

# ÇALIŞANLARIN İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİNE İLİŞKİN HAKLARINDA YENİ DÜZENLEMELER\*

Yrd. Doç. Dr. Gaye BAYCIK\*\*

---

\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

\*\*Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.



## ÖZ

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, 30.06.2012 tarihli ve 28339 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmış, ancak bazı maddeleri dışında kalan hükümleri için 38. maddesiyle farklı yürürlük tarihleri belirlenmiştir. Kanun, 4857 sayılı İş Kanununun 77 vd. maddelerinde ve dolayısıyla İş Kanununa tabi işçiler ile çıkar ve stajyerler için düzenlenen iş sağlığı ve güvenliği kurallarını özellikle 89/391 sayılı Avrupa Birliği Direktifini dikkate alarak daha kapsayıcı ve modern bir anlayışla revize etmiştir. Kanunun getirdiği başlıca değişiklik kapsam bakımından olmuştur. Zira daha önce çıkar ve stajyerler ile 4857 sayılı İş Kanununa tabi işçiler için söz konusu olan iş sağlığı ve güvenliği kuralları, 6331 sayılı Kanun ile tüm bağımlı çalışanları kapsayıcı hale getirilmiştir. Bunun gibi Kanun, özellik arz eden tehlikeler için çalışanlara yeni haklar tanımış, bu hakların kullanılabilmesi için işverene yeni yükümlülükler öngörmüştür. Bu itibarla, 6331 sayılı Kanunun getirdiği yenilikler, hem çalışan kavramının hem de çalışanlara tanınan hakların incelenmesini gerekli kılmıştır. İş sağlığı ve güvenliği bakımından işveren yükümlülüklerinin çalışanların hakları olarak tanımlanması mümkündür. Bununla birlikte, çalışma konumuz 6331 sayılı Kanun ve bu Kanuna dayalı yönetmeliklerle ayrıntılı şekilde belirlenen işveren yükümlülüklerini derleme amacından ziyade işverenin yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde çalışanların baskı aracı olarak kullanabilecekleri haklar (önleyici nitelik taşıyan haklar) ile iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesi halinde çalışanların zararlarını tazmin etmek için sahip oldukları haklara ilişkin olarak getirilen yenilikleri incelemektir. Çalışanların tazmin edici nitelik taşıyan hakları bakımından 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun ilgili maddelerinin değerlendirmeye tabi tutulması gereklidir. Zira iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle uğranılan zararın tazmin talebi halinde uygulanan Türk Borçlar Kanunu hükümlerinde yapılan değişikliklerin iş sağlığı ve güvenliği hukuku bakımından incelenmesi gerektiği açıktır. Bu itibarla, çalışmamızda değerlendirilmek istenen konularının somut şekilde ortaya konulabilmesi için 6331 sayılı Kanun ile 6098 sayılı Kanun ele alınacak, çalışanların sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan haklarına sadece tazmin edici hakları ilgilendirdiği ölçüde, bu hakların kapsamını belirlemek ve gerekli değerlendirmeleri yapmak amacıyla yer verilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** iş kazası, meslek hastalığı, iş sağlığı ve güvenliği, baskı aracı niteliği taşıyan haklar, tazminat hakları.

## THE NEW REGULATIONS ON THE RIGHTS OF THE EMPLOYEES RELATED TO OCCUPATIONAL SAFETY AND HEALTH

### ABSTRACT

*The Law, No. 6331 on Occupational Safety and Health was published in the Official Gazette on the 30.06.2012. However, the article 38 prescribes different effective dates for some articles of this law. The Law No. 6331, taking into consideration the 89/391 EEC, revised the rules on occupational safety and health with a more modern perspective than the Law, No. 4857 in such that the Law, No. 6331 covers all the employees. Besides, the Law, No. 6331, prescribes the new rights to the employees and the new obligations to the employers. This new approach needs to be examined. The obligations of the employers could be also qualified as the rights of the employers. However, the goal of this article is not to declare the obligations of the employers, but to examine the rights of the employees as the means of coercion and the amendments on the rights to indemnities. As the articles of the Law, No. 6098 are applied to the actions for damages, the relevant articles of the Law, No. 6098 are to be examined in terms of the rights to indemnities. Thus, to determine and state the subjects of this article, the Laws No.6331 and No. 6098 are to be examined as only referring to the social security rights of the employers in order to put forward the exact the scope of the rights to indemnities and to make the necessary explanations.*

**Keywords:** Occupational accident, occupational disease, occupational safety and health, rights of coercion, right to indemnity.

## I. GİRİŞ

Çalışma konumuz açısından ilk belirlenmesi gereken, 6331 sayılı Kanunla getirilen “*çalışan*” kavramıdır. “*Çalışan*” kavramının kapsamı belirlendikten sonra, çalışanların iş sağlığı ve güvenliği hukuku bakımından hakları inceleme konusu yapılacak; bu itibarla işveren yükümlülüğü olarak birçok çalışmaya konu olmuş çalışan hakları üzerinde kısaca bilgi verilecek, ancak esas olarak bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacıyla çalışanların sahip olduğu ve baskı aracı niteliği taşıyan önleyici boyuttaki haklar üzerinde durulacaktır. Baskı aracı niteliği taşıyan haklardan sonra, iş kazası ve meslek hastalığına maruz kalan çalışanların sahip oldukları tazmin edici nitelik taşıyan haklara ilişkin yeni düzenlemeler, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanun ve yargı kararları dikkate alınarak değerlendirilecektir.

## II. 6331 SAYILI KANUNUN KAPSAMI

### 1. Çalışan Kavramı

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun kapsamı 2. maddesinde belirlenmektedir. Buna göre, “*Bu Kanun; kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dahil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır*”. Kanunun 3/1. maddesinin b bendinde ise çalışanın “*Kendi özel kanunlarındaki statülerine bakılmaksızın kamu veya özel işyerlerinde istihdam edilen gerçek kişiyi*” ifade ettiği açıkça düzenlenmiştir.

Her iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde, 6331 sayılı Kanunun kapsamını oluşturan “*çalışan*” kavramının, çırak ve stajyerler de dahil olmak üzere tüm bağımlı çalışanları kapsadığı görülmektedir. Bu itibarla, 6331 sayılı Kanun, sadece 4857 sayılı İş Kanununa tabi olan işçileri değil, Türk Borçlar Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanununa tabi özel işyerleri ile kamu kurum ve kuruluşlarında anılan kanunlara tabi olarak istihdam edilen işçileri ve kamu idarelerinde görevli memurlar ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4. maddesinde tanımlanan 4/B ve 4/C statüsünde çalışan personeli kapsamaktadır. Nitekim Kanunun 3/1-b maddesinde “*statülerine bakılmaksızın*” tüm çalışanların kapsamda olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle bir idari sözleşmeye dayalı olarak kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlar da bu kapsamda değerlendirilmektedir.

Bu itibarla, 6331 sayılı Kanun bakımından “*çalışan*” kavramı, Mesleki Eğitim Kanunu veya Borçlar Kanununa tabi olan çırakları, stajyerleri, hangi kanuna tabi olursa olsun iş sözleşmesiyle çalışan işçileri, 657 sayılı Kanunun 4/A,

kadro karşılığı olsun yahut olmasın 4/B ve hangi faaliyeti yürütürse yürütsün 4/C statüsünde istihdam edilenleri kapsamaktadır<sup>[1]</sup>. Bu nedenle, çalışanların hakları bakımından değerlendirme yapılırken çalışan memurlar ile diğer kamu görevlileri ve geçici personel açısından idare hukuku ilke ve kuralları dikkate alınmalıdır.

## 2. İşveren Kavramı

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 2. maddesi ile 3/1. maddesinin (ğ) bendi ile aynı maddenin 2. fıkrası birlikte değerlendirildiğinde, yukarıda tanımlanan çalışanları istihdam eden tüm gerçek ve tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar ile bunlar adına hareket eden işveren vekillerinin “işveren” niteliği taşındığı görülmektedir.

Bu itibarla, 6331 sayılı Kanun ve bu Kanuna dayalı olarak çıkarılan yönetmeliklerde işverene getirilen tüm yükümlülüklerin işveren ve bu konuda yetki ve görev verilmiş ehil işveren vekilleri tarafından yerine getirilmesi gerekmektedir. Ancak işveren vekillerinin anılan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi nedeniyle hukuki sorumlulukları mevcut olmadığı gibi cezai ve idari sorumlulukları da belirli koşullar altında söz konusu olabilir<sup>[2]</sup>.

## 3. İstisnalar

6331 sayılı Kanunun 2/2. maddesinde, kanunun kapsamına girmeyen faaliyetler ve kişiler düzenlenmiştir. Bunun sebebi, bazı faaliyetlerde, görülen işin niteliği veya yapıldığı yer gereği iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasının çok zor ve hatta imkansız olmasıdır. Nitekim 1989/391 sayılı AB Direktifinde de önlem alınması imkansız faaliyetlerin iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı dışında tutulabileceği kabul edilmektedir<sup>[3]</sup>. Nitekim maddenin gerekçesinde de bu hususa işaret edilmiştir.

### a. TSK, MİT Müsteşarlığı ve Genel Kolluk Kuvvetlerinin Faaliyetleri

6331 sayılı Kanunun kapsamı dışında tutulan sadece bu birimlerin asli faaliyetleridir<sup>[4]</sup>. Zira kanun, istisnaları belirlerken kurumları değil, iş kazası ve

[1] Ertürk, 13-14. Arıcı, 114-115. Alpagut, 25-26. Caniklioglu, 27-31. Ocak, 113-114. İş sağlığı ve güvenliği mevzuatının bazı istisnalar dışında tüm bağımlı çalışanları kapsamasının ILO'nun 155 ve 161 sayılı sözleşmelerine uygun olacağı görüşü için bkz. Oğuz, 56.

[2] İşveren vekillerinin idari ve cezai sorumluluğu için gerekli şartlar hakkında geniş bilgi için bkz. Süzek, 187-190. İşveren vekillerinin meydana gelen iş kazası ve meslek hastalığından doğan sorumluluğu hakkında geniş bilgi için bkz. Akın, İş Kazasından Sorumluluk, 89-114.

[3] Oğuz, 55.

[4] Ayrıca bkz. Ocak, 114-115.

meslek hastalığına karşı önlem alınmasını zorlaştıran veyahut imkansızlaştıran faaliyetleri esas almıştır<sup>[5]</sup>. TSK, MİT ve genel kolluk kuvvetlerinin asli faaliyetleri sırasında çalışanların iş kazasına maruz kalmasının önlenmesi birçok durumda imkansızdır. Nitekim bu nedenle MİT, TSK ve genel kolluk kuvvetlerinde görev yapanların yaptıkları görev dolayısıyla veya görevleri sırasında herhangi bir zarara, dolayısıyla iş kazası veya meslek hastalığına uğramaları halinde idare, bir kusursuz sorumluluk türü olan ve kurtuluş beyyinesi içermeyen mesleki risk esasına göre zarara uğrayan görevlinin veya ölümü halinde bu ölümden zarar gören yakınlarının zararını karşılamaktadır<sup>[6]</sup>. Bunun yanında, kolluk görevlilerinin mesleki risk nedeniyle uğradıkları zararların idare tarafından karşılanması 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanunla özel olarak düzenlenmiştir.

Bununla birlikte, anılan birimlerin fabrika veya dikimevi işletmesi durumunda bu faaliyetleri ve kendi iç işleyişlerindeki büro faaliyetleri 6331 sayılı Kanunun kapsamındadır. Zira bu halde, söz konusu faaliyetlerin diğer fabrika ve dikimevlerinden farkı kalmamakta, dolayısıyla bu faaliyetler sırasında meydana gelme ihtimali olan risklerin önlenmesi mümkün hale gelmektedir. Bu itibarla, söz konusu birimlerin asli faaliyetleri dışında kalan ve dolayısıyla iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasının imkansız yahut çok zor olmadığı faaliyetler anılan kanunun kapsamı içinde değerlendirilmelidir.

### ***b. Afet ve Acil Durum Birimlerinin Müdahale Faaliyetleri***

Kanunun 2/2-b maddesinde istisna olarak düzenlenen “*afet ve acil durum birimlerinin müdahale faaliyetleri*” maddenin gerekçesinde tanımlanmıştır. Buna göre “*normal hayat ve faaliyetlerini durduran veya kesintiye uğratan ve acil müdahaleyi gerektiren durumlar ile toplumun tamamı veya belli kesimleri için fiziksel, ekonomik ve sosyal kayıplar doğuran doğal, teknolojik veya insan kaynaklı olaylara sivillerin korunması ve/veya kurtarılması amacıyla müdahalelerde esas görevi bulunan çalışanların bu faaliyetleri*” afet ve acil durum birimlerinin müdahale faaliyetidir. Nitekim bu itibarla gerekçede, maden işyerlerinde özel olarak kurulan tahliye ekiplerinin faaliyetlerinin bu istisna kapsamında yer almadığı ifade edilerek, işyerlerinde acil durumlara müdahale etmekle görevli çalışanların 6331 sayılı Kanun kapsamında yer aldığı açıkça belirtilmiştir.

Kanundaki istisnaların belirlenmesinde kurumlar değil yürütülen faaliyet esas alındığından, afet ve acil durum birimlerinin kim tarafından kurulduğu dikkate alınmaksızın bu birimlerde yürütülen müdahale faaliyetleri dikkate alınmalıdır. Diğer bir anlatımla, söz konusu birimlerin eğitim, büro, tatbikat

[5] Caniklioğlu, 32.

[6] Günay, 253-254. Zabunoğlu, C. I, 724-726.

faaliyetlerinde çalışanlar bakımından 6331 sayılı Kanun uygulanmalı, sadece afet ve acil durum müdahale faaliyetleri anılan Kanundan istisna tutulmalıdır<sup>[7]</sup>.

Bu itibarla, 6331 sayılı Kanununun 11/1-c maddesi uyarınca işverenin görevlendirmekle ve hazır bulundurmakla yükümlü olduğu acil durum ekiplerinde istihdam ettiği çalışanlar bu Kanunda belirtilen tüm haklara sahip ve yükümlülüklerle tabidir. Bu itibarla işveren, anılan acil durum ekiplerinde görevli kişilerin örneğin, tahliye veya yangınla mücadele sırasında iş kazası ve/veya meslek hastalığına maruz kalmamaları için gerekli olan önlemleri almakla, bu konuda eğitim vermekle ve onların alınan önlemlere uygun davranıp davranmadıklarını denetlemekle yükümlüdür.

### *c. Ev Hizmetleri*

Kanununun 2/2-c maddesi uyarınca ev hizmetleri, dolayısıyla günlük ev işlerinde çalışanlar kanunun kapsamı dışında tutulmuştur<sup>[8]</sup>. Bununla birlikte, ev hizmetlerinde çalışanlar Borçlar Kanununa tabi işçi niteliği taşıdıklarından, TBK'nun 417/2. maddesinde düzenlenen işverenin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli olan her türlü önlemi alma ve araç ve gereci sağlama yükümlülüğü ev hizmetlerinde işçi çalıştırılanlar bakımından da geçerlidir.

Türk Borçlar Kanununun 417/2. maddesinde yer alan her türlü önlemden kasıt, uzun zamandır Yargıtay içtihadı ve öğreti tarafından kabul edildiği üzere, bilim ve teknolojinin gerekli kıldığı her türlü önlemin alınması ve araç gerecin sağlanmasıdır<sup>[9]</sup>. Bu itibarla, ev hizmetlerinde çalışanlar bakımından işverenin 6331 sayılı Kanun uyarınca işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı veya ilk yardım personeli çalıştırma yahut acil eylem planı hazırlama yükümlülüğü mevcut olmasa dahi, ev hizmetini gören çalışanın maruz kalabileceği riskleri belirleyerek bunlara karşı gerekli önlemleri alması gereklidir<sup>[10]</sup>.

Bu nedenle öğretilde, TBK 417/2'de düzenlenen iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğünün 6331 sayılı Kanununun 4 ve 5. maddelerinde düzenlenen işverenin genel yükümlülükleriyle somutlaştırılmasının isabetli olacağı yönünde görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, ev hizmetinde işçi istihdam eden işveren, risk değerlendirmesi yapmalı yahut yaptırmalı, gerekli önlemleri almalı, bu konuda ev hizmeti gören işçiye gerekli bilgilendirmeleri yapıp eğitimleri vermeli, çalışana iş verirken onun işe uygunluğunu değerlendirmeli,

[7] Ocak, 115-116.

[8] Bu düzenlemenin isabetsiz olduğu görüşü için bkz. Ertürk, 14.

[9] Tandoğan, 54. Eren, İşverenin Sorumluluğu, 36-41. Ekonomi, 154-155. Süzek, İş Güvenliği, 179-180. Aynı yazar, 864. Narmanlıoğlu, 321-322. Soyer, Yeni İş Kanunu, 33. Güzel, İşyeri Hekimliği, 19. Akın, Maddi Tazminat, 61. Bu yönde, Y10HD, 27.5.2008, 2626/7283. Y10HD, 4.3.2008, 6310/2821. Y21HD, 17.4.2008, 19869/6065.

[10] Caniklioğlu, 33-34. Ocak, 116.



alınan önlemlere işçinin uyup uymadığını denetlemelidir. Ayrıca 4. maddede düzenlenen anılan yükümlülükleri yerine getirirken işveren 6331 sayılı Kanunun 5. maddesinde düzenlenen ilkelere de uygun davranmalıdır<sup>[11]</sup>.

Kanaatimizce ev hizmetlerinde işçi istihdam eden işverenlerin 6331 sayılı Kanunun 4 ve 5. maddeleriyle sıkı sıkıya bağlı kalması ve anılan hükümlerde yer alan herhangi bir yükümlülüğü veya ilkeyi ihlal etmelerinin onlara kusur olarak yüklenmesi Kanunun 2/2-c maddesine aykırılık oluşturur. Zira Kanun açıkça ev hizmetlerinde çalışan kişilerin ve bu kişilerin işverenlerinin Kanunun kapsamında tutulmasını düzenlemektedir. Kanunun 5. maddesi ise, işveren genel yükümlülüklerinin yerine getirmesi sırasında izlenmesi gereken ilkeleri ortaya koymaktadır. Bu ilkeler mevzuatımızda ilk defa yer almakta ve işverenlere ağır yükümlülükler getirmektedir. Bu nedenle Kanunun 4. ve 5. maddelerinin ev hizmetlerinde işçi çalıştıran işverenler tarafından uygulanması gerektiğini çok katı şekilde kabul etmek kanımızca mümkün değildir. Ancak Türk Borçlar Kanununun 417/2. maddesinde düzenlenen işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğünü yerine getirirken anılan 4. ve 5. maddelerin yol gösterici hüküm olarak kabul edilmesi savunulabilir. Bu şekilde ev hizmetinde işçi istihdam eden işveren, bu yükümlülüğü nasıl yerine getirmesi gerektiğini anılan hükümlerden yararlanarak belirleyebilir. Ancak bunun, anılan hükümlere her aykırılığın işveren aleyhine kusur olarak belirlenmesi sonucunu doğurmaması gerektiği kanaatindeyiz<sup>[12]</sup>. Nitekim söz konusu hükümlerin ev hizmetlerinde işçi çalıştıran işverenler tarafından uygulanması gerektiğini savunan görüş de anılan hükümlerin yol gösterici niteliğe sahip olduğunu, bu nedenle kıyasen uygulanmaları gerektiğini açıkça belirtmiştir<sup>[13]</sup>.

#### ***d. Çalışan İstihdam Etmeksizin Bağımsız Çalışanlar***

6331 sayılı Kanunun 2/2-ç maddesinde bağımsız çalışanların kanunun kapsamında olmadığı düzenlenmiştir. Bu itibarla bağımsız çalışan kişiler yanlarında herhangi bir kimseyi istihdam etmedikleri sürece 6331 sayılı Kanun bakımından ne çalışan ne de işveren kavramı içinde yer alırlar. Ancak bağımsız çalışan kişilerin yanlarında bir kişi dahi istihdam etmeleri onlara Kanunun 2/2-ç ve 3/1-ğ maddeleri uyarınca işveren niteliğini kazandırır. Bu nedenle bağımsız çalışanların anılan Kanunun kapsamında dışında tutulmalarının koşulu, yanlarında hiç kimseyi istihdam etmemeleridir.

[11] Caniklioğlu, 33-34.

[12] Caniklioğlu, 34.

[13] Caniklioğlu, 34.

Kanunun kapsamının bu kadar geniş tutulması, öğretide haklı olarak eleştirilmektedir<sup>[14]</sup>. Zira anılan hükme göre, yanında bir sekreter çalıştıran mimar dahi ayrıca işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı istihdam etmek zorundadır. Bunun ise uygulanabilir olmadığı açıktır. Kanımızca, işyerinde çalışan kişi sayısı ile yapılan işin tehlike sınıfı dikkate alınarak işverenlere kademeli yükümlülükler getirilmesi kanunun uygulanabilirliğini ve etkinliğini artırması bakımından daha isabetli olurdu.

***e. Tutuklu ve Hükümlülerin İnfaz Hizmetleri Sırasında İyileştirme Kapsamında Yaptıkları İşyurdu, Eğitim, Güvenlik ve Meslek Edindirme Faaliyetleri***

6331 sayılı Kanunun 2/2-d maddesi uyarınca tutuklu ve hükümlülerin infaz hizmetleri sırasında iyileştirme kapsamında yaptıkları işyurdu, eğitim, güvenlik ve meslek edindirme faaliyetleri Kanunun kapsamı dışında tutulmuştur. Bu itibarla tutuklu ve hükümlülerin anılan faaliyetleri sırasında iş sağlığı ve güvenliği hakkına sahip olmadıkları Kanundan açıkça anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte öğretide haklı olarak anılan hükmün isabetsiz bir düzenlemeyi konu edindiği kabul edilmektedir<sup>[15]</sup>. Zira bu görüşe göre, tutuklu ve hükümlüler de, bir meslek öğrendikleri sırada, bu meslekte çalışan diğer işçi ve kamu görevlileriyle aynı veya benzer risklere maruz kalmaktadırlar. Bu kişilerin maruz kaldıkları riskler aynı veya benzer olmasına rağmen, sadece tutuklu ve hükümlü olmaları nedeniyle iş sağlığı ve güvenliği hakkından mahrum bırakılmaları kabul edilemez. Bu nedenle söz konusu hükmün Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı olması nedeniyle somut norm denetimine tabi tutulmasında yarar olacağı kanaatindeyiz.

### III. ÇALIŞANLARIN ÖNLEYİCİ NİTELİK TAŞIYAN HAKLARI

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile işverenlere yüklenen tüm yükümlülükler, çalışanların iş sağlığı ve güvenliği hakkının sağlanması amacıyla getirilmiştir. Bu nedenle anılan Kanun ve bu Kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerde düzenlenen tüm yükümlülükler, aynı zamanda çalışanların haklarıdır. Bu itibarla işverenlerin işyerindeki mesleki riskleri önleme, gerekli araç, gereç

[14] Tuncay, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çalışma Mevzuatı Semineri, 26-30 Eylül 2012, Tartışmalar, 92. Şahlanan, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çalışma Mevzuatı Semineri, 26-30 Eylül 2012, Tartışmalar, 94. Arıcı, 122. Caniklioğlu, Taslak, 104. Alpogut, 32. Krşz. Ocak, 117.

[15] Caniklioğlu, 34-35.Krşz. Ocak, 117.

ve ekipmanı çalışana sağlama, iş sağlığı ve güvenliği, dolayısıyla işyerinde mevcut riskler ve bunların önlenmesi için alınan tedbirlerle çalışanın hak ve yükümlülükleri konusunda bilgilendirme ve eğitim verme, çalışanın alınan önlemlere uygun davranıp davranmadıklarını denetleme, risk değerlendirmesi yapma veya yaptırma, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini çalışana sağlama, bu nedenle işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı ve diğer sağlık personeli ile acil durum ekiplerinde görev almaya ehil kişilerle ilk yardım personeli görevlendirme, iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturma, iş kazalarının ve iş kazası potansiyeli taşıyan durumların kaydını tutma, iş kazası ve meslek hastalıklarını bildirme, çalışanın sağlık kontrolünü yaptırma, çalışan temsilcisi atama, çalışanın görüşlerini alma ve katılımlarını sağlama, acil durum ve tahliye planları hazırlama, ilk yardım, yangınla mücadele gibi acil durumlar için gerekli olan ekipleri ve planları oluşturmaya yönelik yükümlülükleri aynı zamanda çalışanın haklarını oluşturmaktadır. Bununla birlikte anılan yükümlülükler işverenin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini inceleme konusu yapan çalışmalarda değerlendirilmektedir. Çalışmamızın konusu ise, işveren yükümlülükleri değil, işverenlerin bu yükümlülükleri yerine getirmemesi halinde çalışanın baskı aracı<sup>[16]</sup> olarak kullanabilecekleri haklarıdır. Bu nedenle söz konusu hakları “önleyici nitelik taşıyan haklar” olarak nitelendirmenin doğru olduğu kanaatindeyiz. Bu nedenle bu bölümde, çalışanın iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin önleyici nitelik taşıyan hakları incelenecektir.

### 1. İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetlerinin Alınması Sırasında Katılım Hakkı

İşverenin iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı ile kendisine getirilen yükümlülükleri ihlali halinde, çalışanın ilk başvurabilecekleri yol, bizzat yahut iki ve daha fazla çalışanın olduğu yerlerde çalışan temsilcileri aracılığıyla, 6331 sayılı Kanununun 18. maddesinde düzenlenen katılım hakkını kullanmalarındır.

Kanununun 18/1. maddesinde çalışana veya temsilcilerine teklif getirme, görüşmelerde yer alma ve yeni teknoloji, iş ekipmanı ve çalışma şartlarının iş sağlığı ve güvenliğine etkileri konularında görüşlerinin alınması hakkı tanınmıştır. Bunun yanında çalışan temsilcisi ve destek elemanlarının görevlendirilecek uzman, hekim, ilk yardım, yangınla mücadele, tahliye personeli, alınacak önlemler ve kişisel koruyucu donanımlar, önlemler ve koruyucu hizmetler ile çalışanın bilgilendirilmesi ve eğitim planı hakkında görüşlerinin alınması gerektiği Kanununun 18/2. maddesinde düzenlenmiştir<sup>[17]</sup>.

[16] Engin, 86.

[17] Ayrıntılı bilgi için bkz. Caniklioğlu, 73-74. Ocak, 139.

Bu nedenle ilk olarak çalışanların ve/veya temsilcilerinin yahut destek elemanlarının görüş bildirme haklarını kullanmalarını gerekir. Nitekim öğretide, çalışanların ve/veya temsilcilerinin yahut destek elemanlarının görüşlerinin alındığının işverence ispat edilebilmesi için bu sürecin tutanakla imza altına alınması gerektiği haklı olarak önerilmektedir<sup>[18]</sup>. Zira iş kazası veya meslek hastalığı meydana geldiğinde mevzuatın kendisine yüklediği tüm yükümlülükleri yerine getirdiğini ispat yükü işverendedir. Bu nedenle çalışan, görüşünün alınmadığını değil; işveren, çalışanların görüşlerini aldığını ve Kanunun 18. maddesinde düzenlenen katılım hakkının kullanılmasını sağladığını ispat etmekle yükümlüdür.

Bunun yanında çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliğinin<sup>[19]</sup> 6. maddesinde düzenlenen katılım hakkını kullanmaları mümkündür. Zira anılan hükme göre, işveren risk değerlendirmesi ekibini oluştururken, çalışan temsilcisi ve destek elemanı yanında ayrıca, bütün birimleri temsil edecek şekilde ve birimlerdeki işler, mevcut ve muhtemel riskler hakkında bilgi sahibi çalışanların ekipte bulunmasını sağlamakla yükümlüdür. Bunun yanında anılan yönetmeliğin 7. maddesinde risk değerlendirmesi çalışmaları sırasında ihtiyaç duyulan her aşamada çalışanların görüşlerinin alınmasının sağlanacağı belirtilmektedir.

Bu itibarla çalışanlar, hem çalışan ve birim temsilcileri aracılığıyla hem de bireysel olarak risk değerlendirmesi sürecinde görüş bildirme hakkına sahiptir. Risk değerlendirme sürecinde önlem alınması gerektiğini düşündükleri riskleri veya alınan önlemlerdeki eksiklik ya da uygulama güçlüklerini bu şekilde işverene iletmeleri mümkündür.

Çalışanların katılım hakkını kullandığı alanlardan kanımca en önemlisi, iş sağlığı ve güvenliği kurullarıdır<sup>[20]</sup>. Zira 6331 sayılı Kanunun 22. maddesinde oluşturulma şartları düzenlenen iş sağlığı ve güvenliği kurullarına ilişkin olarak çıkarılan İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmeliğin<sup>[21]</sup> 6. maddesi uyarınca anılan kurullarda, çalışan temsilcisi veya birden fazla çalışan temsilcisinin mevcut olduğu durumlarda baş temsilci, ayrıca insan kaynakları, personel işleri, sosyal işler veya idari ve mali işleri yürütmekle görevli bir çalışan ile formen, usta veya usta başının bulunması gerekmektedir. Çalışanların kurulda işyerinde mevcut olan eksiklik veya güçlüklerin giderilmesi ve gerekli önlemlerin alınması yönünde karar alınmasını sağlamaları halinde etkin bir baskı aracı yaratacakları açıktır. Zira İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 22/1.

[18] Caniklioğlu, 73.

[19] RG: 29.12.2012, 28512.

[20] Süzek, 868. İş sağlığı ve güvenliği kurulları hakkında geniş bilgi için bkz. Ekmekçi, İşyeri Örgütlenmesi, 64-79. Akın, İşyerinin Örgütlenmesi, 4-15.

[21] RG: 18.01.2013, 28532.

maddesi ve anılan yönetmeliğin 4/4. maddesi uyarınca işveren kurul kararlarına uymakla yükümlüdür. Bu nedenle çalışanlar, iş sağlığı ve güvenliği konusundaki eksiklik, hata ve güçlüklerin giderilmesi için gerekli olan kararların kurul tarafından alınmasını sağlayarak katılım hakkının en etkili kullanım şeklini ortaya koyabilirler. Zira işverenin iş sağlığı ve güvenliği kurulunun kararını uygulamaması nedeniyle iş kazası veya meslek hastalığı meydana gelirse, işveren kusurlu sayılır<sup>[22]</sup>.

İşverenin uymakla yükümlü olduğu bir diğer karar veya talimat, işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı ve iş sağlığı ve güvenliği hizmetini satın aldığı kurum ve kuruluşların alınmasını talep ettikleri ve kendisine yazılı olarak bildirdikleri önlemlere ilişkindir (*Kanun md.6/1-ç*). Bu itibarla çalışanlar, işyeri hekimi ve/veya iş güvenliği uzmanı aracılığıyla da gerekli önlemlerin alınmasını sağlayabilirler. Zira iş sağlığı ve güvenliği kurullarında olduğu gibi, işverenin işyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanının kararlarına aykırı davranması nedeniyle iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesi halinde de işveren kusurlu sayılır.

İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasını veya alınan önlemlerde gözlenen güçlüklerin giderilmesini talep eden alt işveren işçisiyse ve asıl işveren iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturmuş, ancak alt işverenin bu yönde bir yükümlülüğü mevcut değilse, alt işveren asıl işverenin oluşturduğu kurula işbirliği ve koordinasyonu sağlamak için bir vekil göndermekle yükümlüdür (*Kanun md.22/2-b*). Asıl işverenin oluşturduğu kurulda, alt işveren tarafından gönderilen temsilci aracılığıyla iletilen eksiklik veya güçlüklerin giderilmesi yönünde karar alınır, kanımca asıl işveren gibi alt işveren de alınan karara uygun davranmakla yükümlüdür. Zira Kanunun 22. ve Yönetmeliğin 4/4. maddesinde ifadesini bulan kurul kararıyla bağlılık, sadece kurulu oluşturan işveren bakımından değil, aynı zamanda kurula temsilci göndermekle yükümlü alt işveren bakımından da geçerli kabul edilmelidir. Zira aksi halin kabulü halinde, asıl işveren alınan kararın uygulanmasını sağlamakla yükümlü olurken (*Kanun 22, Yön. 4/4*), alt işveren işbirliği ve koordinasyonun sağlanması amacıyla kendisine yüklenen vekil gönderme yükümlülüğünü yerine getirmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilecektir. Bu sonucun, birden fazla işverenin birlikte faaliyet yürütmesi halinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için işbirliği ve koordinasyonu temel ilke olarak benimseyen 6331 sayılı Kanunun amacına aykırı düştüğü açıktır. Bunun gibi, bu sonuç, Kanunun 22. maddesinin somut amacına da aykırılık oluşturur. Bu nedenle kanaatim, alt işverenin alınan bu karara uymakla yükümlü olduğu, asıl işverenin de alınan bu kararın uygulanmasını sağlamakla ve bunun denetimini yapmakla yükümlü ve yetkili olduğu yönündedir. Nitekim bu yorumu destekleyici bir düzenleme Risk

[22] Süzek, 870.

Değerlendirmesi Yönetmeliğinin 15/2. maddesinde açıkça yer almaktadır. Buna göre asıl işveren, alt işverenini yapmış olduğu risk değerlendirmesi sonucunda belirlenen önlemlerin alınıp alınmadığını denetlemekle ve bunların uygulanmasını sağlamakla yükümlüdür.

## 2. İş Sağlığı ve Güvenliği Kuruluna veya İşverene Başvuru Hakkı

6331 sayılı Kanununun 13. maddesinin 1. fıkrasında, ciddi ve yakın bir tehlikeyle karşı karşıya kalan çalışanların iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvuru hakkı düzenlenmiştir. Ancak anılan kanunun 22. maddesi, kanımızca isabetsiz şekilde<sup>[23]</sup>, iş sağlığı ve güvenliği kurullarının sadece 50 ve daha fazla çalışanı olan ve altı aydan fazla sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde kurulmasını öngördüğünden, bu nitelikleri taşımayan işyerlerinde çalışanlar, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna değil, işverene başvurma hakkına sahiptir.

Bu başvurunun amacı, ciddi ve yakın tehlikenin mevcudiyetinin ve buna rağmen gerekli önlemlerin alınmadığının tespit edilmesini sağlamaktır. Bu nedenle, ciddi ve yakın bir tehlikenin varlığına rağmen işveren tarafından gerekli önlemler alınmıyorsa, çalışan bu başvuru hakkını kullanarak durumun tespit edilmesini sağlayabilir. Kanımızca anılan maddedeki “*ciddi ve yakın*” ifadesinin “*yaşamsal veya acil*” olarak düzenlenmesi daha isabetli olurdu<sup>[24]</sup>. Zira kanun bu haliyle, yaşamsal olan ancak acil olmayan birçok tehlikeye karşı çalışanların başvuru hakkını engellemiş olmaktadır. Bunun önemi, uzun yıllar risklere maruz kalma sonucunda ölümcül sonuçlarıyla ortaya çıkan meslek hastalıklarında kendini göstermektedir. Nitekim bu nedenle örneğin, pnömokonyoz riski olan ve buna rağmen gerekli önlemlerin alınmadığı bir maden işyerinde çalışanların söz konusu başvuru hakkı mevcut değildir. Bu itibarla kanaatimiz, anılan hükmün “*yaşamsal veya acil*” olarak değiştirilmesi gerektiği yönündedir<sup>[25]</sup>.

Bunun gibi anılan hüküm, sadece elli ve daha fazla çalışanı olan ve altı aydan fazla sürekli işlerin yapıldığı işyerleri bakımından önem arz etmektedir. Zira bunun dışında kalan işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almayan işverenden, çalışanın kendisine başvurusu üzerine ciddi ve yakın tehlikenin varlığını ve buna rağmen önlem alınmadığını tespit etmesini beklemek

[23] Elli işçiden daha az çalışanı olan işverenler bakımından ortak sağlık ve güvenlik birimi kurma zorunluluğu getirilmesi gerektiğini haklı olarak savunan görüşler için bkz. Süzek, 868-869. Aynı yazar, İş Hukukunun Geleceği, 32. Fişek, 4. Akın, İşyerinin Örgütlenmesi, 13-14.

[24] 4857 sayılı İş Kanununun 83. maddesindeki “*yakın, acil ve hayatı*” tehlike kavramına yönelik aynı yöndeki eleştiriler için bkz. Süzek, 882. Aynı yazar, İşçilerin Hakları, 615. Gökteş, 221. Engin, 88-90. Akın, İş Sağlığı, 321. Aksi yönde, Soyer, 682-683. Aynı yazar, Yeni İş Kanunu, 35.

[25] Süzek, 882. Gökteş, 221. Engin, 88-90. Akın, İş Sağlığı, 321. Aksi yönde, Soyer, 682-683. Aynı yazar, Yeni İş Kanunu, 35.

mümkün değildir. Bu nedenle söz konusu hükmün tüm çalışanlar bakımından koruyucu etki yaratabilmesi için kanımızca elliden az çalışanı olan işverenler bakımından ortak sağlık ve güvenlik kurulu kurma yükümlülüğü getirilmesi uygun olacaktır<sup>[26]</sup>.

Kanunun 13. maddesi uyarınca çalışanın işverene veya iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvurması üzerine durum işverence derhal, kurul tarafından ise acilen toplanarak tutanakla tespit edilmeli ve karar çalışana yazılı olarak bildirilmelidir. Kurulun, işyerinde gerekli önlemlerin alınmadığı yönünde karar vermesi halinde, işveren anılan kanunun 22. maddesi uyarınca kurul kararına uyararak gerekli önlemleri almalıdır. Aksi halde çalışanın aşağıda incelenecek olan çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması yahut işçi bakımından iş sözleşmesinin derhal feshi söz konusu olacaktır.

### 3. Çalışmaktan Kaçınma Hakkı

6331 sayılı Kanunun 13/2. maddesi uyarınca, iş sağlığı ve güvenliği kurulundan yahut kurulun bulunmadığı yerlerde işverenden, ciddi ve yakın bir tehlikenin var olduğu ancak işverence gerekli önlemlerin alınmadığı yönünde tespit kararı alan çalışan, gerekli önlemler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınma hakkına sahiptir. Bu halde ücret ve ücret eklerine hak kazanan çalışan iş görme edimini ifa borcundan kurtulmaktadır. Kanunun 13/2. maddesinin “Çalışanların çalışmaktan kaçındığı dönemdeki ücreti ile kanunlardan ve iş sözleşmesinden doğan diğer hakları saklıdır” hükmüyle çalışanın kanundan veya sözleşmeden doğan tüm haklarının çalışmaktan kaçındığı dönemde saklı olduğu açıkça düzenlendiğinden, bu süreçte çalışanın çalışma ilişkisinin temelini oluşturan sözleşme veya kanundan doğan tüm hakları işlemeye devam edecektir. Bu nedenle çalışana ücret veya maaşı ile bunların ekleri ödenmeli, SGK primleri yatırılmalıdır. Bu durumun normal bir çalışma ilişkisinden tek farkı, çalışanın iş görmemesidir. Tarafların bunun dışında kalan tüm borçları devam etmektedir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, kanımızca hükümdeki “ciddi ve yakın” ifadesi yerine “yaşamsal veya acil”<sup>[27]</sup> ifadesinin kullanılması daha isabetli olurdu. Her ne kadar 6331 sayılı Kanunun birçok hükmüne mehz teşkil eden Avrupa Birliğinin 89/391 EEC sayılı Direktifinde çalışmaktan kaçınma hakkı, ciddi ve yakın tehlikenin varlığı halinde tanınmış ise de, pnömokonyoz gibi yakın olmayan ancak yaşamsal nitelik taşıyan tehlikeler bakımından işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkından mahrum bırakılmamaları daha isabetlidir. Bu

[26] Sützek, 868-869. Aynı yazar, İş Hukukunun Geleceği, 32. Fişek, 4. Akın, İşyerinin Örgütlenmesi, 13-14.

[27] Sützek, 882. Aynı yazar, İşçilerin Hakları, 615. Gökteş, 221. Engin, 88-90. Akın, İş Sağlığı, 321. Aksi yönde, Soyer, 682-683. Aynı yazar, Yeni İş Kanunu, 35.



nedenle Kanunun anılan hükmünde bu yönde bir değişiklik yapılarak hükmün daha kapsayıcı ve etkin hale getirilmesinin sağlanması gerektiği kanaatindeyiz.

Kanımızca burada önem arz eden husus, işyerinde ciddi ve acil değil, yaşamsal veya sadece acil bir tehlikenin mevcut olması ya da ciddi ve yakın tehlikenin varlığına rağmen kurulun yahut işverenin aksi yönde karar vermesi halinde çalışanların çalışmaktan kaçınma haklarının mevcut olup olmadığı hususudur.

Belirtmek gerekir ki, her iki durumda da çalışanların Türk Borçlar Kanununun 408. maddesinde düzenlenen “İşveren, işgörmeye 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 çalışmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir” yönündeki işveren temerrüdü hükümlerinden yararlanabileceklerinin kabulü gerekir. Zira bu halde işveren, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almayarak çalışanın işgörmeye borcunu kabulde hazırlık fiillerini yerine getirmemesi sebebiyle temerrüde düşmektedir. Bu nedenle 6331 sayılı Kanununun 13. maddesindeki şartların mevcut olmaması halinde çalışanların TBK’nun 408. maddesinden yararlanarak çalışmaktan kaçınabileceği ve bu dönemde ücretlerine hak kazanacaklarının kabulü gerekir<sup>[28]</sup>. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, özellikle kurulun işyerinde ciddi ve yakın bir tehlikenin mevcut olmadığı yahut bu nitelikte bir tehlike olmasına rağmen işverenin gerekli tüm önlemleri aldığı yönünde karar vermesi halinde, çalışanın tek başına yapacağı tespit üzerine TBK 408’den yararlanarak çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması, işçiler bakımından iş sözleşmesinin haksız feshi diğer çalışanlar bakımından ise haksız ve mazeretsiz devamsızlık olarak nitelendirilebilir<sup>[29]</sup>. Zira teknik bir konu olan iş sağlığı ve güvenliği hususunda çalışanların kurul aleyhine yapacakları tespit hata yapmaları mümkündür<sup>[30]</sup>. Bu nedenle TBK 408’in kullanılmasından önce durumun tespitinin iyi yapılmasında fayda olduğu düşüncesindeyiz.

Çalışmaktan kaçınma hakkı süreyle sınırlı olarak tanınmamıştır. Diğer bir anlatımla, çalışmaktan kaçınan çalışan bu hakkını gerekli önlemler alınıncaya kadar kullanabilir. Zira işveren riski önleyecek önlemleri almadığı sürece temerrüt durumundan kurtulamaz. Bu halde çalışanın da çalışmaktan kaçınma hakkı gerekli önlemler alınıncaya kadar devam eder<sup>[31]</sup>.

[28] Süzek, 882-884. Soyer, Yeni İş Kanunu, 36. Sur, 411. Başterzi, Çalışmanın Kesintiye Uğraması, 196-198. Akın, İş Sağlığı, 322. Krşz. Engin, 88-91. Aki yönde, Ekmekçi, 202.

[29] Süzek, 884. Soyer, 684. Sur, 411-412.

[30] Bkz. 4857 sayılı İş Kanununun 83. maddesinin gerekçesi. Sur, 411-412.

[31] Süzek, İşçilerin Hakları, 616. Soyer, 683. Göktaş, 229-230.



Bunun gibi, tehlikenin birden çok çalışana ilgilendirmesi halinde çalışanlar topluca çalışmaktan kaçınma haklarını kullanabilir. Zira kanundan doğan bir hakkın topluca kullanılması, kanun dışı grev olarak nitelendirilemez<sup>[32]</sup>.

Çalışmaktan kaçınan kişiye işveren, tehlikesiz ve durumuna uygun bir iş teklif edebilir. Bu durumda çalışanın bu işi kabul etmesi sadakat borcunun bir gereğidir<sup>[33]</sup>. Aksi halde işveren, sadakat borcuna aykırı davranan çalışana mevzuata uygun disiplin cezası verebilir. Bu itibarla işveren, işçinin iş sözleşmesini İK 25/II-e hükmüne dayanarak haklı nedenle derhal feshedebileceği gibi, memur hakkında 657 sayılı Kanununun 125/D-n bendinde düzenlenen “*verilen görevler ve emirleri kasten yapmamak*” disiplin suçunu işlemesi nedeniyle idari soruşturma başlatabilir ve 657 sayılı Kanununun 4/B ve 4/C maddesine göre istihdam edilen personele varsa idari sözleşmesinde ve/veya ilgili yönetmelikte belirtilen disiplin cezalarını uygulayabilir.

#### 4. İş Sözleşmesini Derhal Fesih Hakkı

6331 sayılı Kanununun 13/4. maddesinde yer alan “*İş sözleşmesiyle çalışanlar, talep etmelerine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı durumlarda, tabii oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmelerini feshedebilir*” hükmüyle sadece iş sözleşmesiyle çalışanlara sözleşmeyi fesih hakkı tanınmıştır. Nitekim anılan maddenin gerekçesinde de “*iş sözleşmesi ile çalışanlara; talep etmelerine rağmen ciddi ve yakın tehlikenin işveren tarafından giderilmemesi halinde tabii oldukları kanunların hükümleri esas alınarak hizmet akitlerini feshedebilme hakkı tanınmıştır*” ifadesine yer verilerek bu husus açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle fesih hakkı, memurlar ile 657 sayılı Kanununun 4/B ve 4/C maddesi kapsamında istihdam edilen personel tarafından kullanılamayacaktır. Kanunda memurlar ve diğer kamu görevlileri için fesih hakkı tanınmamasının sebebinin, memurlar ile 4/B ve 4/C’li personelin statüsünün özel hukuk sözleşmesine dayanmamasından kaynaklandığı açıktır. Zira bu kişiler, kanun veya idari sözleşmeyle girdikleri statü hukukundan ancak bu statü hukukunda yer alan düzenlemeler çerçevesinde çıkabilmektedirler. Bu itibarla, anılan kişilerin çalışma ilişkilerini belirleyen statü hukukunda söz konusu çalışma ilişkisini iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması sebebiyle sona erdirmeye yönelik bir düzenleme olmadığı sürece iş sözleşmesiyle çalışmayan kamu personelinin çalışma ilişkisini tek taraflı sona erdirmesi mümkün değildir. Ancak bu yönde bir hakkın kanun ve idari sözleşmelerle kamu görevlilerine de tanınması gerektiği düşüncesindeyim. Zira mevcut mevzuat karşısında, iş sözleşmesiyle çalışmayan kamu personeli ciddi ve

[32] Süzek, 883. Soyer, 684-685. Aynı yazar, Yeni İş Kanunu, 36. Başterzi, Çalışmanın Kesintiye Uğraması, 195. Akın, İş Sağlığı, 321.

[33] Süzek, İşçilerin Hakları, 616.

yakın tehlikenin varlığı halinde sadece çalışmaktan kaçınabilecek, bu dönemde hakları saklı tutulacaktır (m.13/2, 13/4).

Kanunun 13/4. maddesinin gerekçesinde açıkça belirtildiği üzere, iş sözleşmesiyle çalışanlar ciddi ve yakın tehlikenin işveren tarafından giderilmediği durumlarda “*tabi oldukları kanunların hükümleri esas alınarak*” iş sözleşmelerini feshedeceklerdir. Bu itibarla, iş sözleşmesiyle çalışanlar, tabi oldukları kanunların (*İş Kanunu, Türk Borçlar Kanunu, Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu*) hükümlerine uygun şekilde fesih haklarını kullanmak zorundadır. O halde önemli olan anılan kanunlarda iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması durumunda kullanılacak bir fesih hakkının düzenlenmiş olmasıdır. Bu açıdan bir değerlendirme yapıldığında, İş Kanununa tabi olanlar bakımından Kanunun 24/II-e bendinde düzenlenen çalışma koşullarının uygulanmaması hükmünün uygulanacağı, bu şekilde işçinin tehlike devam ettiği sürece ve tehlikenin sona ermesini takip eden 6 işgünü içinde derhal fesih hakkını kullanabileceği açıktır. Aynı şekilde, 854 sayılı Deniz İş Kanuna tabi olan gemi adamları, anılan kanunun 14/II-b bendinde yer alan “*İşveren veya işveren vekilinin gemi adamına karşı, kanuna, hizmet akitlerine veya sair iş şartlarına aykırı hareket etmesi*” hükmüne dayanarak iş sözleşmelerini tehlike devam ettiği sürece ve tehlikenin sona ermesini takip eden 6 işgünü içinde derhal fesih hakkını kullanarak sona erdirebilir. Buna karşılık, 5953 sayılı Basın İş Kanununda bu yönde bir düzenleme olmadığından, gazeteciler bakımından durumun genel kanun niteliği taşıyan Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu itibarla, Türk Borçlar Kanununun 435. maddesi, hem bu kanuna tabi hem de Basın İş Kanununa tabi işçiler bakımından uygulama alanı bulur. Buna göre, söz konusu işçiler, yakın ve ciddi tehlikenin işverence giderilmediği durumlarda iş sözleşmelerini, sözleşmeye devam kendileri açısından çekilmez hale geldiğinden haklı nedenle derhal feshedebilir. Bu halde TBK’nun 437/1. maddesi uyarınca işçi, işverenden bu nedenle uğramış olduğu zararı talep edebilir. Zira iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma borcu iş sözleşmesinin kişisel ve sürekli ilişki kuran niteliğinden, diğer bir ifadeyle işçiyi gözetme borcundan doğmaktadır. Bu nedenle anılan şekilde önlemlerin alınmaması, sözleşmeye aykırılık olarak nitelendirilmelidir.

Bu hak bakımından belirlenmesi gereken husus, fesih hakkının sadece ciddi ve yakın bir tehlikenin varlığı halinde mi kullanılabilmesi ve bu hakkın kullanılabilmesi için işçinin anılan 13. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen prosedürü işletmesinin, diğer bir ifadeyle tehlikenin varlığı ile işverenin gerekli önlemleri almadığı yönünde tespit için iş sağlığı ve güvenliği kuruluna yahut işverene başvurmasının gerekli olup olmadığıdır. Zira iş hukuku öğretisinde, İş Kanununun benzer hükmünü içeren 83. maddesinde yer alan prosedür

işletilmeksizin derhal fesih hakkının kullanılmayacağı, aksi halde yapılan feshin haksız olacağı yönünde görüşler ileri sürülmüştür<sup>[34]</sup>.

Yukarıda belirtildiği üzere, Kanunun 13. maddesinin gerekçesinde, “iş sözleşmesi ile çalışanlara; talep etmelerine rağmen ciddi ve yakın tehlikenin işveren tarafından giderilmemesi halinde tabi oldukları kanunların hükümleri esas alınarak hizmet akitlerini feshedebilme hakkı tanınmıştır” ifadesine yer verilmiştir. Bu nedenle anılan 13. maddede düzenlenen fesih hakkının kullanılabilmesi için, aynı maddenin 1. fıkrasının işletilmesi gerektiği sonucuna varılabilir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alması, aynı zamanda Türk Borçlar Kanununun 435. maddesinde düzenlenen haklı sebep, Deniz İş Kanununun 14/II-b bendinde düzenlenen kanuna, hizmet akdine ve iş şartlarına aykırılık, son olarak İş Kanununun 24/II-f bendinde düzenlenen çalışma şartlarının uygulanmaması<sup>[35]</sup> anlamına gelmektedir. Bu nedenle kanaatimiz, işçilerin 6331 sayılı Kanunun 13/1. maddesindeki prosedürü işletmeksizin de iş sözleşmesini anılan hükümler uyarınca haklı nedenle derhal feshedebileceği yönündedir<sup>[36]</sup>. Bu itibarla, işçilerin derhal fesih hakkının varlığının ciddi ve yakın bir tehlikenin mevcudiyetine veya Kanunun 13/1. maddesinde düzenlenen prosedürün işletilmesine bağlı olmadığı kabul edilmelidir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, işçinin tek başına gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmadığı yönünde tespit bulunması çoğu zaman zordur<sup>[37]</sup>. Zira iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin gerekli ölçüde alınıp alınmadığı teknik bir konudur. Bu nedenle 6331 sayılı Kanunun 13/1. maddesindeki prosedürü uygulama imkanı olan işçilerin bu prosedürü işlettikten sonra fesih hakkını kullanmaları daha isabetli ve garantili bir yol olacaktır<sup>[38]</sup>.

### 5. Tehlikeli Bölgeyi Terk Etme Hakkı

6331 sayılı Kanunun 13/3. maddesinde, ciddi ve yakın tehlikenin ayrıca önlenemez olması halinde, tüm çalışanlara tehlikeyi bölgeyi iş sağlığı ve güvenliği kuruluna yahut işverene başvurmaksızın terk etme hakkı tanınmıştır. Bu halde çalışanların haklarının kısıtlanamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Nitekim kanunun 12. maddesinde de işverene, ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda tehlikeli bölgenin nasıl terk edilmesi gerektiğine ilişkin

[34] Çelik, 182. Demircioğlu, 147. Ekmekçi, 192. Alpagut, İşçinin Hakları ve Yükümlülükleri, 40.

[35] Ekonomi, İHU, İşK.14, No. 24. Süzek, İş Güvenliği, 189. Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 305. Akyiğit, 1948-1949.

[36] Süzek, 885-887. Aynı yazar, İşçilerin Hakları, 618-619.

[37] Ayrıca bkz. 4857 sayılı Kanunun 83. maddesinin gerekçesi. Ayrıca bkz. Süzek, 882-883.

[38] Süzek, 886.

düzenlemeleri yapma ve talimatlar verme yükümlülüğü getirilmiştir<sup>[39]</sup>. Burada dikkat çeken husus, önlenemezliğin tespitinin çalışana bırakılmış olmasıdır. Zira maddenin gerekçesinde 89/391 sayılı AB Direktifine paralel olarak ciddi ve yakın tehlikenin “*çalışanın bilgi ve tecrübesi dahilinde önlenemez olduğu yönünde kanaat oluşması*” halinde bu hakkın kullanılabileceği ve bu halde hizmet akdinden doğan hakların saklı kalacağı belirtilmiştir. Ancak buradaki hizmet akdini geniş yorumlamak gerekir; zira tehlikeyi bölgeyi terk etme hakkı, madde metninde sadece işçilere değil, tüm çalışanlara tanınmış bir hak olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle işyerini veya çalıştığı bölgeyi terk eden tüm çalışanların hakları kısıtlanamayacak ve tabi oldukları hukuki statüden veya sözleşmeden doğan tüm hakları işlemeye devam edecektir.

Kanununun 12/1-b bendinde, ciddi, yakın ve önlenemez tehlikenin devam etmesi halinde, zorunluluk olmadıkça, gerekli donanıma sahip ve özel olarak görevlendirilenler dışında kalan çalışanların iş görmeye devam etmelerinin işveren tarafından talep edilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Bu itibarla, ciddi, yakın ve önlenemez tehlikenin devamı halinde tehlikeli bölgeyi terk eden çalışanların işlerine geri dönmeleri talep edilemeyecek, bu bölgelerde sadece anılan tehlikeyle mücadele konusunda uzmanlaşmış gerekli bilgi, ehliyet, yetki ve araç, gerece sahip kişiler çalıştırılabilecektir. Ancak hükümde dikkat çeken husus, “*zorunlu olmadıkça*” ifadesine yer verilmiş olmasıdır. Zira anılan ifade nedeniyle hükümden, zorunlu olduğu takdirde çalışanların tehlikeli bölgede çalıştırılabileceği sonucu çıkmaktadır. Ancak yaşam ve vücut bütünlüğü hakkının koruma altına alındığı bir kanunda, ciddi, yakın ve önlenemez tehlikeyle karşı karşıya kalan işverenin hangi zorunluluk halinde çalışanlarından bu bölgede çalışmayı talep edebileceğine örnek bulmak güçlük arz etmektedir. Zira herhangi bir işletmesel menfaatin, çalışanların yaşam ve beden bütünlüğü hakkından daha üstün tutulması mümkün değildir. Bu nedenle kanımızca anılan hükümdeki “*zorunlu olmadıkça*” ifadesinin uygulamaya geçirilmesi mümkün olmadığı gibi madde metninden çıkarılması uygun olacaktır.

Kanununun ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu hallerde uygulama alanı bulacak 12. maddesinde dikkat çeken bir diğer husus, maddenin 2. fıkrası hükmüdür. Zira hükümde, “*İşveren, çalışanların kendileri veya diğer kişilerin güvenliği için ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaştıkları ve amirine hemen haber veremedikleri durumlarda; istenmeyen sonuçların önlenmesi için, bilgileri ve mevcut teknik donanımları çerçevesinde müdahale edebilmelerine imkân sağlar. Böyle bir durumda çalışanlar, ihmal veya dikkatsiz davranışları olmadıkça yaptıkları müdahaleden dolayı sorumlu tutulamaz*”. Burada dikkat çeken husus, ciddi, yakın ve önlenemez tehlikenin varlığı halinde amirine hemen haber veremeyen

[39] Bu yükümlülük hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Caniklioğlu, 75-76. Ocak, 149-150.

çalışanların bilgileri ve teknik donanımlarıyla ciddi ve yakın tehlikeye müdahale etme yeterliliğine kavuşturulmalarının işverene yükümlülük olarak getirilmesidir. Bu itibarla işveren, Kanununun 11. maddesinde düzenlenen acil durum ekipleri yanında ayrıca, bilgisi ve yeterliliği olan diğer çalışanları da ciddi, yakın ve önlenemez tehlikelinin varlığı ve haber verme güçlüğü içinde bulunulması ihtimaline karşı eğitmekle, gerekli tatbikatları yaptırmakla yükümlü hale gelmiştir. Bununla birlikte, çalışanların hakları bakımından üzerinde durulması gereken, anılan hükmün gerekçesinde belirtildiğinin aksine, bu şekilde eğitilmiş personelin haklarının korunmadığı hususudur. Zira hükümde söz konusu çalışanların, ihmal veya dikkatsiz davranışları olmadıkça yaptıkları müdahaleden sorumlu tutulamayacakları düzenlenmiştir. İhmal veya dikkatsizlik hafif kusuru ifade eden kavramlardır. Dolayısıyla, ciddi, yakın ve önlenemez bir tehlikeyi işverene haber veremeyen ve bu konuda gerekli donanıma sahip personel acil durum ekibinde görevli olmasa dahi bu duruma müdahale edecek, ancak yapmış olduğu bir ihmal veya dikkatsizlik sonucu oluşacak zarardan sorumlu tutulacaktır. Bunun Türk Borçlar Kanununun 400. maddesiyle birlikte değerlendirilmesi ve çalışanların meydana gelen zarardan hafif kusurlarının varlığı halinde sorumlu tutulmamaları gerektiği kanaatindeyiz. Zira Türk Borçlar Kanununun 400. maddesi uyarınca “İşçi, işverene kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumludur. Bu sorumluluğun belirlenmesinde; işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri göz önünde tutulur”. Görüldüğü üzere, 818 sayılı Kanundan farklı olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu işçinin sorumluluğunun belirlenmesinde yürütülen işin niteliğinin tehlikeli olup olmadığının dikkate alınması gerektiğini düzenlemektedir. Diğer bir anlatımla, zarara yatkın işlerde hafif kusuruyla işverene zarar veren işçi, bu zarardan sorumlu tutulmamalıdır<sup>[40]</sup>. İşyerinde ortaya çıkan ciddi, yakın ve önlenemez tehlikeye müdahale eden işçinin yürüttüğü bu faaliyetin zarara yatkın olmadığını ileri sürmek mümkün değildir. Bu nedenle söz konusu hüküm ile TBK’nun 400. maddesi arasında çatışma olduğu açıktır. Bu şekilde ortaya çıkan yasa boşluğunun ise kanımızca karşılaştırmalı hukuk<sup>[41]</sup> da dikkate alınarak doldurulması ve işçinin zarara yatkın faaliyet yürüttüğü, dolayısıyla ciddi, yakın ve önlenemez tehlikeye müdahale ettiği durumlarda hafif kusurundan sorumlu olmadığını kabul edilmesi gerekir.

[40] Soyer, Borçlar Kanunu, 4. Süzek, 355-356. Doğan Yenisey, 306-307.

[41] Nitekim Alman ve İsviçre hukuklarında zarara yatkın işlerde çalışan işçilerin hafif kusurlarıyla verdikleri zararlardan sorumlu olmadıkları kabul edilmektedir, Soyer, 4. Süzek, 355. Doğan Yenisey, 306-307.

## 6. İdari Makamlara Şikayet ve İhbar Hakkı

Çalışanların alınmayan iş sağlığı ve güvenliği önlemleriyle ilgili olarak her zaman Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına şikayet hakkı mevcuttur. Şikayet üzerine Bakanlık İş Teftiş Kurulu iş müfettişi tarafından yapılan inceleme sonucunda işveren aleyhine Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünce idari para cezası uygulanır ve/veya yaşamsal tehlikenin varlığı halinde yahut Kanunun 25/1. maddesinin ihlali halinde işverenin yürüttüğü iş durdurulur.

Kanunun 18/3. maddesinde, işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin yetersiz olduğu durumlarda veya teftişler sırasında yetkili makamlara başvurmalarından dolayı çalışanların ve çalışan temsilcilerinin haklarının kısıtlanamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Çalışanların şikayet ve ihbar etme hakkını kullanmalarını etkin kılan bir diğer düzenleme, İş Kanununun 93. maddesinde yer alan iş müfettişlerinin şikayette yahut ihbarda bulunan kişilerin kimliğini gizli tutma yükümlülüğüdür. Buna rağmen şikayette bulunan kişinin kimliğini öğrenen işverenin 6331 sayılı Kanununun 18/3. maddesini ihlal edici her davranışı ayrımcılık olarak nitelendirilebileceği gibi, işverenin bu sebeple iş sözleşmesini feshi kötüniyetli veya geçersiz fesih olarak nitelendirilecektir. Bunların yanında işverene ayrıca idari para cezası uygulanır (*md. 26*).

6331 sayılı Kanuna aykırılık halinde uygulanacak idari para cezaları Kanununun 26. maddesinde sayılmıştır. Kanunun uygulanmasının denetimini düzenleyen 24. maddesi 4857 sayılı Kanunun ilgili hükümlerine atıf yaptığından, 4857 sayılı Kanununun 93, 93, 96, 97 ve 107. maddeleri 6331 sayılı Kanunun uygulanmasının denetimi bakımından da bağlayıcı nitelik taşımaktadır. Kanununun 26. maddesinde düzenlenen idari para cezaları gerekçesi belirtilmek suretiyle Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünce verilir. Para cezası işverene tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içinde ödenir. Ancak işverenin 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 27. maddesi uyarınca para cezasının tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde sulh ceza mahkemesine itiraz hakkı saklıdır.

Kanununun 26. maddesinde, 6331 sayılı Kanuna dayanılarak hazırlanan yönetmeliklere aykırılıkların da idari para cezası verilmesine neden olacağı düzenlenmiştir. Burada üzerinde durulması gereken husus, anılan hükmün suç ve cezaların kanuniliği ilkesiyle çelişip çelişmediğidir. Zira Kanun, 26/1-n bendiyle sadece yönetmeliklere atıf yaparak bunlara aykırı davranan işverene her ihlal için aylık 1.000,00 TL idari para cezası verileceğini düzenlemektedir. Bununla birlikte öğretide<sup>[42]</sup> haklı olarak ifade edildiği üzere, Kabahatler Kanununa tabi olan idari para cezaları bakımından kanunilik ilkesi anılan Kanununun 4. maddesinde “*Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği,*

[42] Caniklioğlu, 82.

idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir. Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir” hükmüyle açıklanmaktadır. Hükümden de görüleceği üzere, kabahat, açıkça kanunda tanımlanabileceği gibi, kanunun kapsam ve koşullarını belirlemesi koşuluyla idarenin düzenleyici işlemleriyle de tanımlanabilir. Bu itibarla, 6331 sayılı Kanunun 26/1-n hükmünün kanunilik ilkesine aykırı olmadığı, dolayısıyla geçerli olduğu kanaatindeyiz.

İşyerinin teftişi sonucunda uygulanabilecek bir diğer yaptırım, Kanunun 25. maddesinde düzenlenen işin durdurulması yaptırımıdır. Buna göre, işyerinde yaşamsal bir tehlikenin tespiti halinde anılan hükümde belirtilen usule uygun olarak iş durdurulur. Burada önemli olan husus, kanunun 4857 sayılı İş Kanunundan farklı olarak işyerinin kapatılması yaptırımını kaldırması, ancak işin tamamen durdurulması yaptırımını korumasıdır<sup>[43]</sup>. Zira anılan hükme göre, “tehlake giderilinceye kadar, hayati tehlikenin niteliği ve bu tehlikeden doğabilecek riskin etkileyebileceği alan ile çalışanlar dikkate alınarak, işyerinin bir bölümünde veya tamamında iş durdurulur”. O halde işin durdurulması yaptırımı bakımından önem arz eden husus, yaşamsal tehlikenin etkilediği alan ve çalışanlardır. İşyerinin tamamını ve tüm çalışanları etkileyen bir yaşamsal tehlikenin varlığı halinde iş tamamen durdurulmalı, buna karşılık işyerinin bir bölümünde tehlike yaratılması halinde sadece o tehlikeyi bertaraf etmeye yeterli oranda iş durdurulmalıdır<sup>[44]</sup>.

6331 sayılı Kanun, işin durdurulması yaptırımını sadece yaşamsal tehlikenin varlığına bağlamamış, ayrıca 25. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesiyle bazı çok tehlikeli işlerin yapıldığı işyerleri bakımından risk değerlendirmesi yapılmamış olmasını da bu yaptırımın uygulanması bakımından yeterli kabul etmiştir. Buna göre, “çok tehlikeli sınıfta yer alan maden, metal ve yapı işleri ile tehlikeli kimyasallarla çalışılan işlerin yapıldığı veya büyük endüstriyel kazaların olabileceği işyerlerinde, risk değerlendirmesi yapılmamış olması durumunda iş durdurulur”.

6331 sayılı Kanunun işin durdurulması yaptırımına ilişkin olarak getirmiş olduğu asıl değişiklik, işin durdurulması komisyonunda işçi ve işveren temsilcilerine yer vermemesidir. Bu şekilde katılım modelini isabetsiz<sup>[45]</sup> şekilde terk eden 6331 sayılı Kanunun 25. maddesi uyarınca işyerini teftiş eden iş güvenliği müfettişi, ihlali ve bu nedenle işin durdurulması yaptırımının uygulanması gerektiğini tespit edecek, bu tespit üzerine üç iş müfettişinden oluşan heyet anılan yaptırımın uygulanıp uygulanmamasına ilk tespit tarihinden itibaren iki gün içinde karar verecektir (m.25/2). Bununla birlikte, iş güvenliği müfettişi

[43] Caniklioğlu, 79.

[44] Urhanoğlu Cengiz, 1969.

[45] Caniklioğlu, 80 ve dn. 85.



tespit ettiği ihlalin acil müdahaleyi gerekli kıldığı yönünde kanaat oluşturursa, heyetin kararına kadar işin durdurulmasına karar verme yetkisine sahiptir.

4857 sayılı İş Kanununun 79. maddesinde düzenlenen işin durdurulması yaptırımının uygulanabilmesi için, işyerini iş sağlığı ve güvenliği bakımından denetlemeye yetkili iki müfettiş, bir işçi ve bir işveren temsilcisi ile bölge müdüründen oluşan beş kişilik bir komisyonun bu yönde karar vermesi gerekiyordu<sup>[46]</sup>. Ancak 6331 sayılı Kanun 25. maddesindeki düzenlemeyle isabetsiz şekilde katılım modelini terk ederek üç iş güvenliği müfettişinden oluşan bir heyetin anılan yaptırıma karar vermesini düzenlemiştir.

Buna karşılık söz konusu hükümde, süreler oldukça kısa tutularak işin durdurulması kararının etkili sonuç doğurması amaçlanmıştır. Nitekim maddenin gerekçesinde de bu husus açıkça belirtilmektedir. Buna göre, işyerini teftiş eden iş güvenliği müfettişinin verdiği tespit kararının tebliğini takip eden iki gün içinde üç müfettişten oluşan heyet yaptırımın uygulanıp uygulanmayacağına karar vermekle ve bu kararı bir gün içinde mülki amir ile Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne göndermekle yükümlüdür. Mülki amir kendisine tebliğ edilen kararı bir gün içinde uygulamalıdır. Bu itibarla, işyerini teftiş eden iş güvenliği müfettişinin tespit kararından itibaren en geç dört gün içinde işin durdurulması yaptırımı uygulanmaktadır.

Ancak, yaşamsal tehlikenin aynı zamanda acil nitelik taşıması durumunda, işyerini teftiş eden iş güvenliği müfettişine heyetin karar vermesine kadar işin durdurulması yaptırımını uygulama yetkisi ayrıca tanınmıştır. Aynı şekilde, acil durumlarda heyetin de aynı yönde karar alması durumunda mülki amirin bu kararı 24 saat içinde değil, aynı gün içinde uygulaması gerektiği düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere, işyerinde yaşamsal tehlikenin varlığı, çalışanlara çalışmaktan kaçınma hakkı vermemekte, bu durumda işverene uygulanabilecek tek baskı aracı, eğer iş güvenliği teftişi yapılırsa, işin durdurulması yaptırımını olarak düzenlenmektedir. Acil olmayan yaşamsal tehlikeler bakımından söz konusu yaptırım, müfettiş tespitini takip eden dört gün içinde uygulanacaktır. Bu açıdan değerlendirildiğinde, yaşamsal ancak acil olmayan tehlikeler bakımından çalışanların korumasız bırakıldığı açıktır. Zira pnömokonyoz gibi tehlikelerin varlığına rağmen önlem almayan işverene karşı baskı aracı olarak kullanılabilir tek yöntem, ülkemizde nadir veya ancak şikayet üzerine yapılan iş teftişi sonucunda işin durdurulması kararı verilmesidir. Halbuki kanımızca, acil nitelik taşımayan yaşamsal tehlikeler bakımından da çalışanlara çalışmaktan kaçınma hakkının tanınması, işverenin söz konusu tehlikelere karşı önlem almasını daha etkin şekilde sağlayabilecek niteliktedir.

[46] Bkz. Urhanoglu Cengiz, 1969-1973.



İşin durdurulması kararı kendisine tebliğ edilen işveren bu karara karşı altı işgünü içinde yetkili iş mahkemesinde itiraz edebilir. Mahkeme kararı altı işgünü içinde vermelidir; ancak verilen karar kesin olduğundan temyiz-i kabil nitelik taşımamaktadır. İşin durdurulmasına neden olan eksiklikleri tamamlayan işveren bu durumu Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bildirdiği tarihten itibaren yedi gün içinde heyet talebi karara bağlar. İşyerlerinde İşin Durdurulmasına Dair Yönetmeliğin 10. maddesi uyarınca, işin durdurulmasının kaldırılmasına karar verilmesi halinde karar, mülki idare amirine ve ilgili Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne bildirilir. Mülki idare amirince söz konusu kararın gereği kendisine intikalinden itibaren 24 saat içerisinde yerine getirilir. Görüldüğü üzere, yaşamsal tehlikeye karşı gerekli önlemleri alan işveren, uygulanmakta olan işin durdurulması kararının kaldırılması için en az sekiz gün beklemek zorundadır. Yönetmeliğin 10. maddesinde heyetin yaptırımını kaldırma kararını ne kadarlık süre içinde mülki idare amirine bildirmekle yükümlü olduğu düzenlenmemiştir. Öğretide haklı olarak söz konusu sürenin uzun olduğu yönünde eleştiriler ileri sürülmektedir<sup>[47]</sup>. Zira işin durdurulması yaptırımı, işverenin bu sürede üretim yapamaması nedeniyle işletmesel menfaatini en olumsuz etkileyen yaptırımdır. İş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alan ve işyerindeki yaşamsal tehlikeyi bertaraf eden işverenin bunun üzerine en az sekiz gün daha üretim yapamaması kanımızca söz konusu yaptırımın amacını aşar nitelik taşımaktadır. Bu nedenle anılan yedi günlük karar verme süresinin kısaltılması ve kaldırma kararının aynı gün mülki amire bildirme yükümlülüğünün getirilmesi gerektiği kanatindeyiz.

İşin durdurulması halinde 6331 sayılı Kanunun 25/6. maddesi uyarınca, işin durdurulduğu bölümde çalışanların ücretleri ödenmeli yahut bu kişilere ücretlerinde, mesleki ve sosyal durumlarında bir kötüleşme olmaksızın eski işlerine denk yeni bir iş verilmelidir. Bu halde çalışanın söz konusu yeni işi kabul etmemesi, özellikle iş sözleşmesiyle çalışanlar bakımından sadakat borcuna aykırılık teşkil etmektedir<sup>[48]</sup>. Aksi halde yukarıda da belirtildiği gibi işveren, sadakat borcuna aykırı davranan çalışana mevzuata uygun disiplin cezası verebilir. Bu itibarla işveren, işçinin iş sözleşmesini İK 25/II-e hükmüne dayanarak haklı nedenle derhal feshedebileceği gibi, memur hakkında 657 sayılı Kanunun 125/D-n bendinde düzenlenen “*verilen görevler ve emirleri kasten yapmamak*” disiplin suçunu işlemesi nedeniyle idari soruşturma başlatabilir ve 657 sayılı Kanunun 4/B ve 4/C maddesine göre istihdam edilen personele varsa idari sözleşmesinde ve/veya ilgili yönetmelikte belirtilen disiplin cezalarını uygulayabilir.

[47] Caniklioğlu, 81.

[48] Süzek, İşçilerin Hakları, 616.

6331 sayılı Kanununun 24. maddesinde eğitim kurumlarının ve ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin de denetimi düzenlenmiştir. Bu nedenle çalışanların, sadece işverenleri değil, ayrıca eğitim kurumlarını ve OSGB'leri de şikayet ve ihbar etme hakları mevcuttur. Bu halde eğitim kurumları ve OSGB'ler için yönetmeliklerde öngörülen ihtar puanları ve/veya yetki belgelerinin askıya alınması yahut iptali yaptırımları uygulanır.

### 7. İşyeri Hekimi ve İş Güvenliği Uzmanının İş Güvencesi Hakkı

6331 sayılı Kanun, 8. maddesindeki “*İşyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanları; görevlendirildikleri işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili alınması gereken tedbirleri işverene yazılı olarak bildirir; bildirilen hususlardan hayati tehlike arz edenlerin işveren tarafından yerine getirilmemesi hâlinde, bu hususu Bakanlığın yetkili birimine bildirir*” hükmüyle işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanlarına, yaşamsal tehlike arz eden hususlarda işverenin ikaz edilmesine rağmen gerekli önlemleri almamaya devam etmesi halinde bu durumu Bakanlığa ihbar etme görev ve yetkisini vermiştir. Aynı şekilde İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmeliğin<sup>[49]</sup> 9/2 ve 10/1-a bendi ile İşyeri Hekimleri ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmeliğin<sup>[50]</sup> 9/2-a-8. bendi ve 10/1-a bendinde aynı görev ve yetki düzenlenerek söz konusu bildirim işyerinin bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne yapılması gerektiği düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere, iş güvenliği uzmanlarıyla işyeri hekimleri, rehberlik görevleri sırasında işverene yazılı olarak bildirmiş oldukları önerilerden yaşamsal önem taşıyanların kendi takdir edecekleri makul süre içinde yerine getirilmemesi halinde bu durumu işyerinin bağlı olduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne bildirmekle görevli ve yetkili kılınmışlardır.

Buna karşılık, 6331 sayılı Kanunla 30'dan az işçisi olan işyerlerinde de iş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimi çalıştırma yükümlülüğü getirilmiş olmasına rağmen, bu kişiler için ayrı bir iş güvencesi sistemi öngörülmemiştir. Aynı durum kamu kurumlarında görevlendirilen işyeri hekimleri ve iş güvenliği uzmanları bakımından da geçerlidir. Zira kamu personeli olarak çalışan iş güvenliği uzmanı kamu kurum tarafından ayrıca iş güvenliği uzmanı görevlendirildiğinde, kendisine herhangi bir güvence sağlanmaz ise, söz konusu bildirim yapmayacaktır. Bu itibarla, işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanlarına, 4857 sayılı İş Kanununun 18 vd. maddelerinde düzenlenen de ötesinde, örneğin tazminat yaptırımı olmaksızın işe iade sonucu doğuran yahut tazminat ile işe iade yaptırımı arasındaki seçim hakkını dava sırasında işyeri hekimi ve iş

[49] RG: 29.12.2012, 28512.

[50] RG: 20.07.2013, 28713.

güvenliği uzmanına tanyan bir iş güvencesi sisteminin getirilmesi gereklidir. Aynı güvence, iş sözleşmesiyle çalışmayan kamu personeli için de gereklidir. Bu itibarla 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa, 4/B’li personel için uygulama alanı bulan 1978 tarihli ve 7/15754 sayılı Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslara, 4/B’li ve 4/C’li personel ile imzalanan idari sözleşmelere, bu yönde güvence sağlayan hükümler konulmalı ve bu sebeple görevine son verilen veya başka bir hukuka aykırı işleme maruz kalan personelin başka sebeplerle yapıldığı gösterilen işten çıkarmaya yönelik veya diğer hukuka aykırı işlemin iptali sağlanmalıdır. Bu yönde hükümler konmaksızın da idari yargıda anılan yetkiyi kullanan kamu personelinin bu nedenle maruz kaldığı hukuka aykırı işlemin iptal edileceği açıktır. Ancak işçi statüsünde istihdam edilen işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı bakımından etkin bir iş güvencesi sisteminin getirilmesi zaruret arz etmektedir.

## II. ÇALIŞANLARIN TAZMİN EDİCİ NİTELİK TAŞIYAN HAKLARI

Çalışanların iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin işveren tarafından alınması için kullanabilecekleri baskı aracı niteliği taşıyan haklar yanında iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesi nedeniyle uğradıkları zararların tazmini amacıyla talep edebilecekleri hakları da mevcuttur. Bunların başında, Sosyal Güvenlik Kurumundan talep edilebilen haklar gelmektedir. Ancak bu haklar çalışma konumuz dışında kaldığından, aşağıda SGK’dan talep edilebilen haklarla ilgili gerekli olduğu ölçüde açıklama yapılacaktır.

Çalışanların iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle uğramış oldukları zararların SGK tarafından karşılanmayan kısmını<sup>[51]</sup> kusuru oranında veya Türk Borçlar Kanununun 71. maddesinin uygulama alanı bulması halinde tamamını işverenden talep hakları mevcuttur. Bu itibarla aşağıda, çalışanların iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle maruz kaldıkları zararın SGK tarafından karşılanmayan kısmını işverenden talep hakları üzerinde durulacak, gerekli olduğu ölçüde SGK ile işveren arasındaki rücu ilişkisi ve bunların çalışan karşısındaki hukuki durumları özellikle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun getirdiği yenilikler ve bu yenilikler doğrultusunda oluşan Yargıtay içtihadıyla birlikte değerlendirilecektir.

Bunun gibi, yukarıda ayrıntılı şekilde açıklandığı üzere çalışan kavramı içinde kamu personeli de yer aldığından, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4/A, 4/B ve 4/C maddelerine göre istihdam edilen kişilerin işvereni

[51] Y21HD, 2.4.2009, 2612/4850. Y21HD, 3.2.2009, 8317/1333, Başterzi, Değerlendirme 2009, 99-105. Ayrıca bkz. Süzek, 427-428 ve dn.21’de belirtilen yüksek mahkeme kararları.

konumunda olan idareden talep edebilecekleri tazmin edici haklar üzerinde 6459 sayılı Kanunla 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda yapılan değişiklikler ve yine 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunuyla getirilen yenilikler çerçevesinde inceleme yapılacaktır.

### 1. Sosyal Güvenlik Kurumundan Talep Edilen Haklar

İş kazası veya meslek hastalığına maruz kalan her genel sağlık sigortalısına sağlık yardımları Sosyal Güvenlik Kurumu sağlık hizmeti sunucuları aracılığıyla yapılır. Bunun yanında sigortalılara, tedavi süresince geçici iş göremezlik ödeneği ile iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle en az %10 oranında iş göremez duruma düşmeleri halinde iş göremezlikleri devam ettiği sürece sürekli işgöremezlik geliri bağlanır. Çalışanın bu nedenle ölümü halinde, hak sahiplerine ölüm geliri bağlanmaktadır<sup>[52]</sup>.

Bunun gibi, en az on yıldır sigortalı olan ve 1800 gün uzun vadeli sigorta kolu primi bildirilmiş olan çalışanların iş kazası veya meslek hastalığı sonucunda %60 oranında meslekte kazanma gücü kaybına maruz kalmaları halinde kendilerine malullük aylığı bağlanır<sup>[53]</sup>. 5510 sayılı Kanun çalışmamızın kapsamı dışında kaldığından, burada bu bilgilerin verilmesiyle yetinilmektedir. Çalışma konumuz bakımından önem arz eden husus, iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle zarara uğrayan çalışanın işverenden talep edebileceği tazminat miktarının Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından yapılan yardımlarla karşılanmayan zarar miktarıyla sınırlı olduğudur<sup>[54]</sup>. Zira çalışan, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanmış zararlarının tazminini ayrıca işverenden talep edemez. Bu itibarla çalışanın işverenden talep edebileceği tazminat, SGK tarafından yapılan ödemeler dışında kalan maddi zarar ile manevi zararın tamamı ve işverenin kusur oranıyla (*TBK md. 71 dışında kaldığı sürece*) sınırlıdır.

### 2. İşverenden Talep Edilen Haklar

#### a. İş Sözleşmesiyle İstihdam Edilen Çalışanların Tazmin Edici Hakları

İşçi ile işveren arasında iş sözleşmesi mevcut olduğundan ve işçiyi gözetme borcu iş sözleşmesinin niteliğinden doğan bir borç olduğundan, iş kazası veya meslek hastalığına maruz kalan işçi, uğramış olduğu zararın tazminini sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanarak talep etme hakkına sahiptir. Bu durumda,

[52] Ayrıntılı bilgi için bkz. Tuncay-Ekmekçi, 323-334, 470-478. Güzel-Okur-Caniklioğlu, 426-453. Sözer, 324-329, 417-420.

[53] Ayrıntılı bilgi için bkz. Tuncay-Ekmekçi, 362-380. Güzel-Okur-Caniklioğlu, 501-545. Sözer, 226-260, 420-423.

[54] Y21HD, 2.4.2009, 2612/4850. Y21HD, 3.2.2009, 8317/1333, Başterzi, Değerlendirme 2009, 99-105. Ayrıca bkz. Süzek, 427-428 ve dn.21'de belirtilen yüksek mahkeme kararları.

haksız fiil hükümleriyle sözleşmeye aykırılık hükümleri yarısı<sup>[55]</sup>. Ancak bilindiği üzere, hem zamanaşımı hem de kusurun ispatı bakımından sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanarak tazminat talep etmek zarara uğrayanın daha lehinedir<sup>[56]</sup>. İşçinin iş kazası veya meslek hastalığına maruz kalması halinde işverenle arasında iş sözleşmesi mevcut olduğundan, işçinin sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanarak tazminat talep edebileceği açık olsa da, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 417/3. maddesindeki “*İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir*” hükmüyle bu husus ayrıca düzenlenmiş, buna ek olarak işçinin desteğinden yoksun kalanlar bakımından da sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanarak tazminat talep etme imkanı 818 sayılı Türk Borçlar Kanununun 332/2. maddesinde olduğu gibi hak sahiplerine tanınmıştır. Bu itibarla, işçinin yakınları iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle destekten yoksun kalma tazminatı ile manevi tazminat taleplerini 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 417/3. maddesi uyarınca sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayandırabilirler<sup>[57]</sup>.

#### **aa. İşverenin Hukuki Sorumluluğunun Niteliği**

##### **aaa. Kural: Kusur Esasına Dayalı Sorumluluk**

İşverenin hukuki sorumluluğunun kusur esasına mı yoksa kusursuz sorumluluk esasına mı dayandığı konusunda uzun yıllar hem öğreti içinde hem de öğreti ile Yargıtay arasında görüş birliği sağlanamamıştır<sup>[58]</sup>. Nitekim öğretilerde bir görüş tarafından, İş Kanununda işverenin iş kazasından sorumluluğunu düzenleyen bir hüküm bulunmaması ve Türk Borçlar Kanunundaki kusur esasına dayalı sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk örtülü yasa boşluğu yarattığından, bu boşluğun risk esasına dayalı tehlike sorumluluğu ile doldurulması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>[59]</sup>. Buna karşılık işverenin kusursuz sorumluluğunu savunan diğer bir grup yazar, mevzuatta bir yasa boşluğu olmadığını, zira 4857 sayılı İş Kanununun 77. maddesinin kusursuz sorumluluğu düzenlendiğini ifade etmişlerdir<sup>[60]</sup>.

[55] Oğuzman, 339. Süzek, İş Güvenliği, 238-242. Aynı yazar, 436-437. Akın, Maddi Tazminat, 94-97.

[56] Oğuzman-Öz, 478-480. Eren, 1137-1139. Süzek, İş Güvenliği, 239, dn. 217.

[57] Süzek, 456-457.

[58] Bu konudaki tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, 429-433. Akın/Şardan, Çimento Sektörü, 34-46. Başterzi, Değerlendirme 2009, 105-113.

[59] Eren, İşverenin Sorumluluğu, 89, 92-93. Ulsan, 125.

[60] Tunçomağ, 268-270. Çenberci, 972-974. Kılıçoğlu M., 42-43.

Buna karşılık, öğretide bizim de katıldığımız görüşe<sup>[61]</sup> göre, işverenin iş kazasından doğan sorumluluğunun temelinde kusur esasına dayalı sorumluluk bulunmaktadır. Zira Türk-İsviçre borçlar hukuku sisteminde esas olan kusur esasına dayalı sorumluluktur<sup>[62]</sup>. Dolayısıyla kusursuz sorumluluğun uygulanabilmesi için bunun yasada açıkça öngörülmesi gereklidir<sup>[63]</sup>. Bu itibarla, işverenin iş kazasından doğan sorumluluğunun kusursuz sorumluluk esasına dayalı olduğunu ileri sürebilmek için, bu yönde açık bir yasal düzenlemeye ihtiyaç vardır. 4857 sayılı İş Kanununun 77. maddesi, Türk Borçlar Kanununun 417. maddesi, 6331 sayılı Kanunun 4. maddesinde ise, sorumluluk türü düzenlenmemekte, sadece işverenin yükümlülükleri ifade edilmektedir. Diğer bir anlatımla, söz konusu hükümlerde belirtilen yükümlülüklerin ihlali halinde bundan doğan sorumluluk ve bunun türü anılan hükümlerde ayrıca düzenlenmemiştir. Bu nedenle söz konusu hükümlerle işverene yüklenen geniş çaplı yükümlülüklerin kusursuz sorumluluğu düzenlediğini ileri sürmek kanımızca mümkün değildir. Nitekim, uzun yıllar tehlike esasına dayalı kusursuz sorumluluk görüşünü<sup>[64]</sup> benimseyen Yargıtay da 2006 yılından itibaren bu görüşünden dönmüş ve işverenin meydana gelen iş kazasından doğan sorumluluğunun kusur esasına dayalı olduğunu kabul etmiştir<sup>[65]</sup>. Yüksek Mahkeme 2006 yılından itibaren vermiş olduğu kararlarda<sup>[66]</sup> özellikle “İşyerinde meydana gelen iş kazaları nedeniyle işverenin hukuki sorumluluğunun niteliği sorunu öğretide ve uygulamada zaman içerisinde farklı görüş ve uygulamaların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Yargıtay’ın önceki kararlarında da benimsediği bir görüşe göre, işverenin bu açıdan sorumluluğu kusura dayanmaktadır. Çünkü İsviçre ve Türk Hukuk Sisteminde özel

[61] Tekinay, 79-91. Oğuzman, 337-342. Süzek, İş Güvenliği, 209-214. Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 303-305. Kaplan, 78-80. Şakar, 764. Akın, Maddi Tazminat, 97-98. Akın/Şardan, 34-36. Başterzi, 2009, 110-113.

[62] Eren, 571-581.

[63] Tekinay, 79-81. Eren, 493-495.

[64] Bu yöndeki ilk kararlar için bkz. YİBK, 27.3.1957, 1/3. Y9HD, 12.9.1966, 7685/8099, Y9HD, 3.11.1967, 8075/10174, Güzel/Ugan Çetinkaya, 174. Ayrıca bkz. Y21HD, 24.2.2003, 1114/1258, Akın/Şardan, 39 ve dn. 28. YHGK, 12.11.2003, 21-673/641, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası (25.08.2013).

[65] Y21HD, 12.6.2006, 4895/6303, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası (25.08.2013). Y21HD, 12.2.2007, 14258/1770, Y21HD, 2.2.2007, 14276/1768, Y21HD, 1.12.2008, 5624/18632, Y21HD, 22.4.2008, 21368/6355, Süzek, 432 vd dn. 32. Y21HD, 3.3.2009, 20034/3026, YHGK, 3.2.2010, 21-36/67, Başterzi, Değerlendirme 2009, 105. YHGK, 3.2.2010, 21-36/67, Y21HD, 5.4.2012, 4196/5289, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası (25.08.2013).

[66] Y21HD, 3.3.2009, 20034/3026, YHGK, 3.2.2010, 21-36/67, Başterzi, Değerlendirme 2009, 105 vd. Ayrıca YHGK, 3.2.2010, 21-36/67 sayılı kararın diğer bir değerlendirmesi için bkz. Güzel/Ugan Çetinkaya, 179-184. Ayrıca bkz. Y21HD, 5.4.2012, 4196/5289, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası (10.5.2013).

*bir düzenleme söz konusu olmadıkça asıl olan kusur sorumluluğudur” ifadelerine yer vermek suretiyle bu görüşünü açıkça ortaya koymaktadır.*

Bu itibarla günümüzde işverenin iş kazası ve meslek hastalığından doğan sorumluluğunun yüksek mahkeme tarafından kusur esasına dayalı sorumluluk olduğunun kabul edildiğini belirtmek yerinde olacaktır. Nitekim aşağıda görüleceği üzere, 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanununun 71. maddesinde tehlike sorumluluğunun istisnai sorumluluk türü olarak düzenlenmesiyle, kuralın kusurlu sorumluluk olduğu açık bir şekilde yasal düzeyde de ortaya konmuş bulunmaktadır<sup>[67]</sup>.

### **bbb. İstisna: Tehlike Sorumluluğu**

Çalışma konumuz açısından önem arz eden husus, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 71. maddesiyle getirilen tehlike sorumluluğunun işverenin iş kazası ve meslek hastalığından doğan sorumluluğu bakımından uygulanmasıdır. Kanunun 71. maddesindeki “*Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur. Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arzeden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arzeden işletme sayılır*” hükmüyle kanun koyucu, önemli ölçüde tehlike arz eden işletme sahipleri ve işletenlerin tehlike arz eden işletmenin üçüncü kişilere verdiği zarardan kusursuz sorumlu olmalarını öngörmüştür. Bu itibarla, anılan hükümdeki tanıma uygun şekilde “*önemli ölçüde tehlike arz eden işletmeler*” de meydana gelen iş kazası ve meslek hastalıkları nedeniyle uğranılan zarardan işveren hem işçiye hem de diğer hak sahiplerine karşı kusursuz dahi olsa sorumlu olacaktır.

İşverenin meydana gelen iş kazası veya meslek hastalığından kusursuz sorumlu tutulabilmesi için aranan ilk şart, işverenin sahibi olduğu yahut işlettiği işletmenin önemli ölçüde tehlike arz etmesidir. Anılan hükmün 2. fıkrasında önemli ölçüde tehlike arz etmekten kasıt açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, önemli ölçüde tehlike arz ettiğinden söz edilebilmesi için işletmenin “*mahiyeti*” veya “*faaliyette kullanılan malzeme, araç ya da güçler*” dikkate alındığında “*bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi*” durumunda dahi “*sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli*” olması gerekmektedir. Bu itibarla

[67] Stüzek, 435. Aynı yazar, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çalışma Mevzuatı Semineri, 26-30 Eylül 2012, Antalya, Tartışmalar, 87.



tehlike sorumluluğu, diğer bir ifadeyle işverenin kusursuz sorumluluğunun doğmasına neden olan işletmenin en azından 2012 tarihli İşyeri Tehlike Sınıfları Tebliği<sup>[68]</sup> dikkate alındığında, sadece çok tehlike sınıfta olanların bir kısmını kapsayacağı açıktır. Bu nedenle tehlike sorumluluğunun kapsam bakımından dar bir uygulama alanına sahip olduğu kabul edilebilir<sup>[69]</sup>.

Burada önem arz eden husus, Kanunun 71. maddesinde düzenlenen tehlike sorumluluğunun uygulama alanı bulabilmesi için işyerinde yapılan işlerden sadece birinin önemli ölçüde tehlike arz etmesi sebebiyle işyerinde çalışan tüm işçilere karşı işverenin kusursuz sorumlu olup olmadığının belirlenmesidir. Kanunun anılan hükmünde kullanılan “işletme” ifadesi ile “önemli ölçüde tehlike arz etme”nin tanımı birlikte değerlendirildiğinde kanaatimiz, kanunun amacının işletmeyi bir bütün olarak ele alarak işletmenin niteliği gereği var olan tehlike dolayısıyla işverenin kusursuz sorumluluğuna gidilmesinin sağlanmasıdır. Daha açık bir ifadeyle kanun, önemli ölçüde tehlike arz eden işletmede meydana gelen iş kazası veya meslek hastalığından işvereni kusursuz sorumlu tutarken, söz konusu kaza veya hastalığın işletmenin yarattığı tipik tehlike sonucunda meydana gelmesini şart koşmaktadır. Nitekim tehlike sorumluluğunun karakteristik özelliği de budur. Tehlike sorumluluğunda menfaat, tipik tehlikeye karşı korunmaktadır. Bu nedenle işletmenin yarattığı tipik tehlike ile zarar arasında uygun illiyet bağının kurulmasıyla sorumluluk doğar<sup>[70]</sup>. Bunun için ayrıca bir kusur ispatı ya da özen borcu ihlali aranmaz<sup>[71]</sup>. Bu itibarla, tehlike sorumluluğu bakımından önemli olan husus, kullanılan araçlar veya üretim sürecinin niteliği gereği işletmenin bir bütün olarak tehlike yaratması ve bu tehlikenin gerçekleşmesiyle oluşan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır. Tipik tehlike nedeniyle meydana gelen iş kazası veya meslek hastalığından işveren kusuru bulunmasa dahi sorumlu olacaktır, meğer ki illiyet bağını kesecek bir mücbir sebep ya da zarara uğrayan yahut üçüncü kişinin ağır kusuru söz konusu olsun<sup>[72]</sup>. Bu itibarla Kanunun 71. maddesiyle, işyerinde yapılan işlerin ayrı ayrı tehlikeli olup olmaması değil, mal veya hizmet üretimi yapılan organizasyonun, yani işyerinin (*veya işletmenin*) bir bütün olarak üretim sürecinin niteliği veya kullanılan araçlar dolayısıyla uzman bir kişiden beklenen özenin gösterilmesi halinde dahi sıkça veya büyük zararlar doğuracak nitelikte tehlike arz etmesine kusursuz sorumluluk sonucu bağlanmaktadır. Bu itibarla işyerinin bütünü

[68] RG: 26.12.2012, 28509.

[69] Süzek, 435. Aynı yazar, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çalışma Mevzuatı Semineri, 26-30 Eylül 2012, Antalya, Tartışmalar, 87.

[70] Eren, 501-503.

[71] Eren, 501.

[72] YİBK, 22.6.1966, 7/7, Y9HD, Süzek, 443. Y21HD, 5.4.2012, 4196/5289, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası (25.08.2013). Eren, 502. Gerek, Tehlike Sorumluluğu, 34.



esas aldığı için Kanunun 71. maddesinin uygulama alanının dar olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır<sup>[73]</sup>.

Tehlike sorumluluğu bakımından incelenmesi gereken diğer bir husus, Kanunun 71. maddesinin son fıkrasında yer alan “Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler” hükmünün yaratacağı hukuki sonuçlardır. Öğretide bir görüşe göre anılan hükümle amaçlanan, önemli ölçüde tehlike arz eden işletmenin mevzuata uygun olarak kurulması ve işletilmesinin işvereni sorumluluktan kurtarmayacağına belirtilmesidir<sup>[74]</sup>. Nitekim anılan hükmün gerekçesinde de “*Önemli ölçüde tehlike taşıyan bir işletmenin faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa, bu faaliyetleri yürüten kişiler gereken izni veya ruhsatı almış olsalar bile, tipik tehlike olgusunun doğurduğu tipik zarardan sorumlu olmaktan kurtulamazlar*” ifadesine yer verilmek suretiyle mevzuata uygun şekilde tehlikeli işletme kurmak ve işletmenin işvereni sorumluluktan kurtarmayacağı açıkça belirtilmektedir.

Bununla birlikte anılan hükmün lafzının, gerekçesinden önce dikkate alınması gerekir. Zira hükmün lafzından, mevzuata uygun şekilde kurulan ve işletilen, dolayısıyla gerekli izinleri alınmış bir işletme önemli ölçüde tehlike arz etse dahi, işverenin sorumlu olacağı zarar miktarından uygun bir indirim yapılması gerektiği açıkça anlaşılmaktadır<sup>[75]</sup>. Bu itibarla söz konusu hükümde, gerekli izinlerin alınmış olmasının işvereni sorumluluktan kurtarmayacağına düzenlendiği açık olmakla birlikte, ayrıca izinlerin alınmış olmasının tazminattan indirim sebebi olduğu da öngörülmektedir. Bir işletmenin kurulması ve işletilmesi için gerekli olan izinlerle işverenin iş kazası ve meslek hastalığından hukuki sorumluluğu arasında herhangi bir bağlantı bulunmamasına rağmen, izinlerin alınmış olmasının sorumlu olunacak tazminattan indirim sebebi olarak düzenlenmesi kanımızca korunan menfaatlerin birbirinden çok farklı olması nedeniyle isabetli olmamıştır<sup>[76]</sup>. Şöyle ki, söz konusu izinlerin alınmaması işveren aleyhine ancak idari yaptırım uygulanması sonucunu doğurur. Bunun, işçinin maruz kaldığı iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle uğramış olduğu zararın miktarıyla herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır. Zira Kanunun 71. maddesinde düzenlenen tehlike sorumluluğudur. Diğer bir deyimle anılan hükümle kanun, tehlikeli olmaya tazminat sonucunu bağlamıştır. Bu tehlikenin gerekli izinler alınarak kurulmasıyla bu izinler alınmaksızın kurulması arasında tehlikenin niteliği ve boyutu bakımından bir fark bulunmamaktadır. Bu nedenle, önemli

[73] Bu yönde Akın, Tartışmalar, 103.

[74] Gerek, 34-35.

[75] Stüzek, 435-436. Akın, Tartışmalar, 102-103.

[76] Akın, Tartışmalar, 102-103.

ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin kurulması ve işletilmesi için gerekli olan izinlerin alınmış olması halinde meydana gelen zararın bir kısmının işçi üzerinde bırakılacağına düzenlenmesi kanımızca isabetli bir tercih olmamıştır<sup>[77]</sup>.

Bununla birlikte çalışma konumuz itibariyle asıl üzerinde durulması gereken, işverenin iş kazası ve meslek hastalığından sorumluluğunun, kusursuz sorumluluk esasına dayandırılmasının yerindedir. Zira Türk Borçlar Kanununun 71. maddesi her ne kadar dar bir uygulama alanına sahip olsa da, bu hükmün yaratacağı ilk sonuç, birçok bilirkişi raporunda yer verilen ve Yargıtay içtihadı<sup>[78]</sup> uyarınca yarıdan fazla kısmı işveren üzerinde bırakılan kaçınılmazlık oranının önemli ölçüde tehlike arz eden işletmeler bakımından tamamen işveren üzerinde bırakılması olacaktır. Zira anılan hükme göre, önemli ölçüde tehlike arz eden işletmede işveren, kusuru olmasa dahi meydana gelen zararın tamamından sorumludur; meğer ki 71/4. fıkra da belirtilen indirim sebebi söz konusu olsun.

Bunun gibi, Kanunun 71. maddesinde tehlike sorumluluğunun bir özelliği olarak kurtuluş beyyinesi düzenlenmemiştir. Zira tehlike sorumluluğunda amaç, özen borcu ihlalinin değil, tehlikenin sorumluluk doğurmasıdır<sup>[79]</sup>. Bu nedenle işveren, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli olan her türlü önlemi aldığı kanıtlanırsa dahi, meydana gelen zarardan sorumlu tutulacaktır. Bu halde işverenin gerekli olan her türlü önlemi alması belki sadece zararın miktarını azaltmış bir etken olacak ancak kanımızca birçok durumda, kaza sonucunda vücut bütünlüğü veya yaşam hakkı ihlal edildiğinden, alınmış olan önlemler zarar miktarına da etki etmemiş olacaktır. Bu sonuç karşısında birçok işverenin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmemeyi tercih edeceği kanımızca açıktır. Zira mevzuatın kendisine yüklediği tüm yükümlülükleri yerine getirmiş olmasına rağmen meydana gelen zarardan sorumlu olacağını bilen işverenden gerekli önlemleri almasını beklemek kanımızca hayatın olağan akışına aykırıdır<sup>[80]</sup>.

Bu itibarla, işverenin iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle meydana gelen zarardan kusursuz sorumlu tutulması kanımızca isabetli değildir. 6331 sayılı Kanun ve buna dayalı olarak hazırlanan yönetmeliklerle iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı uygulanabilirliği olmayacak derecede yükümlülük getirdiği<sup>[81]</sup> gibi

[77] Süzek, 436.

[78] Y9HD, 5.1.1967, 13003/60, YHGK, 25.5.1968, 9413/14863, Y21HD, 15.4.1997, 2612/2669, Akın/Şardan, 91. Y21HD, 25.2.2003, 517/1301, Başterzi, Değerlendirme 2009, 116.

[79] Eren, 501-502.

[80] Süzek, İş Güvenliği, 226-228. Gerek, 37.

[81] Caniklioğlu, 28. Güzel, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çalışma Mevzuatı Semineri, 26-30 Eylül 2012, Antalya, Tartışmalar, 85-86. Tuncay, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çalışma Mevzuatı Semineri, 26-30 Eylül 2012, Antalya, 91-92. Şahlanan, Türkiye Toprak, Seramik,

çok karışık ve sistematige sahip olmayan<sup>[82]</sup> kurallar bütünü oluşturmuştur. İş sağlığı ve güvenliği mevzuatının kapsam bakımından genişliği ile getirdiği yükümlülüklerin ağırlığı ve bunların bir sistematik içinde düzenlenmemesi, işverenler bakımından henüz uygulama aşamasında birçok zorluk yaratmaktadır. İşveren sistematige sahip olmayan ve ağır yükler getiren iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında gözden kaçırdığı bir ayrıntıyı dahi ihlal ettiğinde meydana gelen kazadan kusurlu olması sebebiyle sorumlu olacaktır. Bunlara ek olarak ayrıca tehlike sorumluluğunun düzenlenmesi ve bu sorumluluk hükmünde kurtuluş beyinesine bu sorumluluk türünün niteliği gereği yer verilmemesi kanımızca işverenlere gerekenin ötesinde sorumluluk yüklemektedir<sup>[83]</sup>. Nitekim işçilerin ve hak sahiplerinin iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle maruz kaldıkları zararlar dolayısıyla bağlı oldukları sosyal sigorta kurumundan yapılan yardımlara ek olarak işverenden tazminat talep etmelerinin işverenin bağışlanamaz kusuruna<sup>[84]</sup> bağlı olduğu Fransız hukukunda dahi işverenin, tehlikeyi bilebilmesinin mümkün olmaması ya da tehlikenin dış etkenden kaynaklanması yahut tehlikeyi bildiğini ve buna karşı gerekli olan her türlü önlemi aldığını ispat etmesi halinde sorumluluktan kurtulabileceği kabul edilmektedir<sup>[85]</sup>. Hatta Fransız hukukunda, 2002 yılında kamu oyunda oluşan ciddi tartışmalar yoluyla yaratılan baskı sonucunda tanımı genişletilen ve işverenin sorumluluğuna gitmeyi kolaylaştıran yeni “*bağışlanamaz kusur*” kavramı dahi, Türk Borçlar Kanununun 71. maddesinde düzenlenen tehlike sorumluluğuna nazaran işverenin sorumluluğunu makul ölçüler dahilinde tutmaktadır. Bu nedenle kanımızca işverenlere en azından bilmedikleri ve bilebilecek durumda olmadıkları tehlikelerden kaynaklanan kazalar

---

Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çalışma Mevzuatı Semineri, 26-30 Eylül 2012, Antalya, 94.

[82] Arıcı, 114.

[83] Bkz. Güzel, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çalışma Mevzuatı Semineri, 26-30 Eylül 2012, Antalya, Tartışmalar, 86.

[84] Fransız hukukunda “*bağışlanamaz kusur*”, 2002 yılında Fransız Yargıtayı tarafından verilen Amiante kararlarına kadar işverenin “*bilinçli ihmali*” veya “*kasti*” olarak tanımlanırdı; dolayısıyla işverenin tazminat sorumluluğunun doğması 2002 yılından önce oldukça zordu. Fransız Yargıtayının 28.02.2002 tarihli Amiante kararları ve bunu iş kazaları bakımından takip eden 2002 yılı Nisan ayı kararlarıyla “*bağışlanamaz kusur*” kavramı yeniden tanımlanmıştır. Buna göre, işveren bildiği yahut bilmesi gerektiği tehlikelere karşı işçiyi koruyamaması halinde ayrıca kusurunun ispatına gerek olmaksızın bağışlanamaz kusurlu kabul edilerek meydana gelen zarardan sorumlu tutulmaktadır. Bu nedenle işveren, meydana gelen iş kazası veya meslek hastalığından doğan zarardan ancak söz konusu tehlikenin dış etkenden kaynaklandığını yahut bu tehlikeyi bilebilecek durumda olmadığını veyahut tehlikeyi bildiğini ve bunu önlemek için gerekli olan her türlü önlemi aldığını ispat etmek suretiyle sorumlu olmaktan kurtulabilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Güzel/Ugan Çetinkaya, 176-184.

[85] Güzel/Ugan Çetinkaya, 179.

ile bildikleri ve gerekli olan her türlü önlemi aldıkları tehlikelerin yarattığı iş kazası ve meslek hastalıklarından sorumlu tutulmama olanağı getirilmelidir<sup>[86]</sup>.

Bunun da ötesinde, iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle doğan zararlardan sorumluluk sistemine bir bütün olarak baktığımızda asıl sorunun, işverenin kusurlu veya kusursuz sorumlu tutulması olmadığı, ve fakat kaçınılmazlık halinde ortaya çıkan zararın işçi üzerinde bırakılmasının önlenmesi olduğu görülmektedir. Nitekim bu itibarla Yargıtay, kaçınılmazlık oranının büyük bir kısmını işveren üzerine yansıtarak işçinin zarara katlanmasını en aza indirme yolunu tercih etmektedir<sup>[87]</sup>. Hatta yüksek mahkemenin risk esasına dayalı kusursuz sorumluluk görüşünü geliştirmesinde de bu amaç rol oynamıştır<sup>[88]</sup>. Bu nedenle sorun, kaçınılmazlık durumunda zararın işçi üzerinde bırakılmasının nasıl engellenmesi gerektiği noktasında toplanmaktadır. Kanımızca asıl olması gereken, iş kazası veya meslek hastalığına maruz kalan işçinin tüm zararının Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanmasıdır. Bu durumda işçi ve diğer hak sahipleri işveren ile SGK'dan ayrı ayrı talepte bulunmak zorunda kalmayacakları gibi işverene karşı dava açarak emek, zaman ve para da harcamak zorunda kalmaksızın en kısa zamanda haklarına kavuşurlar. Bu durumda kusuru olan işverenin SGK karşısında rücu sorumluluğu söz konusu olacağından, SGK işverenin kusuru oranındaki zararını işverenden talep edebilecek; bunun yanında kaçınılmazlığın yarattığı zararlar Kurum tarafından karşılanmış olacaktır<sup>[89]</sup>. Bu durumda işveren de kaçınılmazlığın sebep olduğu iş kazası veya meslek hastalığı dolayısıyla tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulmuş olacak ve sadece kusuru dolayısıyla sorumlu olacağını bildiğinden, mevzuatın kendisine yüklediği yükümlülükleri yerine getirmek yönünde gerekli özeni gösterecektir.

### ***bb. Maddi Tazminat ile Destekten Yoksun Kalma Tazminatına İlişkin Yeni Düzenlemeler***

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, 4857 sayılı İş Kanununda olduğu gibi, iş kazası veya meslek hastalığı sonucunda oluşan zararların tazmini bakımından özel düzenlemelere yer vermemiştir. Bu itibarla, işverenin hukuki sorumluluğunun doğması için gerekli şartlar oluştuğunda iş sözleşmesiyle özel veya kamu işyerinde çalışan işçi, iş kazası yahut meslek hastalığı nedeniyle

[86] Güzel/Ugan Çetinkaya, 181-184.

[87] Y9HD, 5.1.1967, 13003/60, YHGK, 25.5.1968, 9413/14863, Y21HD, 15.4.1997, 2612/2669, Akın/Şardan, 91. Y21HD, 25.2.2003, 517/1301, Başterzi, Değerlendirme 2009, 116.

[88] YİBK, 27.3.1957, 1/3, Y21HD, 20.4.2000, 3043/3122, Başterzi, Değerlendirme 2009, 115. Y9HD, 31.10.1983, 6805/8720, Akın/Şardan, 91 ve dn. 136.

[89] Süzek, İş Güvenliği, 236. Aynı yazar, Değerlendirme 2001, 30. Aynı yazar, 437-439. Akın, Maddi Tazminat, 274-275. Başterzi, Değerlendirme 2009, 112-113. Gerek, Tehlike Sorumluluğu, 38-39.

malvarlığındaki azalmayı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 54 ve 55. maddelerinde yer alan genel hükümlere dayanarak talep edebilir. Bu tazminatla işçi, iş kazası veya meslek hastalığının ortaya çıktığı tarihle yaşam süresinin sona ermesine kadar geçecek süreçte kaza veya hastalık nedeniyle maruz kalacağı malvarlığındaki her türlü gelir kaybını talep eder<sup>[90]</sup>. Bunun gibi, iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle ölen işçinin desteğinden yoksun kalanlar, TBK'nun 53/3. maddesine dayanarak ölen işçinin muhtemel yaşam süresi içinde çalışarak kendilerine sağlayabileceği yardım miktarı kadar malvarlıklarındaki azalmayı destekten yoksun kalma tazminatı olarak talep ederler<sup>[91]</sup>. Türk iş hukukunda, iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle ortaya çıkan maddi zararın hesabında birçok bilinmeyen mevcut olduğundan Yargıtay içtihadı doğrultusunda bazı varsayımlara dayalı olarak hesaplama yapılmaktadır<sup>[92]</sup>. Çalışma konumuzun kapsamı nedeniyle bu bölümde maddi tazminat ile destekten yoksun kalma tazminatının hesabı hakkında bilgi verilmeyecek, sadece Türk Borçlar Kanununda getirilen ve maddi tazminat ile destekten yoksun kalma tazminatını etkileyen değişiklikler üzerinde durulacaktır.

### **aaa. Tazminatta Hakkaniyete Dayalı İndirim veya Artış Yapma Yasağı**

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun getirdiği yeniliklerin başında, Kanunun 55/1. maddesinde düzenlenen “*Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılamaz*” hükmü gelmektedir. Maddenin gerekçesinde “*Tasarının 49-52 hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanan insan zararı kökenli tazminata, hakim, genel takdir hakkı (TMK m.4) yahut hakkaniyet (818 sayılı BK m.43) kurallarına dayanarak müdahale edemeyecektir. Tazminat, azlığından bahisle takdiren artırılmayacak, çokluğundan bahisle takdiren indirilemeyecektir. Zarar görenin hafif kusuru ile müzayakaya düşme (yoksullaşma)nın bir arada gerçekleşmiş olması (Tasarının 52/II, 818 sayılı BK m.44) hali ve Tasarının m.52/I hükmündeki özel haller ile denkleştirme dışında, uygulamada adlandırıldığı şekliyle çokluk indirimi/hakkaniyet indirimi yahut azlık artırımı/hakkaniyet artırımı yolu kapatılmıştır. Yürürlükteki hukuka göre objektif veri ve ölçütler temelinde belirlenen tazminat (hakkı), iktisadi görünümü itibarıyla ayrıca bir mülkiyet hakkı karakterindedir. Bu yönüyle tazminat, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 1 Nolu ek-protokolün 1 inci maddesi kapsamında özel koruma görmektedir (Any.m.90). Yasaya ve hesaplama ilkelerine uygun olarak belirlenen ve denkleştirilen tazminata artırıcı veya azaltıcı*

[90] Süzek, 445. Akın, Maddi Tazminat, 103-176.

[91] Süzek, 462-463. Seratlı, 131-198.

[92] Ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, 444-456, 462-463. Akın, Maddi Tazminat, 103-176. Seratlı, 131-198.

yönde müdahale, bu hakkın ve nesafet hukukunun mahiyeti ile bağdaşmaz. Tazminatın hesaplama sonunda az veya çok çıkması, yargının yahut yargıcın sorunu değildir. Tazminatın önleyici işlevi, kriterlere ve verilere uygun olarak belirlenen sonuca (miktar), alacaklı ve borçlu dışında bir özne tarafından dokunulmamasına bağlıdır. Bu, hakim da olsa.....Bünyevi istidat, kaçınılmazlık, hatır taşıması gibi hesaplama yöntemiyle ilgili bulunmayan nedenler, hakkaniyet hukukunun gerekleri içinde elbette ki birer indirim nedenleridir. Hakimin, bu hallerde 818 sayılı Borçlar Kanununun 43 (Tasarı m.51) ve Türk Medeni Kanununun 4 üncü maddeleri kapsamında takdir hakkı vardır. Düzenleme ile amaçlanan husus, yöntemince belirlenen tazminatın miktarı esas alınarak, azlığı yahut çokluğuna dayalı bir takdir hakkının bulunmadığı hususudur. Önergenin gerekçesinde vurgulandığı üzere yasa, yüksek bir miktar içermesi halinde tazminattan indirimi, borçluyu aşırı ekonomik zorluğa düşürmüş olması hali ile sınırlamıştır. Bu halde dahi borçlunun kusurunun hafif olması ve hakkaniyetin indirimi gerekli kılması kurucu unsurdur (818 sayılı Borçlar Kanunu m.44/II, Tasarı m.52/II). Yoksullaşmaya dayalı indirim kuralının insan zararlarında da (m.55) uygulanacağı tabiidir (m.52/II). Bilirkişi raporlarının sorumluluk davalarındaki delil işlevi diğer davalardakinden farklı değildir. Hakim tazminat hesabında temel alınan varsayımları, yöntemleri ve hesap işlemini denetleyebilir. Ayrıca tazminat hesabına ilişkin bilirkişi raporu, diğer davalarda olduğu gibi sorumluluk davalarında da hakimi bağlamaz” ifadeleriyle anılan hükümlerle hakimin hakkaniyete dayalı olarak tazminat miktarında indirim veya artış yapamayacağı açıkça belirtilmiştir.

Nitekim, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 2012 tarihli bir kararıyla bilirkişi raporunda hesaplanan maddi tazminat üzerinden %20 hakkaniyet indirimi yapan ilk derece mahkemesinin kararını Türk Borçlar Kanununun 55. maddesindeki hakkaniyet indirimi yasağına aykırı olduğu gerekçesiyle “Dosyadaki kayıt ve belgelerin incelenmesinden; ... bilirkişi hesap raporunda ... yapılan hesaplamada 49.497,43 TL maddi zararı bulunduğu belirtiltiği, mahkemece hesap raporunda belirtilen miktardan % 20 oranında hakkaniyet indirimi yapıldıktan sonra, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından davacıya bağlanan gelirlerin en son peşin sermaye değeri tenzil edilerek çıkan sonuca göre maddi tazminat isteminin karara bağlandığı anlaşılmıştır. Davanın bu yönüyle yasal dayanağını, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununu oluşturmaktadır. Kanunun 55. maddesinde, ‘Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılamaz’ hükmüne yer verilmiştir. Öte yandan, 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki



*Kanun 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanununun 2. maddesine göre ‘Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları, gerçekleştirildikleri tarihe bakılmaksızın bütün fiil ve işlemlere uygulanır’. 6098 sayılı Kanununun 55. maddesi de kamu düzenine ilişkin emredici bir hükme yer verdiğinden gerçekleştiği tarihe bakılmaksızın tüm fiil ve işlemlere uygulanmalıdır. Yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda, iş kazasına dayalı olarak sigortalının sürekli iş göremezliği nedeniyle hesaplanan maddi zararlarından hakkaniyet indirimi yapılabilmesi mümkün değildir. Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular dikkate alınmadan bilirkişi hesap raporunda tespit edilen maddi zarar miktarından hakkaniyet indirimi yapılarak hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir” ifadelerine yer vermek suretiyle bozmuştur<sup>[93]</sup>.*

Öğretide bir görüşe<sup>[94]</sup> göre, Kanunun 55. maddesiyle yasaklanan, sadece “miktar esas alınarak” tazminatta indirim veya artış yapılmasıdır. Diğer bir anlatımla bu görüşe göre hakim, 818 sayılı yasa döneminde olduğunun aksine, herhangi bir gerekçe göstermeksizin, dolayısıyla sadece tazminat miktarını fazla veya az bulduğu gerekçesiyle bu miktarda indirim veya artış yapamayacak, ancak somut gerekçelerle Kanunun 51/1. maddesindeki takdir hakkını kullanmaya devam edebilecektir.

6098 sayılı Kanununun 51/1. maddesindeki “*Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler*” hükmünün hakime bilirkişi raporunda belirlenen zarar miktarını tazminat miktarına dönüştürürken, iş kazası veya meslek hastalığına sebep olan somut durumun özellikleri (*kaçınılmazlık, teknik arıza, işveren tarafından istihdam edilen diğer işçinin kusuru vs*) ile tarafların kusur durumunu birlikte değerlendirerek zarar miktarıyla bağlı kalmaksızın tazminat miktarını belirleme yönünde takdir hakkı tanıdığı açıktır<sup>[95]</sup>. Nitekim 6098 sayılı Kanununun 51. maddesine paralel düzenleme içeren 818 sayılı Borçlar Kanununun 43. maddesi, iş kazası ve meslek hastalıklarından doğan tazminat davalarında tazminat miktarının belirlenmesinde ve hakim tarafından yapılan hakkaniyet indirimlerinin uygulanmasında uzun yıllar temel hüküm olma özelliğini taşımıştır<sup>[96]</sup>.

6098 sayılı Kanununun 51/1. maddesinde genel olarak düzenlenen ve hakime tanınan takdir hakkı, Kanununun 50/2. maddesinde zararın tam olarak ispat edilemediği durumlar bakımından, 52/2. maddesinde ise, zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsünün tazminatı ödemesi halinde yosulluğa düşmesi

[93] Y21HD, 19.11.2012, 13919/20491, www.kazancihukuk.com (20.08.2013).

[94] Akın, 20-22.

[95] Süzek, 453-454, 463. Aynı yazar, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çalışma Mevzuatı Semineri, 26-30 Eylül 2012, Antalya, Tartışmalar, 87-88. Akın, 14-17.

[96] Akın, 14-17.

ihtimalinin mevcut olduğu durumlar bakımından hakkaniyet esas alınarak somut şekilde açıkça düzenlenmiştir. Bu itibarla Kanunun, 51/1. maddesiyle hakime genel olarak tanıdığı takdir hakkı, aynı Kanunun 50/2 ve 52/2. maddelerinde açıkça hakkaniyete dayalı tazminat takdiri şeklinde somutlaştırılmıştır. Bu itibarla, anılan hükümlerin birlikte değerlendirilmesi sonucunda, hakimin uyuşmazlık konusu olaya ilişkin olarak dosyaya sunulan bilirkişi raporunda hesaplanan zarar miktarı ile tazminat miktarından hakkaniyete uygun şekilde indirim veya artış yapma yetkisinin mevcut olduğu sonucuna varılmalıdır. Zira Kanunun 51/1. maddesinde açıkça hakime “*tazminatın kapsamını*” bu şekilde belirleme yetkisi verilmiştir<sup>[97]</sup>. Bu nedenle, Kanunun 55/1. maddesinde yer alan hakkaniyete dayalı indirim ve artış yapma yasağının Kanunun 51/1. maddesiyle ve Kanunun 51/1, 50/2 ve 52/2. maddeleriyle birlikte değerlendirildiğinde kanunun tazminat hesabını düzenleyen hükümlerinin ruhuyla çelişki içinde olduğu görülmektedir<sup>[98]</sup>.

Bunun da ötesinde, Kanunun 55. maddesinin gerekçesinde belirtildiğinin aksine, iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle uğranılan zarar ve bunu tazmin edecek miktar, “*objektif veri ve ölçütler temelinde belirlenen tazminat*” veya “*yönetime göre belirlenen tazminat*” niteliği taşımamaktadır. Zira bilindiği üzere, iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle uğranılan zararın ve tazminatın hesabında yasal bir tazminat hesap usulü mevcut değildir. Birden çok bilinmeyi içeren bu zarar ve tazminat hesabında varsayıma dayalı bir hesap yöntemi uygulandığı bilinen bir gerçektir<sup>[99]</sup>. Bu itibarla, iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle uğranılan zararın, dolayısıyla tazminatın gerçek zararı ve ödenmesi gereken tazminatı yansıtmadığı açıktır. Bu hesapların tamamında aynı varsayımlara dayanılması, bunların gerçeği yansıtmadığı hakikatini değiştirmemektedir. Bu nedenle bilirkişi raporlarında hesaplanan zarar ve tazminat miktarının, gerekçenin aksine, insan hakkı olarak güvence altına alınmış mülkiyet hakkıyla ilişkilendirilmesi kanımızca mümkün değildir.

Bunun da ötesinde, Anayasanın 138. maddesinde “*Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz*” hükmü yer almaktadır. Bu itibarla, hakimlerin bağımsız olarak ve kendi vicdani kanaatlerine göre hüküm tesis etme hak ve yetkilerinin anayasal güvence altında olduğu açıktır. Buna karşılık, Kanunun

[97] Süzek, 453-454, 463. Aynı yazar, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çalışma Mevzuatı Semineri, 26-30 Eylül 2012, Antalya, Tartışmalar, 87-88.

[98] Süzek, 453-454.

[99] Akın, 16-17. Aynı yazar, Maddi Tazminat, 231-232.



55. maddesi uygulandığında, hakimlerin bilirkişi raporunda yapılan hesaplama ile bağlı oldukları, dolayısıyla vicdani kanaatlerine göre bağımsız şekilde değil, bilirkişi raporunda belirtildiği gibi karar verecekleri sonucuna varılmaktadır. Bunun ise, Anayasanın 138. maddesine aykırı olduğu açıktır<sup>[100]</sup>.

Aynı şekilde, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 282. maddesinde hakim bilirkişi raporunu, diğer delillerle birlikte değerlendireceği açıkça düzenlenmiştir. Nitekim anılan 55. maddenin gerekçesinde de, bilirkişi raporunun hakimi bağlayıcı olmadığı belirtilmiştir. Ancak gerekçe bu nedenle kendi içinde çelişki yaratmaktadır. Zira gerekçede hem bilirkişi raporunun hakimi bağlayıcı nitelik taşımadığı belirtilmekte hem de hakime bilirkişi raporunda hesaplanan tazminat miktarında kendi vicdani kanaatine göre indirim veya artırımı yapma imkanı verilmediği açıklanmaktadır. Hakimi, bilirkişi raporunda yapılan hesaplama ile bağlı kılmak, yasal bir hesap sistemine dayanmayan tazminat hesabını, hakim takdir denetiminden çıkarmak, hakimlik mesleğinin bir gereği<sup>[101]</sup> olan hakkaniyet çerçevesinde kendi vicdani kanaatine göre karar verme haklarını ellerinden almak ve tazminat hesaplarını hakim denetimi dışına çıkarmak anlamına gelir ki, bu sonuçların Anayasanın 138. maddesine ve HMK'nun 282. maddesine aykırılığı açık olduğu gibi, hukukun güvenilirliğini tehlike düşürdüğü<sup>[102]</sup> ve hakimi sadece bilirkişi raporunu bildirmekle görevli makam haline dönüştürdüğü açıktır.

6098 sayılı Kanunun 55/1. maddesinde yer alan hakkaniyete dayalı indirim ve artış yapma yasağının Kanunun 51/1. maddesine ve bu madde ile 50/2 ve 52/2. maddelerin birlikte değerlendirilmesi sonucunda kanunun tazminat hesabını düzenleyen hükümlerinin ruhuna aykırı olduğu açıktır. Aynı kanun içinde benzer hususları düzenleyen hükümler arasında çelişki olması halinde çatışma boşluğu söz konusu olur<sup>[103]</sup>. Bu durumda oluşan boşluğun ise hakim tarafından doldurulması gerekir. Bu şekilde meydana gelen örtülü yasa boşluğunun kanımızca anayasal güvence altına alınmış yargının bağımsızlığı ve hakim vicdani kanaatine göre karar vereceği yönündeki hükümlerle doldurulması gereklidir. Nitekim Anayasanın 138. maddesi, HMK'nun 282. maddesi ile TBK'nun 50 ve 52/2. maddeleriyle de uyum içindedir. Bu durumda hakimlerin söz konusu boşluğu doldururken Anayasanın 138. maddesini,

[100] Kılıçoğlu, Yasama Organı, 2599-2600. Araslı, 149. Süzek, 454. Aynı yazar, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çalışma Mevzuatı Semineri, 26-30 Eylül 2012, Antalya, Tartışmalar, 87-88.

[101] Canbolat, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çalışma Mevzuatı Semineri, 26-30 Eylül 2012, Antalya, Tartışmalar, 98-99.

[102] Akın, 17.

[103] Oğuzman-Barlas, 98. Süzek, 455. Aynı yazar, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çalışma Mevzuatı Semineri, 26-30 Eylül 2012, Antalya, Tartışmalar, 87-88.

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 282. maddesini ve 6098 sayılı Kanunun 51/1, 50/2 ve 52/2. maddelerini dikkate alarak hakim bilirkişi raporunda belirlenen zarar ve tazminat miktarı üzerinde hakkaniyet gereği takdir hakkına sahip oldukları ve bu hakkı kullanarak belirlenen miktar üzerinde indirim veya artış yapabilecekleri sonucuna varmaları gerektiği kanaatindeyiz. Açıklanan nedenlerle, maddi tazminat ve destekten yoksun kalma tazminatına ilişkin davalarda hakim hakkaniyet gereği indirim veya artış yapma yetkisinin halen mevcut olduğu, dolayısıyla Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin yukarıda belirtilen kararının isabetsiz olduğu düşüncesindeyiz<sup>[104]</sup>.

### **bbb. Rücu Edilemeyen ve İfa Amacı Taşımayan Ödemeler**

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun getirdiği yeniliklerden bir diğeri, Kanunun 55/1. maddesinde düzenlenen “*Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez*” yönündeki hükümdür. Öğretide oldukça tartışma yaratan ve Yargıtayın maddi tazminat ile destekten yoksun kalma tazminatı davalarına ilişkin olarak içtihat değişikliğine gitmesine neden olan anılan hükmün gerekçesinde “*Sosyal güvenlik ödemelerinin, denkleştirme (indirim) işlevi görebilmesi, onun sorumluluğu doğuran olaya sebebiyet verenlere rücu edilebilmesine bağlıdır. Bir kural gereği rücu edilemeyen (emekli sandığı maaşı, malütlük aylığı, ölüm sigortası aylığı) sosyal güvenlik ödemeleri; teknik arıza, tam-kaçınılmazlık hâlindeki ödemeler ve benzeri ödemeler bu tazminatlardan indirilemeyecektir. Aynı şekilde prensip olarak rücu edilebilen sosyal güvenlik ödemelerinden bir kısmı rücu edilemeyen miktar dahi denkleştirilemeyecektir. Zarar görenin kusuruna (müterafik kusura) yansıyan sosyal güvenlik ödemeleri, tahsis tarihinden sonra meydana gelen sosyal güvenlik ödemelerindeki artışlar, kısmi kaçınılmazlık ve teknik arıza hâlindeki ödemeler ve benzerleri rücu edilemediğinden bu miktarlar dahi denkleştirilemeyecektir. İnsan zararlarına ilişkin tazminat hakkının, rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ve ifa amacını taşımayan diğer edinimlerle bir bağı ve bağlantısı yoktur. Bu nevi ödemelerin denkleştirilmesi, zarar vereni ödüllendirme anlamına gelir. Rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemelerinin, sorumluluk hukuku ile koruma altına alınan tazminatı ikame veya telafi fonksiyonları bulunmamaktadır. Tazminata, rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile yahut ifa amacı taşımayan diğer ödemelerle karşılanmayan zarar biçiminde bir yaklaşım, ne onun kaynağı ile ve ne de onun işlevi ile bağdaşmaz. Bu yönüyle sorumluluk (tazminat) hukuku ile sosyal güvenlik hukuku arasında bir mahiyet farkı bulunmaktadır. Öte yandan rücu edilemeyen sosyal güvenlik hak ve ödemelerinin oluşmasında zarar verenin bir*

[104] Kılıçoğlu, 423-424. Araslı, 151. Süzek, 455-456.

*katkısı olmadıktan başka, rücu edilen ödemelere nazaran zarar verenin mükerrer ödemesi de yoktur. Rücu edilememe durumunda denkleştirmenin kurucu unsuru olarak illiyet bağı koşulu da gerçekleşmemektedir. İfa amacı taşımayan ödemeler, tazminattan indirilemeyecektir. Zarar veren yahut üçüncü kişi tarafından ödeme kastı dışında kalan saiklerle yapılan ödemeler (sözgelimi yardımlar ve benzerleri) denkleştirilemeyecektir. Zarar görenin mamelekine yukarıda belirtilen türden dâhil olan ödemelere, tazminat hakkını veya destek ilişkisini çökerten bir etki tanınamaz. Tersine bir yaklaşım, sorumluluk hukukunun önleyici (tenkil) karakteri ile de bağdaşmaz. Yasa koyucu bu tercihi ile farklı uygulamaları hak ekseninde bütünleştirmiştir” ifadelerine yer verilmiştir.*

Anılan hükmün öğretide yarattığı tartışmaların başında “kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri” ile neyin amaçlandığının tespiti gelmektedir. Öğretide bir görüşe göre, anılan ifadeyle 5510 sayılı Kanunun 21/son fıkrasında belirtilen rücu edilemeyen ödemelerin ifade edildiği ileri sürülmektedir<sup>[105]</sup>. Buna göre, kamu görevlileri, er ve erbaşlar ile kamu idareleri tarafından görevlendirilen diğer kişilerin vazifelerinin gereği olarak yaptıkları fiiller sonucu iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesi halinde, SGK tarafından yapılan ödemelerle bağlanan gelirler bu kişilere ve kurumlarına rücu edilmez. Anılan hükme göre ayrıca, iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle sigortalının ölümü halinde hak sahiplerine bağlanan gelir ve ödenekler de iş kazası veya meslek hastalığına kusuruyla sebep olan hak sahipleri ile müterafık kusurlu ölen sigortalının hak sahiplerine rücu edilmez.

Buna karşılık, Kanunun 55. maddesinin gerekçesi incelendiğinde, anılan hükümle amaçlananın sadece 5510 sayılı Kanunun 21/son maddesinde belirtilen rücu edilemeyen ödemeler olmadığı görülmektedir. Zira gerekçedeki “Sosyal güvenlik ödemelerinin, denkleştirme (indirim) işlevi görebilmesi, onun sorumluluğu doğuran olaya sebebiyet verenlere rücu edilebilmesine bağlıdır. Bir kural gereği rücu edilemeyen (emekli sandığı maaşı, malüüllük aylığı, ölüm sigortası aylığı) sosyal güvenlik ödemeleri; teknik arıza, tam-kaçınılmazlık hâlindeki ödemeler ve benzeri ödemeler bu tazminatlardan indirilemeyecektir. Aynı şekilde prensip olarak rücu edilebilen sosyal güvenlik ödemelerinden bir kısmı rücu edilemeyen miktar dahi denkleştirilemeyecektir. Zarar görenin kusuruna (müterafık kusura) yansıyan sosyal güvenlik ödemeleri, tahsis tarihinden sonra meydana gelen sosyal güvenlik ödemelerindeki artışlar, kısmi kaçınılmazlık ve teknik arıza hâlindeki ödemeler ve benzerleri rücu edilemediğinden bu miktarlar dahi denkleştirilemeyecektir” ifadesi incelendiğinde, maddenin amacının, SGK tarafından sigortalı ve hak sahiplerine yapılan ancak işverene rücu edilemeyen her türlü ödemeyi

[105] Akın, 104. Başterzi, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çalışma Mevzuatı Semineri, 26-30 Eylül 2012, Antalya, Tartışmalar, 95.

işverene yüklemek olduğu görülmektedir. Şöyle ki, gerekçede rücu edilemeyen, dolayısıyla işverenin ödeyeceği tazminat bakımından indirim kalemi olarak değerlendirilemeyecek ödemeler arasında “teknik arıza, tam-kaçınılmazlık hâlindeki ödemeler ve benzeri ödemeler” ile “Zarar görenin kusuruna (müterafik kusura) yansıyan sosyal güvenlik ödemeleri, tahsis tarihinden sonra meydana gelen sosyal güvenlik ödemelerindeki artışlar, kısmi kaçınılmazlık ve teknik arıza hâlindeki ödemeler ve benzerleri” sayılmıştır. Bu nedenle kanaatimiz, Kanunun anılan hükmüyle, sadece 5510 sayılı Kanunun 21/son hükmünü amaçlamadığı, buna ek olarak SGK tarafından yapılan ödemeler ile bağlanan gelirlerin işverene rücu edilemeyen (dolayısıyla işverenin kusuruyla sebep olmadığı) kısımlarını da işverene yüklemeyi amaçladığı yönündedir. Nitekim bu nedenle “kısmen veya tamamen rücu edilemeyen” ifadesine hem kanun metninde hem de gerekçede açıkça yer vermiştir. Bu nedenle Kanunun 55. maddesinin bu açıdan ayrıca değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyim.

Bu açıdan söz konusu hükmü değerlendiren öğretilerdeki diğer bir görüşe<sup>[106]</sup> göre, Türk Borçlar Kanununun 417/2. maddesiyle işverenin iş kazası ve meslek hastalığından doğan sorumluluğu kusursuz sorumluluk esasına dayandırılmaktadır. Kanunun 55. maddesindeki anılan hükümde, işverenin kusursuz sorumluluğu pekiştirilmektedir. Zira bu görüşe göre, maddenin gerekçesinde, işverenin kusurlu sorumluluk esasına göre sorumlu tutulması gereken zararların ötesinde zarar gören işçinin kusuru, teknik arıza ve kaçınılmazlığa dayanan sosyal güvenlik ödemelerinin dahi işverenden talep edilen tazminattan indirilemeyeceği düzenlenmektedir. Zira Kurum işverene sadece kusuru bulunduğu oranda yapmış olduğu ödemeleri rücu edebilmektedir. Söz konusu hükümle, Kurumun rücu edemediği, dolayısıyla işverenin kusuruyla sebep olmadığı tüm ödemelerin işverenden tazminat olarak alınması esası benimsenmiştir. Bu görüşe göre, Kanunun anılan hükmüyle iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan zararın tazmini bakımından sosyal devlet ilkesinden uzaklaşmakta ve tüm yük işverenin omuzlarına bırakılmaktadır. Kanun anılan hükümle, “zararın karşılanması” ile “zararın rücuu” kavramlarını birbirine karıştırmıştır. Nitekim bazı SGK ödemelerinin işverene rücu edilememesinin sebebi, işverenin bu ödemelere sebep olmamasıyken, kanun bu ödemelerin işverence ödenecek tazminattan indirilmemesi gerektiğini düzenleyerek oldukça isabetsiz bir hükme yer vermektedir.

Kanımızca Kanunun 55. maddesindeki anılan hüküm ve buna ilişkin gerekçe, kendi içinde çelişkili ve Centel’in ifade ettiği gibi, işçinin zararının karşılanması ile rücu sistemini birbirine karıştıran bir temeli esas almaktadır. Şöyle ki, yukarıda açıklandığı üzere işverenin iş kazası ve meslek hastalığından

[106] Centel, 16-18.

doğan sorumluluğu kusur esasına dayalı bir sorumluluktur. Bu itibarla sorumluluk hukukunun temel ilkesi gereği işveren de, işçinin uğramış olduğu zarardan kusuru oranında sorumludur. Bununla birlikte, iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesine çoğu zaman sadece işverenin kusuru sebep olmaz. Zira tam veya kısmi kaçınılmazlık, teknik arıza, işçinin kusuru veya üçüncü kişinin kusuru da iş kazası ve meslek hastalığının meydana gelmesine sebep olabilir. Bu hallerde, işverenin sadece kendi kusurundan sorumlu tutulması, sorumluluk hukukunun temel ilkesidir. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere, kaçınılmazlık durumunda zararın işçi üzerinde kalmasını önlemek amacıyla yüksek mahkeme, kaçınılmazlığın büyük bir kısmını işveren üzerinde bırakmak suretiyle ve 818 sayılı Kanununun 43. maddesini uygulayarak tazminata hükmetmektedir<sup>[107]</sup>. Ancak Yargıtay bu tür durumlarda somut olayın özelliklerinin dikkate alınması gerektiğine işaret etmektedir. Nitekim her iş kazasından sorumluluk davasında, dosya içeriğindeki tüm bilgi, belge ve beyanlar birlikte değerlendirilerek kusur dağılımı yapılmaktadır. Bununla birlikte Kanununun 55. maddesinin anılan hükmü, işverenin sorumlu olacağı tazminat miktarından işçinin kusuru da dahil olmak üzere kaçınılmazlık, teknik arıza gibi işverenin kusuru dışında kalan diğer tüm sebeplerin, işverene rücu edilmeleri mümkün olmadığından, işverenin ödeyeceği tazminattan indirilemeyeceğini düzenleyerek, anlaşılması güç bir hükmü mevzuatımıza kazandırmıştır. Zira işverenin sebep olmadığı, ancak sosyal devlet ve sosyal sigorta ilkeleri ile 5510 sayılı Kanunun bir gereği olarak yapılan SGK ödemesinin işverenin ödeyeceği tazminattan indirilmemesinin mantığını anlamak gerçekten güçtür. Nitekim bu itibarla Centel, anılan hükümlerle sosyal devlet ilkesinden uzaklaşıldığını ve tüm yükün işverene yüklendiğini ifade etmektedir<sup>[108]</sup>.

Kanımızca anılan hükümde isabetli olan tek düzenleme, ifa amacı taşımayan ödemelerin işverenin ödeyeceği tazminattan indirilemeyeceği hususudur. Zira kanımızca burada önem arz eden ödeme türü, özel sigorta ödemeleridir. Bu nedenle işverenler bakımından dikkat edilmesi gereken husus, iş kazası veya meslek hastalığı riskine karşı özel sigorta yaptırımları durumunda, sigorta poliçesinde işçileri lehdar göstermeleri halinde bu ödemelerin ödeyecekleri tazminattan indirilmesi gerektiği hususudur. Ancak sigorta poliçesinde lehdarın işveren olması durumunda, sigorta ödemesi işverene yapılacağından, bu ödemenin işveren tarafından işçiye ödenmesi, işverence ödenecek tazminattan indirim yapılmasına sebep olmayacaktır.

[107] Y9HD, 5.1.1967, 13003/60, YHGK, 25.5.1968, 9413/14863, Y21HD, 15.4.1997, 2612/2669, Akın/Şardan, 91. Y21HD, 25.2.2003, 517/1301, Başterzi, Değerlendirme 2009, 116.

[108] Centel, 17-18.

Kanunun 55. maddesindeki anılan hükmün yarattığı bir diğer tartışma, Yargıtayın içtihat değişikliğine gitmesi sonucunu doğuran maddi tazminat ve destekten yoksun kalma tazminatı davalarına ilişkindir. Ancak söz konusu içtihat değişikliğini değerlendirebilmek için rücu tazminatı davalarına ilişkin kısa bir açıklama yapmak yerinde olacaktır.

Bilindiği üzere, 506 sayılı Kanunun 26. maddesinde düzenlenen Kurumun rücu hakkının hukuki niteliği uzun yıllar tartışma konusu olmuştur. O dönemde söz konusu hakkın basit bir rücu hakkı olmadığı, kanundan doğan bir halefiyet olduğu öğretideki hakim görüşle<sup>[109]</sup> birlikte Yargıtay<sup>[110]</sup> tarafından kabul edilmiştir. Bununla birlikte, 506 sayılı Kanunun 26. maddesindeki “*sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere*” ibaresi işvereni sürekli dava tehdidi altında bırakması ve işverenleri işçi ile hak sahiplerine yapılan ödemelerdeki artışlardan da sorumlu tutuması nedeniyle sosyal devlet ilkesini ihlal ettiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesinin 2006 tarihli kararıyla iptal edilmiştir<sup>[111]</sup>. Anayasa Mahkemesinin söz konusu iptal kararı üzerine Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 506 sayılı Kanunun 26. maddesinde düzenlenen rücu hakkının halefiyet değil, kanundan doğan basit bir rücu hakkına dayandığı, dolayısıyla gelirlerde meydana gelen artışların işverenden talep edilemeyeceği yönünde kararlar vermeye başlamıştır<sup>[112]</sup>. Nitekim yüksek mahkeme birçok kararında “*Davacı, iş kazası sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine bağlanan peşin değerli gelirler ile yapılan harcama ve ödemeler nedeniyle uğranılan Kurum zararının rücuhan ödetilmesini istemiştir. Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra Kurumun rücu hakkının hukuksal temelinin ‘halefiyet’ yerine ‘kanundan doğan (basit) rücu hakkı’na dayandığının kabul edilmesiyle birlikte; artık ilk peşin değerli gelirlerin (bağlandığı tarih itibarıyla) her bir hak sahibi yönünden tazmin sorumlularının kusuruna isabet eden miktarla sınırlı şekilde hüküm kurulması gereği vardır. Bu durumda açıklıkla söyleyebiliriz ki, ilk peşin*

[109] Çenberci, 198. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 455-459. Tuncay/Ekmekçi, 335. Ayrıca bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 455, dn.172’de belirtilen yazarlar. Aksi yönde, Aslanköylü, 590. Ayrıca bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 455, dn.171’de belirtilen yazarlar. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Aslanköylü, 587-597. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 454-459. Tuncay/Ekmekçi, 335-342.

[110] YİBK, 31.3.1954, 17/10, YİBK, 25.6.1960, 13/15, YİBK, 17.1.1972, 2/1, Tuncay/Ekmekçi, 335. YİBK, 1.7.1994, 3/3, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası (20.08.2013).

[111] AYM, 23.11.2006, 10/106, RG. 21.3.2007, No. 26649.

[112] Y10HD, 5.4.2007, 15278/5265, Çimento İşv. Eylül 2007, 43. YHGK, 28.5.2008, 10-402/411, İHSGHD, 2008, S.20, 1514-1518. Y10HD, 31.1.2008, 4129/756, ÇT, S.18, 410-413. Y10HD, 3.11.2008, 15736/13933, İHSGHD, 2009, S.21, 457-458. 2008 tarihli kararların değerlendirilmesi için bkz. Güzel, 323-328. Ayrıca bkz. YHGK, 7.5.2008, 10-363/366, www.kazancihukuk.com (27.08.2013). Y10HD, 24.5.2011, 3939/7350, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası (27.08.2013).



sermaye değerli gelirlerdeki artışların istenemeyeceğinde kuşku ve duraksamaya yer yoktur” ifadelerine açıkça yer vererek bu hususu kararlarına yansıtmıştır<sup>[113]</sup>.

Bununla birlikte, 5510 sayılı Kanunun 21. maddesinde “sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere” ibaresine yeniden yer verilerek Anayasa Mahkemesinin iptal kararından önceki hukuki duruma geri dönmüştür<sup>[114]</sup>. Zira bu şekilde kanun, söz konusu rücu hakkının, bir halefiyet ilişkisine dayandığının kabul edilmesine neden olan ibareye bilinçli şekilde yer vermiş bulunmaktadır. Ancak Kanunun 21. maddesinde ayrıca “bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı ... Kurumca işverene ödettilir” ifadesine yer verilmiştir. Bu ifadenin yasaya eklenmesi sebebiyle yukarıda belirtilen Anayasa Mahkemesinin iptal kararına kadar halefiyet esasını kabul eden Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları ve bu yöndeki diğer kararlar 5510 sayılı Kanunun 21. maddesinin uygulanması gerektiği durumlarda<sup>[115]</sup> geçerliliğini korumakta<sup>[116]</sup>, ancak işverene rücu edilebilen miktar, sigortalı veya hak sahiplerine yapılan ödemeler ile gelirlerin ilk peşin sermaye değeri toplamıyla sınırlanmaktadır. Bu itibarla, 5510 sayılı Kanunun 21. maddesinin uygulanması gereken rücu tazminatı davalarında halefiyet esasını kabul edilmeli, buna karşılık anılan 21. maddede ayrıca “bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı ... Kurumca işverene ödettilir” ifadesine yer verildiğinden, rücu tazminatının hesabında işçi veya hak sahiplerine bağlanan gelirlerin ilk peşin sermaye değerleri toplamının esas alınması gerekmektedir. Zira Kanunun 21/1. maddesindeki anılan hüküm uyarınca halefiyet esasına dayalı rücu ilişkisi kabul edilse dahi gelirlerdeki sonraki artışların işverene yansıtılması yasaya aykırı olacaktır.

Yargıtay, 6098 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce verdiği 2008 tarihli bir kararında<sup>[117]</sup>, “Anayasa Mahkemesi’nin 506 sayılı Yasasının 26. maddesiyle ilgili olarak verdiği iptal kararı Sosyal Güvenlik Kurumunun açacağı rücu davalarının konusunu oluşturan kurum alacağına ilişkin olup, sigortalı tarafından

[113] Y10HD, 13.10.2008, 13640/12456, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası (20.08.2013).

[114] Güzel/Okur/Caniklioğlu, 458. Tuncay/Ekmekçi, 336.

[115] 5510 sayılı Kanunun 21. maddesine dayanarak hüküm tesis edilebilmesi için iş kazası veya meslek hastalığının 1.10.2008 tarihinden sonra gerçekleşmiş olması gerekir. Bu nedenle anılan tarihten önce gerçekleşen iş kazası ve meslek hastalıklarından kaynaklanan rücu taminatına ilişkin uyuşmazlıklarda yasal dayanağın 506 sayılı Kanunun 10 ve 26. maddeleri olduğu, dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin 2006 tarihli iptal kararının gerekleri doğrultusunda rücu hakkının basit rücu ilişkisine dayandığı açıkça ifade edilmektedir, Y10HD, 23.5.2011, 3884/7293, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası (27.08.2013). Y10HD, 19.1.2009, 20136/18, ÇT, S.21, 334-337.

[116] Y21HD, 27.05.2008, 24424/8071, www.kazancihukuk.com (2.6.2013). Güzel/Okur/Caniklioğlu, 458-459. Tuncay/Ekmekçi, 336-337.

[117] Y21HD, 27.05.2008, 24424/8071, www.kazancihukuk.com (2.6.2013).



*işverene yönelik olarak açılan tazminat davalarında uygulanma olanağı yoktur. Kaldı ki Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Kurulunun 01.07.1994 gün ve 1992/3 Esas 1994/3 Karar sayılı kararının bağlayıcılığını koruduğu da açıktır. Sosyal Güvenlik Kurumunun işverene yalnızca bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değeri oranında rücu edebilmesi, davacı zararının hüküm tarihine en yakın tarihteki verilere göre hesaplanan en son peşin sermaye değeri miktarı kadar karşılandığı gerçeğini değiştirmez. Somut olayda, mahkemece karara esas alınan hesap raporunda 18.04.2007 günlü yazı ile SGK'ca bildirilen bağlanan gelirin tahsis tarihindeki ilk peşin sermaye değeri indirilmek suretiyle davacı Emel'in maddi zararının belirlendiği ortadadır. Yapılacak iş; 4447 sayılı Yasa'nın 16. maddesiyle 506 sayılı Yasa'ya eklenen ek 38. maddesi gereğince hüküm tarihine en yakın tarihte belli olan artışlara göre hesaplanan tüm peşin sermaye değeri kurumdan sorulmak ve bildirilen miktar hüküm tarihine en yakın tarihte belli olan ücret artışları nazara alınarak hesaplanan tazminattan indirilmek, ilk kararda hüküm altına alınan maddi tazminat alacağı miktarını geçmemek üzere sonucuna göre bir karar vermektir” ifadeleriyle kazalanan işçinin işverene karşı açmış olduğu maddi tazminat davasında, tazminat hesabında hüküm tarihine en yakın tarih esas alınarak hesaplanan zarar miktarından, SGK tarafından bağlanan gelirlerin hüküm tarihine en yakın tarihli peşin sermaye değerinin indirilmesi gerektiğini, zira 5510 sayılı Kanunun 21. maddesinde düzenlenen SGK'nın işverene rücu edebildiği miktarın Kurum tarafından bağlanan gelirlerin ilk peşin sermaye değeri olmasının, kazalanan işçinin hüküm tarihine en yakın tarihteki verilere göre hesaplanan en son peşin sermaye değeri miktarına tekabül eden SGK gelirleriyle gerçek zararının bu kısmının karşılandığı gerçeğini değiştirmediğini açıkça belirtmektedir. Zira kazalanan işçi veya işçinin ölümü halinde desteğinden yoksun kalanların tazminat davalarında zarar miktarları hükme en yakın tarihteki veriler dikkate alınarak hesaplanır. Bu durumda, anılan zarar miktarından SGK tarafından bağlanan gelirlerin peşin sermaye değerinin düşürülmesi gerekmektedir ki, tazminatla karşılanması gereken gerçek zarar miktarı bulunabilsin. Bu nedenle Yüksek Mahkemenin isabetli olarak belirttiği üzere, belirlenen zarar miktarından yine hükme en yakın tarihteki peşin sermaye değerinin indirilmesi gerekir. Zira işçinin veya ölümü halinde desteğinden yoksun kalanların, hükme en yakın tarihte SGK'dan elde ettikleri gelirlerin peşin sermaye değeri enflasyon nedeniyle gelirlerin ilk bağlandığı tarihteki peşin sermaye değerine oranla daha yüksektir. Bu nedenle, 5510 sayılı Kanunun 21. maddesi uyarınca SGK'nın işverene rücu edebileceği miktarın ilk peşin sermaye değeriyle sınırlanmasının, kazalanan işçi veya desteğinden yoksun kalanların talep ettikleri tazminatın hesabında ilk peşin sermaye değerinin düşülmesi sonucunu doğurmaması gerekir. Zira tazminat davalarında amaçlanan, gerçek zararın tazmin edilmesidir.*

Bu itibarla zararın hesaplandığı tarihteki peşin sermaye değerinin esas alınarak hesaplanan zarar miktarından düşülmesi gerektiği açıktır.

Bununla birlikte Yargıtay, 6098 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte 55. maddenin kamu düzenine ilişkin olduğunu belirterek uyuşmazlıklarda anılan hükmü doğrudan uygulamaya başlamış ve maddi tazminat ile destekten yoksun kalma tazminatının hesabında belirlenen zarar miktarından hükme en yakın tarihli olanı değil, ilk hesaplanan peşin sermaye değerinin indirilmesi gerektiğini; zira hükme en yakın tarihli peşin sermaye değerinin SGK tarafından işverene rücu edilememesi nedeniyle zarardan indirilemeyeceğini kabul etmeye başlamıştır. Yargıtay bu kararlarıyla, önceki içtihadında yer alan “*Sosyal Güvenlik Kurumunun işverene yalnızca bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değeri oranında rücu edebilmesi, davacı zararının hüküm tarihine en yakın tarihteki verilere göre hesaplanan en son peşin sermaye değeri miktarı kadar karşılandığı gerçeğini değiştirmez*” yönündeki isabetli ve gerçeğe uygun yorumundan ayrılmakta ve kanımızca isabetsiz şekilde ilk ve son peşin sermaye değerinde meydana gelen enflasyon farkını işverene yüklemektedir. Bu sonuca, Kanunun 55. maddesinin, Centel tarafından ifade edildiği üzere, “*zararın karşılanması*” ile “*zararın rücuu*” kavramlarını birbirine karıştırması nedeniyle varıldığı düşüncesindeyiz. Zira yukarıda da açıklandığı üzere, işverene rücu edilemeyen her zarar kalemi, işverenin sebep olduğu zarar değildir. Bu nedenle işverene rücu edilemeyen her zarar kaleminin işverence ödenecek tazminatın içinde bırakılması zararın tamamen işveren tarafından karşılanması sonucunu doğurur ki, bunun sorumluluk hukukuna aykırı olduğu açıktır<sup>[118]</sup>. Bu itibarla Yargıtayın son içtihat değişikliğini devam ettirmesi halinde kazalanan işçinin veya desteğinden yoksun kalanların, enflasyon farkı nedeniyle peşin sermaye değerindeki artış dolayısıyla sebepsiz zenginleşeceği açıktır<sup>[119]</sup>. Zira bu durumda tazminat talebinde bulunan işçi veya hak sahiplerinin tazminat talep ettikleri dönemde SGK’dan elde ettikleri gelirlerin gerçek değeri değil, ilk peşin sermaye değeri dikkate alınacaktır. Bu nedenle Kanunun 55. maddesinde yer alan “*rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri*” ifadesinden, kazalanan işçi veya ölümü halinde desteğinden yoksun kalanların hükme en yakın tarihli verilere göre hesaplanan zarar miktarından

[118] Centel, 16-18.

[119] Başterzi, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çalışma Mevzuatı Semineri, 26-30 Eylül 2012, Antalya, Tartışmalar, 94-98. Aksi yönde, Çelik, A., www.tazminathukuku.com, İş Kazası Nedeniyle Tazminat Davalarında Haksız ve Yasalara Aykırı Uygulamalar ve Yeni Borçlar Kanunu 55. Maddesi, 1-2. Canbolat, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çalışma Mevzuatı Semineri, 26-30 Eylül 2012, Antalya, Tartışmalar, 99-100.

işverene rücu edilemeyen son peşin sermaye değerinin anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz<sup>[120]</sup>.

Kanunun 55. maddesinin öğretilde yarattığı diğer bir tartışma, maddenin 2. fıkrasında yer alan “*Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır*” hükmüne ilişkindir. Ancak bu konu, işçi niteliği taşımayan kamu personelinin idareden tazminat talebine ilişkin olduğundan, (b) alt başlığında değerlendirilecektir.

### ***cc. Manevi Tazminata İlişkin Yeni Düzenlemeler***

İş kazasına maruz kalan işçinin ve yakınlarının ruhsal bütünlüklerinin ihlali nedeniyle uğramış oldukları manevi zararın tazmini amacıyla SGK tarafından herhangi bir ödeme yapılmadığından, manevi zararın tazmini talebi doğrudan işverene yöneltilmektedir. Maddi tazminat ve destekten yoksun kalma tazminatında olduğu gibi, manevi tazminata ilişkin özel bir düzenleme ne 4857 sayılı İş Kanununda ne de 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda mevcuttur. Bu nedenle 818 sayılı Borçlar Kanununun 47. maddesine dayanılarak yapılan manevi tazminat talepleri, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 56. maddesine istinaden yapılmaya devam edilecektir. Çalışma konumuz, çalışanların haklarına ilişkin yapılan yeni düzenlemeler olduğundan, bu bölümde işçi ve yakınlarının manevi tazminat taleplerine ilişkin olarak 6098 sayılı Kanunun 56. maddesinde yapılan değişiklikler üzerinde durulacaktır.

İlk olarak belirtmek gerekir ki, 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde manevi tazminatın kazalanan işçi veya işçinin ölümü halinde ruhsal bütünlüğü ihlal edilen yakınları tarafından talep edilebileceği oybirliğiyle kabul edilirken, iş kazası veya meslek hastalığına maruz kalan işçinin ölmemesi halinde yakınlarının işçiden ayrı olarak işverenden manevi tazminat talep edip edemeyecekleri tartışma konusu olmuştur. Uzun yıllar devam eden tartışmalar sonucunda, normun koruma amacı teorisi uyarınca kazalanan işçinin yakınlarının da BK 47 kapsamında yer aldığı, dolayısıyla işçinin ölmemesine rağmen işçide oluşan

[120] Başterzi, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çalışma Mevzuatı Semineri, 26-30 Eylül 2012, Antalya, Tartışmalar, 94-98. Aki yönde, Canbolat, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çalışma Mevzuatı Semineri, 26-30 Eylül 2012, Antalya, Tartışmalar, 99-100.

maluliyet sebebiyle yakınlarının da doğrudan manevi tazminat talep edebilecekleri hem öğreti<sup>[121]</sup> hem de Yargıtay<sup>[122]</sup> tarafından kabul edilmiştir.

Bununla birlikte, işçi yakınlarının hangi durumda normun koruması kapsamına girdiği, diğer bir anlatımla yansıma yoluyla değil, doğrudan manevi zarara uğradığı noktasında tartışmalar yaşanmıştır. Nitekim Yargıtay uzun yıllar, işçinin ölmemesi halinde yakınlarının ancak yüksek oranda iş göremezliğin söz konusu olduğu durumlarda manevi tazminat talep edebileceği yönünde kararlar vermiştir<sup>[123]</sup>. Yargıtayın bu yöndeki içtihadı öğretide haklı olarak eleştirilmiştir. Zira iş kazası veya meslek hastalığına maruz kalan işçinin ağır iş göremezlik oranına maruz kalmamasına rağmen yakınlarının ruhsal bütünlüğünün ihlali sonucunun doğması yadırganmamalıdır. Zira işçinin yakınları, %20 oranındaki işgöremezlik durumunda da manevi zarara maruz kalabilirler. Bu nedenle manevi tazminat talep edebilme hakkının, işçinin uğramış olduğu iş göremezlik oranına göre değil, yakınlarının gerçekten ruhsal bütünlüklerinin zarara uğramış olmasına bağlı olarak tanınması gerekir. Bu halde işçinin maruz kaldığı iş göremezlik oranı, işçi yakınına ödenecek manevi tazminatın miktarı bakımından önem taşımamalıdır. Zira işçinin %90 iş göremez hale geldiği durumda yakınlarının maruz kalacağı manevi zarar ile işçinin %20 oranında iş göremez hale gelmesi halinde yakınlarının maruz kalacağı manevi zarar arasında fark olacağı aşıkardır. Ancak her ikisinin de ruhsal bütünlüğünün ihlal edildiği, dolayısıyla her ikisinin de manevi tazminat talep hakkının mevcut olduğu kabul edilmelidir<sup>[124]</sup>.

Nitekim yüksek mahkeme, 2002-2004 yılları arasında önceki içtihadında esnekliğe giderek %70 ve üstü oranlarda iş göremezliğe maruz kalmış işçi yakınlarına ayrıca manevi tazminat ödenebileceği yönünde kararlar vermiştir<sup>[125]</sup>. Bunun gibi Yargıtay, 2002 tarihli bir kararında işçinin %13 oranında iş göremez duruma gelmesine rağmen yaşamsal tehlike atlattığı gerekçesiyle anne ve babasına manevi tazminat ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir<sup>[126]</sup>. Ne var ki

[121] Eren, Normun Koruma Amacı, 461-463, 481-482. Ulsan, 182. Süzek, B.4, 386-387. Aynı yazar, Değerlendirme 2001, 43. Akın, 22-24. Aynı yazar, Değerlendirme 2002, 130. Aynı yazar, İş Sağlığı, 342. Aynı yazar, Destekten Yoksun Kalma, 46.

[122] Y21HD, 23.3.2004, 1754/2769, Bal, 117 ve dn. 663. Y21HD, 19.2.2002, 991/1278. Y21HD, 25.10.2005, 7868/10156, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası (27.08.2013).

[123] Y21HD, 19.2.2002, 991/1278, Y21HD, 21.10.2005, 7868/10156, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası (27.08.2013). Y21HD, 27.10.2004, 8116/9009, İHSGHD, S.8, 1808-1810. Y21HD, 6.2.2012, 6121/1133, www.kazancihukuk.com (28.08.2013).

[124] Akın, 23-24. Aynı yazar, Değerlendirme 2002, 131. Aynı yazar, İş Sağlığı, 343. Aynı yönde, Bal, 118-119.

[125] Y21HD, 12.6.2003, 4754/5612, Çimento İşv. Ağustos 2003, , 34-35. Y21HD, 23.2.2004, 24/1413, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası (27.08.2013). Y21HD, 15.1.2002, 1211/369, Bal, 118, dn. 665.

[126] Y21HD, 15.1.2002, 9272/371, Bal, 118 ve dn. 666.

yüksek mahkemenin anılan kararları bir içtihat oluşturacak nitelikte değildir. Zira Yargıtay, 2012 tarihli bir kararında, %41,2 oranında iş göremezliğe maruz kalan işçinin eşinin ve çocuklarının manevi tazminat talep edemeyeceğini, iş göremezlik oranındaki düşüklüğe bağlı olarak hükme bağlamıştır<sup>[127]</sup>.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 56. maddesinde yer alan “*Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir. Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir*” hükmünde 818 sayılı Borçlar Kanununun 47. maddesinden farklı olarak zarar görenin yakınlarına “*ağır bedensel zarar*”ın varlığı halinde tazminat ödeneceği açıkça vurgulanmıştır. Bu hükme yer vererek 6098 sayılı Kanun, yıllardır tartışma konusu olan ve yüksek mahkemenin son yıllardaki bazı kararlarında esnekleşme yaratması nedeniyle öğretide isabetli bulunan, kazalanan işçinin yakınlarına iş göremezlik oranı düşük olsa da manevi tazminat ödenebileceği yönündeki içtihat değişikliğinin devamlılık arz etmesini engellemektedir. Kanımızca bir kanun değişikliğine gidilerek, zarar görenin yakınlarına manevi tazminat ödenebilmesi için ağır bedensel zarar şartının kaldırılması, ancak ağır bedensel zarar ile düşük iş göremezlik oranı arasında yakınlar ödenecek manevi tazminat miktarında farklılık olacak şekilde düzenleme yapılması gerektiği düşüncesindeyiz<sup>[128]</sup>.

### **b. İşçi Niteliği Taşımayan Kamu Personelinin Tazmin Edici Hakları**

Yukarıda ayrıntılı şekilde açıklandığı üzere, 6331 sayılı Kanun bakımından çalışan kavramı içinde sadece işçiler değil, ayrıca diğer tüm kamu personeli<sup>[129]</sup> yer almaktadır. Bu itibarla, kamu işyerlerinde iş sözleşmesiyle çalışan işçiler dışında kalan, dolayısıyla 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4/A, 4/B ve 4/C maddelerine göre istihdam edilen kamu personeli de 6331 sayılı Kanun ve buna dayanılarak hazırlanan diğer mevzuat hükümlerindeki haklardan işçiler gibi yararlanır hale gelmiştir. O halde işçi niteliği taşımayan kamu personelinin de, kamu idaresinde görevli oldukları işlerle uygun illiyet bağı içinde maruz kaldıkları iş kazası ve meslek hastalıkları dolayısıyla uğradıkları zararları işverenleri statüsünde olan kamu idaresinden talep hakları mevcuttur. Ancak anılan

[127] Y21HD, 6.2.2012, 6121/1133, www.kazancihukuk.com (28.08.2013).

[128] Akın, 22-24. Aynı yazar, Değerlendirme 2002, 131. Aynı yazar, İş Sağlığı, 343. Bal, 119.

[129] Kamu personeli, kamu sektöründe kamu hukukuna tabi olarak istihdam edilenlerle özel hukuka tabi olarak istihdam edilenlerin tümünü kapsayan bir kavramdır. Bu itibarla, kamu sektöründe çalışan işçiler de kamu personeli kavramı içinde yer alır. İşçileri kapsamına almayan kamu görevlisi kavramı bu nedenle ayrıca geliştirilmiştir, Zabunoğlu, C.I, 619-620.

kişilerin hukuki statüleri işçilerden farklı olduğundan, tazminat taleplerini ileri sürecekleri yargı yolu, dolayısıyla bu taleplerin tabi olacağı kurallar da farklıdır. Bu nedenle işçi niteliği taşımayan kamu personelinin iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle tazminat talep haklarının ayrıca incelenmesi gerekmektedir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 55/2. maddesi, “*Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır*” hükmüne yer vermiştir. 818 sayılı Borçlar Kanununda mevcut olmayan bu hükme göre, vücut bütünlüğünün ihlali sonucunu doğuran idari eylem ve işlemlerden kaynaklanan tazminat davalarında Türk Borçlar Kanununda yer alan sorumluluk hukukuna ilişkin ilke ve kurallar uygulanır<sup>[130]</sup>.

6098 sayılı Kanunun 55/2. maddesine paralel şekilde, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 3. maddesinde “*Her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri bakar. İdarenin sorumluluğu dışında kalan sebeplerden doğan aynı tür zararların tazminine ilişkin davalarda dahi bu hüküm uygulanır. 30/1/1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri saklıdır*” hükmüne yer verilmiştir. Ancak bu hüküm, Anayasa Mahkemesinin 16.2.2012 tarih ve 35/23 sayılı kararıyla<sup>[131]</sup> iptal edilmiştir. Mahkemenin iptal kararının gerekçesinde, “*Anayasa Mahkemesinin daha önceki kimi kararlarında da belirtildiği üzere, tarihsel gelişime paralel olarak Anayasada adli ve idari yargı ayırımına gidilmiş ve idari uyuşmazlıkların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Bu nedenle, genel olarak idare hukuku alanına giren konularda idari yargı, özel hukuk alanına giren konularda adli yargı görevli olacaktır. Bu durumda idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasakoyucunun mutlak bir takdir hakkının bulunduğu söylemek olanaklı değildir. Ancak, idari yargının denetimine bağlı olması gereken idari bir uyuşmazlığın çözümü, haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde yasakoyucu tarafından adli yargıya bırakılabilir. Dava konusu kuralla, sadece kişinin vücut bütünlüğüne verilen maddi zararlar ile buna bağlı manevi zararların ve ölüm nedeniyle oluşan maddi ve manevi zararların tazmini konusu kapsama alınmakta ve bu tazminat davalarına bakma görevi asliye hukuk mahkemelerine verilmektedir. Buna göre, aynı idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararlar kapsama alınmadığından, sorumluluk sebebi aynı olsa da bu zararların tazmini*

[130] Eren, 649, 661. Zabunoğlu, C.II, 447.

[131] RG: 19.5.2012, no: 2897.



*davaları idari yargıda görülmeye devam edecek, bu durumda, idarenin aynı yapı içinde aldığı kararın bir bölümünün idarî yargıda bir bölümünün adli yargıda görülmesi yargılamanın bütünlüğünü bozacaktır. Ayrıca iki ayrı yargı kolunda görülen davalarda, idarenin sorumluluğu, bu sorumluluğun kapsamı, idarenin tazmin yükümlülüğü konularında farklı sonuçlara ulaşılabilecektir. Esasen idare hukukunda var olan hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk kavramları, kişilerin gördüğü zararların tazmininde kullanılan ve kişilerin idare karşısında korunma kapsamını genişleten kavramlardır. İdare hukukunda, idarenin hiçbir kusuru olmasa da sosyal risk, terör eylemleri, fedakârlığın denkleştirilmesi gibi kusursuz sorumluluğa ilişkin kavramlara dayanılarak kişilerin uğradığı zararların tazmin edilmesi mümkündür. Özel hukuk alanındaki kusursuz sorumluluk halleri ise belirli konular için düzenlenmiş olup sınırlıdır. İdarenin idare hukuku esaslarına dayanarak tesis ettiği tartışmasız bulunan eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararlara ilişkin davaların idarî yargı yerlerinde görülmesi gerektiği kuşkusuzdur. Bu nedenle, yukarıda belirtildiği gibi aynı idari eylem, işlem veya sorumluluk sebebinden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin davaların farklı yargı yerlerinde görülmesinde kamu yararı ve haklı neden olduğu söylenemez... Açıklanan nedenlerle, iptali istenen kural, Anayasa'nın 125., 155. ve 157. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir” ifadelerine yer verilmiştir.*

Anayasa Mahkemesinin anılan iptal kararının gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, idarenin aynı eylem ve işlemlerinden doğan zararın türüne göre yargı yolu değişikliği yapıldığından, aynı eylem veya işlem dolayısıyla idare hem adli yargıda hem de idari yargıda uyuşmazlık tarafı olmak zorunda kalacak ve aynı işlem veya eylem dolayısıyla verilecek farklı yargı yollarındaki kararlar birbirinden oldukça farklı sonuçlar yaratabilecektir. Zira bilindiği üzere, idari yargıda idarenin sorumluluğuna ilişkin ilke ve esaslar ile adli yargıda sorumluluk ilke ve esasları birbirinden oldukça farklıdır. Bu itibarla, anılan iptal kararı gerekçesiyle birlikte değerlendirildiğinde kanımızca artık 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 55/2. maddesinin uygulanma kabiliyeti kalmamıştır. Zira anılan 55/2 hükmü, 6100 sayılı Kanunun 3. maddesiyle aynı amacı taşımakta, hatta anılan hükümler, birbirlerini tamamlayıcı özellik arz etmektedir. Zira adli yargıda görülen bir davada idare hukuku ilke ve kuralları uygulanamayacağı gibi idari yargıda görülen bir davada da borçlar hukuku ilke ve kuralları uygulanamaz. Bu itibarla, Anayasa Mahkemesinin anılan iptal kararının 6098 sayılı Kanunun 55/2. maddesinin uygulanmasını fiilen ortadan kaldırdığı kanaatindeyiz. Bu nedenle idare aleyhine vücut bütünlüğünün ihlali veya kişinin ölümü nedeniyle 6098 ve 6100 sayılı Kanunların anılan hükümleri yürürlüğe girmeden önce açılan tam yargı davalarında uygulanan ilke, esas ve kuralların halen uygulanması gerektiği ve idari yargının eskiden olduğu gibi bu ilke, kural ve esaslara göre karar vermesi gerektiği düşüncesindeyiz.



Bu itibarla, yukarıda işçi ve hak sahiplerinin tazmin edici hakları bakımından yapılan değerlendirmelerin, idari yargıyı ilgilendiren tek boyutu maddi tazminat ile destekten yoksun kalma tazminatının hesabına ilişkin olarak belirtilenlerdir. Zira idari yargıda da, zarar ve tazminat hesabı, adli yargıda olduğu gibi yapılmaktadır<sup>[132]</sup>. Her iki yargı kolunda da amaç, zararın tazminidir; dolayısıyla mevcut zararın farklı şekilde hesabı ve tazmini mümkün değildir. Buna karşılık idari yargıda, idarenin sorumluluğunun dayandığı esaslar, işverenin sorumluluğunun dayandığı esaslardan oldukça farklıdır<sup>[133]</sup>. Bu itibarla aşağıda, idare hukuku ilke ve kuralları gereğince işçi niteliği taşımayan kamu personelinin idarenin 6331 sayılı Kanun ve bu kanuna dayalı olarak hazırlanan diğer mevzuat hükümlerine aykırı eylem ve işlemleri dolayısıyla uğramış oldukları zararları hangi kural ve esaslar çerçevesinde talep edebilecekleri üzerinde durulacaktır.

#### **aa. 6331 Sayılı Kanun-Hizmet Kusuru İlişkisi**

İdarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için, özel hukuktan farklı olarak, idarenin hizmet kusuru yaratmış olması gerekir, meğer ki kusursuz sorumluluk hallerinden biri söz konusu olsun. Bu nedenle “*hizmet kusuru*” kavramının açıklanması gerekmektedir. “*Hizmet kusuru*”, idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde veya işleyişindeki bozukluk ve aksaklığı ifade eder<sup>[134]</sup>. Bu nedenle hizmet kusuru, nesnel ve anonim niteliğe sahiptir<sup>[135]</sup>. Diğer bir anlatımla, hizmet kusuru, o hizmeti sunan kişilerin kusurundan bağımsız, ihmal, kast veya dikkatsizliğe dayanmayan, dolayısıyla kişilere değil hizmete ilişkin nesnel ve anonim bir kusurdur<sup>[136]</sup>. Bu itibarla idarenin yürüttüğü hizmetin kötü veya geç işlemesi ya da hiç işlememesi hizmet kusuru olarak nitelendirilir<sup>[137]</sup>. Bu halde idarenin sorumluluğunun doğabilmesi için, söz konusu hizmeti yürütmekle görevli olanların bireysel kusurlarının varlığı önem taşımaz<sup>[138]</sup>.

Çalışma konumuz açısından önemli olan, bu kusurun belirlenmesinde yararlanılan “*hizmet*” kavramının neyi ifade ettiğidir. Zira 6331 sayılı Kanunun ve buna dayalı olarak hazırlanan iş sağlığı ve güvenliği mevzuatının idareye yüklediği yükümlülüklerin “*hizmet*” olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinin

[132] Zabunoğlu, C.II, 444-448.

[133] Nitekim bu nedenle, TBK'nun 55/2. maddesine ilişkin değerlendirmesi için bkz. Şahlanan, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çalışma Mevzuatı Semineri, 26-30 Eylül 2012, Antalya, Tartışmalar, 92-93.

[134] Günday, 244. Zabunoğlu, C.II, 413.

[135] Günday, 245. Zabunoğlu, C.II, 413-414.

[136] Günday, 245. Zabunoğlu, C.II, 413-415.

[137] Günday, 245-247. Zabunoğlu, C.I, 713. Krşz. Gözler, 725.

[138] Günday, 244-249. Zabunoğlu, C.I, 713-714, 718-720.

tespitiyle, anılan mevzuata aykırılıkların hizmet kusuru olarak sınıflandırılarak idarenin sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği belirlenebilecektir.

İdare hukukunda hizmet kusurunun belirlenmesinde hizmetten kasıt, idari bir görev veya faaliyettir. İdari görev ve faaliyet kavramı, kamu hizmetinden daha geniş bir kapsama sahiptir ve idarenin yürüttüğü her görev ve faaliyet bu kapsamda değerlendirilebilir<sup>[139]</sup>. Kavramın bu kadar geniş tutulmasının sebebi, idarenin sorumluluğuna gidilebilmesinin kolaylaştırılmasıdır.

6331 sayılı Kanun ve bu kanuna dayanılarak hazırlanan mevzuatta öngörülen yükümlülüklerin özel işyerleri gibi kamu işyerleri, dolayısıyla idare tarafından da yürütülmesi gereken bir görev ve faaliyet olduğu açıktır. Bu nedenle anılan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi ya da kötü veya geç yerine getirilmesi, idarenin hizmet kusuru olarak nitelendirilecek ve idarenin mali sorumluluğu doğacaktır. Belirtmek gerekir ki, işçi niteliği taşımayan kamu personeli 6331 sayılı Kanun kapsamına alınmasaydı da idare, meydana gelen bir iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle çalışan personeline karşı sorumlu olacaktı. Ancak bu halde memur veya kamu görevlisinin idarenin hizmet kusurunu, diğer bir ifadeyle dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal ettiğini ispat etmesi gerekecekti. 6331 sayılı Kanun ve buna dayanan mevzuat hükümleriyle idareye doğrudan görev yüklediğinden, söz konusu yükümlülüklerin ihlal edildiğinin ispatı idarenin hizmet kusurunun varlığının belirlenmesi için yeterli olacaktır. Zira idarenin hukuka aykırı eylemde bulunması veya işlem tesis etmesi, idare tarafından yürütülen hizmetin kusurlu olduğu anlamına gelir<sup>[140]</sup>.

### ***bb. İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatına Aykırılığın Kamu Personelinin Kusurundan Kaynaklanması***

Hizmet kusurunun, idare tarafından yürütülen görev ve faaliyetlerin kurulması, düzenlenmesi ve işletilmesindeki aksaklık veya bozukluk anlamına geldiği yukarıda açıklanmıştı. Bu itibarla hizmet kusuru, bu idari görev veya faaliyetle görevli kamu personelin “görevlerinin ifasından ayırlamaz” nitelikteki kusurlarından kaynaklanır. Ancak bazı durumlarda, hizmet kusuruna sebep olan, idari görev veya faaliyetle görevli kamu personelinin, görevinin ifasından ayrılan kişisel kusuru olabilir<sup>[141]</sup>. Burada önemli olan, kişisel kusurun hizmet kusurunu ve dolayısıyla idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmadığıdır. Zira idare kişisel kusur işleyen kamu görevlisini kendisi seçmiş ve onun üzerindeki eğitim ve denetim görevini tam olarak yerine getirmemiştir<sup>[142]</sup>. Bu halde zarara

[139] Gözler, 726. Günday, 244-245. Zabunoğlu, C. II, 423.

[140] Günday, 248. Zabunoğlu, C.I, 714.

[141] Zabunoğlu, C.I, 718-719. Aynı yazar, C.II, 427-428. Günday, 249-251.

[142] Günday, 250-251.

uğrayan kişinin zararının tazminini kimden talep edebileceği önemli bir sorundur. Bununla birlikte, kamu personelinin hizmetle ilgili olmayan, daha açık bir ifadeyle görevleri dışında ve resmi sıfatından kesin şekilde ayrılmış kusurlu eylem ve işlemleri, hizmet kusuru olarak değerlendirilemez, dolayısıyla idarenin değil kamu personelinin şahsi sorumluluğunun doğmasına neden olur<sup>[143]</sup>.

O halde çalışma konumuz açısından önemli olan, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatının idare tarafından uygulanmasında görevlendirilen kişilerin kusurları dolayısıyla idarenin sorumluluğunu doğuran hizmet kusurunun varlığıdır. Bu itibarla belirlenmesi gereken, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4/A bendinde belirtilen memurlar, 4/B bendinde belirtilen sözleşmeli personel ve 4/C bendinde düzenlenen geçici personel ile 4/D bendinde tanımlanan işçilerin idare tarafından yürütülen iş sağlığı ve güvenliği faaliyetlerinde görev alması durumunda sorumluluğun kime ait olacağı hususudur.

Bu değerlendirmenin yapılabilmesi için, Anayasanın 129/5. maddesinde yer alan “*Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir*” hükmünün kapsamının belirlenmesi gereklidir. Zira hükümde doğrudan “*memurlar ve diğer kamu görevlileri*”nin yetkilerini kullanırken kusurlarıyla verdikleri zararlardan kaynaklanan tazminat davalarının idare aleyhine açılması gerektiği düzenlenmiştir. O halde ilk olarak belirlenmesi gereken, “*diğer kamu görevlileri*” kavramının kapsamına hangi statüde çalışanların girdiği hususudur.

Bu açıdan yapılan değerlendirme ne yazık ki, Devlet Memurları Kanunu yanında çıkarılan birçok düzenleme sonucunda yaratılan karmaşık devlet istihdam politikasının bir sonucu olarak çok net temellere dayandırılamamakta ve dolayısıyla net çözüm yolları sunamamaktadır. Bununla birlikte, “*diğer kamu görevlileri*” ifadesinin kapsamının belirlenmesi için ilk değerlendirilmesi gereken hükmün, Anayasanın 128/1. maddesi olduğu açıktır. Anılan hükme göre “*Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslı ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür*”. Söz konusu hüküm, “*diğer kamu görevlileri*”ni doğrudan tanımlamamakta, ancak en azından kişilerin diğer kamu görevlisi olarak nitelendirilebilmeleri için hangi tür görevleri yürütmekle görevli olmaları gerektiğini belirtmektedir<sup>[144]</sup>. Bu itibarla, genel idare esaslarına göre yürütülen, aslı ve sürekli kamu hizmetinin gerektirdiği görevleri yürüten kişilerin “*memur*” veya “*diğer kamu görevlisi*” sıfatı taşıdığı açıktır. O halde hükümde belirtilen nitelikleri taşıyan kamu hukukuna tabi

[143] Günday, 249. Zabunoğlu, C.I, 719.

[144] Zabunoğlu, C.I, 621.

görev ve idari faaliyetleri yürüten kişilerin, bu görevleri yerine getirirken yapmış oldukları kusurlu davranış veya işlem nedeniyle vermiş oldukları zararlardan dolayı tazminat davalarının doğrudan idare aleyhine açılması gereklidir. Tam yargı davası sonucunda tazminat ödemek zorunda kalan idarenin ise, AY 129/5 uyarınca memur ve diğer kamu görevlilerine adli yargıda, dolayısıyla borçlar hukuku ilke ve kurallarına göre rücu hakkı saklıdır<sup>[145]</sup>. Nitekim 657 sayılı Kanununun 13. maddesinde de “*Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar....Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır*” hükmüne yer verilmiştir.

O halde Anayasanın 128 ve 129/5. maddeleriyle DMK'nun 13. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, kamu hukukuna tabi bir görev veya bir idari faaliyet yürütmekle görevli olan kamu personelinin bu görevleri yerine getirirken işlemiş oldukları kusur sebebiyle vermiş oldukları zarar dolayısıyla açılacak tazminat davası, bir tam yargı davası niteliği taşıyacak ve idarenin personeline rücu hakkı saklı kalacaktır.

Bu nedenle idarenin sorumluluğu bakımından kanımızca önemli olan, hizmet kusuruna sebep olan kamu personelinin hukuki statüsü değil, kamu personelinin yürütmekle görevli olduğu işin idari faaliyet veya kamu hukukuna tabi bir görev niteliği taşıyıp taşımadığıdır. Burada belirtmek gerekir ki, bir faaliyetin idari veya kamu hukukuna tabi ödev niteliği taşıyabilmesi için onun sadece kamu idaresi tarafından sunulan bir hizmet olması gerekli değildir. Zira aksi halde SGK sağlık hizmeti sunucusu olan hastanelerde yürütülen sağlık hizmetinin bir idari faaliyet olmadığı sonucuna varılır ki, bunun idare hukuku ilke ve kuralları çerçevesinde kabulü mümkün değildir. Bu nedenle yukarıda da açıklandığı üzere, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatındaki yükümlülüklerin özel hukuka tabi işyerlerini kapsamaması, bu yükümlülüklerin idare açısından bir idari faaliyet ve hatta kamu hukukuna tabi görev olma özelliğini yitirmesine neden olmaz. Bu itibarla kanımızca, idarenin uymakla yükümlü olduğu iş sağlığı ve güvenliği mevzuatındaki yükümlülükleri yerine getirmek ve yürütmekle görevli kamu personeli, DMK'nun 4/D bendi kapsamında iş sözleşmesiyle istihdam edilse dahi, Anayasanın 128. maddesi anlamında “*diğer kamu görevlisi*” kavramı içinde değerlendirilmeli ve bu kişinin kusuruyla sebep olduğu zararların tazmini için AY 129/5 uyarınca idare aleyhine tam yargı davası açılmalıdır. O halde idarenin işyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanı olarak görevlendirdiği kişi, iş sözleşmesine dayanarak bu hizmeti verse dahi, bu kişinin ihmali, bağışlanamaz kusuru veya kastı sebebiyle vermiş olduğu zarardan sorumluluk idareye ait olacak ve idare aleyhine tam yargı davası açılacaktır. Ancak işyeri hekimi

[145] Günday, 251-252. Zabunoğlu, C.I, 690-691.

veya iş güvenliği uzmanının kusuru, idarenin iş sağlığı ve güvenliği faaliyetini sunmak için yaptığı eylem ve işlemlerle kaza veya hastalık arasındaki illiyet bağına kesecek ağırlıkta olursa, bu halde idarenin sorumluluğundan söz edilmesi mümkün olmayacaktır<sup>[146]</sup>. Aynı sonuca, iş sağlığı ve güvenliği hizmetinin sunulması için idarenin, DMK'nun 4/A, 4/B ve 4/C bendine göre istihdam edilenleri görevlendirmesi halinde evleviyetle varılmalıdır.

Bu konuda değerlendirme yaparken, zarar gören kişinin hukuki statüsü önem arz etmektedir. Zira idarenin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülükleri, kendi personeline karşı yüklenmiş olduğu bir görevdir. Bu nedenle bir kamu kurumunda asansörün gerekli bakımlarının yapılmaması nedeniyle zarara uğrayan üçüncü kişi ile o kamu kurumunda istihdam edilen memur veya diğer kamu görevlileri bakımından tam yargı davasının dayanağı bakımından farklılık mevcut olacaktır. Şöyle ki, memur veya diğer kamu görevlisi yahut 4/C'li personel, bu sebeple uğradığı zararın tazmin talebinde iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına dayanarak gerekli önlemlerin alınmadığını ileri sürecekken, üçüncü kişi, idarenin gerekli dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle hizmet kusurunu ispat etmek zorunda kalacaktır.

### ***cc. Dava Açma Süresi ve Müddeabbih***

6331 sayılı Kanuna aykırılık genellikle idarenin ihmali davranışından kaynaklanacağından, bu ihmali eylemden zarar gören kamu personelinin tam yargı davası açmadan önce 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 13. maddesine uygun şekilde idareye başvuru yapması gerekmektedir. Zira anılan hükme göre, “*İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir*”.

Bu itibarla, 6331 sayılı Kanuna aykırılık nedeniyle zarara uğradığını iddia eden ve işçi sıfatı taşımayan kamu personeli, ilk olarak zararının tazmini için eylemin tamamlandığı ve zararın kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde<sup>[147]</sup> ve her halde eylemin gerçekleştiği tarihten itibaren beş yıl içinde idareye başvuru yapmalıdır<sup>[148]</sup>. Bu başvuruya cevap verilmesi halinde, cevabın tebliğinden itiba-

[146] Zabunoğlu, C.II, 407. Aynı yazar, C.I, 736.

[147] D10D, 20.12.2006, 2931/7287, www.kazancihukuk.com (28.08.2013). Ayrıntılı bilgi için bkz. Zabunoğlu, C.II, 393-401.

[148] D13D, 06.12.2006, 2249/4664, www.kazancihukuk.com (28.08.2013).

ren; cevap verilmemesi halinde 60 günlük bekleme süresinin sonundan itibaren 60 gün içinde idari yargıda tam yargı davası açılmalıdır. Burada önemli olan husus, kamu personelinin idareye başvurusunda bir zarar miktarı belirtmekle yükümlü olup olmadığıdır. Zira bilindiği üzere İYUK'un 30.4.2013 tarihinde yürürlüğe giren 6459 sayılı Kanunla değişik 16/4. maddesi uyarınca idari yargıda bir defaya mahsus olmak üzere ıslah mümkün hale gelmiştir. Bu değişiklikten önce, tam yargı davası açmadan önce idareye yapılan başvurularda bir miktar belirtilmesi zorunluluğunun bulunduğu ifade ediliyordu<sup>[149]</sup>. Zira o dönemde, kişinin idareye yaptığı başvuruda belirttiği miktardan daha az miktarda dava açabileceği kabul edilirken, bundan daha fazla miktarda dava açmasının ıslah yolu mümkün olmadığından riskli olduğu ileri sürülüyordu<sup>[150]</sup>. Ancak 6459 sayılı Kanunla İYUK'ta yapılan söz konusu değişiklikle, kişinin tam yargı davası açarken belirttiği miktarı dahi ıslah edebileceği kabul edildi. Bu durumda artık kamu personelinin tam yargı davası açmadan önce idareye yaptığı İYUK'un 13. maddesi kapsamındaki başvuruda ayrıca bir zarar miktarı belirtme zorunluluğunun bulunmadığı kanaatindeyiz. Ancak bu halde dahi kamu personelinin, hangi sebeple ne tür bir zarara uğradığını ve hak ihlalinin giderilmesini talep ettiğini idareye açıkça bildirmesi gerekmektedir. Zira tam yargı davası söz konusu talebin reddini konu edineceğinden, dava konusu bakımından somut durumun yapılan başvurudan açıkça anlaşılması gerekir. Bunun gibi, idareye başvuru sırasında zarar miktarını bildirmeyen zarar görenin tam yargı davasını açarken kısmi dava niteliğinde dahi olsa bir miktar belirterek talep sonucu hazırlaması zorunludur.

Burada son olarak belirtilmesi gereken husus, 6459 sayılı Kanunla yapılan değişikliğe ilişkindir. Bilindiği üzere, anılan değişiklikten önce idari yargıda ıslah mümkün değildi. Bu nedenle davacı, idareye karşı tam yargı davası açarken tazminat talebini çok yüksek belirtmiyor ve ıslah da mümkün olmadığından ilk talep ettiği miktarla bağlı kalıyordu. Bu durumun yarattığı en olumsuz sonuç, kişinin gerçek zararından çok daha düşük miktarda tazminatla yetinmek zorunda kalmasıydı. İdari yargıda manevi tazminat miktarları da çok düşük tutulduğundan, bu zararın manevi tazminatla telafi edilmesi de mümkün olmuyordu<sup>[151]</sup>. Bu nedenle anılan kanunla getirilen ıslah imkanı, özellikle 6331 sayılı Kanunun kapsamına kamu personelinin de girmesini daha etkin hale getirmiştir. Zira ıslahın mümkün olmadığı bir yargı kolunda gerçek zararını tazmin ettiremeyen kamu personeli bakımından 6331 sayılı Kanunun etkin koruma sağlayacağı hususu oldukça şüpheli nitelik taşır.

[149] Zabunoğlu, C.II, 398-399.

[150] Zabunoğlu, C.II, 399.

[151] Zabunoğlu, C.II, 449-450.

### cc. İdarenin Kusursuz Sorumluluğu

İdare hukukunda, idarenin hizmet kusuruna dayalı kusurlu sorumluluğu yanında zamanla kusursuz sorumluluğu da kabul edilmiştir. Nitekim 1961 Anayasasının 114. maddesine paralel şekilde düzenlenen 1982 Anayasasının 125. maddesi uyarınca “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır”<sup>[152]</sup>. Bu itibarla idare, hizmet kusuru ve kamu personelinin kusurundan bağımsız olarak, tehlikeli faaliyet veya araç-gereç kullanması yahut niteliği gereği tehlike yaratmaya elverişli mesleklerin yürütülmesi sebebiyle veyahut fedakarlığın denkleştirilmesi amacıyla bireyler karşısında kusursuz sorumlu olmaktadır<sup>[153]</sup>.

Çalışma konumuz açısından önem arz eden husus, iş kazası ve meslek hastalığından doğan zararlardan idarenin kusursuz sorumlu olup olmayacağı-nın belirlenmesidir. Bu açıdan idarenin kusursuz sorumlu olduğu durumlar incelendiğinde, idarenin tehlike esasına dayalı kusursuz sorumluluğunun bazı iş kazası ve meslek hastalıkları bakımından uygulama alanı bulacağına açık olduğu söylenebilir. Zira idare, yürüttüğü tehlikeli iş veya kullandığı tehlikeli araç ve gereç sebebiyle üçüncü kişilere zarar verdiğinde bu zarardan kusuru bulunmasa dahi sorumlu tutulmaktadır. Bu itibarla, idarenin yürüttüğü faaliyet veya kullandığı araç-gereç her zaman nedeni bilinmeyecek şekilde tehlike yaratabilecek niteliğe sahipse ve bu tehlikenin gerçekleşmesi sonucunda kamu personeli hayatını kaybederse, yakınlarının uğramış olduğu zarar tehlike esasına dayalı kusursuz sorumluluk ilkesine dayalı olarak idare tazminle yükümlü olur. Bu halde idarenin, ölen personelinin yakınlarına ödemesi gereken destekten yoksun kalma tazminatı bakımından kusursuz sorumluluk esasına dayalı şekilde sorumlu olduğu söylenebilecektir.

Bunun gibi, kamu personelinin yürüttüğü mesleğin kaçınılmaz tehlikesi mevcutsa, diğer bir anlatımla söz konusu tehlike yürütülen mesleğin niteliğinden kaynaklanıyorsa, görevi sırasında veya görevi nedeniyle kazalanan ya da meslek hastalığına maruz kalan kamu personelinin zararından idare, tehlike (*mesleki risk*) esasına dayalı olarak kusursuz sorumlu kabul edilir<sup>[154]</sup>. Bu itibarla idarenin özellikle tehlike esasına dayalı olarak işçi niteliği taşımayan kamu personelinin uğradığı iş kazası veya meslek hastalığından doğan maddi, manevi ve destekten yoksun kalma tazminatından kusursuz sorumlu olacağı kabul edilmelidir.

Ancak burada belirtmek gerekir ki, idarenin tehlike esasına dayalı sorumluluğu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 71. maddesinde düzenlenen tehlike sorumluluğundan daha geniş kapsamlıdır. Zira yukarıda açıklandığı üzere, TBK'nun 71. maddesinin uygulama alanı bulabilmesi için kanun öngördüğü

[152] Zabunoğlu, C.II, 430-434. Günday, 252,253.

[153] Ayrıntılı bilgi için bkz. Günday, 252-256. Zabunoğlu, C.II, 435-438.

[154] Günday, 253-254. Zabunoğlu, C.II, 436-438.



birtakım şartların somut olayda birlikte mevcut olması gerekir. Ancak idarenin tehlike esasına dayalı kusursuz sorumluluğu için kanunda düzenlenmiş veya Danıştay içtihadıyla oluşturulmuş şartlar mevcut değildir. İdarenin tehlike esasına dayalı sorumluluğunun temelinde, kamu yararı karşılığında uğranılan zararın yine kamuda paylaşılması düşüncesi yatmaktadır. Zira tehlikeli faaliyet yürüten yahut tehlikeli araç-gereç kullanan idare, bu faaliyeti veya araç-gereci kamu yararı amacıyla yürütmekte yahut kullanmaktadır. O halde kamu yararı amacıyla yürütülen tehlikeli faaliyet veya kullanılan tehlikeli araç-gereç dolayısıyla zarar görenlerin zararının illiyet bağı dışında bir şart aranmaksızın kamu tarafından tazmin edilmesi gerekir. Zira bu faaliyet veya araç-gereç dolayısıyla kamu yarar sağlamaktaysa bu yararın sağlanması sırasında zarar görenlerin zararı da yine kamu tarafından karşılanmalıdır. Bu şekilde zarar da yarar gibi kamuya mâl edilmektedir. Bu nedenle idarenin tehlike esasına dayalı kusursuz sorumluluğunun TBK'nun 71. maddesinde düzenlenen tehlike sorumluluğundan çok daha geniş uygulama alanına sahip olduğu kuşkusuzdur.

Son olarak belirtmek gerekir ki, yürütülen görevle kaza arasındaki illiyet bağı<sup>[155]</sup> kesmeyecek oranda kazalanan kamu personelinin de kazanın gerçekleşmesinde kusuru mevcut ise, bu halde kusursuz sorumlu olan idarenin ödeyeceği tazminattan söz konusu kusurun bir indirim sebebi olması gerektiği düşüncesindeyiz. Zira kusursuz sorumlulukta müterafik kusurdan söz edilemese dahi, kazalanan personelin kendi kusurunun en azından indirim sebebi olarak dikkate alınması gerekir<sup>[156]</sup>.

Bunun gibi, idarenin iş kazası veya meslek hastalığından doğan zarardan kusursuz sorumlu olduğu durumlarda, idarenin yürüttüğü tehlikeli faaliyet veya kullandığı tehlikeli araç-gereç ile kaza arasındaki uygun illiyet bağının mücbir sebep yahut üçüncü kişinin veyahut kazalanan personelin ağır kusuru nedeniyle kesilmemiş olması gerekir. Zira kusursuz sorumlulukta dahi uygun illiyet bağı sorumluluğun temelini oluşturur. Burada belirtilmesi gereken husus, beklenmedik olayların, mücbir sebebin aksine illiyet bağı kesmediği hususudur. Zira beklenmedik olay, idarenin iç işleyişinden kaynaklanan ancak beklenmeyen ve öngörülemeyen olaydır. Bu nedenle grizu patlaması, kazan patlaması, elektrik kontağından yangın çıkması, helikopterin düşmesi, cephaneliğin patlaması gibi iş kazalarının çoğunun beklenmedik olay olduğu kabul edilebilir. Burada önemli olan, bu tür durumlarda idarenin hizmet kusuru yaratıp yaratmadığına

[155] İdarenin kusursuz sorumluluğunun kabul edildiği durumlarda illiyet bağının çok daha esnek bir kavram olduğu yönündeki açıklamalar için bkz. Zabunoğlu, C.II, 440.

[156] Krşz. Zabunoğlu, C.II, 442. Ayrıca bkz. Günday, 258. İdarenin hizmet kusuru sebebiyle sorumlu olduğu tazminattan zarar görenin kusuru sebebiyle indirim yapılması gerektiği yönünde, D10D, 8.10.1996, 1508/5887, www.kazancihukuk.com (27.08.2013).

bakılmaksızın idarenin tehlike esasına dayalı kusursuz sorumluluğuna gidilmesi ve beklenmedik olay sebebiyle illiyet bağı tartışması yapılmamasıdır<sup>[157]</sup>.

#### **dd. İdarenin Rücu Hakkı**

Anayasanın 129/5. maddesinde, idarenin tazminat ödemek suretiyle karşıladığı zarara kusuruyla sebep olan personeline, ödemiş olduğu miktarı kusuruyla orantılı olarak rücu etme hakkı tanınmıştır. Nitekim bu hükme paralel olarak 657 sayılı Kanunun 13. maddesinde de “*Kurumun genel bütümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır*” ifadesine yer verilmiştir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, kamu personeli niteliği taşıyan 657 sayılı Kanunun 4/A, 4/B, 4/C ve 4/D statüsünde istihdam edilen kişilerin kamu hukukuna tabi görev veya idari faaliyet yürütmesi halinde bu faaliyet yahut göreve ilişkin kusurlarından dolayı meydana gelen zararın tazmini için idare aleyhine tam yargı davası açılması gerekmektedir. Ancak bu kuralı düzenleyen Anayasanın 129/5. maddesi ile DMK’nun 13. maddesinde, idari faaliyet veya kamu hukukuna tabi görev yürüten personelin idarenin ödemiş olduğu tazminattan kusuru oranında sorumlu olduğu, dolayısıyla idarenin anılan personele rücu hakkı ayrıca düzenlenmiştir. Bu itibarla idare, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini yürütmek üzere görevlendirilen personelin hukuki statüsüne bakılmaksızın kamu personeline vermiş olduğu zararı tazmin edecek, ancak daha sonra iş sağlığı ve güvenliğinden sorumlu personeline borçlar hukuku ilke ve kuralları çerçevesinde adli yargıda rücu davası açabilecektir<sup>[158]</sup>.

Burada önem taşıyan bir husus, kusursuz sorumlu olarak tazminat ödeyen idarenin, iş kazası veya meslek hastalığına kusuruyla sebep olan kamu personeline (657 s. K. 4/A, 4/B, 4/C, 4/D’li personel) kusuru oranında rücu edip edemeyeceğidir. Belirtmek gerekir ki, idarenin zarardan kusursuz sorumlu olması, ödemiş olduğu tazminatı kusuru oranında bu zarara kusuruyla sebep olan kamu personeline rücu etmesine engel teşkil etmez. Zira yukarıda açıklandığı üzere, Anayasanın 129/5. maddesinde idarenin kusurlu personeline ödemiş olduğu tazminatı kusuru oranında rücu edeceği açıkça düzenlenmiştir. Bu itibarla, idarenin kusursuz sorumlu olması sebebiyle tamamını karşıladığı zarara kusuruyla sebep olan personeline kusuru oranında rücu hakkı Anayasanın anılan hükmü uyarınca mümkündür.

[157] Zabunoğlu, C.II, 442.

[158] Ayrıntılı bilgi için bkz. Zabunoğlu, Cilt II, 429, 442-443. Aynı yazar, Cilt I, 686-691.

## SONUÇ

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun kapsamına işçi niteliği taşımayan kamu personeli de dahil edilmiş, böylece kamu idareleri de anılan Kanun ve bu kanuna dayalı olarak hazırlanan iş sağlığı ve güvenliği mevzuatındaki yükümlülüklerle görevli hale gelmiştir. Bu itibarla, çalışanların önleyici ve tazmin edici nitelik taşıyan hakları bakımından hem özel hukuk hem de idare hukuku ilke ve kuralları uygulama alanı bulmaktadır. 6331 sayılı Kanun, çalışanların önleyici nitelik taşıyan haklarında bazı değişiklikler yapmış olmasına rağmen, uzun yıllardır öğretilen önerilen birçok düzenleme ne yazık ki mevzuatımızda yer almamıştır. Bunun gibi, özel hukuka tabi çalışanlar bakımından 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunuyla bazı yeni düzenlemeler getirilmiştir. Bu hükümlerin yaratacağı sorunların başında tazminat miktarında hakkaniyete dayalı değişiklik yapma yasağı, tehlike sorumluluğunun uygulama alanı ve işverenlerin kusursuz sorumluluğu gelmektedir. Bunun gibi, TBK'nun 55. maddesiyle yapılan ve işverenin ödeyeceği tazminat miktarından indirilmesi engellenen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemelerine ilişkin hükümle yıllardır süren tartışmalar sonucunda bir düzene oturan peşin değer indirimine ilişkin içtihadımızda değişiklik yaratılmıştır. Bu içtihat değişikliği, kanun gereği meydana gelmiş olsa da, yarattığı pratik sonucun sorumluluk hukuku ilke ve kurallarına aykırı olduğu açıktır. 6331 sayılı Kanunla çalışan kavramı içine alınan memurlar ve kamu görevlileri de anılan Kanunla kendilerine tanınan önleyici nitelik taşıyan hakları kullanabilecekler, iş kazası veya meslek hastalığına maruz kalmaları halinde hizmet kusuru ispatına gerek kalmaksızın iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına aykırılığı ispat etmek suretiyle tam yargı davası sonucunda tazminat alabileceklerdir. Ancak 6098 sayılı Kanunun 55/2. maddesiyle kamu görevlilerinin tazminat talepleri bakımından da sorun yaratacak bir düzenlemeye yer verilmiştir. Söz konusu hükmün 6100 sayılı HMK'nun 3. maddesinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi üzerine uygulanabilirliğinin kalmadığı kanaatindeyiz. Bu itibarla, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin iş kazası veya meslek hastalığına maruz kalmaları halinde açacakları tazminat davalarının halen idari yargıda tam yargı davası niteliği taşıyacağı kanaatindeyiz. Bu nedenle çalışmamızda idarenin çalışanlarına karşı iş kazası ve meslek hastalığından doğan zararlardan sorumluluğu idare hukuku ilke ve kuralları çerçevesinde incelenmiştir.

## KAYNAKÇA

- AKIN, Levent. (2012). Eski ve Yeni Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Karşısında İşveren ve İşveren Vekili Soumlulukları, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çalışma Mevzuatı Semineri, 26-30 Eylül 2012, Antalya, 13-24.
- AKIN, Levent-Şardan H. Serdar. (2011). Çimento Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliği, İstanbul: Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası (Çimento Sektörü).
- AKIN, Levent. (2009). İSG Açısından İşveren ve Vekillerinin Hukuki, İdari ve Cezai Sorumlulukları, Çimento Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatı, Tebliğler ve Tartışmalar, 14-15 Kasım 2008, Ankara, 65-114 (İş Kazasından Sorumluluk).
- AKIN, Levent. (2005). İş Sağlığı ve Güvenliği, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası III. Yılında İş Yasası Semineri, İstanbul, 302-348 (İş Sağlığı).
- AKIN, Levent. (2005). İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşyerinin Örgütlenmesi, AÜHFD, C.54, S.1, 1-60 (İşyerinin Örgütlenmesi).
- AKIN, Levent. (2004). İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu ve Bundan Doğan Tazminat Davaları, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2002, Ankara, 87-138 (Değerlendirme 2002).
- AKIN, Levent. (2001). İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Ankara: Yetkin Basım Yayım Dağıtım A.Ş. (Maddi Tazminat).
- AKIN, Levent. (1996). Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda İşverenin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğu, Destekten Yoksun Kalma ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat Sempozyumu, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu, İstanbul, 33-50 (Destekten Yoksun Kalma).
- AKYİĞİT, Ercan. (2008). İş Kanunu Şerhi. C.I-II, B.3, Ankara: Seçkin Yayıncılık A.Ş.
- ALPAGUT, Gülsevil. (2004). İş Sağlığı ve Güvenliği Bakımından İşçinin Hakları ve Yükümlülükleri, Meslek Hastalıkları ve İş Kazaları Sempozyumu, Türk Harb-İş Sendikası Eğitim Yayınları, İstanbul, 39-45 (İşçinin Hakları ve Yükümlülükleri).
- ARASLI, Utkan. (2011). Yeni Borçlar Yasası'nın İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Doğan Maddi Tazminat Davalarında Getirdiği Sistem ve Hakkaniyet İndirimi, Sicil, Aralık 2011, S. 24, 141-153.
- ARICI, Kadir. (2013). İş Sağlığı ve Güvenliği, İş Hukukunda Yapılan Son Değişiklikler Semineri, Kamu-İş, 20-21 Şubat 2013, Ankara, 110-124.
- ASLANKÖYLÜ, Resul. (2009). Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, Ankara.
- BAL, Özlem. (2010). Türk İş Hukukund Manevi Tazminat, Ankara.
- BAŞTERZİ, Süleyman. (2009). İSG Mevzuatı ile Sosyal Güvenlik Mevzuatı Arasındaki İlişki, Çimento Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatı, Tebliğler ve Tartışmalar, 14-15 Kasım 2008, Ankara, 115-146.
- BAŞTERZİ, Süleyman. (2011). İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara, 1-131 (Değerlendirme 2009).
- BAŞTERZİ, Süleyman. (2007). Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi, Ankara (Çalışmanın Kesintiye Uğraması).

- CANIKLIOĞLU, Nurşen. (2012). 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çalışma Mevzuatı Semineri, 26-30 Eylül 2012, Antalya, 27-84.
- CANIKLIOĞLU, Nurşen. (2012). İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı'na Göre İş Güvenliği Uzmanı ve İşyeri Hekimi İstihdamı, TİSK İşveren Dergisi, Mayıs-Haziran 2012, 09.06.2013 tarihinde [http://tiskweb.com/isveren\\_sayfa.asp?yazi\\_id=3278&id=134](http://tiskweb.com/isveren_sayfa.asp?yazi_id=3278&id=134) adresinden erişildi (Taslak).
- CENDEL, Tankut. (2011). Türk Borçlar Kanunu'nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması, Sicil, Aralık, S. 24, 13-18.
- ÇELİK, Ahmet Çelik. İş Kazası Nedeniyle Tazminat Davalarında Haksız ve Yasalara Aykırı Uygulamalar ve Yeni Borçlar Kanunu 55. Maddesi, [www.tazminathukuku.com](http://www.tazminathukuku.com) (27.08.2013 tarihinde erişildi).
- ÇELİK, Nuri (2013). İş Hukuku Dersleri, B. 26, İstanbul.
- ÇENBERCİ, Mustafa. (1985). Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara.
- DEMİRCİOĞLU, Murat. (2008). Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 Sayılı İş Yasası, B.2, İstanbul.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra. (2012). Hizmet Sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul, 297-336.
- EKMEKÇİ, Ömer. (2003). 4857 Sayılı İş Kanunu'nda İzinler ve İş Sağlığı ve İş Güvenliğine İlişkin Hükümler, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Yeni İş Yasası Semineri, İstanbul, 177-195.
- EKMEKÇİ, Ömer. (2005). 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, İstanbul 2005 (İşyeri Örgütlenmesi).
- EKONOMİ, Münir. (1987). İş Hukuku, C.I, Ferdi İş Hukuku, B.3, İstanbul.
- EKONOMİ, Münir. İşçinin Gündüz İşi Verilmemesi Nedeniyle İşten Ayrılması Halinde Kıdem Tazminatı, İHU, İşK.14, No.24 (İHU).
- ENGİN, Murat. (2003). Yeni İş Kanunu Tasarısı ve İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, DEÜHFD, S.1, 77-94.
- EREN, Fikret. (2012). Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, B.14, Ankara: Yetkin Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
- EREN, Fikret. (1975). Hukuka Aykırılık Bağı ve Normun Koruma Amacı Teorisi, Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'na Armağan, Ankara (Normun Koruma Amacı).
- EREN, Fikret. (1974). Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara (İşverenin Sorumluluğu).
- ERTÜRK, Şükran. (2012). İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda İşverene Getirilen Yükümlülükler, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 27, Eylül 2012, 13-24.
- EYRENCİ, Ö.-TAŞKENT, S.-ULUCAN, D. (2010). Bireysel İş Hukuku, B.4, İstanbul: Legal Kitabevi San. ve Tic. Ltd. Şti.
- FİŞEK, A. Gürhan. (2004). Yeni İş Yasası ve İş Sağlığı Güvenliği, Çalışma Ortamı, Ocak-Şubat 2004, 2-4, Mayıs-Haziran 2004, 8-11.
- GEREK, Nüvit. (2012). İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun Düşündürdükleri, Sicil, Aralık 2012, Y.7, S.28, 10-19.
- GEREK, Nüvit. (2011). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Öngörülen Tehlike Sorumluluğu, Sicil, Aralık 2011, Y.6, S.24, 31-39 (Tehlike Sorumluluğu).
- GÖKTAŞ, Seracettin. (2008). Türk İş Hukukunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, Ankara.

- GÖZLER, Kemal. (2011). İdare Hukuku Dersleri, B.11, Bursa.
- GÜNDAY, Metin. (1999). İdare Hukuku, B.4, Ankara.
- GÜZEL, Ali. (2010). Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtayın 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirmesi, Ankara, Türk-İş yayını.
- GÜZEL, Ali. (2003). Dünyada ve Ülkemizde İşyeri Hekimliğine Yaklaşım, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Uluslararası ve Ulusal Hukuk Sisteminde İşyeri Hekimliği Sempozyumu, TTB Ankara, 9-64 (İşyeri Hekimliği).
- GÜZEL, Ali-OKUR, Ali Rıza-CANIKLIOĞLU, Nurşen. (2012). Sosyal Güvenlik Hukuku, B.14, İstanbul.
- GÜZEL, Ali-UGAN ÇETİNKAYA, Deniz. (2012). İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Niteliği ve Sınırları, Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum, 2012/3, S.34, 157-188.
- KAPLAN, Emine Tuncay. (1992). İşverenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M. (2012). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.16, Ankara.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M. (2011). Yasama Organının Temel Kanunlarda İşlevi, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.III, İstanbul 2011, 2587-2605 (Yasama Organı).
- KILIÇOĞLU, Mustafa. (2008). Tazminat Esasları ve Hesap Yöntemleri, B.2, Ankara.
- NARMANLIOĞLU, Ünal. (2012). İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, Yeni Mevzuata Göre Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, İstanbul.
- OCAK, Saim. (2012). 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun Tarafalara Getirdiği Yükümlülükler, İş Sağlığı ve İş Güvenliği'ne Hukuki Bakış Paneli, Öz İplik-İş Sendikası ve Yeni Yüzyıl Üniversitesi, 12 Ekim 2012, İstanbul, 109-171.
- OĞUZ, Özgür. (2011). AB Direktifleri ve Türk İş Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenlerin Yükümlülükleri ve İşçilerin Hakları. İstanbul.
- OĞUZMAN, M. Kemal. (1969). İş kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan İşverenin Sorumluluğu, İÜHF, C.XXXIV, S.1-4, 322-342.
- OĞUZMAN, M. Kemal-Barlas, Nami. (2010). Medeni Hukuk, B. 16, İstanbul.
- OĞUZMAN, M.Kemal-ÖZ, Turgut. (2012). Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.1, İstanbul.
- PELISSIER, Jean/AUZERO, Gilles/DOCKES, Emmanuel. (2011). Droit du travail, 26. éd. Paris.
- PINAR, İbrahim. (2006). Açıklamalı Devlet Memurları Kanunu Şerhi, B.9, Ankara.
- SERATLI, Gaye Burcu. (2003). İş Kazasından Doğan Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara.
- SOYER, Polat. (2011). İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, Koşulları, Kullanılması ve Hukuki Sonuçları, Prof. Dr. sarper Süzek'e Armağan, C.I, İstanbul, 657-689.
- SOYER, Polat. (2013). Borçlar Kanununun İş Hukukuna Etkileri, İş Hukukunda Yapılan Son Değişiklikler Semineri, Kamu-İş, 20-21 Şubat 2013, Ankara, 1-18 (Borçlar Kanunu).
- SOYER, Polat. (2003). 4857 Sayılı Yeni İş Kanununun Ücret, İşin Düzenlenmesi, İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler, 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları, Türk-İş, 12-36 (Yeni İş Kanunu).

- SÖZER, Ali Nazım. (2013). Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, İstanbul.
- SUR, Melda. (2005). İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, 395-414.
- SÜZEK, Sarper. (2012). İş Hukuku, Yenilenmiş 8. Baskı, İstanbul.
- SÜZEK, Sarper. (2009). Bireysel İş Hukukununun Bugünü ve Geleceği, Sicil, 14, Haziran, 5-28 (İş Hukukununun Geleceği).
- SÜZEK, Sarper. (1985). İş Güvenliği Hukuku, Ankara (İş Güvenliği).
- SÜZEK, Sarper. (2005). İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Hakları ve Yükümlülükleri, İHSGHD, Y.2005, S.6, 609-622 (İşçilerin Hakları).
- SÜZEK, Sarper. (2003). Bireysel İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2001, Ankara, 1-57 (Değerlendirme 2001).
- ŞAHLANAN, Fevzi. (2012). Tartışmalar. Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çalışma Mevzuatı Semineri, 26-30 Eylül 2012, Antalya, 92-94.
- ŞAKAR, Müjdat. (2010). İş Kanunu Yorumu, B.5, İstanbul.
- TANDOĞAN, Haluk. (1961). Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi. (1968). İş Kazalarından ve Meslek Hastalıklarından Dolayı İşverenin Sorumluluğunun Sınırlanması Meselesi, MHAD, S. 3, 79-91.
- TUNCAY, Can. (2012). Tartışmalar. Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çalışma Mevzuatı Semineri, 26-30 Eylül 2012, Antalya, 90-92.
- TUNCAY, Can/EKMEKÇİ, Ömer. (2012). Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, B.15, İstanbul.
- TUNÇOMAĞ, Kenan. (1986). İş Hukuku, C.I, B.4, İstanbul.
- ULUSAN, İlhan (1990). Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu ve Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul.
- URHANOĞLU CENGİZ, İstar. (2011). İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülüklerle Aykırılığın Yaptırımı Olarak İşin Durdurulması veya İşyerinin Kapatılması. Prof. Dr. sarper Süzek'e Armağan, 1957-1982.
- ZABUNOĞLU, Yahya Kazım. (2012). İdare Hukuku, Cilt 1, Ankara (C.I).
- ZABUNOĞLU, Yahya Kazım. (2012). İdare Hukuku, Cilt 2, Ankara (C.II).