

Doç. Dr. Levent AKIN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İş Sağlığı ve Güvenliğinde Danışmanlık Hizmetinin Hukuksal Sonuçları

1- İşyerlerindeki iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması, İş Kanunu ile işverene bırakılan yükümlülüklerden biridir. Buna göre işveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmaya zorundadır. Bunun yanında, işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek, karşı karşıya buldukları mesleki riskler, alınması gerekli tedbirler, yasal hak ve sorumlulukları konusunda işçileri bilgilendirmek ve gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitimini vermek de işverene bırakılmıştır (İK.77).

Aynı yönde bir düzenlemeye, 2009 yılında yürürlüğe giren İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmelik'te de yer verilmiştir. Buna göre işverenler, işyerlerinde, sağlıklı ve güvenli çalışma ortamını sağlamak amacıyla iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini belirlemek, almak, uygulanmasını izlemek, denetlemek ve geliştirmek, iş kazası ve meslek hasta-

lıklarını önlemek, işçilere ilkyardım ve acil müdahale ile önleyici ve koruyucu sağlık ve güvenlik hizmetlerini vermekle yükümlüdür (m.5/1).

2- Yasal düzenlemeden de anlaşıldığı üzere, işyerlerindeki sağlık ve güvenlik, işverenin yerine getirmesi gereken görevlerden biri olarak düzenlenmiştir. Ancak son dönemde yapılan hukuksal düzenlemelerle işverenlere, bu yükümlülüklerini yerine getirirken dışarıdan yardım alabilme imkânı da getirilmiştir. Esasen işverenin kendi personeli ile yerine getirmesi gereken iş sağlığı ve güvenliği hizmetleri, bu yeni sistem içinde, işverene yardım edecek olan ve işyeri dışında organize olmuş işverenden bağımsız birimlerin yardımıyla sunulabilmektedir.

Konu İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmelik'te düzenlenmiştir. Buna göre işverenler, devamlı olarak işçi çalıştırdıkları işyerlerinde bu hizmeti vermek için, işyeri sağlık ve güvenlik birimi oluşturmakla

ve bir veya birden fazla işyeri hekimi ile personeli ve sanayiden sayılan işlerde bir veya birden fazla iş güvenliği uzmanını görevlendirmekle yükümlüdürler¹.

İçeriğinden de anlaşılacağı üzere söz konusu hüküm, işverenlerin işyerinde oluşturmak durumunda oldukları iş sağlığı ve güvenliği organizasyonuna ilişkindir. Bu organizasyonun en önemli parçası, yönetmelikte işyeri sağlık ve güvenlik birimi (İSGB) olarak adlandırılmıştır. Yönetmeliğin 8. maddesine göre işverenler, devamlı olarak işçi çalıştırdıkları işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini sunmak üzere bir işyeri sağlık ve güvenlik birimi kurmak zorundadır². Bu birim işverene bağlı işçilerden oluşturulmakta ve tümüyle işverene bağlı faaliyet göstermektedir. Yönetmelik gereğince söz konusu birim, en az bir işyeri hekimi ile sanayiden sayılan işlerin yapıldığı işyerlerinde en az bir iş güvenliği uzmanından ve yapılacak çalışmalara yardımcı olmak için diğer personelden oluşturulmaktadır (m. 8/1).

3- Yönetmelik, işyerindeki iş sağlığı ve güvenliği sorunlarının çözümünde katkı sağlamaya yönelik olarak ikinci bir seçenek daha getirmiştir. Buna göre işverenler, konuya ilişkin yükümlülüklerini, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin tamamını veya bir kısmını işyeri dışında kurulu ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden (OSGB) alarak da yerine getirebilirler (m. 5/2). İşverenlere işyeri dışından hizmet alabilme imkânı getiren bu hükmün yürütmesi Danıştay tarafından bu yılın Mart ayında durdurulmuştur³. Ancak henüz bir iptal kararı verilmemiştir. Bu durum karşısında işverenlerin bu tür bir hizmeti, Yönetmeliğin m. 5/2 hükmünde düzenlenen yükümlülüklerini yerine getirmiş olmalarını sağlayacak şekilde dışarıdan alabilme imkânları kalmamıştır.

Ortak sağlık ve güvenlik birimleri ile ilgili düzenlemeye ilişkin olarak verilen yürütmeyi durdurma kararına rağmen, işverenlerin dışarıdan iş sağlığı ve güvenliği alanında hizmet alabilmeleri mümkündür. Nitekim uygulamada, Yönetmelikle getirilen ancak yürütmesi durdurulan bu imkândan tümüyle bağımsız

olarak işverenler, iş sağlığı ve güvenliği konusunda, bu alanda çalışan kişi ya da kurumlardan hizmet almaktadırlar. Hatta hizmet alınan bu kuruluşların çoğu, yönetmelikle getirilen ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden de eskidir. Danıştay'ın söz konusu yürütmeyi durdurma kararının, bu nitelikteki hizmet alımlarına engel olması söz konusu değildir. Çünkü bu tür hizmet alımları, tümüyle sözleşme özgürlüğü çerçevesinde hayata geçirilmekte ve genelde bu ilişkilerde hizmet sunan kişi ya da kuruluşların bu hizmeti "İSG danışmanlığı" olarak adlandırılmaktadır. Bu tür bir hizmet alımı da, işverenin yönetmelikten kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirmiş olması gibi bir sonuç yaratmamaktadır.

Dolayısıyla bu çalışmada ele alacağımız "İş sağlığı ve güvenliği danışmanlığı", ortak sağlık ve güvenlik birimleri ile ilgili yönetmelikten ve ona ilişkin olarak verilen yürütmeyi durdurma kararlarından tamamen bağımsız bir yapıdır ve değişik sebeplerle uygulamada her geçen gün daha da yaygınlaşmaktadır.

4- İş sağlığı ve güvenliği danışmanlığı, İş Kanunu ile işverene bırakılmış olan iş sağlığı ve güvenliği hizmetini sunma yükümlülüğü konusunda mevzuatla getirilen iki seçenek dışında son dönemde üçüncü bir seçenek olarak karşımıza çıkmaktadır. Esasen bu yapı, mevzuatın zorunlu gördüğü bir yapı olmadığından, işyeri sağlık güvenlik birimleri ile ortak sağlık güvenlik birimlerine bir alternatif oluşturmamaktadır. Zira yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere bu tür bir danışmanlık bağlantısı kuran işveren, Yönetmelikle kendisine getirilen İSGB kurma ya da OSGB'den hizmet alma yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılmamaktadır. Ancak buna rağmen danışmanlık yöntemi ile hizmet sunumu her geçen gün daha da yaygınlaşmaktadır.

Bu gelişmenin altında yatan çeşitli sebepler olduğunu söyleyebilmek mümkündür. Bunlardan biri, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği alanında yetkin personel bulunmamasıdır. Bulunan personelin de, iş sağlığı ve güvenliği sorunlarından kaynaklanan sorumluluklarla karşı karşıya kalmak istemedikleri görülmektedir. Bu durumda çoğu işveren

işyerlerinde işyeri sağlık ve güvenlik birimi kurabilme imkânı bulamamaktadır. Bu durumda ikinci seçeneğe başvurmakta ve ortak sağlık güvenlik birimlerine başvurmaktadır. İşverenlerin karşılaştığı sorun, tüzel kişilik taşıyan ve dolayısıyla işveren niteliği olan ortak sağlık güvenlik birimleri için de geçerlidir. Piyasada hizmet sunmak amacıyla organize olan çoğu ortak sağlık güvenlik birimi, ya yeterli uzmanlıkta personel bulamamakta ya da sorumluluk ihtimali sebebiyle talep edilen ücretleri karşılama gücünü çekmektedir. Tüm bu sebepler ve karşılaşılabilecekleri cezai sorumluluklardan kaygılanan çoğu teknik eleman, sunacağı iş sağlığı ve güvenliği hizmetini, işyeri sağlık güvenlik birimleri ya da ortak sağlık güvenlik birimlerinde sunmak yerine bağımsız danışmanlığı tercih etmektedir. Çok sayıda kişi ya da kuruluşun, iş sağlığı ve güvenliği alanında danışmanlık hizmeti sunmak üzere işverenlere teklif götürdüğü görülmektedir.

Tüm bu hızlı gelişmelere rağmen söz konusu danışmanlık yapısının hangi hukuksal temele oturtulması gerektiği henüz ele alınmamıştır. Dahası, bu yapının doğmasında büyük bir etkisi olan sorumluluk konusu da incelenmemiştir. Diğer bir deyişle danışmanlık yönteminin, düşünüldüğü gibi korkulan sonuçları engellemeye yeterli olup olmayacağı da belli değildir.

Biz bu vesileyle iş sağlığı ve güvenliği danışmanlığı konusunda dikkat çekmek ve anılan yapının hangi hukuki temele oturtulabileceği konusunda değerlendirmeler yapmak istedik. Böylelikle hem bu konuyu tartışmaya açmak, hem de iş sağlığı ve güvenliği danışmanlığına ilişkin yapılmasında yarar gördüğümüz yeni çalışmalarını teşvik etmek istedik.

5- Danışmanlık sözleşmesi yasalarımızda tanımlanmış bir sözleşme tipi değildir. Temel sözleşmeleri düzenleyen Borçlar Kanunu'nda bu yönde bir hüküm yer almamıştır. Bu durumda sözleşmeyi tanımlayabilmek için bu sözleşme ile sunulan hizmetlerin değerlendirilmesinin yararlı olacağı kanısındayız.

İş sağlığı ve güvenliği danışmanlığı sözleşmeleri genellikle, bu alanda uzmanlaşmış

kişilerle ya da bu yönde hizmet veren şirketlerle yapılmaktadır. Ancak bu sözleşmelerin büyük çoğunluğunun yazılı yapılmaması, içeriğinin net olarak belirlenebilmesine engel olmaktadır. Bu durumda, sözleşmenin konusunu belirleyebilmek için sunulan hizmete bakmaktan başka çare kalmamaktadır.

Gerçekten de danışman kişi ve kuruluşlar genelde, hizmet sundukları işverenlerin işyerlerinde risk analizleri yapmakta, sağlık ve güvenlik sorunlarının doğmasını engelleyen, önleyici nitelik taşıyan önerilerde bulunmakta ve işletmeye yeni kazandırılan ve risk yaratan üretim sistemlerinin ilk ya da periyodik kontrolünü yapmaktadırlar. Söz konusu kontrollerin genellikle belirli aralıklarla yapıldığı görülmekle birlikte, üretim sürecinde yeni gelişmeler olması halinde, ilgili kişi ya da kuruluşların, rutinin dışında, davet üzerine denetim ve inceleme yaptıkları da görülmektedir. Söz konusu içerik dikkate alındığında, iş sağlığı ve güvenliği alanında sunulan danışmanlık hizmetinin, büyük ölçüde, istihdamı halinde işyerinde çalışacak iş sağlığı ve güvenliği uzmanının sunacağı hizmetin aynısı olduğunu söyleyebilmek mümkündür.

6- Bu görünüm şekli ile iş sağlığı ve güvenliği danışmanlığı sözleşmelerini, iş görme sözleşmeleri olarak değerlendirebilmek mümkündür. Zira danışman kişi ya da kuruluş, yapmış olduğu anlaşma çerçevesinde iş sağlığı ve güvenliği alanında önleyici karakter taşıyan bir işi görmektedir.

Borçlar Kanunu'nda iş görme sözleşmeleri olarak, hizmet, istisna ve vekalet sözleşmelerine yer verilmiştir. Yasanın 313. maddesinde düzenlenen hizmet sözleşmesi şu şekilde tanımlanmıştır: "Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeği ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeği taahhüt eder." Her ne kadar tanımda yer almasa da hizmet sözleşmesinin ayırıcı özelliğinin bağımlılık olduğu gerek içtihatlar, gerek öğretide açıkça kabul edilmektedir⁴. Bu noktadan hareket edilirse, söz konusu danışmanlık ilişkilerinde bağımlılık unsurunun bulunmadığı, bu sebeple de hizmet akdi kapsamında değerlendiril-

dirilebilmesinin mümkün olmadığı kolaylıkla anlaşılabilir. Kaldı ki, danışmanlık hizmetinin bir kuruluştan alınması halinde bu kuruluşun tüzel kişiliği, işçi sayılabilmesini de imkân vermeyecektir.

İş görme sözleşmelerinden bir diğeri olan istisna (eser) sözleşmesi ise Borçlar Kanunu'nun 355. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre, "İstisna, bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermesi taahhüt eylediği semen mukabilinde *bir şey imalini* iltizam eder." İstisna akdinin bir eserin sonuçlanmasını konu aldığı yani sonuç taahhüt ettiği düşünülüğünde, sonuçtan ziyade bir sürece ilişkin çalışmayı taahhüt eden danışmanlık sözleşmesinin bu kapsamda değerlendirilebilmesi de güç görünmektedir.

İş görme sözleşmelerinden vekalet ise, aynı Yasanın 386. maddesindeki düzenlemede şu şekilde tanımlanmıştır: "Vekalet, bir akittir ki onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya takabbül eylediği hizmetin ifasını iltizam eder." Bahis konusu sözleşme, yapısı itibarıyla bir vekâlete ihtiyaç duyduğundan, danışmanlık sözleşmesinden ayrılır. Zira iş sağlığı ve güvenliği danışmanı, işverenin vekili olarak iş görmemekte, aksine bir bedel karşılığı olarak taahhüt ettiği işi, örneğin risk değerlendirmesini, tümüyle kendisi adına yapmaktadır. Dahası vekâletin ücretsiz de olabileceği düşünülüğünde, doğrudan danışmanlık sözleşmesi ile ilişkilendirilebilmesi güç görünmektedir.

Bununla birlikte vekâlet akdine, Borçlar Kanunu'nda çok özel bir nitelik kazandırılmıştır. Bu özellik diğer iş görme sözleşmelerinde yer almamaktadır. Gerçekten de 386. maddeye göre, "Diğer akitleler hakkındaki kanuni hükümlere tabi olmayan işlerde dahi, vekâlet hükümleri cari olur." Görüldüğü gibi vekâlet akdi, torba sözleşme niteliğindedir ve hakkında hüküm bulunmayan iş görme sözleşmelerine de vekâlet akdi hükümleri uygulanmaktadır.

7- Borçlar Kanunu'nda yer alan ve yukarıda kısaca değindiğimiz tipik sözleşmelerden hareket edildiğinde, iş sağlığı ve güvenliği

danışmanlık sözleşmesinin hizmet, istisna ve vekâlet akdi olarak değerlendirilemeyeceği görülmektedir. Ancak hiç şüphesiz ki, iş sağlığı ve güvenliği alanında danışmanlığı konu alan bir edim, istisna (eser) ya da hizmet sözleşmesine konu olabilir. Böyle bir halde örneğin işyerindeki sağlık ve güvenlik risklerinin incelenip rapor halinde işverene sunulması, bir eser olarak tanımlanarak istisna akdine konu yapılabilir. Bu halde raporu hazırlayan uzman müteahhit, rapora konu olan işyerinin işvereni ise iş sahibi olarak adlandırılır. Aynı yaklaşımla bir kişi, iş sağlığı ve güvenliği alanında işyerindeki sorunlarla ilgilenmek üzere istihdam da edilebilir ki bu durumda edim bir hizmet sözleşmesinin konusu olur, çalışan kişi de işçi sayılır. Nitekim işverence istihdam edilen iş sağlığı ve güvenliği mühendis ve uzmanlarının durumu da budur. Ancak uygulamada görülen sözleşmeler, başta da belirttiğimiz üzere bu nitelikte değildir. Çoğunun içeriği belli olmadığı gibi, yazılı dahi yapılmamaktadır.

Bu durum karşısında iş sağlığı ve güvenliği danışmanlık sözleşmesinin, kendine özgü (sui generis) bir sözleşme olduğunu söyleyebilmek mümkündür. Bu tür sözleşmeler genelde ya tümüyle bazı tipik sözleşmelerin farklı unsurlarını alarak, ya da hem bu nitelikteki hem de tümüyle özgün unsurlardan oluşturulur. Bu açıdan bakıldığında iş sağlığı ve güvenliği danışmanlık sözleşmelerinin ortak bir yazılı modeline rastlanmamaktadır. Daha ziyade, yukarıda belirtmiş olduğumuz içerikle, fiili bir ilişki kurulmakta ve karşılığında bir ödeme yapılmaktadır. Bu durum karşısında anılan ilişkiyi en azından bir iş görme ilişkisi olarak görebilmeye engel olmadığı kanısındayız. Danışman kişi ya da şirket, işverene iş görmekte ve onun iş sağlığı ve güvenliği alanında yaşadığı sorunlar için öneriler getirmektedirler. Aslında söz konusu öneriler, sözleşmenin temel edimi niteliğindedir. Zaten danışman kişi ya da kuruluşun gördüğü iş de öneride bulunmaktır. Dolayısıyla danışmandan, işyerindeki iş sağlığı ve güvenliği sorunlarını çözmesi, tehlikeyi gidermesi, uygun teçhizatı işyerine kurması

beklenmemekte, sadece bu yönde işverene yol göstermesi, alınmasında yarar gördüğü önerileri ona bildirmesi istenmektedir. Zaten ilişkiyi istisna sözleşmesinden ayıran en önemli noktalardan birisi de budur. Herhangi bir sonuç taahhüt edilmemektedir.

Bu tür bir yaklaşım sonrasında, hakkında yasal hüküm bulunmayan söz konusu danışmanlık sözleşmesi hakkında, vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanabileceği sonucuna varılabilir. Zira danışman ile işveren arasında bir bağımlılık bulunmamakta, danışman büyük ölçüde hatta tümüyle bağımsız hareket etmekte, bu çalışması sonucunda da işyerinde iş sağlığı ve güvenliği risklerinin tümünü ortadan kaldırdığını (diğer deyişle bir sonucu) vaat etmemektedir. Oysa vekâlet sözleşmesinde vekilin bir sonucu taahhüdü söz konusu değildir. O sebeple üzerine düşen her şeyi yapmasına rağmen sonucun ortaya çıkmamasına o işi yapan vekil değil, işi görülen işveren katlanmaktadır. Her ne kadar bu durum Borçlar Kanunu'nda açıkça belirtilmemiş olsa da, diğer akitler hakkındaki kanun hükümlerine tabi olmayan işlere vekâlet hükümlerinin uygulanıyor olması, bunu açıkça ortaya koymaktadır (BK. 386/II). Çünkü sonuç taahhüdü içeren işler, istisna akdi hükümlerine tabi tutulmaktadır.

Ancak bu aşamada bir noktaya özellikle dikkat çekmek istiyoruz. Yukarıda belirtmiş olduğumuz sonuç, bu tür danışmanlık ilişkilerinin yazılı bir sözleşmeye bağlanmadığı durumlara ilişkindir. Nitekim uygulamada bu tür ilişkilerin çoğunda bir sözleşmeye rastlanmadığını yazımızın başında belirtmiştik. Buna karşın, iş sağlığı ve güvenliği alanında danışmanlık hizmetini konu alan, ayrıntılı bir içeriğe sahip, tarafların hak ve yükümlülüklerinin açıkça kararlaştırıldığı sui generis sözleşmelerin yapılmasına bir engel yoktur. Bu gibi hallerde söz konusu ilişkiye, kural olarak taraflarca belirlenen sözleşme hükümleri uygulanacaktır. Zira bu tür sözleşmelerde tarafların, eşit koşullarda sözleşme yaptıklarını kabul edebilmek mümkündür. Sözleşme serbestisinin bulunduğu böyle bir ortamda taraflar, diledikleri hükümleri sözleşmelerine

ekleyebilecek ve birbirlerini çeşitli noktalarda yükümlü kılacaklardır. Fakat aynı içeriğe sahip bir ilişkide taraflar bu ilişkiye uygulanacak hükümleri belirlememişlerse, o durumda doğacak bir uyuşmazlık halinde bu ilişki için vekâlet sözleşmesine gidilecek, özellikle tarafların hakları ve borçları konusunda, iş sağlığı ve güvenliği danışmanlığı ilişkisine uyum sağlayabildiği oranda vekâlet sözleşmesinin yasal hükümleri devreye girecektir.

8- Yukarıdaki açıklamalar karşısında, danışmanlık sözleşmesi taraflarının aksini kararlaştırmadıkları ya da hiç düzenlemedikleri konularda, taraf iradelerinin yorumundan bir sonuç alınamadıkça vekâlet akdine başvurma zarureti ile karşılaşılacaktır. Uygulamada kurulan danışmanlık ilişkileri dikkate alındığında, yani taraflarca bir sözleşme yapılmadan çalışmanın sürdüğü ilişkilerde vekâlet akdine müracaat zarureti doğacak en temel noktalardan biri, ilişkinin kapsamıdır.

Buna göre “Vekâlet akdinin şumülü mukavele ile sarahaten tesbit edilmemiş ise, taallük eylediği işin mahiyetine göre tayin edilir.” (BK.388). Bu durumda, açıkça kararlaştırılmadığı sürece danışman, kendisinden istenen işin özelliğinin gerekli kıldığı şeyleri yapmak durumundadır. Kendisinden beklenenecek olan hizmetin içeriği, işverene (işyeri ya da işletme sahibine) taahhüt ettiği danışmanlığın niteliğine göre belirlenecektir. Dolayısıyla bu içerik yoğun bir içerik olabileceği gibi, oldukça seyreltilmiş sıradan bir danışmanlık düzeyinde de kalabilir.

Ancak iş sağlığı ve güvenliğini ilgilendiren danışmanlık ilişkilerinde, tarafların yazılı sözleşme yapmamaları, bu ilişkinin hangi hizmetleri içerdiğinin net olarak belirlenmemesinde sorun yaratabilmektedir. Bu gibi hallerde yazılı sözleşme yapmanın ya da sözleşme içeriğini net olarak belirlememenin sebep olacağı sorumluluğun işverene bırakılmasında yarar olacağı kanısındayız. Zira, bir yasal zorunluluk olmaksızın danışmanlık hizmeti almak isteyen işverenlerin, hangi hizmeti almak istediklerini bilebilecek ve bunu yazılı bir sözleşmeye ekleyebilecek durumda oldukları kabul edilmelidir. O sebeple bu tür

bir sözleşmeyi hiç ya da gerekli açıklıkta yapmayarak bir belirsizlikle karşılaşan işverenin, bunun sonuçlarına kendisinin katlanması gerekir. Kaldı Türk Ticaret Kanunu'na göre tacir oldukları kabul edilen işverenlerin, her alanda olduğu gibi bu tür sözleşmeleri imzalar-ken de basiretli davranmaları beklenmekte⁵, girdikleri hukuki ilişkilerde ilişkinin içeriğini tüm ayrıntıları ile düzenleyebilmeleri gerektiği kabul edilmektedir.

9- İş sağlığı ve güvenliği danışmanlığına uygulanacak hükümler konusunda vekâlet akdi hükümlerinin devreye girme ihtimali olan bir diğer konu, danışmanın *sorumluluğudur*. Bu bağlamda söz konusu sorumluluğun belirlenmesinde Borçlar Kanunu'nun 390. maddesine başvurulabilir. Buna göre "Vekilin mesuliyeti, umumi surette işçinin mesuliyetine ait hükümlere tabidir. Vekil, müvekkile karşı vekâleti iyi bir suretle ifa ile mükelleftir. Vekil, başkasını tevkile mezun veya hal icabına göre mecbur olmadıkça veya adet başkasını kendi yerine ikameye müsait bulunmadıkça müvekkilünbihi kendisi yapmağa mecburdur."

Hükümden de anlaşılacağı üzere danışman, işini iyi ifa etmek zorundadır. Tıpkı işçiden beklendiği gibi kendisinden de işini özenle yapması beklenmektedir. Kural olarak danışmanın bu işini başkasına yaptırabilmesi mümkün değildir. Ancak yukarıda belirtilen düzenlemeye göre, bunun aksinin kararlaştırılabilmesi ya da halin icabından bu hakkı elde edebilmesi mümkün görünmektedir.

Bununla birlikte, ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alınması durumunda yönetmelik bu tür bir değişikliğe engel olmuştur. Gerçekten de, İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmelik'te, ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin, işyeri hekimliği ve iş güvenliği uzmanlığı hizmetlerinin yerine getirilmesini başka bir ortak sağlık ve güvenlik birimine devredemeyecekleri açıkça belirtilmiştir (m.12). Aynı anlayışla ve iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin etkin yürütülmesi amacıyla, zorunlu haller dışında, hizmet verilen işyerine aynı işyeri hekiminin, iş güvenli-

ği uzmanının ve diğer personelin hizmet vermesi sağlanmıştır (m.9/4)⁶.

Yönetmelikteki bu yaklaşımdan hareket edildiğinde aynı uygulamanın iş sağlığı ve güvenliği alanında yapılan danışmanlık hizmetlerinde de geçerli olması gerektiği kabul edilmelidir. Diğer bir deyişle, konu sağlık ve güvenliği ilgilendirdiğinden, danışmanlık hizmeti veren kişi ya da kuruluşların bu işlerini başkalarına devrine imkân sağlayan düzenlemeler, iş sağlığı ve güvenliği alanında olabildiğince dar yorumlanmalıdır. Hizmetin tek elden sürdürülerek kontrolünün sağlanmasına özen gösterilmelidir. Ancak buna rağmen taraflar, kendi rızalarıyla bu tür bir devre rıza göstermiş olabilirler. Bu halde, vekalet sözleşmesine ilişkin Borçlar Kanunu'nun 391. maddesi özenle uygulanmalıdır. Söz konusu düzenlemeye göre; "Vekil, salahiyeti haricinde başkasını tevkil ettikte onun fiilinden kendi yapmış gibi mesuldür. Vekil, başkasını tevkile salâhiyettar olduğu takdirde, yalnız salahiyetini kullanırken ve talimat verirken tekayyüt ve ihtimam göstermekle mükelleftir. Her iki surette vekilin kendi yerine ikame ettiği şahsa karşı haiz olduğu bütün hakları müvekkil, doğrudan doğruya o şahsa karşı dermeyan edebilir." Dolayısıyla danışman kişi ya da kuruluş, muhatap olduğu işverene vereceği İSG danışmanlık hizmetini başkası vasıtasıyla sunduğunda dahi, onun fiilinden kendi yapmış gibi sorumlu olacaktır. Dahası, üstlendiği hizmetin tümünü ya da bir kısmını başkasına yaptırdığında, o kişi ya da kuruluşun ehil olmaması ve işi gereği gibi yerine getirmemesinden de sorumlu tutulabilecektir. Yine 391. maddeye göre, danışmanın iş verdiği diğer kişi ya da kuruluşlara karşı işveren, danışmanın sahip olduğu tüm hakları da kullanabilecektir. Örneğin danışmandan iş alan kişi ya da kuruluş, kendine bırakılan iş sağlığı ve güvenliği işini gerektiği şekilde yerine getirmemiş olması halinde, orta çıkan zarardan, gerek doğrudan iş aldığı İSG danışmanına, gerek hizmeti sunduğu işverene (işyeri ya da işletme sahibine), karşı sorumlu tutulabilecektir. Bu sorumluluk sebebiyle İSG konusunda danışmanlık hizmeti alan işveren (işyeri ya da işletme sahibi),

tıpkı danışmanına olduğu gibi danışmanı tarafından yetkilendirilen bu kişi ya da kuruluşa da doğrudan başvuruda bulunabilecek, zararının tazminini isteyebilecektir.

10- İş sağlığı ve güvenliği alanında danışmanlık hizmeti sunan kişi ya da kuruluşlar, aksi sözleşmede kararlaştırılmadıysa, yapmış olduğu iş ile ilgili olarak işyeri ya da işletme sahibi işverene rapor vermek durumundadır. Gerçekten de yine Borçlar Kanunu'nun vekâlete ilişkin 392. maddesine göre, "Vekil, müvekkilin talebi üzerine yapmış olduğu işin hesabını vermeğe ve bu cihetten dolayı her ne nam ile olursa olsun almış olduğu şeyi müvekkile tediye mecburdur...".

Konu iş sağlığı ve güvenliği olduğunda bu raporun önemi daha da artmaktadır. Zira danışmanlık hizmeti sunan kişi ya da kuruluşlar, genelde işyerlerine fiilen müdahale etmemekte, dönemsel incelemeleri ya da çağrı üzerine rapor tanzim etmektedirler. O sebeple, söz konusu danışmanların görevlerini gereken şekilde yapıp yapmadıkları da, sundukları bu raporlarda yer alana analizlerine bakılarak değerlendirilecektir. Böyle bir raporun olmaması halinde, söz konusu danışmanlık hizmetini alan ve işyerindeki iş sağlığı ve güvenliği uygulamalarını bu rapordaki değerlendirmelere göre belirleyen işverenler, bu nitelikte bir hizmeti aldıklarını ispat sorunuyla karşılaşacaklardır. Bunun doğal sonucu olarak da, işyerlerinde ortaya çıkan iş kazası ya da meslek hastalığı sebebiyle karşılaşacakları sorumluluğu, kendine verilen işi gereken şekilde yerine getirmeyen danışmana yöneltebilmelerine, ondan kusuru oranında tazminat isteyebilmelerine engel oluşturacaktır. Dolayısıyla, sözü edilen türde danışmanlık hizmeti alan işverenlerin, danışman kişi ya da kuruluştan, sunulan hizmetin düzeyini, içeriğini net olarak ortaya koyan, yapılmışsa denetim sonuçlarını ve denetim sırasında tespit edilen eksikliklere çözüm önerileri getiren bir raporun kendisine sunulmasına özen göstermeleri gerekir.

11- İş sağlığı ve güvenliği danışmanlığı, mevzuatın getirdiği zorunlu bir yapı olmadığından, doğurabileceği sorumluluk da, kanuna değil, bu ilişkiyi kuran sözleşmeden kay-

naklanabilir. İşini özenle yapması gereken danışman, sözleşme ile belirlenen işleri gereken şekilde yerine getirmezse, sözleşmeye aykırılık gerekçesine dayanarak sorumlu tutulabilir. Borçlar Kanunu'nun konuyu düzenleyen 96. maddesine göre, "Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisine hiç bir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur".

İş sağlığı ve güvenliği ile ilgili olarak bu sorumluluk, ortaya çıkan bir iş kazası ya da meslek hastalığı sebebiyle işverenin işçiye ödemek zorunda kalacağı tazminatın tümünün ya da bir kısmının kendisine rücu şeklinde gerçekleşebilir. Bunun için danışman kişi ya da kuruluşun, danışmanlık sözleşmesi ile taahhüt ettiği hizmeti gerektiği gibi yerine getirmemiş olması ve akde aykırılık oluşturan bu eylemi ile oluşan iş kazası ya da meslek hastalığı arasında uygun nedensellik bağının varlığı gerekir. Aksi halde yani, danışman kişi ya da kuruluş, sözleşme ile kendisinden istenen hizmeti gereken şekilde yerine getirmiş ise akde aykırı bir davranışı oluşmayacağından herhangi bir hukuki sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır.

DİPNOTLAR

- 1 Yönetmeliğin söz konusu hükmünde yer alan "devamlı olarak en az 50 işçi" ifadesindeki "en az 50" hükmü ile "işyeri hekimi ile gereğinde diğer personel" ifadesindeki "gereğinde" hükmünün yürütmesi Danıştay tarafından durdurulmuştur (Danıştay 10. Daire, 29.3.2010, 2010/696 E).
- 2 Yönetmeliğin 8. maddesinde yer alan "...devamlı olarak en az 50 işçi çalıştırılan işyerlerinde..." ifadesindeki "en az 50" ifadesinin yürütmesi durdurulmuştur (Danıştay 10. Daire, 29.3.2010, 2010/696 E).
- 3 Danıştay 10. Daire, 29.3.2010, 2010/696 E.
- 4 Nitekim Borçlar Kanunu Taslağı'nın hizmet sözleşmesini tanımlayan 392. maddesinde bu unsur açıkça vurgulanmıştır. Buna göre, "Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemesi üstlendiği sözleşmedir."
- 5 Türk Ticaret Kanunu'nun 20. maddesine göre, "...Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi lazımdır..."
- 6 Hali hazırda söz konusu hükmün yürürlüğü durdurulmuştur.