştır. Ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez nitelikte oluşuna dair karar verecek kişi çalışan olduğundan burada objektif ölçütler yerine çalışanın tecrübesi, mesleği, kıdemi, yaşı, sağlığı gibi subjektif ölçütler göz önünde tutulmalıdır¹⁰⁵. Ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda tehlikeli bölgeyi terk eden çalışanların işvereni en kısa sürede bilgilendirmesi gerekmektedir. Bu bilgilendirme 6331 sayılı kanunun 13/1 maddesindeki usulden farklı olmakla birlikte, çalışanların durumun

⁹⁸ DEMİRCİOĞLU/ KAPLAN, s. 181. BAYCIK, s. 122.

⁹⁹ İSGK m.13/3: “Çalışanlar ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda birinci fıkradaki usule uymak zorunda olmaksızın işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gider. Çalışanların bu hareketlerinden dolayı hakları kısıtlanamaz.”.

¹⁰⁰ AYDINLI, Hukuki ve Cezai Sorumluluk, s. 240. SÜZEK, s. 955. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, s. 1379. BAYCIK, s. 121. SARIBAY ÖZTÜRK, s. 99. EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 378.

¹⁰¹ MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 10. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1380. ÖZDEMİR, s. 422.

¹⁰² SÜZEK, s. 910. ÖZDEMİR, s. 422.

¹⁰³ SÜZEK, s. 910. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1380.

¹⁰⁴ GÜNER, Çalışanların Hakları, s. 50-55.

¹⁰⁵ SÜZEK, s. 910. İNCİROĞLU, Lütfi; İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Çalışanın Çalışmaktan Hakkı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Beta Yayınevi, C. 20, S. 1, 2014, s. 814. BAYCIK, s. 122. MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 10.

değerlendirilmesinin gerçeğe uygunluğu konusunda ihtilaf halinde durumun ispatı bakımından işverenin zamanında bilgilendirilmiş olması bakımından önem arz edecektir¹⁰⁶. Çalışanın bu konuda takdir yetkisi sınırsız olmayıp bu yetkiyi dürüstlük kuralına ve hakkaniyete uygun kullanmalıdır¹⁰⁷.

Çalışanlar tehlikenin ciddi, yakın ve önlemez nitelikte olduğuna dair yanlış değerlendirmede bulunabilir. Bu halde çalışma ortamının anılan nitelikte bir tehlikeyle karşı karşıya kalındığı düşüncesini uyandırmasının makul sayılabileceği, çalışanın sübjektif özelliklerinin bu düşüncenin oluşmasında normal karşılanabileceği hallerde çalışmaktan kaçınmanın kanuna uygun olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁰⁸.

Kanunda çalışanların ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli bölgeye gideceği belirtilmektedir. 6331 sayılı kanunun 13. maddesinde yer alan güvenli yer ile aynı kanunun 12. maddesinde belirtilen yerin anlaşılması gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁹.

4. Hakkın Kullanımı ve Sonuçları

4.1 Hakkı Kullanabilecek Kişiler

4857 sayılı Kanun'un mülga 83. maddesinde *"yakın, acil ve hayati bir tehlikeyle karşı karşıya kalan işçinin"* çalışmaktan kaçınma hakkı düzenlenmiştir. Bu dönemde kanunun çalışmaktan kaçınma hakkını yalnızca İş Kanunu kapsamındaki işçilere tanıdığı anlaşılmaktadır. 6331 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile bu hakkı kullanabilecek kişilerin kapsamı genişletilmiştir. Şöyle ki; 6331 sayılı kanunun 3. maddesinin 1-b bendinde çalışanın tanımı *"... Kendi özel kanunlarındaki statülerine bakılmaksızın kamu veya özel işyerlerinde istihdam edilen gerçek kişi..."* denilerek verilmiştir. Kendi özel kanunlarındaki statülerine bakılmaksızın denildiğinden; memur, stajyer, çırak gibi tüm bağımlı çalışanların¹¹⁰ kamu veya özel sektör ayrımı yapılmaksızın madde kapsamında korunduğu anlaşılmaktadır¹¹¹. Konuya ilişkin tek istisna, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 2/2 kapsamında kanun kapsamı dışında tutulan faaliyet ve kişilerdir.

Burada belirtmemiz gerekir ki; alt işveren işçileri ve geçici işçiler de çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilecek kişiler arasında yer alır¹¹². Alt

¹⁰⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1380. CANIKLIOĞLU, s. 67.

¹⁰⁷ ÖZDEMİR, s. 422.

¹⁰⁸ SÜZEK, s. 910.

¹⁰⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1357. AYDINLI, Hukuki ve Cezai Sorumluluk, s. 242. NARTER, s. 171. ÖZDEMİR, s. 422.

¹¹⁰ BALKIR, s. 4.

¹¹¹ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 375. BAYCIK, s. 107. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1357. EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.356-357.

¹¹² AYDINLI, s. 21. BALIK, s. 1007. SOYER, s. 682. ENGİN, s. 90. ŞAHİN EMİR, s. 171. Alt işverenin işçilerinin çalışmaktan kaçınma hakkını yalnızca alt işverene karşı kullanabileceği yönde ki görüş için bkz: ÖZDEMİR, s. 426.

işveren işçileri ve geçici işçiler işverenin varsa kendi işçileri ile aynı ortamda iş görme edimini ifa ettiğinden aynı tehlikelere maruz kalmaktadır. İşveren ile alt işveren işçileri ve geçici işçiler arasında doğrudan bir iş sözleşmesi olmasa dahi işverenin koruma gözetme yükü bu kişiler için de geçerlidir. 6331 sayılı kanunun 13. maddesi ile korunan hak çalışanların yaşam hakkı olduğundan çalışanın işverenin işçisi, alt işveren işçisi veya geçici işçi olması herhangi bir önem arz etmemektedir. Anayasal bir hak olan yaşam hakkı herkes için geçerlidir.

Tartışılması gereken bir diğer husus, grev yasaklarının bulunduğu işlerde veya greve katılamayacak işçilerin bulunduğu işyerlerinde hakkın kullanımınıdır. Öğretideki ve bizim de katıldığımız görüşe göre; greve katılamayacak işçiler ve grev yasaklarına ilişkin yasal düzenlemelerin amacı ile İSGK m. 13'te korunan hukuki yarar farklıdır. Yaşam hakkı her şeyin üstünde ve anayasal bir hak olduğu için bu kişilerin de gerek bireysel gerekse toplu olarak iş görmekten kaçınma hakkını kullanabileceklerdir¹¹³.

4.2. Hakkın Kullanım Süresi

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda hakkın kullanım süresi ile ilgili açıkça bir ifade olmamakla birlikte, m. 13/2'de *"... gerekli tedbirler alınincaya kadar çalışmaktan kaçınabilir."* denmektedir. Bu sebeple; önlemlerin alınması koşulu gerçekleşmeden, çalışanların da çalışmaya başlaması beklenemez¹¹⁴. Öyle ki; bu durum bir süreye bağlı değildir¹¹⁵.

Çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan çalışanlara işveren tarafından başka bir iş önerilebilmesi konusunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmektedir. Hakkın kullanımı sonucunda, çalışanların başka bir işte çalıştırılmasının mümkün olmadığı yönündeki görüşte; 6331 sayılı kanunun İşin Durdurulması başlıklı 25. maddesi görüşün hukuki dayanağı olarak kabul edilmektedir; m. 25/6 *" İşveren, işin durdurulması sebebiyle işsiz kalan çalışanlara ücretlerini ödemekle veya ücretlerinde bir düşüklük olmamak üzere meslek veya durumlarına göre başka bir iş vermekle yükümlüdür."* İşin durdurulması durumunda işverenin yönetim hakkı genişletilerek çalışanın onayına gerek kalmaksızın başka bir işte çalıştırılabilecektir. Ancak bu madde çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan çalışanlar açısından esas alınamaz. İşin durdurulması ve çalışmaktan kaçınma hakkını gerektiren birbirinden farklı hukuki konulardır. Öyle ki; 6331 sayılı Kanunun 25'inci maddesi kapsamında iş durdurulan yerlerde çalışmaktan kaçınma hakkı kullanılamaz¹¹⁶.

¹¹³ SOYER, İş Görmekten Kaçınma Hakkı, s. 686.

¹¹⁴ BAYCIK, s. 118. ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 395. MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 11. GÜNER, Kaçınma Hakkı, s. 257. EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 377.

¹¹⁵ BAYCIK, s. 118. SÜZEK, s. 909. SÜZEK, İşçilerin Hakları, s. 616. NARTER, s. 172. AYDINLI, s. 19.

¹¹⁶ GÜNER, Kaçınma Hakkı, s. 258. AKI, s. 10. İNCİROĞLU, s. 815. ÖZDEMİR, s. 419.

Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımını gerektirmeyecek şekilde tehlikeden uzak ve duruma uygun bir iş teklifinin işverence yapılabileceği yönündeki ve bizim de katıldığımız görüşe göre; çalışanın teklifi kabul etmesi sadakat borcunun bir gereğidir¹¹⁷ meğer ki; ücret ve çalışma koşullarında çalışan aleyhine bir değişiklik olsun. İşçinin bu teklifi kabul etmemesi ise iş sözleşmesinin işverence haklı feshi olarak kabul edilebilecektir¹¹⁸. Aksi halde çalışanın çalışmaktan kaçınması haksız hale gelecek ve işveren iş sözleşmesini haklı fesih ile sonlandırabilecektir.

Tehlikeye ilişkin tüm tedbirler alındıktan sonra çalışma ortamında tehlikenin ortadan kalkması durumunda çalışanların iş görmesi beklenebilecektir¹¹⁹. Tehlikenin kendiliğinden ortadan kalkması da mümkündür. Bu aşamadan sonra m. 13 çerçevesinde çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasından bahsedilemeyecektir¹²⁰. Çalışma ortamındaki tehlikenin ortadan kalmış olduğu durumda çalışanların işi bırakmaya devam etmeleri hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir ve işveren açısından geçerli veya haklı fesih sebebi olabilecektir¹²¹.

4.3. Çalışılmamasına Rağmen Hakların Saklı Kalması

Çalışanların ciddi ve yakın tehlike sonucunda çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması işveren ve çalışanlar arasındaki iş sözleşmesini sona erdirmeyecektir. Sözleşme ayakta olmakla birlikte çalışan tarafından iş görme borcu ifa edilmemektedir. Ancak çalışanın sadakat borcu ile işverenin çalışanın ücretini ödeme ve çalışanı koruma ve gözetme borcu devam etmektedir¹²².

İş sözleşmesinin sona ermemesi ve çalışanın iş görme borcunu ifa etmemesi her ne kadar iş sözleşmesinin askıya alınması hali ile benzerlik gösterse de bu durumun askı hali olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmektedir¹²³. İş sözleşmesinin askıya alınmasının en önemli sonucu işverenin çalışana ücret ödeme borcunun ortadan kalkmasıdır¹²⁴. Çalışmaktan kaçınma halinde ise işveren ücret ödeme borcundan kurtulmaz.

Öğretide iş sözleşmesinin bu dönemde askıda olduğunun kabul edilmesi gerektiği de belirtilmektedir¹²⁵. Ciddi ve yakın tehlike halinde çalışan açısından

¹¹⁷ BAYCIK, s. 119. SARIBAY ÖZTÜRK, s. 142. İNCİROĞLU, s. 818. SÜZEK, İşçilerin Hakları, s. 616. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 390.

¹¹⁸ SÜZEK, s. 909. GÖKTAŞ, s. 227. BALIK, s. 1006.

¹¹⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 11. ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 394. ŞAHİN EMİR, s. 165. SÜZEK, İşçilerin Hakları, s. 616. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1382.

¹²⁰ SUR, s. 412. BALIK, s. 1005.

¹²¹ SUR, s. 413. SOYER, s. 682. GÖKTAŞ, s. 226. AYDINLI, s. 19. MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 11. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1382.

¹²² SARIBAY ÖZTÜRK, s. 133. GÖKTAŞ, s. 229.

¹²³ GÖKTAŞ, 172.

¹²⁴ SÜZEK, Sarper; İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler, DEÜHFD, C. 9, Özel Sayı, İzmir 2007, s. 124.

¹²⁵ SÜZEK, s. 909.

ifa imkansızlığının meydana gelmiştir. İfa imkansızlığı geçici olmakla birlikte işçinin kusuru da bulunmamaktadır. Bu durumda işverenin ifayı kabul imkansızlığı doğar. Bu doğrultuda iş sözleşmesinin askıya alınma koşullarının gerçekleşmiş olduğu kabul edilebilecektir¹²⁶. Kural olarak iş sözleşmesinin askıya alındığı hallerde ücret ödeme borcu ortadan kalksa da Kanun bazı hallerde ücret ödenebileceğinden bahsetmektedir. 6331 sayılı Kanun'un 13. maddesinin de bu hallerden biri olduğu ve bu doğrultuda iş sözleşmesinin askıya alındığının kabul edileceği ifade edilmektedir¹²⁷.

6331 sayılı kanunun 13. maddesinde sayılan şartların sağlanması ile çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan çalışanın tüm hakları saklıdır¹²⁸. Çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan çalışan fiilen çalışmasa da çalışmış gibi kabul edilir¹²⁹. Bu nedenle çalışmadıkları bu dönemde de ücret ile kanundan ve iş sözleşmesinden doğan diğer hakları kazanacaklarının kabulü gerekir¹³⁰. Toplu sözleşme veya toplu iş sözleşmesi ile çalışan kamu personeli çalışmadığı bu dönemde fiilen çalışmış sayılır¹³¹.

Hakkın kullanımı süresince çalışanın ücret hakkının yanında tüm sosyal güvenlik hakları da saklıdır¹³². Bu süre boyunca malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primleri de aynı şekilde işverence ödenmelidir¹³³.

4.4. İş Sözleşmesinin Feshi

Ciddi ve yakın tehlikenin ortaya çıktığı işyerinde işverence gerekli önlemlerin alınmaması sonucunda çalışanlar iş sözleşmelerini feshedebileceklerdir¹³⁴. İSGK m.13/4'te "... tabi oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmeleri feshedilir." denilmekle; çalışanlara haklı nedenle derhal fesih hakkı tanındığı açıktır. İş Kanunu'na tabi olan çalışanların İK m. 24/2-f bendi gereğince "... yahut çalışma şartları uygulanmazsa..." ifadesine dayanarak iş sözleşmelerini feshedebilmeleri için gerekli koşul İSGK m. 13/1'de yer alan kurul veya işverene başvurudur¹³⁵. Çalışma şartlarının içeriğine iş sağlığı ve güvenliği hukukundan doğan hakların da girdiği tartışmasız bir gerçektir.

İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmamış olmaması sebebi başlı başına yeterli değildir. Ciddi ve yakın tehlikenin meydana gelmesi sonucunda çalışanlarca 6331 sayılı kanunun 13. maddesinde yer alan usul takip

¹²⁶ SÜZEK, Askı, s. 124. SARIBAY ÖZTÜRK, s. 153.

¹²⁷ SÜZEK, s. 909. SARIBAY ÖZTÜRK, s. 153.

¹²⁸ SUR, s. 402. SÜZEK, İşçilerin Hakları, s. 616. ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 394.

¹²⁹ ŞAHİN EMİR, s. 175. GÜNER, Kaçınma Hakkı, s. 259.

¹³⁰ BAYCIK, s. 120. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1382. SOYER, s. 687. ENGİN, s. 87.

¹³¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1383.

¹³² GÖKTAŞ s. 231. GÜNER, Kaçınma Hakkı, s. 258.

¹³³ GÖKTAŞ s. 232. ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 394.

¹³⁴ İNCİROĞLU, s. 816.

¹³⁵ SÜZEK, s. 908.

edilir ve buna rağmen işveren tarafından tehlikenin ortadan kaldırılmasına yönelik önlemler alınmazsa iş sözleşmesi feshedilebilir¹³⁶. Çalışanın fesih hakkının, işverenin önlem alması için gerekli makul sürenin sonunda doğacağı kanaatindeyiz.

Öğretide yer alan ve bizim de katıldığımız görüşe göre; Gerekli usul takip edilmeden çalışanlar tarafından fesih gerçekleştirilirse haksız fesih gündeme gelecektir¹³⁷. Aksi yöndeki görüşte; işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması durumunda 6331 sayılı kanunun 13. maddesinde yer alan usulün takip edilmesine gerek olmadığı, İK m. 24/2-f'de yer alan çalışma şartlarının uygulanmaması hükmüne dayanarak haklı nedenle derhal fesih hakkının kullanılabilceği ifade edilmektedir¹³⁸.

Kanaatimizce ciddi ve yakın bir tehlikenin varlığı halinde, işverence gerekli önlemlerin alınmaması sonucunda anılan usulün takip edilerek iş sözleşmesinin feshedilmesi çalışan için daha uygun bir yoldur. Tehlikenin niteliği konusunda objektif bir değerlendirme yapılmış ve hakların korunabilmesi açısından belgelendirilebilme imkânı olacaktır. Nitekim amacımız her zaman çalışanın korunması olduğundan kanunda yer alan usulün takip edilmesi çalışanın haklarının korunması açısından daha uygun olacaktır.

Çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan ve çalışması beklenemeyen çalışanın işveren tarafından gerekli önlemlerin alınmaması sonucunda yapacağı fesih herhangi bir süreye bağlı olmayacaktır¹³⁹. Bu maddeye dayanarak sözleşmenin feshinde başta kıdem tazminatı olmak üzere haklı nedenle fesihten doğan tüm haklar kullanılır; meğer ki işverence gerekli önlemlerin alınmadığına ilişkin çalışan yanlış bir değerlendirmede bulunmuş olsun¹⁴⁰.

Değınmemız gereken bir diğerk önemli husus da ciddi ve yakın tehlike halinde yalnızca özel hukuk sözleşmesi ile çalışanların tabi oldukları kanun hükümlerine göre sözleşmelerini feshedebilmeleridir. Kanun koyucu 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu kapsamında çalışanlara 6331 sayılı kanunda yer alan ciddi ve yakın tehlike hallerinde dahi fesih hakkı tanımamaktadır¹⁴¹. Bu kapsamda çalışan devlet memurları kanun veya idari sözleşme ile girmiş oldukları statüden yine aynı düzenlemelerde belirtilen şekilde ayrılabilirler¹⁴².

Çalışanların bu hakkı kullanması sebebiyle işten çıkarılması, iş güvencesi kapsamında çalışanlar açısından geçersiz fesih, iş güvencesi kapsamı

¹³⁶ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 394.

¹³⁷ NARTER, s. 174. EKMEKÇİ, s. 192.

¹³⁸ SÜZEK, s. 911. NARTER, s. 169. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1383. BAYCIK, s. 121. SARIBAY ÖZTÜRK, s. 202. ÖZDEMİR, s. 430.

¹³⁹ GÖKTAŞ, s. 233.

¹⁴⁰ BAYCIK, s. 122.

¹⁴¹ BAYCIK, s. 119.

¹⁴² ŞAHİN EMİR, s. 183.

dışında kalanlar açısından ise kötü niyetli fesih oluşturacaktır¹⁴³. İşverenin iş sözleşmesini çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması sebebiyle haklı nedenle feshetmesi söz konusu olmaz¹⁴⁴.

SONUÇ

Çalışanlara İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu madde 13'te açıkça tanınan çalışmaktan kaçınma hakkı ile amaçlanan, ülkemizde iş yerlerinde maalesef ki çokça meydana gelen iş kazaları ve çalışanların meslek hastalıklarına yakalanmasının azaltılması ve mümkün olduğunca yok edilmesidir. İşbu maddeye başvurulması sonucunda; çalışanlar ciddi ve yakın tehlikenin varlığı halinde kurul veya işverene başvurarak çalışmaktan kaçınabilecek, önlenemez nitelikte ciddi ve yakın tehlike durumunda ise başvuruda bulunmadan tehlikeli ortamdan uzaklaşarak vücut ve ruh sağlığını koruyabilecektir. Bu doğrultuda çalışmamızda iş kazaları ve meslek hastalıklarını önleyici nitelikteki çalışmaktan kaçınma hakkı incelenmiştir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesinde düzenlenen çalışmaktan kaçınma hakkı anılan kanunun yürürlüğe girmesinden önce 4857 sayılı İş Kanunu'nun 83. maddesinde düzenlenmişti. Ancak İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun kabulü ile iş sağlığı ve güvenliğine yönelik düzenlemeler bağımsız ve geniş bir kapsamda ele alınarak uluslararası mevzuat ile uyumlu hale getirilmiştir.

Kendi özel kanunlarındaki statülerine bakılmaksızın; memur, stajyer, çırak gibi tüm bağımlı çalışanlar kamu veya özel sektör ayrımı yapılmaksızın 6331 sayılı Kanun kapsamında korunmaktadır. Kanun koyucu tarafında bazı istisnalar dışında tüm bağımlı çalışanların koruma altına alınması kanımızca yerinde olmuştur. Alt işveren işçileri ve geçici işçiler açısından anılan haktan yararlanıp yararlanamayacaklarına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ne var ki; asıl işverenin işçileri ile aynı risklere maruz kalan alt işveren işçileri ve geçici işçiler açısından da işverenin koruma ve gözetme yükü geçerlidir. Bu sebeple alt işveren işçileri ve geçici işçilerin de çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilecek kişiler arasında yer aldığı kanaatindeyiz.

İş Kanunu mülga m. 83 çerçevesinde çalışmaktan kaçınılabilmesi için çalışan açısından iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tedbirlerin alınmaması sonucunda ortaya çıkacak yakın, acil ve hayati bir tehlikenin var olması gerekmektedir. 6331 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile anılan tehlikenin "ciddi ve yakın" nitelikte olması şartı aranmaktadır. Yapılan değişiklik 89/391 sayılı AB Direktifi ve 155 sayılı ILO Sözleşmesi ile uluslararası mevzuata uyumlu hale getirilmiştir. Hayati şartının çıkarılmasının hakkın kullanım kapsamı

¹⁴³ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 37.

¹⁴⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 818.

genişlettiği ve çalışanların lehine bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz. Ancak uzun vadede tehlike yaratacak şekilde çalışanların maruz kaldıkları tehlike “yakın” nitelikte olmadığından, çalışmaktan kaçınma hakkından yararlanmaları bir başka açıdan engellenmektedir.

alışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi için çalışanın iş sağlığı ve güvenliği kuruluna, kurulun olmadığı işyerlerinde ise işverene başvurması gerekmektedir. Kurul acilen toplanarak, işveren ise derhal kararını vermelidir. Ciddi ve yakın tehlikenin tespiti teknik özellikler taşıdığından çalışanların bu yönde objektif tespitte bulunmaları mümkün olamayabilecektir. Çalışanlar tarafından objektif bir değerlendirmenin yapılamayacağı bir konuda başvuruda bulunmaksızın çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasına imkan tanımak hakkın kötüye kullanımı ve çalışanların sadakat borcuna aykırı davranmasına neden olabileceğinden; başvuruda bulunma şartının aranmasının yerinde olduğunu söyleyebiliriz.

Kanun koyucu, ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez nitelikte olduğu durumlarda ise başvuruda bulunulması şartını gözetmemiştir. Önlenemez nitelikteki tehlikenin tespiti çalışanların sübjektif durumuna bırakılmıştır. Ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez nitelikte oluşuna dair karar verecek kişi çalışan olduğundan burada çalışanın tecrübesi, mesleği, kıdemi, yaşı, sağlığı gibi ölçütler göz önünde tutulmalıdır. Ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda tehlikeli bölgeyi terk eden çalışanların işvereni en kısa sürede bilgilendirmesi yeterli olacaktır.

alışmaktan kaçınma hakkının kullanması işveren ve çalışanlar arasındaki iş sözleşmesini sona erdirmez. alışan tarafından iş görme borcu ifa edilmemekte ancak sadakat borcu ile işverenin ücret ödeme ve koruma gözetme borcu devam etmektedir. alışmaktan kaçınıldığı sürece çalışanın ücret hakkının yanında tüm sosyal güvenlik hakları da saklıdır. Bu süre boyunca malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primleri de işverence ödenmelidir.

Çalışma ortamındaki tehlikenin ortadan kalmış olduğu durumda çalışanların iş görme edimini yerine getirmesi gerekmektedir. Çalışanların işi bırakmaya devam etmeleri hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir ve işveren açısından geçerli veya haklı fesih sebebi olabilecektir.

Ülkemizde iş kazaları ve sonucunda meydana gelen yaralanma, ölüm, çalışma kaybı oranlarına baktığımızda çalışanların işlerini kaybetme korkusuyla çalışmaktan kaçınma hakkına başvurmaktan çekindiklerini anlıyoruz. alışmaktan kaçınma hakkı ile meydana gelebilecek iş kazası ve meslek hastalıklarına yakalanmanın azaltılması ve mümkün olduğunca yok edilmesi hedeflenmektedir. Işverenin işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğü ile yakından ilişkili olan bu hak hem çalışan hem de işveren açısından son derece büyük öneme sahiptir. Nitekim lkemizde her ay yaklaşık 100 çalışanın iş

kazası sonucu hayatını kaybettiği göz önüne alındığında çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin düzenlemelerin ve hakkın kullanımının önemi anlaşılmaktadır.

KISALTMALAR

AY	: Anayasa
b.	: Bent
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
c.	: Cümle
f.	: Fıkra
ILO	: Uluslararası Çalışma Örgütü
İK	: İş Kanunu
İSGK	: İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu
m.	: Madde
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
vd.	: Ve devamı

KAYNAKÇA

- AYDINLI, İbrahim; İşçilerin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, Çimento İşverenleri Sendikası, C. 19, S. 4, Temmuz 2004, s. 16-29.
- AYDINLI, İbrahim; İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015. (Hukuki ve Cezai Sorumluluk)
- BALIK, Derya; İşçinin İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Tehlike Sebebiyle Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 27, 2010, s. 1002-1011.
- BALKIR, Zehra Gönül; İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkının Korunması: İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Organizasyonu, Sosyal Güvenlik Dergisi, C. 2, S. 1, Ocak 2012, s. 56-91.
- BAYCIK, Gaye; Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler, Ankara Barosu Dergisi, 2013, S. 3, s. 104-170.
- CANIKLIOĞLU, Nurşen; 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri, Çalışma Mevzuatı Seminer Notları, İstanbul, Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, 2012, s. 27-84.
- ÇELİK, Nuri / CANIKLIOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 32. B., Ekim 2019.

- DEMİRCİOĞLU, Murat/ KAPLAN, Hasan Ali; Sorularla İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, 1. Baskı, Beta Yayınları, Şubat 2016.
- EKMEKÇİ, Ömer; 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, Legal Yayınları, İstanbul, 2005.
- ENGİN, Murat; Yeni İş Kanunu Tasarısı ve İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, DEUHFD, S. 1, 2003, s. 77-94.
- EREN, Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku - Genel Hükümler, Yetkin Yayınevi, Ankara, 17. B., 2014.
- EYRENCİ, Öner / TAŞKENT, Savaş / ULUCAN, Devrim; Bireysel İş Hukuku, 8. B. İstanbul 2017.
- GÖKTAŞ, Seracetin; Türk İş Hukukunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2008.
- BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz; İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Önlemlerin Alınmaması Sebebiyle İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, Fasikül Hukuk Dergisi, C. 4, S. 30, İstanbul, Mayıs 2012, s. 23-38.
- GÜNER, Recep; 6331 Sayılı İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanunu Kapsamında Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, Mali Çözüm Dergisi, S. 138, s. 255-260. (Kaçınma Hakkı)
- GÜNER, Recep; Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Hakları, Terazi Hukuk Dergisi, C. 11, S. 123, Kasım 2016, s. 50-55. (Çalışanların Hakları)
- GÜNER, Recep; Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri, Terazi Hukuk Dergisi, C. 12, S. 131, Temmuz 2017, s. 73-76.
- İNCİROĞLU, Lütfi; İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Çalışanın Çalışmaktan Hakkı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Beta Yayınevi, C. 20, S. 1, 2014, s. 809-822.
- KILIÇ, Leyla; İşverenin İş sağlığı ve Güvenliği Kavramı ve 4857 Sayılı İş Kanunu Madde 77 Kapsamında İşverenin Yükümlülüğü, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 22, Haziran 2011, s. 91-100.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Bakımından İşçinin Red Hakkı, Türk Kamu-Sen, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 2, S. 15-16, Mart-Haziran 1994, s. 3-12.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş; İş Hukuku, Turhan Kitapevi, 6. Baskı, Ankara 2014.
- NARTER, Sami; İş Sağlığı ve Güvenliğinde İdari, Cezai ve Hukuki Sorumluluk, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, Ekim 2014.

- OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. B, C.1, İstanbul 2017.
- ÖZDEMİR, Erdem; İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Vedat Kitapçılık, Aralık 2014.
- SARIBAY ÖZTÜRK, Gizem; İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerini İhlalin Hukuki Sonuçları, Doktora Tezi, İstanbul 2013.
- SOYER, M. Polat; İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, Koşulları, Kullanılması ve Hukuki Sonuçları, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. 1, İstanbul 2011, s. 657-691.
- SUR, Melda; İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, s. 395-414.
- SÜZEK, Sarper; İş Hukuku, 18. B., Beta Yayınları, Eylül 2019.
- SÜZEK, Sarper; İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Hakları ve Yükümlülükleri, İHSGHD, S. 6, Nisan-Haziran 2005, s. 609-622. (İşçilerin Hakları)
- SÜZEK, Sarper; İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler, DEÜHFD, C. 9, Özel Sayı, İzmir 2007, s. 115-133. (Askı)
- ŞAHİN EMİR, Asiye; İşyerinde Tehlike Halinde Alınması Gereken Önlemlerin Hukuki Çerçevesi, Seçkin Yayıncılık, 1. B. Ankara, Ekim 2015.
- YILMAZ Fatih; Avrupa Birliği ve Türkiye'de İş Sağlığı ve Güvenliği: Türkiye'de İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının Etkinlik Düzeyinin Ölçülmesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2009.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

<http://mevzuat.tbmm.gov.tr>

<https://osha.europa.eu/en/legislation/directives/the-osh-framework-directive/1>

<https://www.ilo.org>

<https://jurix.com.tr>

<http://www.mevzuat.gov.tr/>

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>

<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>

<https://dergipark.org.tr/tr/>