

İŞ KAZASINDAN DOĞAN TAZMİNAT DAVALARINDA İŞVEREN KUSURUNUN BELİRLENMESİNDE ÖLÇÜT



Doç. Dr. Levent AKIN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İncelememize konu olan kararda, iş kazası sebebiyle gerçekleşen bir ölüm olayı ardından, ölen işçinin geride kalanları tarafından açılan tazminat davasında Yargıtay, talebi reddetmiştir (Yarg.21.HD.19.02.2013, 2012-100014/ 2013- 2860). Reddin gerekçesi ise kazada işverenin kusurunun bulunmaması olarak gösterilmiştir. Buna karşın karara ekli bir karşı oy yazısı yer almaktadır. Kararda yer verilen değerlendirmeler özetle şunlardır;

“Davacı, murisinin iş kazası sonucu ölümünden doğan maddi ve manevi tazminatın ödenmesine, hizmetlerinin tespitine karar verilmesini istemiştir. Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin reddine karar ver-



miştir. Dosyadaki yazılara, hükmün Dairemizce de benimsenmiş bulunan yasal ve hukuksal gerekçeleriyle dayanağı maddi delillere ve özellikle bu delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, davacı vekilinin yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına, aşağıda yazılı temyiz harcının temyiz edene yükletilmesine 19.02.2013 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

Karşı Oy

Dava, davacının eşinin davalıya ait işyerinde iş kazası neticesinde vefat etmesi nedeniyle davalı işveren hakkında açılmış bulunan maddi ve manevi tazminat davasıdır.

Yerel Mahkeme’ce, müteveffa işçinin ölümünün Sosyal Güvenlik Kurumu Teftiş Kurulu’nun 27.12.2007 tarih ve 52-09 sayılı Raporu ile iş kazası olarak tespit edildiğinden, ölümün iş kazası olduğunun tespitine yönelik davanın konusuz kalması nedeni ile reddine, maddi ve manevi tazminat talebinin davalı ...’e yüklenilebilecek kusurun bulunmaması nedeni ile reddine karar verilmiştir. Yerel Mahkeme kararı, müteveffa işçinin eşi hak sahibi davacı ... tarafından temyiz edilmiştir.

Dosya kapsamına göre müteveffa işçi ...’nin davalı işveren ...’e ait sulama havuzunda pompacı ve bekçi olarak çalıştığı, 09.08.2006 tarihinde sulama motorunun yanındaki gölette ölü olarak bulunduğu, bu ölüm olayının SGK müfettişlerinin raporu ile iş kazası olarak tespit edildiği, ancak işçinin hangi amaçla, gölete balık tutmak için mi, yoksa motorun kapağını temizlemek için mi girdiğinin tespit edilemediği, otopsi raporuna göre işçinin suda boğularak öldüğünün tespit edildiği anlaşılmıştır.

Yerel Mahkeme’ce aldırılan 3 kişilik iş güvenliği uzmanlarından müteşekkil 25.03.2009 tarihli bilirkişi raporuna göre; işçinin belirlenemeyen bir nedenle gölete girerek boğulduğu, işçinin gölete çıplak vücutla girdiği, elbiselerinin sulama kanalının yanında

kalmakta olduğu römorkta bulunduğu, işçinin üzerinde sadece şortunun bulunduğu, göletin derinliğinin 1 metre olup dibi balçık, bataklık ve sazlık olduğu, 1 metre derinlikteki gölette boğulmamasının gerektiği, Adli Tıp Raporunda ise ölüm nedeninin suda boğulma olarak açıklandığı, göletten su borusu ve su motoru yardımıyla sulama havuzuna su alındığı, su çekmede kullanılan borunun ucunda klape olduğu, işçinin gölette su motorunun kaçak akımına maruz kalmış olabileceği, su motoru üzerinde elektrik kaçağı oluşup oluşmayacağı ile ilgili olarak teknik bilirkişi incelemesinin yaptırılmadığı, ancak Adli Tıp Kurumu otopsi raporunda elektrik çarpmasıyla ilgili hiçbir belirti ve izin tespit edilmediğinin açıklandığı, gölet içinde iken işçinin su motorunda oluşan düşük voltajlı elektrik akımına maruz kalıp, kalbinin etkilenmesiyle suya düşüp suda asfiksi sonucu ölmüş olma ihtimalinin bulunduğu, düşük voltajlı akımın vücutta iz ve belirti oluşturmayabileceği, dolayısıyla kaçak akıma maruz kalındığı hususunun tespitinin mümkün görülmediği, ölüm olayında böyle bir ihtimal bulunmakla birlikte bu hususta hiçbir tespit, iz ve belirti olmadığından ölümün kaçak akım sonucu meydana geldiğini söylemenin zor olduğu, mevcut dosya kapsamına göre davalı işveren ...’e ve işçi ...’ye kusur izafe edilemeyeceği açıklanmıştır.

İstanbul Teknik Üniversitesi’nden seçilen üç kişilik iş güvenliği uzmanlarından alınan bilirkişi raporunun da mahkemece alınan önceki raporu teyit eder mahiyette olduğu anlaşılmıştır.

Yerel Mahkeme’ce müteveffa işçinin ölümü olayında; kendisine suya girilmesini gerektirir herhangi bir işin verilmediği, bu nedenle davalının kusursuz olduğu kanaatiyle, hak sahibi eşin açtığı maddi ve manevi tazminat davası reddedilmiştir.

Karar, Yüksek Özel Daire’ce oyçokluğuyla onanmıştır. Aşağıda açıklanan nedenlerden dolayı Yüksek Özel Daire’nin oyçokluğuyla verdiği onama kararına katılmıyoruz.

Uyuşmazlık, olayda işverenin hukuki sorumluluğunun bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır. Geniş anlamıyla sorumluluk kavramı, bir kişinin başka bir kişiye verdiği zararları giderme yükümlülüğü olarak açıklanmıştır. Hukuki anlamda sorumluluk ise taraflar arasındaki borç ilişkisinin zedelenmesi sonucu doğan zararların giderilmesi (tazmin edilmesi) yükümlülüğünü içerir.

İşçi ve işverenin hizmet sözleşmesinden kaynaklanan sıkı iş ilişkisi, işçi yönünden işverene içten bağlılık (sadakət borcu), işveren yönünden işçiyi korumak ve gözetmek borcu şeklinde ortaya çıkar. Gerçekten işçi, işverenin işi ve işyeri ile ilgili çıkarlarını korumak, çıkarlarına zarar verebilecek davranışlardan kaçınmak, buna karşı işveren de işçinin kişiliğine saygı göstermek, işçiyi korumak, işyeri tehlikelerinden zarar görmemesi için iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almak, işçinin özlük hakları ve diğer maddi çıkarlarının gerektirdiği uygun bildirimlerde ve davranışlarda bulunmak, işçinin çıkarına aykırı davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür.

Sanayi ve teknolojideki gelişmeler, yeni işletmelerin açılması, fabrikaların kurulması işyerlerindeki maki-nalaşmanın artmasına yol açmış, bu durum iş kazaları ile meslek hastalıklarında artışlara neden olmuştur. Bu gelişme, iş yerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin daha etkili şekilde alınması gereğini ortaya çıkarmıştır.

İşveren, gözetme borcu gereği çalıştırdığı işçileri iş yerinde meydana gelen tehlikelerden korumak, onların yaşam, bedensel ve ruhsal sağlık bütünlüklerini korumak için işyerinde teknik ve tıbbi önlemler dahil olmak üzere bilimsel ve teknolojik gelişmelerin gerekli kıldığı tüm önlemleri almak zorundadır. Anayasa'nın 17. maddesine göre "Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir."

Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, "kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabii tutulamaz" hük-

mü getirilerek yaşama hakkı güvence altına alınmış, bu yasal güvencenin yaşama geçirilmesinde İş ve Sosyal Güvenlik Mevzuatı'nda da işçilerin korunması, işin düzenlenmesi, iş güvenliği, sosyal düzen ve adaletin sağlanması düşüncesi ile koruyucu bir takım hükümler getirilmiştir.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 332. maddesinde "İş sahibi, aktin özel halleri ve işin mahiyeti noktasından hakkaniyet dairesinde kendisinden istenebileceği derecede çalışmak dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere karşı icap eden tedbirleri ittihaz ve münasip ve sıhhi çalışma mahalleri ile işçi ile birlikte ikamet etmekte ise sıhhi yatacak bir yer tedarikine mecburdur.

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

Ancak, gelişen teknoloji karşısında bu hüküm yeterli değildir. Nitekim yasa koyucu 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 332. maddesinin karşılığı olarak 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesinin 2. fıkrasını düzenlemiştir.

Anılan fıkroda "İşveren, iş yerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli olan her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür." hükmü yer almaktadır.

Bu fıkraya göre, işverenin, işçinin yaşam, sağlık ve bedensel bütünlüğünü korumak için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü öngörülmektedir. Burada işverenin özellikle iş kazalarına karşı gerekli önlemleri alma yükümlülüğü söz konusudur. Buna göre "İşveren, hizmet ilişkisinin ve yapılan işin niteliği göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gereği kendisinden beklenen, deneyimlerin zorunlu kıldığı, teknik açıdan uygulanabilir



ve işyerinin özelliklerine uygun olan önlemleri almakla yükümlüdür.”

Aynı maddelere paralel olarak, 4857 sayılı İş Kanunu'nun “İşverenlerin ve İşçilerin Yükümlülükleri” kenar başlıklı 77. maddesinin 1. fıkrasında da benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu fıkra göre “İşverenler iş yerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler.”

Bundan başka işveren, mevzuatta öngörülmemiş olsa dahi bilimsel ve teknolojik gelişmelerin gerekli kıldığı iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almak zorundadır. Bilim, teknik ve örgütlenme düşüncesi yönünden alınabilme olanağı bulunan, yapılacak gider ve emek ne olursa olsun bilimin, tekniğin ve örgütlenme düşüncesinin en yeni verileri göz önünde tutulduğunda, işçi sakatlanmayacak, hastalanmayacak ve ölmeyecek ya da bu kötü sonuçlar daha da azalacaksa her önlem işverenin koruma önlemi alma borcu içine girer.

Bu önlemler konusunda işveren, işyerini yeni açması nedeniyle tecrübesizliğini, bilimsel ve teknik gelişmeler yönünden bilgisizliğini, ekonomik durumun zayıflığını, benzer iş yerlerinde bu iş güvenliği önlemlerinin alınmadığını savunarak sorumluluktan kurtulamaz. Gerçekten çalışma hayatında süregelen kötü alışkanlık ve geleneklerin varlığı işverenin önlem alma borcunu etkilemez. İşverenlerce, iş güvenliği açısından yaşamsal önem taşıyan araç ve gereçlerin işçiler tarafından kullanılması sağlandığında, kaza olasılığının tamamen ortadan kalkabileceği de tartışmasız bir gerçektir. Nitekim mevzuatta bulunan bir kısım boşluklar bu kez kanun koyucu tarafından 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası ile doldurulmaya çalışılmıştır. İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası'nın 37. maddesiyle 4857 sayılı Kanun'un 77. maddesi ve devamı bir kısım maddeler yürürlükten kaldırılarak iş sağlığı ve güvenliği konusunda yeni düzenlemeler getirilmesi amaçlanmıştır.

Buna göre, Yasanın “İşverenin Genel Yükümlülüğü” kenar başlıklı 4. maddesinde “İşveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup bu çerçevede;

a) Mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dahil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar.

b) İş yerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar.

c) Risk değerlendirmesi yapar ve yaptırır.

ç) Çalışana görev verirken, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunu gözönüne alır.

d) Yeterli bilgi ve talimat verilenler dışında ki çalışanların hayati ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirleri alır.” hükmü düzenlenmiştir.

Aynı Yasanın 5. maddesinde de risklerden korunma ilkeleri düzenlenmiştir. Buna göre maddede “İşverenin yükümlülüklerinin yerine getirilmesinde aşağıdaki ilkeler göz önünde bulundurulur:

a) Risklerden kaçınmak,

b) Kaçınılması mümkün olmayan riskleri analiz etmek,

c) Risklerle kaynağında mücadele etmek,

ç) İşin kişilere uygun hale getirilmesi için iş yerlerinin tasarımı ile iş ekipmanı, çalışma şekli ve üretim metotlarının seçiminde özen göstermek, özellikle tekdüze çalışma ve üretim temposunun sağlık ve güvenliğe olumsuz etkilerini önlemek, önlenemiyor ise en aza indirmek,

d) Teknik gelişmelere uyum sağlamak,

e) Tehlikeli olanı, tehlikesiz veya daha az tehlikeli olanla değiştirmek,

f) Teknoloji, iş organizasyonu çalışma şartları, sosyal ilişkiler ve çalışma ortamı ile ilgili faktörlerin etkilerini kapsayan tutarlı ve genel bir önleme politikası geliştirmek,

g) Toplu korunma tedbirlerine, kişisel korunma tedbirlerine öncelik vermek,

ğ) Çalışanlara uygun talimatlar vermek." hükmü yer almaktadır,

Bunun yanında, yukarıda açıklanan yasal düzenlemelerin ışığı altında işverenin iş kazalarındaki hukuki sorumluluğunun da tartışılması gerekmektedir.

İşverenin sorumluluğunun hukuksal temelleri konusunda uygulama ve öğretide farklı görüşler bulunmaktadır.

Bu noktada, iş kazası ve hastalığı nedeniyle işverenin sorumluluğunun hukuki niteliği konusunda İsviçre-Türk Hukuk öğretisinde değişik görüşler ileri sürülmüştür. Öğretideki yazarların bir kısmı, işverenin işçiyi gözetme borcundan kaynaklanan sorumluluğunun kusur sorumluluğuna dayandığını savunurken, diğer bir kısmı kusursuz sorumluluk esasına dayandığını ileri sürmüşlerdir.

Kusursuz sorumluluk, genellikle olumsuz bir biçimde sorumlu kişinin kusurunu gerektirmeyen bir sorumluluk olarak tanımlanır. Öğreti ve uygulamada, bu tür sorumluluğa objektif sorumluluk, sonuç sorumluluğu veya sebep sorumluluğu da denilmektedir.

19. yüzyılın ortalarına doğru başlayan, endüstri devrimiyle ortaya çıkan yeni buluşlar ve makinalaşmanın artması, yeni iş yerleri ve üretim faaliyetlerinin çoğalması, kişiler arasında ilişkilerin artması, yeni, ağır ve büyük tehlikelerle karşılaşılması karşısında kusura dayanan sorumluluk sistemi yalnız başına zarar görenlere etkili bir koruma sağlamakta yetersiz kaldığından, yasalara kusursuz sorumluluk ya da tehlike esasına dayanan sorumluluk hükümleri konulması zorunluluğu duyulmuştur.

İş kazalarında kusursuz sorumluluğa dayanan çevreler de görüş birliğinde olmadıklarından, kimileri yasa boşluğu olduğunu savunmuş, kimileri de kusursuz sorumluluğu hakkaniyet ilkesi, tehlike ilkesi veya objektif sorumluluk ilkesi esaslarına dayandırmışlardır. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir iş kazası nedeniyle 12.11.2003 tarih ve 2003/21-673 E.-2003/641 K sayılı İlamı'nda tehlike (risk) esasına dayanan sorumluluğa dayanmıştır.

Kusur sorumluluğu ise sorumluluk hukukunun temelidir ve en yaygın şeklidir. Kusur sorumluluğunda, sorumluluğun doğması için zarar, illiyet bağı ve hukuka aykırılık unsurları yanında kusur unsurunun da bulunması gerekir. Kusur unsuru sorumluluğun kurucu unsurudur. Bu sorumlulukta kusur olmazsa, sorumluluk olmaz kuralı geçerlidir. (Ali Güneren -Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı- İş Kazası veya Meslek Hastalığından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları)

Türk-İsviçre Hukuk sistemlerinde aksine bir düzenleme olmadıkça, işverenin işyerinde meydana gelen iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle hukuki sorumluluğu kusura dayanmaktadır.

Yüksek Özel Daire'nin son yıllarda ilke niteliğindeki görüşüne göre, işçinin, iş kazası ve meslek hastalığı sonucu meydana gelen zararı nedeniyle işverenin hukuki sorumluluğu *yasa ve içtihatlarla belirlenmiş ayrıksı durumlar dışında* ilke olarak hizmet (iş) sözleşmesinden doğan işçiyi gözetme borcuna aykırılıktan kaynaklanan kusura dayalı sorumluluktur.

Yargıtay uygulamalarına göre, kusur sorumluluğunda da illiyet bağı; mücbir sebep, zarar görenin ve üçüncü kişinin ağır kusuru nedenleriyle kesilebilir. Bu gibi hallerde işverenin sorumluluğuna gidilmesi mümkün değildir.

Yüksek Özel 21. Hukuk Dairesi'nin bazı kararlarında risk (tehlike) sorumluluğu açıklanmıştır. Kararlarda tehlike sorumluluğu Sosyal ve teknik alandaki de-



ğişim ve gelişmeler, iş yerlerinde tehlike boyutlarını arttırmış ve salt kusura dayalı kuralların bu alanda yeterli olmadığı sonucunu ortaya çıkarmıştır. İşveren kendi alanında her türlü tedbirleri almış olsa dahi; işyeri koşullarından dolayı kimi tehlikeli durumlar ve zararlandırıcı sonuçlar meydana gelmektedir. Kusura dayanan sorumluluk ilkesi, toplum ihtiyaçlarına cevap vermemiş, adaletsiz durumlar ortaya çıkarmıştır. İşte bu nedenle; kusursuz sorumluluğun bir türü olan tehlike sorumluluğu kavramı kabul edilmiş; işverenin her türlü özen görevini yerine getirmiş olması durumunda dahi, meydana gelen zararlı sonuçtan sorumlu tutulması gerektiği kabul edilmiştir. Bu anlamda tehlike sorumluluğu mutlak bir sorumluluk olarak nitelendirilebilir. Ancak belirtmek gerekir ki, tehlike sorumluluğu bir "sonuç" sorumluluğu da değildir.

Zarar işyeri koşullarından veya işletmeye özgü tehlikeden doğmamış ve araya giren başka bir nedenden meydana gelmişse, bu durumda, işveren zarardan sorumlu tutulmamalıdır. Başka bir anlatımla, işyeri koşullarından doğan tehlike ile zarar arasında uygun illiyet bağı (uygun neden-sonuç bağı) yoksa, işverenin sorumluluğu da yoktur. İlliyet bağının kesilmesi genelde üç durumda söz konusu olabilir. Bu durum "Mücbir sebep, üçüncü kişinin veya zarara uğrayanın ağır kusurları, illiyet bağını kesen nedenlerdir." şeklinde açıklanmıştır. (Mesut Balcı -Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı- İş Kazası veya Meslek Hastalığından Doğan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları Uygulaması, 2011)

Yargıtay illiyet bağına *sadece kusur sorumluluğundan değil*, kusursuz sorumluluğun tüm hallerinde sebep ve özellikle tehlike sorumluluğunun kurulabilmesi için zorunlu kabul etmektedir. Ancak, Yargıtay'ın aksi yönde de kararları vardır. Benzer bir olayda işverence görevli olarak gideceği yere uçakla gönderilen sigortalı bindiği uçağın düşmesi sonucunda ölmesi nedeniyle Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bu olayda İşverenin iş kazasından sorumluluğu akdi sorumluluğa dayansa da tehlike (risk) nazariyesine dayalı kusursuz sorumluluğu da içerdiğini, zira işveren iş akdiyle işçisini iş

ve işyeri tehlikelerine karşı korumayı taahhüt ettiği gibi çağın gelişmiş teknolojisinin yarattığı, fakat önlenmesi mümkün olmayan tehlikelerden doğacak zararları da taahhüt etmiş sayılır. Üçüncü kişinin davranışı sonucu meydana gelen tehlikeleri de bu tehlike kavramı içinde düşünmek icap eder. Bu hususlar hizmet sözleşmesinde gösterilmiş olmasa bile niteliği itibarıyla akdin içeriğinde var demektir. Hizmet sözleşmesinin bu kapsamı ve niteliği işveren sorumluluğu açısından uygun sebep sonuç bağlantısının kabulü için yeterlidir" sonucuna varmıştır. (9. Hukuk Dairesi -29.12.1981-11284-15904)

Öğretide ve uygulamada bütün bu tartışmalardan sonra, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 332. maddesinin karşılığı olarak çağdaş yaklaşımla düzenlenen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesinin 2. fıkrasında "*İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçilerin de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlü*" olacağı belirtilerek, İş Kanunu'nun 77/1. maddesiyle bütünlük sağlandığı gibi, 3. fıkrasında "*İşverenin yukarıdaki hükümler dahil kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabi*" olduğu hükme bağlanmak suretiyle, hizmet sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluğun hukuki niteliği konusunda tartışmalar sona erdirilmiş, sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan ölüm ve vücut bütünlüğünün zedelenmesine veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmininde sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür.

İşverenin, İş Kanunu'nun 77. maddesindeki gözetme borcuna ve yeni İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası'nın 4. maddesindeki genel yükümlülüklerine, 5. maddesindeki risklerden korunma ilkelerine aykırı davranışın işverenin kusuru olarak sayılması gerekmektedir.

Somut olayda ölen işçi ..., Karataş İlçesi, Kesik Köyü'nde davalı işveren ...'e ait sulama havuzunda

bekçi ve pompacı olarak çalışmakta iken 09.08.2006 tarihinde sulama havuzu yakınındaki sazlık gölette ölü olarak bulunmuştur.

Olay Sosyal Güvenlik Kurumu müfettiş raporunda iş kazası olarak kabul edilmiştir.

Adli Tıp Kurumu Adana Grup Başkanlığı'nın 10.08.2006 tarih ve 06/907 protokol no'lu ayrıntılı Otopsi Raporu'nda, Adli Tıp Kurumu Adana Grup Başkanlığı Kimyasal Tahliller İhtisas Dairesi'nin toksikoloji raporuna göre kanda alkol (Etanol) bulunmadığı, kan ve iç organ parçalarında aranan uyutucu-uyuşturucu ve toksik maddelerden hiçbirinin bulunmadığı, Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Ana Bilim Dalı'nın histopatoloji raporuna göre; akciğerlerde ileri derecede diffüz ve şiddetli ödem, yer yer paranlerin içi taze kanama alanları, koroner arterde lümeni %60-70 oranında daraltıcı özellikle aterosklerotik vasküler hastalığa özgü değişiklikler saptandığı, vücudunda travmatik lezyon saptanmadığı, kişinin ölümünün suda boğulmaya bağlı mekan ile asfiksi sonucu meydana gelmiş olduğunun kabulü gerektiği açıklanmıştır.

Davacı işçinin sulama havuzunda yer alan sulama motorunun pompacılığını yaptığı, ayrıca sulama alanında bekçilik yaptığı, aynı yerde motora yakın 7 metre mesafede bulunan römorkta yatıp kalktığı, sulama motorunu çalıştırma ve durdurma yetkisine sahip olduğu, göletten su borusu ve su motoru yardımıyla sulama havuzuna su alındığı, su çekmede kullanılan borunun ucunda klape mevcut olduğu, iş yerinde sulama dönemlerinde işçinin motorun bakımıyla da ilgilendiği, olay zamanının sulama dönemine tesadüf ettiği, motorun klape denilen kısmı yosun tuttuğunda bunu temizlemeninde işçinin görevleri arasında olduğu, bu işlemi yapmak için suya girmesi gerektiği, sulama motorunun bulunduğu alanda gölet olduğu, suyun derinliğinin bir metre olup dibinin çamur ve bataklık olduğu, ölen işçinin 1.77 metre boyunda ve 30 yaşlarında olduğu, göletin derinliği nazara alındığında işçinin suda boğulmasının mümkün görülmedi-

ği, bilirkişilerce su motorunda düşük voltajlı elektrik kaçağının bulunma ve işçinin bu düşük akımlı elektrik çarpmasına maruz kalabileceğinin ihtimal dahilinde olduğunun açıklandığı, işçinin kaldığı römork ile ceset arasındaki mesafenin 6 metre, ceset ile cesede ait olduğu söylenen terlik ve balık oltasının arasındaki mesafenin 2 metre, ceset ile gölden çıkarıldığı yerin arasının 2 metre, cesedin çıkarıldığı yer ile gölden su çekmek için kullanılan ve ucunda klape bağlı borunun arasının 3 metre, römork ile sulama havuzunun arasının 7 metre olduğu, sulama havuzunun etrafının herhangi bir çit veya duvarla çevrilmediği, gölete girilmesinin tehlikeli olduğuna dair bir tabelanın bulunmadığı, gölet kenarlarında da herhangi bir önlem alınmadığı anlaşılmıştır.

İşveren, çalışanlarının işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup, bu çerçevede işçilerin hayati ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirleri alması, risklerden kaçınması, kaçınılması mümkün olmayan riskleri analiz etmesi, risk değerlendirmesi yapması, yaptırması, teknik gelişmelere uyum göstermesi, tehlikeli olanı, tehlikesiz veya daha az tehlikeli olanla değiştirmesi, mesleki riskleri önlemesi, eğitim ve bilgi verilmesi dahil her türlü tedbiri alması, gerekli araç ve gereçleri sağlama, sağlık ve güvenlik tedbirlerini değişen şartlara uygun hale getirmesi ve mevcut iş yerinin iyileştirilmesi için çalışmalar yapması gerekmektedir. Bu nedenlerle 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 332. maddesi, buna paralel 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 417/2. maddesi, İş Kanunu'nun 77. maddesi ve bu maddeyi yürürlükten kaldıran İş Sağlığı ve İş Güvenliği Yasası'nın 4. ve 5. maddeleri göz önüne alındığında, davalı işverenin de kusurlu olduğu kabul edilerek, davalı işverene bir miktar kusurun izafe edilmesi ve bu kusur oranında davalı işverenin hukuki sorumluluğuna gidilmesi gerektiği kanaatiyle Yüksek Özel Daire sayın çoğunluğunun yerel mahkemece davanın reddine ilişkin kararını onamasına ilişkin görüşüne katılmıyoruz."



DEĞERLENDİRME VE İNCELEME

1- Dava konusu olayda, iş kazası sebebiyle hayatını kaybeden işçinin desteğinden yoksun kalanlar, bu sebeple oluşan zararların tazminini istemektedir.

2- Yerel mahkeme, olayda davalının kusurunun bulunmadığı gerekçesi ile tazminat istemini reddetmiştir. Özel daire ise kararı oyçokluğu ile onamıştır.

3- Karadan anlaşıldığına göre, ölen işçi, işverene ait sulama havuzunda pompacı ve bekçi olarak çalışmaktadır. Olay günü sulama motorunun yanındaki gölette ölü bulunmuştur ve SGK müfettişleri durumu bir iş kazası kabul etmiştir. Bununla birlikte işçinin hangi amaçla, gölete girdiği (balık tutmak için mi yoksa motor kapağını temizlemek için mi) anlaşılammıştır. Ancak ölümün boğulmadan kaynaklandığı tespit edilmiştir.

4- Yapılan araştırmada, bazı tereddütler olduğu görülmektedir. Bir yandan işçinin girdiği göletin derinliğinin 1 metre olmasına rağmen bataklık ve sazlık olduğu, bu derinlikte boğulmamasının gerektiği, işçinin gölette su motorunun kaçak akımına da maruz kalmış olabileceği, Adli Tıp Kurumu Otopsi Raporu'nda elektrik çarpmasıyla ilgili hiçbir belirti ve iz tespit edilemese de düşük voltajlı akımın vücutta iz ve belirti oluşturmayabileceği, dolayısıyla kaçak akıma maruz kalındığı hususunun tespitinin mümkün görülmediği, ölüm olayında böyle bir ihtimalin de bulunmakla birlikte bu hususta hiçbir tespit, iz ve belirti olmadığından ölümün kaçak akım sonucu meydana geldiğini söylemenin de zor olduğu, mevcut dosya kapsamına göre davalı işverene yüklenebilecek bir kusur bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Yani yerel mahkemeye göre, işçiye suya girilmesini gerektirir herhangi bir işin verilmediğini kabul etmiştir.

5- Yerel mahkemenin özel daire tarafından onanan kararındaki bu yaklaşımı, karşı oy yazısında kabul görmemektedir. Karşı oy yazısında yer verilen tespitler şunlardır;

Olaydaki uyumsuzluk, işverenin hukuki sorumluluğunun bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır. İşçi ve işverenin hizmet sözleşmesinden kaynaklanan sıkı iş ilişkisi, işçi yönünden işverene sadakat, işveren yönünden işçiyi korumak ve gözetmek şeklinde ortaya çıkar. Gerçekten işçi, işverenin işi ve işyeri ile ilgili çıkarlarını korumak, çıkarlarına zarar verebilecek davranışlardan kaçınmak, buna karşı işveren de işçinin kişiliğine saygı göstermek, işçiyi korumak, işyeri tehlikelerinden zarar görmemesi için iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almak, işçinin özlük hakları ve diğer maddi çıkarlarının gerektirdiği uygun bildirimlerde ve davranışlarda bulunmak, işçinin çıkarına aykırı davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür. Sanayi ve teknolojideki gelişmeler, yeni işletmelerin açılması, fabrikaların kurulması işyerlerindeki makinalaşmanın artmasına yol açmış, bu durum iş kazaları ile meslek hastalıklarında artışlara neden olmuştur. Bu gelişme, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin daha etkili şekilde alınması gereğini ortaya çıkarmıştır.

İşveren, gözetme borcu gereği çalıştırdığı işçileri iş yerinde meydana gelen tehlikelerden korumak, onların yaşam, bedensel ve ruhsal sağlık bütünlüklerini korumak için işyerinde teknik ve tıbbi önlemler dahil olmak üzere bilimsel ve teknolojik gelişmelerin gerekli kıldığı tüm önlemleri almak zorundadır.

Karşı oy yazısında savunulan görüşe dayanak olacak çeşitli yasal düzenlemelere atıf yapıldığı görülmektedir. Buna göre;

a) Anayasa'nın 17. maddesine göre "Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabii tutulamaz" hükmü getirilerek yaşama hakkı güvence altına alınmış, bu yasal güvencenin yaşama geçirilmesinde İş ve Sosyal Güvenlik Mevzuatı'nda da işçilerin korunması, işin düzenlenmesi, iş güvenliği, sosyal düzen ve adaletin sağlanması düşüncesi ile koruyucu birtakım hükümler getirilmiştir.

b) 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 332. maddesinde "İş sahibi, aktin özel halleri ve işin mahiyeti noktasından hakkaniyet dairesinde kendisinden istenebileceği derecede çalışmak dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere karşı icap eden tedbirleri ittihaza ve münasip ve sıhhi çalışma mahalleri ile işçi ile birlikte ikamet etmekte ise sıhhi yatacak bir yer tedarikine mecburdur.

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

c) Ancak, gelişen teknoloji karşısında 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 332. maddesi yeterli olmamıştır. O sebeple de 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 332. maddesinin karşılığı olarak 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesinin 2. fıkrasını düzenlemiştir. Buna göre; "İşveren, işyerinde İş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli olan her türlü önlem almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçilerde İş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür."

Bu fıkraya göre, işverenin, işçinin yaşam, sağlık ve bedensel bütünlüğünü korumak için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü öngörülmektedir. Burada işverenin özellikle iş kazalarına karşı gerekli önlemleri alma yükümlülüğü söz konusudur. Buna göre "İşveren, hizmet ilişkisinin ve yapılan işin niteliği göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gereği kendisinden beklenen, deneyimlerin zorunlu kıldığı, teknik açıdan uygulanabilir ve işyerinin özelliklerine uygun olan önlemleri almakla yükümlüdür."

d) Aynı maddelere paralel olarak, 4857 sayılı İş Kanunu'nun "İşverenlerin ve İşçilerin Yükümlülükleri" kenar başlıklı 77. maddesinin 1. fıkrasında da benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu fıkraya göre "İşverenler işyerlerinde İş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve

gereçleri noksansız bulundurmak, işçiler de İş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler."

e) Bundan başka işveren, mevzuatta öngörülmemiş olsa dahi bilimsel ve teknolojik gelişmelerin gerekli kıldığı İş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almak zorundadır. Bilim, teknik ve örgütlenme düşüncesi yönünden alınabilme olanağı bulunan, yapılacak gider ve emek ne olursa olsun bilimin, teknolojinin ve örgütlenme düşüncesinin en yeni verileri göz önünde tutulduğunda, işçi sakatlanmayacak, hastalanmayacak ve ölmeyecek ya da bu kötü sonuçlar daha da azalacaksa her önlem işverenin koruma önlemi alma borcu içine girer.

Bu önlemler konusunda işveren, işyerini yeni açması nedeniyle tecrübesizliğini, bilimsel ve teknik gelişmeler yönünden bilgisizliğini, ekonomik durumun zayıflığını, benzer işyerlerinde bu İş güvenliği önlemlerinin alınmadığını savunarak sorumluluktan kurtulamaz. Gerçekten çalışma hayatında süregelen kötü alışkanlık ve geleneklerin varlığı işverenin önlem alma borcunu etkilemez. İşverenlerce, İş güvenliği açısından yaşamsal önem taşıyan araç ve gereçlerin işçiler tarafından kullanılması sağlandığında, kaza olasılığının tamamen ortadan kalkabileceği de tartışmasız bir gerçektir. Nitekim mevzuatta bulunan bir kısım boşluklar bu kez kanun koyucu tarafından 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası ile doldurulmaya çalışılmıştır. İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası'nın 37. maddesiyle 4857 sayılı Kanun'un 77. ve devamı bir kısım maddeler yürürlükten kaldırılarak İş sağlığı ve güvenliği konusunda yeni düzenlemeler getirilmesi amaçlanmıştır.

Buna göre, Yasanın "İşverenin Genel Yükümlülüğü" kenar başlıklı 4. maddesinde "İşveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup bu çerçevede; a- Mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dahil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin



değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar. b- İş yerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar. c- Risk değerlendirmesi yapar ve yaptırır. ç- Çalışana görev verirken, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunu gözönüne alır. d- Yeterli bilgi ve talimat verilenler dışında ki çalışanların hayati ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirleri alır.” hükmü düzenlenmiştir.

f) Aynı Yasanın 5. maddesinde de risklerden korunma ilkeleri düzenlenmiştir. Buna göre maddede “İşverenin yükümlülüklerinin yerine getirilmesinde aşağıdaki ilkeler göz önünde bulundurulur: a- Risklerden kaçınmak, b- Kaçınılması mümkün olmayan riskleri analiz etmek, c- Risklerle kaynağında mücadele etmek, ç- İşin kişilere uygun hale getirilmesi için iş yerlerinin tasarımı ile iş ekipmanı, çalışma şekli ve üretim metotlarının seçiminde özen göstermek, özellikle tekdüze çalışma ve üretim temposunun sağlık ve güvenliğe olumsuz etkilerini önlemek, önlenemiyor ise en aza indirmek, d- Teknik gelişmelere uyum sağlamak, e- Tehlikeli olanı, tehlikesiz veya daha az tehlikeli olanla değiştirmek, f- Teknoloji, iş organizasyonu çalışma şartları, sosyal ilişkiler ve çalışma ortamı ile ilgili faktörlerin etkilerini kapsayan tutarlı ve genel bir önleme politikası geliştirmek, g- Toplu korunma tedbirlerine, kişisel korunma tedbirlerine öncelik vermek, ğ- Çalışanlara uygun talimatlar vermek.” hükmü yer almaktadır.

Yine karşı oy yazısına göre, yukarıda açıklanan yasal düzenlemelerin ışığı altında işverenin iş kazalarındaki hukuki sorumluluğu da tartışılmalıdır. İşverenin sorumluluğunun hukuksal temelleri konusunda uygulama ve öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır. Öğretilerdeki yazarların bir kısmı, işverenin işçiyi gözetme borcundan kaynaklanan sorumluluğunun kusur sorumluluğuna dayandığını savunurken, diğer bir kısmı kusursuz sorumluluk esasına dayandığını ileri sürmüşlerdir.

Kusursuz sorumluluk, genellikle olumsuz bir biçimde sorumlu kişinin kusurunu gerektirmeyen bir sorumluluk olarak tanımlanır. Öğreti ve uygulamada, bu tür sorumluluğa objektif sorumluluk, sonuç sorumluluğu veya sebep sorumluluğu da denilmektedir. 19. yüzyılın ortalarına doğru başlayan endüstri devrimiyle ortaya çıkan yeni buluşlar ve makinalaşmanın artması, yeni işyerleri ve üretim faaliyetlerinin çoğalması, kişiler arasında ilişkilerin artması, yeni, ağır ve büyük tehlikelerle karşılaşılması karşısında kusura dayanan sorumluluk sistemi yalnız başına zarar görenlere etkili bir koruma sağlamakta yetersiz kaldığından, yasalara kusursuz sorumluluk ya da tehlike esasına dayanan sorumluluk hükümleri konulması zorunluluğu duyulmuştur. İş kazalarında kusursuz sorumluluğa dayanan çevreler de görüş birliğinde olmadıklarından, kimileri yasa boşluğu olduğunu savunmuş, kimileri de kusursuz sorumluluğu hakkaniyet ilkesi, tehlike ilkesi veya objektif sorumluluk ilkesi esaslarına dayandırmışlardır. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 2003 yılındaki kararında, iş kazası nedeniyle tehlike (risk) esasına dayanan sorumluluğa dayanmıştır.

Kusur sorumluluğu ise sorumluluk hukukunun temelidir ve en yaygın şeklidir. Kusur sorumluluğunda, sorumluluğun doğması için zarar, illiyet bağı ve hukuka aykırılık unsurları yanında kusur unsurunun da bulunması gerekir. Kusur unsuru sorumluluğun kurucu unsurudur. Bu sorumlulukta kusur olmazsa, sorumluluk olmaz kuralı geçerlidir. Türk-İsviçre Hukuk sistemlerinde aksine bir düzenleme olmadıkça, işverenin işyerinde meydana gelen iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle hukuki sorumluluğu kusura dayanmaktadır. Yüksek Özel Daire'nin son yıllarda ilke niteliğindeki görüşüne göre, işçinin, iş kazası ve meslek hastalığı sonucu meydana gelen zararı nedeniyle işverenin hukuki sorumluluğu yasa ve içtihatlarla belirlenmiş ayrıksı durumlar dışında ilke olarak hizmet (iş) sözleşmesinden doğan işçiyi gözetme borcuna aykırılıktan kaynaklanan kusura dayalı sorumluluktur. Yargıtay uygulamalarına göre, kusur sorumluluğunda da illiyet bağı; mücbir sebep, zarar görenin ve üçüncü kişinin ağır kusuru nedenleriyle kesilebilir. Bu gibi hallerde

İşverenin sorumluluğuna gidilmesi mümkün değildir. Karşı oy yazısında, 21. Hukuk Dairesi'nin bazı kararlarında risk (tehlike) sorumluluğunu açıkladığına dikkat çekilmiştir. Buna göre kararlar da tehlike sorumluluğu, sosyal ve teknik alandaki değişim ve gelişmeler, işyerlerinde tehlike boyutlarını arttırmış ve salt kusura dayalı kuralların bu alanda yeterli olmadığı sonucunu ortaya çıkarmıştır. İşveren kendi alanında her türlü tedbirleri almış olsa dahi, işyeri koşullarından dolayı kimi tehlikeli durumlar ve zararlandırıcı sonuçlar meydana gelmektedir. Kusura dayanan sorumluluk ilkesi, toplum ihtiyaçlarına cevap vermemiş, adaletsiz durumlar ortaya çıkarmıştır. İşte bu nedenle; kusursuz sorumluluğun bir türü olan tehlike sorumluluğu kavramı kabul edilmiş; işverenin her türlü özen görevini yerine getirmiş olması durumunda dahi, meydana gelen zararlı sonuçtan sorumlu tutulması gerektiği kabul edilmiştir. Bu anlamda tehlike sorumluluğu mutlak bir sorumluluk olarak nitelendirilebilir. Ancak belirtmek gerekir ki, tehlike sorumluluğu bir *sonuç* sorumluluğu da değildir.

Zarar işyeri koşullarından veya işletmeye özgü tehlikeden doğmamış ve araya giren başka bir nedenden meydana gelmişse, bu durumda, işveren zarardan sorumlu tutulmamalıdır. Başka bir anlatımla, işyeri koşullarından doğan tehlike ile zarar arasında uygun illiyet bağı (uygun neden-sonuç bağı) yoksa, işverenin sorumluluğu da yoktur. Yargıtay illiyet bağını *sadece kusur sorumluluğundan değil*, kusursuz sorumluluğun tüm hallerinde sebep ve özellikle tehlike sorumluluğunun kurulabilmesi için zorunlu kabul etmektedir. Ancak, Yargıtay'ın aksi yönde de kararları vardır (yukarıdaki kararda bu yönde bir örnek karara yer verilmiştir. (Yarg.9.HD. 29.12.1981, 11284-15904).

Karşı oy yazısına göre, öğretide ve uygulamada bütün bu tartışmalardan sonra, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 332. maddesinin karşılığı olarak çağdaş yaklaşımla düzenlenen 6098 sk. 417/2 hükmü ile, İş Kanunu'nun 77/1. maddesiyle bütünlük sağlanmıştır. 417/3'te yer alan düzenlemeyle de hizmet sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluğun hukuki niteliği

konusunda tartışmalar sona erdirilmiş, sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan ölüm ve vücut bütünlüğünün zedelenmesine veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmininde sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür.

Bu şartlar altında karşı oy yaklaşımına göre, işverenin, İş Kanunu'nun 77. maddesindeki gözetme borcuna ve yeni İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası'nın 4. maddesindeki genel yükümlülüklerine, 5. maddesindeki risklerden korunma ilkelerine aykırı davranış işverenin kusuru olarak sayılmalıdır.

Somut olayda ölen işçi, sulama havuzunda bekçi ve pompacı olarak çalışmakta iken, sulama havuzu yakınındaki sazlık gölette ölü bulunmuş, olay SGK müfettiş raporunda iş kazası olarak kabul edilmiştir. Adli Tıp Kurumu Otopsi Raporu'nda, kişinin ölümünün suda boğulmaya bağlı olduğunun kabulü gerektiği açıklanmıştır. Dosyada yer alan ve yukarıdaki içtihat- ta sıralanan bilgi ve tespitlerden hareket eden karşı oy görüşü, nihayetinde sulama havuzunun etrafının herhangi bir çit veya duvarla çevrilmeyeceği, gölete girilmesinin tehlikeli olduğuna dair bir tabelanın bulunmadığı, gölet kenarlarında da herhangi bir önlem alınmadığının anlaşıldığına dikkat çekmiştir. Ayrıca işverenin (kararda belirtilen) mevzuattan kaynaklanan yükümlülüklerine de işaret edilerek, kusurlu olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Sonuç olarak da, bu şartlar altındaki işverene kusur izafe edilebileceği ve hukuki sorumluluğuna gidilmesi gerektiği kanaati dile getirilmiştir.

6- Karara konu olayda çoğunluk ile azınlık arasındaki görüş farklılığı, işverenin kusuru konusundadır. Sayın çoğunluk olayda işvereni kusurlu görmediği halde, karara karşı oy ekleyen üyeler, olayda işverene de kusur verilebileceği kanısındadır.

7- Esasen bu tür olaylarda kusurun ne olduğu çok doğru anlaşılmalıdır. İş sağlığı ve güvenliğinde kusur, işverenin kendisi için getirilen yükümlülüklerle aykırı davranmasını ifade eder. Söz konusu yükümlülüklerle



rin daha ziyade iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı ile getirildiği düşünüldüğünde, anılan mevzuatın kusurun tanımlamasında büyük etkisi olacağı açıktır. Bir başka deyişle iş kazası meslek hastalıklarına sebep olan kusurun ne oldu adı geçen mevzuata göre belirlenmektedir. Ancak bu kusurlu davranışın yaratacağı hukuksal sonuçlar, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında değil, onunla kıyaslandığında genel hüküm niteliği taşıyan Borçlar Kanunu'nda düzenlenmektedir. Dolayısıyla sorumluluğun hukuksal temeli ve niteliği arandığında Borçlar Kanunu'na müracaat şarttır. Bu da bizi anılan yasadaki kurala yani kusura dayalı sorumluluğa götürmektedir.

8- Bununla birlikte sorumluluğun niteliği kusura dayalı olsa da, bu kusurun içeriği ve ne şekilde takdir edileceği bundan bağımsız değerlendirmeye tabi tutulur.

Kusur sorumluluğunda işvereni kusurlu kılarak, kurumca karşılanmayan zararlar için tazminat ödeme yükümlülüğü altına sokan, hizmet akdi veya kanunların kendine yüklediği borçları kusuruyla (kasten ya da ihmalen) yerine getirmemesidir. İşverenin bu kusurlu hareketinin değerlendirilmesinde içinde bulunduğu özel durum dikkate alınmayacak, değerlendirme objektif bir ölçüye göre yapılacaktır. Yani gerekli dikkat ve özenin gösterilip gösterilmediği, işverenin kişisel bilgi ve niteliklerine göre değil, aynı durumdaki dikkatli, makul ve sorumluluk duygusu taşıyan bir insanın hareket tarzına göre belirlenecektir. Böylece her somut olayda işverenin irade ve zeka gücü, yetenekleri, fiziki nitelikleri ve bilgisine göre hukuka aykırı sonucu önleyip önleyemeyeceği hesaba katılmaksızın, sorumluluk objektif bir ölçüye göre tayin edilecektir. İşveren, kişisel niteliklerindeki eksiklikler sebebiyle ahlaken kınanabilir durumda olmasa bile, ölçü olarak alınan *makul ve dikkatli insan tipinin* aynı durumda göstereceği davranışı göstermemişse hukuken sorumlu tutulacaktır. Kusuru objektifleştiren bu uygulama, işverenleri işyerinde dikkatli bir işveren gibi davranmaya itecek olması nedeniyle iş kazalarının önlenmesinde de büyük önem taşır. Ayrıca işverenin

mali nedenleri ileri sürerek sorumluluktan kurtulmasını da engeller. Çünkü işverenden iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması konusunda benzer işyerlerini kuran aynı kategorideki işverenlerin göstereceği özen beklenir. Dolayısıyla işverenin, mali durumunun yetersizliğini ileri sürerek önlemleri almaktan ve sorumluluktan kaçınabilmesi mümkün olmaz (Sarpier Süzek, İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985, 245-246). İşyeri bölgesindeki yerleşik kötü alışkanlıklar, iş sağlığı ve güvenliği alanına yaklaşımdaki zafiyet, bu noktada işverene haklı gerekçe kazandırmaz.

Kaldırılıncaya kadar 4857 sayılı İş Kanunu'nun 70. maddesi, onun ardından yürürlüğe giren 6356 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 4. ve 5. maddeleri ile buna uygun olarak çıkarılan iş güvenliği yönetmeliklerinin hükümleri, işverenin kusurunu objektifleştiren kriterler olarak değerlendirilmelidir. Nitekim Yüksek Mahkeme de uzun yıllardır iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili mevzuatın uzun bilimsel araştırmaların sonucu olduğunu, bunlara uyulması halinde işçinin vücut bütünlüğünün zarara uğramayacağını, uğrasa bile zararın asgari olacağını belirtmiş ve sonuçta anılan hükümlerin kanuni kesin birer karine oluşturduğunu vurgulamıştır. Dolayısıyla sözü edilen karinelere aksinin ispatına izin verilemeyeceğini, oluşmuş zararın tümünün ya da önemli kısmının işverence bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesinin bir sonucu olduğunu kabul etmiştir (Yarg.10.HD.25.3.1975, 702/1673). O sebeple, mevzuatta yer alan teknik iş güvenliği mevzuatına uyulmaması, işverenin kusurlu davranışı olarak kabul edilmelidir. Ancak işveren sadece anılan yazılı kurallara değil, yazılı olmayan fakat teknolojinin gerekli kıldığı önlemlere aykırı davrandığında da kusurlu görülerek oluşan zararı karşılamak zorunda kalmalıdır (Süzek, 250).

Yukarıda ortaya koymaya çalıştığımız bakış açısı ile objektifleştirilen kusur, kusur sorumluluğunu kusursuz sorumluluğa yaklaştırırsa da, kesinlikle onu kusursuz sorumluluğa dönüştürmez. Çünkü bu yapılmada bile işverenin sorumluluğu için kusurunun varlığı şarttır.

Kusurun objektifleştirilmesi kriteri yanısıra, TBK. md.417/2'nin, Anayasa kuralları ve İSGK.md.4 ışığında yorumlanması da işverenin sorumluluğunu oldukça genişletmiştir. Bu nedenle kazalanan işçi ve hak sahiplerinin zarar görmesini önleme kaygısıyla hukuk sistemimizde yer almayan kusursuz sorumluluğu yaratmaya çalışmak doğru olmaz. Onun yerine, kusur sorumluluğu prensipleriyle zararı tazmin etmek daha isabetli olacaktır.

Nitekin Yüksek Mahkemenin son yıllardaki yaklaşımı da bu yöndedir. Kaldı ki bu uygulama yalnız tazmin açısından değil, kazanın önlenmesi açısından da etki sağlar. Kusurları dikkate alınmadan her durumda sorumlu tutulmaları nedeniyle tedbirsiz davranabilecek işverenlerin yerini, kusurları azaldıkça ödeyecekleri tazminatın da azalacağını anlayan ve o nedenle iş güvenliği tedbirlerinin alınmasında daha istekli olan işverenler alır. Böylelikle işverenler alacakları önlemlerle hem kazaların oluşum riskini, hem de küçülen kusur oranları nedeniyle yüklenecekleri tazminat miktarını azaltabileceklerdir.

9- Dava konusu olayda hayatını kaybeden işçinin bulunduğu yer, işini gördüğü yer gibi görünmektedir. Sulama motoru pompacısı olan ve sulama alnına bekçilik yapan işçi, sulamada kullanılan gölette boğulmuştur. Dahası söz konusu gölet, sığ da olsa, bataklık bir zemine sahiptir. Bu da işçinin işini görürken gölete girmek zorunda kalması halinde yaşamsal bir risk yaratmaktadır ki, ölüm de bu sebeple gerçekleşmiş görünmektedir.

İşçilerin çalışma sahalarının bu tür riskleri barındırması, iş sağlığı ve güvenliği alanında kabul edilebilir bir durum değildir. Yukarıda yer verilen yasal hükümler, işvereni bu tür tehlikelerin varlığı halinde gereken her şeyi yapmaya mecbur kılmaktadır. Nitekim karşı oy yazısında da bu hususa dikkat çekilmektedir. Buna göre, "İşveren, çalışanlarının işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup, bu çerçevede işçilerin hayati ve özel tehlike bulunan yerlere gir-

memesi için gerekli tedbirleri alması, risklerden kaçınması, kaçınılması mümkün olmayan riskleri analiz etmesi, risk değerlendirmesi yapması, yaptırması, teknik gelişmelere uyum göstermesi, tehlikeli olanı, tehlikesiz veya daha az tehlikeli olanla değiştirmesi, mesleki riskleri önlemesi, eğitim ve bilgi verilmesi dahil her türlü tedbiri alması, gerekli araç ve gereçleri sağlaması, sağlık ve güvenlik tedbirlerini değişen şartlara uygun hale getirmesi ve mevcut işyerinin iyileştirilmesi için çalışmalar yapması gerekmektedir".

Bu koşullar altında davalı işvereni sorumlu olmaktan kurtaracak şey, eylemleri (iş sağlığı ve güvenliği alanındaki ihmalleri) ile oluşan zarar (ölüm) arasındaki uygun nedenselliğin koptuğunu ispat etmekten ibarettir. Ancak olayda anılan uygun nedenselliği koparacak bir etken (zarar görenin kusuru, üçüncü kişinin kusuru ve mücbir sebep) tespit edilememiştir. Dolayısıyla, ölüme neden olan olayda, işverenin İSGK. md.4 anlamında bir ihmali olduğu yani, "İşveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup bu çerçevede; Mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar." hükmünü ihlal ettiği kanaati oluşmaktadır. Bu da bizi, karşı oyda savunulan değerlendirmelerin daha isabetli olduğu gibi bir sonuca ulaştırmıştır.