



“Bandrol Uygulaması’na İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin
5. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde bandrol taşıması zorunlu
değildir.”

Genel Yayın Sıra No

2016 / 10

ISBN No: 978-605-9050-86-9

Yayıncı Sertifika No: 12457

Yayına Hazırlayan

İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu

İstanbul Barosu Yayınları

Şahkulu Mah. Serdar-ı Ekrem Cad. No:7

Galata-Beyoğlu-İstanbul

Tel: (0212) 251 63 25 / Faks: (0212) 293 89 60

Yayın Kurulu: (0216) 427 37 22

www.istanbulbarosu.org.tr

dergi@istanbulbarosu.org.tr

Tasarım / Uygulama / Baskı

Ege Reklam ve Basım Sanatları San. Tic. Ltd. Şti.

Esatpaşa Mah. Ziyapaşa Cad. No: 4 / 1

347047 Ataşehir-İstanbul

Tel: (0216) 470 44 70 / Faks: (0216) 472 84 05

www.egebasim.com.tr

Birinci Basım: Haziran 2016

Bu kitap İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Kararı ile bin adet basılmıştır.

İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

2015 Yılı Toplantıları



İSTANBUL BAROSU YAYINLARI



Galatasaray Üniversitesi - İstanbul Barosu



İŞ HUKUKUNA İLİŞKİN SORUNLAR ve ÇÖZÜM ÖNERİLERİ 20. TOPLANTISI 29-30 Mayıs 2015

29 Mayıs 2015

9.30-10 Açılış Konuşmaları

I. Oturum 10.00-11.15

Oturum Başkanı:

Av. Abdi PEŞOK
İstanbul Barosu SEM İş Hukuku Bölüm Başkanı
İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun temel esasları

Prof. Dr. Erdem ÖZDEMİR
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

11.15-11.30 Ara

11.30-12.30 Genel Görüşme

12.30-14.00 Öğle Arası

II. Oturum 14.00-14.45

Oturum Başkanı:

Biröl SÖNER
Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Üyesi
İş kazası ve meslek hastalığından doğan rücu davaları

Dr. Ersun CİVAN
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

14.45-15.00 Ara

15.00-15.45 II. Oturum

İş kazasında maddi- manevi tazminata ilişkin son gelişmeler

Av. Hasan ERDEM
İstanbul Barosu

Genel Görüşme

15.45-16.00 Ara

16.00-16.45 Genel Görüşme

30 Mayıs 2015

I. Oturum 10.00-11.15

Oturum Başkanı:

Mesut BALCI
Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı

Hizmet tespiti davaları

Doç. Dr. Mahmut KABAKÇI
İstanbul Teknik Üniversitesi

11.15-11.30 Ara

11.30-12.30 Genel Görüşme

12.30-14.00 Öğle Arası

II. Oturum 14.00-15.15

Oturum Başkanı:

Prof. Dr. Ali GÜZEL
Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi

5510 sayılı Kanunun uygulanmasında ortaya çıkan çeşitli sorunlar

Prof. Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

15.15-15.30 Ara

15.30-16.30 Genel Görüşme

Galatasaray Üniversitesi Ortaköy Kampüsü Aydın Doğan Salonu

İÇİNDEKİLER

AÇILIŞ.....	7
AV. HÜSEYİN ÖZBEK.....	9
PROF. DR. MURAT ENGİN	11
1. GÜN	
I. OTURUM.....	13
AV. ABDİ PESOK	13
PROF. DR. ERDEM ÖZDEMİR.....	15
SORU -YANIT.....	68
II.OTURUM.....	85
BİROL SONER.....	85
DR. ORHAN ERSUN CİVAN.....	87
AV. HASAN ERDEM.....	211
SORU - YANIT.....	229
2. GÜN	
I. OTURUM.....	252
MESUT BALCI.....	253
DOÇ. DR. MAHMUT KABAKÇI.....	255
SORU - YANIT.....	273
II. OTURUM.....	289
DOÇ. DR. HALİL YILMAZ	289
PROF. DR. NURŞEN CANIKLIOĞLU	290
SORU - YANIT.....	307



GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ-İSTANBUL BAROSU

**İŞ HUKUKUNA İLİŞKİN
SORUNLAR ve ÇÖZÜM
ÖNERİLERİ
20. TOPLANTISI**

29-30 Mayıs 2015

Galatasaray Üniversitesi Kampüsü

SUNUCU- Sayın Yargıtay daire başkanları, Sayın Yargıtay üyeleri, değerli misafirler; Galatasaray Üniversitesiyle İstanbul Barosunun birlikte düzenledikleri “*İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri*” toplantılarının 20.sine hepiniz hoş geldiniz. Toplantının açılış konuşmalarını yapmak üzere öncelikle İstanbul Barosu Genel Sekreteri Sayın Av. Hüseyin Özbek'i kürsüye davet ediyorum.



Av. HÜSEYİN ÖZBEK

İstanbul Barosu Genel Sekreteri

Sayın Yargıtay daire başkanlarım, Yargıtay üyelerim, Galatasaray Üniversitesi'nin değerli akademisyenleri, öğretim üyeleri, sevgili meslektaşlarım; hepinizi İstanbul Barosu adına saygıyla selamlıyorum, hoş geldiniz diyorum. Galatasaray Üniversitesiyle ve Yargıtayımızla yaptığımız etkinlikler bir gelenek haline geldi. Bizim açımızdan da, Galatasaray Üniversitesi açısından da Yargıtayın da çok değerli katkılarıyla bu geleneğin bundan sonraki senelerde de daha nitelikli bir şekilde süreceği inancındayız.

Biz hukukçular demokrasiden bahsediyoruz, hukuktan bahsediyoruz, ama iş yaşamına ilişkin temel bir Anayasa maddesi diyebileceğimiz bir kural vardır. Ekonomik demokrasi olmadan bir ülkede hangi ülke olursa olsun siyasal demokrasinin, çağdaş demokrasinin sağlanamayacağı açıktır ve kesindir. Türkiye'de yakın geçmişteki Soma, yakın geçmişteki İstanbul, Gayrettepe'deki iş kazası, bunlar kamuoyuna da yansıyan, bu anlamda tanınırlık kamuoyu ilgisinin üzerinde yoğunlaşması açısından verilebilecek ilk popüler örnekler, ama asansör faciası diyoruz, asansöre, bir mekanik aparata fatura çıkıyor. Soma'da işte grizu faciası diyoruz, başka yerde başka su baskını diyoruz, başka yerde metan gazı diyoruz. Neticede bir başkasına insan unsuruna, yönetime, yönetim anlayışına, çalışma yaşamına ilişkin iradi bakışı değil de, başka şeylere fatura çıkarıyoruz. Bunların hepsi kader sayfasında yer alabiliyor. İlk günlerde çok yoğun bir ilgiyle başlayan davalar sonradan rutinleşiyor, sıradanlaşıyor, olağan hale geliyor ve faturada ilk baştaki beklentilerden çok farklı kişilere veya çizgiye çıkabiliyor.

Bir ülkedeki kalkınmışlığın yanında ekonomik demokrasinin, siyasal demokrasinin belki en önemli göstergesi çalışma yaşamındaki kurallar manzumesi, hukuk bütünlüğü denilebilir. Türkiye'de nüfus arttığı halde, çalışan insan sayısı arttığı halde, çalışan insan kadar işsiz sayımız da artıyor, o konuda bir doğru orantı var, hatta geometrik bir artış var, ama bu artışta sendikal üyelik anlamında bir düşüş varsa, bir ters orantı varsa Türkiye'de çalışma yaşamında bir şeylerin ters gittiği görülüyor. Bu anlamda sendikal

demokrasinin, ekonomik demokrasinin sağlanamadığı görülüyor. Ekonomik demokrasi sağlanamazsa, genel anlamda demokrasi siyasal demokrasi sağlanamaz, sorunlu olur. Bir yerde patlar, çok daha başka, çok daha büyük sorunlara yol açar, ama bardağın dolu tarafı da Türkiye'deki akademik birikim, siyasal birikim, kültürel birikim, demokrasi tecrübesi, hukuk kültürümüz bunları aşmak için yeterli ve özellikle de niyetimiz subjektifte irade bu konunun daha düzenli, daha hakkaniyetli, emeğin, alın terinin saygı göreceği, itibar göreceği ve hakkının korunacağı bir dönemi, bir geleceği hep birlikte inşa etme konusundaki müşterek irademiz, bunun altını çizmek lazım belki. Biraz toplantıya geç başladık, ben sözü daha fazla uzatmak istemiyorum. Çünkü birazdan burada akademisyenlerimizi, Yargıtay üyelerimizi, uygulamadan gelen meslektaşlarımızı dinleyeceğiz. Çok yararlı görüşmeler olacak. Öyle umuyorum ki burada sunulan tebliğler, metinler kitaba dönüştüğünde kalıcılaşır ve meslektaşlarımızın buraya, bu salona fiziki olarak gelemeyen, iştirak edemeyenlerin de yararına sunulmuş olur. Ben bundan sonraki etkinliklerde de bir arada olmak umuduyla tekrar değerli katılımcılara, tebliğ sunacak arkadaşlarımıza teşekkür ediyorum, saygılar sunuyorum, hayırlı olsun diyorum.

SUNUCU- Diğer açılış konuşmasını yapmak üzere Hocam Prof. Dr. Murat Engin'i kürsüye davet ediyorum.

Prof. Dr. MURAT ENGİN

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yargıtayımızın sayın daire başkanları, sayın üyeleri, saygıdeğer konuklar; biraz önce Baro Başkan Yardımcımızın da ifade ettiği üzere aslında altını çizmek istediği husus sosyal devlet ilkesi. Son yıllarda yozlaştırılan, yozlaşan sosyal devlet ilkesinin aslında ne kadar önemli olduğunu, iş kazalarından, son zamanlardaki sendikal hareketlerden, ülkenin içinde bulunduğu ekonomik ve sosyal durumdan gayet açıklıkla görebiliyoruz. Türkiye'nin ihtiyaç duyduğu sosyal devletin yeniden tanımlanması ve yeniden gündeme getirilmesi, yeniden canlandırılmasıdır ve sosyal devlet aslında demokratik devletin de temel dayanağıdır. Anayasamızda belirtilen demokratik, laik ve sosyal hukuk devletinin, özellikle demokratik devlet ilkesinin hayata geçmesi ve korunabilmesi sosyal devlet ilkesiyle mümkündür. Sosyal devlet aynı zamanda hukuk devletinin de garantörüdür. Bu geçirdiğimiz süreçlerin iş kazalarından doğan acıların, bunlara yaklaşımların bize orta vadede bir şeyler öğrettiğini ve yeniden sosyal devlet, hukukun üstünlüğü, demokrasi kavramlarını yeniden düşünmeye sevk ettiğini umuyorum. Yapılacak akademik çalışmaların da sosyal devlet ilkesine yönelmesi bu açıdan son derece önemli, ülkenin geleceğini yeniden düzenlemek, kurmak, ülkeyi aydınlık yollara çıkartmak ve kalkınmak bu üç temel ilkeye bağlılıkla mümkün olacaktır. Demokratik, sosyal, hukuk devleti ve sosyal hukuk devletinin de temelinde sosyal güvenlik hakkı, iş sağlığı güvenliği, sendikal haklar, alın terine verilen önem hem üretme, hem üretimin sosyal adalet çerçevesinde üretim sonuçlarının paylaşılması yatmaktadır. Ülkenin birliği dahi buna muhtaçtır. Etnik, dini, vesaire ayrımlarıyla şu anda çeşitli sorunlar yaşıyoruz bu konularda, demokratik yapımızda dini, etnik, vesaire ayrımlar önem kazandı, etkili olmaya başladı ki bu son derece tehlikeli bir durum. Bunu çözenin bir yolu veya tek yolu toplum içindeki çatışmaları diğer farklı etnik ve dini dışından bundan ayırıp, sınıfsal menfaatlerin sınıfsal uzlaştırılması, sosyal devlet ilkesi içinde sözleşmeler yoluyla düzenlenmesi, hukuk devleti içinde sorunların ele alınmasıdır. Bir toplumu toplum yapan, modern toplum yapan özellikler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarında belirttiği gibi medeni milletler ailesine dahil kılan temel unsurlar sosyal ve demokratik hukuk

devletidir. Sosyal demokratik hukuk devletini yeniden Türkiye’de hâkim kılmanın yolu öncelikle sosyal haklardan geçiyor. Bu noktada Anayasanın 90. maddesinin son cümlesini de hatırlatmak istiyorum. Orada diyor ki: *“Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerle kanun hükümleri çeliştiğinde uluslararası sözleşme hükümleri doğrudan doğruya uygulanır”* Mealen söyledim. Bu hükmün atıf yaptığı uluslararası hukuk uluslararası insan hakları hukukudur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin deyimiyle medeni milletler ailesinin hukukudur. Bu çerçevede bugün ve yarın burada görüşülecek olan konuları sosyal güvenlik hukukuna ve iş güvenliğine ayırdık, sosyal devletin temel konularına. Umuyorum ki sosyal devlet ilkesi, bugün ve yarın konuşulacak konular sosyal güvenlik hukuku, iş güvenliği hukuku bakımından tartışılacak konular sosyal devlet ilkesinin yeniden restorasyonu bakımından atılacak ilk adımlardan birini teşkil eder. Hepinize sağlıklı ve mutlu iki gün, bol tartışmalı iki gün geçirmenizi dilerim. Teşekkür ederim.

SUNUCU- Toplantımızın ilk oturumuna başkanlık yapmak üzere Sayın Av. Abdi Pesok’u kürsüye davet ediyorum ve *“İş Sağlığı ve Güvenliği Hukukunun Temel Esasları”* başlıklı tebliğini sunmak üzere Hocam Prof. Dr. Erdem Özdemir’i kürsüye davet ediyorum.

I. Oturum

Av. ABDİ PESOK

Istanbul Barosu Staj Eğitim Merkezi İş Hukuku Bölüm Başkanı

Teşekkür ederim. Saygıdeğer İstanbul Barosu yöneticileri, Galatasaray Üniversitesi yöneticileri, saygıdeğer Yargıtay başkan ve daire üyelerimiz, saygıdeğer yargıçlarımız, meslektaşlarımız ve katılımcılar;

Bu seminerin ilk oturumunda Prof. Dr. Erdem Özdemir iş sağlığı ve güvenliğinin temel esaslarını açıklayacak ve birlikte tartışacağız. Erdem Özdemir Hocamız bizim, baro olarak, akademisyenliğinden önce, kendi meslektaşımız diye düşündüğümüz, aileden hukukçu ve avukattır. Hatta, doktor olduğu günlerden bu tarafa devamlı, Baro ve Üniversitenin birlikte düzenlediği seminerlere destek olmuş, katkıda bulunmuş bir akademisyen dostumuz, sevgili arkadaşımızdır.

Profesör unvanıyla da ilk defa bugün yine birlikte olduğumuzu tahmin ediyorum. Hem bu unvanının yararlı olmasını temenni eder, Ülkemize ve Ulusumuza daha da yararlı hizmetler sunacağına emin olduğumu belirtmek isterim.

Gündemle ilgili olarak çok kısa bir-iki konuya değinmek istiyorum. İş sağlığı ve güvenliğinin temel esasları yasayla düzenlenmiştir. Bir yanlış değerlendirme olduğunu zannetmekteyim. Sanki mevzuatta her şey var, uygulamada aksaklıklar var, o yüzden başımıza bu olumsuzluk geliyor şeklinde. Tabii ki uygulamada çok büyük aksaklıklar var, ama mevzuatımızın da çok öyle eksiksiz olduğunu söylememiz doğru değil. Bilemiyorum, hocamız mutlaka değerlendirecektir, yahut, tartışırken bizler değerlendireceğiz. İş sağlığının en önemli vasfı öncelikle insan hayatı olması gerekir. Yoksa, işyerinin güvenliği veya mali imkânlarının güvence altına alınması öncelik arz ettiğini kimse düşünemez. Peki, bu kadar ölümlerde, kazalarda, neden ön sıralardayız? Türkiye Cumhuriyeti, Ülkesi, Devleti, Milletiyle birlikte, dünyada hiçbir zaman, olumlu konularda sıralamaya giremezken,

iş kazası ve meslek hastalığı sayısında ve ölüm sayısında ön sıralarda sıralamadayız. Dünyada da, Avrupa'da da hep ön sıraladayız. Neden böyle olmaktadır? Bunun kusurunun hepimizde olduğu düşüncesindeyim. Birincisi, işverenlerimiz çok açgözlü, ikincisi, yöneticilerimiz, bu açgözlülere fırsat bırakmakta, görevini iyi yapmamakta, üçüncüsü yargımız da verdiği kararlarla yeterince caydırıcı olamamaktadır. Hukukçu olarak bizlerin, yargıçlarımızın ve avukatların, kusuru bulunmaktadır. Bir yerlerde eksiklik yapıyoruz ki, bunları dile getiremiyoruz demek ki, kusuru kendimizde de aramamız gerekir, ama en fazla kusurun bence bu hakkın asıl sahibi olan sendikalarda olduğu kanısındayım. Bunu derken ben sendika hukukçusuym hepimizin bildiği gibi, önce kendimde kusuru aramam gerektiği fikrindeyim. Çünkü bizim yasamızda 6331 sayılı yasada, 13. madde var. Bu 13. Madde, sendikalar tarafından yeterince değerlendirilecek olsa, biraz evvel söylediğim, kusurlu bulduğum, eksik bulduğum kurumların, kişilerin bu rahatlığı bulamayacağı kanısındayım.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 13. maddesi diyor ki: *"Ciddi ve yakın tehlike halinde çalışmama hakkı var işçinin, eğer bu tehlike yakın hale geldiyse, önceden uyarı bile yapmadan işi durdurma hakkı var"* Kanunda açıkça belirtilmiş bu husus, ve, *"bu hallerde işçinin ücretinden kısıtlama yapılmaz"* diyor. Şimdi düşünelim arkadaşlar, bu kadar iş kazası, bu kadar maden kazası varken, bu kazalar halen devam etmekteyken, *"13. maddeye göre falan işyerinde bir direniş oldu, işi bıraktılar"* haberi duyduk mu? Duymadık. Peki, bu kadar sendikalarımız ne yapıyorlar? neden bu kadar sıralamaya girdiğimiz halde, sendikalarımız veya sendikacılarımız bu maddeyi uygulatan bir hareketi, bir zahmet katlandırdılar? O halde önce sendikalarımızı kusurlu bulacağız, yoksa siyasetçiyi kusurlu bulmakla, suçlamakla, yargıyı suçlamakla, işvereni suçlamakla kendi kendimizi avuturuz.

Bu gibi toplantılara bütün sendikalar çağrılmaktadır. Bilemiyorum, az çok tanırım, salonda hiçbir sendikacı göremiyorum. Belki şu anda gözümünden kaçan bir-iki sendikacı arkadaşımız vardır, bu kadar ilgisizler. İşte bütün bunların onların da kulaklarına gidecek şekilde konuşulmasında yarar olduğunu düşünmekteyim. Ben Saygıdeğer Hocamıza sözü veriyorum, 45 dakika Hocam süreniz var, ama, sizi, sürenizi daha da aşmak üzere, biz de tahrik edebiliriz, çünkü ne kadar konuşursanız o kadar çok yararlanırız. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. ERDEM ÖZDEMİR

Marmara Üniversitesi Huku Fakültesi

İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ KANUNUNUN TEMEL ESASLARI

I. GİRİŞ

Uzun yıllar boyunca sadece iş kazaları ile meslek hastalıklarının hukuki ve cezai sonuçları bağlamında incelenen iş sağlığı ve güvenliği konusunun, önleyici bir yaklaşım olarak ilk kez yasal düzeyde ele alınması 4857 sayılı Kanunla gerçekleşmiştir. Mevcut sistemi radikal biçimde değiştiren ve Avrupa Birliği modeli üzerine sistemi kurgulayan 4857 sayılı İş Kanunu ve buna uygun hazırlanan Yönetmelikler 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun yürürlüğe girdiği tarihe kadar geçen yaklaşık dokuz yıllık süreçte birçok kez değişikliğe uğramış, özellikle Danıştay tarafından verilen iptal kararları neticesinde¹ karmaşık bir tablo oluşmuştur². 4857 sayılı Kanunun uygulama alanı kapsamına giren işçilerle sınırlı kalmış, yine küçük işletmeler Kanunun iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin önemli hükümlerinin kapsamı dışında bırakılmıştır. Nihayet, 20 Haziran 2012 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak kademeli olarak yürürlüğe giren 6331 sayılı İş Sağlığı ve İş Güvenliği Kanunu, getirdiği yeniliklerle Türkiye'nin gündemine oturmuş ve iş kazalarını önleme kültürünün yeterince gelişmemiş olduğu ülkemizde, yüksek Avrupa Birliği standartlarının öngörülmesi ve bunların özellikle küçük işletmelere yayılması beraberinde tartışmaları da getirmiştir. Kanunların kolayca değişebilmesi ancak kültürel değişimin zorluğu karşısında, önümüzdeki dönemde yoğun hukuki ve teknik sorunlar kaçınılmaz görünmektedir. Gerçekten yeni mevzuat açısından en önemli sorun insan faktörü bağlamında bilinçlenmenin gerçekleştirilmesidir³.

1 Bkz. T. Centel, İş Sağlığı ve Güvenliği Alanında Son Gelişmeler, Sicil, Eylül 2006, 5 vd.

2 Bkz. Ö. Ekmekçi, 4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, İstanbul 2005, 19 vd; aynı yazar, 4857 sayılı İş Kanunu'nda İş Sağlığı ve Güvenliği, "İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatındaki Değişiklikler ve İşveren Yükümlülükleri" Semineri, Tebliğler ve Görüşler, TİSK-PERYÖN, İstanbul 24 Şubat 2004, 53 vd; G. Alpagut, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı Tas-lağı Sempozyumu, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı, Akademik Görüşler ve Eleştiriler, İstan-bul Barosu Yayınları, İstanbul 2008, 32 vd; E. Cılga, İş Sağlığı ve Güvenliğinde Son Gelişmeler, Sicil, Aralık 2010, 61; B. Piyal, İş Sağlığı ve Güvenliğinde Türkiye'nin Avrupa Birliği' ne Uyum Sorunu, Belediye İş Yay, Ankara 2009, 267.

3 B. Ergin, İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Türkiye Geneli, Prof. Dr. A. Can Tuncay' a Armağan, İstanbul 2005, 148.

Kanuna göre, işverenler mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapmak durumundadır. İşverenin yükümlülüğü bununla da sınırlı tutulmamıştır: İşverenler, işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izlemek, denetlemek ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlamakla da yükümlü olacaktır (m.4).

Kanun tamamen Avrupa Birliği modeli esas alınarak getirildiğinden, işletmenin kendi özel kurallarını kanunkoyucu tarafından çizilen genel çerçeveye göre belirlemesi söz konusu olacaktır. Bunun ise ancak gerçek anlamda katılımcı bir sistemle gerçekleştirilmesi mümkün görünmektedir. İşverenin karşısına çıkacak çalışan temsilcilerinin özgürlüğü, kendini ifade etme noktasındaki etkinlikleri hayati önem taşımaktadır. Bu da demokratik kültürün ne derece gelişmiş olduğu oldukça tartışmalı ülkemizde son derece ciddi bir sorun gibi görünmektedir.

Yeni Kanun, iş sağlığı ve güvenliğine belki Avrupa Birliği ülkelerinden de daha yoğun ve genel biçimde *iş sağlığı ve güvenliği profesyoneli* şeklinde tanımlayabileceğimiz uzman kişileri sisteme dahil etmektedir. Bunlardan işyeri hekimi, gelişmiş bir iş sağlığı ve güvenliği modelinin vazgeçilmez aktörüdür. Hatta tarihsel gelişim süreci içinde bakıldığında iş sağlığı ve güvenliğinin temellerini hekimlerin attığı görülür⁴. Buna karşılık, *“iş güvenliği uzmanı”* daha yeni bir kavramdır. İş güvenliği uzmanlığı da ülkemizde çok geniş biçimde öngörülmüş, kademeli geçiş süreciyle de olsa, hemen her işyeri için istihdam zorunluluğu getirilmiştir. Gerçekten, Kanunun getirdiği en önemli yenilik, işletmenin büyüklüğüne bakılmaksızın hekim ve iş güvenliği uzmanı çalıştırma yükümlülüğüdür: Artık elliden az çalışanı bulunan işyerleri de iş güvenliği uzmanı çalıştırmakla yükümlü olacaktır. Elli ve daha fazla kişi çalıştıran işyerlerinde 01.01.2013 tarihten sonra işin sanayiden olup olmadığına bakılmaksızın uzman çalıştırmak zorunluluğu başlamıştır. Buna göre, 4857 sayılı İş Kanununun mülga 81. maddesi kapsamında çalışanlar hariç kamu kurumları ile 50’den az çalı-

4 H. K. Abrams, A ShortHistory of OccupationalHealth, Journal of PublicHealthPolicy, Vol. 22, No. 1, 38-39; işyeri hekimliğinin “babası” kabul edilen BernardoRamazzini (1633–1714) Modena, İtalya’da hekimlik yapmış ve ünlü kitabı “De MorbisArtificumDiatriba” 1713 yılında Latince olarak yayınlanmıştır. 1715 yılında, “A treatise of theDiseases of Tradesmen, ShowingtheVariousInfluence of ParticularTradesupontheState of Health; withthe Best MethodstoAvoidorCorrectit, andUsefulHintsProperto Be Minded in RegulatingtheCure of AllDiseasesIncidenttoTradesmen” adı altında İngilizce olarak yayınlanmıştır. Bkz. A ShortHistory of OccupationalHealth, 40-41.

şanı olan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için 01.07.2016 tarihinde, 50'den az çalışanı olan tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için 01.01.2014 tarihinde, diğer işyerleri için yayımı tarihinden itibaren altı ay sonra (01.01.2013) tehlike sınıfına göre iş güvenliği uzmanı ve iş yeri hekimi bulundurmaya zorunda olacaklardır. Bu düzenlemelerle beraber, hemen her yerde kurslar açılmış, bir iki yıl içinde sayıları yüzbinlerle ifade edilen "uzman" yetişmiştir. Ancak bu uzmanların ne kadar "uzman" olduğu da ayrı bir tartışma konusu olarak gündeme gelmiştir.

Kanunun diğer bir dikkat çekici özelliği, küçük ve büyük işyeri ayırımını kaldırmış olmasıdır. Kanunun getirdiği yükümlülükler, kurullar ve İSG profesyonellerinin çalışma süreleri dışında genel olarak işletmenin çapı fark etmeksizin uygulanacaktır. Örneğin, 2-3 kişinin çalıştığı bir işyerinde bile risk değerlendirmesi, eğitim, bilgilendirme, acil çıkış planları yapılacaktır. Özellikle bu konu Kanunun hayata geçirilmesi bakımından en kritik nokta olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira istatistikler, iş kazalarının ağırlıklı olarak küçük ve orta çaplı işyerlerinde gerçekleştiğini göstermektedir. Kazaların yaklaşık % 61'lik oranının 50'den az çalışanı olan işyerlerinde gerçekleştiği ifade edilmekte⁵, dolayısıyla bu nitelikte işyerlerinde iş güvenliği kültürünün yerleştirilmesi ülkemiz bakımından hayati önem taşımaktadır. Burada da önemli bir sorunla karşılaşmaktadır. Bu da küçük ve orta çaplı işyerlerinin oldukça karmaşık bir yapı taşıyan hükümleri nasıl uygulayacaktır? Kuşkusuz bu noktada işverenlerin eğitimi ve bilgilendirilmesi büyük bir önem kazanmaktadır. Nitekim Çalışma Bakanlığı Kanunun uygulanması ve yükümlülüklerin anlatılması için kampanya sürdürmekte olup birçok ilde seminer ve çalışmalar düzenlenmiştir⁶.

II. İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİNDE AVRUPA BİRLİĞİ MODELİ: SOMUT ÖNLEM ANLAYIŞINDAN SÜREÇ YÖNETİMİNE

2003 yılında çıkan 4857 sayılı İş Kanununa kadar, gerek uygulama gerekse de akademik çalışmalar hep kaza sonrası sonuçlara odaklanmış, kazaların önlenmesi konusu yeterince gündeme gelmemiştir. Bu dönemde yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanunu, Borçlar Kanunu ve İş Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü hukuksal çerçeveyi çizen başlıca hükümler ol-

5 F. Yılmaz, Ülkemizde KOBİ'lerde İş Sağlığı ve Güvenliği: Avrupa Birliği Ülkeleriyle Karşılaştırılmalı Bir İnceleme, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, 2009/57, 450.

6 H. Polat, 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na Genel Bakış, Toprak İşveren, Mart 2013, S. 97, 7.

muştur⁷. 1926 tarihinde çıkan ve işverenin önlem alma yükümlülüğünü deyim yerindeyse *hakkaniyet* ölçüsü⁸ ile sınırlandıran Borçlar Kanunu, Yargıtay'ca bu şekilde dar bir biçimde yorumlanmamıştır. Yüksek Mahkeme Borçlar Kanununda (örtülü) boşluk olduğundan hareket ederek işverenin sorumluluğunu kusursuz sorumluluk ilkesine dayandırmıştır⁹. Yargıtayın bu yaklaşımı öğretide de kusursuz sorumluluğun ancak kanunla özel olarak öngörülebileceğini öngören görüşlere karşılık, öğretide de taraftar bulmuştur. Özellikle Borçlar Kanununun 332. maddesinin, *1475 sayılı İş K. m.73 hükmü ışığında yorumlanması* kusursuz sorumluluk sonucuna

- 7 4857 sayılı Kanun öncesi dönem için bkz. R. Atabek, İş Kazası ve Sigortası, İstanbul 1978; M. Çenberci, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1986, 782 vd; F. Eren, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara 1974; Z. İmre, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul 1949; S. Süzek, İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985; S. S. Tekinay, İş Kazaları ve Maslak Hastalıklarından Dolayı İşverenin Sorumluluğunun Sınırlanması Meselesi, Mukayeseli Hukuku Araştırmaları Dergisi, Yıl 2, Sayı. 3, 1968, 79-91; K. Tunçoğlu, İş Hukuku, Genel Kavramlar-Hizmet Sözleşmesi, İstanbul 1981; Aynı yazar, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1989; İ. Ulusan, Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, İstanbul 1990; F. Üçışık, İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Sorumluluğu (yayınlanmamış doktora tezi), İstanbul 1982; T. Esener, La responsabilité de l'employeur en cas d'accident de travail, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi; M. R. Karahasan, Tazminat Davaları, İstanbul 1970; M.K. Oğuzman, İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan İşverenin Sorumluluğu, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XXXIV (1969), Sayı: 1-4, 322-342; S. Olgaç, Kazaf ve İlmî İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve İlgili Hususî Kanunlar, İstanbul 1959; aynı yazar, Kazaf ve ilmî içtihatlarla Borçlar Kanunu Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul 1969; K. T. Gürsoy, İşverenin sorumluluğu (BK 332, İş K. 73), AÜHFD, 1974, Cilt: 31, Sayı: 1-4, 185 vd; T. Centel, Çocuklar İle Gençlerin İş Güvenliği, İstanbul 1982, 57 vd; İ. Ulusan-G. Esen, İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Doğan İşverenin Sorumluluğu, İstanbul 1985, 99 vd.
- 8 Süzek' in de isabetli olarak belirttiği gibi; "...maddedeki hakkaniyet sözcüğünden hareketle bazı yazarların iddia ettiği gibi, bu hükümle hakkaniyet esasına dayalı bir kusursuz sorumluluk getirildiğini savunmak mümkün değildir. Çünkü, bu hükümdeki hakkaniyet sözcüğü, işverenin sorumluluğunun dayandığı hukuki esası değil, alınması gereken iş güvenliği önlemlerinin ölçüsünü göstermektedir (Destekten Yoksunluk Ve Cismani Zararlarda İşverenin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğu, Destekten Yoksunluk Ve Cismani Zararlarda Sorumluluk Ve Tazminat, Galatasaray Üniversitesi yay, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar Ve Çözüm Önerileri 1996 Yılı Toplantısı, İstanbul 1996, 26).
- 9 Örneğin Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 2002 yılında verdiği karar, Yüksek Mahkeme kararlarının bu tarihe kadarki gelişimini ve bakış açısını açık biçimde yansıtmaktadır: "İşyerinde meydana gelen iş kazaları sebebiyle işverenin hukuki sorumluluğunun niteliği sorunu, öğretide ve uygulamada zaman içinde 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 bir düzenleme söz konusu olmadıkça asıl olan kusur sorumluluğudur. Sanyinin gelişmesi ve yurt düzeyine yayılması sonucunda işyerlerinde kullanılan teknik ve motorlu araçların her geçen tarih daha fazla artması ve bu sebeple de alınabilecek her türlü önlemlerle dahi önüne geçilmesi olanağı bulunmayan tehlikelerin ortaya çıkması, dolayısıyla iş kazaları ve meslek hastalıklarının büyük artışlar göstermesi karşısında kusura dayanan sorumluluk ilkesinin yetersiz kaldığı modern toplum hayatının ihtiyaçlarına cevap vermediği görülmüştür. İşte son zamanlarda kendisini yoğun bir şekilde hissettiren teknik ve teknolojik alanlardaki gelişmeler, kusursuz sorumluluğun bir türü olan tehlike sorumluluğu kavramına ortaya çıkarmıştır. Tehlike sorumluluğunu savunanlar işverenin özen borcunu ideal ölçüler içerisinde yerine getirmesi halinde dahi, meydana gelen zarardan yine de sorumlu tutulması gerektiğini savunmaktadır. Sosyal, ekonomik ve kültürel alanda meydana gelen gelişmeler sebebiyle akdi sorumluluğun da yetersiz kalması üzerine Yargıtay uygulamalarında istikrarlı biçimde tehlike sorumluluğu görüşünü kabul etmektedir. Tehlike sorumluluğu en ağır bir kusursuz sorumluluk halini oluşturmaktadır. Az öncede değinildiği gibi, işveren her türlü özen borcunu yerine getirmiş olsa dahi, meydana gelen kazadan dolayı sorumluluktan kurtulma olanağı yoktur. Bu anlamda tehlike sorumluluğu mutlak bir sorumluluk olarak nitelendirilebilir. Bununla beraber belirtmek gerekir ki tehlike sorumluluğu bir sonuç sorumluluğu da değildir. Gerçekten zarar işletmeye özgü bir tehlikeden doğmamış, yani araya giren bir başka nedenden dolayı meydana gelmişse, işverenin bu zarardan sorumlu tutulmaması gerekir (Y.21HD, 03.10.2002, 7847/8012, www.legalbank.net)

ulaşmada temel çıkış noktası olmuştur. Risk nazariyesine dayalı kusursuz sorumluluk esasına göre, tehlikeli bir iş yapan kimsenin kusursuzluğunu ileri sürerek kazanın sonuçlarından kurtulabilmesi mümkün olmamaktadır. Yüksek Mahkeme de kanunda açık bir düzenleme olmamasına rağmen, yorum yoluyla bunu kabul etmiş ve uzun yıllar kararlarında bu esasları uygulamıştır.

1475 sayılı Kanun ve İş Sağlığı ve Güvenliği Tüzüğü'nün oluşturduğu hukuksal çerçeve genel olarak katılımcı bir modelden uzak bir nitelik taşımıştır. Bu dönemde de kurulması gereken iş sağlığı ve iş güvenliği kurulları vardır; ancak bunlar sadece istişari (danışma) niteliktedir. Buna göre, işveren söz konusu kurul kararlarını isterse uygulamış, istemezse uygulamamıştır. Nitekim çoğu zaman bu kurullar tamamen kâğıt üzerinde kalmış, hatta neredeyse hiç işletilmemiştir. Bu süreçte *İş Sağlığı İş Güvenliği Tüzüğü* özellikle hukuk ve ceza davalarında işverenin kusurunun belirlenmesi noktasında temel referans norm olmuş¹⁰; hatta Tüzük hükümleri dikkate alınmadan verilen hüküm verilmesi Yüksek Mahkemece bozma sebebi yapılmıştır¹¹. Söz konusu tüzüğün temel özelliği, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin tek tek somut biçimde sayılması, *Esin*' in deyimi ile adeta *iş sağlığı ve güvenliği reçetesi* (reçetesel) niteliğinde bulunmasıdır¹². Örneğin, anılan Tüzüğün 23. maddesine göre, "...İşyerlerindeki asma katlara çıkıp inmek için, yerin durumuna göre, eğimli veya dik demir merdivenler kullanılabilir. Ancak, bunların üst ve alt başlarından sağlam bir şekilde tespit edilmiş bulunması, geniş basamaklı ve iki tarafı korkuluklu ve bu korkulukların, merdivenin bittiği asma kat döşemesinde kesilmeyerek **en**

10 Örneğin Yargıtayın 22.1.2004 tarihli kararındaki "...hükme dayanak yapılan kusur raporunun 506 sayılı yasanın 26'ncı, 1475 sayılı yasanın 73 ve işçi sağlığı ve iş güvenliği Tüzüğü'nün 2 vd. maddelerine uygun olarak düzenlenmesi gerektiğinden, İsdemir A.Ş.'nin işveren sıfatıyla, davalı Halil İbrahim Sanar'ın ise 3. kişi olarak olayda sorumlu olup olmadıklarının ayrı ayrı tartışılması icap etmekte; olay iş kazası olduğuna göre işverenin hak sahibi dosyasında sorumlu bulunarak tazminata mahkum edilmesi de nazara alınarak tarafların kusur oranlarının gerçeğe uygun olarak tespiti, işyerinde iş güvenliği tedbirlerini alma ve bu tedbirlere uyulması için gerekli eğitim ve denetim yetki ve sorumluluğunun işverenlere ait olduğu da dikkate alınarak işçi sağlığı ve iş güvenliği konularında uzman bilirkişiler kurulundan yöntemince düzenlenmiş kusur raporu alınması gerekirken işçi sağlığı ve iş güvenliği mevzuatına uygun düşmeyen 14.10.2002 günlü kusur raporunun hükme dayanak yapılması isabetsizdir" anlatımı kusur belirleme süreçlerindeki Tüzüğün işlevini açık şekilde ortaya koymaktadır (Y.10HD, 22.01.2004, E: 2003/9507, K: 2004/211, www.legalbank.net).

11 "...Kusur bilirkişisi olarak seçilen avukatın kural olarak, tek başına işçi sağlığı ve iş güvenliği konularında uzman olduğu söylenemez. Oluşturulacak bilirkişi kuruluna bir hukukçunun katılması mümkün ise de, böyle bir heyet oluşturulmadan işçi sağlığı ve iş güvenliği konularında bilirkişi olarak sadece bir Avukatın görevlendirilmesinde isabet yoktur. Rapor içeriğine göre kusur bilirkişisi olarak seçilen Avukatın işçi sağlığı ve iş güvenliği alanında uzman bilirkişi olmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim verilen rapor işçi sağlığı ve iş güvenliği tüzüğüne uygun olmaması nedeniyle hükme dayanak kılınması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir" (Y.10HD, 07.07.2005, E: 2005/3260, K: 2005/7903, www.legalbank.net).

12 A. Esin, İş Güvenliğinde Uzmanlığın Önemi, Çimento İşveren, Temmuz 2014, 13-14.

az 75 santimetre daha uzatılması gereklidir. 24. maddeye göre, “Bakım, onarım ve kontrol için işyerlerinde kullanılan bütün merdivenler görülecek işe uygun sağlamlıkta olacak ve bunların genişliği **55 santimetreden dar olmayacak eğimleri 60 dereceyi** geçmeyecek ve basamakların, çubuktan yapılmadığı hallerde, **genişlikleri en az (13) santimetre** olacaktır”. Görüldüğü üzere, anılan düzenleme neredeyse milimetresine kadar önlemleri belirlemede, işverene bu konuda inisiyatif tanımamaktadır.

4857 sayılı Kanun ve bununla birlikte yürürlüğe giren yönetmeliklerle kabul edilen Avrupa Birliği modelinde ise, devletin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini tek tek belirleyebileceği kabul edilmemekte, bunların demokratik bir yapı içinde *işyerine özgü biçimde somutlaştırılması* öngörülmektedir. Başka bir anlatımla, Avrupa Birliği Hukukunda, somut olarak hangi önlemlerin alınacağından ziyade, işverenin gerekli önlemleri nasıl ve ne şekilde alacağı “sürecine” odaklanılmıştır¹³. Buna göre iş sağlığı ve güvenliği bir yönetim sistemi olarak değerlendirildiğinde; iş sağlığı ve güvenliği organizasyonu, iş sağlığı ve güvenliği tedbirler toplamı bir “*süreç yönetim sistemi*” olarak da nitelendirilebilir¹⁴.

Benimsenen “süreç yönetimi” modeli kuşkusuz hukuki yapıyı da etkilemekte, taraflara kendileri için en uygun tedbirin ne olduğunu belirleyebilecekleri belirli bir alanın bırakılmasını gerektirmektedir. Nitekim *yeni yönetmelikler artık eski tüzük gibi ayrıntılı ve kazuistik bir yapı taşımamakta*, işverene çizdikleri genel çerçeve içinde önemli ölçüde hareket alanı tanımaktadır. Ancak, Yönetmeliklerin bu niteliği çoğu zaman iş müfettişlerinin de eleştirilerine kapı aralamış; eski somut esaslara dayalı sistemi daha isabetli bulduğu anlaşılan müfettişler yeni çıkan yönetmelikler için “*genel ve muğlak hükümler*” şeklinde ifadeler de kullanmıştır¹⁵. Hatta uzun bir süre boyunca eski tüzüğün yürürlüğünü koruduğu görüşleri de ileri sürülmüş, taraflar bulmuştur¹⁶. Yargıtay da 4857 sayılı Kanun zamanında kusur

13 M. Kabakçı, 6331 Sayılı Kanunun İş Sağlığı ve Güvenliği Anlayışı ve Risklerden Korunma İlkelerinin (m.5) İşlevi, Sicil, Mart 2013, 62.

14 Z.G. Balkır, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetim Sorumluluğu, Sicil Aralık 2012, 31.

15 Ş. Özcan, İş Sağlığı ve Güvenliği Tüzükleri, Sicil, Haziran 2007, 54.

16 Özcan, İş Sağlığı ve Güvenliği Tüzükleri, 51-52; benzer şekilde; S. Baradan' a göre; “...4857 sayılı İş Kanununun yürürlüğe girmesinin ardından yeni bir tüzük yayınlanmamıştır, 11 Kasım 1974 tarih ve 14765 numaralı Resmî Gazete’de yayınlanmış bulunan “İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği” tüzüğü halen yürürlükte olan bir tüzüktür. Bir yandan da, 4857 sayılı İş Kanununun yürürlüğe girmesinden bu yana geçen kısa zaman içerisinde birçok yönetmelik yayınlanmıştır. Ancak Danıştay “İş Sağlığı ve Güvenliği ile ilgili ilkelerin öncelikle üst hukuk normu olan bir tüzükle desteklenmesizin doğrudan yönetmelikle düzenlenmesinin hukuka aykırı bir durum” olduğu yönünde bir kararla yürütmeyi durdurmuştur” (S. Baradan, Türkiye İnşaat Sektöründe İş Güvenliğinin Yeri ve Gelişmiş Ülkelerle Kıyaslanması DEÜ Mühendislik Fakültesi Fen ve Mühendislik Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 1, 87-100, Ocak 2006, 93).

belirleme süreçlerinde Tüzük hükümlerine atıf yapmaya devam etmiştir¹⁷. Tüzükle ilgili oluşan belirsizliğin yine bunu ortadan kaldıran bir tüzükle sonlandırılması düşünülmüş¹⁸, bu düşünce de ancak 23 Temmuz 2014 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan tüzük ile hayata geçirilmiştir¹⁹.

Somut önlem anlayışının terkedilerek *sürece odaklı bir iş sağlığı ve güvenliği anlayışı bizce genel olarak isabetli olmuştur*²⁰. Zira somut önlem anlayışı içinde çoğu zaman düzenleme getirmesi devletten beklenmiş, yeni ortaya çıkan risklere karşı hiçbir tedbir alınmamıştır. Bunun en somut örneği herhalde ekranlı araçlara ilişkin düzenlemelerdir. Bilgisayarlar 80'li yıllarda hayatımıza girmiş, ancak ülkemizde ilk kez bu konuda 23/12/2003 tarihli ve 25325 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Ekranlı Araçlarla Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik ile gerçekleşmiştir²¹. Demek ki 2003 yılına kadar bu konuda hiçbir önlem alınmamıştır^{22, 23}! Bu durum kabul edilebilir değildir; yeni teknolojiler ile

17 Örneğin; "... iş kazasında ilgililerin kusur oran ve aidiyetlerinin belirlenmesi için iş güvenliği ve işçi sağlığı konularında uzman kişilerden oluşturulacak bilirkişi kurulu aracılığı ile 506 Sayılı Kanununun 26.. 4857 sayılı Kanununun 77, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün 2 vd. maddelerine uygun yöntemince kusur incelemesi yaptırılmaksızın, mahkemece eksik inceleme ve araştırma sonucu, yargılama öncesinde iş müfettişi yardımları tarafından hazırlanan kusur raporunun hükme dayanak kılınması..., ...usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir" (Y.10HD, 03.03.2011, E: 2011/1038, K: 2011/2731, www.legalbank.net).

18 İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Tüzük Tasarısı Taslağında "4/12/1973 tarih ve 77583 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulan İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü yürürlükten kaldırılmıştır" denilmekte ve "Danıştayca incelenmiş olan bu Tüzük yayımı tarihinde yürürlüğe girer" anlatımına yer verilmektedir. Taslağın gerekçesinde ise; "...Ülkemizde iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili düzenlemelere 3008, 931, 1475 ve 4857 gibi İş Kanunlarında yer verilmiştir. Bu Kanunların uygulamalarına yönelik esaslarda tüzük ve yönetmeliklerde yer almıştır. 1475 sayılı İş Kanunu çerçevesinde çıkarılan Tüzükler ise 4857 sayılı Kanununun Geçici 2 nci maddesiyle yürürlükte bırakılmıştır. Çalışma hayatını yakından etkileyen ekonomik, sosyal ve siyasal koşullar, uygulamada karşılaşılan sorunlar, Avrupa Birliği ile Uluslararası Çalışma Örgütü normlarına uyum sağlama zorunluluğundan dolayı, mevcut İş Kanunundan bağımsız çalışanların tümünü kapsayan, önleyici ve koruyucu tedbirleri içeren ve gelişmiş ülke örneklerindeki mevzuat metinleriyle uyumlu düzenlemelerin hayata geçirilmesine amacıyla 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu 30/06/2012 tarihli ve 26339 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Kanununun Geçici 2. maddesinde, İş Kanununun 77, 78, 79, 80, 81 inci ve 88 inci maddelerine göre yürürlüğe konulan yönetmeliklerin aykırı olmayan hükümlerinin 6331 sayılı Kanunda öngörülen yönetmelikler yürürlüğe girinceye kadar uygulanmaya devam olunacağına yer verilmiştir. Diğer yandan İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün dayanağı olan 4857 sayılı Kanununun Geçici 2 nci maddesinin 6331 sayılı Kanununun 37 nci maddesi ile yürürlükten kaldırılmış olması sebebiyle Tüzüğü'nün dayanağı kalmamıştır. Bu nedenle, söz konusu Tüzüğü'nün yürürlükten kaldırılmasına ilişkin taslak hazırlanmıştır" ifadeleri yer almıştır.

19 RG, 23 Temmuz 2014, Sayı: 29069, "İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Tüzük"ün yürürlüğe konulması; Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının 9/12/2013 tarihli ve 18201 sayılı yazısı üzerine, Bakanlar Kurulu'nca 16/6/2014 tarihinde kararlaştırılmıştır.

20E. Özdemir, İş Sağlığı Ve Güvenliği Hukuku, İstanbul 2014, 24 vd.

21 Bkz. V. Laçiner, Ekranlı Araçlarda Yapılan Çalışmalarda İş Sağlığı ve Güvenliği, Emek ve Toplum, Cilt: 2, Sayı: 4, 140-141.

22 Kabakçı, Avrupa Birliği İş Hukukunda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği ile İlgili Temel Yükümlülükleri ve Türk Mevzuatının Uyumunu, 69.

23 Hatta bu konudaki AB düzenlemesi olan 90/270 sayılı Direktif, 29.5.1990 tarihlidir. Bkz. Laçiner, Ekranlı Araçlarda Yapılan Çalışmalarda İş Sağlığı ve Güvenliği, 141.

ortaya çıkan risklere karşı anında müdahale edilmesi ve aksiyon alınması gerekmektedir. Bu da katılımcı, esnek, işletmeye yetki veren ve teknolojiyi izleme yükümlülüğü getiren bir sistem içinde mümkün olabilir. Gerçekten süreç yönetimine geçişin temel nedeni, artık gelişen teknoloji ile risklerin ve alınması gereken önlemlerin işyerlerine göre büyük farklılıklar göstermesi ve somut önlem modelinin bu gelişmelere cevap vermemesidir. Bu nedenle işyerlerinde *uzmanlık anlayışına dayalı olarak süreç yönetimi* modelinin uygulanması kaçınılmaz olmaktadır. *Esin*'in de isabetli olarak belirttiği gibi; "... Tehlikeler, riskler ve alınması gereken önlemlerin işyerine göre farklı olması gerektiğinden, işyerlerindeki çeşitlilik, İSG sorunlarına uzmanlık yaklaşımın bir zorunluluk olarak ortaya çıkmasına neden oldu. Örneğin; hijyen her işyeri için gerekli olmakla birlikte, bu gereğin derecesi ve alınacak önlemlerin niteliği ve ölçütü, bir hastane, aşevi ve imalathane için farklıdır. Aynı işi yapan yerler arasında dahi, uygulama farklılıkları nedeni ile tehlikeler ve riskler farklıdır. Dolayısıyla eski Tüzük uygulamada kolaylık sağlamakla birlikte, çoğu durumda yetersiz hatta anlamsız kalmakta idi. **Örneğin; bir AVM'de, İSİG Tüzüğündeki tanıma (m.14) uyan korkuluklar olur mu?** Bırakınız mimari kaygıları, Tüzüğe uygun korkulukların arasından çocuklar kolayca aşağı düşmez mi? Bu durumda, çocukların aradan düşebilmesi kabul edilir risk midir? Bu nedenle ki; yeni mevzuat reçetesel olmayıp, sonuca yönelik kurallar getirmektedir, "aradan düşülmesi önlenmelidir" gibi. Kimin düşebileceği, nasıl düşebileceği ve alınacak önlemin niteliği işverene bırakılmaktadır ki, cevabi uzmanlık gerektirir. Ayrıca, yeni teknolojiler, özellikle sağlık açısından, yeni sınırlamalar ve kısıtlar getirmiştir (ILO, *Emergingrisksandnewpatterns of prévention in a changing World of work*, 2010). Bunların izlenmesi de uzmanlık gerektirir"²⁴.

Yeni mevzuatımızda, iş sağlığı ve güvenliği çalışmalarında işverenlerin hukuksal yükümlülükleri açık bir biçimde, sonuca yönelik (düşmeyecek, kaymayacak, yeterince güvenli olacak gibi) uygulama gereklerine dönüştürülmüş; *ancak nasıl sağlanacağı da işverene bırakılmıştır*²⁵. Sonuç olarak, Tüzük yürürlükten kalkınca ve yerini de genel çerçeveye çizen ve işverene hareket alanı tanıyan yönetmeliklere bırakınca, işverenin kendine tanınan alanı doğru biçimde kullanması, işyerine özgü gerekli düzenlemeleri hayata geçirmesi gerekmektedir. Bu yapılmadığı takdirde ortaya ciddi bir boşluk çıkacaktır. Hatta eski sistemden bile geriye gidiş riski söz konusudur. Böyle bir yapı içinde kazanın gerçekleşmesi durumunda da

24 A. Esin, İş Güvenliğinde Uzmanlığın Önemi, Çimento İşveren, Temmuz 2014, 13.

25 Esin, İş Güvenliğinde Uzmanlığın Önemi, 14.

işverenin hukuki ve cezai sorumluluğunun gündeme gelmesi kaçınılmaz olacaktır²⁶.

Belirtmek gerekir ki, işverenleri bu konuda özel düzenlemeler yapmakla zorunlu kılan önemli bir düzenleme *İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkındaki Yönetmelikte* de yer almaktadır. İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulunun görev ve yetkileri arasında, "...işyerinin niteliğine uygun bir iş sağlığı ve güvenliği iç yönerge taslağı hazırlamak, işverenin veya işveren vekilinin onayına sunmak ve yönergenin uygulanmasını izlemek, izleme sonuçlarını rapor haline getirip alınması gereken tedbirleri belirlemek ve kurul gündemine almak" sayılmaktadır. Buna göre işverenlerin kendi iş sağlığı ve iş güvenliği yönergesini hazırlaması gerekecektir. Bunun taslağı kurulda hazırlanacak, işveren veya yetkili işveren vekilinin onayı ile yürürlüğe girecektir.

İş sağlığı ve güvenliği iç yönergesini ise yürürlükteki yönetmelikler dikkate alınarak hazırlamak gerekecektir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu yönetmeliklerin çoğu zaman genel nitelikte hükümler içerdiği dikkate alındığında, özellikle *yardımcı kaynaklardan da yararlanarak* bu çalışmanın gerçekleştirilmesi isabetli olacaktır. Söz konusu yardımcı kaynaklar ise özellikle iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili kuruluşların "*rehber*" niteliğindeki yayınlarıdır. Nitekim Çalışma Bakanlığı'nın bu çerçevede yayınları da mevcut bulunmaktadır. Örneğin maden işlerinde, inşaat işlerinde iş sağlığı ve güvenliği rehberlerine Çalışma Bakanlığı'nın web sitesinden ulaşılabilir. Aynı şekilde işyeri hekimleri için temel referans kaynağı olabilecek "*Meslek Hastalıkları Rehberi*" de mevcuttur²⁷. Burada geçmiş dönemdeki düzenlemelerden, özellikle eski İş Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğünden de yararlanılabilecektir²⁸. Bize göre *eski Tüzüğün bir rehber niteliği taşıdığını söylemek* mümkündür.

Sonuç olarak, uygulamada sıkça gördüğümüz üzere, yönetmeliklerin genel yapısını eleştirmek ve *Devletin yeni ve ayrıntılı tüzük, yönetmelik,*

26 Özdemir, İş Sağlığı Ve Güvenliği Hukuku, 37 vd.

27 "Meslek Hastalıkları Rehberi", Ankara, Kasım 2011 isimli rehber " GuidelinesforOccupationalMedicalExaminations, Prophylaxis in OccupationalMedicine, DeutscheGesetzlicheUnfallversicherung DGVU, ISBN: 978-3-87247-691-3, 2007 GentnerVerlug, Stuttgart, Germany" kitabından yararlanılarak hazırlanmıştır.

28 Baycık' a göre, "...yeni yönetmeliklerin AB direktiflerinin tercümesinden öteye geçememiş olması, dolayısıyla çok genel hükümler içermesi nedeniyle işverenler, almaları gereken önlemleri belirlerken anılan tüzüklerden de yararlanabilirler. Bu düzenlemelerin hukuken bağlayıcılığı kalmamış olsa da, en azından yol gösterici hükümler olarak dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz" (Yeni Düzenlemeler Açısından İnşaat İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri, AÜHFD, 60 (2), 2011, 233).

genelgeler ve tebliğler çıkarması gerektiğini ileri sürmek²⁹ isabetli bir yaklaşım değildir. Mevcut yapı içinde, demokrasiyi işleterek ve yürürlükteki mevzuat ve yukarıda da belirttiğimiz ulusal ve uluslararası rehberlerden yararlanarak iş sağlığı ve güvenliğinde doğru yolu bulmayı öğrenmek gerekmektedir.

Süreç yönetimi anlayışı, iş sağlığı ve güvenliğinde devletin konumunu da etkilemektedir. Gerçekten, klasik iş sağlığı ve güvenliği anlayışına göre, somut olaylarla ilgili hangi önlemlerin alınması gerektiğini göstermek, devletin yetki ve sorumluluğundadır³⁰. Buna karşılık, süreç yönetimi söz konusu olduğunda devlet denetimi, işverene tanınan bu özerk alana müdahale ya da işverence bu alanın dışına çıkıldığı durumlarda söz konusu olabilecektir. İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği şartlarını ağırlaştırıcı güvenlik açıkları ve tehlikeli etkenler, işçilerin sağlığıyla ilgili doğrudan ve yakın tehlikeler şeklinde ortaya çıktıkları takdirde, işverenin kendisine tanınan özerk alanın dışına çıktığı kabul edilecektir³¹.

Bu durumda devlet, sadece işyerini denetleyip yaptırım uygulamakla yetinmeyecek; bu alana *müdahale ederek; uygun gördüğü önlemlerin, alınmasını sağlayacaktır.* Devletin denetim rolü, sadece belirli somut önlemlerin idari tasarruf niteliğindeki talimatlar yoluyla uygulanmasını sağlama ve yaptırım uygulamayla sınırlı olmamalıdır³². Çerçeve Yönerge'nin iş sağlığı ve güvenliği hakkının korunmasında, işyeri uygulamalarında yapılacak planlama ve uygulamaların yerindeliği denetimi, belirleyici olarak işyerinde işletilen uygulama süreci esas alınarak sağlanmalıdır. Bu ise, devlet denetiminin; her şeyden önce işyerindeki *süreçler üzerinde etkili olması* zorunluluğunu ortaya koymaktadır³³. Bu bağlamda, *Bayram*'ın da çalışmasında ele aldığı şekilde iş güvenliği denetim sitemlerinde *modern*

29 Örneğin bu yönde: S. Süzek, Bireysel İş Hukukunun Bugünü ve Geleceği, Sicil Haziran 2009, 21, yazar eski tüzüğün yeniden düzenlenmesi gerektiğini öne sürmektedir; Laçiner'e göre ekranlı araçlarda çalışmalara ilişkin Yönetmelik yetersiz olup, eksikliğin tebliğ ve genelgelerle giderilmesi gerekir (Ekranlı Araçlarda Yapılan Çalışmalarda İş Sağlığı ve Güvenliği, 148-149); benzer şekilde Balkır' a göre; "...6331 sayılı kanun gereği çıkarılacak yönetmeliklerde sadece genel esasları içeren çeviri esasından vazgeçilerek, ülke koşullarına uygun, kapsamlı, uyulması gereken kuralları ve teknik iş güvenliği normlarını ve önlemlerini ayrıntılı düzenleyen yönetmeliklere yer verilmelidir (Z.G. Balkır, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetim Sorumluluğu, Sicil Aralık 2012, 29).

30 M. Kabakçı, Avrupa Birliği İş Hukukunda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği ile İlgili Temel Yükümlülükleri ve Türk Mevzuatının Uyumunu, İstanbul 2009, 44.

31 Z.G. Balkır, İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkının Korunması: İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Organizasyonu, Sosyal Güvenlik Dergisi, Ocak 2012, Cilt: 2, Sayı: 1, 68-69.

32 Balkır, İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkının Korunması: İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Organizasyonu, 68-69.

33 Kabakçı, Avrupa Birliği İş Hukukunda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği ile İlgili Temel Yükümlülükleri ve Türk Mevzuatının Uyumunu, 47; Balkır, İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkının Korunması: İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Organizasyonu, 68-69.

*yaklaşımların*³⁴ benimsenmesinin gerekliliğini göstermektedir. Buna göre müfettişlerin eğitici rolü ile cezalandırıcı rolü arasında denge kurulmalı; *cezalandırmadan çok önleyici politikalar ön planda olmalıdır*. Modern bir denetim sistemi, önleme merkezli ve tutarlı bir iş teftiş politikasını, güçlü ve etkili bir örgütsel yapıyı, kurumlar arası koordinasyon ve işbirliğini, sosyal diyalogu, tanımlanmış hak ve yükümlülüklerle bağlı olarak yardımlaşmayı içermelidir³⁵.

III. İŞVERENİN GENEL YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1. Önlem Al, Denetle ve Uyarla

İşverenin yükümlülükleri 6331 sayılı Kanunda, öncelikle ‘genel yükümlülükler’ başlığı altında belirtilmiştir³⁶. İşverenin genel yükümlülüğü; “işveren mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar. İşveren, işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar” şeklinde belirlenmiş bulunmaktadır³⁷.

34 F. Bayram, İş Güvenliği Hukukunda Denetim, İstanbul 2009, 350-351.

35 Bayram, İş Güvenliği Hukukunda Denetim, 350.

36 N. K. Özdemir, 4857 sayılı İş Yasası İş Sağlığı ve Güvenliği Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İş Sağlığı ve Güvenliği, İstanbul Barosu, Şubat 2004, 21 vd; Z.G. Balkır, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetim Sorumluluğu, MESS Sicil, Y. 7, S. 28, Aralık 2012, 20 vd; Aynı yazar, İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkının Korunması: İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Organizasyonu, Sosyal Güvenlik Dünyası Dergisi, 2012/1, 58-59; Ö. Oğuz, AB Direktifleri ve Türk İş Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenlerin Yükümlülükleri ve İşçilerin Hakları, İstanbul 2011, 19-26; C. Baloğlu, Avrupa Birliği ve Türkiye’de İş Sağlığı ve Güvenliği, İstanbul 2013, 7 vd; Y. Yiğit, İş Hukukunda İşverenin Çalışanlara Bilgi Verme ve Danışma Yükümlülüğü, İstanbul 2010, 69 vd; H. Taştan, İşverenin Koruma ve Gözetme Borcu Kapsamında İş Sağlığı ve Güvenliği Önemleri Alma Yükümlülüğü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sivas 2008, 31vd; A. Başbuğ, İşyerinde İş Sağlığı ve Güvenliği, Ankara 2013, 16-17; B. Ergin, İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Türkiye Geneli, Prof. Dr. A. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul 2005, 129-130; F. Bayram, Borçlar Kanunu Tasarısı İşçisinde İşverenin, İşçinin Kişiliğini Koruma Borcu, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yılı Armağanı, Ankara 2006, 11 vd; L. Ki-İç, İş Sağlığı ve Güvenliği Kavramı ve 4857 Sayılı İş Kanunu Madde 77 Kapsamında İşverenin Yükümlülüğü, MESS Sicil, Y. 6, S. 22, Haziran 2011, 92-93; Z. Yıldırım, İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüğünü Yerine Getirmeyen İşverenin Cismani Zararlar Bakımından Cezai Sorumluluğu, İstanbul 2010, 5 vd. E. T. Bıyıkçı, İş Sağlığı ve İş Güvenliğinde İşyeri Örgütlenmesi ve İş Güvenliği Uzmanı, Bursa 2010, 3-6; F. Bayram, Türk İş Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliği Denetimi, İstanbul 2008, 9 vd; Kabakçı, Avrupa Birliği İş Hukukunda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği İle İlgili Temel Yükümlülükleri, 63 vd.

37 Bkz. Balkır, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda İşverenin Yönetim Sorumluluğu, 20-41; N. Caniklioğlu, İş Sağlığı ve İş Güvenliği Tasarısına Göre İş Güvenliği Uzmanı ve İşyeri Hekimi İstihdamı, İşv. D. Mayıs-Haziran 2012, 104-107; T. Centel, İş Sağlığı ve Güvenliği Denetim Sistemi ve Yaptırımlar, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı” Semineri, TİSK yay, Ankara 2012, 97-99; G. Alpagut, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısında İşverenlerin Yükümlülükleri ve Risk Değerlendirmesi, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı” Semineri, Tisk Yay, Ankara 2012, 100-103. Bkz. E. Akyiğit, İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetlerinde Devlet Desteği, Sicil İHD, Mart 2013, 40-61.

İşverenin genel yükümlülükleri, “önlem alma yükümlülüğü”, “önlemlerin işlerliğini denetleme yükümlülüğü”, “önlemleri yeniliklere uyarlama yükümlülüğü” şeklide üç ana başlık altında incelenebilir. Söz konusu “önlem al, denetle ve uyarla” dediğimiz yapı, kalite sistemlerini uygulayan işverenler bakımından yabancı değildir. Kalite sistemlerinde de buna çok benzer süreçler söz konusudur. Buna göre öncelikle her türlü önlem alınacak, daha sonra bunların işlerliği denetlenecek, uygunsuzluk varsa düzeltilecek ve gelişmelere göre revize edilecektir.

Sürecin ilk aşaması önlem alınmasıyla başlar. Bu süreçte, iş güvenliği sisteminde normlarının işyeri organizasyonu ile bütünleştirilir. Nitekim Çerçeve Yönerge’ nin iş sağlığı ve güvenliği sisteminde genel organizasyon oluşturma yükümlülüğü (m.6/1) iş sağlığı ve güvenliğinin yatay ve dikey bütünleşmesi (entegrasyonu) yükümlülükleriyle tamamlanmıştır³⁸.

Sürecin ikinci aşamasında; işverence alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin uygulamalardaki etkinliğinin ve işyerinin somut şartları itibarıyla iş sağlığı ve güvenliğini sağlamadaki yeterliliğini de kontrol edilecektir³⁹. Buna göre çalışanların bu önlemlere uyup uymadığını denetlemek ve onları uyarmak işverenin yükümlülükleri arasındadır⁴⁰. Kanunun tasarı gerekçesinde de ifade edildiği üzere, “...Çalışanların iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyup uymadığını işverenler sürekli denetlemelidir. Bu denetim görevini kendileri yapabileceği gibi vekil tayin ederek de yerine getirebileceklerdir. Örneğin işveren gerekli araç ve gereçleri hazır bulundurmakla veya kişisel koruyucu donanımları çalışanlara dağıtmakla yetinmeyecek, denetim ve izleme yoluyla bunların kullanılmasını da sağlayacaktır. Bu konuda işyerinin iş düzenlemeleri ile ilgili talimatlar yayınlayabilecektir”.

İşverene denetim yükümlülüğü getirilmesindeki amaç, işyerinde alınmış önlemlerin iş kazası ve meslek hastalığı risklerini gerçekten engelleyici nitelik taşımasının sağlanmasıdır. Zira alınmış önlemlere işçiler uymadıkları sürece, örneğin kişisel koruyucu malzeme niteliği taşıyan baretleri kullanmadıkları sürece risklerin gerçekleşme olasılığı, işçilere hiç baret

38 Kabakçı, Avrupa Birliği İş Hukukunda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği ile İlgili Temel Yükümlülükleri ve Türk Mevzuatının Uyumunu, 231; Balkır, İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkının Korunması: İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Organizasyonu, 87.

39 Balkır, İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkının Korunması: İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Organizasyonu, 87.

40 Caniklioğlu, 6331 sayılı Kanunda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri, Çalışma Mevzuatı Seminer Notları, Türkiye Toprak, Çimento ve Seramik İşverenleri Sendikası, 26-30 Eylül 2012 Antalya, 37.

temin edilmemesi durumuyla aynı orandadır⁴¹. Nitekim Yargıtay kararlarında da işverenin denetim yükümlülüğüne sıkça atıf yapılmakta, işçiye gerekli ikazların yapılmamış olması durumunda da işveren kusurlu kabul edilmektedir⁴².

Uygulama bakımından denetim görevinin delegasyon yoluyla işveren vekillerine bırakılması kaçınılmaz görünmektedir⁴³. Madde gerekçesinde belirtildiği üzere, *işyeri iç düzenlemeleri* denetimin uygulanması sürecinde de önem taşıyacaktır.

İşverenin genel yükümlülüğü durağan bir nitelik taşımamakta sürekli gözden geçirmeyi de gerekli kılmaktadır. Buna göre, gelişme ve değişiklikler söz konusu olması durumunda, önlemler de bu gelişme ve değişikliklere uyarlanacaktır. Bu süreç bir 'döngü şeklinde' devam edecektir. Örneğin, Risk Değerlendirmesi Yönetmeliğine göre, işveren risk değerlendirmesini yapacak (önlem alma yükümlülüğü); risk değerlendirmesini; işyerinin taşınması veya binalarda değişiklik yapılması, işyerinde uygulanan teknoloji, kullanılan madde ve ekipmanlarda değişiklikler meydana gelmesi, üretim yönteminde değişiklikler olması, iş kazası, meslek hastalığı veya ramak kala olay meydana gelmesi, çalışma ortamına ait sınır değerlere ilişkin bir mevzuat değişikliği olması, çalışma ortamı ölçümü ve sağlık gözetim sonuçlarına göre gerekli görülmesi, işyeri dışından kaynaklanan ve işyerini etkileyebilecek yeni bir tehlikenin ortaya çıkması durumlarda yenileyecektir⁴⁴.

Uyarlama yükümlülüğü, iş sağlığı ve güvenliğinin temel felsefesini de yansıtmaktadır. *Bayram*'ın da belirttiği gibi, "...iş sağlığı ve güvenliği hükümleri bilimsel ve teknik önlemlere giydirilen giysiler niteliğinde olduklarından dolayı, bilimsel ve teknik yapıdaki değişimi takip edecek bir yapıda olmalıdır; bu yapı ise ancak iş sağlığı ve güvenliği mevzuatının dinamik nitelikte normlardan oluşması ve işverene bilimsel ve teknik gelişmelere göre iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini sürekli iyileştirme yükümlülüğü-

41 Baycık, Yeni Düzenlemeler Açısından İnşaat İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri, 235.

42 Y.10HD, 22.09.1980, E: 1980/4901, K: 1980/5159, www.legalbank.net.

43 Bkz. G.Clément-J. P. Vicentini, La délégation de pouvoirs du chef d'entreprise en matière pénale, Tertiaire N° 101, Mars-Avril 2002, 10 vd.

44 Bkz. Özdemir, İş Sağlığı Ve Güvenliği Hukuku, İstanbul 2014, 63-65.

nün getirilmesi ile mümkün olabilir⁴⁵. İşveren, daha önce çalışanlarla ilgili önlemleri aldığını ileri sürmek suretiyle, sağlık ve güvenlik yükümünden kaçınmaz. Buna göre, işverenin, daha önce alınmış sağlık ve güvenlik önlemlerini değişen koşullara uygun hale getirmesi veya mevcut durumu daha iyi duruma getirmesi gerekecektir⁴⁶.

İşverenin genel yükümlülüğünü, ayrı bir madde ile ifade eden kanunkoyucu, işverenin özel yükümlülüklerini ise tek tek saymış, bunların içerikleri çıkartılan Yönetmelikler ile somutlaştırılmıştır⁴⁷. Yine çıkartılan Tebliğlerde Kanun ve Yönetmeliklerin uygulanma şekilleri gösterilmiştir⁴⁸.

Sonuç olarak, işveren işyerinde iş sağlığı ve güvenliği konusunda önlem alacak, bunlara uyulup uyulmadığını ve bunların etkinliğini denetleyecek ve bunları sürekli güncel tutacaktır. İşveren açısından iş sağlığı ve güvenliği kurallarının bu şekilde “etkinliği” sağlanacaktır. Fransız Yargıtayı Sosyal Dairesinin 28 Şubat 2006 tarihindeki kararında da belirttiği üzere, iş sağlığı ve güvenliği kuralları sadece işverenin pasif biçimde “uymak zorunda” olduğu değil, *aktif olarak, fiilen etkinliğini sağlaması gereken kurallar* niteliğinde bulunmaktadır⁴⁹. Buna göre, Fransız Yargıtayı, işverenin önlem alma yükümlülüğünü ihlal etmesi ve bunun sonucunda işçinin kazaya uğraması veya hastalanması durumunda iş sözleşmesinin işverence geçerli nedenle (gerçek ve ciddi nedenle) feshedilemeyeceğine hükmetmiştir⁵⁰. Hatta bu sonucu işçinin işvereni durumu hakkında uyarmamış ol-

45 F. Bayram, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağı'nın Değerlendirilmesi, Sicil, Eylül 2010, 50-51.

46 T. Centel, İşverenin İşyerinde Sağlık ve Güvenliği Sağlama Yükümü, Çimento İşveren, Mayıs 2013, 8.

47 İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik, RG, 29 Aralık 2012, 28512 ve RG, 31 Ocak 2013, 28545; İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği, RG, 29 Aralık 2012, 28512; İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği, RG, 29 Aralık 2012, 28512; İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik, RG, 18 Ocak 2013, 28532; Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi Yönetmeliği, RG, 05 Şubat 2013, 28550; Ekranlı Araçlarla Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik, RG, 16 Nisan 2013, 28620; İş Ekipmanlarının Kullanımında Sağlık ve Güvenlik Şartları Yönetmeliği, RG, 25 Nisan 2013, 28628; Asbestle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik, RG, 25 Ocak 2013, 28539; Çalışanların Patlayıcı Ortamların Tehlikelerinden Korunması Hakkında Yönetmelik, RG, 30 Nisan 2013, 28633; Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, RG, 15 Mayıs 2013, 28648; Biyolojik Etkenlere Maruziyet Risklerinin Önlenmesi Hakkında Yönetmelik, RG, 15 Haziran 2013, 28678; İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik, RG, 29 Aralık 2012, 28512; İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, RG, 31 Ocak 2013, 28545.

48 Bkz: İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin İşyeri Tehlike Sınıfları Tebliği, RG, 26 Aralık 2012, 28509 ve RG, 29 Mart 2013, 28602; Çok Tehlikeli İşlerde Görevlendirilebilecek (C) Sınıfı İş Güvenliği Uzmanları Hakkında Tebliğ, RG, 14 Haziran 2013.

49 Peskine-Wolmark, Droit du Travail, Dalloz 2014, 296.

50 Soc. 2 Dec. 2009, Peskine-Wolmark, Droit du Travail, 296.

ması halinde de uygulamıştır⁵¹. Öğretide de işverenin kendi kusurundan dolayı işçiyi geçerli nedenle işten çıkarmasının mümkün görülmemesi gerektiği ifade edilmekte ve yargının görüşü isabetli bulunmaktadır⁵².

2. Önlem Alma Yükümlülüğünün Geniş Çizilen Kapsamı

İşverenin hukuki sorumluluğunun dayanağını oluşturan 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 332. maddesinde “...iş sahibi, akdin hususi halleri ve işin mahiyeti noktasından hakkaniyet dairesinde kendisinden istenilebileceği derecede çalışmak dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere karşı icabeden tedbirleri ittihaz ve münasip ve sıhhi çalışma mahalleri ile işçi birlikte ikamet etmekte ise sıhhi yatacak bir yer tedarikine mecburdur” anlatımına yer verilmiş ve işverenin önlem alma ölçütü olarak “hakkaniyet” kullanılmıştır.

Hakkaniyet, sübjektif nitelikte, işverenin ekonomik ve sosyal durumuna referans yapan bir ölçüt olup, artık çağdaş iş sağlığı ve güvenliği anlayışında işverenin yükümlülüklerini bu derecede sınırlı⁵³ bir çerçevede ele almaya olanak yoktur. Gerçekten, beden ve ruh bütünlüğünü bozacak tehlikeler karşısında tedbirlerde “hakkaniyet” ölçütü, konunun sosyal hak niteliğinin göz ardı edilmesi anlamına gelmekte, bu durumda işverenin ekonomik gücünün kısıtlı olması ya da komplikasyonlar tedbirlerdeki eksiklikleri makul göstermektedir⁵⁴. Nitekim Yargıtay, 4857 ve 6331 sayılı Kanunlar ile Yeni Borçlar Kanunu öncesinde dahi bu ölçütü devre dışı bırakmış, “...işçinin beden ve ruh sağlığının korunmasında önemli olan yön, bu tedbirin alınmasının hakkaniyet ölçüleri içinde işverenden istenip istenemeyeceği değil, aklın, ilmin, fen ve tekniğin böyle bir tedbirin alınmasını gerekli görüp görmediği hususlarıdır” sonucuna ulaşmıştır⁵⁵.

6331 sayılı Kanuna göre işverenlerin yükümlülüğü, “...mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mev-

51 Soc. 13 Mars 201, Peskine-Wolmark, Droit du Travail, 296.

52 Peskine-Wolmark, Droit du Travail, 296.

53 İ. Urhanoğlu Cengiz, İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerine Aykırı Davranışın Yaptırımı Olarak İşin Durdurulması ve İşyerinin Kapatılması, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Cilt: II, İstanbul 2011, 1964.

54 A. Başbuğ, İşyerlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği; Şeker İş yay, Ankara 2013, 27.

55 Y.10HD, 29.09.2003, E: 2003/5697, K: 2003/6251, www.legalbank.net.

cut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar. İşvereni işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar” şeklinde belirlenmiş bulunmaktadır. Dikkat edilecek olursa, kanun “*her türlü tedbir*” demektir. Bu son derece bilinçli bir ifade olup, aynı şekilde 4857 sayılı İş Kanununda da benimsenmiş bulunmaktaydı⁵⁶.

“Her türlü tedbir” in anlamı ise şudur; işverenler artık kendilerinin küçük veya ekonomik yönden zayıf olduğunu iddia ederek sorumluluktan kurtulamayacaklardır. Küçük ya da büyük her türlü işveren bilimin ve teknolojinin mümkün kıldığı önlemleri almakla yükümlü olacaktır⁵⁷. İşverenin ekonomik güçsüzlüğü, iş sağlığı ve güvenliği konusunda yatırım yapmaması için mazeret oluşturmayacaktır. Bu yaklaşım her ne kadar öğretilerde eleştirilmekteyse de⁵⁸, bize göre de son derece yerindedir⁵⁹.

Gerekli her türlü tedbiri almak yükümlülüğü sadece mevzuatta öngörülen önlemlerle sınırlı olmayıp; bilim ve teknolojinin gerektirdiği her türlü önlemleri de kapsar⁶⁰. Buna göre, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu başta ol-

56 6331 sayılı Kanunda, işveren 4857 sayılı Kanundan farklı olarak “işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için her türlü önlem” değil, “çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini” sağlamakla yükümlü tutulmuştur. Öğretilerde bu düzenlemeden hareketle işverenin önlem alma yükümlülüğünün coğrafi sınırlarının da genişleyeceği ifade edilmektedir. Mollamahmutoğlu ve Astarlı'ya göre; “...Şu halde İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili yükümlülüklerin kapsamını genişletmiş olmaktadır. Diğer bir anlatımla, iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinin kapsamı belirlenirken İş K. m.77/1 hükmünde işyeri esas alınmışken, 6331 sayılı kanun m. /1’de “iş” esas alınmıştır. Buna göre iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini her bir işçinin sağlık ve güvenliğini sağlayacak şekilde almakla yükümlüdür. Bu durumda evde iş sözleşmesine göre çalışma, tele çalışma hallerinde de işin niteliği ve koşullarına göre, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almakla yükümlüdür” (İş Hukuku, 1203).

57 Anılan ifadeye rağmen hükmün yine sınırlı yorumlara tabi tutulduğu da görülmektedir. Centel'e göre, “...işveren; işyerinde daha önce yoksa öncelikle her türlü önlemi almak, organizasyonu yapmak ve gerekli araç ve gereçleri sağlamakla yükümlüdür. Bu anlamda, buradaki “her türlü” sözcüğü, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatınca belirlenmiş bulunan veya makul ölçüler altında (hakkaniyet uyarınca) beklenebilecek olan önlemleri, örgütlenmeyi ve araç ile gereçleri içermektedir” (İşverenin İşyerinde Sağlık ve Güvenliği Sağlama Yükümlüğü, 8). Bu görüşe genel olarak katılmıyoruz; hükmün artık hakkaniyet gibi subjektif ölçütleri dışladığı kanısındayız.

58 Alpogut'a göre, Kanunun bu ifadesi eleştirilebilir. Yazara göre, “...örneğin İngiliz Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda işverenin önlem alma yükümlülüğü “makul tedbirler” ile sınırlandırılmıştır (m.2). Ancak uygulamada halen daha iş sağlığı ve güvenliği bilincinin yeterli düzeyde yerleşmediği, çoğu kez çok basit önlemlerin alınmaması nedeniyle kazaların meydana geldiği dikkate alındığında, yasadaki ibarenin uygulamada kural olarak sorun yaratmadığı gibi, yeterince etkili olmadığı dahi söylenebilir. Önlem alma yükümlülüğünün “makul tedbirler” ile sınırlandırılması, işverenin belirli konularda salt subjektif değerlendirmelerle hareket etmesine neden olabilecektir. Ancak tüm hak ve borçlar bakımından MK md. 2’den kaynaklanan beklenebilirlik kriterinin geçerli olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır” (İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısında İşverenin Yükümlülükleri ve Risk Değerlendirmesi, 27); benzer şekilde Caniklioğlu, 6331 sayılı Kanunda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri, 37.

59 Özdemir, İş Sağlığı Ve Güvenliği Hukuku, 68-69.

60 Süzek, İş Hukuku, İstanbul 2013, 414; Eyrenci, (Eyrenci/Taşkent/ULucan), İş Hukuku, İstanbul 2014, 336.

mak üzere işverenin tabi olduğu mevzuatta öngörülün görülmesin işçinin yaşamı, beden bütünlüğü ve sağlığına zarar verme potansiyeli bulunan tehlikeleri belirleyip, risk değerlendirmesi yapıp bunlara karşı da koruma sağlamasını gerektirir⁶¹. Her türlü tedbirin alınması, günümüzdeki yönetim anlayışının temel felsefesi olan, “*proaktif yaklaşım*” da destekleyici bir ifadedir. Gerçekten, proaktif yaklaşım, olayların önünde olmak, bir diğer anlatımla erken davranmak anlamına gelir⁶².

“Gerekli her türlü tedbir” anlatımı işverenin ekonomik, entelektüel, sosyolojik konum ve düzeyini, iş tecrübesini ve diğer kişisel niteliklerini göz ardı ederek kusur durumunun belirlenmesi gerektiğine işaret eder. İşveren ideal (model) bir işveren gibi davranmak zorundadır. Dolayısıyla salt bu önlemlerin alınmamış olması işverenin kusurlu duruma sokacaktır⁶³. Bu ifade biçiminin öğretide “*kusurun objektifleştirilmesi*”⁶⁴ şeklinde ifade edilen yorumu desteklediği belirtilmektedir⁶⁵. Gerçekten, *Süzek*’ in de isabetli olarak belirttiği üzere, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda ve buna dayanarak çıkarılan yönetmeliklerde, başka bir anlatımla tüm iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında yer alan önlemler işverenin kusurunu objektifleştiren ölçütler olarak değerlendirilmelidir; buna göre işçiyi gözetme borcunun kodifikasyonu olarak nitelenebilecek bu hükümlere aykırılık işverenin bizatihi kusurlu davranışı olarak nitelenebilecektir⁶⁶. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 20.3.2013 Tarihli Kararında da; “...İşverenin, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 77. maddesindeki gözetme borcuna ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun 4. maddesindeki genel yükümlülüklerine, 5. maddesindeki risklerden korunma ilkelerine aykırı davranışının, işverenin kusuru olarak sayılması gerekmektedir. Anılan maddelerde işverenin sorumluluğu, sözleşmeden doğan kusura dayanan sorumluluktur”⁶⁷ anlatımına yer vererek 6331 sayılı kanunda öngörülen yükümlülüklerin işverenin kusurunun tespit sürecine etkisine işaret etmiştir.

61 K. A. Sevimli, Türk Borçlar Kanunu m.417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması Çalışma ve Toplum, 2013/1, 130.

62 Esin, İş Güvenliğinde Uzmanlığın Önemi, 14.

63 Sevimli, Türk Borçlar Kanunu m.417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması, 130.

64 Süzek, Destekten Yoksunluk Ve Cismani Zararlarda İşverenin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğu, 29; aynı yazar, İş Hukuku, İstanbul 2013, 422.

65 Sevimli, Türk Borçlar Kanunu m.417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması, 130.

66 Süzek, İş Hukuku, İstanbul 2013, 422.

67 YHGK, 20.03.2013, E: 2012/21-1121, K: 2013/386, www.legalbank.net.

“Her türlü önlem” ilkesi hukukumuzda artık kesin ve kalıcı biçimde yerleşmektedir. Yeni Borçlar Kanunumuz ise, önlem alma standartlarını yükselterek hem her türlü önlem ifadesine yer vermiş, hem de son derece isabetli bir biçimde mobbing (psikolojik taciz) ve cinsel tacize karşı işvereni önlem almakla yükümlü kılmıştır. Borçlar Kanununa göre (m. 417), ‘İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için *gerekli her türlü önlemi almak*, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür. 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’⁶⁸.

Fransız Yargıtayına göre, işverenin iş güvenliği önlemlerini sağlama borcu bir “*sonuç borcu*” (*obligation de sécurité de résultat*) niteliğindedir ve dayanağı öncelikle iş sözleşmesidir. Ancak işverenin yükümlülükleri sadece sözleşmesel temelli olarak açıklanamaz; iş sağlığı ve güvenliği doğrudan *kamu düzeni* ile ilgili bir konudur⁶⁹.

3. Teknik Gelişmelere Uyum Sağlamak... Ama Ne Ölçüde?

Kanuna göre, işveren işi kişiye uygun hale getirecek, teknik gelişmelere uyum sağlayacaktır (m.5/1, d)⁷⁰. Bu hükmün özellikle önümüzdeki yıllarda büyük bir önem kazanacağını düşünüyoruz. Öncelikle, 4857 sayılı iş kanununun bilim komisyonu tarafından hazırlanan ilk şeklinde işverenle-

68 Centel'e göre, 6331 sayılı kanun ile İş Kanunu'ndaki iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemeler, yürürlükten kaldırılmakta (İSG Kanunu m. 37/1) ve İSG Kanunu içine alınmaktadır. Buna karşılık, iş sağlığı ve güvenliğini ilgilendiren TBK. m. 417/II ve III'deki düzenlemeler, yürürlükte bırakılmıştır. Buna göre, özellikle, işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğü hakkında, İSG Kanunu m. 4 ile TBK. m. 417/II'nin yarışması (telahuku) söz konusudur. Ancak, iş sağlığı ve güvenliği ko-nusunda özel yasa olup kural olarak her çalışana uygulanacak bulunması nedeniyle, öncelikli olarak İSG Kanunu m. 4'ün uygulanması düşünülecektir: T. Centel, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun Uygulama Alanı ve Kapsamı, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Y. 2013, C. 19, S. 2, 81.

69 P-Y Verkindt, L'acmé de l'obligation de sécurité du chef d'entreprise, Semaine Sociale Lamy, 25 Mars 2008, N°1346, 10.

70 4857 sayılı Kanun Tasarısında (m. 79) işverenin iş güvenliği konusunda bilim ve teknolojiye son gelişmeleri izlemek ve uygulamak zorunda olduğu belirtilmişti. Ancak bu hüküm yasalaşamamış, Hükümet Tasarısında metinden çıkarılmıştır.

re teknolojiadaki gelişmeleri izleme ve uygulama zorunluluğu getirilmişti⁷¹. Ancak bu hüküm yasalaşamamıştır. Bu dönemde öğretilerde de söz konusu düzenlemenin tartışmaya açıldığını görüyoruz. Süzek'e göre; "...işveren sadece iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında yer alan önlemleri almakla her zaman yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılamaz; işveren mevzuatta öngörülmemiş ancak bilim ve teknolojinin gerekli kıldığı diğer iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini de almak zorundadır.4857 sayılı kanunun bilim kurul tarafından hazırlanan taslağında bu husus açıkça belirtilmiş ve işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği konusunda bilim ve teknolojiadaki gelişmeleri izlemek ve uygulamak zorunda olduğu hükmüne yer verilmişti. Ne var ki, hükümet tasarısında isabetsiz olarak bu madde metinden çıkarılmıştır"⁷². Buna karşılık Odaman, "...mevcut şekliyle bile büyük hacim tutan yükümlülüklerle, hiç de gerçekçi olmayan söz konusu hükmü eklemek sadece bir temenniden ibaret kalırdı ve gerçekten de yanlış olurdu" anlatımına yer vererek sistemin bütünüyle işverenin sorumluluğu üzerine kurgulanmasının isabetli olmadığını açıklamıştır⁷³. Benzer şekilde Tuncay da;⁷⁴ teknolojik gelişmeleri izleme yükümlülüğünün gerçekçi olmadığını ve küçük işletmeleri yük altına sokacağını ifa etmiştir.

Kanımızca, bilim ve teknolojinin gelişmelerine uyum sağlama yükümlülüğü *son derece isabetli* olup, somut önlem anlayışını terk ederek süreç yönetimi anlayışını benimseyen 6331 sayılı Kanunun yapısı ile de uyumludur. İşverenin işyerinde alacağı tedbirleri belirlerken bilim ve teknolojiyi de referans alması gerekmektedir. Her ne kadar önlem alma süreçlerinde "her türlü" tedbir denilerek objektifleştirmeye gidilmişse de burada işverenin ekonomik durumu sübjektif bir ölçüt olarak uygulama alanı bulabilir. *Bu bağlamda örneğin çok tehlikeli bir maden işletmesinde "yaşam odası" bulunması gerektiği söylenebilir ve burada mevzuatın bunu açıkça öngörmediği savunması geçerliliğini yitirir.* Nitekim işverenin bilim ve teknolojinin gelişmelerine uyum sağlama yükümlülüğüne Yargıtayın da kararlarında atıf yaptığı görülmektedir. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, 19.02.2013 tarihli

71 Bkz. C. Tuncay, Yeni İş Kanununda İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği, İşveren Dergisi, Temmuz 2003, 9.

72 Süzek, İş Hukuku, İstanbul 2008, 797; aynı yazar, Bireysel İş Hukukunun Bugünü ve Geleceği, Sicil Haziran 2009, 21; bkz. P. Soyer, 4857 Sayılı Kanunun Ücret, İşin Düzenlenmesi ve İş Sağlığı ve Güvenliği Ne İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler, 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları, Türk İş 2003, 33; L. Akın, İş Sağlığı ve Güvenliği, III. Yılında Yeni İş Yasası, Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul 2005, 306.

73 S. Odaman, İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Tarafların Hak ve Yükümlülükleri, Legal İHD, 2006/11, 892; aynı yazar, İş Sağlığı ve Güvenliği İçin Motivasyon Gerekliyor, İşveren Dergisi, Mayıs-Haziran 2012, 112.

74 C. Tuncay, Yeni İş Kanununda İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği, TİSK İşveren Dergisi, Temmuz 2003, 9.

kararında; "...Bundan başka işveren, mevzuatta öngörülmemiş olsa dahi bilimsel ve teknolojik gelişmelerin gerekli kıldığı iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almak zorundadır. Bilim, teknik ve örgütlenme düşüncesi yönünden alınabilme olanağı bulunan, yapılacak gider ve emek ne olursa olsun bilimin, tekniğin ve örgütlenme düşüncesinin en yeni verileri göz önünde tutulduğunda, işçi sakatlanmayacak, hastalanmayacak ve ölmeyecek ya da bu kötü sonuçlar daha da azalacaksa her önlem işverenin koruma önlemi alma borcu içine girer. Bu önlemler konusunda işveren, işyerini yeni açması nedeniyle tecrübesizliğini, bilimsel ve teknik gelişmeler yönünden bilgisizliğini, ekonomik durumun zayıflığını, benzer iş yerlerinde bu iş güvenliği önlemlerinin alınmadığını savunarak sorumluluktan kurtulamaz" anlatımına yer vermiştir⁷⁵.

İşverenin eski teknolojileri kullanması kusur bağlamında da etkili olabilmektedir. Nitekim Yargıtaya göre; "...Somut olayda, 27.09.2006 günlü bilirkişi raporunda, işverenin %60, işçinin ise %40 oranında kusurlu olduğu belirtilmiştir. Ancak, hükme dayanak, alınan bu raporda, bilirkişinin, İş Kanunu'nun 77. maddesinin öngördüğü koşulları gözönünde bulundurmadan ve özellikle işyerinde kullanılan makinanın eski teknoloji ve koruyucusu olmayan bir daire demir-testere tezgahı olduğunu ve bundan dolayı çalışanların iş güvenliğinin kendi dikkatlerine bırakılamayacağı prensibini göz ardı ederek, davacı işçiye fazla kusur izafe ettiği anlaşılmıştır. Hal böyle olunca, kusur raporunun hükme dayanak alınacak nitelikte olduğu söylenemez. Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın, yazılı şekilce hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir"⁷⁶.

Teknoloji konusu, 21.4.2012 tarihli Yargıtay 21. Hukuk Dairesi kararında son derece ilginç biçimde gündeme gelmiştir. *Somut olayda işveren eski tip bir kargo uçağı ile işçileri Irak'a taşıtmış, uçağın düşmesi sonucu ölen işçilerin geride kalanları dava açmıştır.* Yargıtay; "...davacının içinde bulunduğu uçakta önceden var olan bir arızanın tespit edilemediği, herhangi bir uçuş yapı hatasına veya çalışma eksikliğine rastlanılmadığı, kazanın başka bir kalkış denemesi yapılmadan alana zamanından önce inilmek istenmesinden kaynaklandığı, pilotların uçağı riske atabilecek durumlardan kurtulmak için eğitilmeleri gerektiği Irak Sivil Havacılık Dairesi Uçuş

75 Y.21HD, 19.02.2013, E: 2012/27545, K: 2013/2860, www.legalbank.net.

76 Y.21HD, 17.04.2008, E: 2007/19869, K: 2008/6065, www.legalbank.net.

Güvenliği Departmanının dosya içerisinde bulunan kaza sonrası nihai raporlarından anlaşılmaktadır. Nitekim hükme esas alınan kusur bilirkişi raporunda da uçağın hava şartları ve pilotaj hatasından düşmüş olabileceği vurgulanmıştır. Hal böyle olunca işverenin kusurunun bulunmadığı, kendisinden beklenen özeni gereği gibi yerine getirdiği, kazanın meydana gelmemesi için alacağı bir önlemin bulunmadığı, pilotaj hatasının da kusursuz sorumluluğun tüm halleri için gerekli illiyet bağıını keseceği göz ardı edilerek davanın reddi yerine yazılı şekilde kısmen kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın ve özellikle işverenin alacağı bir önlemin bulunmadığı gibi işveren açısından illiyetin kesildiği göz ardı edilerek davanın reddi yerine yazılı şekilde kısmen kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir” sonucuna ulaşmıştır. Ancak karara ekli karşı oy yazısında uçağın teknolojik durumunun günde-

me getirildiği görülmektedir⁷⁷.

77 Muhalefet şerhine göre; "...Somut olayda, davalı işveren şirketin Irak şantiyesinde çalıştırmak için Türkiye'den göndereceği işçilerini sevk etmek üzere Moldovya tesciline kayıtlı Aeriantur- M Airlines firmasına ait Antonov, An-26B-100 model Er-26068 sicil numaralı uçağı kiraladığı, uçağın Bağdat yakınında iniş için ikinci deneme yaptığı sırada düştüğü ve düşen uçaktan davalıların murisi dahil çok sayıda işçinin vefat ettiği anlaşılmıştır. İlgili uçak kazasına ait Ulaştırma Bakanlığı Irak Sivil Havaçılık Dairesi Uçuş Güvenliği Departmanının 12/36 numaralı ve 12/2007 tarihli nihai raporunu tercümesi dosyaya getirilmiştir. Rapora göre 09/01/2007 tarihinde saat 10:00 sularında bir Antonov 26B-100 uçağı Irak Balad Havaalanına yakın bir yerde kaza yaptığı, uçağın yere çarpmasının etkisiyle ve sonraki yanmanın ardından pilot, yardımcı pilot, 3 adet mürettebat ve 29 yolcunun hayatını kaybettiği açıklanmıştır. Raporun uçakla ilgili bilgiler kısmında "Antonov B26-100 (tescil no- ER-26068) Uçak Rus yapımı olup AERİANTUR-M tarafından işletiliyordu. Moldovya tescil ve havada kalabilme yeteneği belgesi Moldovya CCA tarafından verilmiş olup kaza anında geçerliliğini korumaktaydı. Motor ve pervanelerin incelenmesi, kazadan önceki normal çalışmalarını engelleyecek bir arıza bulunmadığı göstermiştir. Havalandıktan sonra duran uçak CVR'sinde bir arıza bulunmaktaydı. Kazaya bağlı olarak bir ölçüde rastlanmadı. Araştırmalar sayesinde, CVR'nin uçağın düşmesine etkide bulunmadığı sonucuna varıldı. Uçak ilk olarak 1981 yılında yeni olarak teslim alınmış ve 1981, 1993 ve 2002'de satılmıştır. Uçak BLUSKY tarafından kiraya verilmiş, K... İnşaat tarafından kiralanmıştır. Havalanmadan önce 3000 litre yakıt yüklenmiştir. Uçak, iki adet luchenko A1-24VT tip destek motoruna sahipti. İlk uçuşunu 1981'de gerçekleştirmiştir. Uçak, düzenlemelerde gerektiği gibi FDR ve CVR cihazlarıyla donatılmıştır. CVR Adana'dan kalktıktan sonra çalışmamıştır. FDR, kazanın teknik sebeplerden dolayı meydana gelmediğini göstermiştir. Enkaz ve düşme alanı üzerinde yapılan inceleme sırasında önceden var olan bir arıza tespit edilmemiştir. Herhangi bir uçuş yapı hatasına veya çalışma eksikliğine rastlanmamıştır. Kaza, başka bir kalkış denemesi yapmadan alana zamanından önce inişten kaynaklanmıştır." ifadeleri bulunmaktadır. Yargılama sırasında kazadan kurtulan tek yolcu Abdülkadir Akyüz yeminli olarak ve tanık sıfatıyla dinlenmiştir. Bu tanık beyanında "Olay tarihinde uçağa bindiğimizde uçağın çok kötü bir halde olduğunu, oldukça eski olduğunu, aslen yolcu uçağı değil kargo uçağı olduğunu, oksijen maskeleri gibi güvenlik için gerekli hiç bir donanıma sahip olmadığını, içerisinde çok sayıda ve yükçe ağır inşaat malzemeleri bulunduğunu, uçağa biner binmez dahi fazla yüklendiğinin belli olduğunu, uçağın tehlikeli olduğunun her halinden belli olduğunu, uçakta yolcular dışında bulunan yüklerin davalı şirkete ait olduğunu" ifade etmiştir. Yukarıda yapılan tüm bu açıklamaların ışığı altında, davalıların murisi ile davalı arasındaki iş akdinin Türkiye'de kurulduğu ve hizmetin ifa edileceği yurt dışındaki işyerine kadar işçilerin taşınması hususunun davalı şirket tarafından üstlenildiği, ne var ki davalı tarafından kiralanan uçağın düşmesi ile davalıların murisi dahil aynı şirkette çalışan bir çok işçinin vefat ettiği tartışmasızdır. Davalı şirket, işçilerin taşınması işini taahhüt ettiğine göre, basiretli bir tacir gibi davranarak, işçilerin can ve mal güvenliğini en üst düzeyde sağlayacak şekilde taşıma aracını seçmesi ve gerektiğinde işçilerin can ve mal zararlarını karşılamaya yönelik sigortalarını da yaptırmaları zorunludur. Somut olayda işçilerin seyahat aracını ve firmayı seçme yetkisi ellerinden alınmış ve taşıma sözleşmesi doğrudan davalı ile dava dışı taşıma firması arasında akdedilmiştir. Dikkat çeken bir durumda, davalı tarafından işçilerin taşınması hususunda maliyeti düşürmeye yönelik bir taşıma aracının seçilmiş olmasıdır. Çalışılacak ortam Irak'ta bir Amerikan üssündeki şantiye olup olay tarihi itibarıyla iş sahası savaş ortamı içerisinde tehlikeli ve rizikolu bir yerdedir. İşveren çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup, bu çerçevede işçilerin hayatı ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirleri alması, risklerden kaçınması, kaçınılması mümkün olmayan riskleri analiz etmesi, risk değerlendirmesi yapması, yaptırmaması, teknik gelişmelere uyum göstermesi, tehlikeli olanı, tehlikesiz veya daha az tehlikeli olanla değiştirmesi gerekmektedir. İşçilerin taşınması için tercih edilen firmaların teknolojik olarak geride kalan, ekonomik ömürlerini tamamlayan uçaklar ile hizmet verdikleri bir gerçektir. Bir an, davalıların doğrudan taşıma firmasına giderek zararlarını karşılayabilecekleri düşünülse de, davalıların ekonomik bakımından güçsüz, taşıma firmasının ise yabancı ülkede kurulu bir firma olması karşısında, davalıların hukuki süreçte çok zorlanacakları açıktır. Davalı işveren şirketin işçilerin taşınacağı aracın seçiminde gerektiği özeni göstermediği, uçakta oksijen maskesi dahi olmadığı, özellikle davalının, aynı uçağı hem işçileri taşımak hem de inşaat malzemelerini taşıma aracı yani kargo uçağı olarak kiraladığı, dolayısıyla basiretli bir tacir gibi davranmadığı, risklerden kaçınmadığı, risk değerlendirmesi yapmadığı, tehlikeli olanı, tehlikesiz veya daha az tehlikeli olanla değiştirmede göz önüne alındığında bu nedenlerden ötürü davalı işverene kusur atfedilmelidir. Bu nedenlerle mahkemece kusur konusunda yaptırılan bilirkişi incelemesi Borçlar Kanununun 332, yeni Türk Borçlar Kanununun 417/2. maddesi, İş Kanununun 77. maddesi ile yeni İş Sağlığı ve İş Güvenliği Yasa tasarısı göz önüne alındığında yetersiz ve eksik incelemeye dayanmaktadır. Bu rapora itibar edilerek davalı işveren şirketin sorumlu tutulmaması usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenlerle yerel mahkemece davalı işveren şirketin tazminat sorumlu tutulması sonucu itibarıyla doğru olup karar onanmalıdır. Yüksek Özel Dairenin illiyet bağının kesilmesi nedeniyle, davalı şirket hakkındaki davanın reddi gerektiği hususundaki çoğunluk görüşüne bu nedenlerle katılmıyoruz. (Y.21HD, 05.04.2012, E: 2012/4196, K: 2012/5289, www.legalbank.net)

Kanuna göre, işveren tehlikeli olanı, tehlikesiz veya daha az tehlikeli olanla değiştirecektir. Yine işveren teknoloji, iş organizasyonu, çalışma şartları, sosyal ilişkiler ve çalışma ortamı ile ilgili faktörlerin etkilerini kapsayan tutarlı ve genel bir önleme politikası geliştirecektir. *Centel*'in de isabetli olarak belirttiği gibi, "...gerçek anlamda koruma, ancak önlemeye yönelik bir siyasetin izlenmesi halinde mümkündür. Önleme yerine gerçekleşen tehlikenin sonuçlarını gidermeyi amaçlayacak bir siyasetin ise, gerçek bir korumayla ilgisi bulunmamaktadır"⁷⁸.

IV. İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİNDE TARTIŞMALI AKTÖRLER: İŞ GÜVENLİĞİ UZMANLARI VE İŞYERİ HEKİMLERİ

1. İş Güvenliği Uzmanı

İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmeliğin 9. maddesinde, iş güvenliği uzmanlarının görevleri sayılmış bulunmaktadır. Buna göre öncelikle uzman işyerinde "*rehberlik*" hizmeti verecektir. İş güvenliği uzmanı, işyerinde yapılan çalışmalar ve yapılacak değişikliklerle ilgili olarak tasarım, makine ve diğer teçhizatın durumu, bakımı, seçimi ve kullanılan maddeler de dâhil olmak üzere işin planlanması, organizasyonu ve uygulanması, kişisel koruyucu donanımların seçimi, temini, kullanımı, bakımı, muhafazası ve test edilmesi konularının, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına ve genel iş güvenliği kurallarına uygun olarak sürdürülmesini sağlamak için işverene önerilerde bulunacaktır (m.9/1, a).

Yukarıda da açıkladığımız gibi, *somut önlem* anlayışına dayanan İş Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü kaldırılmış, yerini *genel çerçeveyi çizen* yönetmeliklere bırakmıştır. Bu yönetmeliklerin içi *işveren tarafından özellikle uzmandan destek alınarak* doldurulacaktır. İşte uzmanın temel işlevi burada karşımıza çıkmaktadır. Hangi önlemin isabetli olacağı konusunda iş güvenliği uzmanının değerlendirmesi önem taşıyacaktır. Uzman, iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili alınması gereken tedbirleri işverene yazılı olarak bildirmek durumundadır (9/2). Uzman, işyerinde meydana gelen iş kazası ve meslek hastalıklarının nedenlerinin araştırılması ve tekrarlanmaması için alınacak önlemler konusunda çalışmalar yaparak işverene önerilerde bulunacaktır (9/3). Ayrıca, işyerinde meydana gelen ancak ölüm ya da yaralanmaya neden olmayan, ancak çalışana, ekipmana veya işyerine

78 Centel, İşverenin İşyerinde Sağlık ve Güvenliği Sağlama Yükümü, 13.

zarar verme potansiyeli olan olayların nedenlerinin araştırılması konusunda çalışma yapmak ve işverene önerilerde bulunmak da uzmanın görevleri arasında belirtilmiş bulunmaktadır (9/4).

“*Risk değerlendirilmesi*” konusunda da uzmana görevler yüklenmiş durumdadır (m.9/1, b). Buna göre, uzman, iş sağlığı ve güvenliği yönünden risk değerlendirilmesi yapılmasıyla ilgili çalışmalara ve uygulanmasına katılmak, risk değerlendirilmesi sonucunda alınması gereken sağlık ve güvenlik önlemleri konusunda işverene önerilerde bulunmak ve takibini yapmak durumundadır. Risk değerlendirilmesi ekibine yol gösterecek ve teknik açıdan en önemli desteği verecek olan kişinin iş güvenliği uzmanı olduğu bir gerçektir. Nitekim bu konuda teknik elemanların sorumluluklarının öğretide de altı çizilmekte, *hatta bunun yasal planda güçlendirilmesi ve netleştirilmesi gerektiği* de ifade edilmektedir⁷⁹.

Uzman ayrıca “*çalışma ortamı gözetimi*” görevini de yerine getirecektir (m.9/1, c). Yönetmeliğe göre, çalışma ortamının gözetiminin yapılması, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı gereği yapılması gereken periyodik bakım, kontrol ve ölçümleri planlamak ve uygulamalarını kontrol etmek uzmanın görevleri arasındadır. Uzman ayrıca, işyerinde kaza, yangın veya patlamaların önlenmesi için yapılan çalışmalara katılmak, bu konuda işverene önerilerde bulunmak, uygulamaları takip etmek; doğal afet, kaza, yangın veya patlama gibi durumlar için acil durum planlarının hazırlanması çalışmalarına katılmak, bu konuyla ilgili periyodik eğitimlerin ve tatbikatların yapılmasını ve acil durum planı doğrultusunda hareket edilmesini izlemek ve kontrol etmekle de görevli kılınmıştır.

Uzmanın “*çalışma ortamı gözetimi*” yükümlülüğü uygulamada yanlış anlaşılmakta, uzmanlar işçilerin operasyonel denetimlerinden sorumlu kişiler olarak değerlendirilmektedir. Örneğin *Ocak* 'a göre, “...işverenin diğer tüm yükümlülüklerini yerine getirmesi yeterli bulunmamakta, ayrıca işverenin sürekli tedbirlere uyulmasını sağlaması da zorunludur. Bunun için sürekli olarak işyerini ve işin yürütümünü izlemesi ve denetlemesi gerekir. İşte işverenin bu tür yükümlülükleri de iş güvenliği uzmanları ara-

79 Akın' a göre, “...Dürüstlük kuralı gereği kendinden beklenen özeni göstermeyen teknik elemanın risk değerlendirmesindeki kusurundan işverene ve zarar görenlere karşı da şahsen sorumlu olacağı mutlaka yönetmeliğe eklenmelidir. Yönetmeliğe konacak bu gibi hükümlerin tarafları sorumlu davranmaya iteceği, yargı önüne gelen uyuşmazlıklarda mahkemelerin değerlendirme yapabilmesini kolaylaştıracağı ve ilgililere hak ettiklerinden fazla sorumluluk yüklenmesini engelleyeceği unutulmamalıdır” (İş Sağlığı ve Güvenliği ve Alt İşverenlik, 116-117).

*cılığı ile yerine getirilecektir*⁸⁰. Bu görüşe katılmadığımızı, hatta uzmanın sorumluluğunun belirlenmesi açısından tehlikeli bulduğumuzu belirtmemiz gerekir. Gerçekten *çalışma ortamı gözetimi ile çalışanların denetimi farklı konulardır*. Çalışma ortamı gözetiminde objektif olarak çalışma koşullarına ve ortamına odaklanılmakta bu konuda yapılması gereken test ve incelemeler yapılmaktadır. Çalışanların iş sağlığı ve güvenliği kurallarına uymaları için denetlenmeleri ise ayrı bir konudur ve bu da *işveren vekilleri tarafından yerine getirilir*. Uzman, görevi gereği işçilerin başında durarak operasyonu denetleyecek ve işçileri uyaracak kişi değildir. Uzman, işverenin ve işveren vekillerinin yerine geçerek iş güvenliğini sağlama yükümlülüğünü üstlenecek kişi de değildir. Esasen bu yaklaşımın kökenlerinde, iş güvenliği uzmanının işveren vekilleri ile karıştırılması yatmaktadır.

Uzmanın bir diğer görevi ise, “*Eğitim, bilgilendirme ve kayıt*” olarak tanımlanmıştır (m.9/1, ç). Yönetmeliğe göre, çalışanların iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerinin ilgili mevzuata uygun olarak planlanması konusunda çalışma yaparak işverenin onayına sunmak ve uygulamalarını yapmak veya kontrol etmek uzmanın görevidir. Uzman, çalışma ortamıyla ilgili iş sağlığı ve güvenliği çalışmaları ve çalışma ortamı gözetim sonuçlarının kaydedildiği yıllık değerlendirme raporunu işyeri hekimi ile işbirliği halinde hazırlamakla görevlidir. Uzman yine, çalışanlara yönelik bilgilendirme faaliyetlerini düzenleyerek işverenin onayına sunmak ve uygulamasını kontrol etmekle görevlidir. Ayrıca gerekli yerlerde kullanılmak amacıyla iş sağlığı ve güvenliği talimatları ile çalışma izin prosedürlerini hazırlayarak işverenin onayına sunmak ve uygulamasını kontrol etmek de uzmanın görevleri arasındadır. Uzman ayrıca, Bakanlıkça belirlenecek iş sağlığı ve güvenliğini ilgilendiren konularla ilgili bilgileri, İSG KATİP sistemine bildirmekle de görevlidir.

İş Güvenliği Uzmanı, “*ilgili birimlerle işbirliği*” de yapacaktır (m.9/1, d). Buna göre, işyeri hekimiyle birlikte iş kazaları ve meslek hastalıklarıyla ilgili değerlendirme yapmak, tehlikeli olayın tekrarlanmaması için inceleme ve araştırma yaparak gerekli önleyici faaliyet planlarını hazırlamak ve uygulamaların takibini yapmak bu kapsamdaki görevlerin başında gelmektedir. Uzman bir sonraki yılda gerçekleştirilecek iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili faaliyetlerin yer aldığı yıllık çalışma planını işyeri hekimiyle birlikte hazırlayacak, ayrıca, bulunması halinde üyesi olduğu iş sağlığı ve güvenliği

80 İş Güvenliği Uzmanlığı, 102.

kuruluyla işbirliği içinde çalışacaktır. Uzman, çalışan temsilcisi ve destek elemanlarının çalışmalarına destek sağlayacak ve bu kişilerle işbirliği yapacaktır.

İş güvenliği uzmanı işverene yazılı olarak bildirilen iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili alınması gereken tedbirlerden hayati tehlike arz edenlerin, iş güvenliği uzmanı tarafından belirlenecek makul bir süre içinde işveren tarafından yerine getirilmemesi hâlinde, bu hususu işyerinin bağlı bulunduğu çalışma ve iş kurumu il müdürlüğüne bildirmekle yetkili kılınmış bulunmaktadır (10/1, a). Uzman, işyerinde belirlendiği hayati tehlikenin ciddi ve önlenemez olması ve bu hususun acil müdahale gerektirmesi halinde işin durdurulması için işverene başvuracaktır (10/1, b). Uzman, görevi gereği işyerinin bütün bölümlerinde iş sağlığı ve güvenliği konusunda inceleme ve araştırma yapmak, gerekli bilgi ve belgelere ulaşmak ve çalışanlarla görüşmeye yetkilidir (10/1, c). Yine, görevinin gerektirdiği konularda işverenin bilgisi dâhilinde ilgili kurum ve kuruluşlarla işyerinin iç düzenlemelerine uygun olarak işbirliği yapmak da uzmanın yetkileri arasında sayılmış bulunmaktadır (10/1, ç). Yönetmeliğe göre, tam süreli iş sözleşmesi ile görevlendirilen iş güvenliği uzmanları, çalıştıkları işyeri ile ilgili mesleki gelişmelerini sağlamaya yönelik eğitim, seminer ve panel gibi organizasyonlara katılma hakkına sahiptir. Bu gibi organizasyonlarda geçen sürelerden bir yıl içerisinde toplam beş iş günü kadar çalışma süresinden sayılır ve bu süreler sebebiyle iş güvenliği uzmanının ücretinden herhangi bir kesinti yapılamaz (10/2). Uzmanların kişisel gelişimi ile ilgili bu düzenleme de yerinde olmuştur. Gerçekten, uzmanların her ne kadar sertifikasyona sahip görünseler de büyük çoğunluğu henüz tecrübeli değildir. Bunların bilgi, görgü ve tecrübelerini arttırıcı her türlü düzenlemeyi de isabetli görmek gerekmektedir.

İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmeliğin 11. maddesinde uzmanların yükümlülükleri belirtilmiştir. Buna göre, iş güvenliği uzmanları, bu Yönetmelikte belirtilen görevlerini yaparken, işin normal akışını mümkün olduğu kadar aksatmamak ve verimli bir çalışma ortamının sağlanmasına katkıda bulunmak, işverenin ve işyerinin meslek sırları, ekonomik ve ticari durumları ile ilgili bilgileri gizli tutmakla yükümlüdürler (11/1). Yönetmelikte kanunda yer alan esaslar tekrarlanmış ve "iş güvenliği uzmanları, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin yürütülmesindeki ihmallerinden dolayı, hizmet sundukları iş-

verene karşı sorumludur” hükmüne yer verilmiştir (11/2). Çalışanın ölümü veya maluliyetiyle sonuçlanacak şekilde vücut bütünlüğünün bozulmasına neden olan iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde ihmali tespit edilen iş güvenliği uzmanının yetki belgesinin geçerliliği altı ay süreyle askıya alınacaktır (11/3)⁸¹. Bu konudaki ihmalin tespitinde kesinleşmiş yargı kararı, malullüğün belirlenmesinde ise 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 25. maddesindeki kriterler esas alınacaktır (11/3).

2. İşyeri Hekimi

Kanuna göre tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde çalışacaklar, yapacakları işe uygun olduklarını belirten sağlık raporu olmadan işe başlatılamaz (m.15/2)¹⁷. İlgili kanun kapsamında alınması gereken sağlık raporları işyeri sağlık ve güvenlik biriminde veya hizmet alınan ortak sağlık ve güvenlik biriminde görevli olan işyeri hekiminden alınır (m.15/3).

Raporların işyeri hekimi tarafından düzenlenmesi, ülkemizde meslek hastalıklarının önlenmesi konusunda atılmış önemli bir adımdır. Ülkemizde 700-800 civarında meslek hastalığı (yıllık) tespit edilmektedir. *Bu sayı gerçekçi değildir.* 2005-2006 yılındaki verilere göre, tüm meslek hastalıklarının % 72,7’si silikoz ve %18,3’ü kurşun zehirlenmesidir. Söz konusu veriler, gürültüye bağlı işitme kayıpları başta olmak üzere pek çok meslek hastalığının tespit edilemediğini göstermektedir⁸². *Harrington* kuramına

81 Kanunun bu düzenlemesinin, “iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde ihmalin” tespit edilmesi olarak tanımlanmış olduğu, bu tanımlamada geçen ihmalin net olmadığı, hukuk devletinin temel ilkelerinden birinin belirlilik olduğu, bu ilkeye göre yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olmadığı, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesinin gerekli olduğu” gerekçesiyle Anayasa’ya aykırılığı iddia edilmiştir. Anayasa Mahkemesi ise başvuruyu “...İşyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanının görev, yetki ve sorumluluk alanlarının Kanun’un 30. maddesinin vermiş olduğu yetki ile yönetmelikle düzenleneceği ve bu yönetmeliğin açıkça anılan kişilerin yetki, sorumluluk, hak ve ödevlerini düzenlediği düşünüldüğünde ihmalin tespitinde bir belirsizliğin bulunduğu söylenemez. Dava konusu kuralda işaret edilen tespit edilecek ihmali de; aynı maddenin iki ve üç numaralı fıkralarında yer alan düzenlemeler ile birlikte değerlendirildiğinde kusur sorumluluğuna işaret edildiği görülmektedir. Kaldı ki ihmali tespit edilen işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanının yetki belgesinin askıya alınması işlemlerinin Kanun’un diğer maddeleri de dâhil olmak üzere, çıkarılacak yönetmelikler ve diğer düzenleyici işlemler çerçevesinde yürütüleceği açıktır. Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa’nın 2. maddesine aykırı değildir” gerekçesiyle reddetmiştir. AYM, 3.4.2013, RG, 31 Aralık 2013, Sayı: 28868.

82 Tuna’ya göre, “...meslek hastalıkları konusundaki istatistikler; gerçek durumu göstermekten son derece uzaktır. Bunda işçi hastaneye başvurduğunda kendisine bu teşhisi koyacak uzman hastane ve doktorları bulamamasının payı son derece yüksektir. Ülkemizde “Meslek Hastalığı” teşhisini koyacak Meslek Hastalıkları Hastanelerinin sayıları son derece azaltılmış, var olanların da yatak kapasiteleri daraltılmıştır. İşçileri muayene etmekle görevli olan Meslek Hastalıkları Hastanesi dışındaki doktorlar, çalışana “Ne iş yapıyorsun” sorusunu dahi sormamakta, hastalıkları sadece genel yaygın hastalık anlayışıyla teşhis etmeye çalışmaktadır. Hastaneler, yıllardır pnömokonyoz olmasına rağmen, farklı akciğer hastalıklarıyla tedavi gören işçilerle doludur” (H. Tuna, En Yaygın Endüstriyel Tehlike: Gürültü, Çalışma ve Toplum, 2005/2, 104).

göre, Türkiye’de tahmin edilen meslek hastalığı sayısının 36.000 olduğu ifade edilmekte⁸³, TÜİK tarafından yapılan araştırmaya göre 2006-2007 yılları arasında işe bağlı sağlık sorunu yaşayanların sayısının 914.000 olarak tespit edilmesine karşılık SGK tarafından 2008 yılında işlemi tamamlanan meslek hastalığı vakası sayısının 539’da kalması, meslek hastalığı bildirimlerinde yaşanan sorunları açık biçimde ortaya koymaktadır⁸⁴. *Sabuncu’nun da isabetli olarak tespit ettiği gibi, “...SGK istatistiklerinde meslek hastalığı sayıları da oldukça düşündürücüdür. Ülkemizde yılda yaklaşık 1000 civarında meslek hastalığı oluşmakta meslek hastalığına uğrayan bu insanların yaklaşık % 30’u hayatını kaybetmektedir. Bu kadar yüksek düzeyde bir fatalite hızı, ancak ölümcül hastalıklarda (kanser gibi) görüleceğinden, ülkemizde; saptanan meslek hastalıklarının ölümcül hastalıklar olduğu gibi tuhaf ve ürkütücü bir sonucu yaratmaktadır”⁸⁵.*

Meslek hastalıkları işten ayrıldıktan sonra da ortaya çıktığından işçiler ve doktorlar tarafından genellikle fark edilememekte normal hastalıkmiş gibi değerlendirilmektedir. Meslek hastalığının işten ayrıldıktan sonra ortaya çıkması halinde, konunun iş ve sosyal güvenlik mevzuatı açısından soruşturulması aşamasında, işyerinin kapalı olması ya da işçinin çalıştığı sürelerdeki iş sağlığı ve güvenliği koşullarının ya da yürütüm koşullarının belirlenememesi, meslek hastalıklarının tespitini de güçleştirmektedir⁸⁶. Raporların farklı birimlerden alınması, çalışanın sağlık geçmişinin sağlıklı şekilde takip edilememesi sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Nitekim sağlık raporları ile işyeri hekimliğinin bütünleştirilmesi, kanunun en önemli adımlarından biri olmuştur. Buna karşılık *Akyiğit’e göre; “...tam donanımlı bir özel kamusal hastaneden veya tıp fakültelerine bağlı hastanelerden alınan raporları hiçe sayma, pek de isabetli gözükmez. Üstelik bu yüküm bağlamında işverenin ilgili çalışanı işe başlatmamasının hukuken ne sayılacağı ve sonuçları tartışmaya açıktır. Duruma göre iş sözleşmesinin geçersizliği veya imkansızlık nedeniyle geçersizliği yahut kanunen ve kendiliğinden sona ermiş mi sayılacağı duraksamalara ve tartışmalara gebe dir”⁸⁷.*

83 K. Özer, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısının Çalışma Yaşamına Etkileri, *Mercek Dergisi*, Yıl:17, s.65, 62-63.

84 O. Karadeniz, Dünya’da ve Türkiye’de İş Kazaları ve Meslek Hastalıkları ve Sosyal Koruma Yetersizliği, *Çalışma ve Toplum*, 2012/3, 47.

85 H. Sabuncu, İş Sağlığı ve Güvenliğine Evrensel Yaklaşım, *Legal İHD*, 2005/5, 114; SGK istatistiklerini değerlendiren yazara göre, “...SSK tarafından 2000 yılına kadar, iş kazaları ve meslek hastalığı ölümleri düzgün bir biçimde verilirken SSK bu rakamları nasıl verdiğini izah ederek 2000 yılında bir düzeltme yapmaktadır. 2000 yılında 436 çalışanın ölüm nedeni bilinmemektedir. Dipnotta ise bu facia açıklanarak gaf üstüne gaf yapılmaktadır. Bu bir itiraftır ve SSK sisteminde ölçme değerlendirmenin yapılmadığının en güzel kanıtıdır” (115-115).

86 O. Karadeniz, Dünya’da ve Türkiye’de İş Kazaları ve Meslek Hastalıkları ve Sosyal Koruma Yetersizliği, *Çalışma ve Toplum*, 2012/3, 47.

87 Akyiğit, *İş Hukuku*, 2014, 368.

Kanımızca sistemin bütünlüğü içinden bakıldığında, ülkemizde ancak 700-800 civarında meslek hastalığı tespit edilebilmesinin temel nedeni yazarın belirttiği yerlerden alınan isabetsiz ve yetersiz raporlardır ve burada işyeri hekimiliğinin temel işlevi olan, çalışanın somut işe uygunluğu sağlama noktasını gözden kaçırılmaktadır. *Gerçekten çalışanın işe uygunluğunu en isabetli biçimde o işyerinin hekimi denetler.* Yine çalışanın sağlık gelişimini de işyeri hekimi en doğru şekilde değerlendirir ve sürekli takip edebilir. Nitekim madde gerekçesinde de “...Sağlık gözetiminin yararlı olabilmesi için işyeri hekimi çalışanların günün önemli bir bölümünü geçirdikleri çalışma ortamının özelliklerini de iyi bilmelidir. Bu nedenle işe girerken, iş değişikliği ya da yeniden işe dönüşlerde sağlık muayenelerinin yapılması ve bu muayeneler neticesinde çalışanın yapacağı veya daha önce yaptığı işlerin sağlığına olumsuz etkileri konusunda çalışma ortamını iyi bilen işyeri hekimlerinin karar vermesine ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir” ifadesi yer almıştır. Gerçekten, 6331 sayılı Kanun öncesinde, özellikle sağlık ocağı gibi yerlerden alınan işçinin çalışmasının uygunluğuna dair basit raporlarla işverenlerin sağlık gözetimi yükümlülüğü gereği gibi yerine getirilememiştir. Ülkemizde meslek hastalıklarının tespitinin gerçekçi şekilde yapılamamasının sebebi de budur. Bu dönemde Yargıtay, tartışmaya açık bir biçimde rapor alınma süreçleri ile ilgili bir hiyerarşik ilişki kurmaya çalışarak çalışanları korumak istemiş, başvurulabilecek daha nitelikli yerler varken, sağlık ocağından alınan rapora itibar etmemiştir⁸⁸. *Sonuç olarak 6331 sayılı Kanunun düzenlemesi son derece isabetli olmuştur.*

İşyeri hekimi sağlık raporunu düzenlerken, bununla ilgili olarak çalışandan ek tetkikler yaptırmasını isteyebilecektir. Yine öğretilerde de ifade

88 Yüksek Mahkemeye göre; “...Dava; işverenin sigortalıyı işe başlatmadan önce ve işin devamı süresince bünyeye elverişlilik raporu alınmaması nedeniyle sigortalının tedavisi nedeniyle uğranılan kurum zararlarının tahsili istemine ilişkin olup; davanın yasal dayanağı 506 Sayılı Yasanın 41 ve İş Kanununun 79.maddesidir. Ağır ve tehlikeli işlerde çalışacak olanların işe girişlerinde, bu işlere elverişli ve dayanıklı oldukları İş Kanununun 79.maddesi gereğine uygun olarak ve sırasıyla; işyeri hekimi, işçi sağlığı dispanseri, bunların bulunmadığı yerlerde sırası ile en yakın Sosyal Sigortalar Kurumu, sağlık ocağı hükümet veya belediye doktorları tarafından verilmiş muayene raporları olmadıkça, bu gibilerin işe alınmaları ve çalıştırılmaları yasaktır. Davalı işveren işe girişten önce muayene yapıldığına dair muayene kartı ibraz etmiş ise de; yasa maddesinde öngörülen bu sıralamada, önden gelenin yetkisi sonra gelenin yetkisinden üstün olması sebebiyle alınacak bünyeye elverişlilik raporunun zikredilen sıralamaya göre alınmış olması gerekeceğinden ve işyerinin bulunduğu yörenin, T. gibi tıbbi olanakları yeterli bulunan bir yer olması dikkate alınarak yukarıdaki sıralama atlanarak sağlık ocağında yapılan muayene geçerli kabul edilemez. Bu bağlamda 506 Sayılı Yasanın 41.maddesinde yer alan “çalışma mevzuatına göre sağlık raporu alınması gerektiği halde böyle bir rapora dayanılmaksızın çalıştırılan sigortalının bünyeye elverişli bulunmadığı işte çalıştırılması sonucu meydana gelen hastalığı için Kurumca yapılan hastalık sigortası masraflarının tümü işverene ödettilir.” hükmü gözetilmeksizin işte çalıştırılan sigortalının bünyeye elverişli bulunmadığı işte çalıştırılması sonucu meydana gelen hastalığı için Kurumca yapılan hastalık sigortası masraflarının tümü işverene ödettilir.” hükmü gözetilmeksizin işte çalıştırılan sigortalının bünyeye elverişli bulunmadığı işte çalıştırılması sonucu meydana gelen hastalığı için Kurumca yapılan hastalık sigortası masraflarının tümü işverene ödettilir.” (Y. 10 HD., 03.10.2005, E: 2005/6980 K: 2005/9656, www.legalbank.net).

edildiği üzere, işyeri hekiminin raporu düzenlerken uzmanlık gerektiren durumlar söz konusu olduğundan diğer hekimlerden de yardım alması da mümkün sayılmalıdır⁸⁹.

Uygulamada, henüz hekim çalıştırma zorunluluğu olmayan işyerleri için raporların ne şekilde düzenleneceği tartışma konusu yaratmıştır. Çalışan sayısı ve tehlike sınıfına göre kanunun yürürlüğe girişi bakımından işyeri hekimi görevlendirme yükümlülüğü henüz başlamayan işyerlerinde rapor niteliğindeki işe giriş ve aralıklı sağlık muayeneleri kanun öncesinde olduğu gibi kamu sağlık hizmeti sunucuları tarafından düzenlenebileceği Bakanlıkça açıklanmıştır⁹⁰. 6552 sayılı Torba Kanun ile yapılan değişikliğe göre, *az tehlikeli sınıfta yer alan ve çalışan sayısı 10'dan az olan işyerlerinde çalışanlar* sağlık raporlarını kamu hastanelerinden, üniversite hastanelerinden veya ve aile hekimlerinden alabilecektir. (6331, m.15/III)⁹¹. Buna göre söz konusu düzenleme raporların işyeri hekimince düzenlenmesi kuralının istisnasını oluşturmaktadır. Fransız Hukukunda da işyeri hekiminin verdiği uygunluk raporuna göre işlem yapmak zorundadır. İşveren ile hekim arasında bir ihtilaf olması durumunda, bunu iş müfettişliğinin çözeceği Fransız İş Kodunda hükme bağlanmıştır (CT, art. L. 4624-1). Buna göre 2 aylık bir süre içinde itiraz edilir ve durum yeniden değerlendirilir (CT, art. R. 4624-35)⁹².

3. İSG Profesyonelleri, İşveren ve İşveren Vekilleri İlişkisi

4857 sayılı Kanun ve sonrasında 6331 sayılı kanun ve yönetmelikler, deyim yerindeyse "*suigeneris*" bir iş sağlığı ve güvenliği profesyoneli kavramı ortaya çıkarmıştır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu kişilerin işverenle aralarındaki ilişki bir iş sözleşmesine dayanabileceği gibi, işveren bu konudaki yükümlülüğünü dışarıdan hizmet alarak yerine getirecektir. Bu ikinci durumda ise, işveren ile iş sağlığı ve güvenliği profesyoneli arasında doğrudan bir hukuki ilişki kurulmamakta, hukuki ilişki esas olarak OSGB ve işveren arasında gerçekleşmektedir. 6331 sayılı Kanun uzman ve hekimlerin, iş sözleşmesi ve OSGB kanalı dışında bu hizmeti başka bir sözleşme ile yerine getirmelerine olanak vermemiştir. Örneğin eski dönemde olduğu gibi hekimlerin "*serbest meslek makbuzu*" sistemi ile işyeri hekimliği yapmaları mümkün değildir⁹³.

89 Caniklioğlu, 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri, 59.

90 ÇSGB İSGGM 15.02.2013 tarihli internet duyurusu, ev. <http://www.csqb.gov.tr/csqbPortal/isgm.portal?page=duyuru&id=saglikraporlari> (ET: 10.03.2013).

91 RG, 11 Eylül 2014, Sayı: 29116.

92 Chatard, Services De SantéAu Travail, (p.216).

93 Özdemir, İş Sağlığı Ve Güvenliği Hukuku, 149-150.

İşveren, uzman ve hekim arasındaki ilişki daha açık olmakla birlikte, İSG profesyonellerinin *işletme içindeki konumları konusunda ciddi bir belirsizlik* bulunmaktadır. Bu belirsizlik ise son derece risklidir: İSG profesyoneli bu yapı içinde görevi olmayan bir konuda rahatlıkla suçlanabilecek bir konumdur. Özellikle öğretilerdeki yaklaşımlar bu belirsizliği bizce artırmıştır. Bu yaklaşım “İş Güvenliği Uzmanlığı” başlıklı monografide Ocak tarafından benimsenmektedir. Yazar iş güvenliği uzmanının “işveren vekili” sayılması gerektiğini açıklamaktadır⁹⁴. “Türk İş Hukukunda Bireysel İş Hukuku Açısından İşveren Vekilliği” başlıklı monografide de H. Yılmaz, iş güvenliği uzmanının işveren vekili olduğunu belirtmektedir⁹⁵. Yine, *Demircioğlu*⁹⁶, *Baskan*⁹⁷ iş güvenliği uzmanının işveren vekili olduğunu açıklamaktadır. Aynı şekilde *Akın*’ a göre, “...İşyeri hekimleri nitelikleri gereği işçi statüsü taşırlar. Bununla beraber işyerindeki durumları, onların *aynı zamanda işveren vekili sayılabilmelerini de sağlar* (İK.2/IV)”⁹⁸. Uzman ve hekimlerin işveren vekili niteliği, *Mollamahmutoğlu ve Astarlı*⁹⁹, *Başbuğ*¹⁰⁰ tarafından da kabul edilmektedir. Hatta *Başbuğ*, OSGB’ lerin dahi “işveren vekili olduğunu” öne sürmektedir¹⁰¹.

Kanımızca uzman ve hekimi “*işveren vekili*” olarak kabul eden bu görüşler isabetsiz olduğu kadar, bu kimselerin *yetki ve sorumluluklarının belirlenmesi konusunda ciddi sakıncaları da beraberinde getirmektedir*. Öncelikle “işveren vekili” kavramını hukukumuzda doğru şekilde tanımlamak gerekir. İşveren vekili, 4857 sayılı Kanuna göre, işveren adına hareket eden ve bunu “işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde” görev alarak gerçekleştiren kişidir¹⁰². İşveren vekili olmanın hukuki sonucu, kullanılan

94 Ocak, İş Güvenliği Uzmanlığı, 19-20.

95 H. Yılmaz, Türk İş Hukukunda Bireysel İş Hukuku Açısından İşveren Vekilliği, Ankara 2012, 136-137.

96 Ulusal ve Uluslararası Hukukta İş Güvenliği Uzmanlığı, İstanbul, 2006, 128.

97 E. Baskan, İş Güvenliği Uzmanı Çalıştırma Yükümlülüğü ve Uzmanların İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Sorumluluğu, Çimento İşveren Dergisi, Temmuz 2014, 26.

98 L. Akın, İş Sağlığı ve Güvenliğinde İş Yerinin Örgütlenmesi, AÜHFD Yıl 2005, Cilt: 54, sayı: 1, 24.

99 Mollamahmutoğlu-Astarlı, İş Hukuku, 2012, 1246.

100 Başbuğ, İşyerlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği, 50.

101 Başbuğ, İşyerlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği, 54.

102 İş Kanununun 2. maddesinin gerekçesine göre, “...işveren vekili tanımı, sorumluluğu, işçi hak ve yükümlülüklerine tabi olmasına ilişkin hükümler esas itibarıyla aynen korunmuş, ancak işveren vekiline verilen temsil yetkisinin işyeri ve işler dışında “işletme” ile ilgili bulunduğu gerçeği göz önünde tutularak tanıma bu sözcük de eklenmiştir”.

temsil yetkisinden dolayı işverenin hukuki planda sorumlu olmasıdır¹⁰³. Ancak işveren vekili olmanın esas önemli sonuçları cezai planda karşımıza çıkmaktadır. *İşverenin yönetim yetkileri ile donanan işveren vekilleri, bu yetkinin kullanılmasından dolayı, cezaların şahsiliği ilkesi gereği şahsen sorumlu olacaklardır.*

İşvereni temsil yetkisi taşımak, işveren vekilliği sıfatının kazanılması için yeterli değildir. Temsil yetkisinin yanında, 4857 sayılı kanuna göre *işin, işyerinin ve işletmeninyönetiminde görev* almak da gerekir¹⁰⁴. 6331 sayılı Kanuna göre ise, işveren vekili *işin ve işyerininyönetiminde görev* alır. İşveren vekili bu anlamda işçiler üzerinde kendisine devredilen *yönetim hakkını kullanır*¹⁰⁵. Buna göre, işveren vekili bu hukuki ve cezai sorumluluk yapısı içinde, *“işverenin yönetim yetkisinin tamamını veya bir kısmını”* kullanan kişi olarak tanımlanabilir. İşveren vekili *işletme hiyerarşisi içinde yer alır ve kendisine devredilen sınırlar içinde, işverenin yönetim yetkisini işçilere vereceği talimatlarla kullanır.* İşveren vekilinin sahip olduğu temsil yetkisinin muhatabı işletme içindeki işçilerdir. İşveren vekili kavramını, işvereni temsil eden herhangi bir kişiden, örneğin işverenin avukatından ayıran temel nokta da budur. İşveren vekilinin kullandığı bu *“otorite”*; yani emir ve talimat verme yetkisi, çoğu zaman *“disiplin yetkisi”* ile desteklenir. Buna göre, işveren vekili denilen kişi ayrıca *çalışanı uyarabilir, ikaz edebilir* gereğinde uyarı, kınama, ücret kesme gibi disiplin cezalarını verebilir. Bu bağlamda işyerini yöneten veya işvereni temsil eden herhangi biri bize göre *hiyerarşik olarak işçilere emir ve talimat verme pozisyonunda olmadıkça* iş kanunu anlamında *“işveren vekili”* olarak kabul edilemez¹⁰⁶.

İş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimlerinin hukuki statüsünü de bu anlayıştan hareket ederek yorumlamak gerekir. Uzman ve hekim, iş sözleşmesi ile çalışabilseler de, *teknik olarak bağımsız danışman* niteliği taşırlar. *Chatard'* ın da isabetle belirttiği gibi, iş sözleşmesi bunları işverene *faa-*

103 C. Tuncay, Hukukumuzda İşveren Vekili Kavramı, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Prof. Dr. Kemal Oğuzman Anısına, Galatasaray Üniversitesi yay, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 1997 Yılı Toplantısı, İstanbul 1998, 182.

104 Mollamahmutoğlu-Astarlı, İş Hukuku, 2012, 214.

105 Sützek' e göre *“...işveren vekilinin görevini yerine getirebilmesi için gerekli hukuki otoriteye sahip kılınması, yönetim yetkisiyle donatılmış bulunması gerekir”* (İş Hukuku, 179).

106 Aynı şekilde Akyiğit de isabetli olarak *“... (işveren vekilinin) yönetim görevinin mutlaka personel yönetimi vb. gibi idari konularda olması zorunlu değildir; üretim biriminde, dış ilişkide, personelde vs. olabilir. Fakat dikkat edilecek husus, yönetim görevinin/yetkisinin işçilere karşı olması gerektiğidir”* anlatımı ile belirttiğimiz koşulu desteklemektedir (İş Hukuku, 69).

*liyetlerinin içeriği ile ilgili değil, sadece idari açıdan bağlar*¹⁰⁷. Örneğin, hekimin işyerinde görevini yapacağı yerin belirlenmesi, işyeri hekiminin hizmetine sunulan malzemenin kullanılması, iş sürelerinin organizasyonu, ücret ve ücret zamlarının belirlenmesi gibi konularda işverene bağımlılık söz konusudur. Bunun gibi idari konuların dışında işyeri hekimi, tam bir mesleki ve teknik bağımsızlık içinde görevini yerine getirir¹⁰⁸.

Buna göre uzman ve hekim, *bu sıfatları ile* işletme hiyerarşisi içinde yer almaz; yani *işçilere emir ve talimat verme yetkileri yoktur*. Uzman ve hekimin *muhatabı daima işverendir*. Uzman ve hekim, *işçi ile ilgili doğrudan karar verici kişi (executive) konumunda değildir*. Örneğin bir işçinin o işte çalışmasının sağlıklı olup olmadığına ilişkin hekim görüş ve rapor yazar; ancak çalışmaması yönünde çalışana talimat veremez. Bu görüşünü işverene iletir; onaylı deftere yazarak ve giderek Bakanlığa şikayet ederek kendisine tanınan hak ve yetkileri kullanır. Nitekim mukayeseli huktan çıkarılacak argümanlar da belirttiğimiz bu hususu açıkça ortaya koymaktadır. Demircioğlu'nun çalışmasında Alman Hukuku ile ilgili olarak şu tespitlere yer verilmektedir; *"...işletmenin işleyişine doğrudan müdahale etme olanağına sahip olmayan iş güvenliği uzmanı, işletmelerde iş güvenliğine ilişkin önlemlerin yerine getirilmesinde veya önlemlerin alınmasında **işçilere doğrudan talimat verme yetkisine sahip değildir**. İşletmeyi işveren yönetiyorsa ayrıca bir işletme müdürü, yoksa, önerilerin muhatabı doğrudan işverenin kendisidir"*¹⁰⁹. Buna göre, uzman ve hekimi mukayeseli hukuk alanında da kabul gören temel esaslarından koparak ele almaya olanak yoktur¹¹⁰.

Uzman ve hekime *"işveren vekili"* sıfatını atfetmek bu kişilerin aynı zamanda gerçek işveren vekilleri olan işçinin ilk derece ve daha üst amirleri arasındaki yetki ve görev dağılımını da belirsiz hale getirmektedir. İşveren vekili, kendisine yönetim kurulu kararları, iş sözleşmeleri, karşılıklı dele-

107 D. Chatard, Services De SantéAu Travail, JurisClasseur Travail Traité, Fasc. 20-30: Hygiène Et Sécurité, Date Du Fascicule: 5 Février 2013, Mise À Jour 8Janvier 2014, (p.90).

108 Güzel, Dünya'da ve Ülkemizde İşyeri Hekimliğine Yaklaşım, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 55.

109 M. Demircioğlu, Ulusal ve Uluslararası Hukukta İş Güvenliği Uzmanlığı, İstanbul, Beta Yayıncılık, İstanbul 2006, 56.

110 Buna göre, Demircioğlu'nun mukayeseli hukuk çalışması niteliği taşıyan eserinde Türk Hukukunu neden kitabında kapsamlı şekilde incelediği Batı Avrupa Hukukundaki temel esaslardan kopuk biçimde değerlendirdiğini ve uzmanın işveren vekili olduğu (s.128) sonucuna ulaştığını anlamak da güçtür. Gerçekten mukayeseli hukuk bakımından konu incelendiğinde, iş sağlığı ve güvenliği sisteminin sahibinin işveren ve vekilleri olduğu, iş güvenliği profesyonellerinin bu sistemin dışında kaldığı ve danışman sıfatıyla işverene hizmet verdiği anlaşılmakta, hemen her ülkede mesleki bağımsızlık bu temel esaslar üzerinde oturtulmaktadır.

gasyon anlaşmaları ve görev tanımları ile kendilerine devredilen yetkileri kullanarak önlem alma süreçlerinde görev alır. Örneğin şirketin kendisine bütçe verilmiş, maddi, teknik ve hukuki olanaklar sağlanmış olan bir genel müdür veya şantiye şefi, önlem alma süreçlerinde aktif rol oynar; iş güvenliği önlemlerini tespit eder ve kendisine verilen bütçe çerçevesinde yatırımları yapar. Buna karşılık genel müdürün birebir bütün işçileri denetlemesi olanaksızdır. Dolayısıyla bu yetkiler alt düzeydeki işveren vekillerine delege edilir ve çalışanın ilk derece amirlerinden başlayarak amirleri özellikle “denetim” süreçlerinde sorumluluk taşır. *Kabakçı*'nın Alman Hukuku öğretisine atıf yaparak ifade ettiği “...işverenin işlevi “organize eden” ve “uygulamayı sağlayan” şeklinde karakterize edildiğinde, işveren vekillerinin rolleri ise “uygulayan” ve “yürüten” biçimde tasvir edilebilir”¹¹¹. Buna göre işveren vekili, bizim de açıkça ifade ettiğimiz üzere icrai yetkilere sahip (executive) konumda olan kişidir¹¹².

İşveren vekili, görev ve pozisyonuna göre, önlem alınmasında ve işçilerin denetlenmesinde deyim yerindeyse işverenin yerine geçer ve aktif rol oynar. *Kabakçı*'nın da isabetle belirttiği gibi “...**işveren ve işveren vekillerinin** sağlık ve güvenliğin garanti altına alınması yükümlülüğünü uygun biçimde gerçekleştirebilmeleri için en azından görev alanıyla ilgili **emir ve talimat verebilme konusunda bir yetkiye sahip olmaları zorunluluğu vardır**. Bu hem iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili doğrudan bir sorumluluğu olmayan işçilere karşı, bu hem organizasyonel yapılanmadan ikincil sırada yer alan işveren vekilleri arasındaki ilişki bakımından geçerlidir. Bunun sonucu olarak da organizasyon her halde özünde yukarıdan aşağı üst ast ilişkisi çerçevesinde yapılandırmayı gerekli kılmaktadır”¹¹³.

Buna karşılık iş sağlığı ve güvenliği profesyonelleri *işletme hiyerarşisi içinde yer almaz; işçilere emir ve talimat vermez*. İş güvenliği uzmanının mesleki bağımsızlığı da kaçınılmaz olarak böyle bir yapıyı ortaya çıkarır. Öğretide de iş güvenliği uzmanı ve işyeri hekiminin bağımsızlığının hem işçilere hem de işverene karşı olması gerektiği isabetli olarak belirtilmektedir¹¹⁴. Nitekim Alman Hukukuna ilişkin olarak *Demircioğlu*'nun tespitle-

111 Kabakçı, Avrupa Birliği İş Hukukunda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği İle İlgili Temel Yükümlülükleri, 306.

112 Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, 216 vd.

113 Kabakçı, Avrupa Birliği İş Hukukunda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği İle İlgili Temel Yükümlülükleri, 307.

114 M. Demircioğlu, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de İşçi Sağlığı ve İşyeri Hekimliği, Kamu-İş, Cilt: 4, Sayı: 2, Haziran 1997, 200; G. B. Seratlı, 4857 sayılı İş Kanunu’na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği, Legal İHD, 2005/7, 1152.

rinin dikkatle okunması gerekmektedir: “*İşletme ve İçindeki Yöneticilerle İlişkiler*” başlığı altında yazarın belirttiği üzere; “...İş güvenliği uzmanı işletmenin iş güvenliği ve tekniği konusunda işverene ve işletmenin diğer yöneticilerine danışmanlık yapar, alınacak önlemler konusunda onlara destek olur. Bu görevini yerine getirirken de mesleki bağımsızlığını korur, *talimat almaz. İş güvenliği uzmanı görevini doğrudan işletme müdürüne (leiter der betrieb) bağlı olarak yürütür.* İşletme müdüründen kastedilen ise iş güvenliği ve temel işletme yasasında (betriebsverfassungsgesetz) eşanlamli olarak kullanılan işletmeyi yönetmekle görevlendirilmiş kişilerdir. *Öte yandan işletme müdürüne doğrudan bağlılıktan amaçlanan ise, iş güvenliği uzmanının işletmede var olan, yukarıdan aşağıya inen salt çizgisel nitelikteki bir alt-üst ilişkisi şeklindeki yönetsel yapıda görev alması değil, tersine yönetsel yapıda alt-üst ilişkisinde bir “kurmay” gibi iş görmesidir.* İş güvenliği uzmanı işletmedeki iş güvenliğine ilişkin yükümlülüklerin **yerine getirilmesinde sorumluluğu üstlenemez. Bu konuda sorumluluk işveren veya yetkili kıldığı kişilerdedir.** İş güvenliği uzmanının sorumluluğu ise; gerekli özeni göstererek, işletmede iş güvenliğine ilişkin tehlikeleri belirlemek ve bunların önlenmesine ilişkin uzmanlık gerektiren önerileri işverene veya onun yetkili kıldığı kişilere iletmektir. Diğer bir deyişle bu sorumluluk sadece iş güvenliğine ilişkin önlemlerin yürütümünü etkileyen bir *mesleki sorumluluk boyutundadır*”¹¹⁵.

İş güvenliği uzmanının doğru biçimde anlaşılması, bu kişilerin hukuki ve cezai sorumluluğunun belirlenmesi bakımından da hayati önem taşımaktadır. Özellikle **Alman Hukukundakabul edilen temel esasların aynen, en küçük bir tereddüt söz konusu olmaksızın bizim hukukumuz bakımından da benimsenmesi** gerekir. İş güvenliği uzmanları, önlem alma süreçlerinde de *sadece görüş bildirirler*, önlemlerin fiilen alınmasında görevi işveren veya delegasyon söz konusuysa işveren vekilleri yapar. Böyle bir yapı içinde, **iş sağlığı ve güvenliği profesyonelleri ve işveren vekilleri sistemde birbirini tamamlar.** Nitekim bu ayırımı isabetli olarak *Kabakçı* da işaret etmekte ve “...iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili yasal düzenlemeler, işverenin ve sorumlu işveren vekillerinin yanında, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin özel görevleri olan bazı aktörleri de esas alır. Bu görevlilerden en önemlileri **iş güvenliği uzmanları ve işyeri hekimleri olup, bunlar işveren vekillerinden farklı olarak, yasal açıdan kendilerine tanınan hukuki statü gereği işverenin yükümlülüklerinin**

115 M. Demircioğlu, Ulusal ve Uluslararası Hukukta İş Güvenliği Uzmanlığı, İstanbul, Beta Yayıncılık, İstanbul 2006, 55-57.

yerine getirilmesinde bir sorumluluk taşımazlar. Uzman görevliler olarak iş güvenliği uzmanları ve işyeri hekimlerinin işlevi, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin yapılandırılmasını ve uygulanmasını **yönlendirmek suretiyle katkıda bulunmalarıdır**. Bu nedenle iş güvenliği uzmanları ve işyeri hekimlerinin görevlerinin danışmanlık olarak nitelendirilmesi mümkündür. Burada en başta bu kısa işlev bakımından onların konumu itibariyle **ast üst ilişkisi biçiminde yukarıdan aşağı organizasyon yapısı dışında kalmak zorunda oldukları anlaşılmaktadır**¹¹⁶” anlatımına son derece isabetli olarak yer vermektedir.

Buna göre, iş güvenliği uzmanları ile işveren vekillerinin birbirinden doğru biçimde ayrılması yaşamsal bir öneme sahip bulunmaktadır. Uzman ve hekimin “işveren vekilleri” ile karıştırılması tüm süreci belirsizliğe itecek ve özellikle ceza davalarında içinden çıkılması mümkün olmayan sonuçlar ortaya çıkacaktır. Her şeyden önce, iş güvenliği uzmanlarının, operasyonel anlamda “çalışanların iş güvenliği tedbirlerine uyup uymadığının denetimi” gibi bir görevleri olduğunu düşünmüyoruz. İş güvenliği uzmanı, *operasyon sürecini ve tek tek çalışanın aksiyonlarını değil, çalışma ortamının gözetim ve denetimini yapar*. Yani çalışanın emniyet kemerini takıp takmadığına bakacak olan, başta ilk derece amiridir; yoksa iş güvenliği uzmanı değildir! İşçi kaskını takmadığında, çalışanı uyaracak kişi de amiridir; iş güvenliği uzmanının böyle bir uygunsuzluk görmesi durumunda muhatabı işverendir. Benzer şekilde hekimin muhatabı da daima işverendir. *İşçiyi hekim cezalandıramaz, çalışana yaptırım uygulayamaz, emir ve talimat veremez!*

Kaldı ki hekimlerin ve iş güvenliği uzmanlarının kısmi süreli olarak istihdam edilebildiği dikkate alındığında bu değerlendirmenin geçerliliği belirgin biçimde ortaya çıkacaktır. Aksi görüşü kabul edersek; iş güvenliği uzmanı, diğer bir işyerine gittiğinde işçi denetimsiz mi kalacaktır? Gece vardiyasında uzmanın da mutlaka operasyon başında olup tek tek işçileri denetlemesi mi gerekecektir?

Tüm bu sorulara isabetli yanıt bulabilmek için, işveren vekilleri ile iş sağlığı ve güvenliği profesyonellerini doğru yerlere oturtmakta, sistemin bütünlüğünü gözden kaçırmadan İş Kanunundaki deyimleri amacı dikkate alarak yorumlamakta büyük bir yarar vardır. Aksi halde çalışanın amiri,

116 Kabakçı, Avrupa Birliği İş Hukukunda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği İle İlgili Temel Yükümlülükleri, 307.

iş sağlığı ve güvenliği profesyoneli, yetki devri yapılan yöneticilerin hepsi birbirine karışır. Bundan en çok zarar gören de hekim ve özellikle uzmanlar olur. *Bu kişilerin cezaevinden çıkma şansı kalmaz.* Nitekim Ocak'ın ulaştığı sonuçlar da bu tespitimizi doğrulamaktadır. Yazara göre; "...İşveren vekilinin sorumluluğu sahip olduğu temsil yetkisi ile doğrudan bağlantılı olup, yönetim ve temsile ilişkin yetkisi ve görevi ile sınırlı olacaktır. Bilindiği gibi iş güvenliği uzmanlarının, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yetki görev ve sorumlulukları 6331 sayılı Kanunda ve buna dayanılarak çıkarılan yönetmelikler ve diğer mevzuat hükümlerinde düzenlenmiştir. Bununla birlikte iş güvenliği uzmanının görevlendirilmesi sırasında veya sonrasında, tarafların anlaşması ile iş güvenliği uzmanının yetki ve görevleri artırılabilir gibi tersi de mümkün olabilecektir. İşte bu nedenle her somut olay bakımından bu hususun ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekecektir. Her şeyden önce iş güvenliği uzmanının işveren vekili olarak sorumluluğundan söz edebilmek teknik, hukuki ve idari bakımdan görevinin gereği gibi yerine getirmesi için gerekli olan bilgiye sahip olması ve işin yürütümü bakımından gerekli yetkiyle donatılmış olması gerekir. Bu bağlamda, sorumluluğun doğması ve kapsamı için, gerekli bilgi ve yetki sahip olunup olunmadığına bakılması gerekecektir. 6331 sayılı Kanunda işveren vekili "işveren adına hareket eden, işin ve işyerinin yönetiminde görev alan işveren vekilleri, bu Kanun uygulaması bakımından işveren sayılır" denilerek düzenlenmiştir.(m3VII). Belirtilen düzenlemenin, 4857 sayılı Kanunda yer alan işveren vekiline ilişkin tanımla benzer olduğu görülmektedir. Ayrıca 4857 sayılı Kanunda "İşveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı işlem yükümlülüklerinden doğrudan işveren sorumludur. Bu kanunda işveren için öngörülen her çeşit sorumluluk ve zorunluluklar işveren vekilleri hakkında da uygulanır. İşveren vekilliği sıfatı, işçilere tanınan hak ve yükümlükleri ortadan kaldırmaz" denilmektedir. Türk Borçlar Kanununun 40. maddesinde "Yetkili temsilci tarafından bir başkası adına ve hesabına yapılan hukuki işlemin sonuçları, doğrudan doğruya temsil olunanı bağlar" denilmektedir. İş güvenliği uzmanı da işveren vekili olarak doğrudan temsil yetkisine sahiptir. *Bu yönüyle vekili olarak doğrudan temsil nedeniyle iş güvenliği uzmanının, işverenden aldığı emir ve talimatla işçilere karşı işlem ve yükümlülüklerinden dolayı hukuken işveren vekili değil, işveren sorumlu olacaktır*"¹¹⁷.

117 Ocak, İş Güvenliği Uzmanlığı, 19-20.

Yazarın yukarıda belirttiğimiz tespitlere katılmamız mümkün görünmemektedir. Öncelikle yukarıda da açıkça vurguladığımız gibi, iş güvenliği uzmanının “*yönetim yetkisi*” yoktur; sorumluluğunun da bununla sınırlı olması gibi bir durum da söz konusu değildir. İş güvenliği uzmanının görev ve yetkileri açıkça Kanun ve Yönetmelikte düzenlenmiş bulunmaktadır. İş güvenliği uzmanının “*gerekli olan bilgiye sahip olması ve işin yürütümünden bakımından gerekli yetkiyle donatılmış olması gerekir*” noktasında bir araştırma yapılmasına da gerek yoktur. Zaten iş güvenliği uzmanı Kanun ve Yönetmelik gereği doğal olarak bu yetkilere sahiptir. Uzmanın *işlem ve yükümlülükleri çalışana değil, işverene karşıdır*.

Sonuç olarak önemle vurgulamak gerekir ki, işveren vekili ve iş güvenliği uzmanları/işyeri hekimleri *farklı kavramlardır ve birbirine karıştırılması isabetsiz olacaktır*. Nitekim, 6331 sayılı Kanunun 8. maddesinin ikinci fıkrasında yapılan değişiklik ile (4/4/2015-6645/1) “İşverene iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili konularda rehberlik ve danışmanlık yapmak üzere görevlendirilen işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı” ifadesine yer verilerek bu kişilerin “*danışman*” sıfatı da belirginleştirilmiş bulunmaktadır. Bu değişiklik tezimizi güçlendirmekle birlikte, böyle bir açıklığın olmaması durumunda da farklı bir sonuca varmak bize göre mümkün görünmemektedir. Gerçekten, iş sağlığı ve güvenliğinin garantörü işverendir ve işverenden delegasyon yoluyla yönetim yetkilerini devralan işveren vekilleri iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinin yerine getirilmesinde esas görevi üstlenir. Bu husus, uluslararası standartlarda ve yönetim sistemlerinde de açıkça ifade edilmiştir. Örneğin, *ILO OHS sisteminde iş sağlığı ve güvenliğinin kurumun genel politikası kapsamında değerlendirilmesi, konunun organizasyonel olarak düşünülmesi ve özellikle iş sağlığı ve güvenliğinin dışarıdan gelen iş sağlığı ve güvenliği uzman ve profesyonellerinin değil, “linemanager” dediğimiz işveren vekillerinin sorumluluğu olarak ele alınmasının gerekliliği vurgulanmıştır*¹¹⁸. Buna göre işyerinde iş sağlığı ve güvenliği sisteminin sahibi ve sorumlusu işveren ve vekilleridir; *yani yönetim ve disiplin yetkisinin tamamını veya bir kısmını fiilen kullanan kişilerdir*. İş Kanunundaki işveren vekili kavramını da bu şekilde okumak gerekir. Nitekim, İş Kanununda, kanunda işveren için görülen her çeşit sorumluluklar ve yükümlülüklerin işveren vekili için de uygulanacağını, işveren vekilliği sıfatının işçilere tanınan hak ve ödevleri ortadan kaldırmayacağını öngörmüş bulunmakla işveren vekilini birçok durumda *çifte görünümlü kişi*

118 Junevius-Gelynyt, EmployeesHealthAndSafetyRequirementsAndRegulation In TheEuropeanUnion, 81.

olarak kabul edilmiştir. Çünkü işveren ve işçi nitelikleri aynı kişide (işveren vekilinde) toplanmış bulunmaktadır. İşveren vekili işyerinde *diğer işçilere karşı işveren görünümünde* iken işverene karşı işçi görünümündedir¹¹⁹.

İş sağlığı ve güvenliği profesyonelinin aynı zamanda işveren vekili sıfatı taşıması, uzmanlık veya hekimlik dışında işyerinde bir yöneticilik görevi olması durumunda mümkündür. Örneğin makine bakım yöneticisi aynı zamanda iş güvenliği uzmanı olarak da görev yapabilir. Ancak burada da kişinin deyim yerindeyse “*çift şapka*” taşıdığı unutulmamalı, *her bir görev kendi içinde ayrıştılarak kaza analizi ve sorumluluk tespiti yapılmalıdır*. Benzer biçimde iş güvenliği konusunda da işyerinde bir hiyerarşi oluşturulabilir ve bir iş güvenliği uzmanı, “*iş güvenliği müdürü*” sıfatını da taşıyabilir. Böyle bir durumda iş güvenliği uzmanının emir ve talimatı altında kişiler yer alacağından işveren vekilliği de söz konusu olacaktır. Ancak bu halde de işveren vekilliğini bu çevre dikkate alarak yorumlamalı, bu kimsenin işveren vekili olarak sorumluluğu salt iş güvenliği ekibi ile ilişkisi içinde değerlendirmeye alınmalıdır.

4. İşyeri Hekimleri ve İş Güvenliği Uzmanlarının Mesleki Bağımsızlığı

İşyeri hekimlerinin ve iş güvenliği uzmanlarının görevlerini tam bir bağımsızlık içinde yerine getirmeleri büyük bir önem taşımaktadır. Uluslararası Çalışma Örgütü 3 Haziran 1959’da, Cenevre’de, 43. toplantısında işyerlerinde iş sağlığı hizmetleri örgütlenmesine ilişkin belirli önerileri benimseyerek ve bu önerilerin bir tavsiye kararı şekline dönüştürmüştür. Bu 112 sayılı Tavsiye Kararında; “iş sağlığı örgütü hekimleri hem işverenden hem işçiden mesleksi ve moral açıdan, tam bağımsız olmalıdır. Bu bağımsızlığı sağlamak için ulusal yasa ve yönetmelikler ya da taraflarla ilgili örgütlerin anlaşmaları sanayi hekiminin başta atama ve işten ayrılma koşulları olmak üzere iş tanım ve koşulları belirlenmelidir” hükmü yer almıştır (m.15)¹²⁰. Dünya Sağlık Örgütü de 1992 yılında, *İşçi Sağlığı Çalışanları İçin Uluslararası Etik Kuralları*’nı yayınlamıştır. Bu belgede de iş sağlığı çalışanları, görevlerini yerine getirirken mesleki açıdan bağımsız olması

119 U. Araslı, Ticaret Şirket Organlarının İş Kazasından Kaynaklanan Hukuksal ve Cezai Sorumluluğu, Çimento İşveren Temmuz 2010, 29-30.

120 H. Başçıl, İşyeri Hekimliğinde Mesleki Bağımsızlık, Dünya’da ve Ülkemizde İşyeri Hekimliğine Yaklaşım, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Uluslararası ve Ulusal Hukuk Sisteminde İşyeri Hekimliği Sempozyumu, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara 2003, 114-115.

gereken uzmanlardır. Görevleri için gerekli olan becerileri kazanmalı, sürdürmeli ve iyi hekimlik ve mesleki etik kurallarına uygun çalışmalarına izin verecek koşulları sağlamalıdır hukmü yer almıştır¹²¹.

İş güvenliği uzmanı ve işyeri hekiminin bağımsızlığı hem işçilere hem de işverene karşı olmalıdır¹²². 6331 sayılı Kanun da uzman ve hekimlerin mesleki bağımsızlığı ile ilgili somut bir hükme yer vermiştir. Kanuna göre, (m.8) ; “...İşyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanlarının hak ve yetkileri, görevlerini yerine getirmeleri nedeniyle kısıtlanamaz. Bu kişiler, görevlerini mesleğin gerektirdiği etik ilkeler ve mesleki bağımsızlık içerisinde yürütür”. Kanunun mesleki bağımsızlığa ilişkin bu düzenlemesi düşünce olarak isabetli olmakla birlikte, fiili olarak hayata geçmesi bağlamında tartışmaya açık niteliktedir. Nitekim madde gerek akademik çevrelerin gerekse de meslek odalarının eleştirilerine de hedef olmuştur. İstanbul Tabip Odası'na göre, Kanunda “mesleki bağımsızlığa” yalnızca değinilmektedir. Oysa mesleki bağımsızlığın önemli araçlarından biri mesleki güvencedir. Kanunda; mesleki bağımsızlığın kapsamı, sınırları, işyeri hekiminin bu çerçevede sahip olduğu hak ve yetkiler ile mesleki bağımsızlığın ihlali halinde uygulanacak yaptırımlara ilişkin hiçbir düzenlemeye yer verilmeksizin, sadece “mesleki bağımsızlık içinde yürütür” demekle yetinilmiştir. ILO'nun 161 sayılı sözleşmesi ve 112 sayılı tavsiye kararında mesleki bağımsızlığın sağlanması gerektiğine işaret edilerek, işyeri hekiminin mesleki bağımsızlığının tam olarak sağlanması için özellikle işe alınması ve işten çıkarılmasının özel statüye bağlanması gerektiği vurgulanmıştır. Kuşkusuz ki *bağımsızlığın nasıl tesis edileceğine, mesleki bağımsızlık ile hekimin ücretinin kim tarafından ödendiği arasındaki ilişkiye yönelik, hiçbir düzenleme olmaması, sorununun nasıl ele alındığının çarpıcı bir göstergesidir*¹²³.

Fransız İş Kodunda, her ne kadar iş sözleşmesi ile de çalışsa, hekim ve işveren arasındaki bağımlılık ilişkisinin idari bir nitelik taşıdığı, işyeri hekiminin mesleki açıdan bağımsız olduğu vurgulanmıştır. Buna göre ücretli olarak çalışan hiçbir hekime verimlilik veya randıman esasına dayalı ücretlendirme yapılamaz, mesleki bağımsızlığına aykırı her türlü düzenleme

121 Başçıl, İşyeri Hekimliğinde Mesleki Bağımsızlık, 115.

122 M. Demircioğlu, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de İşçi Sağlığı ve İşyeri Hekimliği, Kamu-İş, Cilt: 4, Sayı: 2, Haziran 1997, 200; G. B. Seratlı, 4857 sayılı İş Kanunu'na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği, Legal İHD, 2005/7, 1152.

123 Ev. http://www.istabip.org.tr/dosyalar/hukuk/is_sagligi_ve_guvenligikdegerlendirme.pdf.

geçersiz sayılır¹²⁴. Aynı esasın hukukumuz bakımından da geçerli kabul edilmesi gerekir. Nitekim öğretilerde uzman ve hekim arasındaki sözleşmelerin, yine OSGB ve işveren arasındaki sözleşmelerin genel olarak serbesti içinde düzenlenebileceği görüşü yaygınlık kazanmaktadır. Ancak yukarıda da incelediğimiz üzere, görüşümüz taraflar arasında mutlak bir serbestinin söz konusu olmadığı, mesleki bağımsızlık ve özellikle hekimler açısından tıbbi deontoloji kurallarının gözardı edilemeyeceği doğrultusundadır. Tıbbi deontoloji kurallarına hukukumuzda öğretilerde *Güzel* tarafından da dikkat çekilmiş olup, yazar kapsamlı incelemesinde Fransız Hukukuna da referans yaparak sözleşme içeriklerinin belirlenmesinde serbestinin söz konusu olmadığını vurgulamıştır¹²⁵.

Öğretilerde de iş sağlığı ve güvenliği profesyonellerine özel bir iş güvencesi getirilmesinin gerekip gerekmediği, mevcut iş güvencesi hükümlerinin yeterliliği tartışma konusu olmuştur. Fransız Hukukunda, işyeri hekiminin sadece *iş müfettişinin "uygundur"* görüşü ile birlikte iş sözleşmesinin feshedilebileceği Fransız iş Kodunda düzenlenmiştir¹²⁶. Benzer şekilde Alman Hukukunda da, işveren işyeri hekimlerini alırken ve işten çıkarırken işçilerin temsil edildiği *işletme kurullarının onayını* almak durumunda olduğu belirtilmektedir¹²⁷.

İşyerinde 30 işçiden fazla işçi çalıştırılması durumunda, işveren bünyesinde istihdam edilen iş sağlığı ve güvenliği profesyonelinin altı aydan fazla kıdemi olması ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışması durumunda iş güvencesi hükümlerinden yararlanacaktır. Buna göre iş sözleşmesi ancak haklı veya geçerli bir nedenle sona erdirilebilecek; aksi halde işe iade davasının açılması söz konusu olabilecektir. Ancak, 6331 sayılı Kanunla otuzdan az işçisi olan işyerlerinde de iş güvenliği uzmanı ve işyeri

124 D. Chatard, *Services De SantéAu Travail, JurisClasseur Travail Traité*, Fasc. 20-30: Hygiène Et Sécurité, Date Du Fascicule: 5 Février 2013, date De La Dernière Mise À Jour: 8 Janvier 2014, (p.90).

125 Güzel Fransız Hukukunu incelerken; "...işyeri hekimliği konusunda uygulamadan çıkan sorunların büyük bir bölümü de, işyeri hekiminin bu çift yönlü ve birbirine bağıdaştırılması çok güç statüsünden kaynaklanmaktadır. İşyeri hekimini, rekabet ve kar amacına dayalı bir işletme ortamında görev yapmaktadır. İşletmeler, çoğu kez tıbbi gereklerden uzak bulunmaktadır. Oysa iş hekimini, mesleğini tıbbi deontoloji kurallarına göre icra etmek zorundadır. Öte yandan, işyeri hekiminin de görev yaptığı sağlık biriminin yönetimi işverene terkedilmiştir. İşveren, işyeri hekimliği kurumunu, çoğu kez, gereksiz bir yük, hatta sakıncalı ve pahalı bulmaktadır. Bazı işverenlere göre, işyeri hekimliğinin etkinliğini sağlamak, işletmenin görevleri arasında yer almadığı gibi, işletmenin yararına da değildir" tespitlerini yapmaktadır (Dünya'da ve Ülkemizde İşyeri Hekimliğine Yaklaşım, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 53).

126 Chatard, *Services De SantéAu Travail, JurisClasseur Travail Traité*, (p.97).

127 Süzek, *İş Hukuku*, 2013, 900.

hekimini 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. Bu konuda öğretilde, işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanlarına özel bir iş güvencesi getirilmesinin gerekli olduğu¹²⁸, hatta bunun 4857 sayılı İş Kanununun 18 vd. maddelerinde düzenlenenin 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 güvenliği uzmanına tanıyan bir iş güvencesi sistem biçiminde olması gerektiği¹²⁹ ifade edilmektedir.

Kanımızca *iş güvenliği uzmanının ve hekimin mesleki bağımsızlığını güçlendirilmiş bir iş güvencesi modeli ile sağlamak ideal bir çözüm değildir*. Zira uzman ile işveren arasında tedbirlerin uygulanması konusunda ciddi bir ihtilaf baş gösterdiğinde artık orada ilişkinin sağlıklı biçimde yürümesi olanağı fiilen ortadan kalkmaktadır. İşverenin uzmanı işten çıkarmaması uzmana yeterli güvencesi sağlamamakta, *huzur ve işbirliğinin olmadığı bir ortamda uzmanın çalışmaya zorlanmasının bir anlamı bulunmamaktadır*. Uzman ve hekimin onaylı deftere yazacakları ve işverenin yerine getirmeyeceği her konu, işvereni bilinçli taksire varan bir sorumluluğa götürebilecektir. İşverenle arasında ciddi bir ihtilaf olan, *işe iade davasını kazanarak geri dönen bir uzman ve hekimle bizce işverenin fiilen çalışma olanağı yoktur*. Uzman ve hekimin danışmanlık fonksiyonu, bunu aynı avukatlık gibi şahsiliğin ve güvenin ön planda olduğu bir ilişki haline getirmektedir. *Bu nedenle klasik işe iade sisteminin uzman ve hekim için uygun olmadığı düşüncesindeyiz*. Kaldı ki, işe iade sistemini güçlendirmek, işverenleri bu hizmeti OSGB'lerden almaya da itecek ve işletme içinde hekim ve uzman kimse çalıştırmak istenmeyecektir. Dolayısıyla, öğretilde neredeyse "fikirbirliği" ile tekrarlanan "uzmana ve hekime özel iş güvencesi" düşüncesini tüm bu boyutlarıyla ele almak gerektiği kanısındayız.

128 Baycık, Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler, 128-129; Seratlı, 4857 sayılı İş Kanununa Göre İş Sağlığı ve Güvenliği, 1154-1155; A. M. Demircioğlu-H. A. Kaplan, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararının İncelenmesi, Çalışma ve Toplum, 2014/3, 257.

129 Baycık, Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler, 128-129; yazara göre, "... 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 işlemler iptali sağlanmalıdır (129).

Esasen olması gereken, uzman ve hekim ile işveren arasındaki ilişkiyi güçlendirmek değil, aksine bunların işverenle aralarındaki bağımsızlığı sağlayan bir yapı oluşturmaktır. Bu konuda kanımızca *Sabuncu'* nun ve TMMOB'nin de tavsiye ettiği modelin kurulması en isabetli çözümdür. *Sabuncu'*ya göre, iş sağlığı ve güvenliği sistemi radikal biçimde sorgulanmalı ve uzman ile hekimler bu konuda uzmanlaşmış sigorta sisteminin bir parçası haline getirilerek mesleki bağımsızlık sağlanmalıdır. Yazara göre, "...Sistemin doğru işlemesi için kurulan sigorta sistemleri bu (iş sağlığı ve güvenliği) hizmeti vermelidir. İşveren sağlık sigortası devletin zorunlu kıldığı iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini üstlenmeli ve işverenlerden aldığı primlerle işverenden bağımsız bir şekilde en uç noktaya kadar bu hizmeti vermelidir. İşçi sigorta sistemi ise işçide hastalık ve kazanın ortaya çıkışı ile devreye giren tedavi hizmetlerini veren bir kurum şekline dönüştürülmeli, işçi zarar gördüğünde işçinin zararını hemen ödeyen ve gerekiyorsa hukuksal olarak işveren sigortasını muhatap alan bir sistem haline getirilmelidir. İşyeri hekimleri ve iş güvenliği uzmanları, işveren sağlık sigortası tarafından görevlendirilirler ve sigorta sistemi içinde çalışarak daha gerçekçi daha bağımsız bir hizmet sürdürebilirler. Sigorta hekimleri ise, işçi sigorta sistemi çerçevesinde, devletten bağımsız sigorta sistemlerine işletmelerden doğru geri beslemeler yapan işletmede işçi lehine önemli otokontroller sağlayan bir hekim haline gelecektir"¹³⁰. TMMOB'nin Nisan 2014 tarihli raporuna göre, "...Diğer bir sıkıntı iş güvenliği uzmanlarının mesleki bağımsızlığı noktasında kendini göstermektedir. İşçi sağlığı ve iş güvenliği uzmanlarının işyeri sahibi karşısındaki mesleki bağımsızlığı sağlanmadığı gibi yönetmelikte dört satırlık bir maddeyle hiçbir yasal dayanaktan bahsedilmeden konu geçiştirilmiştir. Ücretini doğrudan işyeri sahibinden alan bir uzmanın mesleki bağımsızlığını koruması konusunda sıkıntılar yaşanacağı ortadadır. Bu konuda, ücretinin işverenlerden kesilecek primlerle karşılanacağı bir mekanizmanın oluşturulması gerekmektedir. Yıllardır mühendisliği ve bilimi dışlayan uygulamalarla, ülkemizde işçi sağlığı ve iş güvenliği alanında büyük sorunlar yaşamıştır"¹³¹.

130 H. Sabuncu, İşyerinde Birincil Sağlık Hizmetleri, Legal İHD, 2005/7, 1100-1101.

131 TMMOB, Oda raporu, İş Sağlığı ve Güvenliği, 86.

6331 sayılı Kanunun 8. maddesinde yapılan değişiklik ile (4/4/2015-6645/1) uzman veya hekimin işvereni idareye şikayeti durumunda özel bir güvence de getirilmiştir. Yapılan düzenlemeye göre; "...Bu bildirimden dolayı işvereni tarafından işyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanının iş sözleşmesine son verilemez ve bu kişiler hiçbir şekilde hak kaybına uğratılamaz. Aksi takdirde işveren hakkında bir yıllık sözleşme ücreti tutarından az olmamak üzere tazminata hükmedilir. İşyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanının iş kanunları ve diğer kanunlara göre sahip olduğu hakları saklıdır. Açılan davada, kötü niyetle gerçek dışı bildirimde bulunduğu mahkeme kararıyla tespit edilen kişinin belgesi altı ay süreyle askıya alınır". Söz konusu düzenlemenin de yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle sorunlara çözüm oluşturabileceği kanısında değiliz.

5. İşvereni Bakanlığa Şikâyet Yetkisi (Yükümlülüğü?)

Kanunun 8. maddesinin ikinci fıkrasına göre, işverene iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili konularda rehberlik ve danışmanlık yapmak üzere görevlendirilen işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı, görev aldığı işyerinde göreviyle ilgili mevzuat ve teknik gelişmeleri göz önünde bulundurarak iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili eksiklik ve aksaklıkları, tedbir ve tavsiyeleri belirler ve işverene yazılı olarak bildirir. Eksiklik ve aksaklıkların düzeltilmesinden, tedbir ve tavsiyelerin yerine getirilmesinden işveren sorumludur. Bildirilen eksiklik ve aksaklıkların acil durdurmayı gerektirmesi veya yangın, patlama, göçme, kimyasal sızıntı ve benzeri acil ve hayati tehlike arz etmesi, meslek hastalığına sebep olabilecek ortamların bulunmasına rağmen işvereni tarafından gerekli tedbirlerin alınmaması hâlinde, bu durum işyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanınca, Bakanlığın yetkili birimine, varsa yetkili sendika temsilcisine, yoksa çalışan temsilcisine bildirilir. Bildirim yapılmadığı tespit edilen işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanının belgesi üç ay, tekrarında ise altı ay süreyle askıya alınır. Bu bildirimden dolayı işvereni tarafından işyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanının iş sözleşmesine son verilemez ve bu kişiler hiçbir şekilde hak kaybına uğratılamaz. Aksi takdirde işveren hakkında bir yıllık sözleşme ücreti tutarından az olmamak üzere tazminata hükmedilir. İşyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanının iş kanunları ve diğer kanunlara göre sahip olduğu hakları saklıdır. Açılan davada, kötü niyetle gerçek dışı bildirimde bulunduğu mahkeme kararıyla tespit edilen kişinin belgesi altı ay süreyle askıya alınır.

Buna göre işverenlerin, uzman ve hekimin tavsiyelerini dikkate almaları durumunda Bakanlığa şikâyet edilmeleri söz konusu olabilecek; bu durumda yaptırımlarla karşılaşabileceklerdir. İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmeliğin 10. maddesinde de, İş güvenliği uzmanının yükümlülükleri arasında, (Değişik:RG-30/4/2015-29342) İş güvenliği uzmanı, işverene yazılı olarak bildirilen iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili alınması gereken tedbirlerden acil durdurma gerektiren haller ile yangın, patlama, göçme, kimyasal sızıntı gibi hayati tehlike arz edenleri, belirlenecek makul bir süre içinde işveren tarafından yerine getirilmemesi hâlinde, işyerinin bağlı bulunduğu çalışma ve iş kurumu il müdürlüğüne yazılı olarak bildirmekle yükümlü olduğu belirtilmiş bulunmaktadır. *2015 tarihinde yapılan değişiklikte dikkat çeken, eskiden uzmanın “yetkisi” kapsamında yer alan bu hükmün, buradan çıkarılarak “yükümlülükler” arasına alınmış olmasıdır.* Nitekim, öğretide uzmanın Bakanlığa şikâyet için başvurmasının sadece bir yetki değil, aynı zamanda bir yükümlülük olduğu da ifade edilmiştir; buna göre uzmanın şikâyet etmemesi ve bu süreçte iş kazası oluşması durumunda sorumluluğu söz konusu olacaktır¹³².

Ancak, Kanunun Bakanlığa şikâyet konusundaki düzenlemesinin fiili olarak hayata geçmesi oldukça kuşku görünmektedir. Nitekim İstanbul Tabip Odası' na göre, Kanunda belirtilen “*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 halinde, bu hususu Bakanlığın yetkili birimine bildirir*” hükmü de mesleki bağımsızlık konusunda olduğu gibi eksiklik barındırmaktadır. İşvereni şikâyet eden işyeri hekiminin veya bu hizmeti dışarıdan belirli bir ücretle sağlayan kuruluşun sözleşmesine işverence son vermesi olasılığına karşı, işverene uygulanacak yaptırımlar belirlenmemiştir. Bu ve benzeri güvenceler sağlanmaksızın işvereni Bakanlığa şikâyet yolunun açık tutulması, gerçekte bu yolun daha baştan kapatılması anlamına gelmektedir¹³³.

Bu değerlendirmelerde kanımızca da haklılık payı mevcuttur. Bakanlığa şikâyet, iş sağlığı ve güvenliği profesyoneli ile işverenin arasındaki

132 Ocak, İş Güvenliği Uzmanlığı, 126; E. Başkan, İş Güvenliği Uzmanı Çalıştırma Yükümlülüğü ve Uzmanların İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Sorumluluğu, Çimento İşveren Dergisi, Temmuz 2014, 28.

133 Ev. http://www.istabip.org.tr/dosyalar/hukuk/is_sagligi_ve_guvenligikdegerlendirme.pdf.

bağların fiilen tamamen kopmasına yol açacaktır. Hiçbir işverenin kendisini şikayet eden bir uzmanla çalışmak istemeyeceği açıktır. İş sağlığı ve güvenliği profesyonellerine özel güvenceler getirilmesi de bir çözüm değildir. Esasen iş sağlığı ve güvenliği profesyonelin sözlerini işverene dinletebilmesi tamamen iş sağlığı ve güvenliği kültürü ile ilgili bir husustur. Böyle bir kültür oluşmadığı sürece, zorlayıcı tedbirlerle bunun sağlanması mümkün görünmemektedir. Böyle bir kültürün oluşmasında ise, güvenceden ziyade, *uzmanların mesleki saygınlıklarının artırılmasına odaklı bir yapılanma içine gidilmesi* bizce önem taşımaktadır. Ancak mevcut sertifikalandırma, eğitim ve sınav sistemleri dikkate alındığında, belgesi olan fakat gerçekte “uzman” sıfatını hak edecek donanımına sahip olmayan kişilerin piyasaya girdiği görülmektedir. Esasen müdahale getirilmesi ve çözüm üretilmesi gereken konu bizce budur.

Anayasa Mahkemesi de konuyu incelemiş ve “...İşyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanları, kamu gücü kullanan kişiler olmayıp görmüş oldukları eksikliklere doğrudan devletin üstün buyurma gücünü kullanmak suretiyle müdahale edebilmeleri de mümkün değildir. Bu bakımdan anılan kişilere, düzeltilmesi talebiyle işverene bildirmiş oldukları tedbirlerden işveren tarafından yerine getirilmeyenlerden hayati tehlike arz edenleri Bakanlığın ilgili birimine bildirme görev ve yükümlülüğü getirilmiştir. Bu yükümlülük yalnızca bildirim niteliğinde olup, kuralla devletin iş ve işçi sağlığına ilişkin görevlerine son verilmesi gibi bir durum söz konusu değildir. İşyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanlarına ek bir güvence verilmemesinin bu kişilerin hizmetlerinden beklenen yararı ortadan kaldırayabileceği iddia edilmiş ise de yasalarla verilen görevleri yerine getiren kişilerin himayesini sağlayan hukuki ve cezai kuralların işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanları yönünden de geçerli olduğu gözetildiğinde ayrı bir güvence getirilmemiş olmasının kuralı anayasaya aykırı hale getirmeyeceği açıktır” gerekçesiyle istemi reddetmiştir¹³⁴.

Kanımızca, uzman ve hekimin önerilerini dinlemeyen işvereni Bakanlığa şikayetine ilişkin hükümler, bu kişilere açıkça şikayet hakkı tanınması bakımından yerinde görülebilirse de, *gerçekçi ve işin doğasına uyum nite-*

134 AYM, 3.4.2013, RG, 31 Aralık 2013, Sayı: 28868; kararı inceleyen Demircioğlu ve Kaplan' a göre; “... işyeri hekimleri veya iş güvenliği uzmanlarının iş sözleşmelerinin işverence feshinde işyerinde çalışan 30 işçi bulunması koşulu aranmaksızın işe iade davası açılabilmesi olanağı tanınması yerinde bir düzenleme olacaktır. Ayrıca 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi olmayan kişiler açısından da açık bir güvenceye yer verilmesi gereksinimi bulunmaktadır. Ancak Kanunda ayrıca bir güvenceye yer verilmemiş olması İSGK m. 8/İ Anayasaya aykırı duruma getirmez (A. M. Demircioğlu-H. A. Kaplan, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararının İncelenmesi, Çalışma ve Toplum, 2014/3, 257).

likte olmamıştır. Fransız Hukukunda ise, hekimin önerilerini isabetli bulmayan ve yerine getirmek istemeyen *işverene idareye itiraz hakkı tanınmıştır*¹³⁵. Dikkat edilecek olursa iş müfettişliği itirazını düzenleyen hükümde (L. 4624-3) hekim denilmemiş; *işçi veya işveren denilmiştir!* Bu modelin daha isabetli olduğu görüşünderiz. Zira 6331 sayılı Kanun düzenlemelerinde uzman ve hekimin görüşlerinin işveren tarafından uygulanması, adeta uzman ve hekimin “kişisel bir sorunu ve konusu” haline getirilmiş ve bunları “uygulatmak zorunluluğu” gibi bir anlayış öğretti tarafından da “makul ve mantıklı” karşılanmaya başlanmıştır. Bunun doğru bir yaklaşım olduğu kanısında da değiliz. Olması gereken hekim ve uzmanın danışmanlık görevini doğru şekilde yerine getirmesi, *işverenin ise bu önerilerin yerine getirilmemesinin hukuki ve cezai sonuçlarına katlanmasıdır*. Bize göre 6331 sayılı Kanununun şikayet/itiraz modeli tam ters şekilde düzenlenmeliydi. *Uzman veya hekim öneri getirmeli, işveren bunları uygulamak istemezse Bakanlığa başvurarak görüş farklılığı sorununu çözmesini istemeliydi*. Bu yapılmamış; uzman ve hekimin önerilerinin işveren tarafından yerine getirilmesi bu kişiler açısından adeta kişisel bir sorun ve mücadele konusu haline getirilmiştir. Bu yapı kanımızca 89/391 sayılı Çerçeve Direktifin işvereni sistemin garantörü olarak kabul eden temel anlayışına da aykırı olmuştur.

6. Ciddi ve Önlenemez Tehlike Durumunda İşin Doğrudan Durdurulmaması

İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmeliğin 10. maddesinde uzmanların yetkileri de sayılmaktadır. Buna göre, uzman, işverene yazılı olarak bildirilen iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili alınması gereken tedbirlerden hayati tehlike arz edenlerin, iş güvenliği uzmanı tarafından belirlenecek makul bir süre içinde işveren tarafından yerine getirilmemesi hâlinde, bu hususu işyerinin bağlı bulunduğu çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne bildirmekle yetkilidir (m. 10/1, a).

Uzman ayrıca, işyerinde belirlediği *hayati tehlikenin ciddi ve önlenemez olması ve bu hususun acil müdahale gerektirmesi halinde işin durdurulması için işverene başvurmakla yetkilidir* (m.10/1, b). Bu esas İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelikte de “ İşyerinde belirlediği hayati tehlikenin ciddi

135 Jover, Le médecin du travail, 187-188.

ve önlenemez olması ve bu hususun acil müdahale gerektirmesi halinde *işin durdurulması için işverene başvurmak (10/1, b)*” hükmü ile hekimler bakımından tekrarlanmıştır. *Dikkat edilecek olursa, uzman ve hekimin işi durdurma yetkisi mevcut bulunmamaktadır.* Uzman veya hekim sadece işverene başvuruyu yapacak; iş ancak işverenin bu yöndeki kararı ile durdurulabilecektir¹³⁶. Kanımızca, uzman ve hekime işin doğrudan durdurulması için yetki verilmemiş olması isabetlidir. Gerçekten, uzman ve hekimin işin işleyişinde “*danışman*” pozisyonunda kalması bunların “*executive*” (icrai) bir konuma getirilmemesi gerekmektedir. Sanılanın aksine, bu noktadaki yetkilendirmeler, iş güvenliğinin sağlanmasına değil, aksine işverenin iş sağlığı ve güvenliği konusundaki yükümlülüklerini uzman ve hekime devretmesine yol açmaktadır. Nitekim, öğretilerde işin durdurulması için başvurmanın sadece bir yetki değil, *aynı zamanda bir yükümlülük olduğu* da ifade edilmektedir¹³⁷. Görüldüğü üzere, öğretilerdeki bu yaklaşım dikkate alındığında, uzman ve hekimlere verilen yetkilerin kendilerine adeta “yükümlülük” olarak geri döndüğü söylenebilecektir. Oysa, 6331 sayılı Kanunun 4. maddesinde, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasından asli sorumlu olarak işveren gösterilmiştir. Buna göre öncelikle işverenin sorumluluğu, daha sonra ise işverenin bu sorumluluk kapsamındaki temel yükümlülükleri düzenlenmiştir. Nitekim bu düzenlemeler öğretilerde de ifade edildiği üzere, *işveren iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili mevzuattaki tüm yükümlülüklerin garantörü haline getirmektedir*¹³⁸. Sonuç olarak bizce icra yetkisi işverende olmalı ve kalmalı, bu yetki teknik ve tıp alanındaki uzmanlara devredilmemelidir.

V. İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ YAPILANMASINDA DEMOKRASİ VE KATILIMCILIK

4857 sayılı Kanun ve buna bağlı yönetmeliklerin yürürlüğe girmesinden önce, iş sağlığı ve güvenliği yapılanmasının temelini 1475 sayılı Ka-

136 Eski düzenlemede işyeri hekimleri ve iş güvenliği uzmanları işyerinde yaşamsal, yakın ve acil bir tehlikenin varlığı halinde işveren veya işveren vekilinin onayını alarak işi durdurma yetkisine sahipti (Eski İGUY, m. 8). Öğretilerde bu yetkinin yaşamsal veya acil bir tehlikenin varlığı halinde ve işveren ya da işveren vekilinden onay almaksızın kullanılabilmesinin düzenlenmesinin daha isabetli olacağı öne sürülmüştür. Yine tehlikenin söz konusu nitelikleri taşımaması veya işverenden onay alınmaması halinde, iş güvenliği uzmanı konuyu iş sağlığı ve güvenliği kuruluna getirerek kurulun işin durdurulması yönünde karar vermesini sağlayabileceği ifade edilmiştir. Bkz. Baycık, Yeni Düzenlemeler Açısından İnşaat İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri, 235.

137 Ocak, İş Güvenliği Uzmanlığı, 125.

138 M. Kabakçı, 6331 Sayılı Kanunun İş Sağlığı ve Güvenliği Anlayışı ve Risklerden Koruma İlkelerinin (m.5) İşlevi, Mart 2013, Sicil, 63.

nun, Borçlar Kanunu ve özellikle İş Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü oluşturmuştur. Son derece ayrıntılı ve kazuistik bir yapıya sahip olan bu tüzükte, işverenin almak zorunda olduğu önlemler her türlü ayrıntısıyla düzenlenmiştir. Ancak 4857 sayılı Kanun farklı bir model benimsemiş ve iş sağlığı ve güvenliği konusunda Avrupa Birliği Hukukunun temel esaslarını huku-kumuza uyarlamıştır.

Avrupa Birliği modelinde ise, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili kuralların önceden devlet tarafından bütün ayrıntısıyla belirlenebileceği kabul edil-memektedir. Zira teknolojide değişiklikler olmakta ve her geçen gün orta-ya çıkan yeni risklerin önceden genel düzenleyici işlemlerle ele alınması mümkün bulunmamaktadır. Buna göre Avrupa Birliği modelinde *genel bir çerçeve çizilmekte ve bu çerçevenin içeriği ise işverene doldurulmaya bırakılmaktadır*. Buna göre işveren işyerinin sübjektif özelliklerine göre, gerekli olan önlemleri belirleyecektir. Ancak işverence yapılacak bu be-lirleme, işverenin inisiyatifine de bırakılmamaktadır. Katılımcı bir yapının kurulmasının hayati düzeyde önemi vardır. İşçilerin demokratik ilkeler an-lamından iş sağlığı ve güvenliğine katılımı ilk olarak, bilgi toplanması ba-kımından önem taşımaktadır; işçilerin katılımı sayesinde pratik tecrübele-rinin aktarılması ve karar süreçlerine dahil edilebilmesi mümkün olabilir¹³⁹.

İkinci olarak, ancak etkili bir katılım sayesinde işçiler, yaşam ve sağ-lık haklarıyla ilgili kendi menfaatlerinin dikkate alınması sağlayabilirler¹⁴⁰. Burada çalışan temsilcileri özgürce görüşlerini ifade edebilmeli, teknik uzmanlar ve tıp alanında uzman işyeri hekimi devreye girerek bilimsel gö-rüşlerini serbestçe dile getirebilmelidir. İşveren ise fikir ayrılığına da düşse tüm bu fikirleri değerlendirmeye alacak ve yapılması gerekeni yapmalıdır. İş sağlığı ve güvenliği kurulları kâğıt üzerinde kalmamalı, fiilen işletilmeli-dir. Ancak görüşlerin özgürce ifade edilebildiği bir ortamda gereken ön-lemlerin alınabilmesi mümkün olduğu gözden kaçırılmamalıdır¹⁴¹.

6331 sayılı Kanuna göre işverenler *bir ile altı arasında çalışan temsilcisi belirlemek zorundadır*. İşyerinde çalışan temsilcisinin seçilmemiş olması durumunda işveren para cezası ile karşı karşıya kalacaktır. Kanuna göre (m. 20) işveren; işyerinin değişik bölümlerindeki riskler ve çalışan sayıla-

139 Bkz. Kabakçı, Avrupa Birliği İş Hukukunda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği İle İlgili Temel Yükümlülükleri, 42.

140 Kabakçı, Avrupa Birliği İş Hukukunda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği İle İlgili Temel Yükümlülükleri, 42.

141 E. Özdemir, İşyerinde Demokrasi, ev. <http://isyasami.yenibiris.com/Default.aspx?pageID=498&nID=72038&NewsCatID=326&AuthorID=155>.

rını göz önünde bulundurarak dengeli dağılıma özen göstermek kaydıyla, çalışanlar arasında yapılacak seçim veya seçimle belirlenemediği durumda atama yoluyla, çalışan temsilcisini görevlendirmelidir. Birden fazla çalışan temsilcisinin bulunması durumunda baş temsilci, çalışan temsilcileri arasında yapılacak seçimle belirlenecektir. İşyerinde yetkili sendika bulunması hâlinde, işyeri sendika temsilcileri çalışan temsilcisi olarak da görev yapar. Dikkat edilecek olursa, işyerinde sendika olması durumunda otomatik olarak, sendika temsilcileri çalışan temsilcisi sıfatını kazanmaktadır. Böyle bir durumda başka çalışanların temsilci olarak seçilmesi ya da atanması mümkün değildir. Öte yandan çalışan temsilcisinin “atama” yoluyla da belirlenebileceği öngörülmüş olup, bu düzenlemenin demokratik ilkelerle bağdaştırılabilmesi mümkün değildir¹⁴². Nitekim *İş Sağlığı ve Güvenliği İle İlgili Çalışan Temsilcisinin Nitelikleri ve Seçilme Usul ve Esaslarına İlişkin Tebliğ*¹⁴³'e göre, işveren, işyerinde yetkili sendika bulunmaması veya çalışanlar arasında aday olmaması durumunda işveren çalışanlar arasından dengeli dağılıma özen göstererek 6 ncı maddenin birinci fıkrasındaki niteliklere uygun çalışan bulunması halinde bunlar arasından atama yapar. Bu niteliklere uygun çalışan bulunmayan işyeri işverenleri ise çalışanlar arasından yeterli sayıda çalışan temsilcisinin görev yapmasını sağlar (m.8/6). Bu hükme göre işverenin baskı yaparak çalışanların aday olmasını engelleyebilecek ve temsilciyi kendisi belirleyebilmesi olasılık dâhilindedir¹⁴⁴. Temsilcinin zaman zaman işverenin hoşuna gitmesi de, çalışanların düşüncelerini serbestçe yansıtabilecek bir kişi olması çok önemlidir. Katılımın anlamı da, işverenin kendine yakın kişilerle iş sağlığı ve iş güvenliği süreçlerini yönetmesi değildir. Demokratik kültürde farklı fikirlerin olması işin doğası gereğidir. Ancak bu konudaki fikir ayrılıkları, karşılıklı uzlaşma, empati kurma, karşısındakinin de haklı olabileceğini düşünme suretiyle, saygı çerçevesinde ortak bir noktaya ulaşma suretiyle çözümlenecektir. Demokrasi de zaten budur.

6331 sayılı Kanun 18. maddesinde, çalışanların da iş sağlığı ve güvenliği konularına aktif bir şekilde katılmasını sağlamak üzere önemli hüküm-

142 Hükümün sorunlara açık olduğu ve dar yorumlanması gerektiği görüşü: Süzek, İş Hukuku, 2013, 905.

143 RG, 29 Ağustos 2013, Sayı: 28750.

144 Yılmaz' a göre, temsilci eğer işverence belirlenecekse, yine işverence belirlenen İSG uzmanından başka bir temsilci bulundurmamak anlamsızdır. F. Yılmaz, Avrupa Birliği ve Türkiye'de İş Sağlığı ve Güvenliği: Türkiye'de İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının Etkinlik Düzeyinin Ölçülmesi, Doktora Tezi, T. C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Anabilim Dalı, İstanbul 2009, 301-302; aynı yönde eleştiriler izcin bks. Ekmekçi, Anahatlarıyla İSG Kanunu Tasarı Taslağı, 12.

lere yer vermiş, bu şekilde çalışanların iş sağlığı ve güvenliği konularına aktif şekilde katılımı amaçlanmıştır. Kanuna göre, işveren, görüş alma ve katılımın sağlanması konusunda, çalışanlara veya iki ve daha fazla çalışan temsilcisinin bulunduğu işyerlerinde varsa işyeri yetkili sendika temsilcilerine yoksa çalışan temsilcilerine işveren gereken olanakları sağlamak durumunda olacaktır. Buna göre işveren öncelikle, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili konularda görüşlerinin alınması, teklif getirme hakkının tanınması ve bu konulardaki görüşmelerde yer alma ve katılımlarının sağlanması için gerekeni yapacaktır m.18/1, a). İşveren ayrıca, yeni teknolojilerin uygulanması, seçilecek iş ekipmanı, çalışma ortamı ve şartlarının çalışanların sağlık ve güvenliğine etkisi konularında çalışan temsilcilerinin görüşlerinin alınmasını sağlayacaktır (m.18/1, b). Kanuna göre, işveren destek elemanları ile çalışan temsilcilerinin işyerinden görevlendirilecek veya işyeri dışından hizmet alınacak işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı ve diğer personel ile ilk yardım, yangınla mücadele ve tahliye işleri için kişilerin görevlendirilmesi, risk değerlendirmesi yapılarak, alınması gereken koruyucu ve önleyici tedbirlerin ve kullanılması gereken koruyucu donanım ve ekipmanın belirlenmesi, sağlık ve güvenlik risklerinin önlenmesi ve koruyucu hizmetlerin yürütülmesi, çalışanların bilgilendirilmesi, çalışanlara verilecek eğitimin planlanması konularında önceden görüşlerini almak durumundadır (m.18/2). Kanuna göre, çalışanların veya çalışan temsilcilerinin, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği için alınan önlemlerin yetersiz olduğu durumlarda veya teftiş sırasında, yetkili makama başvurmalarından dolayı hakları kısıtlanamayacaktır (m. 18/3). *Aydın'* in da isabetli olarak belirttiği üzere *etkin kullanılması halinde*, çalışanların katılımına ilişkin düzenleme ülkemizde iş kazası oranlarının düşürülmesinde önemli bir katkı sağlayabilecektir¹⁴⁵. Kuşkusuz bu hakların etkin şekilde kullanımı işyerinde yerleşmiş bir demokratik kültüre bağlı bulunmaktadır. İşyerinde demokrasi dediğimiz sistem, geçmiş dönemdeki tartışmaları bir yana bırakacak olursak, bugün için çalışanların katılımını esas alan çoğulcu bir yapıyı ifade etmektedir. İşyerinde demokrasiyi, yöneticilerin hatta işverenin seçimle iş başına geldiği bir sistem gibi tanımlamak günümüzdeki kapitalist sistem içinde kuşkusuz mümkün değildir¹⁴⁶.

Bize göre *demokrasi, salt yöntem ve yönetilenler arasındaki ilişkiyi gösteren bir kavram değil, bir yaşam biçimidir ve kültürle de doğrudan*

145 U. Aydın, İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Üzerine, Sicil, Haziran 2012, 13.

146 M. Uçum, İşyerlerinde Demokrasi Olur Mu?, Taraf Gazetesi, 29.1.2013.

alakalıdır. Demokrasi ailede, okulda başlar. Eğer alt seviyede yöneten-yönetilen ilişkisi demokratik ilkelere uygun biçimde kurulmamış ise, zihniyet yapısı farklı ise, bu durumda toplumun genelinde de sağlıklı işleyen bir sistem kurmak mümkün değildir. İşyerinde demokratik bir sistem, insanı temel alan çağdaş İK anlayışının da olmazsa olmazıdır. Çalışan bağlılığının artırılması, kişinin kendisini kurumun bir parçası olarak görmesi ile mümkündür. Bu da kişinin fikirlerini serbestçe ifade edebileceği, kendisi ile ilgili alınacak karar alma süreçlerine katılabileceği bir düzen içinde gerçekleşebilir¹⁴⁷.

VI. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Avrupa Birliği İSG normları dikkate alınarak hazırlanan 6331 sayılı Kanunun temel mantığının anlaşılması, uygulama bakımından yaşamsal bir öneme sahip bulunmaktadır. Buna göre devletin tüm ayrıntısı ile İSG önlemlerini ve süreçlerini belirlediği sistem terk edilmiş, iş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimi gibi iki önemli aktör devreye sokularak işverenin İSG önlemlerini kendi işyerine özgü olarak somutlaştırması ve bunları süreç yönetimi şeklinde ele alması gerektiği düzenlenmiştir. Yine 4857 sayılı Kanun ile başlayan süreçte işverenin önlem alma yükümlülüklerinin çerçevesi genişletilmiş, “her türlü önlem” gibi geniş ve objektif bir esas dayandırılmıştır.

Yapılan bu radikal değişiklikler sistem içinde de tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Özellikle iş güvenliği uzmanı ve hekimlerin işyerinde konumlandırılması ne yazık ki öğretinin büyük bir çoğunluğu tarafından hatalı biçimde yapılmış, bunların özellikle cezai sorumlulukları son derece belirsiz bir alana itilmiştir.

Uzman ve hekimin işverenden bağısız, danışman rollerinin iyi anlaşılması, işveren ve vekilleri arasında sorumluluk ve yetki dağılımlarının netleştirilmesi doğru işleyen bir iş sağlığı güvenliği hukuku bakımından büyük bir önem arz etmektedir. Uzmanlık ve hekimlik kanımızca, aynı hukukçuluk gibi, mesleki bilgi, deneyim, yeterlilik ve kişilik özelliklerinin büyük bir önem taşıdığı mesleklerdir. Bu noktada yapılması gereken bu kişileri özel iş güvencesi gibi modellerle korumak değil, bunların saygınlıklarının artırılması noktasına odaklanmak olmalıdır.

147 E. Özdemir, İşyerinde Demokrasi: <http://isyasami.yenibiris.com/Default.aspx?pageID=498&nID=72038&NewsCatID=326&AuthorID=155>.

Son söz olarak söylenmesi gereken, iş sağlığı ve güvenliği, soğuk ve kuru bir mevzuat konusu değildir; bu bir kültür işidir. Özellikle yeni düzenlemelerin işyerinde katılımcı ve demokratik bir yapıyı gerekli kıldığını dikkate alırsak, söz konusu kültür oluşturulmadığı ve geliştirilmediği sürece yapılan düzenlemeler işlerlik kazanamayacaktır.

Av. ABDİ PESOK- Efendim, saygıdeğer hocamıza verdiği bilgilerden dolayı gerçekten teşekkür ederiz. Saygıdeğer katılımcılar, seminerimizin bu bölümünde, hocamızın değindiği konular ağırlıklı olmak üzere bir saatlik genel değerlendirme bölümüne geçiyoruz. Bu bölümde soru sormak isteyen veya katkıda bulunmak isteyen, görüşlerini belirtmek isteyen arkadaşlarımızın, önce bütün olarak isimlerini alıp kaydedeceğim, sonra saygıdeğer hocamız, bütün olarak cevap verecek. Konuşmalar sırasında daha toparlayıcı olması bakımından eğer uygun görürlerse, genel toparlamaya da etkisi olur düşüncesiyle, Yargıtay Daire Başkanımıza ve üyelerimize ve yargıçlarımıza değerlendirmelerin sonuna doğru söz vermek istiyorum. Bir de, konuşmacı arkadaşların, konuşmalar kayda geçeceği ve kitap haline getirileceği için, isim, soyadı ve hangi kurumu temsilen konuştuğunu önce anons edip, sonra konuşmasına başlarsa, bizlere de yardımcı olmuş olurlar.

SORU - YANIT

AHMET SEVİMLİ - Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Hocama çok çok teşekkür ederek başlamak istiyorum. Takdir etmek bizim haddimiz değil, ancak teşekkür edebiliriz. Çok yararlandım, çok çok teşekkür ediyorum. İş güvenliği uzmanları ve işyeri hekimlerinin işveren vekili olup olmadığı noktasında mesele biraz tartışmalı. Siz bu niteliklerin olmadığını söylüyorsunuz, bunu ortaya koydunuz. Ben de haddim olmayarak işveren vekili olduklarını daha yakın duruyorum diyeyim en azından kendimi bağlamadan, çünkü işveren vekilliğini biz tanımlarken özellikle 4857 bağlamında işveren adına hareket ve de yönetimde görev diyoruz. Bir de yönetimde görevi de tanımlarken, hani somutlaştırırken işyerinde kendisinden başkalarına emir ve talimat verebiliyor mu, veremiyor mu üzerinden bunu somutlaştırıyoruz. Buradan yola çıktığımızda iş sağlığı güvenliği hizmetleri yönetmeliğinde işyeri hekimleri ve işyeri güvenliği uzmanlarının kanuna uygun şekilde, mevzuata uygun şekilde verecekleri talimatlara işçilerin, çalışanların kanunun terminolojisiyle uyacaklarına ilişkin bir hüküm mevcut. Bunu nasıl yorumlarsınız? Kısa kesmek istiyorum, daha konuşulabilir, ama şimdiden çok teşekkür ederim.

Av. ABDİ PESOK- Teşekkür ederim Ahmet Bey. Abdülhalim Eke.

ABDÜLHALİM EKE- Hocama ben de teşekkür ederim. Ben bütün sempozyumlarda not alıyorum, bu defa çok not aldım, dört sayfa oldu, teşekkür ederim. Öbürleri yarım sayfa filan oluyor Hocam.

Hocam, iki konuda açıklama bekliyorum sizden, bunlardan bir tanesi eski Borçlar Kanunumuzda 50. maddede şöyle bir hüküm var, hukuk uygulamamızda olmasa dahi hüküm şuydu: *“Hâkim bunların birbirine, yani müteselsil sorumluların eksik ya da tam teselsül olsun hâkim bunların birbiri aleyhinde rücu hakları olup olmadığını takdir ve icabında bu rücunun şümulünün derecesini tayin eder”* derdi. Yani olması gereken hukuk bakımından rücu davalarına meydan vermeksizin asıl hükümle birlikte hâkim isteseydi rücu ilişkisini düzenleyebilirdi. Bizim o günden bugüne yansıyan ve hâlâ taşıdığımız bir sorun var. Sorun şu: İşçi kusursuz, ama birden fazla sorumlunun kusurlarını tartışıp duruyoruz. Bu hüküm artık yasada yer almadığına göre, yani işçinin kusurunu belirleyebildik de davalıların kusurlarını tam olarak belirleyemedik. Oransal dağılıma gitmeden ya da

iç ilişkideki kusur derecelendirilmeden davalar yüzde 90 kusurlu bulur deyip, tazminat davalarını bitirme şansımız olabilir mi? Bunların ikisindeki çelişkide bu meselelerini çözsünler. Birinci sorum bu Hocam, ikinci sorum bu uçak kazasıyla ilgili, ama uçak kazasından önce birkaç örnek vermek istiyorum. İşveren işçisine diyor ki ben sana Türk Hava Yollarından veya Pegasus'tan biletini aldım, şu saatteki uçağa bineceksin, şurada onu alacaksın, parasını ödedim. İndiğin zaman şu servis aracı seni karşılayacak, bu aracı senin için üç günlüğüne kiraladım. Yanında şoförü de var, bu paraların tamamını da ben ödedim yahut şunu söyledi: Ben senin X firmasından otobüs biletini aldım, seni gönderiyorum. Yani seçim hakkını tamamen kendisi kullandı, yani işçinin cebine 50 lira verip, dilediğin uçakla ya da dileğin otobüsle git demedi. Şimdi bu durumda Borçlar Kanunu eski 100 anlamında -yeni hükmü söyleyemedim- bir sorumluluk doğmasa dahi Borçlar Kanunumuzun 128. maddesinde üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı üstlenen bu fiilin gerçekleşmemesinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür hükmü uyarınca, yani yeni 128, eski 110 uyarınca işveren burada uçağı temin etmişse, uçak biletlerinin parasını ödemişse, uçağını kendisi seçmişse 128 gereği doğrudan ya da aracı sağlayan kişi olarak diyelim ki 7 günlüğüne kiralsaydı Karayolları Trafik Kanununun ilkelerine göre işte uzun süreli kira olacaktı, işleten olacaktı, işveren olacaktı. Burada kısa süreli dahi olsa kendisi ifa yapacak kişiyi seçip borcu aktardığına göre doğrudan sorumlu tutulması gerekmez mi? Yani Yargıtay doğrudan işverenin sorumluluk hükümlerine değil de, dolaylı sorumluluk hükümlerine dayansa daha doğru olmaz mı? Teşekkür ederim.

Av. ABDİ PESOK- Teşekkür ederim Abdülhalim Bey. Av. Ali Şen Bey burada.

Av. ALİ ŞEN- Hocamıza teşekkür ederiz sunumundan dolayı, bu meslek hastalıklarının tespitiyle ilgili, tespitten sonraki adli tıp kurumunun işlevinden dolayı bir katkı sunmak istiyorum. Meslek hastalığının tespitiyle ilgili maalesef uzmanlaşmış hastanelerimiz yok. Dolayısıyla bu konuda hocaların tespit ettiği gibi 60 000 civarında insan meslek hastalığından ölmekte, adli tıp kurumunun çalışması da yoğunluğu nedeniyle hukuka aykırı bir şekilde devam ediyor. Çünkü somut olarak yaşadığımız olaylarda şunu gördük: Üç tane adli tıp uzmanı raporu imzalıyor. Kardeşim, sen ortopedi uzmanı mısın yahut göğüs hastalıklarıyla ilgiliyse, sen göğüs hastalıkları uzmanı mısın? Raporu eğer meslektaşlarımız bu yasanın işleyişini ve 23. madde A bendi gereğince uzman olmadan o kurulun toplanamayacağını bilmiyorsa, adli tıp kurumu böyle karar vermiş deyip, es geçiyor.

Tabii bu mahkemenin önüne getirilmediği için, mahkeme de bunu atlayabiliyor. Dolayısıyla burada sağlıklı olmayan meslek hastalıklarıyla ilgili durumlar ortaya çıkıyor. Bir keresinde genel kurula götürdük, genel kurul o üç kişilik heyetin verdiği raporu ortadan kaldırdı. Demek ki hep şimdiye kadar bu çeşit yanlışlıklar yapılmıştı. Sonra adli tıp kurumu da bu konularda uzmanı olmadığı için mesela, kendisini kronik akciğer hastalığıyla ilgili, bronşların kalınlaşmasıyla ilgili SSK rapor veriyor. Diyor ki bu adam yüzde 11 kusur şeydir. Adli tıba gidiyor, adli tıp genel kurulu diyor ki iyileşmiştir. Ben bunu adli tıp genel kurulu başkanıyla tartıştım. Peki dedim, akciğer kendini yenileyen bir organ mı? Hayır. Karaciğer dışında hiçbir organ kendini yenilemiyor. O zaman buradaki kalınlaşmayı, bronşlardaki kalınlaşmayı nasıl izah ediyorsunuz? Bak, sigorta bunu 11 kalıcı bir maluliyet olarak tespit etmiş, siz iyileştirmişti diyorsunuz. Peki, bu iyileşme nasıl olmuştur, bunu izah edemiyor. Bu çeşit bizde sağlık açısından da bu işler sağlıklı olarak takip edilemiyor, ciddi olarak bilimsel olarak takip edilemiyor. Ben bunu söylemek istiyorum, teşekkür ederim.

Av. ABDİ PESOK- Teşekkür ederiz. Gonca Hanım.

GONCA (Çayırılı Bakır İşletmeleri Vekili)- Öncelikle teşekkürler değerli sunumunuz için. Benim sorum şu: Alkol denetimi konusunda biz madem işletmesi olduğumuz için sıfır alkol prosedürü uyguluyoruz. Bu hem iş yönergemizde, hem de saha giriş prosedürlerimizde yazılı. Ancak şöyle bir tereddüdümüz var: Anayasal açıdan yarın bir gün bu bizim için önümüze bir sorun olarak gelebilir mi? Çünkü hem yeraltı çalışanlarına, hem yerüstü çalışanlarına uyguluyoruz. Bu Anayasanın 17. maddesi kapsamında zorla muayene edilemez hükmü yarın bir gün bizim önümüze koyulabilir mi? Teşekkürler.

Av. ABDİ PESOK- Teşekkür ederim. Mahmut Beylem.

Av. MAHMUT BEYLEM (Adana Barosu)- Öncelikle Erdem Hocama sunumundan dolayı teşekkür ediyorum. Benim sorum bu nedenselliği keşen üç olayla ilgili bildiğim Yargıtayın çok eski bir kararı var. Bir tarım işletmesinde gece bekçiliği yapan bir kişi işyerine giderken yolda kan davaları tarafından öldürülüyor. Bir-iki rapor alıyorlar, işverene hiç kusur izafe edilmediğinden işverene karşı açılmış dava reddediliyor. Yargıtay işveren işçisinin işyerine gidip gelirken can güvenliğini de teminat altına almak zorundadır şeklinde bir karar veriliyor ve bozuyor. Şimdi işyerinde yine böyle açık, yani üstü kapalı bir ortam değil, geniş bir ortamda çalışan bir işçinin işverenin diğer bir işçisi veya dışarıdan üçüncü bir kişi tarafından kasten öldürülmesi gibi bir olayda acaba işverenin sorumluluğu söz konusu mu, değil mi, bunu öğrenmek istiyorum.

Av. ABDİ PESOK- Teşekkür ederiz. İlyas Bey.

İLYAS AĞAR (İstanbul Barosu)- Hocama sunumundan dolayı teşekkür ediyorum, benim için çok faydalı oldu. Ben somut bir olay anlatarak, o olay bağlamında sormak istiyorum. Şimdi DSİ'ye bağlı bir baraj var. Hemen bu barajın yanında da özel bir şirketin ayrı, bağımsız bir barajı var. Bu iki baraj arasındaki bağlantıyı sağlayan menfezde bir tıkanma oluyor. DSİ Kanunu anlamında bu menfezin temizlenmesi DSİ'nin sorumluluğunda, şirket DSİ'nin burayı temizlemesini istiyor, ancak DSİ temizlemiyor, şirketin temizlemesini istiyor. Üstüne üstlük şirkete bir ihtarname çekiyor. Menfezi temizlemezse, su kullanım hakkını ortadan kaldıracığını söylüyor ve nitekim su kullanım hakkını da ortadan kaldırıyor. Özel şirket elektrik üretemez hale geliyor su kullanım hakkı ortadan kalktığı için, bu baskı nedeniyle şirket menfezi temizlemeye girişiliyor ve bir iş kazası ortaya çıkıyor. Menfezi temizlemeyen işçi orada ölüyor. Burada sormak istediğim soru: Herhangi bir kamu kurumu bu şekilde bir şirket üzerinde baskı kurduğunda iki kamu kurumuyla şirket arasındaki ilişkinin niteliği anlamında alt işveren, üst işveren, asıl işveren ilişkisi oluşur mu, bu ilişkinin niteliği nedir, sorumlulukları nedir 6331 sayılı Yasa anlamında? Bir diğer husus da DSİ'nin bu ihtarı ya da bu baskısı üçüncü kişinin ağır kusuru olur mu? Teşekkür ederim.

Av. ABDİ PESOK- Teşekkür ederiz. Celalettin Erten Bey.

CELALETTİN ERTEN (Eti Maden Kamu Kuruluşu)- Hocamı daha önce TMMOB Kurultayında, İSG Kurultayında izlemiştim, çok teşekkür ediyorum aynı şekilde. Benim ilk sorum biz bir teşekkürlüz ve dört işletmemiz var. İşveren yükümlülüğünde sağlık gözetimi, ortam ölçümü ve diğer risk değerlendirmesi yükümlülüklerimizi yerine getiriyoruz. Yalnız bunu biz yönetmelik gereği, kurumumuzun yönetmeliği gereği Ankara'dan toplulaştırma olarak yapıyoruz. Bu uygulamamız aslında ayrı işyerlerimiz olduğu için işletmelerde her işletmede yaklaşık iki veya üç tane ayrı işyerimiz var. Benim kanaatim ben İSG birim sorumlusuyum, bunların ayrı yapılması yönünde, ama teşekkürlün yönetmeliklerinde bunları tarafımızdan toplulaştırmış olarak yapıyoruz. Bunun uygulamada doğru olup olmadığını öğrenmek istiyorum. Birincisi bu, ikincisi işyerimizde birkaç tane meslek hastalığıyla ilgili SGK'ya bildirimde bulunuldu. Biz işyeri hekimleriyle görüştük, siz de çok güzel açıkladınız. Yani işyeri hekimlerinin bundan sonra ciddi yükümlülükleri ve sahada uygulamalı işlevleri olacak. Bununla ilgili bizim işyeri hekimlerine ayriyeten sağlık gözetimiyle ilgili ileri tetkikler

yaptırmamız gerekiyor. Ancak tabii ticari bir müessese olduğumuz için ürünlerimizin büyük bir kısmını ihraç ediyoruz. Burada bizim Avrupa Birliği mevzuatından gelen etiketlemeyle ilgili sıkıntılarımız var. Bununla ilgili tabii detaylı olarak bizim meslek hastalıklarıyla ilgili detay çalışma yaptırmaya yükümlülüğümüz var. Bunu yalnız tabii kurumdaki yetkililerle paylaşıyoruz.

Üçüncü olarak da kısaca sizin bu iki izlediğim sunumunuzdan da şu kafamda çok netleşti: Ben bir mühendisim, ama işveren vekilliğiyle işyeri hekimi ve uzman, yani İSG profesyonelleri anlamında söylüyorum, uzman kesinlikle ben uzmanla hekimin rehberlik anlamında danışmanlık yaptığını sizin bu sunumlarınızdan da o netleşti. Burada yalnız uygulamada yargıdaki karar vericilerinin buna şu anda siz de biliyorsunuz ki ceza davalarında buna pek riayet edilmiyor. Direkt olarak Maden-iş kollarında teknik nezaretçileri, iş güvenliği uzmanlarını, inşaat sektöründe de şantiye şeflerini ve aynı şekilde iş güvenliği uzmanlarını yükümlü kılıyorlar. Bu konuda bence tespitlerinizin yayılması anlamında -bu bir tespit- faydalı olacağına inanıyorum. Teşekkür ederim.

Av. ABDİ PESOK- Teşekkür ederiz. Sayın Şevket Şanlı.

ŞEVKET ŞANLI (Yıldız Teknik Üniversitesi İş Sağlığı ve Güvenliği Bölümü)- Merhabalar. Hocam, şimdi verilen eğitimin işyerindeki spesifik duruma uygun olup olmadığını ya da bilgilendirmelerin olup olmadığını tespiti için mevzuatta hangi madde ya da yönetmeliklerle kontrol edilecek? Çünkü orada bir de iş güvenliği uzmanını mı bu konuda cezalandıracak, yoksa işveren ya da bölünecek mi? Artı bir de bir şey söylemek istiyorum. Bilirkişileri tenzih ederek söylüyorum, ama benim başıma gelen, bir-iki etrafta duyduğum kadarıyla bazen bilirkişiler dosyalarda yeterince kişisel yetersizlikleri ya da hassasiyet göstermedikleri için oldukça mağduriyet oluşuyor. Hatta davalar uzuyor. Bununla alakalı bir düzelmeye olacak mı ya da sizce ne yapılması gerekiyor?

Av. ABDİ PESOK- Teşekkür ederim. Birol Soner Bey.

BİROL SONER (Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Üyesi)- Ben Hocama çok teşekkür ediyorum. Sadece ilgili kanunun yürürlük maddeleriyle ilgili iş kazaları açısından kısaca bir bilgilendirme yapabilirse memnun olacağım. Teşekkür ederim.

Av. ABDİ PESOK- Teşekkür ederim efendim. Yine 21. daireden Halil Yılmaz Bey.

HALİL YILMAZ (Yargıtay 21. Hukuk Dairesi)- Erdem Hocam bu güzel sunumundan dolayı çok teşekkür ediyorum. Ancak tam da benim soracağım soruyu Ahmet Sevimli Beyefendi sormuş oldu. Ben de tam olarak iş güvenliği uzmanlarının ve işyeri hekimlerinin işveren vekili olmadığı şeklinde kesin bir ayrıma katılmıyorum. Olabilir de, olmayabilir de, tekrar aynı soruyu ben de sormuş oluyorum. Bu arada mikrofonu almışken ben katkıda da bulunmak istiyorum. Bizim Yargıtayımız da Fransız yargısı kadar ileridir. Bizde intihar olaylarında, kalp krizi olaylarında doğrudan doğruya bu işverenin sorumluluğu yoktur demiyoruz. Acaba daha öncesinde haddinden fazla mesai yaptırıp yaptırmadığı, dinlenip dinlendirmedığı, o işe uygun olup olmadığı konusunda rapor alınıp alınmadığı, daha önce mobbing yapılıp yapılmadığı konularında bizim de pek çok bozularımız var. Doğrudan doğruya intihar ya da kalp krizi iş kazasıdır ya da değildir gibi karar vermiyoruz, bunların da araştırılmasını istiyoruz. Bunun da bilinmesi açısından söylüyorum, teşekkür ederim.

Av. ABDİ PESOK- Teşekkür ederiz. Mesut Balcı Bey.

MESUT BALCI (Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı)- Şimdi Sayın Hocama çok teşekkür ediyorum sunumundan dolayı, belli bir konuyu da açtı: İş güvenliği uzmanının oradaki statüsü ne olur? Şimdi ceza mahkemesinin mahkumiyet kararları bizi bağlıyor. Orada büyük sıkıntılar var, hiç kazayla alakası olmayan anonim şirketin bilmem yönetim kurulu üyesi, falanca hiç ilgisiz insanlar mahkûm edilip geldiği zaman biz de onları müteselsil olarak tüm tazminattan sorumlu tutmak zorunda kalıyoruz, ama yapacağımız hiçbir şey yok. Ceza mahkemelerinde özellikle dedikleri gibi bu hususun düzeltilmesi lazım. Benim bildiğim kadarıyla cezaevlerinde şu anda birçok iş güvenliği uzmanı mahkûm olarak yatıyor. Bir de geçenlerde internette gördüm, ceza hukukuyla ilgili bilirkişilik kanun tasarısı var. Şimdi Sayın Hocam kusur işini çok iyi biliyor, fakat bu kanun tasarısına göre diyor ki: *“Avukatlar başka bir konuda uzman olduklarını belgeleyen bir çalışma, bir belgeleri yoksa, bir eğitimleri yoksa ceza mahkemelerinde bilirkişilik yapamazlar”* Şimdi oysa avukatlardan burada bilirkişinin olması şart bana göre, hatta iş güvenliği uzmanlarından da olması şart. Burada hukuki yorumu yapacak bir avukata, hukuki bilgiye ihtiyaç olduğu da gerçek. O bakımdan Sayın Hocam bilirkişi olarak dahi rapor veremeyecek bu durumda, yani Hocam da düzeltemeyecek bu hataları, kim bilir kimler rapor verecek, kimlere bu davalar gidecek?

Şimdi arkadaşımız dedi ki ilk sorularda, bu soruda işe giderken çarşıda yolda birisi öldürülmüş. 21 Hukuk Dairesi, herhalde eskiyle 9. Hukuk Dairesi çok eski bir karar olduğunu zannediyorum ben onun, işveren sorumlulu tutulmuş. Şimdi böyle bir şey ilk bakışta hemen olmaz diye geçiyor. Hakikaten de olmaz, fakat mekana bakmak lazım. Şimdi terörün yoğun olduğu bir bölgede bir işyeri olabilir bu belki, dosya içeriğini ben bilmiyorum, çok eski bir karar. Yani Beşiktaş Çarşısında işe giderken adam vurulsa otobüste problemi yok, işveren ne yapsın? Fakat terörün olduğu bir bölgede işçiler belli bir yerde oturuyor ve terörün olduğu yine başka bir bölgede işe gitmeye, orada işe gitmek zorunda kalıyorlarsa, tabii ki işveren onları böyle isterse istediğin gibi gel, vurulursan vurul, ölürsen öl diyecek hali yok. Ondan bunu beklemek gayet doğal, eğer o şartlarda olmuşsa o karar doğrudur öyle şartlar varsa bana göre, hatta devletin sorumluluğu da var orada.

Bir de şu hususu, şimdi iş kazası sayıyoruz biz intiharı, kalp krizini, beyin kanamasını, eskiden bunlar doğrudan doğruya bir bilirkişi raporu alınıyordu iş güvenliği uzmanından, efendim, işveren şu kadar kusurludur. Bunun çözümü böyle olmaz, dolayısıyla biz bu içtihadı geliştirdik. Dedik ki bu kalp krizi veya beyin kanaması kendi bedensel nedenlerden mi, hastalıklardan mı kaynaklandı, bu hastalıklara rağmen işveren bunu rapor almadan ağır işte mi çalıştırdı veya bu intihar ettiyse bunun işyeriyle bir illiyet bağı var mı? Tıbbi olarak da biz bunun şimdi adam günde üç paket sigara içiyor, orada kalp krizi geçiriyor. Şimdi bu işverenin yaptığı orada aşırı yüklenmeden, zorlanmadan mı oldu, yoksa bedensel nedenlerle bu zaten, bunu saptamak çok da zor, ama bu yönde bizim kararlarımız var. Bu pek hoş gitmedi başlangıçta, ama işin doğrusu da buydu bize göre, bunu da böyle açıklayayım. İş güvenliği uzmanı aslında siz işveren vekili deseniz de, demeseniz de gerek ceza hukuku, dolayısıyla gerek rücu davasında bir kurbandır. Neden? İş güvenliği uzmanı önerilerde bulunacak, aksaklıkları saptayacak, söyleyecek, işvereni uyaracak, işçiler buna uyacak. Burada bir eksiklik olduğu zaman işveren diyecek ki senin şu iş güvenliği konusunda beni uyardın, görevini yapmadın, senin bu görevini yapmaman nedeniyle ben tazminat ödedim diyecek. O zaman iş güvenliği uzmanı ben kontrolle görevli değilim diyebilecek mi? Bunu diyemeyecek.

Bir de dediniz ki bu yasalar çok güzelmiş. Şimdi İş Güvenliği Yasası aslında aynı zamanda bir Ceza Kanunu, biz işverene bu kadar ceza vererek oradaki bakkala, buradaki doktora, oradaki muhasebeciye -zaten bankada filan iş kazası olduğu yok- şu belgeyi vermedin, sana bu kadar para cezası, şunu yapmadın, bürokrasiyi çoğaltıp vatandaşı cezayla başa bırakmaktan başka bir şey değil. Aslında iş güvenliği bilincini oluşturmak lazım. Şimdi ne yapıyor vatandaş? Şirket kurmuş, risk analiz raporları satıyorlar. Bu ticari bir şeye dönüştü. Ver şu kadar para, sana iş riski raporu vereyim. Bu doktor bakımından da böyle olacak. Güçlü işyerleri, varlıklı işyerleri bu doktorları belki orada sürekli çalıştıracak, ama çoğu kâğıt üzerinde orada bir doktor varmış gibi görünecek.

Bir de bizim İş Kanununa tabi olanlar bakımından İş Güvenliği Kanunu biraz daha geniş gibi görünse de yargı içtihatları zaten bunun yolunu açmıştır. Her türlü önlemi alacaksın, teknolojiyi takip edeceksin. İş kazası olmaması için ne gerekiyorsa yapacaksın. Bu bizim bütün kararlarımızda yazılıdır *"teknolojiyi, bilimsel gelişmeleri takip etmek görevi vardır işverenin"* diye, o bakımdan bunu detaylandırmaya gerek yok. Her somut olaya göre madende ne lazım, sığınma odası mı, yaşam odası mı? Yaşam odası lazımsa yapacaksın zaten, bunun için kanun çıkarmaya gerek yok. Bir de bu iş güvenliği uzmanlarının bağımsız olması lazım bana göre, bilmiyorum Hocam ne der? İşverenin işçisinden iş güvenliği uzmanı da olmaz, onun kuracağı komisyondan işverene şu önlemleri al diyecek bir karar çıksa bile işveren bunu uygulamaz.

Gelelim devletin müfettişlerine, diyor ki bunu sen işyerine git, işyerinde tehlike varsa sen orayı kapat. Sonra da diyor ki işveren mahkemeye başvurur, mahkeme de karar verir, bu karar kesindir. Sen yanlış kapatmışsın dedi. Şimdi gidecek bizim işverenimiz, diyecek ki arkadaş, ben bir otomobil fabrikasıyım, senin bir müfettişin geldi, burada tehlike var dedi veya benim maden ocağımı kapattı. Böyle bir tehlike olmadığı da hâkimin verdiği kesin temyiz edilemeyen kararlar ortaya çıktı. Sen benim zararımı öde diyecek devlete, devlet de iş güvenliği uzmanına diyecek ki kendi müfettişine bak, sen yanlış kapatmışsın, bu parayı bana ver, sen zarara sebep oldun, bu parayı bana ver. Şimdi hangi iş müfettişi gidip işyerini kapatabilir, durdurabilir? Uygulanamayacak bir şey, ben olsam kapatmam, bana ne der giderim. Kapatmazsam riske girmeyeceğim çünkü, sonradan olmuştur ben vardığımda öyle.

Bir de bu sendikanın sorumluluğu son günlerde biz görüyoruz şimdi, işçiler sendikaları beğenmiyorlar. Sendikaları beğenmedikleri için işçiler kendi başına grev yapmaya başladılar. Demek ki bir aksaklık var bizim bu sendikalarımızda. Ben şunu da biliyorum: İşveren işçiyi alırken diyor ki şu sendikaya üye ol, önüne kart koyuyor, başvuru belgesi koyuyor. Demek ki orada o sendika yok demektir o, sendikayı da işveren ayarlıyorsa demek ki görünürde sendika var, gerçekte yok demektir. Onun için sendikalardan da benim bir beklentim yok böyle iş kazasını önleme konusunda. Teşekkür ederim, çok fazla eleştirmeyeyim.

Av. ABDİ PESOK- Eleştirin Hocam, biz eleştiriye açığız. Çok teşekkür ederim. Saygıdeğer Hocam, eğer müsaade ederseniz iki konuya çok kısa değineyim, ondan sonra görüşlerinizi o konuda da rica edeyim.

Birincisi, “iş güvenliği uzmanlığının bağımsızlığı” konusu. Bu yasa yürürlüğe girdiğinden beri en çok konuşulan konulardan birisi, ücretini işverenden alan iş güvenliği uzmanı ne derece işverenine karşı, iyi niyetli olmayan işverenine karşı diklenebilir, görev yapabilir? Tabii ki kişisel baba-yiğitlikler olabilir, onlar istisnadır. O istisnalara bakıp yanılmamız lazım.

O halde, bunu, kurumsal olarak düzeltmemiz gerekir. Kurumsal olarak düzeltme mevzuatla olabilir. Bugüne kadar tartışıldı, biz hukukçular, iş hukukçuları, kendi aramızda tartıştık, sonunda şuraya ulaştık: İş güvenliği uzmanlığının bağımsızlığını temin edebilmek için, mutlaka, ücretini işverenden almayacak bir statünün geliştirilmesi gerekir. Bu nasıl başarılı? Yine bir mevzuat düzenlemesiyle bir kurul oluşturulur, bu konuya münhasır görev yapmak üzere, o kurulda, konuyla ilgili her türlü etkili, yetkili kurumlar ve kişiler yer alır ve iş güvenliği uzmanları oranın görevlisi olarak, yine aynı yetkilerle gelir, işyerlerini denetler. Gerekirse bu zaman içinde değerlendirilebilir, dönüşümlü olarak da görevlendirilmeler yapılabilir. Malum bizim insanımız çabuk adapte olur, adapte de olmaya yatkındır. Devamlı aynı işyerinde kalan iş güvenliği uzmanının da bir noktada aksama doğuracağı düşüncesindeyiz. Ben de şahsen öyleyim. Bu kurul, gerekirse belli dönemler içinde değişim yapmak suretiyle müfettişleri, iş güvenliği uzmanlarını değerlendirmelidir. Sonuç olarak, bugün, açıklanan istatistik rakamlara göre, kurban olarak seçilen iş güvenliği uzmanı arkadaşlarımızdan şu anda 148 tane tutuklu mevcut. Aynı konuyla ilgili olarak işveren ve işveren vekili olarak üç kişi tutuklanmıştır. Hâlâ tutuklu mu?, bilmiyorum. Geldiğimiz nokta bu. O nedenle, bu yasanın, adaletli, tarafsız ve amacına

uygun sonuç doğurabilmesi için, iş güvenliği uzmanlarımızın korunmaya da ihtiyacı var, kurban olarak canavarların önüne atılmamasına da ihtiyaç var. Birinci konu bu, bu konuda da ben saygıdeğer hocamın görüşünü almak isterim. Olabilir mi, uygulanabilir mi bu görüş?

İkincisi, İş kazalarında üçüncü kişinin kusurundan, işverenin sorumluluğu konusu. Abdülhalim Bey örnekler verdi. İşveren tarafından uçak bileti veriliyor, uçak düşüyor yahut otobüs bileti veriliyor, git falan yere derken bir kaza oluyor. Bunlar doğrudur ve sadece küçük örneklerdir. Bizim hukukumuzda işverenin sorumluluğu; bir, kendi kusurundan ve istihdam ettiği kişinin kusurundan, iki; kaçınılmazlık halinde ekonomik ve sosyal durumuna göre o konuyla ilgili sorumluluğundan. doğabilmektedir.

Üçüncü kişinin kusurundan, hukukumuzda göre kaide olarak, şeklen, işverenin sorumlu tutulması mümkün olmuyor. Kanaatime göre, üçüncü kişinin kusuru görünen olaylarda da, işverenin kusuru ve sorumluluğu vardır. Sayın Başkanımızın söylediği gibi terörün kol gezdiği yerde hiçbir önlem almadan, İşveren tarafından eğer işçi oraya gönderiliyorsa, orada üçüncü kişinin kusuru değil, benim kanaatime göre işverenin de kusuru vardır zaten, ama şekil olarak gerçekten işçinin de işverenin de kusuru yok görülmektedir, üçüncü kişi kusuru. Peki, bu çalışan, işçi, eğer işle ilgili olarak, yaptığı işle ilgili olarak bir yere giderken veya bu konuda bir işlev halindeyken kazaya uğradı ve vefat ettiyse veya zarar gördüyse, bizim, şekli olarak, yüzeysel bakıp, "burada üçüncü kişinin kusurundan işveren sorumlu değil" dememiz hakkaniyete uygun olur mu? Ben hakkaniyete uygun olmadığı kanısındayım.

Yargıtay'ımız burada bir şey yapabilir mi? Ben o konuda da yapabileceği kanısındayım. Çünkü Yargıtay'ımız bu iş sağlığı-güvenliği konusu da dahil birçok kanunun düzenlenmesinde, hatta Sendikalar Yasasının bu son düzenlemesinde dahi, yasa koyucuya, Kararlarıyla, yol gösterdiği hususlar olmuştur. Bu konuda da gösterebilir, düzenlemenin önünü açabilir, böylece yasal düzenleme temin edilebilir.

Neden işveren sorumlu olmalı? Neden 3. Kişinin kusurundan işveren de sorumluluğu ve zararı paylaşmalı? O işçi, kendi keyfi bir konusu için bir yere giderken bu kazaya uğramadı, o işletmenin bütününe ekonomik olarak bir katkıda bulunacak bir işi yapmak üzere giderken üçüncü kişinin kusurundan dolayı hayatını kaybettiyse veya zarara uğradıysa, işveren

gibi işçinin de kusuru olmadığına göre, o işletmenin faaliyeti ile temin ettiği, getirdiği kazancın hepsini alan işveren, o işçinin hayatını kaybetmesinde de, zarara uğramasında da, sorumluluğa ve zarara ortak edilmelidir kanaatindeyim. Teşekkür ederim, iki konu buydu.

Saygıdeğer Hocam, zaman kısıtlamamız yok, istediğiniz gibi rahat bir şekilde cevaplayabilir, anlatabilirsiniz., Buyurun Hocam.

Prof. Dr. ERDEM ÖZDEMİR- Öğlen yemeğini çok geciktirmeyelim. Şimdi gerçekten çok ilginç sorular geldi, hepsini not aldım. Sevgili Ahmet Sevimli'nin, Ahmet'in de çok güzel bir çalışması var bu işverenin sorumluluğuyla ilgili olarak, sorusu: Uzman veya hekim işveren vekiliyle bağlantısı. Şimdi ben genel olarak düşüncelerimi söyleyeyim. Bir kere bu sistemi biz Türkiye'de kendimiz icat etmedik. İş sağlığı güvenliği modelini biz Avrupa Birliğinden aldık. Bizim uzmanın sorumlulukları ve yetkileri Almanya'dan alınmış. Yabancı hukukları da inceledim, bizim uzmanların modeli yüzde 80-90 Alman modeli üzerine kurulmuş durumda, yani bunun görev, yetki, sorumlulukları hakkındaki yönetmelik tamamen Alman modeliyle paralel. Şimdi işveren vekilliği ve uzman konusunda bir kere şöyle başlamak lazım: Kalite sistemlerinde yabancı yayınlarda bu işin birinci kuralı şudur deniliyor: Sistemin sahibi iş sağlığı ve güvenliğinin sahibi işverendir. Yani uzman, hekim falan değil, zaten bunu somutlaştıran da bir madde var kanun içinde: İşveren bunlara devredemez, sorumluluklarını devredemez, işveren bu sistemin sahibidir. Şimdi bu sistemin sahibi olmak dikey ve yatay bütünleşme ilkeleriyle tanımlanıyor. İşveren bu sistemin sahibiyse ne yapması lazım? Bir organizasyon kurması lazım. Bu organizasyon da işveren yetkilerini aşağı doğru yayması, yani dikey olarak yayması ve yatay olarak da bu sistemler arasında bağlantı kurarak, iş güvenliğini sağlaması gerekiyor. Sorumlu sensin, aşağı doğru yayıyorsun ve aşağıdaki kişiler senin işverenlik yetkilerini kullanarak, bu sistemin egzekisyonunu işleyişini sağlıyorlar.

Şimdi dolayısıyla bir piramidal yapı olarak düşünelim, bir şekil çizelim kafamızda, bir üçgen çizelim. Bu üçgenin içinde uzman ve hekim yoktur. Uzman ve hekim burada dışarıdan işverenin destek aldığı kişilerdir. Aynı bir hukuk danışmanı gibi düşünelim bunu, nasıl işveren bir işe davasındayken bu dava açılır mı, açılmaz mı, nasıl hareket edeyim, nasıl savunmayı alayım bizden görüş alıyorsa, aynı şekilde teknik yetersizliğini uzmanın verdiği görüşle tamamlar. Aynı şekilde tıp konusundaki yetersizliğini de hekimin verdiği görüşle tamamlar.

İşveren iş sağlığı ve güvenliğini yerine getirirken adım adım bu işi yapar, önlem alır, denetler, uyarlar. Önlemler teknik önlemlerdir. Bu önlemleri alırken uzman bir hekimden yararlanır. Daha sonra iş bu önlemlerin uygulanmasına gelir. Uygulanma aşamasında da işveren hem sistemi gözetlemek bakın, gözetlemek deyimini kullanıyorum. Çünkü uzmanlarla ilgili yönetmelikte gözetim borcu diye geçer, denetim diye geçmez. Sistemi gözetlemek, hem de işçileri denetlemek zorundadır. Gözetim ve denetim bu anlamda birbirinden ayrılabilen kavramlar olarak karşımıza çıkıyor. Ne demek gözetim? Mesela, bir madende zehirli gaz var mı, yok mu teknik ölçümlerin yapılması, bu kim tarafından yapılacak? Uzman tarafından yapılacak, ama denetim aşamasına geldiğinizde orada örnek verdiğim biraz önceki örnekte olduğu gibi işçinin forklifte üç kişi binip binmediği, işçinin emniyet kemerini takıp takmadığı, işçinin kaskını takıp takmadığı, bunun denetlenmesi gerekir. Özellikle benim işveren vekili noktasındaki itirazım da burada söz konusu olmaktadır. Çünkü işçiyi denetim süreçlerinde takip edecek kişi esas itibarıyla işveren vekilleridir. Yani ustabaşı, amir dediğimiz kişilerdir. Uzman 24 saat her operasyonun başında, her bakım operasyonunun başında, her süreçte bulunup da emniyet kemerini takmış mı, kaskını takmış mı diye kontrol edemez.

Şimdi Sevgili Ahmet'in dediği hizmet yönetmeliğinde şöyle bir düzenleme var: İşte uzmanın, hekimin verdiği talimatlara uymak zorunda. Evet, bu yönetmeliğin ben de farkındayım, ama ben bunu şöyle okuyorum: Uzman ve hekim işçiye talimat verir diye okumuyorum. Elbette uzman ve hekimle işveren arasında ve işçi arasında bir ilişki olacaktır, bu kaçınılmaz bir şey. Yani uzmanı alıp da işçiyle senin hiçbir ilişkin yok diyemeyiz, elbette ki bir kontak olacaktır, hekim de bir kontak kuracaktır. Hekim de işçinin sağlıksız olduğunu gördüğü zaman işçiye diyecektir ki bak, senin burada da çalışman uygun değil. Sadece işverene değil, işçiye de sağlık durumu hakkında bilgi verecektir. Aynı şekilde uzman da örneğin, bir tatbikat yapıldığında, bir acil durum tatbikatı yapıldığında işçiye diyecektir ki sen burada dur, sen şurada dur, ama ben yönetmelikteki, hizmet yönetmeliğindeki o maddeyi uzman işçiye şunu talimat verir, uzman bunu talimat verir diye operasyonel talimat anlamında okumuyorum. Yani sen şu işi şöyle yap, sen bu işi böyle yap şeklinde okumuyorum, operasyonel talimatlar işveren vekilleri tarafından verilir. İşveren vekili uzman ayırımının bir diğer bence önemli kritik kırılma noktası bunların görev tanımları ve görev tanımlarının sınırları noktasında karşımıza çıkıyor. Ben uzman ve he-

kimin aslında görevlerinin kamusal bir görev olduğunu düşünüyorum ve bunların arttırılıp eksiltmesini de uygun bulmuyorum. Ne demek arttırıp eksiltmek? Uzmanı delegasyon yoluyla sen her şeyden sorumlusun şeklinde bir sözleşme yapılması bana göre son derece ters. Uzmanı işveren vekilliği yetkilerinin verilmesi, bütün sistemin uzmanın başına sözleşmeler yoluyla yıkılması bana göre ters. Aslında bunu ilk Ali Güzel Hoca başlatmıştı bu tartışmaları, o zaman bana da kendi kitabımın önsözünde de yazdım, hocanın görüşü çok sıcak gelmemişti. İşyeri hekimlerinin mesela ücretleri tartışılıyordu zamanında, ilk kez Ali Güzel çıktı, dedi ki: *“Tıbbi deontoloji diye bir şey var, bunlar kamusal bir iş yapıyorlar, görev yapıyorlar, elbette ki bunların işçileri spesifik bir ücret olabilir. Devlet bu ücretleri belirleyebilir, bu tam bir iş sözleşmesi değil”* Bana zaten şey gelmişti, o dönemler bu iş sözleşmesi işte, yani hekim, işveren versin ücretini, ama artık Ali Güzel gibi düşünmeye başladım ve uzmanların ve hekimlerin kamu düzeninden olduğunu düşünüyorum görevlerinin ve bunlara ek görevler verilmesini uygun görmüyorum. Ek görevler verilirse, yani aynı zamanda diyelim ki bakım şefi şapkası varsa adamın ve aynı zamanda işveren vekili şapkası varsa, bir kaza olduğunda da görevlerinin ayrıştırılarak kaza analizi yapılması gerektiğini düşünüyorum. Bakım şefi olarak neyi yaptı, neyi yapmadı, iş güvenliği uzmanı olarak neyi yaptı, neyi yapmadı şeklinde ayırtırmaya gidilerek yapılması gerektiğini düşünüyorum ve özellikle temel farklılık denetim süreçlerinde karşımıza çıkacak. Uzman gözetler, ölçer. Tabii ki denetim süreçlerinde de yol alır. Alman Yasasında bu da vardır. Örnek: İşyerinde gözetim yaparken kaskını takmadığını görürse, uzman bunu yazacaktır ve uyaracaktır, ama 24 saat uzman kask, işte emniyet kemeri denetimi yapacak kişi değildir. Benim temel itirazlarım bu noktadadır.

İkinci soruyu değerli arkadaşımız sormuştu. Abdulhalim Bey çok teknik bir soru sordu. Kitabımı yazarken ben de bunun farkına vardım. Bu illiyet konusu Türkiye’de işte bir Fikret Eren bunu kapsamlı şekilde incelemiş, ondan sonra Türkiye’de böyle boşlukta kalmış. Yargıtay geliştirmiş, bizim iş hukuku çok dinamik bir alan, tamamen Yargıtay kararları o kadar canlı olaylar karşımıza çıkıyor ki bu illiyet kavramını en canlı yaşayan kişi biziz. Uçak kazalarıyla ilgili iki tane karar var. Bir, Diyarbakır kazasıyla ilgili karar var, eski karar Diyarbakır uçak kazası. Orada işvereni sorumlu tutmuş Yargıtay eski kararında. Levent Akın’ın incelemesi var bu kararla ilgili, Levent de diyor ki: *“THY burada üçüncü şahıstır. Aslında sorumlu tutmaması gerekirdi”* Levent Akın’ın görüşü de üçüncü şahıs, şimdi üçüncü şahıs

noktası aslında başlı başına yabancı hukukları da inceledim, mukayeseli hukukta bir tartışmalı konu. Bazı ülkeler var, üçüncü şahsın ağır kusuru diye bir tanım getirmiyorlar. Fransızlar bunu mesela, üçüncü şahsın ağır kusurlu mücbir sebep kavramı içinde değerlendiriyorlar, fors majör içinde değerlendiriyorlar. Dolayısıyla biraz önceki soruların da aslında otomatik olarak hepsi yanıtlanıyor. Bu bakış açısından baktığımda üçüncü şahsın eylemi senin açıdan da beklenemez ve öngörülmez olmalı, beklenebilir ve öngörülebilir bir üçüncü şahıs eyleminden de sen işveren olarak bunu öngörüyorsun savunma yapamamalısın. Mesela, enteresan bir örnek bir özel hastanenin başına gelmişti. Özel hastanede hastabakıcı bir hasta yakınıyla ilişkiye giriyor. Ondan sonra hastanın ailesi belalı bir aileymiş, hastaneyi basıyorlar, hastabakıcıyı vuruyorlar. Soru: Bu kaza iş kazası mı? Aşk kazası mı, iş kazası mı bilmiyoruz, ama iş kazası. Peki, üçüncü şahsın eyleminden dolayı işveren sorumlu olur mu, olmaz mı? Mesela, şunları tartışacağız. Acaba hastanenin güvenlik sistemi bu noktada var mı, yok mu, güvenlik acaba üçüncü şahsı önlemeli mi, değil mi? Çok ilginç bir şey mesela, doktorlar bu aralar şiddete uğruyorlar. Adam tabancayla geliyor, acil serviste doktoru tabancayla bana bakacaksın diyor. Peki, bu olaylara artık bu adam üçüncü şahıstır, tabancayla geldi diyebilir miyiz ya da bu olayların yaygınlaşması üzerine Sayın Mesut Balcı'nın da belirttiği gibi o zaman sen de bir önlem alacaksın arkadaş, sen de bunun elini-kolunu sallayarak girmesine engel olacaksın mı demeliyiz? Bence tereddütsüz bu şekilde, dolayısıyla üçüncü şahsın ağır kusurunu yabancı literatür mücbir sebep içinde okuyorsa, bizim de biraz o şekilde okumamız yararlı olur. Yargıtayın da bu doğrultuda yaklaşımları da var diye düşünüyorum.

Şimdi Sayın Ali Şen'in dediğine aynen katılıyorum. Meslek hastalıkları konusunda en zor şey illiyeti kurmak. İşverenler hep şuradan kaçmaya çalışıyorlar: Efendim, meslek hastalığı da, benim yanımda mı uğradı, bu nereden belli? Belki de önceki işyerinden belli. Haklı da olabiliyor, haksız da olabiliyor, çünkü adamın sağlık geçmişi oluşmuş değil. Bunları tespit edecek kurumlar henüz oturmuş değil. Bunların bir an önce oturması lazım, başka türlü bu iş yürümez.

Gonca Hanımın sorusu, aslında bu da gene Türk iş hukuku literatürünün önemli bir eksikliğidir diye düşünüyorum. Örneğin, alkol düzenlemelerine aldığımız iç yönetmelikle prosedürler yeterli midir, değil midir? Türkiye'de maalesef iş hukukunda iç yönetmelikle iş sözleşmesinin ayrımı

net şekilde ortaya konulmuş değildir. İç yönetmelik ayrı bir şeydir, iş sözleşmesi ayrı bir şeydir. Bizde ama iç yönetmelikler iş sözleşmesinin bir parçası olarak kabul edilir. Yabancılar buna enkoparasyon ... (56.14) derler. Yani onun parçası olma teorisi sözleşmesel bir değer atfederler, ama bu sözleşmesel değer atfetmek iç yönetmeliği kuvvetli bir yapıya getirir. Aslına bakarsanız benim görüşüm çok uzatmadan söyleyeyim, bireysel onayın alınması gereken yer iş sözleşmesidir. İşverenin yönetim hakkının somutlaştırılması gereken yer iç yönetmeliktir ve yabancı gene literatürde iç yönetmelikler işverenin yönetim hakkının şeyi olarak, bunun parçaları olarak yorumlanmaktadır. Yani bir alkol düzenlemesi bana sorsan nasıl yaparım diye ki öyle yapıyorum pratikte, iş sözleşmesine hüküm koyarım: *"İşçi alkol muayenesine ve alkol konusundaki testlere onay verir"* diye adamın imzasını oraya alırım. Detayını ama nereye düzenlerim? Prosedürde düzenlerim. Dolayısıyla bu prosedürle iş sözleşmesi kavramlarının somutlaştırılması lazım. Somutlaştırmak bir yana son zamanlarda kitaplarda görüyorum, iç yönetmelikler genel işlem koşulları şunlar bunlar, bir de bunlar karıştırılıyor. Bence iç yönetmelikleri daha sınırlı bir alana yönetim hakkına doğru itmek, bireysel onayı iş sözleşmesine alarak onu ikisini bütünleştirerek süreçleri yürütmek isabetlidir diye düşünüyorum.

Aynı şey mesela, kamera kullanımı için geçerli, işyerinde mesela, Fransa'da bir olay yaşandı. Entermahşe ... (57.35) diye bir yer, işveren kasiyerin arkasına gizli kamera koyuyor ve adamı yakalıyor, ondan sonra da işten çıkardı. Çalışan da savunma yaptı mahkemede: *"Bu kamera gizli kameradır, bu dürüstlük kuralına aykırı bir delildir"* dedi. Ondan sonra işte yasalar, düzenlemeler yapıldı. Kamera da kullanacaksın mesela, iş sözleşmesine işçi güvenlik amacıyla kamera kullanılmasına izin verir hükümünü koymak lazım. Alkol konusunda sözleşmeye hüküm koymak lazım, detaylar iç yönetmeliğe aktarmak lazım diye düşünüyorum. Dolayısıyla o konudaki örneğiniz, o konudaki işte Anayasaya uygunluk falan filan o şekilde çözülmüş olur.

Şimdi Şevket Beyin sorusu eğitimlerin uygunluğu, eğitim sadece uzmanın sorumluluğunda değil, hekim de eğitim veriyor aynı şekilde. Eğitimleri işyerinin sübjektif koşullarına uyarlayacak kişiler bunlar, elbette ki eğitimlerin uygun şekilde yapılıp yapılmadığı, kâğıt üzerinde kalınıp kalınmadığı, o eğitimlerin eğitim formlarına imza atan kişilerin bu sorumluluktan kurtulma şansı yok diye düşünüyorum.

Birol Beyin sorusuna yanıt verdim diye düşünüyorum. İlliyet konusu, üçüncü şahıs bağlantısı. Halil Yılmaz Beyin işveren vekili noktasındaki soruya da Sevgili Ahmet Sevimli'nin sorusuyla paralel yanıt verdim. Bilirkişilik konusundan devam edeyim, bir de iş güvenliği uzmanı kurbandır diye Sayın Mesut Balcı Beyin açıklamasını ben de maalesef aynı şekilde düşünüyorum. Yani sanki öyle bir şey ki iş güvenliği uzmanlığı bütün her şeyin, kabahatin üstüne yıkılacağı bir kişi haline gelmeye başlıyor. Burada hukukçu olarak bizim de akademisyen olarak belli noktalarda bir duruşumuz olması gerekir diye düşünüyorum. Görüşümü ben tekrarlayayım: Sistemin sahibi işverendir. İşveren ne yapar? İşveren yetkilerini aşağı doğru delege eder. Delegasyonda sunumumda da söyledim, mutlaka bütçesi var mı, yetkisi var mı, sadece sorumluluk değil, bunları yapabilecek kapasitede mi diye sorgulanarak yapılması lazım. İş güvenliği uzmanları konusunda da bunların bağımsızlaştırılması, işverenden ayrılması evet, bir görüş olarak geliyor, ama ben bunun kısa vadede yapılabileceğini düşünmüyorum. Kısa vadede en azından bunların yetki ve görevlerini el verici bir yapıda kabul etmek, bunları arttırıp şey yapmamak noktasında görüşler geliştirerek bunlara yardımcı olmak daha isabetlidir diye düşünüyorum.

Bilirkişilik noktası her zaman sıkıntılı bir konudur. Yeni HMK'yla da bence sıkıntılı bir hal aldı. Bilirkişilik ben de çok yaptım. Yani akademisyenlik hayatımda doktorayı bitirdikten sonra işçilik alacaklarında çok bilirkişilik yaptım. Severe de yaptığım bir iş oldu, bana çok şey de öğretti, ama son zamanlarda bu görev çığırından da çıktı gibi geliyor. Bilirkişi de, bilirkişinin sorumluluğunu, şuyunu buyunu düzenleyerek bence çözüm üretemezsin. Bilirkişilik kalitesi bence önemlidir, o işi bilmesi önemlidir. Yoksa bilirkişiyi sıkıştırmak, bir ay içinde rapor vermezsen işte şudur budur, bunları yapalım. Bilirkişi işte şöyle yapmış, böyle değil, yani kaliteli kişiyi bilirkişi olarak sisteme aktarmak bence en önemli konudur diye düşünüyorum bilirkişilik uygulamasında, maalesef iş güvenliğiyle, iş kazalarıyla ilgili davalarda da bu yasaların yeterince bilinmediğini de görüyoruz. Ben kendi sunumlarımda da söylüyorum, bu ciddi bir sorun. Seni yargılayacak kişinin, seni özellikle o yargılayacak kişiye destek verecek, teknik destek verecek kişinin kalifikasyonları son derece önemli. Bilirkişilik konusunda bir çalışma var. Bizim Talat Hoca da o çalışmanın içinde, düzenleme yapmaya çalışıyorlar.

Atladığım bir-iki soru vardı. Celalettin Beyin sorusu 6331'de her şey işyeri üstünden işliyor, ama sizin sorunuz gene kamuyla ilgili anladığım

kadarıyla. Ben kendi kitabımda da söyledim, kardeşim dedim, kamuyu bu sistemin içine katmak çok isabetli değil. Hemen hemen bütün hocalar diyorlar ki ah ne kadar güzel oldu, memurlar, işçiler, memurların ben katılmasını da çok doğru bulmuyorum. Yani iş güvenliği, iş sağlığı işçiler için getirilsin, memurlar için de daha basit bir sistem yaparsın kamu kurumları için, çünkü devreye kamu girdiği zaman bütün kavramlar şaşıyor. Kamuda alt işveren farklı, kamuda hizmet alımı farklı, kamuda işyeri kavramı farklı, kamuda işveren vekili kavramı farklı, oturacağız, bir de bunları tartışacağız kamuda nasıl olacak diye, bunu da çok isabetli bulmuyorum.

Baraj örneği spesifik bir örnektir. Bence ister devlet burada baskı yapsın, ister yapmasın, yani o sürecin ayrı bir parçası, sen bir işe girdiğin zaman artık o işin sorumluluğunu alıyorsun. Yani o menfezin temizliği şeyine girdiğin zaman, kolları sıvayıp da o işe girdiğin zaman artık beni şu zorladı, bu zorladı gibi bir savunma bana biraz zor geliyor. Haklı olabilirsiniz.

SALONDAN- Devletin sorumluluğunu soruyorum.

Prof. Dr. ERDEM ÖZDEMİR- Yani sorunuzu çok iyi anladım, ama maalesef benim kanaatim olayı da çok iyi bilerek yanıt vermek lazım, burada spekülasyon yapmak da çok doğru değil. Yani nereden gelirse gelsin sen bir işe başladığın zaman o işin sorumluluğunu alıyorsun. Kendi üstüne vazife olmayan bir işi yapsan da üstüne vazife olmayan bir işi yaptığın zaman sistemi oraya soktuğun zaman, işçileri oraya soktuğun zaman onların sorumluluğunu alıyorsun diye düşünüyorum. Teşekkür ederim.

Av. ABDİ PESOK- Efendim, Hocamıza biz de verdiği bilgilerden ve de geniş geniş açıklamalardan dolayı teşekkür ederiz. Gerçekten çok doyurucu, hepimizin aklında soru olarak duran konulara cevap veren bir anlatım oldu. Çok teşekkür ederim.

ARA VERİLDİ

II. OTURUM

SUNUCU- Değerli misafirler, bugünün 2. Oturumuna başkanlık yapmak üzere Yargıtay 21. Hukuk Dairesi üyesi Sayın Birol Soner'i ve tebliğini sunmak üzere Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Dr. Ersun Civan'ı kürsüye davet ediyorum.

BİROL SONER- Efendim, bugün seminerimizin ilk gününün öğleden sonra bölümünün oturumunu başlatıyorum. Tüm katılımcıları da saygıyla selamlıyorum. Sabah Sayın Erdem Hocam gerçekten enfes bir sunum yaptı, ben çok faydalandım. Kendisine çok teşekkür ediyorum. Gerçekten 6331 sayılı Kanun uygulama alanı olarak önümüzdeki günlerde, aylarda ve yıllarda artık bizi daha çok ilgilendirecektir. Bu yüzden zannedersen sabah bir yanılma oldu, yürürlük maddeleriyle ilgili bir soru sormuştum, ama herhalde bir yanlış anlama oldu. Bizim yaptığımız değerlendirmeler benim kişisel görüşüm 2013 yılından sonra gerçekleşecek iş kazaları artık yeni yeni bizim dairemize gelmeye başlayacaktır. Bu yüzden artık İş Kanununun eski mülga 77 ve devamı maddelerine yönelik bozmalarımızı artık yeni kanunun kavramlarına terk etmek zorundayız, bunları tartışmak zorundayız. Bu yüzden sabahki oturumdan ben çok faydalandım, yani risk analizi yapılması, tehlikeli olanı tehlikesizle değiştirmek, riskli olanı risksizle değiştirmek gibi kavramlara artık yer verilmesi ve bunların tartışılması ve bozma ilamlarında veya diğer ilamlarımızda bunların tartışılmasının gerektiği inancındayım.

Sabah da Abdi Bey söyledi, ben de aynı kanıdayım. Ülkemizde mevzuat açısından bir sıkıntı olmadığı kanısındayım. Gerçekten çok ileri maddeler var. Herhalde uygulamada bir sıkıntı var, uygulamacılarda sıkıntı var, ama bunun da suçunu hemen uygulamacılara atmak da bir kolaycılık zannediyorum. Şimdi Sayın Başkanım bilir bizim dairedeki çalışmayı, pazartesi, salı, perşembe üç gün müzakere, saat 16.00, 17.00'ye kadar müzakere salonundasınız. Oradan çıkıp odanıza geldiğinizde dağ gibi imzalar, koltukların üzerinde dosyalar, onların incelenmesi, düzeltilmesi, hele bir de hukuk kurulu nöbetçisiyseniz o ay çarşamba ve cuma akşama kadar hukuk genel kurulu, yani o yüzden bu tür seminerlerin hafta sonları, bu tür eğitimlerin bizler açısından çok katkıda bulunacağı, bize ışık tutacağı kanaatindeyim. Bunların sıklıkla yapılması gerektiği inancındayım.

Özellikle kendi kurumumuz açısından, yani meslek içi eğitimlerin artırılması, gerek yurtiçi, gerek yurtdışı çalışma gezilerinin düzenlenmesi hem yargıç zihniyetinin ve ufkunun değişmesi, gelişmesi açısından çok yararlı olacağı inancındayım.

Netice itibariyle gerçekten mevzuatın takibi açısından bu tür seminerlerin biz yargıçlara çok büyük katkı verdiklerine inanıyorum. Hocam, süreniz 45 dakika, teşekkür ederim.

Dr. ORHAN ERSUN CİVAN¹

İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIĞINDAN DOĞAN RÜCU DAVALARI²

1. Giriş

Hukukumuzda Sosyal Güvenlik Kurumuna, sigortalı veya hak sahiplerine yaptığı ödemeleri ve bağladığı gelirleri belirli koşullar altında işverenenden veya üçüncü kişilerden rücu davası yoluyla talep etme hakkı tanınmıştır. 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu döneminde, Kurumun rücu hakkı, 10., 26., 27. ve 41. maddelerde düzenlenmişti. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda (SSGSSK) ise Kurumun rücu hakkı birden fazla yasadaki düzenlemeleri ve farklı konumdaki sigortalıları da içerecek şekilde 21., 23., 39. ve 76. maddelerde düzenleme konusu yapılmıştır.

Sosyal Güvenlik Kurumuna tanınan rücu hakkı, özel sigorta hukuku açısından değerlendirildiğinde sigorta tekniğine uymamaktadır. Zira işverenler ödedikleri primlerle finansmanına katıldıkları sosyal sigorta sisteminden sigortalılara sağlanan yardımlar nedeniyle Kuruma karşı ayrıca sorumlu tutulabilmektedir³.

Sosyal Güvenlik Kurumuna bu şekilde rücu hakkı tanınması çeşitli gerekçelere dayandırılabilir. Rücu hakkının dayandığı gerekçelerden biri, sigortalının uğradığı iş kazası veya tutulduğu meslek hastalığı sonucu yapılan sağlık yardımları ve parasal yardımlar nedeniyle Kurumun malvarlığında meydana gelen eksikliğin giderilmesidir⁴. Ulaşabildiğimiz son verilere göre Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından Şubat 2014 tarihi itibarıyla

¹ Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

² İstanbul Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu ile Galatasaray Üniversitesi'nin 29/30 Mayıs 2015 tarihlerinde ortaklaşa düzenlediği "İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 20. Toplantısı" konulu panelde "İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Rücu Davaları" başlığı ile sunulan tebliğ, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisinde basılan "İş Kazası veya Meslek Hastalığından Doğan Rücu Hakkının Hukuki Niteliği ve Sosyal Güvenlik Kurumu Karşısında Sorumluluğun Koşulları" ile "İş Kazası veya Meslek Hastalığından Doğan Rücu Davalarında Sosyal Güvenlik Kurumu Karşısında Sorumluluğun Kapsamı ve Müteselsil Sorumluluk" başlıklı makalelere dayanak oluşturmuştur. Burada söz konusu makalelerin bir bütün haline getirilmiş hali yer almaktadır.

³ Başterzi-Yıldız, 4.

⁴ Turan, 5510 Sayılı Yasa, 193.

zamanaşımına uğramamış ve rücu işlemi yapılması bekleyen adli vaka ve trafik kazası dosya sayısı beşyüzbinden fazladır. Bekleyen dosyalara ait rücu işlemlerinin etkin ve hızlı biçimde sonuçlandırılarak Kurumun kanuni alacaklarının tahsilinin sağlanmasının büyük önem taşıdığı, idari ve yapısal sorunlar nedeniyle alacağın temininin sağlanamaması halinde Kurumun orta ve uzun vadede milyarlarca lira gelir kaybı yaşayabileceği ifade edilmektedir⁵. Ayrıca rücu hakkının tanınmasının gerekçelerinden biri de zararın Kurumca karşılanması suretiyle sigortalı işçi ve onun işvereni arasında ortaya çıkabilecek olan çekişmeyi ve sürtüşmeyi önlemektir⁶. Ancak Kuruma rücu hakkının tanınmasındaki asıl neden sosyal güvenlik hukukunun amacıyla bağlantılıdır.

Sosyal güvenliğin çalışanların toplumsal risklere karşı korunması bakımından önleme ve tazmin olmak üzere birbirinden ayrılmaz iki boyutu mevcuttur. Toplumsal risklerden doğan zararlara karşı kişilere gelir güvenesi sağlanması sosyal güvenliğin tazmin boyutuyla ilişkilidir. Buna karşılık kişinin canının ve sağlığının korunması, sosyal güvenlik hukukunun önleyici işlevi ile bağlantılıdır. Diğer bir ifadeyle sosyal güvenlik hukuku hem risklerin önlenmesini hem de risklerin doğurduğu zararların giderilmesini amaçlayan çok yönlü bir koruma hukuku niteliğini taşımaktadır. Dolayısıyla sosyal güvenlik sisteminin kapsamına giren kişiler, toplumsal risklerin doğurduğu zararların giderilmesi kadar, bu risklerin önlenmesini de isteme hakkına sahiptir. Bu durum özel sigortalar ile sosyal sigortaların farklı hükümlere tabi tutulmasını da haklılaştırmaktadır⁷. İşçilerin zararlarının Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanması işverenlerce prim ödenmesine değil, Anayasa tarafından devlete yüklenmiş olan sosyal güvenliğin sağlanması ödevinden kaynaklanmaktadır. Başka bir deyişle prim ödeyen işverenler, her türlü hukuki sorumluluğun dışında tutulamazlar. Zira sosyal sigorta bir mali sorumluluk sigortası niteliğini taşımaz, devletin sosyal güvenliği sağlama araçlarından birini oluşturur. Bu çerçevede Sosyal Güvenlik Kurumuna tanınan rücu hakkının en önemli işlevlerinden biri, işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin alınmasına teşvik edilmesi, bu konuda caydırıcılığın oluşturulmasıdır⁸. Aynı şekilde kusurlu dav-

5 Korkmaz, 49-55.

6 Turan, 5510 Sayılı Yasa, 193.

7 Süzek, İş Güvenliği, 33. Başterzi-Yıldız, 5. Başbuğ, 24.

8 Başbuğ, 24. Turan, 5510 Sayılı Yasa, 193. Turan, Rücuan Tazminat Davaları, 165. Başterzi-Yıldız, 5. Tuncay-Ekmekçi, 370. Şakar, 130. Keser, 138. Korkmaz, 33.

ranışlarıyla özellikle iş kazasının gerçekleşmesine etkide bulunan üçüncü kişiler de insan yaşamının kutsallığı konusunda gerekli duyarlılığı göstermediklerinden ötürü, sebep oldukları zararların sonucuna katlanmalıdır⁹.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu md.26/l'in iptali istemiyle ilgili bir Anayasa Mahkemesi kararına¹⁰ göre de, "Tartışma konusu kuralda işvereni işçi sağlığını ve güvenliğini titizlikte koruma durumunda bırakarak işçilerin ölmelerini veya sağlıklarına zarar gelmesini önleyici bir tedbir niteliği de vardır. ... Kuralın dayandığı temel ilkenin, başka deyimle kişinin canının ve sağlığının Devletçe, her türlü zarardan korunması ilkesinin gereği bulunduğu açıkça görülmektedir. ... Daha açıkçası işçinin canını ve sağlığını etkin biçimde korumak üzere işverene yerine göre gerçek zararı aşkın olduğu varsayılabilir bir tazmin borcunun yükletilmesi, Anayasa'nın toplumsal Devlet ilkesine ve bunun sonucu olan 42 ve 48 inci maddeleri kurallarına uygun düşmektedir. Gerçekten, tartışma konusu kural işveren üzerinde etkili olur ve işveren titizlikle gerekli tedbirleri alır da işçiler bu tedbirler sonucunda ölümden hastalık veya sakatlıktan korunmuş olurlarsa sağ veya sağlam kalan bu kişilerden toplum büyük yararlar sağlar; tartışma konusu kural işveren üzerinde etkisiz kalır da bunun sonucunda işçi ölür, hastalanır, ya da sakatlanırsa, o zaman, Sosyal Sigortalar Kurumu hak sahiplerine gelir bağlayıp, itirazda bulunan mahkemenin kabulü üzere uğradığı zarardan çok bir parayı işverenden alarak alacaklı gücünü korumuş ve böylece sigortadan yararlananlar topluluğuna karşı olan borçlarını eksiksizce ve kolayca yerine getirip işçilere yeterince yararı dokunmuş olur ve toplumsal dengesi böylece sağlamış bulunur".

Anayasa Mahkemesinin yakın tarihli bir kararında¹¹ da, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasını teşvik etme amacıyla Kuruma rücu hakkının tanındığı hususu bir kez daha vurgulanmıştır. Anayasa Mahkemesine yapılan itiraz, işverenlerin zaten iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle Sosyal Güvenlik Kurumuna prim ödediği, bu itibarla iş kazası veya meslek hastalığı sonucu yapılan ödemelerin ve bağlanan gelirlerin işverenlere rücu edilmesinin mükerrer ödemeye yol açtığı gerekçesine dayanmaktadır. İtiraz üzerine yapılan incelemede, "İşçinin sağlığının ve hayat hakkının korunması öncelikli bir hedeftir. İtiraz konusu kural da,

9 Turan, 5510 Sayılı Yasa, 193.

10 AYM, 23.05.1972, 2/28, <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/>, 23.04.2015.

11 AYM, 30.12.2010, 76/122, <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/>, 06.05.2015.

işçi sağlığı ve işgüvenliğine ilişkin gerekli tedbirlerin alınmasını işverene bir görev olarak yüklemektedir. Bu çerçevede, işveren, gerekli tedbirleri almadığı takdirde Kuruma karşı önemli miktarlarda tazminat ödemek durumunda kalacağından, daha az maliyetli olan işgüvenliği tedbirlerini almak mecburiyetini hissedecek ve sonuç itibarıyla en önemli değer olan insanın sağlığı ve yaşama hakkı bu yolla daha etkili bir şekilde korunmuş olacaktır. Bu noktada, iş güvenliği tedbirlerini almayan işverene idari yaptırımların uygulanacak olması veya iş kazası ya da meslek hastalığının meydana gelmesinde kusurunun bulunması halinde işverenin cezai yaptırımlara uğrayacak olması yeterli görülmemiş ve yasa koyucu tazminat yaptırımını da sisteme dahil etmek ihtiyacını duymuştur. İlgili yasalarda öngörülen idari ve cezaî yaptırımlara rağmen ülkemizde süregelmekte olan iş kazalarının ağır bireysel ve toplumsal sonuçlarının yasa koyucuyu bu yönde düzenlemeler yapmaya ve bunları muhafaza etmeye sevkettiği anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesinin daha önceki kararlarında ifade edildiği üzere; 506 sayılı Yasası'nın 26. maddesinin itiraz konusu birinci fıkrasında Sosyal Sigortalar Kurumu'nun zarar sorumlusu işverene rücu edebilmesi için, zararın işverenin işçi sağlığı ve işgüvenliği kurallarına aykırı davranışı sonucu doğmuş olması koşulu aranmaktadır. Böylece, işveren, işçi sağlığı ve işgüvenliğini duyarlıkla koruma durumunda tutularak, işçilerin hayatlarına ya da sağlıklarına zarar gelmesini engelleyen önlemleri almaya zorlanmaktadır. Kimi işverenlerin ceza yaptırımları karşısında yeterince duyarlı davranmayıp işçi sağlığı ve işgüvenliğine ilişkin ilkel önlemleri bile savsakladıkları, ilgili yönetimlerce yapılan denetimlerin bu konuda etkili olmadığı gerçeği gözönüne alındığında incelenen kuralın, işçilerin sağlığının etkili ve sonuç alıcı biçimde korunması amacını gerçekleştirilmeye yönelik olması bakımından, Anayasa'nın yukarıda anılan maddeleriyle uyum içinde olduğu açıktır" sonucuna varıldığı görülmektedir.

Yapılan açıklamalar ve ilgili Anayasa Mahkemesi kararları dikkate alındığında, rücu hakkının Sosyal Güvenlik Kurumuna tanınması gerektiği açıktır. Bununla birlikte 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu döneminde rücu hakkına yönelik düzenlemeler çok tartışıldığı gibi, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu döneminde de tartışmaların bittiği söylenemez. Rücu hakkına ilişkin yeni düzenlemelerin yürürlüğe girmesi sonucu ilk olarak kanunların zaman bakımından uygulanması sorunu ortaya çıkmaktadır. Ayrıca 5510 sayılı Kanun md.21'de daha önce

Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen “sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere” ibaresine yeniden yer verilmesi nedeniyle Kurumun rücu hakkının hukuki niteliği tartışması ve işveren ile üçüncü kişinin beraber bir iş kazasına yol açması halinde ortaya çıkan müteselsil sorumlulukla ilgili sorunlar başta olmak üzere üzerinde durulması gereken hususlar varlığı devam ettirmektedir. Ancak hemen ifade edelim ki burada Sosyal Güvenlik Kurumunun rücu hakkına ilişkin düzenlemelerden 5510 sayılı kanun md.21 ile md.23, gerek işverene gerek üçüncü kişiye rücu boyutuyla ele alınacaktır. İnceleme konumuzu iş kazası ve meslek hastalığından doğan rücu davaları oluşturduğu gibi, uygulamada yaşanan sorunlar ve tartışmaların da genellikle belirttiğimiz maddeler üzerinde yoğunlaştığı görülmektedir.

2. Rücu davalarında uygulanacak kanunun belirlenmesi

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra, devam etmekte olan rücu davalarının 506 sayılı kanun hükümlerine mi yoksa 5510 sayılı kanun hükümlerine göre mi sonuçlandırılacağı sorunu ortaya çıkmıştır. Yargıtayın belirttiğimiz sorun ile ilgili yerleşmiş bir kararına¹² göre, “Kanunların geriye yürümesi veya yürümemesi konusunda mevzuatımızda genel bir hüküm yoktur. Ancak, toplum barışının temel dayanağı olan hukuka ve özellikle kanunlara karşı güveni sağlamak ve hatta, kanun koyucunun keyfi hareketlerine engel olmak için, öğretide kanunların geriye yürümemesi esası kabul edilmiştir. Buna göre, gerek Özel Hukuk ve gerekse Kamu Hukuku alanında, kural olarak her Kanun, ancak yürürlüğe girdiği tarihten sonraki zamanda meydana gelen olaylara ve ilişkilere uygulanır; O tarihten önceki zamana rastlayan olaylara ve ilişkilere uygulanmaz. Hukuk güvenliği bunu gerektirir. Kanunların geriye yürümemesi (geçmişe etkili olmaması) kuralının istisnalarından birini, beklenen (ileride kazanılacağı umulan) haklar oluşturmaktadır. Kamu düzeni ve genel ahlaka ilişkin kurallar yönünden de kanunların geriye yürümesi söz konusudur. Yargılama hukukunu düzenleyen kanunlar da, ilke olarak geçmişe etkilidir ... 5510 sayılı Yasanın 21. maddesiyle yeniden getirilen “sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı” tazmin hükmünün, 5510 sayılı Yasanın yürürlüğü öncesinde gerçekleşen iş kazalarından kaynaklanan rücu tazminat da-

12 Y10HD, 13.10.2008, 13700/12459, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015. Aynı doğrultudaki diğer Yargıtay kararları için bkz.; Y10HD, 27.10.2008, 15621/13325, Y10HD, 02.02.2009, 19754/785, Y10HD, 28.03.2011, 14898/4183, Y10HD, 05.09.2012, 16261/14075, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015.

valarında uygulanmasına olanak veren bir düzenleme bulunmadığı gibi; rücu tazmine ilişkin düzenlemenin, yasanın yürürlüğü öncesinde olup bitmiş olay ve ilişkilere uygulanmasını gerektirir yukarıda sıralanan istisnai durumlar kapsamında değerlendirilemeyeceği yönü de bozma üzerine yürütülecek yargılama sürecinde göz önünde bulundurulmalıdır". Yargıtayın diğer bir grup kararında¹³ ise, kanunların zaman bakımından uygulanmasıyla ilgili detaylı açıklamalara yer verilmeksizin rücu davasına uygulanacak olan kanun hükmünün iş kazası veya meslek hastalığının meydana geldiği tarihe göre belirlendiği anlaşılmaktadır.

Yargıtayın ilgili kararlarını özetleyecek olursak, iş kazası veya meslek hastalığı 5510 sayılı kanunun yürürlüğünden önce meydana gelmişse rücu davası 506 sayılı kanun hükümlerine göre sonuçlandırılacak, 5510 sayılı kanun hükümleri ancak yürürlük tarihinden sonra ortaya çıkan iş kazası ve meslek hastalıkları nedeniyle açılan rücu davalarında uygulama alanı bulabilecektir. Yargıtay kararlarından ulaşılan diğer bir sonuçta, iş kazası veya meslek hastalığının meydana geldiği tarihte sosyal güvenlik mevzuatı açısından her türlü işlemin tamamlanmış olduğu, diğer bir ifadeyle 5510 sayılı kanun md.21 veya md.23 hükmünün derdest davalara uygulanmasının geçmişe yürüme anlamına geleceği, geçmişe yürüme istisnalarından kamu düzeninden sayılma gibi herhangi bir hususun bulunmadığıdır.

Öğretide Yargıtayın rücu davaları ile ilgili kararlarını isabetli bulan görüşlere¹⁴ rastlandığı gibi, 5510 sayılı kanunun derdest davalara hemen uygulanması gerektiğini belirten görüşler¹⁵ de mevcut bulunmaktadır. Hemen ifade edelim ki, kanunların zaman bakımından uygulanması sorunu sosyal güvenlik mevzuatı açısından ayrı bir önem taşımaktadır. Nitekim en sık değişikliğe uğrayan alanlardan biri sosyal güvenlik mevzuatıdır. Burada öncelikle şu husus vurgulanmalıdır ki, kanunların genel olarak geleceği düzenlediği, yürürlüğünden önce gerçekleşmiş olay veya olgulara yahut hukuki durumlara hiçbir şekilde uygulanamayacağı söylenecek olursa, kanun koyucu gerçekleştirmek istediği amaca uzun bir süre daha

13 Y10HD, 04.03.2014, 3541/4451, Çalışma ve Toplum, (43) 2014/4, 426. Y10HD, 12.03.2013, 25228/4512, Çalışma ve Toplum, (40) 2014/1, 524. Y10HD, 17.10.2014, 23249/19884, Y10HD, 16.09.2014, 13079/17543, Y10HD, 09.09.2014, 13320/16814, Y10HD, 28.04.2014, 16742/9096, Y10HD, 31.01.2014, 5525/1893, Y10HD, 30.01.2014, 25209/1727, Y10HD, 05.03.2013, 1800/3983, Y10HD, 05.03.2013, 21515/13762, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015.

14 Caniklioğlu, 435. Uşan, 342. Turan, 5510 Sayılı Kanun, 209.

15 Balcı, 158. Aslanköylü, Şerh, 1007.

ulaşamayacak, yeni kanunun etkisi çok yavaş ortaya çıkacaktır. Bu durum hiç kuşkusuz ki kanun koyucunun elinin kolunun bağlanması anlamına gelir. Ancak bir yandan da mevcut hukuk kurallarına ve bunun devam edeceğine güvenerek işlem yapan veya hukuki ilişki kuran kişilerin bu güveninin korunması da hukuk devletinin bir gereğidir. Dolayısıyla burada, yeni kanunun önceki kanun döneminde gerçekleşmiş ve halen devam eden ilişkileri ne yönde etkileyeceği hususu belirlenmelidir¹⁶. Bu çerçevede inceleme konumuzla bağlantılı olarak Yargıtay kararlarının yerinde olup olmadığı ele alınırken, kanunların zaman bakımından uygulanmasıyla ilgili teorilere değinmek isabetli olacaktır. Bu çerçevede karşımıza iki teori çıkmaktadır; klasik teori ve modern teori.

Klasik teoriye göre kanunlar kural olarak yürürlüğe girdiği tarihten önceki olaylara uygulanamaz. Buna kanunların geçmişe uygulanmaması denmektedir. Kanunların geçmişe uygulanmaması ise özellikle hukuk güvenliği ilkesi ile kazanılmış hakların korunması düşüncesine dayandırılmaktadır. Hukuk güvenliği ilkesine göre kişiler bir işlemi yaptığı esnadaki kanunlarla bağlı olmalıdır. Kişiler daha sonra çıkan kanunlara tabi olurlarsa hukuk güvenliği sarsılır¹⁷. Kazanılmış hak kavramı ise çeşitli şekillerde tanımlanabilmektedir. Kazanılmış hak bir hukuk kuralının yürürlüğü sırasında kişilerin o kurala uygun olarak bütün sonuçlarıyla elde ettikleri hak¹⁸ şeklinde tanımlanabileceği gibi, belirli bir zamanda yürürlükte olan bir hukuk kuralına uygun olarak belirli bir kişi lehine doğmuş olan ve daha sonra bu hukuk kuralı yürürlükten kalkmış veya değişmiş olsa bile hukuk düzeni tarafından korunması gereken hak¹⁹ şeklinde de tanımlanabilmektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarına²⁰ göre ise kazanılmış hak, yeni kanundan önce bütün sonuçlarıyla elde edilmiş, kişisel bir alacak haline gelmiş haktır. Yürürlükten kalkan bir yasa, kendi yürürlük döneminde kazanılmış olan haklara ve durumlara uygulanmaya devam eder. Bu durum kaldırılan kanunun etkisini sürdürmesi olarak adlandırılabilir²¹. Ancak bazı hallerde kanunlar geçmişe uygulanabilir. Kamu düzeni veya genel ahlakın

16 Taşpınar Ayvaz, 37.

17 Gözler, 253. Gözübüyük, 73. Uşan, 341. Bilge, 197.

18 Taşpınar Ayvaz, 81.

19 Gözler, 254.

20 AYM, 03.04.2001, 50/67, AYM, 21.06.1989, 34/26, <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/>, 29.04.2015.

21 Gözübüyük, 74.

korunması ya da zayıfların korunması gibi düşüncelerle konulmuş emredici hükümlerin geçmişe yürüyebileceği kabul edilmektedir²². Ayrıca yeni kanun kişilerin kazanılmış haklarına müdahale edemeyecekse de, kişilerin eski kanundan beklentilerine, umutlarına müdahale edebilir²³. Örneğin, hak sahibi niteliği taşıyanların, sigortalının ölümü halinde ölüm sigortası yardımlarından yararlanma beklentisi vardır. Başka bir ifadeyle sigortalının vefatından önce hak sahipleri açısından bir kazanılmış hak oluşmaz. Dolayısıyla yeni kanun bu beklentiler üzerinde değişiklik yapabilir²⁴. Benzer şekilde bir Anayasa Mahkemesi kararında geçen karşı oy yazısında da ifade edildiği üzere emeklilik yahut yaşlılık aylığı, buna hak kazanarak beklenen hak olmaktan çıkıp kazanılmış hakka dönüşmedikçe kazanılmış bir hakkın ihlalinden söz edilemeyecektir²⁵.

Klasik teori özellikle iki açıdan eleştirilebilir. Birincisi kanunların ne zaman geçmişe uygulandığından söz edilebileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Öğretide bu bakımdan gerçek anlamda geçmişe yürüme ve gerçek olmayan geçmişe yürüme olmak üzere ikili bir ayrıma gidilebilmektedir. Yeni kanun, yürürlüğünden önce tamamlanmış, sonuçlanmış hukuki durum, olay veya ilişkilere uygulanırsa gerçek anlamda geriye yürüme söz konusu olacaktır. Gerçek olmayan geçmişe yürüme ise yeni kanunun, eski kanun yürürlükte iken başlamakla beraber henüz sonuçlanmamış hukuki durum, ilişki veya olaylara uygulanmasıdır. Ancak ileride değinileceği üzere, belirtilen ikinci durum, diğer bir ifadeyle gerçek olmayan geçmişe yürüme aslında derhal uygulanma ilkesidir²⁶. İkinci olarak ise kazanılmış hak ile beklenen hak kavramlarının belirsizliği eleştirilmektedir. Nitekim söz konusu kavramlar, her somut olayın özelliği dikkate alındığında farklı yorumlanmaya müsaittir. Kaldı ki, kazanılmış hakların mutlak surette korunması yeni kanunun uygulanma alanını oldukça daraltacaktır²⁷.

Klasik teoriye tepki olarak ise modern teori ortaya çıkmıştır. Modern teoriye göre, kanunların geçmişe etkili olmaması ilkesi ikincil niteliktedir, ana kural kanunların yürürlüğe girdiği andan itibaren derhal etki etmesidir.

22 Gözler, 256. Bilge, 198.

23 Gözübüyük, 73.

24 Gökalp Civan, 25.

25 AYM, 23.02.2001, 42/41, <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/>, 29.04.2015.

26 Taşpınar Ayvaz, 61-62.

27 Baysal, 477. Taşpınar Ayvaz, 80. Gözler, 247.

Diğer bir ifadeyle kanunlar yürürlüğe girdiği andan itibaren, yürürlüğe girdiği tarihten önce ortaya çıkmış ve kanunun yürürlüğe girmesinden sonra da devam eden tüm hukuki ilişkilere derhal uygulanmalıdır²⁸.

Modern teori kapsamında kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce ortaya çıkmış ve kanunun yürürlüğe girmesinden önce tamamlanmış olay ve durumlara uygulanması geçmişe etki, kanunun sadece yürürlüğe girdiği tarihten sonra ortaya çıkan olay ve durumlara uygulanması ise ertelenmiş etki olarak adlandırılmaktadır. Geçmişe etki veya ertelenmiş etki, modern teoriye göre istisnayı oluşturur. Kanunun derhal uygulanması veya derhal etkisi ise kuraldır. Dolayısıyla geçmişe etkiden veya ertelenmiş etkiden söz edebilmek için bu yönde kanun koyucunun açık bir düzenlemesinin bulunması gerekmektedir. Bu çerçevede kanun koyucu genellikle geçici maddeler yahut geçiş hükümleri vasıtasıyla yürürlüğe giren yeni kanunun, yürürlük tarihinde devam etmekte olan olay ve durumlara ne şekilde uygulanacağını veya aşamalı bir şekilde uygulanmasını öngörerek, kanunların derhal uygulanmasına istisna getirebilmektedir²⁹. 5510 sayılı kanun md. 104, 105, 106 ile geçici md.1 vd.'da eski sigortalılar hakkında uygulanacak kanunlar hususunda geçiş hükümleri öngörülmüştür. Böylelikle geçiş hükümlerinin kapsamına giren eski kanun döneminde gerçekleşen olaylara, ilgili dönemde yürürlükte bulunan kanunlar uygulanacaktır³⁰. Yürürlüğe giren bir kanun hükmünün derhal uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bir tereddüt ortaya çıkacak olursa, bu kuralın istisnası olmadığından hareketle sonuca ulaşılmalıdır. Yorum yoluyla istisna getirilmesi, istisna getirmeyen kanun koyucunun yerine geçilmesine yol açacağından yetki gaspı anlamına gelecektir³¹.

Kanaatimizce kanunların geçmişe etkili olduğu veya olmadığı yönündeki bir ifade karışıklığa yol açabilecektir. Bu itibarla modern teori daha isabetli görünmektedir. Diğer bir ifadeyle kanunlar yürürlüğe girdiği andan itibaren etkilerini doğurmalıdır. Aslında gerek klasik teori gerek modern teori, iki açıdan büyük benzerlik göstermektedir. Birincisi yeni yürürlüğe giren kanun, tamamlanmış hukuki durum ve ilişkiler üzerinde kural olarak etki göstermez. İkincisi ise yürürlüğe giren hüküm kamu düzenine

28 Baysal, 480. Gözler, 246. Taşpınar Ayvaz, 85.

29 Gözler, 246-248, 250-251.

30 Gökalp Civan, 26.

31 Gözler, 248.

ilişkinse tüm hukuki işlemlere uygulanmalıdır. Klasik teori açısından yeni kanunun doğurduğu bu etki geçmişe yürüme olarak adlandırılmaktayken, modern teoride derhal etki olarak karşımıza çıkmaktadır. Kamu düzenine ilişkin düzenlemeler bakımından söz konusu iki teori aynı sonuca varmaktadır.

Yapılan açıklamalar çerçevesinde Yargıtayın rücu davalarına dair kararlarını her iki teori açısından da ele almak isabetli olacaktır. Derdest rücu davalarına 5510 sayılı kanun md.21 veya md.23 hükümlerinin uygulanabilmesi için, klasik teori açısından kazanılmış hakkın bulunmaması, diğer bir ifadeyle beklenen hakkın bulunması ya da kazanılmış hak mevcut olsa dahi uygulanacak kanun hükümlerin kamu düzenine ilişkin olması gerekmektedir. Modern teori açısından ise kazanılmış hak kavramına ya da kamu düzenine gitmeye gerek olmaksızın, tamamlanmış bir işlem bulunmadığı ve geçiş hükümlerinde aksine bir düzenleme yer almadığı sürece yeni yürürlüğe giren kanun derhal uygulanacaktır.

Öncelikle Yargıtayın rücu davaları sonucu verdiği kararları klasik teori bağlamında ele almak isabetli olacaktır. Nitekim ilgili kararlar incelendiğinde açıkça ifade edilmemekteyse de, yapılan açıklamalardan Yargıtayın rücu davaları bakımından klasik teoriyi kabul ettiği görülmektedir. Bu bakımdan kazanılmış bir hakkın bulunup bulunmadığı hususu ele alınmalıdır. Yargıtay, rücu davalarına uygulanacak kanun hükmünü belirlerken iş kazasının meydana geldiği veya meslek hastalığının ortaya çıktığı tarihi benimsemiş görülmektedir.

Yargıtay kararlarında açıkça kazanılmış haktan söz edilmemekte, aksine rücu tazmine ilişkin düzenlemenin, yasanın yürürlüğü öncesinde olup bitmiş olay ve ilişkilere uygulanamayacağı ifade edilmektedir. Ancak gerçekten rücu davasının konusu olan talep, tamamlanmış bir olay, olgu veya alacak olarak kabul edilecek olursa sadece klasik teoriye göre değil, modern teoriye göre de yeni Kanun uygulanmayacaktır. Bununla birlikte kanaatimizce rücu davasının konusu olan talep, tamamlanmış bir olay, olgu veya alacak olarak görülmemelidir. Nitekim böyle bir durum söz konusu olsaydı, Anayasa Mahkemesinin 506 sayılı kanun md.26/1'de geçen "... sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere ..." ibaresini iptal etmesi³² sonucu ortaya

32 AYM, 23.11.2006, 10/106, <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/>, 23.04.2015.

çıkan yeni durum eldeki tüm derdest rücu davaları açısından uygulanma olanağına sahip olmazdı.

Yargıtay o dönem isabetli olarak Anayasa Mahkemesi kararının gereğini tüm derdest davalara uygulamıştır. Yargıtay Anayasa Mahkemesi kararının gereğini derdest davalara uygulanırken bir kararında³³, “iptal kararı ile birlikte ortaya çıkan yeni hukuki durum çerçevesinde gelir artışlarının istenmeyeceği ve bu maddeye göre açılan davalarda halefiyet kuralına dayanılamayacağı, Kurumun rücu alacağına hukuki temelinde halefiyet değil, “Kanundan doğan basit rücu hakkı”nın bulunduğu kabul edilmelidir. İptal kararıyla ortaya çıkan bu hukuki durumun mahkemece eldeki davalar bakımından ele alınıp incelenmesi ve gözetilmesi gerekir. Belirtelim ki, 09.05.1960 tarih ve 1960/21-9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile HGK’un 21.01.2004 gün ve 2004/44-19 sayılı ve 07.04.2004 gün ve 2004/214-198 sayılı, ayrıca, 29.09.2004 gün ve 2004/448 - 461 sayılı Kararları uyarınca, Anayasa Mahkemesinin iptal kararları *usuli kazanılmış hakkın ve aleyhe bozma yasağının* istisnasını oluşturur ve bu nedenle sonradan çıkan iptal kararı henüz mahkemede veya Yargıtay’da olan bütün davalara uygulanır” ifadelerine yer vermiştir. Aynı doğrultuda olan diğer bir grup karar³⁴ uyarınca da, “Anayasanın 153. maddesine göre, Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının; Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmesi ve giderek elde bulunan ve kesinleşmemiş tüm davalarda uygulanmasının zorunlu olması, iptal kararının Resmi Gazetede yayımlandığı 21.03.2007 gününden sonra Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 76. maddesi uyarınca *yürürlükteki yasaları tatbik etmekle yükümlü bulunan mahkemelerin ve Yargıtay’ın yürürlükten kalkan bir yasa maddesine dayanarak inceleme yapma ve karar verme yetkilerinin bulunmadığının kabulünün doğal bulunması*, 26. maddedeki anılan cümlelerin iptali ile Kurumun rücu hakkının; yasadan doğan kendine özgü ve sigortalı yada hak sahiplerinin hakkından bağımsız basit rücu hakkına dönüşmüş olması karşısında, ilk peşin değerli gelirlerin; tazmin sorumlularının kusuruna isabet eden miktarla sınırlı şekilde hüküm kurulması gerekir”. Yargıtayın, Anayasa Mahkemesi kararını derhal uygulaması öğretide de olumlu karşılanmıştır. Sosyal

33 Y10HD, 05.04.2007, 15278/5265, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015. Aynı doğrultudaki diğer Yargıtay kararları için bkz.; Y10HD, 05.06.2007, 16287/9365, Erbaş, 110-112. Y10HD, 29.01.2008, 4137/632, Y10HD, 31.01.2008, 4129/756, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015.

34 Y10HD, 12.04.2007, 14433/5826, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015. Aynı doğrultudaki diğer kararlar için bkz.; Y10HD, 27.03.2007, 2188/4582, Erbaş, 105,106. Y10HD, 12.04.2007, 15565/5822, Y10HD, 16.04.2007, 15939/6034, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015.

güvenlik hakkı, temel anayasal bir hak ve dolayısıyla kamu düzenine ilişkindir. Kamu düzeni de usuli kazanılmış hakka dair kabul edilen ilkelere istisnasından biridir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi kararının henüz kesinleşmemiş uyuşmazlıklar bakımından derhal uygulanması ve geriye götürülmesi mümkündür³⁵.

Kısacası Yargıtay, Anayasa Mahkemesi kararını derdest davalara uygularken tamamlanmış bir olaydan söz etmemekte, aksine kazanılmış hak kavramına değinerek, Anayasa Mahkemesinin iptal kararının gereğinin uygulanmasını, kazanılmış hakkın istisnasına dayandırmaktadır. Dolayısıyla Yargıtayın, 5510 sayılı kanun md.21 ile md.23'ün yürürlük tarihinden önce gerçekleşen iş kazası veya meslek hastalıklarına bağlı olarak yapılan ödemelere ve bağlanan gelirlere ilişkin açılan rücu davalarına uygulanmayacağını belirtirken kazanılmış hak kavramını kullanması, daha isabetli olurdu. Bu açıdan tarafımızca değerlendirme yapılırken, Yargıtayın bitmiş olay ve ilişkiler ifadesiyle kastettiği hususun kazanılmış hak olduğu düşünülmüştür. Bakış açısına göre rücu davası konusu olan talebin, kazanılmış hak olduğu söylenebilir ve savunulabilir. Ancak daha öncede değinildiği üzere kazanılmış hak kavramı klasik teorinin en çok eleştirilen kavramlarından biridir. Zira kazanılmış hakkın sınırlarını çizmek kolay değildir.

Rücu davasına konu olan talep, kazanılmış hak olarak görülecekse nasıl gerekçelendirilebilir. 5510 sayılı kanun geçici madde 1'e göre, "17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı, 2/9/1971 tarihli ve 1479 sayılı, 17/10/1983 tarihli ve 2925 sayılı, bu Kanunla mülga 17/10/1983 tarihli ve 2926 sayılı kanunlara göre bağlanan veya hak kazanan; aylık, gelir ve diğer ödenekler ile 8/2/2006 tarihli ve 5454 sayılı Kanunun 1 inci maddesine göre ödenmekte olan ek ödemenin verilmesine devam edilir. Bu gelir ve aylıkların durum değişikliği nedeniyle artırılması, azaltılması, kesilmesi veya yeniden bağlanmasında, bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ilgili kanun hükümleri uygulanır". Söz konusu geçiş hükmü gereği, 5510 sayılı kanundan önce gerçekleşen iş kazası veya meslek hastalıklarıyla ilgili Kurumun yaptığı ödemeler ve bağladığı gelirler açısından kural olarak yürürlükten kalkan kanun hükümlerinin temel alınacağı düşüncesinden hareketle bir kesinliğin bulunduğu ve kazanılmış hakkın oluştuğu ileri sürülebilir. Ancak ilgili geçici madde, sigortalıya bağlanan gelir ve aylıklara ilişkindir, ilk kez bağlanacak olan gelir ve aylıklarla bağlantılı değildir. Kaldı ki, Yargıtay da

35 Güzel, 326-328.

5510 sayılı kanun md.21 ile md.23 hükümlerinin, 506 sayılı kanun döneminde gerçekleşen iş kazası veya meslek hastalıklarından kaynaklanan rücu davalarına uygulanmayacağına hükmederken, herhangi bir geçiş hükmü bulunmadığını vurgulamıştır. Bu itibarla 5510 sayılı kanun geçici madde 1, kazanılmış hakkın varlığı için dayanak oluşturamaz.

Belirtilen düzenlemenin dışında Yargıtay, iş kazası veya meslek hastalığının gerçekleştiği tarih itibariyle Kurum açısından kazanılmış hakkın doğduğu düşüncesinden hareket etmiş olabilir. Ancak bu durumda da Kurum bazı olaylarda henüz sigortalı veya hak sahiplerine ödeme yapmadan veya gelir bağlamadan kazanılmış hakka kavuşmuş olabilecektir. Nitekim Yargıtay, 1994 yılında verdiği içtihadı birleştirme kararında da iş kazasının meydana geldiği tarih ile ödeme tarihi arasında ayrıma giderek zamanaşımının başlangıcıyla ilgili klasik halefiyet görüşüyle çelişen bir sonuca ulaşmıştır. İlgili içtihadı birleştirme kararına³⁶ göre, “Olay tarihinde haleflik gerçekleşmez, ödeme yapılmadan rücu hakkı da doğmaz. *Sigortalıya tahsis ve masraf yapılarak onun kazanç kayıpları Kurum’ca giderilmedikçe, Kurum’un isteyebileceği bir alacak gerçekleşmez. ... gelir bağlanmasının onaylanması, masrafların yapılması tarihi, eceldir. Yoksa, hemen ifa, derhal icra, sözkonusu değildir. ... Sigorta olayının meydana gelmesiyle, sigorta Kurumu’nun rücu alacağı muaccel olmaz.* Gelir artırımları yönünden de, her gelir artışı olgusunda, artışın onayı tarihinde, o kısım için rücu alacağı doğar, muaccel olur ve o tarihten zamanaşımı işler. Bu nedenlerle, her bir gelir artışının rücu tahsiline ilişkin davanın zamanaşımının, artışı, Kurum’un yetkili organının onayladığı tarihten başlayacağı kabul edilmiş, tersini öneren görüşlere katılmamıştır”. Diğer bir ifadeyle iş kazasının meydana geldiği veya meslek hastalığının tespit edildiği tarih Kurum açısından kanaatimizce kazanılmış hakkın doğumu için yeterli değildir.

Yapılan açıklamalar gereği tarafımızca rücu davasına konu olan talep, kazanılmış hak olarak görülmemelidir. Kurumun rücu alacağı, yaptığı ödemeler veya bağladığı gelirin esas alındığı kanun ya da peşin sermaye değeri tablolarına göre kesinleşmeyeceği, rücu davası sonuçlana kadar beklenen hak niteliğini taşıdığı da savunulabilir. Zira rücu davası açıldığında, Kurumun henüz talep ettiği miktarı alıp alamayacağı belli değildir. Rücu koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği, rücu edilebilecek kısım

36 YİBGK, 01.07.1994, 3/3, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015.

gibi hususlar belirlenerek dava sonuçlanacaktır. Rücu davası açılma imkanı, 506 sayılı kanun veya 5510 sayılı kanunda düzenlenmeseydi, Kurum özellikle işverene rücu davası dahi açamayacaktır. Bu durum Kurumun rücu alacağıının kapsamının ve şartlarının kanunla belirlenmesinin bir sonucudur.

Kazanılmış hakkın bulunduğu kabul edilse dahi, klasik teoriye göre düşünülmesi gereken diğer bir husus da acaba 5510 sayılı kanun md.21 ve md.23 hükümlerinin kamu düzeni ile ilişkilendirilebilip ilişkilendirilemeyeceği hususudur. Kamu düzeni ile ilişkilendirildiği takdirde, ilgili hükümlerin derdest davalarda derhal uygulanma ihtimalleri söz konusu olacaktır. 5510 sayılı kanun md.23'ün temelinde yatan düşünce sigortalısını Kuruma bildirmeyen işverenin cezalandırılması, kayıt dışı istihdamın azaltılmasıdır. 5510 sayılı kanun md.21'in temelinde yatan düşüncelerden biri, işyerinde işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almalarının teşvik edilmesi ve bu yolla insan yaşamının kutsallığı konusunda gerekli duyarlılığın gösterilmesidir³⁷. Yargıtayın bir kararına³⁸ göre, "Kamu düzeni düşüncesi ile oluşturulan işçi sağlığı ve iş güvenliği mevzuat hükümleri; işyerleri ve eklerinde bulunması gereken sağlık koşullarını, kullanılacak alet, makineler ve hammaddeler yüzünden çıkabilecek hastalıklara engel olarak alınacak önlemleri, aynı şekilde işyerinde iş kazalarını önlemek üzere bulundurulması gerekli araçların ve alınacak güvenlik tedbirlerinin neler olduğunu belirtmektedir". Diğer bir ifadeyle Yargıtay iş sağlığına ve güvenliğine ilişkin hükümleri kamu düzeninden saymaktadır³⁹. Bu durumda 5510 sayılı kanun md.21'in temelinde işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması amacının bulunduğu düşünülduğünde, ilgili hüküm kamu düzeniyle ilgili görülmeli ve klasik teoriye göre de derhal uygulanmalıdır. 5510 sayılı kanun md.21'in kamu düzeniyle olan bağlantısı kurulduğu ölçüde, daha

37 Turan, 5510 sayılı Kanun, 193. AYM, 30.12.2010, 76/122, <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/>, 06.05.2015.

38 Y10HD, 24.10.2014, 24013/20527, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015.

39 Kamu düzeni kuralları sadece mutlak emredici kuralları değil, nispi emredici kuralları da kapsar. İşçinin korunması düşüncesiyle getirilen düzenlemeler de kamu düzeninden sayılabilir. Sosyal devlette zayıf tarafın korunması, bireysel menfaatlerin korunması sorunu olarak değerlendirilemez. İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması ise insan yaşamı ve sağlığı ile ilişkilidir. Diğer bir ifadeyle iş sağlığı ve güvenliği konusu kamu düzeni ve kamu güvenliği ile ilgilidir. Ancak iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması yükümlülüğü toplumsal menfaat ve kamu güvenliğiyle ilgili görülse dahi, yapısı itibarıyla işçi lehine değiştirilebilir nitelikteki düzenlemelerden oluşmaktadır. Kanunda belirtilen önlemlerin dışında işçi lehine yeni önlemler alınması yahut mevcut önlemlerin genişletilmesi mümkündür. Bu nedenle iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı bağlayıcı olsa da içerik olarak tarafların, işçinin lehine olmak koşuluyla, aksini kararlaştıramayacağı bir yapı içermemektedir (Doğan Yenisey, 104, 107, 111).

ağır bir yaptırım öngören md.23 hükmünün de kamu düzenine ilişkin olduğu söylenebilecektir. Ancak Yargıtay tarafından ilgili hükümlerin kamu düzenine ilişkin görülmediği verilen kararlardan anlaşılmaktadır. Bu durum ise Yargıtayın TBK md.55 hükmünü kamu düzeniyle ilişkilendirip, emredici sayan ve isabetli olarak TBK md.55'in derdest davalarda derhal uygulanacağını kabul eden kararıyla çelişmektedir. Zira TBK md.55'e ilişkin ilgili karar⁴⁰ uyarınca, "6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanunun 2. maddesine göre "Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları, gerçekleştirildikleri tarihe bakılmaksızın bütün fiil ve işlemlere uygulanır"Dairemizin ve giderek Yargıtay'ın yerleşmiş görüşleri, Kurumca bağlanan gelirlerin peşin sermaye değerinin ve geçici işgöremezlik ödeneklerinin hesaplanan zarardan indirilmesi, Kurumun rücu hakkının korunması ve mükerrer ödemeyi önleme ilkesine dayandığından, kamu düzenine ilişkin olarak kabul edilmiştir. Kaldı ki, 6098 sayılı Kanunun 55. maddesi de emredici bir hükme yer verdiği için gerçekleştiği tarihe bakılmaksızın tüm fiil ve işlemlere uygulanmalıdır". Söz konusu kararın içeriği incelendiğinde TBK md.55'in Kurumun rücu hakkının korunması ile ilişkilendirildiği belirlenmektedir. Bu açıdan Kurumun rücu hakkını koruma amacını da taşıyan bir düzenlemenin kamu düzenine ilişkin olduğunu, emredici nitelik taşıdığını kabul ederek derhal uygulanması gerektiğini, ancak Kurumun rücu hakkını doğrudan düzenleyen 5510 sayılı kanun md.21 ile md.23'ün yürürlüğe girdiği tarihten sonra meydana gelen iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan rücu davalarına uygulanabileceğini kabul etmek tutarlı bir sonuç olmamaktadır.

Yargıtay kararları, modern teori çerçevesinde ele alındığında ise sorunun çözümüne daha kolay ulaşılabilir. Yargıtay kararlarında belirtildiği üzere 5510 sayılı kanun md.21 ile md.23 hükümlerinin derhal uygulanmasını öngören bir geçiş hükmü veya geçici madde bulunmamaktadır. Bu çerçevede kanunların zaman bakımından uygulanmasıyla ilgili modern teorinin benimsediği kural, kanunların derhal yürürlüğüdür. Kanunların geçmişe etkisi veya ertelenmiş etkisi, modern teoriye göre istisnayı oluşturur. İstisnayı öngören açık bir hüküm olmadığı sürece, kural olarak kabul edilen derhal yürürlük ilkesi uygulama alanı bulmalıdır. Bir kanun hükmünün derhal uygulanıp uygulanmayacağı konusundaki tereddüt, bu kuralın istisnası olmadığından hareketle sonuçlandırılmalıdır. Yorum yolu-

40 Y21HD, 05.11.2013, 11055/19722, Çalışma ve Toplum, (41) 2014/2, 380.

la derhal yürürlük ilkesine istisna getirilemez. Yargıtay da bir kararında⁴¹ modern teoriyle örtüşen bir sonuca ulaşmıştır. İlgili karara konu olan olay, 506 sayılı kanunun 24. maddesinde yapılan değişiklik öncesinde, ana ve babanın ölüm gelirinden yararlanabilmeleri için ölen sigortalının sağlığında onların geçimini sağlamış olması şartının, 06.08.2003 tarihinde yürürlüğe giren düzenlemeyle “sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi çalışmayan veya 2022 Sayılı Kanuna göre bağlanan aylık hariç olmak üzere burarlardan her ne ad altında olursa olsun, gelir veya aylık almayan” biçiminde değiştirilmesi nedeniyle, anılan değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce ölen sigortalının annesinin bu düzenlemeden yararlanıp yararlanmayacağı hususuna ilişkindir. Bu olaya ilişkin olarak Yargıtay kararında, “Kanunların geriye yürümesi konusunda mevzuatımızda genel bir düzenleme yoktur. Konu ile ilgili Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 13.10.2004 gün ve 528/533 sayılı kararında da açıkça belirtildiği gibi, kural olarak; her kanun, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren derhal hukuksal sonuçlarını doğurmaya bağlar ve bu tarihten sonra meydana gelen olaylara ve ilişkilere uygulanır. Bu kuralın doğal sonucu da, kanunların yürürlüğe girmelerinden önceki olayları etkilemeyeceği, başka bir anlatımla geriye yürümeyecekleridir. Ancak şu husus da belirtilmelidir ki; *sosyal güvenlik hukukunun kamusal niteliği itibarıyla, devam eden uyumsuzluklarda, tamamlanmamış hukuki durumlara yeni kanun veya düzenleyici kural “derhal yürürlüğe girme” niteliği nedeniyle uygulanacak ve hukuksal sonuçlarını doğuracaktır.* Tamamlanmış hukuki durumları yeni kanun veya düzenleyici kuralın etkilememesi ve onlar üzerinde hukuksal sonuç doğurmaması ise kazanılmış

41 YHGK, 14.06.2006, 10-367/386, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015. Yeni yürürlüğe giren sosyal güvenlik hükmünün lehe nitelik taşımasından da hareketle derhal uygulanacağı kabul edildiği diğer kararlar için bkz.; Y10HD, 24/02/2011, E. 2011/913, K. 2011/2328, YHGK, 05/10/2011, E. 2011/10-476, K. 2011/584, Gökalp Civan, 30, dn.77. Ancak Yargıtayın lehe kanunun uygulanması açısından derhal yürürlüğü kabul ettiği kararları, eleştirisi konusu da olmuştur. Bir görüşe göre lehe kanunun uygulanacağı kabul edildiği durumlarda kazanılmış hakların etkilenmediğinin savunulamayacağı, devam eden uyumsuzluklarda tamamlanmamış hukuki durumlara yeni yasa veya düzenleyici kuralların derhal yürürlüğe girme niteliği nedeniyle uygulanacağı ve hukuksal sonuçlarını doğuracağı yönündeki kabulün ihtiyatla karşılanması ve genel bir ilke olarak kabul edilmemesi gerektiği ifade edilmektedir (Ekmekçi, 298). Belirtilen tartışma dikkate alındığında dahi kazanılmış hak kavramının ne kadar muğlak olduğu bir kez daha ortaya çıkmaktadır. Yeri gelmişken hemen belirtelim ki, Yargıtay ölüm aylığının bağlanması ile ilgili bir kararında da, “506 sayılı Kanunun “ana ve babaya aylık bağlanması” başlıklı 69. maddesinin sigortalının vefat ettiği 17.8.1999 tarihindeki metninde geçiminin sigortalı tarafından sağlandığı belgelenen ana ve babasına aylık olarak verilir ibaresi bulunmakta iken 29.7.2003 gün ve 4958 sayılı Kanunun 35. maddesi ile maddedeki “geçiminin sigortalı tarafından sağlandığı belgelenen” ibaresi metinden çıkarılmış ise de ... kural olarak her Kanun ancak yürürlüğe girdiği tarihten sonraki zamanda meydana gelen olaylara ve ilişkilere uygulanır. O tarihten önceki olaylara ve ilişkilere uygulanamaz” gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur (Y10HD, 30.12.2004, 9162/12701, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015). Belirtilen karar da klasik teorisinin katı anlayışını yansıtmakta olup, öğretilerdeki bir görüşe göre Yargıtayın söz konusu kararı isabetli değildir, zira olayda kazanılmış hak durumu bulunmamaktadır. Ayrıca yürürlükte bulunan kanun hükümlerine göre karar verilmesi yasal ve hukuksal bir zorunluluktur. Yürürlükten kalkan bir kanunun uygulanması istisnai bir hükmün mevcut olmasına bağlıdır (Astanköylü, Şerh, 115-116).

hakları saklı tutma amacı gütmektedir. Kanunların zaman yönünden uygulanmalarında temel kural bu olmakla birlikte; uyuşmazlığın dayanağını oluşturan inceleme konusu 4958 Sayılı Kanunda yürürlüğe ilişkin özel bir düzenlemenin bulunmaması ve anılan kanunun 53. maddesiyle 506 Sayılı Kanuna eklenen Ek 46. maddenin bir yürürlük maddesi olmayıp, sadece bağlanan ölüm gelirinin kesilmesi yönünden bir düzenleme içermesi karşısında, sosyal güvenlik kurallarının tanımlanan niteliği nedeniyle sonuç olarak 24. maddeyle ilgili eldeki uyuşmazlıklarda her iki düzenlemeden ana ve baba yararına olan düzenlemenin uygulanması gerekmektedir” ifadelerine yer vermiştir.

İlgili karar açısından ele alınması gereken husus, ana/baba yararına olan düzenleme ibaresine vurgu yapmasıdır. Lehe olan kanun hükmünün uygulanması hususu sosyal güvenlik mevzuatına yabancı olan bir ilkedir⁴². Zira bu ilke, ceza hukukuna ilişkin olup, suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanun hükümlerinin farklı olması durumunda, failin lehine olan kanunun uygulanacağını ifade etmektedir (Türk Ceza Kanunu md.7/II). Bu açıdan sosyal güvenlik mevzuatının uygulanmasında kanunun lehe olup olmaması dikkate alınmalı, kanaatimizce modern teori çerçevesinde herhangi bir geçiş hükmü olmadığından hareketle iş kazası veya meslek hastalığının hangi tarihte meydana geldiğine bakılmaksızın, derdest rücu davalarına yürürlüğe giren yeni kanun hükümleri, yani 5510 sayılı kanunun derhal uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmalıdır. Her olaya gerçekleştiği tarihteki kanunun uygulanacağı görüşü her zaman için doğru sonuca götürmez⁴³.

3. Rücu hakkının hukuki niteliği

Rücu hakkının hukuki niteliği 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu döneminde olduğu gibi, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu döneminde de tartışmalıdır. Yapılan tartışmalar rücu hakkının basit rücu hakkı mı olduğu, yoksa halefiyet ile desteklenmiş bir rücu hakkı mı olduğu hususuna ilişkindir. Zira varılacak kanaate göre rücu davasının sonuçları farklı olacaktır. Bu bağlamda öncelikle rücu ve halefiyet kavramları ile 506 sayılı kanun döneminde özellikle md.26 hükmü ile ilgili yaşanan tartışmalara değindikten sonra, 5510 sayılı kanun md.21 ile md.23’de

42 Gökalp Civan, 31.

43 Aslanköylü, Şerh, 114.

düzenlenen rücu hakkının hukuki niteliğinin ayrı ayrı ele alınması isabetli olacaktır.

a) Genel olarak rücu ile halefiyet arasındaki ilişki

Genel anlamda rücu, bir kimsenin bir ödemede bulunması halinde bundan yararlananlara başvurabilmesi durumudur. Diğer bir ifadeyle başkasına ait bir borcu yerine getiren kişi, malvarlığında meydana gelen kaybı gidermeye yönelik tazminat niteliğinde bir talep hakkına kavuşmaktadır⁴⁴. Yargıtay da bazı kararlarında⁴⁵ rücu hakkının tazminat niteliğinde bir hak olduğunu ifade etmektedir. Rücu hakkı ve imkanı ancak yasada düzenlenmiş ise kullanılabilir. Yasal düzenlemenin mevcut bulunmaması halinde kişinin yaptığı ödemeyi rücu edebilmesi kural olarak mümkün değildir⁴⁶.

Halefiyet ise esasen TBK md.127’de düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre genel anlamda halefiyet, üçüncü kişinin alacaklıya ifade bulunması ile borçluya karşı alacaklının yerine geçmesidir. Ancak üçüncü kişi tarafından ifade bulunulan her durumda halefiyet söz konusu olmaz, halefiyet istisnai bir durumdur. Diğer bir ifadeyle halefiyet hususu, sınırlı sayıda olma kuralına bağlıdır⁴⁷. Halefiyet ya borçlunun iradesine dayanmalı ya da kanunda öngörülmelidir. Bu bağlamda TBK md.168/I gereğince alacaklıya ödemede bulunan müteselsil borçlulardan her biri, ifade bulunduğu miktar oranında alacaklının haklarına halef olur. TBK md.168’de kanun koyucu alacaklının haklarının sona ermesi yerine, bunların ifade bulunan borçluya geçmesini öngörmüştür. İfade bulunan borçlunun diğer borçlulara karşı halefiyet alacağına sahip olmasının ön koşulu ise rücu alacağına sahip olmasıdır⁴⁸. Kısacası halefiyetin olduğu her durumda rücu hakkı vardır, ancak her rücu hakkının bulunduğu durumda halefiyet mevcut değildir⁴⁹. Kanun bazı hallerde rücu hakkını halefiyetle desteklemek suretiyle rücu hakkı sahibini daha fazla korumak istemiştir⁵⁰.

44 Kılıçoğlu, Halefiyet, 13.

45 YHGK, 09.10.2013, 9-1559/1461, YHGK, 03.02.2010, 10-20/58, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015.

46 Ergin, 132. Dalcı Özdoğan, 89.

47 YHGK, 23.02.2000, 4-103/124, Erbaş, 101.

48 Dalcı Özdoğan, 92-94.

49 Başbuğ, 28.

50 Kılıçoğlu, Halefiyet, 14.

Gerek halefiyet ile desteklenmiş rücu hakkında gerek basit rücu hakkında, alacaklı konumunu devralan kişinin borçludan isteyebileceği miktarın sınırı konusunda bir fark bulunmamaktadır. Her iki durumda da alacaklıyı tatmin ölçütü belirleyici olmaktadır. Bununla birlikte halefiyet ile basit rücu hakkı arasındaki temel fark zamanaşımı süresi ile alacağa bağlı hakların intikali konularına ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır⁵¹. Zira halefiyet basit rücu hakkına kıyasla çok daha geniş olanaklar sağlar. Rücu hakkı, ifa ile ortadan kalkan alacaktan bağımsız, ayrı bir haktır. Halefiyette ise üçüncü kişi alacaklının yerine geçtiğinden, basit rücu hakkı sahibinin yararlanamayacağı alacaklıya ait imtiyazlardan, yetkilerden ve fer'i haklardan yararlanabilir⁵².

b) 506 sayılı kanun md.26 hükmü çerçevesinde yapılan tartışmalar

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu md.26 hükmü herhangi bir açıklama içermediğinden Kurumun rücu hakkının hukuki niteliği tartışmalıydı. Öğretideki bir görüş Kurumun rücu hakkını halefiyet esasına dayandırmıştır. Bu görüşü savunanlar halefiyet esasının, işverenin Kurum karşısındaki sorumluluğunun sınırını da çizdiğini belirtmektedir⁵³. Diğer görüş ise Kurumun rücu hakkının basit rücu hakkı olduğunu belirtmiştir. Basit rücu hakkına dayandığını savunan görüşler özellikle rücu hakkının kendine özgü halefiyete dayandığına ilişkin olarak kanunda bir açıklık bulunmadığını, hiçbir bilimsel görüş veya doyurucu bir açıklamayla desteklenmediğini de ileri sürmektedir⁵⁴.

Yargıtay ise çeşitli kararlarında Kurumun rücu hakkını önce halefiyet esasına dayandırmıştır. Bu yöndeki Yargıtay içtihatlarından en önemlilerinden biri 1954 yılına ilişkindir. İlgili içtihadı birleştirme kararında⁵⁵, Kurumun rücu hakkının halefiyet esasına dayandığı, halefiyetin kanunda açıkça düzenlenmemiş olmasının bu esastan ayrılmayı gerektirmeyeceği, bu itibarla sorumlular aleyhine açılacak olan rücu davalarında, sigortalıların zarar veren kişilere karşı açabileceği davaların zamanaşımı süresinin uygulanacağı kabul edilmiştir. Takip eden yıllarda Yargıtayın rücu hakkının hukuki niteliğine dair görüşünün halefiyet esasına dayandığı görülmekle birlikte, verilen tüm kararların klasik halefiyet görüşüyle bağdaşmadığı da

51 Turan, Rücuan Tazminat Davaları, 164.

52 Güzel-Okur-Caniklioğlu, 476.

53 Halefiyet görüşü ve bu görüş hakkında daha detaylı bilgi için bkz.; Tunçomağ, 292. Çenberci, 188. Tuncay-Ekmekçi, 371. Süzek, 2.Bs., 358.

54 Basit rücu hakkı görüşü ve bu görüş hakkında daha detaylı bilgi için bkz.; Başbuğ, 50-59. Aslanköylü, 27-30. Erbaş, 101.

55 YİBGK, 31.03.1954, 18/11, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015.

belirlenmektedir. Örneğin zamanaşımının başlangıcıyla ilgili bazı Yargıtay kararlarında⁵⁶, rücu davası ile ilgili zamanaşımı süresinin kazanın meydana geldiği tarihten itibaren değil, Kurum tarafından sigortalı işçiye gelir bağlandığı tarihten itibaren başlayacağı kabul edilmiştir. İşçinin ölümü sonucu hak sahipleri işvereni ibra etse dahi, Kurumun bu tasarrufla bağlı olmayacağına da hükmedilmiştir⁵⁷. Sonuç olarak Yargıtay 1994 yılında kabul ettiği içtihadı birleştirme kararıyla⁵⁸, Kurumun rücu hakkına ilişkin temel ilkeleri belirlemiştir. İlgili kararda, Kurumun rücu hakkının *kendine özgü bir halefiyete* dayandığı, klasik halefiyet tezinin savunulamayacağı, Sosyal Sigortalar Kurumunca bağlanan gelirlerde, kanun, kararname ve katsayı değişikliği nedeniyle yapılan artışların 506 sayılı kanun md.26/1 hükmü çevresinde Kurumca asıl sorumlulardan istenebileceği, gelir artışlarından önceki ödemeler için, daha önce dava açılmış ve kesinleşmiş olmasının müddeabih farkı nedeniyle, sonraki gelir artışlarına ilişkin davalar için kesin hüküm engeli yaratmayacağı, işçinin işveren aleyhine on yıllık zamanaşımı süresi içinde dava açabileceği, halefiyet ilkesi gereği Kurumun rücu davalarında zamanaşımı süresinin on yıl olması gerektiği, ancak olay tarihinde halefliğin gerçekleşmediği, ödeme yapılmadan rücu hakkının doğmadığı, zamanaşımının her bir gelir artışının Kurum'un yetkili organının onayladığı tarihten itibaren başlayacağı⁵⁹ kabul edilmiştir.

Yargıtayın Kurumun rücu hakkının halefiyet esasına dayandığı görüşü ise 2006 yılında verilen Anayasa Mahkemesi kararıyla⁶⁰ değişmiştir. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, Sosyal Sigortalar Kanunu md.26/1'de geçen "... sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere..." bölümünün Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla iptal isteminde bulunmuş, Anayasa Mahkemesi de ilgili ifadenin iptaline karar vermiştir. Anayasa Mahkemesinin iptal kararı üzerine Yargıtay 10. Hukuk Dairesi çok sayıda kararında⁶¹, Kurumun rücu hakkının basit rücu

56 Y10HD, 28.03.1977, 7133/2261, Y10HD, 20.05.1975, 1566/2920, Başbuğ, 38, dn.82.

57 YHGK, 10.06.1983, 328/652, Başbuğ, 39, dn. 83.

58 YİBGK, 01.07.1994, 3/3, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015.

59 Yargıtay bu nedenle de Kurumun rücu hakkını kendine özgü halefiyet olarak nitelendirmektedir. Normalde klasik halefiyet görüşünde zamanaşımı, zarar görenin zarar veren kişilere karşı açabileceği davaların zamanaşımı süresinde işlemeye başlar. Basit rücu hakkında ise ödemenin yapılması sonucu bağımsız ve yeni bir hak doğduğundan ötürü, zamanaşımı süresi de ödemenin yapıldığı tarihten itibaren işlemeye başlamaktadır (Turan, Rücu, 14).

60 AYM, 23.11.2006, 10/106, http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/, 23.04.2015.

61 Y10HD, 27.03.2007, 2188/4582, Y10HD, 17.04.2007, 12652/6194, Y10HD, 17.04.2007, 19589/6200, Y10HD, 19.04.2007, 16443/6228, Y10HD, 01.05.2007, 18490/6691, Y10HD, 03.05.2007, 18505/6754, Y10HD, 10.05.2007, 15851/7240, Y10HD, 28.05.2007, 18257/8863, Y10HD, 05.06.2007, 16287/9365, Erbaş, 105-112. Y10HD, 04.03.2014, 24605/4435, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015.

hakkı niteliğini taşıdığına, sadece ilk peşin sermaye değerinin tazmin sorumlularının kusuruna isabet eden miktarının rücu edilebileceğine, peşin sermaye değerinde kanun, kararname ve katsayı değişikliği nedeniyle meydana gelen artışların istenemeyeceğine hükmetmiştir.

c) 5510 sayılı kanun md.21 hükmü çerçevesinde yapılan tartışmalar ve görüşümüz

506 sayılı kanun döneminde özellikle Kurumun rücu hakkı bakımından zamanaşımı süresi ve başlangıcı ile ilgili tartışmalar mevcuttu. 5510 sayılı kanun md.93'de Kurum alacaklarında zamanaşımı açıkça düzenlenmiştir. İlgili hükme göre, "Bu Kanuna dayanılarak Kurumca açılacak tazminat ve rücu davaları, on yıllık zamanaşımına tâbidir. Zamanaşımı tarihi; rücu konusu gelir ve aylıklar bakımından Kurum onay tarihinden, masraf ve ödemeler için ise masraf veya ödeme tarihinden itibaren başlar" (md.93/III)⁶². Ayrıca 506 sayılı kanun döneminde Anayasa Mahkemesi tarafından md.26/1'de geçen "... sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere..." ifadesi iptal edilinceye kadar sigortalılara ya da hak sahiplerine, Sosyal Sigortalar Kurumunca bağlanan gelirlerde, kanun, kararname ve katsayı değişikliği nedeniyle yapılan artışların sorumlulardan istenebileceği kabul edilmekteydi. Bu durum ise Kurumun rücu hakkının halefiyet esasına dayandırılmasıyla ilişkilendirilmekteydi. Daha sonra Anayasa Mahkemesinin iptal kararı sonucu Yargıtay tarafından kural olarak ilk peşin sermaye değerinin rücu edileceği kabul edilmişse de, 5510 sayılı kanunda Anayasa Mahkemesinin iptal kararına konu olan ifadeye tekrar yer verilmiştir. Ancak açıkça ilk peşin sermaye değerinin rücu edileceği ibaresi de rücu ile ilgili madde metninde yer aldığından, Kurumca bağlanan gelirlerde, kanun, kararname ve katsayı değişikliği nedeniyle yapılan artışların istenemeyeceği açıkça düzenleme konusunu oluşturmuştur.

506 sayılı kanun döneminde tartışmalara yol açan iki büyük sorun 5510 sayılı kanunda açık düzenlemelerle çözüme kavuşturulmuştur. Bununla birlikte Kurumun rücu hakkının hukuki niteliği bazı açılardan önem taşımaya devam etmektedir. İlk olarak rücu hakkının halefiyet esasına dayandığı kabul edilecek olursa, sigortalı veya hak sahipleri tarafından açılan tazminat davalarında tespit edilen kusur oranları ile belirlenen gerçek

⁶² Kanaatimizce zamanaşımı süresinin Kanunda açıkça düzenlenmesi faizin başlangıcı ile ilgili tartışmaları da sona erdirecek niteliktedir.

zararın miktarının rücu davasında da Kurum yönünden bağlayıcı olduğu kabul edilmelidir. Ancak basit rücu hakkının bulunduğu kabulü halinde sigortalı veya hak sahipleri tarafından açılan tazminat davalarında belirlenen kusur oranları ile tespit edilen gerçek zararın miktarı güçlü delil niteliği taşıyacaktı⁶³. Ayrıca rücu hakkının halefiyet esasına dayandığı kabul edilecek olursa, tazmin sorumlusunun sigorta yaptırmaması halinde, sigorta şirketine de rücu yapılabilecektir. Ancak basit rücu hakkının varlığı halinde sigorta şirketine gidilemeyecektir⁶⁴. Rücu hakkının hukuki niteliğinin önem taşıdığı diğer bir husus da rücu hakkının halefiyet esasına dayandığı kabul edilecek olursa, tazmin sorumlusunun sigortalı yahut hak sahiplerine yapmış olduğu harici ödemeler, dış tavandan düşülmelidir. Ancak basit rücu hakkında, bu gibi ödemeler ve ibraname Kurumun rücu alacağını etkilemeyecektir⁶⁵. Son olarak rücu hakkının halefiyet esasına dayandığı kabul edilecek olursa, Kurum tarafından sadece ifanın ispatlanması yeterli olacaktır. Ancak basit rücu hakkının kullanımında ifanın yanı sıra dayanılan hukuki ilişkinin de (vekaletsiz iş görme, sebepsiz zenginleşme, vekalet sözleşmesi gibi) ispatlanması gerekecektir⁶⁶.

Yapılan açıklamalar gereği 5510 sayılı kanun md.21 açısından, Kurumun rücu hakkının hukuki niteliğinin tespiti önem taşımaktadır. Bu bağlamda öğretide de çeşitli görüşlerin ileri sürüldüğü görülmektedir. Bir görüşe göre Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş bulunan 506 sayılı kanun md.26/1'de geçen "... sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden

63 Yargıtay halefiyet esasını kabul ettiği kararlarında, sigortalı veya hak sahipleri tarafından açılan tazminat davalarında saptanan kusur oranlarının, Kurum yönünden bağlayıcı olduğunu kabul etmektedir. Ancak bunun için kusurun 5510 sayılı kanun md.21'e uygun şekilde saptanması koşulunu da aramaktadır (Y10HD, 28.05.2013, 19635/11653, Çalışma ve Toplum, (41) 2014/2, 367). Diğer bir ifadeyle sigortalı tarafından açılan ve kesinleşen davada alınan kusur raporunun her zaman için bağlayıcı kabul edilmemesi, iki davada hesap edilen tazminat miktarının farklı olması ihtimalini de ortaya çıkarmaktadır.

64 Yargıtay, 506 sayılı Kanunda geçen "... sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere..." ifadesinin Anayasa Mahkemesince iptal edilmesinden sonra Kurumun rücu hakkının basit rücu hakkına dayandığını kabul ettiği bir kararında dahi, sigorta şirketine rücu davası açılabilceğini kabul etmiştir (Y10HD, 08.06.2009, 22391/10301, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015).

65 Yargıtay bir kararında, hak sahiplerinin üçüncü kişi ve işveren aleyhine açtıkları davada, üçüncü kişilere yönelik istemin ibra nedeniyle reddedilmiş olmasının, rücu davasının kendine özgü ve temelinde rücu hakkı bulunan halefiyet ilkesine dayandığı göz önüne alındığında rücu davasını etkilemeyeceğine hükmetmiştir (YHGK, 10.06.1983, 10-328/652, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015). Ancak Yargıtay başka bir kararında da tazmin sorumlusu olan kişinin yaptığı harici ödeme iyiniyete dayanmaktaysa, yapılan ödemenin tavandan düşülmesi gerektiğine hükmetmiştir (YHGK, 28.05.1997, 10-232/475, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015).

66 Bir görüşe göre basit rücu hakkının varlığı halinde mutlaka ifanın yanı sıra dayanılan hukuki ilişkinin ispatlanması gerekmektedir. Zira borçların kaynağını sadece sözleşme, haksız fiil ya da vekaletsiz iş görme oluşturmaz. Borçlar, aynı zamanda kanunun kendilerine borç doğurucu hüküm bağladığı olgulardan da doğabilir. Dolayısıyla bazı borçlar, borcun klasik kaynaklarından birine dayanmaz. Kurumun rücu hakkı da bu duruma örnek oluşturmaktadır (Güneş, 133-134).

isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere ...” ifadesine, 5510 sayılı kanun md.21/1 hükmünde yeniden yer verilmesi sonucu Anayasa Mahkemesi kararından önceki duruma geri dönmüştür. Dolayısıyla Kurumun rücu hakkı özünde geri alma hakkı bulunan kendine özgü nitelikteki haleflilik hukuki temeline dayanmaktadır⁶⁷.

Aksi yöndeki bir görüşe göre ise 5510 sayılı kanun md.21 gereği Kurum sadece bağlanan gelirin ilk peşin değerini isteyebileceğinden artık halefiyet görüşünün yasal ve hukuki dayanağı ortadan kalkmıştır. Kaldı ki kanun koyucu, Kurumun rücu hakkının halefiyet esasına dayandığına ilişkin ayırık ve açık bir hüküm getirmemiştir⁶⁸. Diğer bir deyişle md.21’de halefiyet düzenlenmemiştir⁶⁹. Halefiyet ilkesini zorlamaktansa en baştan Kurumun dava hakkının temelinde rücu hakkının bulunduğunu kabul etmek, tartışmalara ve hukuka aykırı uygulamalara son verecektir. Nitekim rücu hakkının koşulları, kapsam ve sınırı kanunda çizildiğinden, basit rücu hakkının kabulü Kurum açısından herhangi bir dezavantaj da doğurmamaktadır⁷⁰. Aynı doğrultudaki bir görüşe göre de 5510 sayılı kanunda Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği “... sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere ...” ifadesine tekrar yer verilmiş olması, rücu davalarının yeniden halefiyet ilkesine dayalı davalar olarak yorumlanması için yeterli değildir. Anılan ifade, temelde tazmini olanaklı bulunan ilk peşin sermaye değerli gelire üst sınır getiren bir hüküm içermektedir. İlk peşin değerli gelirin gerçek zarar tavan değerinin altında kaldığı durumlarda herhangi bir işlevi bulunmayacaktır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra 506 sayılı kanuna dayalı rücu davaları açısından varılan sonuçtan ayrılmayı gerektiren bir durum doğmamaktadır. Yalnızca ilk peşin sermaye değerli gelir miktarının gerçek zarar tavanını aşan kısmının tazmin olanağını kaldıran ikinci bir sınırlama ortaya çıkmaktadır⁷¹.

Yargıtay ise 5510 sayılı kanun döneminde verdiği kararlarında Kurumun rücu hakkının halefiyet esasına dayandığını kabul etmiştir. Yargıtayın

67 Güzel-Okur-Canıklıoğlu, 478. Tuncay-Ekmekçi, 372. Kızılray, 179.

68 Aslanköylü, Şerh, 977. Turan, Rücu, 25-26.

69 Dalcı Özdoğan, 119-120.

70 Güneş, 133-134.

71 **Turan**, 5510 Sayılı Yasa, 197.

bu doğrultudaki bir kararına⁷² göre, "...Bir borcu yerine getiren kimse- nin alacaklının haklarına halef olabilmesi için halefiyetin kanunda açıkça öngörülmüş bulunması gerekir. Kanunda açıkça öngörülmediği sürece bir halefiyetin doğması mümkün değildir. Halefiyet kanununda belirtilmiş belirli durumlarda doğar. Diğer bir anlatımla halefiyet halleri sınırlı sayıda olma (numerus clausus) kuralına bağlıdır. Kanunda açıkça öngörülmediği sürece bir halefiyetin doğması mümkün değildir. ... Kastı ya da sigortalının sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı hareketi ile iş kazası veya meslek hastalığına neden olan işveren, sigortalı veya hak sahibine karşı tazminat ödeme yükümlülüğü altında bulunmaktadır. Madde metninden anlaşılacağı üzere, bu durumda sigortalı ya da hak sahiplerine sosyal sigorta yardımlarında bulunan Kurumun yaptığı yardımları, işverenden rücu isteme hakkı vardır. İşverenin borcunun sözleşmeden aykırılık kaynaklı olup, geçerli bir borç olduğu ve alacaklı konumundaki sigortalı veya hak sahibinin bu yardımlarla kısmen ya da tamamen tatmin edildiği açıktır. Burada sigortalı veya hak sahibine Kurumca bağlanan gelirler yönünden tazminat miktarı başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri olarak öngörülmüştür. Ancak açıkça söz konusu tutarın, sigortalı veya hak sahibinin işverenden isteyebileceği tutarı aşamayacağı, bir başka deyişle kurumun rücu hakkının anılan tutara bağlı ve sınırlı olduğu düzenlenmiştir. İşverenden istenebilecek tutarın belirlenmesi ise, bir gerçek zarar hesabını zorunlu kılmaktadır. Öte yandan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 55'inci maddesiyle, kurum tarafından rücu edilebilen sosyal güvenlik ödemelerinin destekten yoksun kalma ve bedensel zararlardan veya tazminattan indirileceği öngörülmüştür. Bu durumda borçlu işveren, kurumun yaptığı anılan tazminata ilişkin ödemeler kadar borç yönünden, asıl alacaklı hak sahibi ya da sigortalıya karşı sorumluluktan kurtulmaktadır. Oysa işverenin, aynı tutar için kuruma karşı sorumluluğu, 5510 sayılı Yasanın 21'inci maddesinin birinci fıkrası kapsamında devam etmektedir. Yukarıda açıklanan hukuki olgular birlikte değerlendirildiğinde, sigortalı ya da hak sahibini tatmin eden kurumun 5510 sayılı Yasanın 21'inci maddesinin birinci fıkrasındaki rücu hakkının halefiyet hukuksal temeline dayandığının kabulü gerekir".

Türk Medeni Kanunu md.1 uyarınca kanunlar, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konulara uygulanır. Kanunun sözünden çıkan anlam, ruhundan

72 Y10HD, 28.05.2013, 19635/11653, Çalışma ve Toplum, (41) 2014/2, 366-368. Kurumun rücu hakkının halefiyet esasına dayandığının kabul edildiği diğer bir karar için bkz.; Y10HD, 30.01.2014, 25209/1727, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015.

çıkan anlamla bağdaşmıyorsa kabul edilemez. Böyle bir durumda, kanun metnine verilecek anlam kanunun ruhuna uygun olarak belirlenir. Kanun hükmünün ruhunun araştırılması ise onun amacının belirlenmesini zorunlu kılar⁷³. Bu bakımından her ne kadar 5510 sayılı kanun md.21'de açıkça halefiyet ilkesinden söz edilmese de, hükmün amacından yola çıkarak hakim tarafından Kurumun rücu hakkının halefiyet esasına dayandığı kabul edilebilir. Diğer bir ifadeyle hakim, 5510 sayılı kanun md.21'de halefiyet ilkesini maddenin, özünde ve sözünde görebilir⁷⁴. Bu açıdan Yargıtayın görüşünü gerekçelendirdiği, hem 5510 sayılı kanun md.21 hükmü hem de TBK md.55 hükmünü yorumlayarak bu sonuca vardığı görülmektedir. Kanaatimizce isabetli bir sonuca ulaşılmışsa da, asıl tartışma yaratan husus Yargıtayın halefiyeti, klasik halefiyet olarak değil kendine özgü halefiyet olarak nitelendirilmesinden kaynaklanmaktadır. Zira uygulamada klasik halefiyet anlayışına özellikle 506 sayılı kanun döneminde istisnalar getirildiği görülmektedir. Bu bakımdan Kurumun rücu hakkının, halefiyete dayandırılmasıyla basit rücu hakkına dayandırılması arasındaki fark, uygulamada ulaşılan bazı sonuçlar neticesinde ortadan kalkmaktadır. Ancak basit rücu hakkının kabul edildiği nispeten kısa sayılacak dönemde ise basit rücu hakkı görüşüyle de çelişen sonuçlara varılmıştır⁷⁵. Deyim yerindeyse halefiyet anlayışıyla basit rücu hakkı uygulamada ortaya çıkan ihtiyaçlara göre şekillendirilmektedir. Ortaya çıkan sorun ve uyuşmazlıkların hakim tarafından somut olayın özelliklerine göre çözüme kavuşturulması mümkünse de, benimsenen hukuki kurumla bağdaşmayan kararlara varılmasının itirazları doğuracağı açıktır. Kısacası benimsenen hukuki kurumun gereğinin uygulanması ve mümkün olduğu kadar ilgili hukuki kurum açısından istisnai uygulamaların getirilmesinden kaçınılması isabetli olacaktır.

5510 sayılı kanun md.21'de sadece işverene değil, aynı zamanda üçüncü kişiye rücu imkanının da düzenlendiği görülmektedir. Öğretideki bir görüşe göre üçüncü kişilerin sorumluluğu konusunda basit rücu yaklaşımının benimsendiği sonucuna varılmalıdır. Üçüncü kişiler açısından gerçek zarar tavan değeri hesabına gerek kalmaksızın gelirin başladığı

73 Süzek, 23.

74 Güneş, 130-131.

75 Yargıtayın sigorta şirketine rücu davası açılabilceğini kabul ettiği kararı bu niteliktedir (Y10HD, 08.06.2009, 22391/10301, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015).

tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı rücu edilebilmelidir⁷⁶. Söz konusu görüş işverene yöneltilen rücu hakkının da basit rücu hakkı niteliği taşıdığını ifade etmekte olup, kendi içerisinde tutarlıdır. Bununla birlikte kanaatimizce md.21'de işverene yöneltilen rücu hakkının halefiyete ancak üçüncü kişiye yöneltilen rücu hakkının basit rücu hakkı niteliğine dayandığı sonucuna varmamızı gerektiren bir ifade geçmemektedir. 5510 sayılı kanun md.21 gereği Kuruma tanınan rücu hakkının, işveren ile üçüncü kişi arasında ayırım yapılmaksızın halefiyet esasına dayandığı kabul edilmelidir⁷⁷. Nitekim ileride de değinileceği üzere sigortalının iş kazası veya meslek hastalığına uğramasında işveren ile üçüncü kişinin birlikte kusurunun bulunması halinde, söz konusu kişilerin Kurum karşısında müteselsil sorumlu olduğu Yargıtay tarafından kabul edilmektedir. Diğer bir ifadeyle işveren ile üçüncü kişi arasında müteselsil sorumluluğun bulunduğunu kabul ettiğimiz takdirde işverene ve üçüncü kişiye yapılacak rücu açısından Kurumun rücu hakkının hukuki niteliğinin farklı esaslara dayandırılmaması, en azından sorumluluk açısından ortak bir sınırın çizilebilmesi açısından daha isabetli olacaktır.

d) 5510 sayılı kanun md.23 hükmü çerçevesinde rücu hakkının hukuki niteliği

Süresinde bildirilmeyen sigortalılıktan doğan sorumluluğun düzenlendiği 5510 sayılı kanun md.23 hükmü ile ilgili olarak özellikle sorumluluğun şartları ve kapsamı ile ilgili olarak bir takım tartışmalar mevcut bulunmaktaysa da, Kuruma tanınan rücu hakkının hukuki niteliği açısından 5510 sayılı kanun md.21 hükmünde olduğu kadar büyük bir tartışma öğretide bulunmamaktadır.

İlgili kanun hükmüne göre işveren çalıştırdığı sigortalıya karşı sorumlu olmasa dahi, Kuruma karşı sorumlu olacaktır⁷⁸. Diğer bir ifadeyle işçisini Kuruma bildirmeyen işverenler bakımından, maddede belirtilen sigorta olaylarının (iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık) gerçekleşme-

⁷⁶ Aslanköylü, Şerh, 1007. Turan, 5510 Sayılı Yasa, 202.

⁷⁷ 506 sayılı kanun döneminde öğretilerdeki bir görüşe göre Kurumun zarardan sorumlu olan üçüncü kişilere karşı sahip olduğu rücu hakkı halefiyet esasına dayanmaktadır. Nitekim 506 sayılı kanun md.26/II'de üçüncü kişinin sorumluluğu bakımından genel hükümlere atıf yapılmıştır. Bu itibarla rücu hakkının niteliği eksik teselsül hükümleri çerçevesinde çözüme kavuşturulmalıdır. Kurum ile zarardan sorumlu olan kişiler sigortalı karşısında eksik teselsül hükümlerine göre sorumlu olduklarından sigortalıya veya hak sahiplerini tatmin eden Kurum, üçüncü kişilere yaptığı masrafları rücu edebilecektir. Böyle bir durumda Kurumun rücu hakkı halefiyetle desteklenmiş bir nitelik taşımaktadır (Kılıçoğlu, Halefiyet, 88).

⁷⁸ Başbuğ, 109.

si ve Kurumun sigortalıya yardımda bulunması koşuluna bağlı olarak bir borç doğmaktadır⁷⁹.

Kanundan kaynaklanan bu borç ile sosyal sigortanın korunması ve uğradığı zararın giderilmesi hedeflendiği gibi, işveren bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeye, yani işe giriş bildirgesi vermeye zorlanmakta, bu itibarla kayıt dışı çalışmanın önüne geçilmeye çalışılmaktadır⁸⁰. Anayasa Mahkemesinin 506 sayılı kanun md.10 ile ilgili verdiği bir kararında⁸¹ geçen “Sosyal Sigortalar Yasası’nın 10. maddesindeki işveren, işyerinde çalıştırdığı işçiyi yasal süresi içinde Kuruma bildirmeyen işverendir. Buna karşılık 26. maddedeki işveren ise bu yükümlülüğünü yerine getiren işverendir. ... 10. maddedeki işveren, işyerinde meydana gelen sigorta olayından doğan zararı, kusurlu olsun olmasın Kuruma ödemekle yükümlüdür. 26. maddedeki işveren ise, ancak kasdı, işçilerin sağlığını koruma ya da işgüvenliği ile ilgili kurallara aykırı davranışı veya suç sayılır bir eylemi sonucunda, işyerinde meydana gelen sigorta olayından doğan zararı kusuru oranında Kuruma karşı tazminle yükümlüdür. Yasakoyucunun, her iki madde kapsamına giren işverenler yönünden, ayrı hukuksal durumları ayrı kurallara bağlı tutmasında, eşitlik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır. ... İşyerinde çalıştırdığı işçiyi bildirmeyen (kaçak işçi çalıştıran) işveren, doğal olarak prim ödeme yükümlülüğünü de yerine getirmemektedir. ... çalıştırdığı işçiyi bildirmeyen işverenin işyerindeki işçiler de sosyal güvenlik hakkından yararlandırılmaktadır. Bu durumda, Sosyal Sigortalar Kurumu’nun önceden elde ettiği gelir (prim) kaynaklarından yapmış olduğu sosyal yardım harcamalarını bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemiş işverenden istemesi, sosyal sigorta sisteminin gereğidir. Yükümlülüğünü yerine getirmeyen işverenin, geçmiş döneme ilişkin primi ödemek zorunda olması Sosyal Sigortalar Kurumu’nun tazminat istemini engellemez. Çünkü, hiç kimse bir sigorta olayının meydana gelmesinden sonra geçmişe dönük olarak prim ödeyerek kendisini sorumluluk dışında tutamaz” ifadeleri de yapılan açıklamaları desteklemektedir. Bu itibarla Kurumun 5510 sayılı kanun md.23’den kaynaklanan rücu hakkının 5510 sayılı kanun md.21 hükmünün aksine halefiyet esasına dayanmadığı, basit rücu hakkına dayandığı kabul edilmelidir⁸².

79 Başterzi-Yıldız, 15.

80 Başterzi-Yıldız, 15. Başbuğ, 110. Tuncay-Ekmekçi, 381. Turan, 5510 Sayılı Yasa, 199. Turan, Rücu, 93.

81 AYM, 20.05.1992, 61/34, <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/>, 25.04.2015.

82 Güzel-Okur-Canıklıoğlu, 492. Tuncay-Ekmekçi, 380.

Yargıtay da 506 sayılı kanun md.10 ile ilgili verdiği bir kararında⁸³, süresinde bildirilmeyen sigortalılıktan doğan sorumluluk kapsamında Kurumun rücu hakkının hukuki niteliğinin halefiyet esasına dayanmadığını kabul etmiştir.

4. Kurum karşısında sorumluluğun koşulları

Kurum karşısında gerek işveren gerek üçüncü kişinin sorumluluğunun olabilmesi için ortak koşullar mevcuttur. Bunlar zarara uğrayan kimsenin, sigortalı veya hak sahibi olması, çalışma konumuzla bağlantılı olarak zararın iş kazası veya meslek hastalığı sonucu meydana gelmesi ve son olarak iş kazası veya meslek hastalığıyla sorumlu kişilerin fiilleri arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır⁸⁴. Kural olarak bu ortak koşullar hem 5510 sayılı kanun md.21 hem de 5510 sayılı kanun md.23 gereği zarar veren kişilerin Kuruma karşı sorumlu olup olmadıklarının belirlenmesinde aranmalıdır. Ancak 5510 sayılı kanun md.23 açısından özellikle illiyet bağı koşuluna bir çekince koymak gerekmektedir. Söz konusu ortak koşullar dışında işveren ve üçüncü kişiler açısından sorumluluğun özel koşulları ayrı başlıklar altında ele alınacaktır.

a) İşverenin sorumluluğunun koşulları

aa) İşveren, işveren vekili ve alt işveren kavramı

5510 sayılı kanun md.21 ve md.23 çerçevesinde işverene rücu davası açılabileceği belirtilmiştir. Bu itibarla öncelikle 5510 sayılı kanun kapsamında kim veya kimlerin işveren kavramına dahil olduğu üzerinde durulmalıdır. Kanunun 12. maddesinde İş Kanunundaki tanıma benzer şekilde işveren, “4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentlerine göre sigortalı sayılan kişileri çalıştıran gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar” şeklinde tanımlanmıştır (md.12/1). Ayrıca çıraklar gibi, bazı sigorta kollarının uygulanacağı kişileri çalıştıranlar da, işveren sayılacaktır (5510 sayılı kanun md.5)⁸⁵. Kısacası işveren sayılmak için sigortalı çalıştırmak gerekli ve yeterlidir. İşyerinin maliki olmak

83 Y10HD, 30.05.1989, 2781/4811, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015.

84 Bu koşullar hakkında detaylı bilgi için bkz.; Güzel-Okur-Caniklioğlu, 130-137, 412-445. Tuncay-Ekmekçi, 259-273, 332-356. Sözer, 59-67, 291-318. Süzek, 422-426. Başbuğ, 64-71. Akdeniz, 8-9.

85 Güzel-Okur-Caniklioğlu, 230.

şart değildir⁸⁶. İşverenin mutlaka gerçek bir kişi olması da gerekmez. Özel hukuk veya kamu hukuku tüzel kişisi de sigortalı çalıştırdığı takdirde 5510 sayılı kanun kapsamında işveren sayılacaktır⁸⁷.

5510 sayılı kanunda ayrıca işveren vekili kavramının kapsamının, İş Kanununa göre çok daha dar olduğu görülmektedir. İş Kanunu gereği işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin veya işletmenin yönetiminde görev alan kişiler işveren vekili sayılmaktadır⁸⁸. Diğer bir ifadeyle bir kişinin işveren vekili sayılabilmesi için yönetimin hangi kademesinde görev aldığı önemi bulunmamaktadır. 5510 sayılı kanuna göre ise işveren vekili, "işveren adına ve hesabına, işin veya görülen hizmetin bütününün yönetim görevini yapan kimse(dir)" (md.12/II). Dolayısıyla işin ve işyerinin bir kesiminde görev alan örneğin şef, ustabaşı, personel müdürü vb. kişiler işin veya görülen hizmetin bütününü yönetmediklerinden 5510 sayılı kanun açısından işveren vekili sıfatını kazanmayacaklardır. 5510 sayılı kanunda işveren vekilinin kapsamının dar tutulmuş olması doğaldır, zira ilgili kanunda belirtilen yükümlülüklerden dolayı işveren vekili, işveren ile birlikte müteselsilen sorumlu tutulmuştur (md.12/II). Sorumluluğun kapsamı da oldukça geniştir. Diğer bir deyişle Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun işverene yüklediği görevleri yerine getirmeyen bir işveren vekili, mali yükümlülükler dahil tüm konularda işverenle birlikte sorumlu olacaktır⁸⁹. Dolayısıyla 5510 sayılı kanun anlamında işveren vekili olarak kabul edilen bir kişi, gerek md.21, gerek md.23 çerçevesinde rücu davasının muhatabı olabilecektir⁹⁰.

İşveren kavramıyla ilgili olarak üzerinde durulması gereken diğer bir husus da asıl işveren-alt işveren ilişkisi çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. 5510 sayılı kanuna göre, "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işte veya bir işin bölüm veya eklentilerinde, iş alan ve bu iş için görevlendirdiği sigortalıları çalıştıran üçüncü kişiye alt işveren denir. Sigortalılar, üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bunlar-

86 Başbuğ, 62.

87 Güzel-Okur-Caniklioğlu, 230.

88 İş Kanunu kapsamında kimlerin işveren vekili sayıldığıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.; Süzek, 167-170. Çelik-Caniklioğlu-Canbolat, 46-47. Aktay-Ancı-Senayen/Kaplan, 31-32. Narmanlioğlu, 112-114.

89 Güzel-Okur-Caniklioğlu, 232.

90 Turan, İşverenin Tazmin Sorumluluğu, 211. Y10HD, 11.02.2014, 23382/2200, Y10HD, 31.01.2014, 5525/1893, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015.

la sözleşme yapmış olsalar dahi, asıl işveren, bu Kanunun işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işveren ile birlikte sorumludur” (md.12/VI). Yargıtayın bazı kararlarında 5510 sayılı kanun kapsamında ne zaman bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığından söz edilebileceği ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştır. Bu doğrultudaki bir karara⁹¹ göre, “Alt işverenden söz edebilmek ve asıl işvereni, alt işverenin borçlarından ötürü sorumlu tutabilmek için, maddenin tanımından ortaya çıkan bir takım zorunlu unsurlar bulunmaktadır. Asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığı için öncelikle işin başka bir işverenden alınmış olması, bir başka ifade ile asıl işverenin işverenlik sıfatına devredilen iş dolayısıyla sahip olması, asıl işyeri yada işyerinden sayılan yerlerde kendi adına işçi çalıştırıyor olması gerekir. İşin belirli bir bölümünde değil de tamamının bir bütün halinde yada bölümlere ayrılarak başkalarına devredildiği, işten bu yolla tamamen el çekildiği, sigortalı çalıştırılmadığı için işveren sıfatına haiz olunmadığı durumda ise, bunları devralan kişiler alt işveren, devredenlerde asıl işveren olarak nitelendirilemeyecektir. Alt işveren sıfatının kazanılmasında diğer koşullar ise, asıl işverenden istenilen işin, asıl iş yada işyeriyle ilgili işin bir bölümünde veya işyeri eklentilerinde alınmış olması ve bu işte işi alanın kendi işçilerinin çalıştırılması ve bu nedenle de işveren sıfatına sahip olunmasıdır. ... Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 05.05.2004 gün 2004/10-233 E. - 262 K. sayılı kararlarında belirtilen ‘...yapılmış olan eser sözleşmesinde işin kalitesi ve işyeri disiplini amacıyla bir kısım hükümlerin yer alması, inşaat sahipliği dışında asıl işverenlik sıfatını doğuracak, işi alanın bağımsız işveren kimliğini ortadan kaldıracak bir etmen olmayıp, anılan sözleşmenin, Borçlar Yasası’nın 356 vd. maddeleri doğrultusunda müteahhide yüklenen sorumluluğun doğal bir sonucu olarak, sözleşme hükümlerinin proje ve teknik şartnameye uygunluğunun saptanabilmesi amacına yönelik olduklarının kabulünün zorunlu olduğu...’ hususu gözetil(melidir)”.

Alt işverenin tanımlandığı 5510 sayılı kanun md.12/VI hükmü ile Yargıtayın kararları incelendiğinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmasında kanunen yardımcı iş ve asıl iş ayırımına gidilmediği, asıl işin alt işverene verilmesi bakımından da herhangi bir koşul öngörülmediği belirlenmektedir. Yardımcı iş olarak nitelendirilebilecek işlerde işin tamamının başka bir işverene verilmesi durumunda sosyal güvenlik mevzuatı çer-

91 Y10HD, 14.11.2012, 12805/21908, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015. Yargıtayın 5510 ve 506 sayılı kanun açısından asıl işveren-alt işveren ilişkisinin koşullarını açıkladığı diğer kararları için bkz.; YHGK, 25.05.2011, 21-290/361, Y10HD, 13.03.2014, 14278/5790, Y10HD, 11.02.2014, 23382/2200, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015.

çevesinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulup kurulmadığı hususu tartışılmalıdır.

Yargıtayın bir kararında⁹² Ankara Ticaret Odasının binasının temizlik işinin verildiği, taraflar arasında kurulan sözleşmede temizlik işinin tamamının temizlik firmasına verilmediğinden hareketle ATO ile temizlik firması arasında sosyal güvenlik mevzuatına uygun asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulduğu sonucuna ulaşılmıştır. 5510 sayılı kanunda asıl iş, yardımcı iş ayırımına gidilmemiş olması sosyal güvenlik mevzuatı çerçevesinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için mutlaka işyerinde yapılan işin aynısının ya da benzerinin yapımının üstlenilmesini gerektirmemelidir. Yardımcı ve tamamlayıcı niteliğe sahip, asıl işin yapılmasını kolaylaştırıcı işlerin yapımının üstlenilmesi durumunda da sosyal güvenlik mevzuatına göre asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulduğu sonucuna ulaşılmalıdır. Aksi yönde bir yorum sosyal güvenlik mevzuatına göre kurulabilecek asıl işveren-alt ilişkisinin kapsamını, daha sınırlayıcı hükümler öngörmesine rağmen İş Kanununa göre kurulabilecek olan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kapsamından daha dar olmasına yol açacaktır. Kanun koyucunun benimsediği çözümün bu olduğu ileri sürülemez⁹³. Diğer bir deyişle 5510 sayılı kanun anlamında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin çok daha geniş bir şekilde düzenlendiği, İş Kanununa göre asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurmayan bir ilişkinin, 5510 sayılı kanuna göre asıl işveren-alt işveren ilişkisi olarak yorumlanabilmesinin mümkün olabileceği ifade edilmelidir⁹⁴. 5510 sayılı kanunda asıl işveren-alt işveren ilişkisinin çerçevesinin bu kadar geniş tutulmasındaki amaç, Kurum karşısında prim tahsilinin gerçekleştirileceği iki kişinin bulunması ve Kurum alacaklarının güvence altında alınmasıdır. Ancak İş Kanunu ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunundaki temel kavramlar açısından aynı tanımın benimsenmesi çok daha yerinde olacaktır⁹⁵.

5510 sayılı kanun ile İş Kanununda farklı tanımlar benimsendiğinden bu durum uygulama açısından kavram karmaşasına ve aynı konu hakkında farklı sonuçlara varılmasına yol açmaktadır. Bu hususta Yargıtay Hukuk

92 YHGK, 02.02.2011, 21-739/5, Uşan, 372-374.

93 Uşan, 379.

94 Caniklioğlu, 438. İş Kanunu kapsamında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmasının koşulları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; Süzek, 143-150. Çelik-Caniklioğlu-Canbolat, 51-59. Aktay-Arıcı-Senyer/Kaplan, 32-35. Narmanlioğlu, 118-129.

95 Güzel-Okur-Caniklioğlu, 235.

Genel Kurulunun bir kararına değinmek isabetli olacaktır. İlgili karara⁹⁶ göre, "Dosyadaki kayıt ve belgelerden; davacının 1.10.2004 tarihli giriş bildirgesiyle dava dışı İnsan Gücü İnsan Kaynakları Eğitim ve Danışmanlık Limited Şirketi tarafından işe alındığı, bu şirketin isteyen firmalara bordro danışmanlığı, istihdam danışmanlığı ve elaman temini gibi hizmetler verdiği ve davalı şirketle aralarında işçi teminine ilişkin 2.8.2004 tarihli sözleşme bulunduğu, davacının bu sözleşme kapsamında davalı firmaya ait ... depoda mal teslimi yükleme boşaltma işlerinde çalıştığı, davalı şirketin işçi taşıma işlerini dava dışı T... Ltd. Şirketine verdiği, 29.9.2005 olay tarihinde davacının servis aracı ile işe giderken servis aracının karıştığı trafik kazası sonucunda yaralandığı, olayın S.G.K.'ca iş kazası olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. ... Davalı F.-L... Gıda San. Tic. A.Ş., asıl işinin bir bölümü olan "Seyrantepe Depo" adlı işyerinin "istifleme, yükleme, boşaltma ve elleçleme" işlerinin yapımını 2.8.2004 tarihli sözleşme ile dava dışı İnsan Gücü İnsan Kaynakları Eğitim ve Danışmanlık Hizmetleri Ltd. Şti.ne verdiği ve bu sözleşme kapsamında, davacı işçinin, davalıya ait bu işyerinde çalıştığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, gerek 4857 Sayılı Kanun gerekse 506 Sayılı Kanun karşısında davalı F.-L... Gıda San. Tic. A.Ş. asıl işveren, dava dışı İnsan Gücü İnsan Kaynakları Eğitim ve Danışmanlık Hizmetleri Ltd. Şti. ise alt işveren (aracı) konumundadır. Davalı şirket, işyerinde çalışan personelinin işyerine taşınması işlemi için de dava dışı T... Taşımacılık ve Personel Hizmetleri Tic. Ltd. Şti. ile 17.12.2004 tarihli sözleşmeyi imzalamıştır. Bu durumda da davalı şirket asıl işveren, dava dışı T... Taşımacılık ve Personel Hizmetleri Tic. Ltd. Şti. ise alt işveren (aracı) konumundadır. ... davaya konu kaza sebebiyle meydana gelen zarardan da davalı asıl işveren şirket ile dava dışı taşıma şirketi ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur. ... Diğer taraftan, heyetçe Özel Daire bozma ilamında bahsi geçen "geçici iş ilişkisi" kavramının diğer açıklamalarla çeliştiği, sehve dayalı olduğu kabul edilmiş; bu kavramın ilamdan çıkarılması kararlaştırılmıştır".

Söz konusu Yargıtay kararından, dava dışı İnsan Gücü İnsan Kaynakları Eğitim ve Danışmanlık Limited Şirketi tarafından davacı işçinin işe alındığı, bu şirketin isteyen firmalara bordro danışmanlığı, istihdam danışmanlığı ve elaman temini gibi hizmetler verdiği yönündeki ibarelerden de, işçinin sadece ödünç verilmek üzere dava dışı İnsan Gücü İnsan Kaynakları Eğitim ve Danışmanlık Limited Şirketince istihdam edildiği, işçinin

işe alındığı tarihten beri gerçek işvereni yanında hiç çalışmayarak davalı F..-L... Gıda San. Tic. A.Ş. yanında iş görme edimini yerine getirdiği sonucuna ulaşılmaktadır. Diğer bir deyişle işçinin iş sözleşmesi yaptığı işveren yanında hiç çalışması bulunmamaktadır. Bu çerçevede kanaatimizce Yargıtayın incelemesine konu olan olay meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine ilişkindir. Nitekim meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde işçi, ücretli olarak işçi vermeyi meslek edinmiş bir işveren tarafından yalnızca başkasına ödünç verilmek üzere işe alınmaktadır⁹⁷.

Yargıtayın bireysel iş hukuku çerçevesinde verdiği kararlarından⁹⁸, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisini yasak olarak gördüğü sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak Yargıtay incelediğimiz olayda ödünç veren işveren konumunda bulunan dava dışı İnsan Gücü İnsan Kaynakları Eğitim ve Danışmanlık Limited Şirketini aracı olarak kabul etmiş, diğer bir deyişle kurulan ilişkiyi asıl işveren-alt işveren ilişkisi çerçevesinde ele almış görünmektedir. Özel daire bozma kararında dava konusu olayla ilgili nitelendirme açısından daha isabetli açıklamalar bulunmasına ve kurulan ilişkisinin ödünç iş ilişkisi olarak nitelendirilmesine rağmen, Hukuk Genel Kurulu kararında özel daire bozma kararında geçen ödünç iş ilişkisi ifadelerine sehven yer verildiği belirtilmiştir. Kısacası bireysel iş hukukunun konusuna giren uyumsuzluklarda Yargıtay tarafından geçersiz kabul edilen bir ilişki, sosyal güvenlik mevzuatı çerçevesinde geçerli kabul edilmiştir. Bu gibi durumların ortaya çıkmasının önlenmesi ve kararlarda birliğin sağlanabilmesi açısından iş mevzuatındaki kavramlarla sosyal güvenlik mevzuatındaki kavramlar arasında yeknesaklığın sağlanmasının zorunlu olduğu ifade edilmelidir. Ayrıca burada asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bireysel iş hukuku kapsamında muvazaalı kabul edilmesi halinde, sosyal güvenlik mevzuatı çerçevesinde de muvazaalı kabul edilmesinin gerekip gerekmeyeceği sorusu da akla gelmektedir.

Muvazaa, iki tarafın iradesiyle beyanları arasında istenerek meydana getirilen bir uygunsuzluk hali olup⁹⁹, tarafların gerçekte istemedikleri bir sözleşmeyi üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve fakat kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmeyen bir

97 Hromadka-Maschmann, 177. Serin, 1062. Junker, 60. Brox-Rüthers-Henssler, 23.

98 Y9HD, 04.04.2005, 7774/11838, Çankaya-Çil, 168-169. Y9HD, 25.10.2010, 37702/30363, Alpagut, 39. Y7HD, 07.03.2013, 2572/2349, Çalışma ve Toplum, (40) 2014/1, 398-403. Y22HD, 16.01.2014, 37248/247, Çalışma ve Toplum, (41) 2014/2, 424-427.

99 Handkommentar zum Schweizer Privatrecht-Kut, Art.18, N. 27.

görünüş yaratmak hususunda anlaşmalarıdır¹⁰⁰. Bu açıdan sosyal güvenlik hukuku kapsamında da asıl işveren-alt işveren ilişkisinin, somut olayın özelliğine göre muvazaalı kabul edilmesine bir engel yoktur¹⁰¹. Eğer işin yürütülmesinde tüm işverenlik hak ve yetkileri asıl işveren tarafından kullanılmaya devam etmekte, ancak sadece kağıt üzerinde iş başka bir işverene devredilmekteyse, asıl işveren ile alt işveren arasında yapılan sözleşmede iş sözleşmesinden doğan işverenlik hak ve yetkilerinin alt işveren yerine asıl işverence kullanılacağı anlamına gelen hükümlere yer verilmişse, muvazaalı asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığından söz edilebilecektir¹⁰². Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun ilgili kararı bu açıdan bir kez daha değerlendirilecek olursa, dava konusu olayda öncelikle meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin bulunduğu tespit edilerek, muvazaanın şartları da varsa örneğin davalı F..-L... Gıda San. Tic. A.Ş. ile işçi arasında kurulan iş sözleşmesi gizlenmekteyse, bu durumun muvazaa oluşturması nedeniyle dava dışı İnsan Gücü İnsan Kaynakları Eğitim ve Danışmanlık Limited Şirketi ile davalı F..-L... Gıda San. Tic. A.Ş. arasındaki sözleşmenin geçersizliğine, işçinin en başından itibaren davalı F..-L... Gıda San. Tic. A.Ş.'nin işçisi olduğuna karar verilmesinin¹⁰³ daha yerinde olacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Böyle bir durumda da Kurumun açacağı rücu davasının sadece F..-L... Gıda San. Tic. A.Ş.'ye yöneltilmesi gerekecektir. Davalı F..-L... Gıda San. Tic. A.Ş.'nin sorumluluğu asıl işveren olmasından değil, sigortalının gerçek işvereni olmasından kaynaklanacaktır. Muvazaanın yaptırımı uygulandığı ve işçinin gerçek işvereni ile sözleşmenin kurulması sağlandığından ötürü, kanaatimizce Kurum ayrıca rücu davasını İnsan Gücü İnsan Kaynakları Eğitim ve Danışmanlık Limited Şirketine yönlendiremeyecektir. Zira İnsan Gücü İnsan Kaynakları Eğitim ve Danışmanlık Limited Şirketi işveren sıfatı taşımamaktadır.

5510 sayılı kanun anlamında da asıl işveren alt işveren ilişkisinin bulunması için işi veren kişinin de işveren sıfatını taşıması zorunlu olduğundan, salt arsanın veya binanın maliki olmak veya ihale makamı olarak işi bütünüyle devretmek asıl işveren-alt işveren ilişkisine yol açmaz. Anahtar teslimi suretiyle örneğin bir bina inşaatının müteahhide yaptırılması duru-

100 Eren, 350. Kocayusufopaşaoğlu, 345. Kılıçoğlu, 169.

101 Uşan, 363. Caniklioğlu, 440.

102 Caniklioğlu, 440-441.

103 Uşan, 363.

munda da asıl işveren-alt işveren ilişkisi yoktur. Müteahhit alt işveren değil, işverendir¹⁰⁴. Bu durum İş Kanunu anlamında kurulan asıl işveren-alt işveren ilişkileri açısından da geçerlidir.

Sonuç olarak, 5510 sayılı kanun kapsamında geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı halinde, alt işveren, sigortalı çalıştırdığı andan itibaren işveren sıfatına sahip olacaktır. Çalıştırdığı sigortalılar karşısında da gerçek işveren, alt işverendir. Bu itibarla 5510 sayılı kanun kapsamında işverene yüklenen tüm yükümlülüklerin muhatabıdır. Bununla birlikte 5510 sayılı kanundan doğan yükümlülükler ve sorumluluklar bakımından asıl işveren de alt işveren ile birlikte müteselsilen sorumlu tutulmuştur¹⁰⁵. Dolayısıyla 5510 sayılı kanun md.21 ile md.23 çerçevesinde alt işverene rücu davasının açılacağı hallerde, asıl işverenin de sorumluluğuna gidilebilecektir¹⁰⁶. Asıl işverenin sorumlu tutulabilmesi için olayda asıl işverenin kusurunun bulunmasına gerek yoktur. Sadece alt işverenin kusurlu ya da işe giriş bildirgesi vermemesi yeterlidir¹⁰⁷.

bb) 5510 sayılı kanun md.21 açısından

aaa) İşverenin kastı veya iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi

Kurumun, 5510 sayılı kanun md.21 açısından işverene rücu hakkının doğması için iş kazası veya meslek hastalığının işverenin kastı veya iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmiş olması gerekir. 506 sayılı kanundan farklı olarak iş kazası veya meslek hastalığının işverenin suç sayılır bir hareketi ile meydana gelmiş olması halindeki rücu hali 5510 sayılı kanuna alınmamıştır. Öğretideki bir görüşe göre suç sayılır eylem nedeniyle sorumluluğun madde metnine alınması isabetli değildir. Zira iş kazasının, işverenin korunma amacıyla işyerinde bulundurduğu silahın dikkatsizlik ve tedbirsizlik sonucu ateş alması veya işverenin yönetimindeki aracın işyeri sınırları içerisinde dinlenen işçiye taksire dayalı bir eylemle çarpması nedeniyle meydana gelmesi hal-

104 Caniklioğlu, 389, 438-439. Uşan, 377. YHGK, 02.06.2004, 21-326/328, Balcı, 163-164.

105 Güzel-Okur-Caniklioğlu, 237-238.

106 Turan, İşverenin Tazmin Sorumluluğu, 212. Rücu davasında asıl işveren ile alt işverenin müteselsilen sorumlu kabul edildiği Yargıtay kararları için bkz.; Y10HD, 13.03.2014, 14278/5790, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015. Y10HD, 26.02.2004, 10873/1289, Turan, İşverenin Tazmin Sorumluluğu, 212, dn.2.

107 Caniklioğlu, 441. Tuncay-Ekmekçi, 379.

lerinde, 5510 sayılı kanun md.21/I gereği işverene rücu davası açılması olanağı tartışmalı olacaktır. Oysa işverenin prim ödemiş olması, işverene bu alanda duyarsız davranma imkanını tanımamalıdır. Bu sakıncanın giderilebilmesi için ya madde metninde geçen sigortalının sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareket ibaresi geniş yorumlanmalı, ya da işverenin 5510 sayılı kanun md.21/IV gereği üçüncü kişi sıfatıyla sorumluluğuna gidilmelidir¹⁰⁸. Ancak kanaatimize göre yeni düzenlemenin Kurumun işverene rücu edebileceği haller konusunda bir daralma getirdiği söylenemez. Zira işverenin suç sayılır hareketi büyük ölçüde zaten iş güvenliği mevzuatına aykırı davranışına dayanmaktadır¹⁰⁹.

Yapılan açıklamalardan da görüldüğü üzere işverenin sorumluluğu sınırlandırılmıştır. Sosyal güvenlik mevzuatı, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve insan hayatının korunması açısından önemli bir işlev taşıyorsa da, bu işlev asli değil, daha ziyade dolaylı bir nitelik taşımaktadır. Ayrıca işverenler ile üçüncü kişilerin ekonomik çıkmazla karşılaşmasının da önüne geçilmesi gerekmektedir. Bu itibarla Sosyal Güvenlik Kurumunun yaptığı ödemeler ve bağladığı gelirleri rücu edebilmesi 5510 sayılı kanun md.21'de *kusur esasına* dayandırılmıştır. Hakkaniyet veya tehlike sorumluluğu 5510 sayılı kanun md.21'de benimsenmemiştir¹¹⁰.

5510 sayılı kanun md.21 gereği işverenin Kurum karşısında sorumluluğuna yol açabilecek ilk hal işverenin kastıdır. Kasıt, genel olarak kişinin hukuka aykırı bir fiil işlemekte olduğunu bilmesi ve bu fiili isteyerek işlemesi şeklinde tanımlanabilir¹¹¹. Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğine göre de kasıt, "iş kazası veya meslek hastalığına, işverenin bilerek ve isteyerek, hukuka aykırı eylemiyle neden olması hâlidir. İşverenin eylemi hukuka aykırı olmamakla birlikte, yaptığı hareketin hukuka aykırı sonuç doğurabileceğini bilmesi, ihmali veya ağır ihmali sorumluluğunu kaldırmaz" (md.45/I). 5510 sayılı kanunda sınırlayıcı bir anlatımla sadece işverenin kastı öngörüldüğünden, işverenin ihmalden, hatta ağır ihmalden ötürü Kuruma karşı sorumlu tutulması olanaklı değildir¹¹². Bununla birlikte Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinde işverenin ihmali veya ağır ihmali

108 Turan, 5510 Sayılı Yasa, 196.

109 Tuncay-Ekmekçi, 374.

110 Ergin, 134. Başterzi-Yıldız, 6. Arıcı, 332. Y10HD, 30.01.2014, 25209/1727, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015.

111 Başbuğ, 72-73. Güzel-Okur-Caniklioğlu, 480.

112 Güzel-Okur-Caniklioğlu, 480-481. Keser, 140.

sorumluluğunu kaldırmaz ibaresine yer verilmiş olması bir çelişki olarak görülebilir. Fakat işveren, aynı zamanda iş kazasına veya meslek hastalığına sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliğine ilişkin mevzuat hükümlerine aykırı bir hareketiyle de yol açarsa, Kurum karşısında sorumludur. Bu durum ise ileride değinileceği üzere işverenin sorumluluğunu oldukça genişletmektedir. Bu itibarla Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinde geçen belirttiğimiz ibarenin, işverenin sorumluluğunu genişleten bir nitelik taşımadığı söylenebilir.

İşverenin Kurum karşısında sorumluluğunu doğuran diğer bir hal ise iş kazasına veya meslek hastalığına, işverenin sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliğine ilişkin mevzuat hükümlerine aykırı bir hareketinin yol açmış olmasıdır. Burada sözü edilen mevzuat Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğine göre, “yasal olarak yürürlüğe konulmuş ve yürürlüğünü muhafaza eden, sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği alanında, yasa koyucu ile yasa koyucunun yürütme veya idareye verdiği yetki sonucu, bu organlarca kabul edilen genel, objektif kural veya hükümlerin tümüdür” (md.45/II).

5510 sayılı kanun md.21/I hükmü ile Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin ifadesi dikkate alındığında işverenin sorumluluğunun sadece iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında yer alan yükümlülüklerin yerine getirilmesiyle sınırlandırıldığı yönünde bir izlenim ortaya çıkmaktadır¹¹³. Ancak Yargıtay kararları incelendiğinde mevzuatta belirtilmemiş olsa bile, işverenin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması amacıyla gerekli olanı yapmak ve gereken koşulları sağlamak, araçları eksiksiz bir şekilde temin etmekle yükümlü olduğuna hükmettiği görülmektedir¹¹⁴. Aslında Yargıtayın bu yöndeki yorumu, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatımızın da bir gereğidir. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu md.4/I-a'ya göre işveren, “Mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil *her türlü tedbirin* alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yap(malıdır)”. Bu ifade gereği işveren, mevzuatta öngörülmemiş olsa dahi bilimsel ve teknolojik gelişmelerin gerekli kıldığı her türlü iş güvenliği önlemlerini almak zorundadır¹¹⁵.

113 Keser, 140.

114 Y10HD, 04.03.2008, 6310/2821, Güzel, 322-323. Y10HD, 27.05.2008, 2626/7283, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015. Y10HD, 17.04.1984, 2029/2140, Şakar, 132. Y10HD, 18.11.1991, 10815/19243, Keser, 145, dn.16.

115 Süzek, 408-410.

İş sağlığı ve güvenliği mevzuatı hükümlerine aykırılık bizatihi kusur durumunu oluşturarak, işverenin Kurum karşısında sorumluluğuna yol açacaktır. Burada kusurun derecesinin kasıt olması zorunlu değildir, hafif ihmal söz konusu olduğu takdirde de Kurumca işverene rücu davası açılabilecektir¹¹⁶. İş sağlığı ve güvenliği mevzuatında işverenin uyması gereken yükümlülükler çok geniş düzenlendiğinden, iş sağlığı ve güvenliği kurallarına işçinin uymadığı durumlarda da, çoğunlukla eğitim ve denetim yükümlülüğünün ihlalinden hareketle gene işverenin sorumluluğuna gidilebilmektedir. Burada ise işverenin sorumluluğunun kapsamı objektifleştirilmiş ölçütlere göre belirlendiğinden işverenin Kurum karşısındaki sorumluluğu deyim yerindeyse kusursuz sorumluluğa yaklaşmaktadır¹¹⁷. İşverenin, işçi karşısındaki sorumluluğunun bu ölçüde geniş tutulması yerindedir ve aynı zamanda gereklidir. Ancak Kurumun açacağı rücu davalarında işverenin sorumluluğunun bu ölçüde genişletilmesi gözden geçirilmelidir¹¹⁸. Sosyal Güvenlik Kurumu toplumsal risklere karşı sigortalı veya hak sahiplerine güvence sağlarken asıl amaç, işvereni Kurumun yapmış olduğu her türlü ödeme ve bağladığı gelirlerden ötürü sorumlu tutmak değildir. Burada temelini Anayasada bulan toplumsal bir ödevin yerine getirilmesi söz konudur. Bu itibarla Sosyal Güvenlik Kurumunun sigortalı çalıştırdığına dair bildirim yükümlülüğünü yerine getiren işverene karşı rücu hakkının, kusursuz sorumluluğa yaklaşan bir düzenlemedense, işverenin kastı, bağışlanamaz kusuru yahut ağır ihmaliyle sınırlandırıldığı bir düzenlemeye kavuşturulması daha isabetli olacaktır¹¹⁹. Nitekim sosyal sigorta sistemi sayesinde risk, geniş bir topluluğa dağıtılmaktadır. Bu şekilde dağıtılmış ve paylaştırılmış bir riski tekrar bir şahsa, kusursuz sorumluluğa yaklaşacak düzeyde yüklemenin bir anlamı yoktur¹²⁰.

bbb) Kaçınılmazlık

5510 sayılı kanun md.21/I'de "İşverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır" ifadesine yer verildiği görülmektedir. Bu

116 Tuncay-Ekmekçi, 375. Şakar, 132. Sözer, 138. Keser, 140.

117 Başterzi-Yıldız, 11.

118 Şakar, 130.

119 Başterzi-Yıldız, 11-14. Şakar, 135.

120 Balıkesir İş Mahkemesinin Sosyal Sigortalı Kanunu'nun 26. maddesinin birinci fıkrasının Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine yaptığı başvurunun gerekçe kısmından alınmıştır (AYM, 02.05.1991, 28/11, <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/>, 27.04.2015).

çerçevede kaçınılmazlığın ne olduğu üzerinde durmak isabetli olacaktır. Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğine göre kaçınılmazlık, “olayın meydana geldiği tarihte geçerli bilimsel ve teknik kurallar gereğince alınacak tüm önlemlere rağmen, iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesi durumudur. İşveren alınması gerekli herhangi bir önlemi almamış ise olayın kaçınılmazlığından söz edilemez” (md.45/III). Öğretide ise kaçınılmazlık genellikle, önüne geçmenin imkansız olduğu, hangi boyutta dikkat sarf edilirse edilsin oluşması engellenemeyen fiiller ve olaylar olarak tanımlanabilmektedir. Diğer bir ifadeyle teknolojik nedenlerle veya teknoloji kullanımından dolayı alınan önlemlerin ve kullanmadaki özenin, gösterilen itina ve dikkatin hiçbir şekilde etkili olmadığı, zarar verici olayın oluşunun hiçbir vasıta ile engellenemediği, engellenmesi mümkün olmayan durumlardır. Kaçınılmazlığın en belirgin örneği olarak tabiat olayları, doğal afetler ve sosyal olaylar gösterilebilir. İş kazasının yıldırım çarpması, kasırga, deprem, sel gibi doğa olaylarının veya savaşı, genel grev, askeri darbe gibi beşeri ya da sosyal olayların sonucu meydana gelmesinde kaçınılmazlık nedeniyle işverenin sorumluluğuna gidilemeyecektir. Ayrıca öğretide iş kazası veya meslek hastalığının, teknik arıza ile araç ve gereçlerdeki yapım hatalarından kaynaklanması durumunda da kaçınılmazlığın kabul edilebileceği belirtilmektedir. Bununla birlikte kazanın, deneyimsiz işçi çalıştırılması, bakım hatası, fabrika çıkışlı olsa da makinede koruyucu bulunmaması yüzünden meydana gelmesi hallerinde, iş kazasının kaçınılmazlığından söz edilemeyeceği ifade edilmektedir¹²¹.

5510 sayılı kanunda yer verilen işverenin sorumluluğunda kaçınılmazlık ilkesinin dikkate alınacağı yönündeki ibare, kaçınılmazlıktan dolayı işverenin sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği sorusunu gündeme getirmiştir. Öğretide isabetli olarak belirtildiği üzere 5510 sayılı kanunda yer verilen ilgili ifade gereği işveren kaçınılmazlık durumundan sorumlu tutulamayacaktır¹²². Nitekim 5510 sayılı kanun md.21/I hükmüyle işverenin Kurum karşısındaki sorumluluğu kusur sorumluluğu olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır ibaresi gereği, kaçınılmazlığın etkili olduğu olaylarda işverenin sorumluluğu doğmamalıdır¹²³. Ancak bir görüşe göre kanunda yer verilen düzenleme kaçınılmazlıktan dolayı işverenin sorumlu tutulmasına yol açacak şekilde yorumlanabilecektir. Kanun

121 Ergin, 138-139. Tuncay, 185, 187. Keser, 141, 143.

122 Tuncay-Ekmekçi, 375. Güzel-Okur-Caniklioğlu, 482. Sözer, 139.

123 Keser, 143.

koyucu yersiz düzenleme yapmayacağından işveren, kaçınılmazlıktan da sorumlu tutulacaktır¹²⁴. Yargıtay uygulamasına baktığımızda ise işverenin kaçınılmazlıktan sorumlu tutulmadığı görülmektedir¹²⁵.

Kaçınılmazlık kavramı çerçevesinde işverenin Kurum karşısındaki sorumluluğunun ne şekilde belirleneceği bakımından, iş kazası ile meslek hastalığı ayrı ayrı ele alınmalıdır. İş kazası açısından kaçınılmazlık ile ilgili karşılaşılan ilk sorun kaçınılmazlığın mutlak olarak mı nispi olarak mı uygulanacağı hususudur. Bu itibarla kaçınılmazlık kavramının biraz daha açılması gerekmektedir. Öğretide belirtildiği üzere kaçınılmazlık bir ilke değil, borçluyu borcundan kurtaran ya da borçlunun fiili ile ortaya çıkan zarar arasındaki uygun illiyet bağıını kesen mücbir sebep ya da umulmayan halin en önemli unsurudur. Mücbir sebep ile umulmayan hal kavramları birbirine karıştırılmaktaysa da, mücbir sebep borçlu veya sorumlunun işletme veya faaliyetine yabancı, dışarıdan gelen bir olay iken, umulmayan hal işletme veya faaliyet içi bir olay da olabilir. Ayrıca mücbir sebep daima illiyet bağıını kesmekteyken, umulmayan hal illiyet bağıını tek başına kesmeyebilir. Başka bir ifadeyle umulmayan halde kaçınılmazlık sübjektiftir, sorumlu veya borçlu açısındandır. Mücbir sebepte ise kaçınılmazlık objektif, diğer bir ifadeyle herkes için geçerlidir, mutlak bir anlam taşır¹²⁶. Kısacası umulmayan hal kusura dayanmayan ve öngörülemez bir olayı ifade etmekteyse de, umulmayan halin belirleyici unsuru önceden öngörülmesi halinde engellenmesinin mümkün olmasıdır¹²⁷. Dolayısıyla kaçınılmazlık, mücbir sebebin bir unsuru olarak görülürse, mutlak bir nitelik taşıyacaktır, illiyet bağı kesileceğinden ötürü işverenin sorumluluğuna gidilemeyecektir. Ancak mücbir sebebin yanı sıra umulmayan halin de bir unsuru olarak görülecekse, bu durumda iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde işveren, sigortalı veya üçüncü kişinin kusuruyla birlikte kaçınılmazlığın da varlığından söz edilebilecek ve rücu davasında işverenin sorumluluğu belirlenirken indirim sebebi niteliği taşıyacaktır.

124 Aslanköylü, 36. Bu görüşü ileri süren yazar daha sonra görüşünü değiştirmiştir. Yazara göre amaca yönelik yorum gereği işveren, hatta üçüncü kişi kaçınılmazlıktan sorumlu tutulmamalıdır (Aslanköylü, Şerh, 975).

125 YHGK, 27.02.2013, 10-1141/282, Y10HD, 24.10.2014, 24013/20527, Y10HD, 31.05.2011, 606/7979, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015. Y10HD, 25.04.2006, 2442/6006, Tuncay, 183-184.

126 Tuncay, 187. Tuncay-Ekmekçi, 376-377. Başterzi, 114-115.

127 Güneş, 49.

Bir görüşe göre 5510 sayılı kanunda, kanun koyucu aksini belirtmediğinden kaçınılmazlık ilkesi mutlak olarak ele alınmıştır. Kaçınılmazlık nispi olarak düzenlenmek istenseydi madde metninde kaçınılmazlık ilkesi bağlamında indirim yapılacağına hüküm altına alınması gerekirdi. Mutlak anlamda kaçınılmazlık ele alındığından, kaçınılmazlık sonucu meydana gelen iş kazası hallerinde işverenin kusursuz olduğu sonucuna varılmalı, Kurumun işverene rücu imkanı ortadan kalkmalıdır. Zira mutlak kaçınılmazlık kusuru ortadan kaldırır. Bu çerçevede umulmayan hal kaçınılmazlık olarak nitelendirilmemelidir. Kaçınılmazlık oranı belirleyen bilirkişi raporları ile bu raporlara uyan yargı kararları adil bir sonucun ortaya çıkması açısından yeterli değildir¹²⁸.

Diğer görüşe göre ise 5510 sayılı kanunda kaçınılmazlık sadece mücbir sebebin bir unsuru olarak ele alınmamıştır. Kaçınılmazlık unsuru her olayın kendi özelliği çerçevesinde bazen mücbir sebep kapsamında bazen de umulmayan hal çerçevesinde ve sübjektif anlamda değerlendirilmelidir¹²⁹.

Yargıtayın kaçınılmazlığı nispi olarak gördüğü söylenebilir. Zira Yargıtay bir kararında¹³⁰, “davalı işverene % 40, kazalıya % 20 kusur verilmiş, olayda % 40 oranında kaçınılmazlık bulunduğu bilirkişi raporu ile tesbit edilmiştir. Bu durumda, % 100 kusur esasına göre tesbit edilen tavandan % 40 kaçınılmazlık, % 20 sigortalı kusuru düşülerek ... davalının sorumlu tutulacağı tavan tazminat tutarı bulunmalı(dır)” ifadesine yer vermiştir. Ancak Yargıtayın son kararlarında yer alan ifadelerden, mutlak kaçınılmazlık anlayışına yönelen bir gidişin var olduğu da görülmektedir. Yargıtayın yeni tarihli verilen kararlarından birine¹³¹ göre, “... Gerek Mülga 1475 Sayılı İş Kanunu’nun 73, gerekse 4857 Sayılı İş Kanunu’nun 77. maddeleri uyarınca, işverenler işyerlerinde işçi sağlığı ve iş güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksatsız bulundurmakla yükümlüdür. Hatta, mevzuatta yer almamış olsa bile işveren, işçi sağlığı ve iş güvenliği yönünden aklın, bilimin, tekniğin gerekli gördüğü her türlü önlemi almak zorundadır. Bununla birlikte, iş kazalarının ancak tümüyle kaçınılmaz olduğu durumlarda işverenin sorumluluğundan sözedilemez.

128 Ergin, 139.

129 Tuncay, 188.

130 Y10HD, 01.04.2003, 1424/2992, www.kazanci.com.tr, 24.05.2014.

131 YHGK, 27.02.2013, 10-1141/282, www.kazanci.com.tr, 24.05.2014.

Kaçınılmaz bir sebepten kaynaklanan iş kazası veya meslek hastalığından ötürü işverenin sorumlu tutulması için ilgili mevzuatın öngördüğü tüm önlemlerin alınmış olması gerekir. ... Somut olayın incelenmesinde, Yerel Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, iş kazasının meydana gelmesinde işverenin %80 kusurlu olduğu ancak %20 oranında kötü tesadüfün rol oynadığı tespiti yapılmış ise de, yukarıda yapılan açıklamaların ışığında, özellikle işverenin Yapı İşlerinde İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü hükümlerine aykırı hareketlerinin varlığının tespit edilmiş olması karşısında, iş kazasının meydana gelmesinde kaçınılmazlık faktörünün rol oynadığından bahsetmek ve işverenin rücu ile sorumlu olduğu miktarın belirlenmesinde kaçınılmazlığı dikkate almak mümkün değildir". Bu çerçevede ele alınabilecek diğer bir kararına¹³² göre de, "iş kazalarında ilgililerin kusur durumları belirlenirken kaçınılmazlığın da göz önünde bulundurulması ve belirlenen kaçınılmazlık payından işverenin sorumlu tutulmaması gerekmektedir. Kaçınılmazlık olgusundan ise, işçi sağlığı ve iş güvenliği konusunda geçerli mevzuat hükümleri çerçevesinde, doğabilecek olası zararlı sonuçların önlenmesi yönünde, duruma ve koşullara göre ilgililerden beklenebilecek tüm özenli ve dikkatli çabaya karşın sigortalıyı bedence veya ruhça arızaya uğratan iş kazasının meydana gelmesi durumunda söz edilebilir. Günümüz teknolojisinde bir takım olayların sonuçlarının kısmen kaçınılmazlık/kötü rastlantılarla açıklanması, alınabilecek önlemler düşünülmediğinde olanaksızdır".

Sonuç olarak şu husus ifade edilmelidir ki, kanaatimizce kaçınılmazlık mutlak olarak algılanmalıdır. Diğer bir ifadeyle iş kazasının kaçınılmazlık sonucu gerçekleştiği tespit edildiği takdirde, burada ortaya çıkan kaçınılmazlık mücbir sebebin bir unsuru olacaktır ve illiyet bağıını keseceğinden ötürü işverenin sorumluluğuna gidilemeyecektir. Yukarıda belirtilen Yargıtay kararlarının içeriğinden de bu husus çıkarılabilir. Ayrıca ilgili Yargıtay kararlarının yanı sıra Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin yorumundan da bu sonuca ulaşmak mümkündür. İlgili yönetmelikte kaçınılmazlık tanımlanırken, "işveren alınması gerekli herhangi bir önlemi almamış ise olayın kaçınılmazlığından söz edilemez" (md.45/III) ifadesine yer verilmiştir. Bu ifadenin yorumundan, işverenin herhangi bir önlemi almaması durumunda kusurlu kabul edileceği, kusurlu kabul edildiği durumda ise

¹³² Y10HD, 24.10.2014, 24013/20527, www.kazanci.com.tr, 24.05.2014. Aynı doğrultudaki diğer Yargıtay kararları için bkz.; Y10HD, 04.03.2008, 6310/2821, Güzel, 322-323. Y10HD, 05.02.2013, 24480/1255, Y10HD, 10.06.2013, 20593/12975, www.kazanci.com.tr, 24.05.2014.

iş kazasının meydana gelmesinde kısmen kaçınılmazlığın varlığından söz edilemeyeceği çıkarımına ulaşmak mümkündür. Diğer bir ifadeyle işveren alması gereken her türlü önlemi aldıysa, zaten kusuru yoktur ve kendisine rücu davası yöneltilemeyecektir.

Yargıtay kararlarının gelişimi ve Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğindeki hükmün yorumundan ulaşılan sonuç olumludur. Zira işverenin tedbir alması durumunda ortaya çıkabilecek olumsuz durumlar bertaraf edilebilecektir¹³³. Kaldı ki işveren her türlü önlemi alsaydı dahi iş kazasının gerçekleşmesinde kaçınılmazlığın olabileceği belirtilerek işverenin sorumluluğunda indirim gitmek, önlem almayan işvereni ödüllendirmek anlamına da gelecektir. Ayrıca işverenin gerekli önlemleri almadığı bir olayda önlem alınsaydı kazanın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini yahut iş kazasının gerçekleşmesinde rol oynayıp oynamayacağını belirlemek de oldukça zordur.

İş kazası çerçevesinde kaçınılmazlığın ortaya çıkmasıyla ilgili bir durumun daha üzerinde durulmalıdır. Kaçınılmazlık tanımlanırken belirtildiği üzere öğretide, teknik arıza ile araç ve gereçlerdeki yapım hatalarının yol açtığı iş kazası veya meslek hastalığı hallerinde de kaçınılmazlıktan söz edilebileceği ifade edilmektedir. Kanaatimizce bu gibi haller, her zaman için kaçınılmazlık kapsamına sokulmamalıdır. Teknik arıza veya araç-gereçlerdeki yapım hatalarının yol açtığı iş kazası veya meslek hastalığı hallerinde işverenin kusurunun bulunduğu tespit edilemediği sürece işverenin sorumluluğuna gidilemeyecekse de, Kurum yaptığı ödemeleri ve bağladığı geliri yine de rücu etme olanağını elde edebilir. Hukukumuzda ürün sorumluluğu gereği üretici veya üretici gibi kabul edilen kişilerin (tedarikçi, dağıtıcı, ithalatçı) de sorumluluğuna gidilebileceği kabul edilmektedir. Ürün sorumluluğu kavramıyla, üretici veya üretici sayılan çeşitli kategorideki araçların, piyasaya sürdükleri malın ayıplı olmasından kaynaklanan zararlardan dolayı tazmin yükümlülüğü ifade edilmektedir¹³⁴. Bu çerçevede kazaya uğrayan işçinin üreticiden uğradığı zararın giderilmesine yönelik talep hakkına sahip olduğu hallerde, Kurumda üçüncü kişi sıfatıyla üretici veya üretici gibi kabul edilen kişilere yaptığı masrafları rücu edebilecektir. Bu konuda ise özellikle 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun hükümlerinden hareket edilebilir.

133 Uşan, 406.

134 Kırca, 1. Özel, 874. Karaman, 296. Havutçu, 21.

4703 sayılı kanun ile getirilen hukuki sorumluluk konusunda öğretide bir tartışmanın var olduğu görülmektedir. Bir görüşe göre, ilgili kanunla üreticiler açısından kusursuz sorumluluk getirilmiştir¹³⁵. Hatta kurtuluş kanıtı getirilmesi mümkün olmayan tehlike sorumluluğunun kanunda düzenlendiğini savunan görüşlere de rastlanmaktadır¹³⁶. Öğretideki diğer bir görüş ise 4703 sayılı kanunla üreticilerin, üçüncü kişilere karşı tazminat sorumluluğunun düzenlenmediğini belirtmektedir¹³⁷. Zira söz konusu yasa ile tüketicinin sağlık ve güvenliğinin sağlanması hedeflenmiş olup, bu amaç çerçevesinde üretici ve dağıtıcılara genel nitelikte bazı yükümlülükler getirilmiştir¹³⁸.

Kanaatimizce 4703 sayılı kanunda üreticinin kusursuz sorumluluğunun, başka bir deyişle hukuki sorumluluğunun düzenlenmediğine dair görüş daha isabetlidir¹³⁹. 4703 sayılı kanunda, sadece kanun hükümlerine aykırı bir durumun ortaya çıkması halinde uygulanacak kamu hukuku yaptırımları yer almaktadır. Bu nedenlerle 4703 sayılı kanun hükümleri, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda yer alan hükümler gibi *genel koruma normları* niteliğini taşımaktadır. Ancak hangi hukuki yaptırımın uygulanacağı konusunda kanunda bir düzenleme yer almaması, 4703 sayılı kanun hükümlerinin ihlali halinde doğan zararlardan ötürü hukuki yaptırım uygulanmayacağı şeklinde yorumlanamaz. Bununla birlikte uygulanacak hukuki yaptırım konusunda genel hükümlere, diğer bir ifadeyle Türk Borçlar Kanununa başvurulması gerekmektedir. Bu hükümler ise kusur sorumluluğuna işaret etmektedir¹⁴⁰. Diğer bir ifadeyle ürünün kullanıcısı olarak işyerinde çalışan işçiler, ürünlerdeki bir ayıp nedeniyle zarara uğradığı takdirde, zararlarının tazmini için TBK md.49 vd. haksız fiil hükümlerine dayanarak üretici aleyhine dava açabileceklerdir¹⁴¹.

Üreticinin veya üretici gibi kabul edilen kişilerin, ayıplı üründen doğan zararları tazmin borcunun doğabilmesi için davranış, zarar, uygun illiyet bağı, kusur ve hukuka aykırılık unsurlarının varlığı araştırılacaktır. Bu iti-

135 Oğuzman-Öz, 665.

136 Korkusuz, 184. Yılmaz, Sebep Sorumluluğu, 559. Antalya, 633.

137 Karaman, 303. Havuççu, 115.

138 Havuççu, 116.

139 Civan, 2043.

140 Süzek, 413-414. Süzek, Çözüm Önerileri, 317. Civan, 2044.

141 Civan, 2050.

barla ayıplı ürünle zarar arasındaki illiyet bağı tazminat istemi için yeterli olmayacak, ayrıca üreticinin ve üretici gibi kabul edilen kişilerin kusurlu olduğunun, hukuka aykırı davrandığının da ispatı gerekecektir¹⁴². Yapılan açıklamalar çerçevesinde yargı kararları gereği Kurum sigortalı ve hak sahiplerinin halefi olarak kabul edildiğinden, Kurum tarafından işçilerin sahip olduğu haklar çerçevesinde üretici veya üretici gibi kabul edilen kişilere rücu davası açılabilecektir. Diğer bir ifadeyle iş kazasının kaçınılmazlık sonucu meydana gelmesine örnek olarak gösterilen teknik arıza ile araç ve gereçlerdeki yapım hataları her zaman için kaçınılmazlık kapsamında yer almaz. Ürün sorumluluğunun doğduğu hallerde kaçınılmazlığın varlığından değil, üçüncü kişi sıfatıyla üretici veya üretici gibi kabul edilen kişilerin sorumluluğundan söz edilmelidir.

Kaçınılmazlığın meslek hastalığı üzerindeki etkisi bakımından ise Yargıtay uygulamasının ele alınması isabetli olacaktır. Yargıtayın bazı kararlarına göre ortaya çıkan hastalık niteliği itibarıyla belirli bir oranda kaçınılmazlığı içerir. Bu yöndeki bir karara¹⁴³ göre, "... İş kazasında; olayın özelliğine göre, kaçınılmazlık hiç olmayabileceği halde, meslek hastalığında, bu hastalığın niteliği itibarıyla belli oranda kaçınılmazlığın varlığı gerekli ve zorunludur. ... Sigortalının işyerlerinde 32 yıldan daha kısa bir süre çalışması halinde, kaçınılmaz maluliyet oranı; çalışılan yıl sayısı: 32, yıl ortalaması ile çarpılarak kaçınılmaz maluliyet oranı belirlenmelidir. Sigortalının 18 yaşından sonra çalışmaya başlaması halinde ise; her yıl için 32 yıldan 3 yıl indirilerek kaçınılmaz maluliyet belirlenmeli, artık yaşlar için orantılama yoluyla indirime gidilmelidir".

Yargıtayın belirtilen nitelikteki kararlarından çıkan sonuç, işveren her türlü önlemi alsa dahi meslek hastalığının belirli bir oranda oluşması kaçınılmazdır¹⁴⁴. 506 sayılı kanun ile 5510 sayılı kanunda işverenin sorumluluğunda kaçınılmazlık ilkesinin dikkate alınacağı düzenlendiğinden, işveren kaçınılmazlık sonucu ortaya çıkan maluliyetten sorumlu tutulamaz. Dolayısıyla her ki kanunda da kaleme alınmış olan ilgili düzenleme, yukarıda yer verilen Yargıtay kararında geçen 32 yıl formülünün hukuki dayanağını

142 Özel, 875. Üreticinin hukuki sorumluluğu konusunda haksız fiil unsurlarının ne zaman gerçekleştiği, ne şekilde yorumlanması gerektiği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.; Karaman, 305-307.

143 Y21HD, 14.05.2009, 6246/6889, Başterzi, 113-114. Yargıtayın meslek hastalığında kaçınılmazlığın bir miktar payının olduğunu kabul ettiği diğer kararları için bkz.; Y10HD, 10.03.1998, 1781/1811, Y10HD, 14.10.2008, 12312/12715, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015.

144 Balci, 160.

oluşturmaktadır¹⁴⁵. 32 yıl formülü, bilimsel veriler ışığında kabul edilmiştir. Bilimsel verilere göre 18 yaşında maden ocağının yer altı işlerinde çalışmaya başlayan bir sigortalı, 32 yıl yer altında çalışması halinde, yer altında çalıştığı işin niteliğine göre %8-%12 oranında kaçınılmaz olarak maliyete uğrayacaktır¹⁴⁶. Ancak Yargıtay'ın son dönem kararları her meslek hastalığı açısından kaçınılmazlığın olmayacağı yönündedir.

Yargıtayın bir kararına¹⁴⁷ göre, “İşyerinde alınması gereken önlemlerin hiçbirinin işveren tarafından alınmadığının belirtilmiş olmasına karşın, “meslek hastalığının meydana gelmesinde sigortalının bünyesel yapısına bağlı özelliklerinin de söz konusu olabileceği nedenle kaçınılmazlık faktörünün de etkisi bulunduğu” yönünde düşünceye dayalı, kendi içerisinde çelişki taşıyan rapor esas alınarak hüküm kurul(ması)” bozma nedenidir. Diğer bir kararda¹⁴⁸ ise, “... uygulamada 32 yıl formülü olarak adlandırılan ve yer altı kömür madeni işyerlerindeki toz oranının mevcut teknolojik olanaklarla belirli bir oranın altına indirilmesinin mümkün olmadığı ve yer altı çalışma koşulları tümüyle kontrol altına alınamayacağı için, 32 yıllık bir çalışma süresi sonunda meslek hastalığı üzerinde belirli oranda kaçınılmazlığın etkili olacağı kabulünden hareket eden yaklaşımın, yer altı kömür madeni işyeri dışındaki çalışmalardan kaynaklanan meslek hastalıklarına dair kusur incelemesinde esas alınma olanağı bulunmamaktadır. Aksi görüş kabul edildiğinde, her tür meslek hastalığının oluşumunda belirli oranda kaçınılmazlığın etkili olacağı kabulüne yol açacaktır. Böylesi bir yaklaşımın ise, gelişen bilimsel ve teknolojik olanaklarla sosyal güvenliğin yöneldiği amaçla bağdaştırılma olanağı bulunmamaktadır” ifadelerine yer verilmiştir.

Belirtilen kararların içeriğinden iki sonuca ulaşmak mümkündür. Birincisi meslek hastalığında kaçınılmazlığın bulunduğu kabul edilebilmesi için işverenin gerekli tüm önlemleri alması gerekmektedir. Gerekli önlemler alınmadığı takdirde kaçınılmazlıktan söz edilemeyecektir. Bu yaklaşım bizi mutlak kaçınılmazlık anlayışına götürür. İş kazası açısından da kaçınılmazlığın mutlak kaçınılmazlık olarak kabul edilmesinin daha isabetli

145 Başterzi, 117-118.

146 Turan, Rücu, 69.

147 Y10HD, 05.02.2013, 24480/1255, www.kazanci.com.tr, 24.05.2014. Aynı doğrultudaki diğer bir Yargıtay kararı için bkz.; Y10HD, 01.12.2011, 8217/16816, Uşan, 404-405.

148 Y10HD, 10.04.2012, 3516/7035, www.kazanci.com.tr, 24.05.2014.

olacağını belirttiğimizden ötürü, Yargıtay kararlarından ulaştığımız sonuç yerindedir. İkincisi ise 32 yıl formülünün artık isabetli olarak tüm meslek hastalıklarında uygulanmayacak olduğudur. Bu yaklaşımında son derece isabetli olduğu söylenmelidir. Yargıtay şu an için 32 yıl formülünü halen yer altında çalışanlar açısından uygulayacak gibi görünmektedir. Ancak teknolojik gelişmeler neticesinde bu içtihadın da değişme ihtimali olduğu düşünülmektedir.

cc) 5510 sayılı kanun md.23 açısından

Sigortalıların bildirim ve tescili 5510 sayılı kanun md.8'de düzenlenmiştir. İlgili hükme göre işverenler, md.4/I-(a) bendi kapsamında sigortalı sayılan kişileri, md.7/I-(a) bendinde belirtilen sigortalılık başlangıç tarihinden önce, sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirmekle yükümlüdür. İşte belirtilen bildirim yükümlüğü ihlal edilmiş ve sigortalı kaçak çalıştırılırken iş kazası veya meslek hastalığına uğramışsa işverenin muhatap olacağı yaptırım ve rücu davasının koşulları ise 5510 sayılı kanun md.23 hükmünde düzenlenmiştir. İlgili hükme göre, "Sigortalı çalıştırmaya başlandığının süresi içinde sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirilmemesi halinde, bildirgenin sonradan verildiği veya sigortalı çalıştırıldığı Kurumca tespit edildiği tarihten önce meydana gelen iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık halleri sonucu ilgililerin gelir ve ödenekleri Kurumca ödenir. ... Kurumca yapılan ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü masrafların tutarı ile gelir bağlanırsa bu gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri tutarı, 21 inci maddenin birinci fıkrasında yazılı sorumluluk halleri aranmaksızın, işverene ayrıca ödettirilir". Görüldüğü üzere işverenin sorumluluğunun doğması için iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinden önce işe giriş bildirgesi verilmemiş olması tek başına yeterlidir. Ayrıca iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde işverenin kastının bulunması veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketinin bulunması gerekli değildir¹⁴⁹. Ancak işe giriş bildirgesi yasal süre geçtikten sonra verilmiş olsa bile, iş kazası yahut meslek hastalığı bildirgenin verilmesinden sonra ortaya çıkmışsa Kurum 5510 sayılı kanun md.23 hükümleri uyarınca işverenin sorumluluğuna gidemeyecektir. Zira böyle bir durumda ortada kaçak işçi çalıştırılması durumu bulunmamakta, Kurum geç de olsa sigortalı çalıştırıldığını öğrenmiş bulunmaktadır¹⁵⁰.

149 Tuncay-Ekmekçi, 380. Turan, Rücu, 92.

150 Tuncay-Ekmekçi, 381.

İşverenin işe giriş bildirgesi vermemesi sorumluluğun doğumu için yeterli olduğundan, işverenin sorumluluğunun hukuki niteliği üzerinde de durmak gerekmektedir. Öğretideki bir görüşe göre, 5510 sayılı kanun md.23'de düzenlenen sorumluluk, kusur sorumluluğudur. İşverenin kusuru ise zarar verici fiilin meydana gelmesinde işverenin kastı veya ihmali yahut iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketinden değil, mevzuat gereği sistemin öngördüğü bürokratik işlemleri yapmaması, ihmal etmesi ve bu nedenle kanun hükümlerine aykırı hareket etmesinden kaynaklanmaktadır¹⁵¹. Bu görüşe karşılık, öğretideki hakim görüşe¹⁵² ve Yargıtay kararlarına¹⁵³ göre 5510 sayılı kanun md.23'den doğan sorumluluk, kusursuz sorumluluk olarak kabul edilmektedir. Bu itibarla iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde işverenin kusuru olsun veya olmasın, bildirim yükümlülüğünü ihlal eden işveren rücu davasının muhatabı olabilecektir.

Bildirim yükümlülüğünü ihlal eden ve işyerinde iş kazası meydana gelen işverenin alt işveren konumunda bulunması halinde, asıl işveren de 5510 sayılı kanun md.23'de düzenlenen kusursuz sorumluluğun muhatabı olabilecektir. Alt işverenin bildirim yükümlülüğünü ihlal etmiş olması yeterli olup, asıl işverenin de müteselsil sorumluluğuna gitmek için ayrıca kusurunun bulunup bulunmadığına bakılmayacaktır. Zira bir Yargıtay kararında¹⁵⁴ da belirtildiği üzere asıl işverenin sorumluluğu kusursuz sorumluluğa dayanmaktadır.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi bağlamında üzerinde durulması gereken bir ihtimal de, kurulan ilişkinin muvazaalı olması halinde ne olacaktır. Asıl işveren-alt işveren ilişkisindeki muvazaa genellikle nispi muvazaa olarak ortaya çıkar. Nispi muvazaanın yaptırımını da görünürdeki işlemin geçersiz sayılması, altta yatan tarafların gerçek iradesine uygun gizli iş-

151 Ergin, 133.

152 Güzel-Okur-Canıklıoğlu, 491-492, 495. Tuncay-Ekmekçi, 381. Süzek, 2. Bs., 359. Okur, 225. Sözer, Değerlendirme, 249. Güneş, 58-60. Kusursuz sorumluluk görüşü kapsamında işverenin sorumluluğunun objektif özen yükümlülüğünün ihlaline dayanan kusursuz sorumluluk olduğu da ifade edilmektedir (Güneş, 60). Öğretideki bir görüşe göre ise bildirim yükümlülüğünü ihlal eden işverenin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk yerine, kusura dayanan sorumluluk olarak düzenlenmesi sosyal güvenliğin iş kazalarının ve meslek hastalıklarının önlenmesi amacına daha iyi hizmet edecektir. Bildirim yükümlülüğünü ihlal eden işverene göre daha ağır bir yaptırım getirilmesi için de bildirim yükümlülüğünü ihlal eden işverenin her türlü kusurundan sorumlu tutulması isabetli olacaktır (Başterzi-Yıldız, 16-17).

153 Y10HD, 08.07.2014, 10546/16615, Y10HD, 05.03.2013, 1800/3983, Y10HD, 18.03.2014, 12130/6187, Y10HD, 13.03.2014, 14278/5790, Y10HD, 30.01.2014, 25209/1727, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015.

154 Y10HD, 13.03.2014, 14278/5790, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015.

lemin ise kanunda öngörülen şekil şartı gibi unsurları taşıması halinde geçerli sayılmasıdır. Bu bakımdan alt işveren işçileri, 4857 sayılı kanun md.2/VII hükmüne gitmeye dahi gerek olmaksızın genel hükümler gereği başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi olarak kabul edilmelidir. Diğer bir deyişle muvazaalı asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı halinde alt işveren olarak gösterilen kişi işçileri Kuruma bildirme yükümlülüğünü ihlal etmişse, işçilerin gerçek işvereni olan ve asıl işveren olarak gösterilen kişinin sorumluluğuna doğrudan 5510 sayılı kanun md.23 gereği gerçek işveren sıfatıyla gidilebilecektir. Ancak muvazaalı asıl işveren-alt işveren ilişkisinde alt işveren olarak gösterilen kişi işçileri Kuruma bildirme yükümlülüğünü yerine getirmişse, kurulan ilişkinin muvazaalı olması işçilerin çalıştırıldığından Kurumun haberdar olmadığı anlamına gelmez. Alt işveren tarafından sigortalı olarak gösterilen ancak asıl işverenin işçisi olan işçiler iş kazasına ya da meslek hastalığına maruz kalırsa, gerçek işveren olan asıl işverenin sorumluluğuna 5510 sayılı kanun md.21 hükümlerine göre gidilmelidir.

İşverenin sorumluluğu kusursuz sorumluluk olarak kabul edilse de, rücu miktarı hesaplanırken Yargıtay tarafından kusur oranlarının dikkate alındığı görülmektedir. Bu çerçevede iş kazasının meydana gelmesinde işverenin kendi kusurunun yanı sıra işçinin kusurunun ya da kaçınılmazlığın da rol oynadığı hallerde, işveren işçinin kusurunun veya kaçınılmazlığın tamamına katlanmamakta, uygun bir indirim yapılarak işçinin kusurunun veya kaçınılmazlığın çoğuna katlanmaktadır. Bu yöndeki kararlara¹⁵⁵ göre, zararlandırıcı sigorta olayında işveren hiç kusuru olmasa bile, Kurumca yapılan sosyal sigorta yardımlarının *tamamından* sorumlu tutulmalıdır, ancak 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu md.51'deki "Hakim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler" ifadesi ile md.52'deki "Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hakim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir" ibaresi, ayrıca sigortalının müterafik kusuru gözetilerek Kurumun rücu alacağından *uygun bir indirimin* yapılması gerektiği kabul edilmelidir. İşverenin hiç kusuru olmasa bile Yargıtaya¹⁵⁶ göre, tarafların kusur oranı gözetilmeksizin belirlenen ilk

155 Y10HD, 21.06.2013, 18576/14154, Y10HD, 08.07.2014, 10546/16615, Y10HD, 18.03.2014, 12130/6187, Y10HD, 13.03.2014, 14278/5790, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015.

156 Y10HD, 21.01.2014, 6595/923, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015.

peşin sermaye değerinden, sigortalının kusurunun %50`sinden az olmak üzere hakkaniyet indirimi¹⁵⁷ yapılarak Kurum zararının belirlenmesi gerektiği de belirtilmektedir. Hakkaniyet indirimi sigortalının müterafik kusurundan daha az olmalıdır ki, 5510 sayılı kanun md.21 hükmü ile md.23 hükmü arasında bir fark olsun. Zira 5510 sayılı kanun md.23`ün öngördüğü sorumluluk durumu md.21`in öngördüğü duruma göre daha ağırdır¹⁵⁸. 506 sayılı kanun dönemine ilişkin verilen bir kararda da kaçınılmazlık durumunun işverenin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı, tazminattan indirim sebebi olacağı ifade edilmiştir¹⁵⁹. Öğretideki bir görüşe göre 5510 sayılı kanun md.23`e aykırılığın herhangi bir indirim konu olması madde nin amacına aykırılık oluşturacaktır. Bu itibarla işveren tam ve mutlak bir sorumlulukla karşı karşıya bırakılarak caydırıcılık esası uygulanmalıdır¹⁶⁰. Bununla birlikte kanaatimizce hakimin takdir yetkisini tamamen elinden alacak böyle bir yorum her somut olaya uygun düşmeyebilir.

Yargıtay uygulamasıyla ilgili olarak üzerinde durulması gereken bir konu da, işverenin hiç kusuru olmasa dahi bir ölçüde sorumluluğuna gidilmesi hususudur. İşverenin 5510 sayılı kanun md.21 gereği sorumluluğunun şartları belirlenirken kaçınılmazlığın mutlak nitelik taşıdığı kabul edilmesinin daha isabetli olacağı ifade edilmişti. Kaçınılmazlığın mutlak bir nitelik taşıması halinde meydana gelen kaza ile zarar arasındaki illiyet bağının kesileceği göz ardı edilmemelidir. Aynı şekilde iş kazasının meydana gelmesinde işçinin ağır kusurunun da tespit edilmesi somut olayın özelliğine göre illiyet bağının kesilmesine yol açabilecek niteliktedir. İşte bu gibi durumlarda 5510 sayılı kanun md.23 gereği işverenin sorumluluğuna gidilemeyeceği ileri sürülebilir midir? Nitekim Yargıtay da bir kararında¹⁶¹, zararı meydana getiren olayın tümüyle kaçınılmaz kabul edildiği durumlarda, olayla işveren arasında illiyet bağı bulunmadığından

157 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md.51 gereği hakimin tazminatı belirlerken durumun gereğini ve kusurun ağırlığını dikkate alacağına düzenlenmesine ve md.50 ile md.52`de hakkaniyet indiriminden söz edilmesine karşılık, md.55`de bu hükümlerle çelişen bir düzenlemeye yer verilmiştir. Öğretide isabetli bir şekilde belirtildiği üzere TBK md.55`e rağmen hakkaniyet indirimi varlığını devam ettirmelidir (Süzek, 438. Araslı, Maddi Tazminat, 149. Kılıçoğlu, 424). Bununla birlikte Yargıtay, TBK md.55`de öngörülen hakkaniyet indirimi yasağını verdiği kararlarında dikkate almakta ve hakkaniyet indirimine giden ilk derece mahkemesi kararlarının bozulmasına hükmetmektedir (Y21HD, 19.11.2012, 13919/20491, Y21HD, 28.03.2013, 998/6065, www.kazanci.com.tr, 20.05.2015).

158 Y10HD, 02.04.2002, 2526/2969, Y10HD, 21.04.2005, 991/4404, Güneş, 184, dn. 675, dn. 676.

159 Y10HD, 17.10.1980, 5742/6590, Y10HD, 04.03.1982, 1146/1332, Güzel-Okur-Canıklioğlu, 494, dn. 255.

160 Ergin, 133.

161 Y10HD, 22.01.1981, 6820/221, Tuncay-Ekmekçi, 381, dn. 165. Aksi yöndeki Yargıtay kararı için bkz.; Y10HD, 11.05.1981, 2465/3038, www.kazanci.com.tr, 01.05.2015.

Kurumun işverene yaptığı masrafları rücu edemeyeceğine hükmetmiştir. Gerçekten iş kazası veya meslek hastalığı tümüyle kaçınılmazlığın veya işçinin ağır kusuru ya da kastıyla meydana geldiğinde, ister kusur sorumluluğu ister kusursuz sorumluluk olsun illiyet bağı kesildiğinden ötürü işçi işverene başvuramayacaktır.

Kanaatimizce 5510 sayılı kanun md.23 gereği işverenin sorumluluğunu doğuran illiyet bağı, bireysel iş hukukunda işverenin sorumluluğu belirlenirken dikkate alınan illiyet bağı değildir. 5510 sayılı kanun anlamında iş kazasının ortaya çıkması ve sigortalının veya hak sahiplerinin yardımlara hak kazanabilmesi için kaza ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması yeterlidir. Bununla birlikte işverenin bireysel iş hukuk anlamında iş kazasından dolayı hukuki sorumluluğunun doğabilmesi için kaza ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması tek başına yeterli değildir, ayrıca meydana gelen kaza ile yapılan iş arasında da uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir¹⁶². Diğer bir ifadeyle 5510 sayılı kanun md.23 hükmünün ifadesi gereği, ister 5510 sayılı kanun md.13 gereği sadece sosyal güvenlik hukuku anlamında iş kazası ortaya çıksın, ister bireysel iş hukuku anlamında işverenin sorumluluğunu doğuran iş kazası söz konusu olsun, Kurumun iş kazası veya meslek hastalığından dolayı maddi yardımda bulunması, işverenin de bildirim yükümlülüğünü ihlal etmiş olması sorumluluğun doğması açısından yeterlidir. İlliyet bağının kesildiği ileri sürülerek işverenin 5510 sayılı kanun md.23 gereği sorumluluğuna gidilemeyecek bir durumun var olabilmesi için Sosyal Güvenlik Kurumunun iş kazası veya meslek hastalığı dolayısıyla ödeme yapmasını gerektirmeyecek bir halin ortaya çıkması gerekmektedir. Örneğin işyerinde güneş çarpması sonucu fenalaşan işçi kaldırıldığı hastanede 10 gün sonra güneş çarpması olayıyla ilgisi olmayan kalp krizi nedeniyle ölürse, kaza ile meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağı kesilecektir¹⁶³. İşçinin kalp krizi nedeniyle hastanede hayatını kaybetmesi ise bireysel iş hukuku anlamında işverenin sorumluluğunu doğuran bir iş kazası sayılamayacağı gibi, sosyal güvenlik hukuku anlamında da iş kazası olarak nitelendirilemeyecektir. Bu itibarla güneş çarpması olayıyla bağlantılı olarak verilen geçici iş görmezlik ödeneği bildirim yükümlülüğünü ihlal eden işverene kusursuz sorumluluk gereğince rücu edilebilecektir. Ancak işçinin ölümü nedeniyle hak sahiplerine yapılan yardımlar iş

162 Süzek, 423. Akın, 39-40, 47-49.

163 Belirtilen örnek bir Yargıtay kararına konu olmuştur. İlgili karar için bkz.: Y9HD, 04.05.1970, 2909/4545, Süzek, 423, dn. 56.

kazasıyla bağlantılı olmadığı, illiyet bağı kesildiği için işverene kusursuz sorumluluk hükümleri çerçevesinde rücu edilememelidir. Diğer bir deyişle illiyet bağına kesen nedenler olan üçüncü kişinin veya sigortalının davranışının veya mücbir sebebin, işvereni 5510 sayılı kanun md.23'de öngörülen sorumluluktan kurtarabilmesi için, söz konusu hallerin iş kazasının veya meslek hastalığının oluşumunda değil, sonrasında ortaya çıkmış olması gereklidir¹⁶⁴.

Yukarıda belirtilen istisnai durumlar dışında Kurum tarafından meydana gelen olay, iş kazası veya meslek hastalığı olarak nitelendirildiği süreçte, olay tümüyle kaçınılmazlık veya işçinin ağır kusuru sonucu meydana gelse dahi 5510 sayılı kanun md.23 gereği işverenin sorumluluğuna gidilmelidir. Örneğin işçi işyerinde bulunduğu esnada meydana gelen deprem veya su baskını nedeniyle yaralanır veya hayatını kaybederse, bu gibi durumlar sosyal güvenlik mevzuatı çerçevesinde iş kazası olarak kabul edileceği ve Kurum tarafından sigortalı veya hak sahiplerine gerekli parasal yardımlar yapılacağından¹⁶⁵ dolayı, bildirim yükümlülüğünü ihlal eden işverene 5510 sayılı kanun md.23 gereği rücu davası açılabilir. Burada da Yargıtayın kabul ettiği üzere işverenin kusuru bulunmadığından rücu edilecek miktar belirlenirken kaçınılmazlığın veya işçinin kusurunun çoğu dikkate alınmalıdır.

5510 sayılı kanun md.23 hükmü kapsamında işverenin sorumluluğunun şartlarıyla ilgili olarak ayrıca ilgili kanuni düzenlemenin, "... sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirilmemesi ..." ifadesini içermesi hususu üzerinde de durulmalıdır. Söz konusu ifadeye sıkı sıkıya bağlanacak olursa, sigortalı hakkında işe giriş bildirgesi vermeyen, ancak aylık prim ve hizmet belgelerini vermiş olan işveren açısından bir iş kazası veya meslek hastalığı meydana geldiğinde Kurumun, 5510 sayılı kanun md.23 hükmüne dayanabileceği kabul edilebilir. Bu durum ise 506 sayılı kanun md.10 döneminde ulaşılan isabetli içtihatlar ve maddenin kaçak işçi çalıştırılmasını engelleme amacıyla çelişecektir¹⁶⁶.

164 Güneş, 187-188.

165 Sützek, 2. Bs., 328.

166 Turan, İşverenin Tazmin Sorumluluğu, 220. Turan, 5510 Sayılı Kanun, 201.

Yargıtayın 506 sayılı kanun döneminde verdiği yerinde bir karara¹⁶⁷ göre, “Somut olayda sigortalının 1994 yılında iş kazası geçirdiği, işverenin iş kazasının meydana geldiği tarihi de kapsar biçimde 1979 tarihinden 1999 tarihine kadar primleri ödediği ancak kazadan önce işe giriş bildirgesini süresinde vermediği görülmektedir. Kurumca düzenlenen sigortalıya ait hizmet cetvelinde prim ödeme dönemleri gösterildiği için sigortalıyı da içerir biçimde dönem bordrolarının işverence Kuruma verildiği açıktır. Zira Kurum, prim tahakkukunu prim bordrolarını esas alarak düzenler. Bundan başka Kurumca, kaza geçiren sigortalı hakkında ayrı sigorta sicil dosyası tutmuş, kendisine sigorta sicil numarası verilmiştir. Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğine göre işe alınıp sigortalıya Kurumca Sosyal Sigorta Sicil numarası verilir ve ayrı bir dosya tutulur. *Dava konusu olayda işveren, işe giriş bildirgesini vermemiş olsa bile çalışma dönemlerine ait prim bordrolarını Kuruma verdiğiinden, ayrıca primleri de ödemiş bulunduğundan Kurum sigortalının çalışmalarından haberdar olmuştur ve prim kaybına da uğramamıştır.* Zira 9 ve 10. maddelerin getiriliş amacına aykırı bir davranış söz konusu değildir. Daha önce ifade edildiği gibi 9. ve 10. madde hükümleri ile Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği hükümleri bir bütün olarak yorumlandığında aslolan sigortalıların Kuruma bildirilmesi ve primlerinin ödenmesidir. Bu bildirim işe giriş bildirgesi dışında kalan belgelerle de gerçekleştirilebilir. *10. maddesinin sözünden ve özünden, diğer bildirgeler verilmesine ve primlerin ödenmesine karşın salt işe giriş bildirgesinin verilmemesinin işverenin sorumluluğunu gerektireceği sonucuna varılamamıştır.* Yargıtayımızın yerleşmiş ve oturmuş görüşlerine göre, primler ödenmemiş ve diğer bildirgeler verilmemiş olsa bile, salt kazadan önce işe giriş bildirgesi verilmiş ise işveren 10. madde gereğince sorumlu tutulamamaktadır. Hatta, örneğin, sigortalıya ait işe giriş bildirgesi beş sene önce verilmiş ve hiç prim ödenmemiş olsa bile işverenin sorumluluğu yönüne gidilememektedir. Somut olayda işe giriş bildirgesi verilmemiş ise de diğer bildirgeler verilmiş ve yıllarca prim ödenmiş olduğuna göre bu konudaki işverenleri sorumlu tutup örnekte gösterilen işvereni sorumlu tutmamak ne hukuka, ne yasaya ne de 9 ve 10. maddelerin amacına uygun düşer. Zira hakim evrensel bir hukuk kuralı olan hakkaniyet ilkesini gözetecek karar vermek zorundadır. ... sigortalıya şahsi sicil numarasının verilmiş olduğu işe giriş bildirgesi dışında kalan belgelerde yazılı ise o sigortalının işe giriş bildirgesinin verilmiş olduğu kabul edilmeli, Kurum aksini iddia ediyorsa kendisine ispat imkanı verilmelidir”.

167 Y10HD, 04.05.2001, 8625/3492, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015.

Görüldüğü üzere Yargıtay yukarıdaki kararında, 506 sayılı kanun md.10 kapsamında sorumluluğun doğup doğmadığını belirlerken sadece işe giriş bildirgesinin verilir verilmemesi kistasından hareket etmemiş, işverenin verdiği diğer bildirim ve belgeler çerçevesinde Kurumun sigortalının çalıştırıldığından haberi olup olmadığı üzerinde durmuştur¹⁶⁸. Gerçi 506 sayılı kanun döneminde Yargıtayın aksi yöndeki kararları¹⁶⁹ mevcutsa da, temel kıstas olarak sadece şekli olarak işe giriş bildirgesi verilir verilmemesine bakılmıyorsa Kurumun haberi olup olmadığının benimsenmesi, yasanın kaçak istihdamın önüne geçilmesi yönünde ortaya çıkan amacıyla daha çok bağdaşmaktadır.

Yapılan açıklamalar çerçevesinde kanaatimizce 5510 sayılı kanun md.23 hükmü kapsamında da işverenin sorumluluğunun doğup doğmadığı belirlenirken, 506 sayılı kanun döneminde varılan sonuçtan aksi yönde bir sonuca varmayı gerektiren durum bulunmamaktadır. Burada ortaya çıkan sorun, 5510 sayılı kanunun amaçsal yorumu tabii tutulmasıyla aşılabilecek niteliktedir. Nitekim Yargıtay kararlarında da vurgulandığı üzere 5510 sayılı kanun md.23'ün amacı kaçak işçi çalıştırılmasının engellenmesidir¹⁷⁰. Kurum işçinin çalıştırıldığından haberdar olduğu sürece, iş kazası veya meslek hastalığından dolayı işverenin sorumluluğu 5510 sayılı kanun md.23 kapsamında değil, md.21 çerçevesinde ele alınmalıdır. Diğer bir ifadeyle işe giriş bildirgesi dışındaki yasal belgelerle bildirim yapıldığı takdirde iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle işveren aleyhine açılacak rücu davasının hukuki dayanağını kural olarak 5510 sayılı kanun md.21 oluşturmalıdır.

168 Benzer doğrultudaki diğer Yargıtay kararlarında da, işverenin değişmesi halinde yeniden bildirim verilmesine gerek olmadığı, ya da aynı işverenin ilk işyerinde çalışan sigortalı için işe giriş bildirgesinin verildiği, ancak işçinin iş sözleşmesi sona erdirilmeksizin aynı işverenin başka bir işyerinde çalışmaya devam etmesi gibi hallerde yeniden bildirim verme zorunluluğu bulunmadığına hükmedilmiştir (YHGK, 02.05.1984, 10-207/499, Güzel-Okur-Canikioğlu, 495. dn. 261). Bu gibi durumlarda Kurum işveren aleyhine rücu davasını 5510 sayılı kanun md.21 (506 sayılı kanun md.26) esasına göre yöneltmelidir.

169 Yargıtay bir kararında prim belgelerinin, işe giriş bildirgesi yerine geçmeyeceğine hükmetmiştir. İlgili karara göre, "506 sayılı Yasanın bütünlüğü içinde prim ödeme dışında hiçbir yasal yükümlülüğünü yerine getirmeyen işverenin sadece 4 aylık prim bildirimlerini vermesi onu diğer yasal gereklerden kurtarmayacağı gibi, işe giriş bildirgesi vermektense muaf tutulması da mümkün değildir. Aksine bir kabul şekli fiilen 506 sayılı Kanunun 9 uncu ve 10 uncu maddelerini ve 140/a maddesini işleme hale getirir ve sayıları milyonları aşan işçilerin Sosyal Sigorta Kurumu'na takibini ve kimliklerinin tespitini de imkansız kılar. Oysa, amacı kaçak sigortalı çalıştırmayı önlemek olan ve işçi yanında işvereni de takip olanağı sağlayan 10. maddenin ve yasanın sistematigi içinde diğer ilgili maddelerin bir bütün içinde ele alınması, yasa koyucunun kaçınılmaz amaçlarındandır" (YHGK, 28.04.1999, 10-239/252, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015, aynı doğrultudaki diğer Yargıtay kararları için bkz.; Y10HD, 09.11.1973, 1205/1062, Y10HD, 09.12.1988, 7391/7456, Turcay-Ekmekçi, 381, dn. 163, dn. 164).

170 Y10HD, 08.07.2014, 10546/16615, Y10HD, 30.01.2014, 25209/1727, Y10HD, 18.03.2014, 12130/6187, Y10HD, 13.03.2014, 14278/5790, www.kazanci.com.tr, 24.05.2015.

dd) 5510 sayılı kanun md.21 hükmü ile md.23 hükmünün koşullarının aynı olayda gerçekleşmesi

Yargıtay 506 sayılı kanuna ilişkin verdiği kararlarında¹⁷¹, işveren hem bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemiş, hem de iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde kusurluysa, Kuruma karşı 506 sayılı kanun md.10 (şimdi 5510 sayılı kanun md.23) ile md.26 (5510 sayılı kanun md.21) çerçevesinde aynı anda sorumlu olacaktır. Ancak 506 sayılı kanun md.10'un, md.26 karşısında uygulanma önceliği mevcuttur. Diğer bir ifadeyle Yargıtayın uygulamasından anlaşılacağı üzere hakların yarışması durumunun varlığından söz edilebilecektir. Yargıtayın belirttiğimiz doğrultudaki kararlarının, 5510 sayılı kanun açısından da geçerliliğini koruduğu söylenebilir¹⁷².

Bununla birlikte meydana gelen iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle hem sigortalıya iş kazası – meslek hastalığı sigortasından gelir bağlanmış hem de ödenmiş prim gün sayısının yeterli olması nedeniyle sigortalıya ayrıca uzun vadeli sigorta kollarından aylık bağlanmışsa, başka bir anlatımla 5510 sayılı kanun md.21 ile md.23'ün yanı sıra md.39'un koşulları aynı olay çerçevesinde gerçekleşmişse, artık hakların yarışması değil, hakların toplanması durumundan söz edilecektir. Zira Kurumun, aynı olay nedeniyle birden fazla maddeye dayalı istem hakkı doğmaktadır¹⁷³.

b) Üçüncü kişinin sorumluluğunun koşulları

5510 sayılı kanun md.21/IV hükmü gereği iş kazası veya meslek hastalığı üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücu edilecektir. İlgili düzenleme incelendiğinde ilk dikkati çeken husus üçüncü kişiye rücu yapılabilmesi için kusurunun arandığıdır. Diğer

171 Y10HD, 15.05.2003, 3543/4233, Y10HD, 11.07.2005, 4030/8076, Y10HD, 20.10.2005, 6674/10784, www.kazanci.com.tr, 10.05.2015. Öğretideki bir görüşe göre 506 sayılı kanun md.10'da "... 26 ncı maddede yazılı sorumluluk halleri aranmaksızın, işverene ayrıca ödetirilir" ifadesine yer verildiği vurgulanarak, 506 sayılı kanun md.10'un medeni ceza nitelikli kamusal bir yaptırım olduğu, bu nedenle 10. madde gereğince tazmin edilen miktarın, 26. maddenin koşulları dahilinde gerçekleşen sorumluluk üzerinde herhangi bir etkide bulunmayacağını öngören yasal düzenlemeye gidilmesi gerekmektedir. Bu durum, 506 sayılı kanun md.10'un sosyal güvenliğin yaygınlaşması ve kayıt dışı çalışmanın önlenmesi hedefine daha uygun olacaktır (Turun, İşverenin Tazmin Sorumluluğu, 230).

172 Güzel-Okur-Caniklioğlu, 493.

173 Korkmaz, 90.

bir ifadeyle üçüncü kişinin sorumluluğu kusur sorumluluğu olarak düzenlenmiştir¹⁷⁴. Üçüncü kişiye rücu yapılabilmesi için kusurun özel bir ağırlığı aranmadığından, üçüncü kişi hafif kusuruyla dahi iş kazası veya meslek hastalığına sebep olmuşsa, rücu davasıyla karşılaşabilecektir¹⁷⁵. Üçüncü kişi trafikte bir iş kazasına yol açarak sigortalının zarara uğramasına yol açtığı halde, sigortalıya karşı Karayolları Trafik Kanununa göre tehlike sorumluluğu esas gereği kusursuz sorumlu olsa dahi, Kuruma karşı kusuru tespit edilebildiği ölçüde sorumlu tutulabilecektir¹⁷⁶.

Üçüncü kişiye rücu edilebilecek miktar belirlenirken de üçüncü kişinin kusur oranı dikkate alınmalıdır¹⁷⁷. Bu husus Anayasa Mahkemesinin 5510 sayılı kanun md.21/IV hükmünün Anayasanın 10. maddesine aykırı olduğu talebine ilişkin verdiği kararında¹⁷⁸ da belirtilmiştir. Başvuru gerekçesi, 5510 sayılı kanun md.21/IV hükmünde iş kazası veya meslek hastalığı sebebiyle açılan rücu davalarında, meydana gelen iş kazası veya meslek hastalığında üçüncü kişinin kusurlu olması halinde oluşan zararın yarısı oranında rücu edilebileceğinin düzenlendiği, bu nedenle üçüncü kişilerden kusuru düşük olan ile yüksek olanın aynı miktarda sorumluluğuna gidileceği düşüncesine dayanmaktadır. Anayasa Mahkemesi ise başvuru gerekçesine itibar etmeyerek, “5510 sayılı Kanun’un 21. maddesinin birinci fıkrasında, meydana gelen iş kazası veya meslek hastalığında işveren den ilk peşin sermaye değeri toplamının işverenin kusuruna isabet eden kısmının talep edileceği düzenlenmişken; itiraz konusu 21. maddesinin dördüncü fıkrasında üçüncü kişiden ilk peşin sermaye değerinin yarısının *üçüncü kişinin kusuruna isabet eden kısmının talep edileceği* düzenlenmiştir” sonucuna ulaşmıştır. Yargıtayın yerleşmiş olduğunu söyleyebileceğimiz kararlarında¹⁷⁹ da üçüncü kişiye rücu edilebilecek miktar belirlenirken üçüncü kişinin kusur oranının dikkate alındığı görülmektedir. Ayrıca üçüncü kişinin rücu sorumluluğu belirlenirken olayın meydana gelmesinde kaçınılmazlığın etkisi varsa, bu durum da göz önüne alınmalıdır. 5510

174 Y10HD, 08.07.2014, 10546/16615, Y10HD, 28.06.2013, 23997/14635, Y10HD, 17.10.2014, 23249/19884, Y10HD, 28.04.2014, 16742/9096, Y10HD, 18.03.2014, 12130/6187, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015.

175 Tuncay-Ekmekçi, 379. Sözer, 175. Caniklioğlu, 432. Aslanköylü, Şerh, 1009. Başbuğ, 113-114. Turan, Rücu, 86.

176 Başbuğ, 114. Turan, Rücu, 86.

177 Sözer, 175.

178 AYM, 15.03.2012, 128/40, http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/, 01.05.2015.

179 Y10HD, 28.06.2013, 23997/14635, Y10HD, 17.10.2014, 23249/19884, Y10HD, 09.09.2014, 13320/16814, Y10HD, 28.04.2014, 16742/9096, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015.

sayılı kanun md.21/1'de işverenin sorumluluğu belirlenirken kaçınılmazlık ilkesinin dikkate alınacağına belirtilmesi, buna karşılık üçüncü kişiler açısından bu hükme yer verilmemesi farklı yönde bir yorum yapılmasını gerektirmemelidir¹⁸⁰. Zira kaçınılmazlık illiyet bağıyla ilgili olarak karşımıza çıkmaktadır. Üçüncü kişinin sorumluluğunun kusur sorumluluğu olarak kabul edildiği bir yerde de, kaçınılmazlığın dikkate alınmaması çelişki olacaktır. Kaçınılmazlığın daha önce de ifade edildiği üzere mutlak bir nitelik taşıdığı ve mücbir sebebin bir unsuru olduğu kabul edilmelidir. Bu anlamda kaçınılmazlığın kabulü zaten illiyet bağına keseceğinden ötürü üçüncü kişinin sorumluluğuna gidilemeyecektir.

Üçüncü kişinin kim olabileceği üzerinde de durmak gerekmektedir. Sigortalı ile bu kişinin işvereni dışında kalan ve zarara neden olan tüm kişiler üçüncü kişidir. Dolayısıyla sigortalı ve işveren haricinde iş kazasının veya meslek hastalığının meydana gelmesine neden olan herkese kural olarak Kurum tarafından rücu davası açılabilir¹⁸¹. Bu kapsamda iş kazası veya meslek hastalığına sebep olan üçüncü kişi; işverenin başka bir işçisi¹⁸², işyeri dışından ve işe tamamen yabancı olan bir kişi¹⁸³, iş kazasına işyerinde kullanılan ayıplı malın neden olması durumunda üretici veya üretici gibi kabul edilen kişi, ihale makamı¹⁸⁴ veya yapı denetim kuruluşları¹⁸⁵ ola-

180 Korkmaz, 30. Buna karşılık öğretideki bir görüşe göre, kaçınılmazlık sadece işveren ile işçi açısından geçerli olup, üçüncü kişiler ile sigortalının hak sahipleri bakımından uygulama alanı bulmaz (Şakar, 132).

181 Caniklioğlu, 431. Güzel-Okur-Caniklioğlu, 497.

182 Tuncay-Ekmekçi, 379. Alper, 244. Y10HD, 11.06.2014, 11412/14551, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015.

183 Sözer, 175. Aslanköylü, Şerh, 1009.

184 Güzel-Okur-Caniklioğlu, 479, dn. 196. İhale makamı, işi konusunda uzman olmayan kişilere ihale etmişse, sözleşmeden veya kanundan doğan denetim görevini yerine getirmemişse, kanun ve sözleşme hükümlerine göre bazı iş güvenliği önlemlerinin kendisi tarafından alınması gerektiği halde bu önlemleri almamışsa, araç ve gereç bulundurma kusuru varsa yahut kendisinin olumsuz davranışlarıyla iş kazası arasında uygun illiyet bağı kurulabiliyorsa, iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde ihale makamının da kusurlu olduğu kabul edilebilecektir (Y10HD, 10.04.2003, 3064/3352, Güzel-Okur-Caniklioğlu, 497, dn. 265).

185 Yılmaz, Yapı Denetim Kuruluşları, 186. Yapı denetim kuruluşlarının borçlarından biri, 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun gereği işyerinde; çalışmaların, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına göre düzenlenmesi gereken sağlık güvenlik planına uygun olarak yapıldığını kontrol etmek ve gerekli tedbirlerin alınması için yapı müteahhidini yazılı olarak uyararak, uyarıya uyulmadığı takdirde durumu ilgili Çalışma ve İş Kurumu il müdürlüğüne bildirmektir (md.2/III-f). Belirtilen uyarı yükümlülüğü, yapıdaki her türlü faaliyeti kapsamaz. Yükümlülükten söz edebilmek için bir inşaat faaliyetinin bulunması gereklidir. Bu bağlamda inşaatta elektrik kablolarının kaçak yapması, açıkta bulunan kablolarla basılmasının ölüm veya yaralanma ihtimali doğurması inşaat faaliyeti içinde kabul edilebilir ve uyarı görevine girer. Buna karşılık inşaat alanında bulunan iş makinesinin bakımı esnasında bir kazanın meydana gelmesi, inşaat işyerine gidip gelen araçlarla, özellikle servis araçlarıyla ilgili faaliyetler inşaat faaliyeti kapsamına girmez ve yapı denetim kuruluşlarının sorumluluğunu doğurmaz. Dolayısıyla Yapı denetim kuruluşu, kanun ve yönetmelikle öngörülen uyarma, kontrol ve bildirme görevini yerine getirmediğinden dolayı iş kazası veya meslek hastalığı meydana gelecek olursa, kusurlu olduğu için kendisine tazminat davası açılabileceği gibi Kurum tarafından üçüncü kişi sıfatıyla rücu davası da açılabilir (Yılmaz, Yapı Denetim Kuruluşları, 182-188).

bilir. Belirtilen kişilerin konumuna göre ayrıca rücu davası üçüncü kişinin işverenine ya da sigorta şirketlerine de yöneltilebilir¹⁸⁶.

Üçüncü kişi olarak kamu görevlileri ile iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde kusuru bulunan hak sahipleri de düşünülebilir. Ancak 5510 sayılı kanun md.21/son gereği, “İş kazası, meslek hastalığı ve hastalık; kamu görevlileri, er ve erbaşlar ile kamu idareleri tarafından görevlendirilen diğer kişilerin vazifelerinin gereği olarak yaptıkları fiiller sonucu meydana gelmiş ise, bu fiillerden dolayı *haklarında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunanlar hariç* olmak üzere, sigortalı veya hak sahiplerine yapılan ödemeler veya bağlanan gelirler için *kurumuna veya ilgililere rücu edilmez*. Ayrıca, iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölümlerde, bu Kanun uyarınca hak sahiplerine bağlanacak gelir ve verilecek ödenekler için, *iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde kusuru bulunan hak sahiplerine veya iş kazası sonucu ölen kusurlu sigortalının hak sahiplerine, Kurumca rücu edilmez*”. Dolayısıyla iş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına tutulan sigortalının kusurlu hak sahipleri ile üçüncü kişi konumunda kabul edilebilecek ve haklarında kesinleşmiş mahkumiyet kararı bulunmayan kamu görevlileri ile çalıştıkları kurum, kanun gereği rücu davalarından muaf tutulmuşlardır.

Üçüncü kişinin işverenine rücu davasının yöneltilebileceği yukarıda ifade edilmiştir. Bu konuyu daha ayrıntılarıyla ele alacak olursak, üçüncü kişinin işvereni, sigortalının çalıştığı işyerine yabancı ve sosyal sigorta riskinin doğumuna yol açan kişinin işvereni olabileceği gibi, aynı zamanda iş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına tutulan sigortalının işvereni de olabilir¹⁸⁷. İşverenin gerçek veya tüzel kişi olmasının sorumluluğuna gidilebilmesi açısından önemi yoktur¹⁸⁸. Üçüncü kişinin işverenin sorumluluğuna gidilebilmesi için sadece iş kazası veya meslek hastalığının ortaya çıkmasında üçüncü kişinin kusurlu olması yeterli değildir, aynı zamanda üçüncü kişiyi istihdam eden işverenin de kanunda açıkça belirtildiği üzere kusurunun bulunması gerekmektedir. Halbuki TBK md.66 ile md.116 gereği işverenin sorumluluğu kusursuz sorumluluk olarak düzenlenmiştir. Diğer bir deyişle Türk Borçlar Kanunu hükümleri gereği işverenin sorumluluğuna gidilebilmesi için ne işverenin ne yanında çalıştırdığı kişinin kusurlu olması şartı

¹⁸⁶ Korkmaz, 28.

¹⁸⁷ Başbuğ, 90. Tuncay-Ekmekçi, 379.

¹⁸⁸ Sözer, 176.

aranmaktadır. Bu itibarla 5510 sayılı kanun md.21/IV hükmü gereği işverenin sorumluluğu bakımından özel bir sorumluluk türü düzenlenmiştir¹⁸⁹.

Üçüncü kişinin işverenin kastedilen kusuru bakımından kanunda bir açıklık yoktur. Bir görüşe göre üçüncü kişinin işvereni her türlü kusura dolaylı sorumlu olabilecektir. Muhtemelen konu ile ilgili mevzuat hükümlerine uyulmaması hali üçüncü kişinin işverenin kusuru olarak değerlendirilebilecektir¹⁹⁰. Diğer görüş ise üçüncü kişinin işverenin kusuru olarak, işçinin seçimi veya denetimindeki kusurunu anlamaktadır¹⁹¹. Kanaatimizce de son görüş daha isabetli olup, üçüncü kişinin işverenin kusuru bu şekilde yorumlanmalıdır. İşveren işçiyi işe alırken yapılacak işe uygun, gerekli eğitim ve deneyime sahip bir işçiyi işe almalıdır. Diğer bir ifadeyle işveren dürüstlük kuralı çerçevesinde (TMK md.2) en azından bir meslek grubunda ortalama özelliklere sahip bir işçiyi seçmelidir¹⁹². Bu yükümlülüğün ihlali işçinin seçiminde işverenin kusurunu oluşturur. Ancak işçi, işe girerken sahip olduğu nitelikler hakkında işvereni yanıltmış ise bu durum işveren açısından İş Kanunu md.25/II-a bendi gereği haklı fesih nedeni oluşturacak ve bu gibi durumlarda işverenin işçinin seçiminden dolayı kusuru olduğu kabul edilemeyecektir. İşçinin seçimi veya denetimi dışında iş kazasının meydana gelmesinde yahut meslek hastalığının ortaya çıkmasında işverenin şahsi kusuru varsa zaten doğrudan kendisi üçüncü kişi sıfatıyla ya da zarara uğrayan sigortalının işvereni ise işveren sıfatıyla rücu davasına muhatap olabilecektir.

Kurum rücu davasını sigorta şirketlerine de yöneltebilir. Burada kastedilen husus iş kazası veya meslek hastalığına kusuruyla sebep olan işverenin veya üçüncü kişinin mali sorumluluk sigortası yaptırması durumudur. 5510 sayılı kanun md.21'de kimlere rücu davası açılacağı açıkça düzenlenmiştir. Bu çerçevede sigorta şirketine rücu davasının yöneltilemeyeceği düşünülebilir. Ancak Yargıtay 1978 yılında verdiği bir kararında¹⁹³; "Sigorta Şirketi; araç sahibinin, gerek müstahdeminin kusurundan ve gerekse bizzat kendi kusurundan doğacak mali mesuliyetini temin etmektedir. Bu yönden sigorta şirketi, araç sahibinin ya da şoförünün, kusurları ile

189 Tuncay-Ekmekçi, 378-379. Başbuğ, 90-91. Tuncay, 184-185.

190 Sözer, 176. Turan, Rücu, 85.

191 Tuncay-Ekmekçi, 379. Tuncay, 185.

192 Akyiğit, 181-183.

193 Y10HD, 27.10.1978, 2019/7570, Turan, 5510 Sayılı Kanun, 209.

neden oldukları olaydan dolayı doğan mali sorumluluklarının belirli limit dahilinde kefilî durumundadır ve 506 sayılı Yasanın 26. maddesinin uygulanması için öngörülen “kusur” koşulunun, sigorta şirketi için de ayrıca aranmasına gerek olmadığı gibi anılan maddede, kusurlu işveren veya kusurlu üçüncü kişilerden söz edilmesinin, bunlardan başkasına özellikle sigortacılarına, rücu edilemez anlamında yorumlanamayacağı da ortadadır” ifadelerine yer vermiştir. Daha sonraki yıllarda da Yargıtayın görüşü aynı yönde devam etmiştir. Hatta 506 sayılı Kanun md.26’da geçen “sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere” ibaresinin Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi üzerine, Kurumun rücu hakkının hukuki niteliğinin basit rücu hakkı olarak kabul edildiği dönemde Yargıtayın görüşü değişmemiştir. Bu yönde olan bir karar¹⁹⁴ göre, “Sigorta şirketi, araç sahibinin, gerek müstahdeminin kusurundan ve gerekse, bizzat kendi kusurundan doğacak mali mesuliyetini temin etmektedir. Bu yönden sigorta şirketleri işletenin yada şoförlerinin, kusurları ile neden oldukları olaydan dolayı doğan mali sorumluluklarının belirli limit dahilinde kefilî durumundadır. Bu nedenle de, zarar gören kişi, kendisine zarar veren aracı sigorta eden sigortacıya, zararını tahsil etmek için başvurabilmektedir. ... Dava, zarar verene karşı açılabilirse, onun hukuki ve mali sorumluluğunu teminat kapsamında yükümlenen Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortacısına davanın açılmayacağına kabulü, Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası ile oluşturulan yapıya aykırıdır. ... 506 sayılı Yasanın 26. maddesinin uygulanması için öngörülen “kusur” koşulunun, sigorta şirketi için de ayrıca aranmasına gerek olmadığı gibi anılan madde de, kusurlu işveren veya kusurlu üçüncü kişilerden söz edilmesinin, bunlardan başkasına, özellikle, sigortacılarına, rücu edilemez anlamında yorumlanamayacağı da ortadadır. Kurumun rücu hakkı ise, SSK.nun hangi maddesinden kaynaklanırsa kaynaklansın halefiyete değil, Kanundan kaynaklanan bağımsız rücu hakkı ilkesine dayanır. Buna göre üçüncü kişiye verilen zarardan bu kişiye karşı birinci derecede sorumlu olan sigorta şirketinin, yardımın Kurum tarafından yapılmasından yararlanarak sorumluluktan kurtulması, sigorta hukuku ilkeleri ile bağdaşmaz, aksine sigorta şirketlerinin kuruluş amacı böyle bir sorumluluğu zorunlu kılar” ifadelerine yer vermiştir.

Sorumluluk sigortası ise çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir. İşveren

194 Y10HD, 08.06.2009, 22391/10301, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015.

hukuki sorumluluk sigortası¹⁹⁵, üçüncü şahıslara karşı sorumluluk sigortası¹⁹⁶ veya trafik sorumluluk sigortası söz konusu olabilir. Burada sigorta şirketinin sorumluluğu sigorta poliçesinde belirtilen miktar ile sınırlıdır¹⁹⁷. Rücu edilecek miktarın poliçede yazılı olan sorumluluk sınırından az olması halinde Kurum, sigorta şirketinden rücu miktarını isteyebilir, poliçede yazılı miktarın tamamını isteyemez. Ayrıca sigorta şirketinin sorumluluğu sigortayı yaptıran kişinin kusuru oranındadır. Dolayısıyla sigortayı yaptıranın kusursuz olması halinde sigorta şirketine rücu davası açılmayacaktır¹⁹⁸.

Uygulamada genellikle rücu davalarıyla bağlantılı olarak trafik sorumluluk sigortasına gidildiği görülmektedir. Motorlu araç sahipleri araç kullanırken başkalarına verecekleri olası zararlardan doğacak sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere zorunlu mali sorumluluk sigortası¹⁹⁹ yaptırmakla yükümlüdürler. Ayrıca istedikleri takdirde zorunlu mali sorumluluk sigortasının kapsamı dışında kalan tazminat taleplerinin karşılanmasını sağlamak üzere ilave sigorta (kasko) yaptırabilirler. Ancak belirtilen sigortalardan hiç birini zarar veren yaptırmamış, araç çalınmış veya gasp edilmişse ya da sigorta şirketi mali güçlük çekmekte ise doğan zararın karşılanmasını sağlamak üzere de güvence hesabı oluşturulmuştur²⁰⁰.

Trafik kazaları nedeniyle rücu edilebilecek kalemler olarak karşımıza özellikle tedavi giderleri ve geçici iş göremezlik ödeneği çıkmaktadır. Ancak tedavi giderleriyle ilgili rücu kalemi, 6111 sayılı kanunun 59. ve ge-

195 Belirtilen nitelikteki sorumluluk sigortası, işyerinde meydana gelebilecek iş kazaları sonucunda işverenin karşılaşılabileceği hukuki sorumluluk nedeniyle işverene iş sözleşmesiyle bağlı ve 5510 sayılı kanuna tabi işçiler veya bunların hak sahipleri tarafından işverenden talep edilecek ve Sosyal Güvenlik Kurumunun sağladığı yardımların üstündeki ve dışındaki tazminat talepleri ile yine aynı Kurum tarafından işverene karşı iş kazalarından dolayı yöneltilebilecek rücu davaları sonunda ödenecek tazminat miktarlarını, poliçede yazılı meblağlara kadar temin eder (İşveren Sorumluluk Sigortası Genel Şartları, <http://www.tsb.org.tr/isveren-sorumluluk-sigortasi-genel-sartlari.aspx?pageID=499>, 02.05.2015).

196 Bu sigortanın amacı, sigorta süresi boyunca meydana gelecek bir olay neticesinde, örneğin üçüncü şahısların ölmesi, yaralanması veya sağlığının bozulması veya üçüncü şahıslara ait maddi zararın meydana gelmesi sebebiyle, üçüncü kişiler tarafından ileri sürülecek zarar ve kayıp taleplerinin sonuçlarına karşı sigortalıyı poliçede yazılı özel şartlar ve genel şartlar çerçevesinde güvence altına almaktır (Korkmaz, 121).

197 Y10HD, 28.06.2013, 23997/14635, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015.

198 Başbuğ, 93.

199 Bu sigortanın amacı, motorlu bir aracın karayollarında işletilmesi sırasında, bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına neden olması halinde o aracı işletenin zarara uğrayan üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğunu belirli limitler dahilinde karşılamaktır (Akın, Trafik Kazaları, 55-56).

200 **Sözer**, 176-177.

çici 1. maddeleri gereğince sona ermiştir²⁰¹. Tedavi giderleriyle ilgili bu düzenlemeden sigorta sözleşmesinin tarafı olan aracı işleten ile şoförün de yararlanacağı, poliçe limiti kapsamında kalan tedavi giderleri nedeniyle sorumluluğun sona ereceği, aşan kısım için ise sorumluluğun devam edeceği kabul edilmektedir²⁰². Geçici iş göremezlik ödeneği bakımından ise bu yönde bir ayrıma gidilmemektedir. Üçüncü kişi sıfatıyla aracı işleten veya şoförüne geçici iş göremezlik ödeneği rücu edilebileceği gibi, poliçe limiti dahilinde gerek sigorta şirketine gerek güvence hesabına Kurum tarafından rücu yapılabilir²⁰³.

c) Kusurun belirlenmesi

Kurum tarafından açılan rücu davalarında ister 5510 sayılı kanun md.21 ister md.23 hükmüne dayanılsın, iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde işçinin, işverenin veya üçüncü kişinin kusuru, rücu edilecek miktarın belirlenmesinde önem taşımaktadır. Kusurun belirlenmesiyle ilgili hususların ve ortaya çıkan sorunların Yargıtay tarafından çeşitli ilkeler de belirlenerek çözüme kavuşturulduğu görülmektedir. Yargıtayın bir kararında²⁰⁴ da belirtildiği üzere, “506 Sayılı Kanunun (şimdi 5510 sayılı kanun) 26. Maddesine (şimdi 21. maddesine) dayalı bu tür davalarda alınan kusur raporlarının 506 Sayılı Kanunun 26., 4857 Sayılı Kanunun 77. (şimdi 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu) ve İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü’nün 2 vd maddelerine uygun olarak düzenlenmesi gerekir”. İlgili karar, 506 sayılı kanun dönemindeki rücu davalarına ilişkinse de, 5510 sayılı kanun md.21 ve md.23’e göre açılacak rücu davaları için de geçerlidir.

Kusurun belirlenmesiyle ilgili ortaya çıkan sorunlardan ilki sigortalı tarafından işveren aleyhine açılan davada kusur raporu alınmış ise, belirlenen

201 İlgili hükümler gereği aktarım ile sigorta şirketlerinin ve güvence hesabının bu teminat kapsamındaki yükümlülüklerinin sona ereceği belirtilmiştir. Hatta Yargıtayın son kararlarından birine göre sigorta şirketlerinin veya güvence hesabının yükümlülüklerinin sona ermesi için aktarım yapılmasına gerek dahi olmadığı belirtilmiştir (YHGK, 13.03.2013, 10-1156/339, www.kazanci.com.tr, 02.05.2015).

202 Yargıtaya göre zorunlu mali sorumluluk sigortasını yaptırmayan aracı işletenin veya şoförünün tedavi giderleri açısından sorumluluğu devam etmeliyse de (Y10HD, 06.03.2012, 3309/4013, www.kazanci.com.tr, 02.05.2015), öğretilen bir görüşe göre bu konumdaki kişilerin de tedavi giderlerinden sorumlu olmayacağı kabulü gereklidir (Akin, Trafik Kazaları, 61).

203 Trafik kazası nedeniyle aracı işleten, şoför, sigorta şirketi ve güvence hesabının sorumluluğu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.; Akin, Trafik Kazaları, 54-62. Y10HD, 06.03.2012, 3309/4013, YHGK, 13.03.2013, 10-1156/339, Y10HD, 18.03.2014, 5225/6200, www.kazanci.com.tr, 02.05.2015.

204 Y10HD, 10.06.2013, 20593/12975, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015.

kusur oranlarının rücu davası açısından da bağlayıcı olup olmayacağı hususudur. Kural olarak sigortalı veya hak sahiplerince açılan davalarda alınan kusur raporu hükme dayanak oluşturmuşsa rücu davasında da bağlayıcı olacaktır. Sigortalı veya hak sahipleri tarafından açılan tazminat davası sonucu kesinleşen karara dayanak teşkil eden kusur raporunun bağlayıcı olması, rücu davalarının halefiyet esasına dayanmasıyla ilişkilidir²⁰⁵. Ancak sigortalı veya hak sahipleri tarafından açılan davalarda alınan kusur raporu 506 sayılı kanun md.26 hükümlerine uygun değilse Yargıtay bu yöndeki raporları kabul etmemektedir²⁰⁶. Yargıtayın bu yöndeki kararlarının 5510 sayılı kanun açısından da geçerliliğini devam ettireceği söylenebilir. Ancak bu doğrultudaki kararlar halefiyet esasıyla çalışmaktadır. Bu nedenle halefiyet esasına dayanmakla birlikte kesinleşen hükme dayanak oluşturan rapora itibar edilmemesi eleştirilmektedir²⁰⁷. Eğer Kurumun rücu hakkı basit rücu hakkı olarak kabul edilecek olursa, bu takdirde sigortalı veya hak sahipleri tarafından açılan davada alınan kusur raporunun bağlayıcı olmayacağı, ancak güçlü bir delil niteliği taşıyacağı ifade edilebilecektir. Bu husus 506 sayılı kanun md.26'da geçen "sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere" ibaresinin Anayasa Mahkemesince iptali üzerine Kurumun rücu hakkının basit rücu hakkına dayandığının kabul edildiği dönemde Yargıtay kararlarına da yansımıştır²⁰⁸. Güçlü delil kavramıyla anlatılmak istenen husus, takdiri delil olarak değerlendirilen önceki davada verilen kesin hükmün aksinin ancak iyi bir gerekçeye dayanılarak kararlaştırılabileceğidir²⁰⁹.

Sigortalı veya hak sahiplerince açılan dava müracaata kalmış veya işlemiden kaldırılmışsa bilirkişi raporu bağlayıcı kabul edilmemelidir. Zira rapor, yargı denetiminden geçerek kesinleşmemiştir. Ancak sigortalı veya hak sahiplerince açılan tazminat davası sulh veya kabul ile sonuçlanmış ise kural olarak bağlayıcı kabul edilmelidir. Sulh veya kabul kararında kusur incelemesi yapılmamış olması veya davalıların kusur konusunda açık

205 Aslanköylü, Şerh, 1090.

206 Y10HD, 10.06.2013, 20593/12975, YHGK, 08.11.2006, 10-696/704, YHGK, 20.11.2002, 10-814/989, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015.

207 Güneş, 161. Aslanköylü, Şerh, 1090-1091. Turan, Rücu, 76.

208 Y10HD, 28.03.2011, 14898/4183, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015.

209 Akkan, 38-39. Güçlü delil kavramını Yargıtay başka kararlarında da kullanmıştır. Hizmet tespitiyle ilgili bir davada Yargıtay, daha önce açılmış olan işçilik alacaklarına ilişkin davada yapılan hizmet tespitinin güçlü delil oluşturacağını ifade etmiştir (Y10HD, 17.09.2009, 8472/14582, Y21HD, 29.05.2006, 800/5309, www.kazanci.com.tr, 02.05.2015).

bir kabullerinin olmaması durumu bu halin dışında tutulmalıdır²¹⁰.

Kusur raporunun bağlayıcı olup olmadığı hususunda üzerinde durulması gereken diğer bir ihtimalde Kurum tarafından daha önce yapılmış olan yardımların bir kısmının aynı kişiden istendiği önceki rücu davasında alınan kusur raporunun durumunun ne olacağıdır. Bu gibi hallerde kesinleşen önceki hükmün kesin hüküm niteliğinde olmadığı, müddeabih birliği bulunmadığı, ancak kesinleşen önceki hükümde alınan kusur raporunun güçlü bir delil niteliği taşıyabileceği kabul edilmektedir²¹¹.

Üzerinde durulması gereken bir konuda ceza mahkemesince verilen bir karara dayanak teşkil eden kusur raporunun bağlayıcı olup olmadığıdır. Yargıtayın yerleşik içtihatlarına²¹² göre hukuk hakimi ceza mahkemesince verilen maddi olgularla bağlıdır. Bu itibarla ceza mahkemesi kararına dayanak oluşturan kusur raporu bağlayıcı bir nitelik taşımaz. Yargıtayın bu yöndeki kararları, TBK md.74 hükmüyle de uyumludur. Nitekim ilgili madde gereğince, “Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz”. Bununla beraber Yargıtay²¹³, isabetli olarak hukuk hakiminin bağımsızlığının sınırsız bir biçimde anlaşıl-maması gerektiğine, her mahkumiyet kararının o fiilin hukuka aykırılığını tespit etme bakımından hukuk hakimini bağlayıcı vasıfta olduğuna da hükmetmektedir. Dolayısıyla ceza mahkemesinde mahkumiyet alan bir kimse, hukuk davasında kusursuz sayılamaz. Ancak kusur oranı bilirkşişisi aracılığıyla tespit edilecektir²¹⁴. Ayrıca Yargıtay bir kararında maddi olgu

210 Aslanköylü, Şerh, 1091. Turan, Rücu, 77.

211 Turan, Rücu, 75. Aslanköylü, Şerh, 1088.

212 Y10HD, 12.03.2013, 25228/4512, Çalışma ve Toplum, (40) 2014/1, 524. Y10HD, 05.03.2013, 21515/13762, Y10HD, 02.02.2009, 19754/785, Y10HD, 28.04.2014, 16742/9096, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015.

213 Y10HD, 10.06.2013, 20593/12975, Y10HD, 02.02.2009, 19754/785, Y10HD, 28.04.2014, 16742/9096, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015.

214 Aslanköylü, Şerh, 1093. Turan, Rücu, 79. Korkmaz, 95. TBK md.74’de hukuk hakiminin ceza mahkemesinin beraat kararıyla bağlı olmadığı belirtilmişse de, öğretilerdeki bir görüşe göre beraat kararı kesinleşmiş maddi olgulara dayandığı takdirde hukuk hakimi bu kararla bağlı olmalıdır. Ancak beraat kararının delil yetersizliği veya fiil suç olmakla birlikte nitelendirme hatasından kaynaklanmaktaysa, hukuk hakimini bağlamamalıdır (Aslanköylü, Şerh, 1093).

kavramını genişletmiştir. İlgili kararda²¹⁵, haksız tahrik hükümlerinin uygulanması sonucu davalının cezasından indirim yapılması hususunun, Borçlar Kanunu'nun 53. maddesi uyarınca hukuk hakimini de bağlar nitelikte kesinleşmiş maddi olgu halini aldığı, ceza davasındaki tahrik indirimi oranına göre, Borçlar Kanunu'nun 43. (6098 sayılı TBK md.51) ve 44. (6098 sayılı TBK md.52) maddeleri uyarınca, rücu alacağından da indirim yapılması gerektiği kabul edilmiştir.

Meslek hastalığı açısından sigortalının iş göremezliği işten ayrıldıktan yıllar sonra ortaya çıkabilir. Bu itibarla meslek hastalığıyla ilgili kusur tespiti yapılırken iş göremezlik derecesinin ortaya çıktığı tarih değil, sigortalının işyerinden fiilen ayrıldığı tarihteki iş göremezlik derecesi dikkate alınmalıdır. Somut olayda birden fazla işverenin varlığı halinde, her bir işveren açısından işçinin işten ayrılma tarih göz önünde tutulmalıdır. Kusur tespitinin bu şekilde yapılmasını nedeni, işçi işten ayrıldıktan sonra işverenin hakimiyetinden çıktığı için daha sonraki tarihlerde meydana gelen hususlardan dolayı işverenin sorumluluğuna gidilemeyeceği düşüncesidir²¹⁶.

5. Kurum karşısında sorumluluğun kapsamı

Kurumun açacağı rücu davalarında nelerin talep edilebileceği hususu 5510 sayılı kanun md.21/I-IV ile md.23'de aynı şekilde belirlenmiştir. Ancak rücu edilecek miktar ve koşulları, işverenin bildirim yükümlülüğünü yerine getirip getirmemesine veya işveren dışında üçüncü kişinin kusurunun bulunmasına göre farklı özellikler taşımaktadır. Öncelikle hangi kelimelerin rücu edileceğine bakılacak olursa, Kurum sigortalıya veya hak sahiplerine kanun gereğince yaptığı veya ileride yapacağı ödemeleri ve bağlanan gelirlerin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerini ilgililere rücu edilebilecektir. Diğer bir ifadeyle Kurumun rücu davasında talep edebileceği hususlar, *ödemeler* ile *ilk peşin sermaye değeri* olmak üzere iki kalemde ibarettir.

Ödemelerle kastedilen geçici iş göremezlik ödeneği, cenaze masrafları ve kız çocuklarına verilen evlenme ödeneğidir. Gelirlerin kapsamına ise Kurum tarafından sigortalıya bağlanan sürekli iş göremezlik geliri ile sigortalının ölümü sebebiyle hak sahiplerine iş kazası ve meslek hastalığı sigortası kolundan bağlanan ölüm gelirinin ilk peşin sermaye değeri gir-

215 Y10HD, 06.06.2013, 20888/12621, Korkmaz, 93.

216 Turan, Rücu, 70. Aslanköylü, Şerh, 1120.

mektedir. Ayrıca 506 sayılı kanun açısından sosyal yardım zamları için de peşin sermaye değeri hesaplanmakta ve rücu davasının konusunu oluşturmaktadır.

Rücu davalarında ana kalemi oluşturan ilk peşin sermaye değerinin hesabıyla ilgili temel esaslar üzerinde durmak yerinde olacaktır. İlk peşin sermaye değeri, gelir veya aylığın başlangıç tarihinde yürürlükte olan peşin değer tablolarına göre belirlenir. Hangi peşin değer tablosunun dikkate alınacağı ise 2012/32 sayılı genelgede düzenlenmiştir. Buna göre gelir başlangıç tarihi, 2008/Ekim aybaşından önce ise 506 sayılı kanuna göre hesaplanan peşin değerler için kullanılan peşin sermaye değeri tabloları, 2008/Ekim ayı başı ile 2012/32 sayılı genelgenin yayım tarihi arasında ise 5510 sayılı kanuna göre hesaplanan peşin değerler için kullanılan peşin sermaye değeri tabloları, 2012/32 sayılı genelgenin yayım tarihinden sonra ise Türkiye için hayat ve hayat annüite tablolarına göre yeniden güncellenen peşin sermaye değeri tabloları kullanılacaktır. Bu çerçevede 25.09.2012 tarihinde yürürlüğe giren 2012/32 sayılı genelge ile peşin sermaye değerinin hesabında TRH 2010 hayat tablosu esas alınmıştır²¹⁷.

Peşin sermaye değeri hesaplanırken de sigortalıların veya hak sahiplerinin gelire giriş tarihindeki yaşları esas alınır. Yaş hesabında altı aydan küçük yıl kesirleri dikkate alınmaz. Altı ay ve daha fazla yıl kesirleri ise tam yıl sayılır. Bu veriler çerçevesinde peşin sermaye değeri, 2011/58 sayılı genelgede düzenlendiği üzere sigortalı veya hak sahibinin gelir başlangıç tarihindeki aylık gelirinin 12 katının yaş karşılığı olarak peşin sermaye değeri tablolarındaki değerle çarpımı sonucu bulunan rakamın 100'e bölünmesi ((aylık gelir tutarı x 12 x peşin sermaye değeri tablosundaki değer) / 100) suretiyle bulunur²¹⁸.

Rücu edilebileceğini belirttiğimiz harcama kalemlerinin dışında herhangi bir gider, dava konusu yapılamaz. Bu çerçevede zararlandırıcı sigorta olayının araştırılması için yapılan masrafların istenmesi mümkün değildir²¹⁹. Yapılan açıklamalar çerçevesinde işveren ve üçüncü kişilerin sorumluluğunun kapsamıyla ilgili farklı düzenlemelere değinmek ve en sonunda rücu edilemeyecek ödemeler üzerinde durmak isabetli olacaktır.

217 Korkmaz, 126.

218 Toplaoğlu-Çınkı, 215. Güzel-Okur-Caniklioğlu, 486-487.

219 Başbuğ, 94. Turan, Rücu, 58.

a) İşverenin sorumluluğunun kapsamı

aa) 5510 sayılı kanun md.21 açısından

5510 sayılı kanun md.21/1'de işverenin sorumluluğu kusur sorumluluğu olarak düzenlenmiştir. Kusur sorumluluğu çerçevesinde sorumluluğun kapsamının ne olduğu hususu, ilgili hükümde geçen "Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere, Kurumca işverene ödettirilir" ifadesiyle belirlenmiştir. Görüleceği üzere 5510 sayılı kanun md.21'de işverenin sorumluluğu, hem Kurumun yaptığı ödemeler ve ilk peşin sermaye değerinin toplamı hem de gerçek zarar tavan değeriyle sınırlandırılmıştır²²⁰. Diğer bir ifadeyle Kurumun işverenden isteyebileceği rücu miktarı belirlenirken iki sınır karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu sınırlar, uygulamada genellikle iç tavan ve dış tavan olarak adlandırılmaktadır.

aaa) İç tavan

İç tavan, Kurumun iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle yapmış olduğu harcamalardır²²¹. Kurum, dış tavanla sınırlı olmak koşuluyla, iç tavanı oluşturan miktarı işverenden rücu davası yoluyla isteyebilir. Ancak iç tavanla belirlenen miktar iş kazası veya meslek hastalığı tümüyle işverenin kusurundan kaynaklandığı takdirde rücu edilebilecek üst sınırdır. Bu bakımdan işveren kusuruyla, iş kazası veya meslek hastalığının oluşumuna sigortalının kusurunun yanında veya kaçınılmazlığın yanında belli bir oranda katkıda bulunmuşsa, iç tavan miktarının tamamı değil, işverenin kusuruna denk gelen kısmı rücu edilecektir. İç tavanla ilgili olarak ise 506 sayılı kanun dönemindeki gelişmelerin üzerinde durmak, 5510 sayılı kanun uygulamasına da ışık tutacak niteliktedir.

506 sayılı kanun döneminde iç tavanla ilgili olarak üzerinde en çok durulan konu, madde metninde geçen kurumca sigortalıya veya hak sahibi kimselere yapılan ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarı ifadesinin ne şekilde yorumlanacağı hususu olmuştur. Zira bu husus Anayasa Mahkemesinin önüne de götürülmüştür. Anayasa Mahkemesi il-

²²⁰ Turan, 5510 Sayılı Kanun, 196.

²²¹ Güneş, 144.

gili kararında²²², ileride istenebilecek her türlü giderle ilgili olarak “bir iş kazası olmuş ve örneğin kazaya uğrayan işçiye sürekli iş göremezlik geliri bağlanmıştır. Kanununun 25. maddesinde belirtildiği üzere sigortalı işçi her zaman iş göremezlik derecesinde bir artma olduğunu ya da başka birinin sürekli bakımına muhtaç duruma girdiğini öne sürerek bağlanan gelirden değişiklik yapılmasını isteyebilecek ve Kurum da sigortalıyı her zaman kontrol muayenesine tâbi tutabilecektir. Bu gibi hallerde bir iş kazası sonucu sigortalı işçiye bağlanan gelir bir kesinlik taşımamakta, artırılması, eksiltilmesi veya kesilmesi gereken bir nitelik göstermektedir. Bu nedenlerle 26. maddenin birinci fıkrasındaki “ve ileride yapılması gerekli bulunan” deyiminden, neden - sonuç ilişkisi süregelen ve işverenle kesin hesaplaşması yapılmamış olan haller anlaşılmalıdır. Sözü edilen bu kuralın, neden - sonuç bağı kesin olarak kalkmış ve tasfiyesi yapılmış durumları amaçlamadığı ise açıkça ortadadır. ... yasa ile sonradan artırma yapılmasının, 26. maddenin birinci fıkrasında “ve ileride yapılması gerekli bulunan” biçiminde yer alan kuralın kapsamı dışında kaldığı ve bu niteliğiyle itiraz konusu hükmün Anayasa’ya uygun bulunduğu sonucuna varıldığından itiraz reddedilmelidir” hükmüne varmıştır. Anayasa Mahkemesinin kararı gereği örneğin iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle sigortalının %20 olan iş göremezliği %40’a çıkarsa, sigortalının sürekli iş göremezlik gelirinde ortaya çıkan artışların peşin değeri işverene rücu edilebilmelidir. Ayrıca sürekli kısmi iş göremezlik durumunda bulunan sigortalı başkasının bakımına muhtaç hale gelirse, bu kişilerin geliri de %50 artırılır. Bu gibi durumlardan kaynaklanan artışlar da işverene rücu edilebilmelidir²²³. Kısacası 506 sayılı kanun md.26’da geçen “...veya ileride yapılması gereken her türlü giderlerin tutarları...” deyimini özellikle devam eden tedavi giderleri ve geçici iş göremezlik ödeneği ile sürekli iş göremezlik halinin artmasına ilişkindir²²⁴.

Anayasa Mahkemesinin kararına rağmen Yargıtay farklı bir sonuca ulaşarak, sigortalının işverenden isteyebileceği miktarla sınırlı olarak yasa ve kararnamelerden kaynaklanan giderlerin işverenden istenebileceğine, ilk rücu davasıyla artışlara ilişkin dava arasında konu birliği bulunmaması ne-

222 AYM, 18.03.1976, 198/18, <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/>, 05.05.2015.

223 Başterzi-Yıldız, 19.

224 Aslanköylü, 32.

deniyle kesin hükümden söz edilemeyeceğine hükmetmiştir²²⁵. Bir içtihadı birleştirme kararında²²⁶ da, gelir artışının nedenleri yönünden hiçbir ayırım yapılmadığı, diğer bir ifadeyle ödeme konusunda kanun, kararname ve katsayı artışlarıyla gerçekleşen gelir artışı ödetilmez, öteki nedenlerle gerçekleşenler ödetilir şeklinde bir ayırma gidilmediği, 3395 sayılı kanunun 2. maddesiyle 26. maddeye getirilen tavanla sınırlı ödetme yönteminin artışların istenebileceğinin diğer bir kanıtı olduğu, söz konusu tavanın ilk bağlanan gelire ait olduğunun söylenemeyeceği, eğer öyle olsa idi bu durumun madde metnine açıkça yazılacağı kabul edilmiştir.

Yaşanan gelişmeler işverenlerin ve üçüncü kişilerin aynı olay nedeniyle çok sayıda rücu davasına muhatap olmasına yol açmış olup, en sonunda Anayasa Mahkemesinin 2006 yılında verdiği bir iptal kararıyla²²⁷ uygulamada istenilen sonuca ulaşılmıştır. Anayasa Mahkemesi ilgili kararında, “Kanuna uymayan eylem sonucunda hukuksal yaptırıma maruz kalan ve bunun sonucu olarak da bağlanan gelirin sermaye değerini Kurum’a ödeyen ve böylece ilgi ve ilişkisi kesilen işverenin, kanun, kanun hükmünde kararname ve kararlarla bağlanan gelirlerde yapılacak artışlardan ve bu artışların peşin sermaye değerlerinden sorumlu tutulara dava tehdidi altında bulundurulması, soysal güvenlik kuruluşlarına ait olması gereken risklerin işverene yükletilmesi anlamına gelir” gerekçesiyle 506 sayılı Kanun md.26/1’de geçen “... sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere...” ibaresinin iptaline hükmetmiştir. İptal kararı sonucu Yargıtay²²⁸, Kurumun rücu hakkının artık halefiyet esasına dayanmadığını, basit rücu hakkı niteliği taşıdığını, bu itibarla ilk peşin değerli gelirin tazmin sorumlularının kusuruna isabet eden miktarıyla sınırlı şekilde hüküm kurulması gerektiğini, gelir artışlarının talep edilemeyeceğini kabul etmiştir.

5510 sayılı kanun md.21/1’de ise açık bir hükme yer verilmiştir. İlgili hüküm gereği “Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin

225 Y10HD, 30.04.1985, 2528/2714, Başbuğ, 98, dn.95.

226 YİBGK, 01.07.1994, 3/3, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015.

227 AYM, 23.11.2006, 10/106, http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/, 23.04.2015.

228 Y10HD, 05.04.2007, 15278/5265, Y10HD, 29.01.2008, 4137/632, Y10HD, 31.01.2008, 4129/756, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015. Y10HD, 27.03.2007, 2188/4582, Y10HD, 17.04.2007, 12652/6194, Y10HD, 17.04.2007, 19589/6200, Y10HD, 10.05.2007, 15851/7240, Y10HD, 28.05.2007, 18257/8863, Erbaş, 105-106, 108-110.

başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı” rücu davasının konusunu oluşturmaktadır. Üzerinde durulması gereken husus, madde metninde geçen “ileride yapılması gereken” ifadesinin ödemelerin yanı sıra, ilk peşin sermaye değerini de nitelendirip nitelendirmediğidir. Ödemeler bakımından, ilk rücu davasından sonra özellikle iş kazası veya meslek hastalığıyla neden-sonuç ilişkisi gereği sigortalıya yapılan sağlık durumdaki iyileşmeye bağlı ek ilaç ve tedavi giderleri, verilen iş göremezlik ödenekleri, sigortalının ilk rücu davasından sonra iş kazası veya meslek hastalığına bağlı olarak ölmesi sebebiyle verilen cenaze masrafları ile kız çocuklarına verilen evlenme ödenekleri gibi ilave harcamalar tekrar ayrı bir rücu davasının konusunu oluşturabilecektir²²⁹. Ancak iş kazası veya meslek hastalığıyla bağlantılı olarak neden-sonuç ilişkisi içerisinde bağlanan gelirlerde artış meydana gelebilir. Örneğin sigortalının %20 olan iş göremezliğinin %40’a çıkması durumunda ilk peşin sermaye değeri değişmiş olacaktır. Eğer 5510 sayılı kanun md.21/l’de geçen “ileride yapılması gereken” ifadesi ilk peşin sermaye değerini de nitelendiriyorsa, iş göremezlik derecesinde meydana gelen değişiklik nedeniyle ortaya çıkan artışlar da istenebilecektir. Bununla birlikte öğretideki isabetli olan bir görüşe göre kanunda sadece ilk peşin sermaye değerinin istenebileceği belirtildiğinden ve gelirlerde meydana gelen artışlara ilişkin hiçbir hükme yer verilmediğinden ötürü, iş kazası ya da meslek hastalığıyla uygun illiyet bağı içerisinde meydana gelen artışlar istenemeyecektir²³⁰. Gerçekten 5510 sayılı kanun açıktır. 506 sayılı kanun döneminde md.26/l’de geçen ‘ileride yapılması gerekli bulunan’ ifadesi hem ödemeleri hem de bağlanan gelirleri nitelendirmeye elverişliydi. Ancak 5510 sayılı kanun md.21/l’de geçen ‘ileride yapılması gereken’ ifadesinin sadece ödemeleri nitelendirdiği sonucuna ulaşmak daha isabetli görünmektedir. Zira ilgili hükmün devamında açıkça “gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri”nin rücu edileceği ibaresine yer verilmiştir. Dolayısıyla özellikle rücu davası açıldıktan sonra iş kazası veya meslek hastalığıyla uygun illiyet bağı içerisinde gerçekleşen artışların rücu edilemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır. Ayrıca belirtilen durumun dışında kanun, kanun hükmünde kararname ve kararla, bağlanan gelirlerde yapılacak artışların rücu edilemeyeceği konusunda bir tartışmaya rastlanmamaktadır²³¹.

229 Tuncay-Ekmekçi, 377. Ergin, 137-138. Güneş, 177. Korkmaz, 36.

230 Güneş, 177.

231 Güzel-Okur-Caniklioğlu, 486. Aslanköylü, 35. Başterzi-Yıldız, 20. Sözer, 142. Turan, Rücu, 58.

bbb) Dış tavan

Dış tavan, sigortalının veya ölümü halinde hak sahiplerinin genel hükümler uyarınca işverenden isteyebilecekleri tazminat miktarını belirtmekte olup, Kurumun rücu davasıyla isteyebileceği azami miktarı ifade etmektedir²³². 506 sayılı kanunun ilk halinde dış tavana ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Kurum karşısında işverenin sınırsız bir şekilde sorumlu tutulduğu kabul edilmekteydi. Ancak bu durumun hakkaniyete aykırı durumlar doğuracağı endişesiyle Yargıtay, daha adil bir sonuç elde etmek için rücu davalarında işverenin sorumluluğunu sınırlandırmıştır. Sınırlandırma gerekçesi ise temel olarak Kurumun rücu hakkının halefiyet esasına dayandırılmasıyla ilişkilendirilmiştir. Bu itibarla Borçlar Kanununda gösterilen ve haksız fiilden doğan zararların tazmininin gerçek zarar tutarı ile sınırlanması, diğer bir ifadeyle bir üst sorumluluk sınırı belirlenmesi gerektiği içtihatlarla kabul edilmiştir. Daha sonra Yargıtayın uygulaması 3395 sayılı kanun ile 1987 yılında 506 sayılı kanuna dahil edilmiştir²³³.

Anayasa Mahkemesinin 2006 yılında verdiği kararıyla²³⁴, 506 sayılı kanun md.26/1'de geçen "... sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere..." ibaresini iptal etmesi sonucu dış tavan sınırı ortadan kalkmıştır. Anayasa Mahkemesinin iptal kararı üzerine Yargıtayın verdiği kararlarında²³⁵, rücu davasında artık tavan hesabı yapılmasına gerek olmadığına hükmettiği görülmektedir.

5510 sayılı kanun md.21'de, 506 sayılı kanunda yer alan ve Anayasa Mahkemesince iptal edilen "sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere" ifadesine tekrar yer verilmesi dolayısıyla rücu davalarında dış tavanın hesaplanması gerektiği tekrar ortaya çıkmıştır.

506 sayılı kanunda dış tavanın dikkate alındığı döneme ilişkin olarak

232 Güneş, 144.

233 YHGK, 04.10.1978, 10-34/780, www.kazanci.com.tr, 06.05.2015. Araslı, 195. Başbuğ, Rücu, 855. Başbuğ, 99. Tuncay-Ekmekçi, 378. Öğretide dış tavan sınırlamasının halefiyet ile ilişkilendirilemeyeceğini, halefiyete dayanmadan doğrudan doğruya yasadan kaynaklanan rücu hakkının kullanılmasında da böyle bir sınırın doğal olarak bulunduğunu, dış tavan sınırlamasının sorumluluk hukukunun genel bir kuralı olduğunu ifade eden bir görüş de mevcuttur (Başbuğ, Rücu, 855-856).

234 AYM, 23.11.2006, 10/106, <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/>, 23.04.2015.

235 Y10HD, 27.03.2007, 2188/4582, Y10HD, 10.05.2007, 15851/7240, Y10HD, 05.06.2007, 16287/9365, Erbaş, 105-106, 108-109, 110-112. Y10HD, 29.01.2008, 4137/632, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015.

Yargıtay verdiği bir kararında²³⁶, “Davanın yasal dayanağı 506 sayılı Yasanın 26. maddesi olup, anılan madde haleflik ilkesine dayandığından, Kurum’un isteyebileceği rücu alacağı miktarı sigortalının veya hak sahiplerinin tazmin sorumlularından isteyebilecekleri miktarla sınırlıdır. Bu bakımdan 506 sayılı Yasanın 26. maddesinde 3395 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik karşısında, taraflarca tavan incelemesi yapılması istenmese dahi, *yasa gereği ve hakkın özüne ilişkin bulunması nedeniyle*, tazmin sorumlusunun ödemekle yükümlü olduğu gerçek zarar tavan değerinin belirlenmesinde yasal zorunluluk bulunduğu” ifadelerine yer vermiştir. Dolayısıyla 5510 sayılı kanun döneminde de, belirtilen kararının geçerliliğini koruduğu ve hakim dış tavan hesabını re’sen gözetmesi gerektiği ortadadır.

Tavan hesabı, maddi tazminat ile destekten yoksun kalma tazminatına hakim ilkeler doğrultusunda hesaplanır. Başka bir ifadeyle sigortalı veya hak sahipleri işveren aleyhine genel mahkemelerde dava açtığı takdirde tazminat hesabı ne şekilde yapılacak ise, tavan hesabı da ona göre yapılmalıdır²³⁷. Yakın bir zamana kadar tazminat hesabına hakim olan ilkeler bakımından ise Yargıtay 10. Hukuk Dairesi ile Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin kabul ettiği esaslar arasında uyuşma söz konusuydu. Diğer bir ifadeyle kazaya uğrayan sigortalının yaşam süresi belirlenirken 1931 tarihli PMF yaşam tablosu dikkate alınıyor, işleyecek zarar dönemi belirlenirken enflasyon göz önünde tutularak her yıl için işçinin elde edeceği ücret bakımından %10 artırıma, ancak sermaye şeklinde tazminat elde edildiği için de %10 iskontoya gidiliyor, kız çocukları bakımından muhtemel evlenme yaşı gözetilerek tazminat hesabı gerçekleştiriliyor, söz konusu yaşlarda köyde yaşayan kız çocukları için 18, kentte yaşayan kız çocukları için 22 kabul ediliyordu²³⁸. Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin kararlarına baktığımızda bir değişikliğin bulunmadığı görülmektedir. İlgili Hukuk Dairesi halen tazminat hesabı yapılırken kişinin muhtemel yaşam süresinin sonunu 1931 tarihli PMF yaşam tablosuna göre belirlemektedir. Bu yön-

236 Y10HD, 14.06.2005, 4959/6466, www.kazanci.com.tr, 05.05.2015.

237 Turan, Rücu, 63.

238 Maddi tazminat ile destekten yoksun kalma tazminatı ve ilgili tazminatların hesabıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.; Süzek, 427-446. Akın, 183-259. Çelik-Caniklioğlu-Canbolat, 234-239, 242. Aktay-Ancı-Senyen/Kaplan, 153-155. Sarıbay Öztürk, 209-213.

deki kararlardan²³⁹ birine göre, "...tazminat miktarının, işçinin olay tarihindeki PMF yaşama tablosuna göre bakiye ömrü esas alınarak aktif ve pasif dönemde elde edeceği kazançlar toplamından oluştuğu yönü ise söz götürmez. ... işçinin günlük net geliri tespit edilerek bilinen dönemdeki kazancı mevcut veriler nazara alınarak iskontolama ve artırma işlemi yapılmadan hesaplanacağı, bilinmeyen dönemdeki kazancının ise; yıllık olarak %10 arttırılıp %10 iskonto tabii tutulacağı, 60 yaşına kadar (aktif) dönemde, 60 yaşından sonrada bakiye ömrüne kadar (pasif) dönemde elde edeceği kazançların ortalama yöntemine başvurulmadan her yıl için ayrı ayrı hesaplanacağı, hesap raporunun Yargıtay denetimine elverişli olması gerektiği Yargıtay'ın oturmuş ve yerleşmiş görüşlerindedir".

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi ise tazminat hesabına hakim ilkeler bakımından değişikliğe gitmiş olup, rücu davalarına esas dış tavan hesabında da belirlediği yeni ilkelerin gözetilmesi gerektiğine hükmetmektedir. En önemli değişikliklerden biri de iş kazası veya meslek hastalığına yakalanan sigortalının muhtemel yaşam süresinin artık 1931 tarihli PMF yaşam tablosuna göre değil de, TRH 2010 tablosuna belirlenmesi gerektiğinin kabulüdür. Bu doğrultudaki bir kararda²⁴⁰, "a-) Uygulamada, sigortalının veya hak sahibinin bakiye ömürleri 1931 tarihli "PMF (Population Masculine et Feminine)" Fransız yaşam tablosundan yararlanılmakta ise de: Başkanlık Hazine Müsteşarlığı. Hacettepe Üniversitesi Fen Fakültesi Aktüerya Bilimleri Bölümü, bnb Danışmanlık. Marmara Üniversitesi ve Başkent Üniversitesi'nin çalışmalarıyla "trh2010" adı verilen "Ulusal Mortalite Tablosu" hazırlanmış olup, Sosyal Güvenlik Kurumunun 2012/32 Sayılı Genelgesiyle de ilk peşin sermaye değerlerinin hesabında anılan tabloların uygulanmasına geçilmiştir. Gerçek zarar hesabı özü itibarıyla varsayımlara dayalı bir hesap olup, gerçeğe en yakın verilerin kullanılması esastır. Bu durumda, Ülkemize özgü ve güncel verileri içeren trh 2010 tablosu bakiye ömrün belirlenmesinde nazara alınmalıdır. b-) Tazminatların peşin olarak hesaplanması, oysa gelirlerin taksit taksit elde edilmesi, bu sebeple peşin belirlenen tazminattan her taksitte ödenen kısmın bakiyesinden faiz geli-

239 Y21HD, 18.02.2014, 20317/2596, www.kazanci.com.tr, 05.05.2015. PMF yaşam tablosunun esas alındığı diğer kararlar için bkz.; Y21HD, 10.02.2014, 17973/1797, Y21HD, 12.05.2014, 3661/10436, www.kazanci.com.tr, 05.05.2015.

240 Y10HD, 19.02.2014, 11688/3233, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015. Aynı doğrultudaki diğer kararlar için bkz.; Y10HD, 31.01.2014, 5525/1893, Y10HD, 13.12.2013, 21268/24392, Y10HD, 28.04.2014, 16742/9096, www.kazanci.com.tr, 24.04.2005. Belirtilen kararla aynı içeriğe sahip bir karara göre halen işçinin çalışma yaşamının sonu olarak 60 yaşın kabul edilmeye devam ettiği, ancak iskontolama ve artırım işlemlerinin %10 üzerinden değil, %5 üzerinden yapılması esasının benimsendiği görülmektedir (Y10HD, 14.01.2014, 6790/237, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015).

ri elde edileceğinden sermayeye ekleneceği nazara alınarak, tazminata esas gelire iskonto uygulanmaktadır. Peşin sermayeden elde edilecek yarar reel faiz kadardır. Buna göre: önceki uygulamalardaki gibi %10 iskonto oranı yerine, enflasyon dışlanarak, değişen ekonomik koşullar ve reel faiz oranları da nazara alınır. Sosyal Güvenlik Kurumu ilk peşin sermaye değeri hesaplamalarına paralel olarak %5 oranının uygulanması hakkaniyete uygun olacaktır. c-) Gelirin yansıma oranına gelince, 5510 Sayılı Kanunun 19. ve 34 maddeleri uyarınca, ölenin gelirinin %70'i dağıtıma esas tutulmalı, çocuk yoksa bu meblağın %75'i eşe bağlanmalıdır. Çocuk varsa eşin payı (%70 üzerinden) %50'ye düşmeli, her bir çocuk için %25 gelir bağlanmalıdır. Hak sahibi erkek çocuğun 18 yaşını, lise ve dengi öğrenim görmesi halinde 20 yaşını, yüksek öğrenim yapması halinde 25 yaşını doldurduğu tarihte gelirden çıkacağı gözetilmeli, kız çocuğunun ise evlenme tarihine kadar gelire hak kazanacağı kabul edilerek, evlenme yaşının rapor tarihine en yakın tuik Türkiye "ortalama evlenme yaşı istatistikleri"ne göre belirlenmesi gerektiği dikkate alınmalıdır" ifadelerine yer verilmiştir.

Tazminat hesabı yapılırken esas alınan ilkeler zamana ve ihtiyaçlara göre değiştirilebilir. Bu durum, toplumun gelişmesine paralel olarak hukukun da gelişimi açısından doğal görülmelidir. Diğer bir deyişle ülkemizin gerçeklerine daha uygun bir yaşam tablosu olarak TRH 2010 kanaatimizce kabul edilmelidir. Ancak Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin kabul ettiği esaslar ile Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin kabul ettiği esasların farklı olması birçok çelişkiyi de beraberinde getirmektedir. Zira bilineceği üzere Kurumun rücu hakkı halefiyet esasına dayanmaktadır. Bu bakımdan sigortalı veya hak sahipleri tazminat davası açmış ve söz konusu davada tazminat hesabı yapılarak ulaşılan karar kesinleşmiş ise rücu davasında yeniden tavan hesabı yapılmasına gerek bulunmamalıdır²⁴¹. Ancak bir yandan da hedefimiz mümkün olduğu ölçüde gerçek zararı belirlemektir. Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin kabul ettiği şekilde yapılan ve kesinleşen tazminat hesabı rücu davasında dış tavan olarak kabul edilecek olursa, sigortalının ya da hak sahiplerinin işveren aleyhine dava açmadığı hallerde benimsenen dış tavan miktarı farklı olacaktır. Yahut Kurumun rücu hakkının kendine özgü halefiyet esasına dayandığı kabul edilerek, yaşam tablosu olarak TRH 2010'un dikkate alınmadığı ve Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin belirlediği ilkelerle çelişen her durumda dış tavan hesabına gitmek gerekecektir. Belirtilen sıkıntıların aşılması açısından her iki hukuk dairesinin kararlarını birbirleriyle uyumlu hale getirmesi isabetli olacaktır.

241 Turan, Rücu, 63-64.

Dış tavanın ne şekilde hesaplanacağına değinilmekle birlikte, dış tavan hesabının önemi üzerinde de durmak yerinde olacaktır. 506 sayılı kanun dönemi açısından Anayasa Mahkemesinin 2006 yılında verdiği iptal kararına kadar dış tavan hesabı önem taşımaktaydı. Zira Anayasa Mahkemesi tarafından 506 sayılı kanun md.26'da geçen "sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere" ibaresi iptal edilinceye kadar, açılan ilk rücu davasından sonra sigortalı veya hak sahiplerine ilk rücu davasına neden olan iş kazası veya meslek hastalığı sebebiyle yeni ödemeler yapılması veya yapılan ödemelerin artması halinde, zarar verenler aleyhine yeni rücu davaları açılabilirdi. Dış tavan ise işverene veya üçüncü kişilere sayısız kez rücu davası açılmasını engelleme amacına hizmet etmekteydi²⁴². Ancak 5510 sayılı kanun md.21/I gereği sigortalı veya hak sahiplerine bağlanan gelirlerin ilk peşin sermaye değeri işverenden istenebileceği ve Kurum tarafından yapılan yardımların miktarının sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebileceği miktardan genelde daha düşük olduğu da dikkate alındığında, dış tavana ilişkin düzenlemeyi 5510 sayılı kanun md.21'de muhafaza etmenin, 506 sayılı kanun döneminde taşıdığı düzeyde bir anlamı bulunmadığı belirtilmelidir. Bu itibarla ilgili ifadenin daha çok Kurumun rücu hakkının hukuki niteliğinin belirlenmesiyle ilgili bir işlevinin bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

bb) 5510 Sayılı Kanun md.23 açısından

5510 sayılı kanun md.23'ün uygulanması bakımından iç tavanın bulunduğu açıktır. İç tavan ise Kurumun iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle yapmış olduğu ödemeler ile ilk peşin sermaye değerinin toplamıdır. Ancak burada Kurumun yaptığı harcamaların kusur karşılığının işverene rücu edilip edilmeyeceği sorusu sorulabilir. Daha önce 5510 sayılı kanun md.23'den kaynaklı işverenin sorumluluğunun şartları kısmında değinildiği üzere işverenin Kuruma karşı sorumluluğu kusursuz sorumluluk esasına dayanmaktadır. Bu durumda Kurum alacağının tümünün işverene herhangi bir indirim yapılmaksızın rücu edilebileceği düşünülebilir²⁴³. Ancak Yargıtay uygulamasında 5510 sayılı kanun md.23 kapsamında açılan rücu davalarında da kusur oranlarının dikkate alındığı görülmektedir. Diğer bir ifadeyle rücu edilecek miktar belirlenirken iş kazasının meydana

242 Güneş, 144.

243 Güzel-Okur-Caniklioğlu, 495.

gelmesinde işverenin kusurunun yanı sıra işçinin kusurunun ya da kaçınılmazlığın da rol oynadığı hallerde, işveren işçinin kusurunun veya kaçınılmazlığın tamamından sorumlu tutulmamakta, kendi kusuru dışında belirtilen hallerin tamamına olmasa da çoğuna katlanmaktadır. Bu yöndeki kararlara²⁴⁴ göre, zararlandırıcı sigorta olayında işveren hiç kusuru olmasa bile, Kurumca yapılan sosyal sigorta yardımlarının *tamamından* sorumlu tutulmalıysa da Kurumun rücu alacağından *uygun bir indirim* yapılması gerekmektedir. Bu çerçevede 5510 sayılı kanun md.23'e dayalı sorumluluk sınırı belirlenirken temel kuralın, bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemiş olan işverenin sorumluluğunun, 5510 sayılı kanun md.21/I uyarınca sorumlu olunacak miktardan daha ağır bir şekilde belirlenmesi esası olduğu söylenebilir. Kısacası 5510 sayılı kanun md.23 gereğince iş kazasının veya meslek hastalığının meydana gelmesinde tüm kusur işverene yüklenemediği sürece, Kurumun yaptığı ödemeler ile bağladığı gelirlerin tamamı işverene rücu edilemeyecektir. Diğer bir ifadeyle Kurumun yaptığı ödemeler ve bağladığı gelirler toplamı iç tavanı oluşturacaktır. Somut olayın özelliğine göre iç tavanın en az %50'si işverene rücu edilebilecektir²⁴⁵.

5510 sayılı kanun md.23 kapsamında ele alınması gereken diğer bir konu ise dış tavanın bulunup bulunmadığı hususudur. Kurumun rücu hakkının hukuki niteliği incelenirken belirtildiği üzere 5510 sayılı kanun md.23'den dolayı Kurumun işverene rücu hakkının hukuki niteliği basit rücu hakkına dayanmaktadır. Bu itibarla Kurumun sigortalı veya hak sahipleri için yaptığı maddi yardımlar rücu edilirken, halefiyet esasına dayanan 5510 sayılı kanun md.21'den farklı olarak dış tavan sınırı bulunmadığı ileri sürülebilir²⁴⁶. Nitekim 5510 sayılı kanun md.23 metni incelendiğinde de, 5510 sayılı kanun md.21/I'de öngörülen dış tavan sınırına, diğer bir ifadeyle "sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere" ifadesine yer verilmediği görülmektedir.

Bununla birlikte Yargıtay 506 sayılı kanun döneminde bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen işverenin sorumluluğunun düzenlendiği ve dış tavan sınırının bulunmadığı 10. maddeye, 26. maddede öngörülen dış ta-

244 Y10HD, 21.06.2013, 18576/14154, Y10HD, 08.07.2014, 10546/16615, Y10HD, 18.03.2014, 12130/6187, Y10HD, 13.03.2014, 14278/5790, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015.

245 Turan, İşverenin Tazmin Sorumluluğu, 225.

246 **Tuncay-Ekmekçi**, 380. **Başbuğ**, 112.

vanı kıyasen uygulamıştır. Bu yöndeki bir karara²⁴⁷ göre, “26. maddenin 1. fıkrasında, “her türlü giderlerin tutarları ile gelir bağlanmışsa bu gelirlerin 22. maddede belirtilen tarifeye göre hesaplanacak sermaye değerleri toplamı sigortalı veya haksahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere Kurum’ca işverene ödettirilir” hükmü getirilmiştir. Böyle bir sınırlama 26. maddeye ilk defa 3395 sayılı Yasa ile ve bu konudaki boşluğu dolduran Yargıtay İçtihatlarından esinlenerek dahil edilmiştir. Yasa koyucunun aynı değişikliği 10. maddede yapmamış olması, bu maddeye göre açılan davalara sınır tanımadığı anlamına gelmez. Öte yandan, 10. maddenin amaca yönelik yorumlanmasından bu maddeye göre açılan davaların sınırsız şekilde süreceği sonucu çıkmamaktadır. O itibarla, kusursuz sorumluluğu öngören 9 ve 10. maddeye dayanılarak açılan rücu davalarında da 26. maddenin öngördüğü sınırlamanın (tavanın) *kıyas yoluyla uygulanmasının* hak ve nesafet kurallarına uygun düşeceği açıktır. ... 26. madde ile 10. madde, Kurum’un rücu hakkını düzenlemiş olup ayrıldığı tek nokta sırasıyla kusurlu ve kusursuz sorumluluğa ilişkin olmalarıdır. *Tek bir noktada ayrılığın varlığı kıyas hükümlerinin uygulanmasını engellemez.* Özellikle rücu alacaklarının miktarının hesaplama şekli, izlenecek yol bakımından aralarında ayniyet vardır”. İlgili kararda geçen gerekçeler dikkate alındığında, özellikle tek bir noktada ayrılığın varlığı kıyas hükümlerinin uygulanmasını engellemez ifadesi, tavan sınırının 5510 sayılı kanun md.23 açısından kıyasen uygulanacağı beklentisini doğurmaktadır²⁴⁸.

b) Üçüncü kişinin sorumluluğunun kapsamı

İş kazası veya meslek hastalığına sebep olan üçüncü kişinin rücu davasındaki sorumluluğu, kusur sorumluluğudur. Diğer bir ifadeyle Kurumun yaptığı ödemeler ve bağladığı gelirler açısından üçüncü kişiye rücu, kusuru oranında gerçekleştirilecektir. Ancak sorumluluğun kapsamı bakımından kıyas yapıldığında işverenlere göre önemli bir farklılık ortaya çıkmaktadır. Söz konusu farklılık, Kurumun yaptığı ödemelerle ilgili değil, peşin sermaye değeriyle ilgilidir. Kurumun yaptığı geçici iş göremezlik ödeneği gibi ödemeler tümüyle üçüncü kişiye de rücu edilebilecektir. Ancak ilk peşin sermaye değeri rücu edilirken yarısının rücu edileceği hüküm altına

²⁴⁷ YHGK, 06.12.1995, 10-856/1073, www.kazanci.com.tr, 07.05.2015. Aynı doğrultudaki diğer kararlar için bkz.; Y10HD, 24.10.1985, 5079/5719, **Güzel-Okur-Caniklioğlu**, 495, dn. 260. YHGK, 15.03.1995, 10-800/166, **Turan**, İşverenin Tazmin Sorumluluğu, 221-223.

²⁴⁸ **Güzel-Okur-Caniklioğlu**, 492.

alınmıştır. Neden böyle bir düzenlemeye yer verildiğini anlamak için yasanın gerekçesinin bir fikir verebileceği düşünülebilir.

5510 sayılı kanun, ilk önce 5489 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu olarak yasalaşmıştı. Ancak 19.04.2006 tarihli 5489 sayılı kanun, Cumhurbaşkanı tarafından bir daha görüşülmek üzere geri gönderilmiştir. Görüşmeler sonucu kanun aynı içerikle kabul edilmiş olup, kanun numarası 5510 olmuştur. Bu itibarla 5510 sayılı kanunun gerekçesi için 5489 sayılı kanun tasarısının gerekçesine bakılmalıdır. Üçüncü kişinin sorumluluğunun ilk peşin sermaye değerinin yarısıyla sınırlandırıldığı md.21'in gerekçesi ise tasarıda md.26'ya denk gelmekte olup, gerekçede sadece, "Bu madde ile işverenin iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde kastı veya suç sayılabilir bir hareketi olması ya da sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliğine aykırı davranışı halinde yapılan veya ileride yapılacak ödemelerle, bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamının esas alınarak, sigortalı veya hak sahibinin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere Kurumca işverene rücu edilmesi, işverenin ve sigortalının sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesinin de dikkate alınması öngörülmüştür" ifadelerine yer verildiği görülmektedir. Dolayısıyla tasarının gerekçesinden hareket edildiğinde üçüncü kişinin neden ilk peşin sermaye değerinin yarısıyla sorumlu tutulduğu anlaşılammaktadır. Ancak ilgili hüküm üçüncü kişilere kusuru oranında rücu yapılacağı sonucuna ulaşılamadığı ve bu durumun eşit işlem ilkesini ihlal ettiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine götürülmüştür. Anayasa Mahkemesinin kararı, gerekçe olarak algılanabilecek niteliktedir.

Anayasa Mahkemesinin ilgili kararına²⁴⁹ göre, "İtiraz konusu kurala göre; üçüncü kişiden talep edilecek rücu tazminatı miktarının üst sınırı, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısıdır. Bu sebeple Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK), sigortalı veya hak sahiplerine yaptığı ödemelerin bu miktarı geçen kısmını isteyemez. ... SGK, iş kazası, meslek hastalığı ve hastalığın meydana gelmesinde üçüncü kişinin kusuru bulunması halinde, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısının üçüncü kişinin kusur oranına isabet eden

249 AYM, 15.03.2012, 128/40, <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/>, 01.05.2015.

kısmını talep edebilmektedir. ... Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan sosyal devlet, toplumdaki güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği ve toplum dengesini sağlamakla yükümlü devlettir. İtiraz konusu kural uyarınca, iş kazası, meslek hastalığı veya hastalık üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, SGK tarafından bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı üçüncü kişiden tahsil edilmekte, diğer yarısı ise SGK üzerinde kalmaktadır. Böylece sosyal devlet ilkesine uygun olarak, çoğunlukla SGK'nın sigortalısı olup prim ödeyen, kusurlu davranışı ile iş kazası, meslek hastalığı veya hastalığa neden olan üçüncü kişilerin, çalışma yaşamlarını sürdürebilmeleri ve prim ödemeye devam etmeleri sağlanarak, ücretli olan bu kişilerin altından kalkamayacakları büyük külfetler altına girmeleri önlenmek istenmiştir. ... SGK'nın rücu alacağına hesaplanmasında, emek gelirleri düşük olan ve SGK'ya prim ödeyen üçüncü kişilerin karşılaşacakları sosyal riskler karşısında yoksulluğa düşmemeleri için sorumluluklarının işverene göre daha hafif olarak belirlenmesi ve SGK'nın yapacağı giderlerin bir kısmının Devlet tarafından karşılanması Anayasa'nın yukarıda anılan maddeleriyle uyum içindedir".

Anayasa Mahkemesi 5510 sayılı kanunda üçüncü kişinin sorumluluğunun hafif bir şekilde belirlenmesini uygun görmüşse de, 506 sayılı kanun döneminde üçüncü kişiler açısından bu yönde bir sınırlama mevcut bulunmamaktaydı. Diğer bir ifadeyle üçüncü kişilere peşin sermaye değerinin tamamı, genel hükümler çerçevesinde rücu edilmekteydi. Bu itibarla 506 sayılı kanunda üçüncü kişinin sorumluluğu, işverene göre daha ağır belirlenmişti. 506 sayılı kanun döneminde üçüncü kişinin sorumluluğunun daha ağır düzenlenmesi hususu da Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesinin önüne getirilmiştir. Anayasa Mahkemesinin o dönem verdiği karar ise, yukarıda belirttiğimiz kararıyla çelişki oluşturmaktadır. Zira ilgili kararda²⁵⁰, işveren Kuruma prim ödediği için, onun Kuruma karşı daha hafif bir biçimde sorumlu tutulmasının, buna karşılık daha önce prim ödemiş olan üçüncü kişinin ise genel kurallara göre daha ağır bir biçimde sorumluluğuna gidilmesinin olağan kabul edilmesi gerektiğine hükmedilmiştir.

Anayasa Mahkemesi tarafından yasama organınca kabul edilen yasaların mümkün olduğu ölçüde Anayasaya uygun bir şekilde yorumlanmaya

250 AYM, 23.05.1972, 2/28, <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/>, 23.04.2015.

çalışılması isabetlidir. Bununla birlikte verilen iki kararın gerekçesinin tamamıyla çelişmesi ise kafa karıştırıcıdır. Zira 5510 sayılı kanun yürürlüğe girinceye kadar üçüncü kişiler peşin sermaye değerinin tamamını ödeyebilecek güçte kabul edilmekte, hatta işverene göre daha ağır bir şekilde sorumlu tutulması olağan görülmekteydi. Ancak 5510 sayılı kanun yürürlüğe girdiğinde, birden üçüncü kişilerin ekonomik durumlarının o kadar güçlü olmadığı, emek ve gelirlerinin işverene kıyasla daha düşük olduğu anlaşılabilir olarak sorumlulukları azaltılmıştır. Kanaatimizce üçüncü kişinin sorumluluğunun ilk peşin sermaye değerinin yarısıyla sınırlandırılması için gerekçe olarak üçüncü kişinin ekonomik durumuna dayanılması isabetli değildir. Öğretide de belirtildiği üzere işveren ile üçüncü kişinin sorumluluk sınırı açısından ayrımı haklı kılan bir neden yoktur²⁵¹. Üçüncü kişi kapsamına iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde rolü olan sigortalı ve işvereni dışındaki herkes girmektedir. Üçüncü kişiler sadece iş kazası veya meslek hastalığına yol açan kendisi de iş sözleşmesiyle çalışan sigortalılar olmayıp, yapı denetim kuruluşları, üreticiler, üçüncü kişinin işvereni gibi ekonomik bakımından güçlü olarak algılanabilecek kişileri de kapsamaktadır. Hatta somut olayın özelliğine göre rücu davası sigorta şirketlerine dahi yöneltelebilmektedir. Bu bakımdan ilk peşin sermaye değerinin yarısının rücu edileceğinin 5510 sayılı kanun md.21/IV'de düzenlenmesinin kanaatimizce halen kabul edilebilir, makul bir gerekçesinin bulunmadığı düşünülmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi tarafından herhangi bir iptal kararı da verilmediğinden ve henüz kanun koyucu tarafından da bir değişikliğe gidilmediğinden ilgili hüküm yürürlükte ve rücu davalarında mutlaka göz önüne alınmalıdır.

İlk peşin sermaye değerinin yarısının üçüncü kişilere rücu edileceği açıksa da sorumluluğun kapsamı açısından ne şekilde göz önüne alınacağı tartışılabilir. Anayasa Mahkemesinin 2012 yılında verdiği kararının içeriğine ve Yargıtayın artık yerleştiğini düşündüğümüz kararlarına²⁵² göre, üçüncü kişi ilk peşin sermaye değerinin yarısından kusuru oranında sorumlu tutulmaktadır²⁵³. Kurum tarafından çıkarılan bir tebliğde de aynı esas benimsenmiş olup, üçüncü kişinin kusuru nedeniyle meydana

²⁵¹ *Tuncay-Ekmekçi*, 378. *Akın*, *Maluliyet*, 142.

²⁵² Y10HD, 08.07.2014, 10546/16615, Y10HD, 28.06.2013, 23997/14635, Y10HD, 17.10.2014, 23249/19884, Y10HD, 09.09.2014, 13320/16814, Y10HD, 28.04.2014, 16742/9096, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015.

²⁵³ Öğretide de üçüncü kişilere yapılacak rücu miktarının belirlenmesinde Yargıtay uygulamasıyla aynı doğrultuda olan görüşlerin var olduğu görülmektedir (*Tuncay*, 5510 Sayılı Kanun, 202).

na gelen iş kazası veya meslek hastalığı olaylarında zarara sebep olan üçüncü kişilerin ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranların, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirlerin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamının yarısından kusur oranlarına kadar sorumlu oldukları düzenlenmiştir (md.10/III)²⁵⁴. Diğer bir ifadeyle üçüncü kişiler açısından iç tavan, Kurumun yaptığı ödemeler ile ilk peşin sermaye değerinin yarısının toplamıdır. İş kazası veya meslek hastalığı tümüyle üçüncü kişinin kusurundan dolayı meydana geldiyse belirlenen iç tavanın tamamı üçüncü kişiye rücu edilebilecektir. Ancak iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde üçüncü kişinin yanı sıra örneğin sigortalının da kusuru varsa, sigortalının kusuru oranında üçüncü kişinin sorumluluğu azalacaktır.

Uygulama bu yönde gelişmekle birlikte farklı bir yorumun daha yapılmasının mümkün olduğunu düşünmekteyiz. Kanun ilk peşin sermaye değerinin yarısı üçüncü kişiye rücu edilir derken, ilk peşin sermaye değerinin yarısını sorumluluğun en üst sınırı olarak görmüştür denebilir. Diğer bir ifadeyle üçüncü kişi, ilk peşin sermaye değerinin tamamından en fazla yarısına kadar sorumludur. Bir örnekle açıklayacak olursak, iş kazasının meydana gelmesinde üçüncü kişinin %60, sigortalının %40 oranında kusurlu bulunduğu ve ilk peşin sermaye değerinin 50.000-TL olduğu bir olayda, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtayın kararı yönünde üçüncü kişiye yapılacak rücu miktarı, 25.000-TL'nin %60'ı olacaktır. Bu da 15.000-TL'ye tekabül etmektedir. Ancak belirttiğimiz yönde yorum yapılması halinde üçüncü kişi, 50.000-TL'nin 25.000-TL'sine kadar kusurunun varlığı halinde sorumlu tutulabilecektir. Dolayısıyla üçüncü kişi 50.000-TL'nin %60'ı olan 30.000-TL'den sorumlu olması gerekirken, Kanunun getirdiği ilk peşin sermaye değerinin yarısı ifadesi nedeniyle 25.000-TL'sinden sorumlu tutulabilmelidir. Bu yönde bir yorum aynı olay nedeniyle işverene ve üçüncü kişiye rücu yapılırken iki farklı iç tavan belirlenmesi zorunluluğunu ortadan kaldıracaktır. Ayrıca ileride üzerinde durulacağı üzere iş kazasına üçüncü kişi ve işveren birlikte sebep olduysa, müteselsilen sorumlu tutulmaktadır. Ancak uygulamada kabul edilen sistem müteselsil sorumluluk açısından içinden çıkılamayacak sıkıntıları ve hukuki sorunları da beraberinde getirmektedir. Dolayısıyla üçüncü kişinin ilk peşin sermaye

254 İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sigortası Bakımından İşverenin, Üçüncü Kişilerin ve Sigortalının Sorumluluğu ile Peşin Sermaye Değerlerinin Hesaplanmasıyla İlgili İşlemler Hakkında Tebliğ, 28.09.2008 tarih ve 27011 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak 2008 yılı Ekim ayı başında yürürlüğe girmiştir.

değerinin tamamından en fazla yarısına kadar sorumlu tutulması, kanaatimizce uygulamada yaşanan sorunların hafiflemesi ve daha adil bir sonuca ulaşılması açısından yerinde olacaktır.

Üçüncü kişinin sorumluluğunun kapsamıyla ilgili olarak üzerinde durulması gereken son husus dış tavanın üçüncü kişinin sorumluluğunda da uygulama alanı bulup bulmayacağıdır. Nitekim 5510 sayılı kanun md.21/IV'de, md.21/I'deki dış tavan hükmüne yer verilmemiştir. Ancak 506 sayılı kanun döneminde üçüncü kişinin sorumluluğu belirlenirken tavan incelemesi yapılacağı Yargıtay tarafından kabul edilmiştir²⁵⁵. Kanaatimizce söz konusu kararlar 5510 sayılı kanun döneminde de geçerliliğini korumaktadır. Diğer bir ifadeyle üçüncü kişilere yapılacak rücu açısından da dış tavan incelemesinin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Ancak 5510 sayılı kanuna ilişkin olarak Yargıtay bir kararında²⁵⁶, üçüncü kişi açısından dış tavan sınırlamasının bulunmadığını ifade etmiştir. Yargıtayın bu doğrultudaki kararı esas alınacak olursa, üçüncü kişinin sorumluluğu kapsamında dış tavanı belirleme zorunluluğu ortadan kalkacaktır. Bununla birlikte üçüncü kişiler açısından dış tavanın bulunmadığı sonucu, Kurumun üçüncü kişiye rücu hakkının halefiyet esasına değil, basit rücu hakkına dayandığı düşüncesini de doğuracak niteliktedir.

c) İlk peşin sermaye değerindeki artış veya eksilmenin rücu hakkı üzerindeki etkisi

Sigortalı veya hak sahiplerine gelir bağlandıktan sonra çeşitli durumların ortaya çıkması halinde ilk peşin sermaye değerinde değişiklik gerçekleşmesi ihtimali söz konusu olabilmektedir. Yargıtay kararlarına da bu durumun yansıdığı, çeşitli çözümlerin üretildiği görülmektedir.

Yargıtayın bir kararına²⁵⁷ göre, "506 sayılı Yasa'nın 92. maddesi ise, "Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile iş kazalarıyla meslek hastalıkları sigortasından hak kazanılan aylık ve gelirler birleşirse, sigortalıya veya hak sahibine bu aylık ve gelirlerden yüksek olanın tümü, eksik olanın da yarısı bağlanır. Bu aylık ve gelirler eşitse, iş kazalarıyla meslek hastalıkları sigortasından bağlanan gelirin tümü, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarından bağlanan aylığın da yarısı verilir." düzenlemesini içermektedir.

²⁵⁵ *Aslanköylü, Şerh, 1010.*

²⁵⁶ Y10HD, 17.12.2013, 3358/24638, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015.

²⁵⁷ Y10HD, 21.10.2008, 14464/13116, www.kazanci.com.tr, 08.05.2015.

Meslek hastalığı sonucu sürekli işgöremezlik durumuna giren sigortalıya 07.07.2005 tarihinden itibaren bağlanan gelir, sigortalının 15.07.2005 tarihinden itibaren yaşlılık aylığına hak kazanması nedeniyle, 506 sayılı Yasa'nın 92. maddesi uyarınca yarıya indirilmiştir. Kurumun, sigortalıya bağladığı ilk peşin sermaye değerli gelirden fazlasını isteme hakkı bulunmadığı gibi; bağlanan gelirin kesildiği veya kesilmesi gereğinin, yargılama sürecinde ortaya çıktığı durumlarda, Kurumun ödemediği veya ödeyemeyecek olduğu gelir kesimini rücu istemeyeceği yönü de, tazmine yönelik davada gözetilmesi gereken genel ilkeler arasında bulunmaktadır. Dava konusu edilen gelirlerin, 506 sayılı Yasa'nın 92. maddesi uyarınca yarıya indirildiği gerçeği karşısında, bu indirimin davalının tazminle sorumlu olduğu ilk peşin sermaye değerli gelir miktarına da yansıtılması gereği üzerinde durulmaksızın, peşin sermaye değeri hesap tablosunun ilk satırındaki miktar esas alınarak sonuca varılmış olması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir”.

Başka bir Yargıtay kararına²⁵⁸ göre de, “Kurumun, sigortalıya bağladığı ilk peşin sermaye değerli gelirden fazlasını isteme hakkı bulunmadığı gibi; bağlanan gelirin kesildiği veya kesilmesi gereğinin, yargılama sürecinde ortaya çıktığı durumlarda, Kurumun ödemediği veya ödeyemeyecek olduğu gelir kesimini rücu istemeyeceği yönü de, tazmine yönelik davada gözetilmesi gereken genel ilkeler arasında bulunmaktadır. İş kazasına uğrayan sigortalının hak sahiplerine 9.7.2007 başlangıç, 23.10.2007 onay tarihli gelir bağlandığı, bağlanan gelirin, sigortalının hak sahiplerine 1.8.2007 tarihinden itibaren ölüm aylığı bağlanması nedeniyle, 506 Sayılı Kanunun 92. maddesi uyarınca yarıya indirildiği, hak sahiplerinden O.'ın 25.10.2010 tarihinde mezuniyeti nedeniyle, O.'un 25.11.2011 tarihinde on sekiz yaşını doldurması sebebiyle gelirinin kesildiği anlaşılmıştır. 506 Sayılı Kanunun 92. maddesi ise, ‘Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile iş kazalarıyla meslek hastalıkları sigortasından hak kazanılan aylık ve gelirler birleşirse, sigortalıya veya hak sahibine bu aylık ve gelirlerden yüksek olanın tümü, eksik olanın da yarısı bağlanır. Bu aylık ve gelirler eşitse, iş kazalarıyla meslek hastalıkları sigortasından bağlanan gelirin tümü, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarından bağlanan aylığın da yarısı verilir.’ düzenlemesini içermektedir. Sürekli iş göremezlik gelirinin yarıya indirildiği durumlarda, peşin sermaye değerli gelirin, gelir başlangıç tarihi itibarıyla %50 üzerinden belirlenmesi; bu oran üzerinden belirlenmiş olan

258 Y10HD, 04.03.2014, 3541/4451, Çalışma ve Toplum, (43) 2014/4, 426-427.

peşin sermaye değerli gelire, gelir başlangıç tarihinden gelirin yarıya düş-tüğü tarihe kadar ödenen gelirin %50 fark oranına karşılık miktarının ila-vesi gerekecektir. Ayrıca, başlangıçtaki gelir onay tarihinin esas alınması gereği de bulunmaktadır. Fiili ödemenin mevcudiyeti halinde, fiili ödeme ile dair olduğu gelirin ilk peşin sermaye değerinin karşılaştırılması sonu-cu, şayet ilk peşin sermaye değerli gelirin kusur karşılığı, fiili ödeme mik-tarının kusur karşılığından düşük ise o taktirde ilk peşin sermaye değerine itibar edilmesi, aksine fiili ödeme miktarı ilk peşin değerden düşük ise o taktirde de fiili ödeme miktarının esas alınması gerekecektir. Somut olayda O. ve O. yönünden karşılaştırmaya esas alınacak peşin sermaye değerli gelirin yukarda belirtildiği şekilde hesaplanması ve fiili ödeme miktar ile karşılaştırılması gerekecektir". Peşin sermaye değerindeki değişiklik ile ilgili Yargıtay kararlarını²⁵⁹ çoğaltılabilmek mümkündür.

Kararların içeriğine konu olduğu üzere peşin sermaye değerinde ka-nun, kararname ve katsayı değişikliği nedeniyle yapılan artışlar dışında meydana gelen değişiklikler halinde rücu edilecek miktarın ne şekilde tespit edileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. İlk peşin sermaye değerinin değişmesiyle ilgili üç ihtimal ortaya çıkabilir. İlk ihtimal sigortalıya ve hak sahibine bağlanan gelirin kesilme durumu söz konusu olabilir. Örneğin hak sahibi olan sağ kalan eş rücu davası devam ederken evlendiği tak-dirdirde bağlanan gelir kesileceği için peşin sermaye değerinin miktarı de-ğişecektir. İkinci ihtimal sigortalıya gelir bağlandıktan sonra iş kazası veya meslek hastalığıyla bağlantılı olarak sigortalının iş göremezlik derecesi artmış yahut aldığı tedaviler neticesinde azalmış olabilir. Üçüncü ihtimal ise sigortalı veya hak sahibi iş kazası-meslek hastalığı sigortasından gelir almaktayken daha sonraki yıllar malullük veya yaşlılık aylığına hak ka-zandığı durumda ortaya çıkmaktadır. Diğer bir deyişle birden fazla gelir veya aylığın birleştiği durumda da ilk peşin sermaye değerinde değişiklik meydana gelebilecektir. Her üç ihtimal açısından konunun ele alınması ve açıklığa kavuşturulması isabetli olacaktır. Bu konuda da Sosyal Güvenlik Kurumunun 2011/58 sayılı genelgesi yol gösterici bir nitelik taşımaktadır.

İlk ihtimal aslında çok sorun yaratacak nitelikte değildir. Zira ilk peşin sermaye değeri, sigortalının veya hak sahibinin gelirinin kesilmesi nede-niyle değişmiştir. Diyelim ki, hak sahibi olan sağ kalan eşe bağlanan ilk

259 Fiili ödeme ve peşin sermaye değerindeki değişiklik ile ilgili diğer Yargıtay kararları için bkz.; Y10HD, 13.11.2014, 22587/23676, yayımlanmamış Yargıtay kararı. Y10HD, 05.09.2012, 16261/14075, Y10HD, 28.06.2013, 23997/14635, Y10HD, 04.03.2014, 24605/4435, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015.

peşin sermaye değerli gelirin tutarı 50.000-TL olarak belirlendi. Ancak sağ kalan eş iki yıl sonra evlenmesi nedeniyle gelirden çıktı. Bu durumda Kurum tarafından rücu edilecek miktar belirlenirken sağ kalan eşe yapılan fiili ödeme miktarı belirleyici olacaktır. Kurum yapmadığı ve yapmak zorunda olmadığı ödemeyi rücu edemeyecektir. Bu çerçevede sağ kalan eşe, gelir kesilinceye kadar iki yıllık sürede toplam 5.000-TL fiili ödemede bulunmuş olursa, Kurum fiili ödeme miktarını rücu edebilecektir. Diğer bir ifadeyle fiili ödeme miktarı ile ilk peşin sermaye değeri karşılaştırılır, hangi miktar daha düşük ise o rücu edilir. Ancak sağ kalan eş, 20 yıl sonra evlenerek gelirden çıkmış olursa ve kendisine o zamana kadar 75.000-TL fiili ödemede bulunmuşsa, bu takdirde de ilk peşin sermaye değeri rücu edilecektir.

İkinci ihtimal ise sigortalının iş göremezlik derecesinde artmanın veya azalmanın meydana gelmesi durumudur. Bu gibi durumlarda genelde kontrol muayene kaydı bulunur. Dolayısıyla kontrol muayene kaydı gereği sigortalının iş göremezlik oranı kesinleşmediği sürece ilk peşin sermaye değeri tam olarak belirlenemediği için rücu işlemleri başlatılmamaktadır. Bu husus, Kurumun 2011/58 sayılı genelgesinde açıkça ifade edilmiştir²⁶⁰. Kesinleşme üzerine ilk peşin sermaye değeri de nihai olarak belirlenebilmekte, kesinleşme zamanına kadar Kurum tarafından yapılan fiili ödeme miktarı da peşin sermaye değerine eklenmektedir. Bu sayede uygulama açısından ortaya çıkabilecek ciddi sorunların büyük ölçüde önüne geçilebilmektedir. Belirtilen ihtimale ilişkin bir örnek verilecek olursa, örneğin sigortalının iş göremezlik oranı önce %24 olarak belirlendi ve 2010 yılında peşin sermaye değeri de 15.000-TL olarak hesaplandı. Ancak aradan geçen iki yıllık sürede sigortalının meslekte kazanma gücü kayıp oranı %40'a yükselmiş ve 2012 yılı için peşin sermaye değeri 70.000-TL olarak belirlenmişse, rücu edilecek miktarın ne şekilde belirleneceği üzerinde durulmalıdır. Bu durumda en son işçinin kesinleşmiş olan iş göremezlik oranına ilişkin peşin sermaye değerinin dikkate alınacağı açıktır, ancak bu miktara ayrıca iki yıllık sürede yapılan fiili ödeme miktarının da eklenmesi gerekmektedir. İki yıllık sürede yapılan fiili ödeme miktarı 2.000-TL olarak kabul edildiği takdirde, rücu edilecek toplam miktar 72.000-TL olarak belirlenmektedir. Sigortalının iş göremezlik oranının düştüğü ihtimal de ele alınacak olursa, iş göremezlik oranının önce %40 olarak belirlendiği ve peşin sermaye değerinin 70.000-TL olarak tespit edildiği, ancak 2 yıl

260 2011/58 sayılı Genelge, Dokuzuncu Bölüm, 3. Rücu davalarına esas peşin sermaye değerlerinin hesaplanması, 3.12.

sonra meslekte kazanma gücü kayıp oranının %24'e düştüğü, bu oranın kesinleştiği ve bu durumda da yeni belirlenen peşin sermaye değerinin 20.000-TL olduğunu düşünelim. Bu örnekte de rücu edilecek miktar, en son kesinleşen peşin sermaye değeri ile iki yıllık sürede sigortalıya yapılan fiili ödemeler toplamı olacaktır. 2 yıllık sürede sigortalıya 10.000-TL fiili ödemede bulunulmuş olursa, rücu edilecek toplam miktar 30.000-TL olarak belirlenecektir. Verilen her iki örnekte de kesinleşen iş göremezlik oranına göre hesap edilen peşin sermaye değeri, ilk peşin sermaye değeri niteliğini taşımaktadır.

İkinci ihtimalle ilgili olarak üzerinde durulması gereken asıl husus, rücu davası devam ederken sigortalının iş göremezlik derecesinin değişmesinin dava üzerinde ne şekilde bir etkisinin olacağıdır. Henüz dava açılmadan önce kontrol muayene kaydına tabi tutulan sigortalının iş göremezlik oranının kesinleştiği ve nihai ilk peşin sermaye değerine ulaşıldığı müddetçe bir sorun ortaya çıkmayacaktır, ancak dava devam ederken ilk peşin sermaye değeri değişmişse sorun ortaya çıkabilir. Eğer peşin sermaye değeri düşmüşse sıkıntı yoktur. İş göremezlik derecesinin düşmesine göre belirlenen yeni peşin sermaye değeriyle, o zamana kadar yapılan fiili ödeme miktarı toplamı, iş göremezlik derecesin yüksek olduğu dönemde belirlenen ilk peşin sermaye değerinin miktarını aşmamak kaydıyla rücu edilebilecektir. Ancak iş göremezlik derecesi düşükken daha sonra artmasına bağlı olarak belirlenen yeni peşin sermaye değerinin talep edilip edilemeyeceği hususu tartışılmalıdır. Daha önce değinildiği üzere Kanunda sadece ilk peşin sermaye değerinin istenebileceği belirtildiğinden ve gelirlerde meydana gelen artışlara ilişkin hiçbir hükme yer verilmediğinden ötürü, iş kazası ya da meslek hastalığıyla uygun illiyet bağı içerisinde meydana gelen artışlar istenememelidir²⁶¹. Dolayısıyla sigortalının iş göremezlik oranı arttığı zaman, yeni iş göremezlik oranına göre belirlenen peşin sermaye değeri rücu edilememelidir. Kurumun kontrol muayene kaydının bulunduğu hallerde iş göremezlik derecesinin kesinleşmesini beklemesi gerekmektedir, Kurum beklemeyerek rücu davasını açmışsa, bu durumun sonuçlarına katlanmalıdır. Zira Kurum davayı açarken rücu edeceği ilk peşin sermaye değeri olarak, daha düşük olan iş göremezlik derecesine göre belirlenen peşin sermaye değerini göstermiştir.

261 **Güneş**, 177.

Üçüncü ve son ihtimal ise farklı sigorta kollarına ait gelir ve aylıkların birleşmesi durumudur. Gelir ve aylıkların birleşmesi hususu, 5510 sayılı kanun md.54’de düzenlenmiştir. İlgili hüküm uyarınca, “Malûllük, yaşlılık, ölüm sigortaları ve vazife malûllüğü ile iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından hak kazanılan aylık ve gelirler birleşirse, sigortalıya veya hak sahibine bu aylık veya gelirlerden yüksek olanın tamamı, az olanın yarısı, eşitliği halinde ise iş kazası ve meslek hastalığından bağlanan gelirin tümü, malûllük, vazife malûllüğü veya yaşlılık aylığının yarısı bağlanır”. Bu bakımdan iş kazası ve meslek hastalığından bağlanan gelirin daha yüksek, ancak uzun vadeli sigorta kolundan bağlanan aylığın daha düşük olduğu hallerde, ilk peşin sermaye değerinde bir azalma söz konusu olmayacağı için bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Ancak iş kazası ve meslek hastalığından bağlanan gelirin yarıya düşmesi halinde ilk peşin sermaye değerli gelirden değişiklik gerçekleşecektir. Bu gibi durumlarda da rücu edilebilecek miktarın belirlenmesine ilişkin bir örnekten hareket etmek uygun olacaktır. 2012 yılında sigortalıya uğradığı iş kazası nedeniyle 50.000-TL ilk peşin değerli gelir bağlandığını düşünelim. Ancak 2 yıl geçtikten sonra sigortalı yaşlılık aylığına hak kazanma koşullarını sağlamış ve yaşlılık aylığı miktarı, iş kazası ve meslek hastalığına uğraması nedeniyle aldığı gelirden daha yüksek olduğu için aldığı gelir yarıya düşmüş ise, yeni durum dikkate alınarak 2014 yılı için sigortalı açısından tekrar peşin sermaye değeri hesabı yapılmalıdır. Yeni belirlenen peşin sermaye değerinin miktarının 35.000-TL, peşin sermaye değerinin değişmesine kadar geçen iki yıl için yapılan fiili ödeme miktarının da 10.000-TL olduğu düşünülürse, rücu edilecek miktar 45.000-TL olacaktır. Ancak sigortalı 5 yıl sonra yaşlılık aylığına hak kazanma koşullarını sağlamış ve yeni koşullara göre belirlenen peşin sermaye değeri ile fiili ödeme miktarı toplamı, 2012 yılında belirlenen ilk peşin sermaye değerini aşmaktaysa, rücu edilebilecek miktar 50.000-TL olarak kabul edilmelidir.

d) Rücu edilemeyecek ödemeler

Sosyal Güvenlik Kurumu, yaptığı ödemeleri gerek işverene gerek üçüncü kişiye rücu edebilecektir. Ancak ilk peşin sermaye değeri açısından konuyu ele aldığımızda, 5510 sayılı kanun md.21/I ile md.23 gereği ilk peşin sermaye değerli gelirin tamamı kural olarak işverene kusuru oranında rücu edilebilecekken, 5510 sayılı kanun md.21/IV gereği ilk peşin sermaye değerli gelirlerin yarısı kusuru oranında üçüncü kişilere rücu edi-

lebilecektir. Rücu edilebilecek Kurum ödemeleri bu şekilde anlaşılabilir. Ancak Türk Borçlar Kanunu (TBK) md.55/l'de üçüncü kişilerin yasalardan veya özel hukuk ilişkilerinden dolayı zarar görene yaptığı, ancak tazminat sorumlusuna rücu edemeyeceği ödemelerin tazminattan indirilemeyeceği hususu düzenlenmiş olup, açıkça kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri zarar veya tazminattan indirilemez ifadesine yer verilmiştir. Öğretideki bir görüşe göre ilgili hüküm uygulamada kabul edilen bir ilkeyi kanun maddesi haline getirmiştir²⁶². Gerçekten 818 sayılı Borçlar Kanunu ile 506 sayılı kanunun yürürlükte olduğu dönemde işveren aleyhine açılan tazminat davalarında rücu hakkının bulunmadığı sosyal güvenlik ödemelerinin denkleştirmeye girmeyeceğine, bu çerçevede ölüm ya da malullük yardımlarının zarardan düşülmeyeceğine dair çeşitli Yargıtay kararlarının²⁶³ da var olduğu görülmektedir. Bununla birlikte TBK md.55/l'in yürürlüğe girmesinde sonra öğretilerde rücu edilemeyecek olan sosyal güvenlik ödemelerinden hangi hususun anlaşılacağı sorusu tartışmalara yol açmıştır.

İş hukuku öğretisindeki bir görüşe göre rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleriyle kastedilen 5510 sayılı kanun md.21/son'da belirtilen ödemelerdir. Ancak TBK md.55/l ile rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemelerinden neyin amaçlandığının da açık olmadığı vurgulanmaktadır²⁶⁴. İlgili hüküm gereği, "İş kazası, meslek hastalığı ve hastalık; kamu görevlileri, er ve erbaşlar ile kamu idareleri tarafından görevlendirilen diğer kişilerin vazifelerinin gereği olarak yaptıkları fiiller sonucu meydana gelmiş ise, bu fiillerden dolayı haklarında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunanlar hariç olmak üzere, sigortalı veya hak sahiplerine yapılan ödemeler veya bağlanan gelirler için kurumuna veya ilgililere rücu edilmez. Ayrıca, iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölümlerde, bu Kanun uyarınca hak sahiplerine bağlanacak gelir ve verilecek ödenekler için, iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde kusuru bulunan hak sahiplerine veya iş kazası sonucu ölen kusurlu sigortalının hak sa-

²⁶² Kılıçoğlu, 422. İnceoğlu-Paksoy, 1390.

²⁶³ Y4HD, 14.05.1986, 3458/4124, YHGK, 28.11.1979, 4-1110/1395, Başbuğ, Rücu, 842, dn. 36. Başbuğ, Denkleştirme, 112-113.

²⁶⁴ Akın, İşveren ve İşveren Vekilinin Sorumlulukları, 21. 26-30 Eylül 2012 tarihli Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çalışma Mevzuatı Seminerinin genel görüşme kısmında Süleyman Başterzi tarafından belirtilmiş olan görüş için bkz.; Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çalışma Mevzuatı Seminer Notları, 26-30 Eylül 2012, Antalya, Genel Görüşme, 95.

hiplerine, Kurumca rücu edilmez". Her ne kadar iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde kusuru bulunan hak sahiplerinin Kuruma karşı sorumluluğunun doğmayacağı hususu sosyal ve insancıl bir yaklaşım sonucu olarak²⁶⁵ kabul edilebilirse de, kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunanlar hariç olmak üzere²⁶⁶ kamu görevlilerinin ve çalıştıkları kurumun sorumluluğunun kaldırılması haklılaştırılabilecek nitelikte değildir. Normalde davalının kamu görevlisi olması halinde rücu davaları, Anayasa md.129/V hükmü gereğince idare aleyhine açılabilirdir. 506 sayılı kanun döneminde de Yargıtay verdiği bir kararında²⁶⁷, memur olan kişinin kamu görevini yerine getirirken kusurlu hareketi ile iş kazasına neden olması durumunda rücu davasının hasımı olamayacağına hükmetmiştir. Diğer bir deyişle husumetin idareye yöneltilmesi esası benimsenmiştir²⁶⁸. Ancak 5510 sayılı kanun üçüncü kişi niteliğinde²⁶⁹ olan kamu görevlilerine ve çalıştıkları Kuruma rücu davasının yöneltilemeyeceği hususunu kanun hükmü halinde getirmiştir. Kamu ve özel sektör işverenleri arasında böyle bir ayrıma gidilmiş olmasını, Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesiyle bağdaştırmak zordur²⁷⁰.

Diğer bir görüşe göre ise Kanunun anılan hükmüyle sadece 5510 sayılı kanun md.21/son'da öngörülen ödemeler değil, buna ek olarak Kurum tarafından yapılan ödemeler ile bağlanan gelirlerin işveren veya üçüncü kişilere rücu edilemeyen (özellikle rücu davasına muhatap olan kişilerin kusurlarıyla sebep olmadığı) kısımları da, rücu edilemeyecek ödemeler kapsamında ele alınmalıdır²⁷¹.

Öğretideki başka bir görüş ise TBK md.55/l ile getirilen düzenlemenin sakıncaları üzerinde durmaktadır. Bu görüş, kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemelerinin denkleştirmeye tabi tutulmamasını, işverenin sorumluluğunun kusursuz sorumluluğa dayandırılmasıyla

265 **Turan**, *Rücu*, 88.

266 Öğretideki bir görüşe göre, mahkûmiyet sözcüğüyle kastedilen hem cezai hem de hukuki mahkûmiyettir (**Aslanköylü**, *Şerh*, 1012).

267 Y10HD, 24.06.2003, 4305/5259, www.kazanci.com.tr, 07.05.2015. Aynı doğrultudaki diğer bir karar için bkz.; Y10HD, 07.10.2003, 6124/6653, www.kazanci.com.tr, 07.05.2015.

268 **Güzel-Okur-Caniklioğlu**, 497, dn. 265.

269 **Aslanköylü**, *Şerh*, 1012.

270 **Ergin**, 136-137.

271 **Baycık**, 146.

açıklamaktadır. Zira iş kazasına uğrayan işçi veya işçinin hayatını kaybettiği hallerde yakınları maddi tazminat davası açtığıında, talepleri Kurum tarafından karşılanmayan zararların giderilmesine yönelecektir. Bu çerçevede de müterafik kusurun varlığı halinde hesaplanan tazminat miktarından indirimle gidilmesi gerektiği gibi, illiyet bağının kesildiği hallerde ise tazminat talebinin tümüyle reddedilmesi gerekmektedir. Ancak TBK md.55/1'de kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemelerinin tazminattan veya zarardan indirilemeyeceğinin düzenlenmesi sonucu, işveren kusuruyla sebep olmadığı tüm ödemeleri de işçiye veya yakınlarına ödemek zorunda kalacaktır. Türkiye Cumhuriyetinin sosyal devlet olmasının bir gereği olarak Kurumun yaptığı yardımlar sonucu işçinin veya yakınlarının zararı karşılanmış olsa dahi, işveren tazminat ödemek zorunda kalabilecektir. Bu durum ise zararın karşılanması ile zararın rücu edilmesi kavramlarının birbirine karışmasına yol açmaktadır. Kurumca yapılan bazı ödemelerin işverene rücu edilmemesinin nedeni işverenin Kurumun yaptığı ödemelere yol açmamasıdır²⁷². İşverene rücu edilemeyen her zarar kaleminin işveren tarafından ödenecek tazminatın içinde kabul edilmesi, zararın tamamının işveren tarafından karşılanması sonucunu doğuracağı gibi, işçinin veya desteğinden yoksun kalanların enflasyon farkı nedeniyle peşin sermaye değerindeki artış dolayısıyla sebepsiz zenginleşmelerine de yol açacaktır²⁷³.

Kanaatimizce kısmen veya tamamen rücu edilemeyecek sosyal güvenlik ödemeleri ifadesi, madde metni ve gerekçesi dikkate alındığında geniş bir şekilde yoruma tabi tutulmalıdır. Diğer bir ifadeyle Kurumun sigortalı veya hak sahiplerine yaptığı ancak rücu edemediği parasal yardım, niteliği ne olursa olsun, işçi ya da yakınları tarafından işveren veya üçüncü kişiler aleyhine açılan tazminat davalarında denkleştirmeye tabi tutulmamalıdır. Nitekim TBK md.55'in gerekçesine göre, "Sosyal güvenlik ödemelerinin, denkleştirme (indirim) işlevi görebilmesi, onun sorumluluğu doğuran olaya sebebiyet verenlere rücu edilebilmesine bağlıdır. Bir kural gereği rücu edilemeyen (emekli sandığı maaşı, malüllük 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.

²⁷² *Centel*, 16-17.

²⁷³ *Caniklioğlu*, 520.

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". Gerekçenin açıklığı karşısında kısmen veya tamamen rücu edilemeyecek sosyal güvenlik ödemeleri ifadesini, sadece 5510 sayılı kanun md.21/son'da öngörülen ödemelerle sınırlamayan görüşün haklılık payı olduğu düşünülmektedir. Yargıtay kararlarının²⁷⁴ da bu yönde olduğu görülmektedir.

Değinildiği üzere öğretide, TBK md.55'deki düzenleme nedeniyle zararın tamamının işveren tarafından karşılanacağı ve işçinin sebepsiz zenginleşeceği endişeleri mevcuttur. Bu durum Anayasa Mahkemesinin de önüne götürülmüştür. İtiraz, TBK'nın 55. maddesinin kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri hükmünün, yaş, cinsiyet, gelir, kusur ve sürekli iş göremezlik oranları açısından aralarında bir fark olmadığı halde sigortalı mağdurların zararlarının sigortalı olmayan mağdurlara göre daha fazla tazmin edilmesine, işveren konumundaki davalıların ise Kuruma iş kazası ve meslek hastalığı primi ödedikleri halde sigortalının zararının tamamı kadar tazminatı sigortalıya veya Kuruma ödemek zorunda kaldığı için işveren olmayan davalılara göre daha fazla tazminat ödemelerine neden olduğu gerekçesine dayanmaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi itirazı haklı görmeyerek kararında²⁷⁵, "bir iş kazası nedeniyle belirli bir süre çalışamayacak olan sigortalı işçiye ekonomik bir güvence sağlamak amacıyla 5510 sayılı Kanun gereğince yapılan yardımlar sosyal devlet olmanın gereği olup işveren veya üçüncü kişilerin iş kazası nedeniyle işçiye karşı sorumlu oldukları tazminat borcunu ikame amacı taşımamaktadır. Bu nedenle, iş kazasından zarar gören sigortalı işçi veya hak sahibi yakınlarınca, kazada sorumluluğu bulunanlar aleyhine açılan tazminat davalarında, işveren veya üçüncü şahıslara rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemelerinin zarar veya tazminattan indirilmemesine yönelik itiraz konusu kuralda sosyal hukuk devleti ilkesi ile çelişen bir yön bulunmamaktadır. İş kazası ve meslek hastalığı primi işveren tarafından karşılanmakta ise de hiç kimse kendi kastı veya kusuru ile başkasının ölmesi

274 Y21HD, 13.09.2012, 13182/14603, **Caniklioğlu**, 517. Y21HD, 05.11.2013, 11055/19722, *Çalışma ve Toplum*, (41) 2014/2, 380. Y21HD, 25.09.2014, 10945/18666, Y21HD, 11.02.2014, 21369/1967, www.kazanci.com.tr, 08.05.2015.

275 AYM, 28.11.2013, 74/143, <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/>, 08.05.2015.

veya sakat kalması sonucunda meydana gelen zararlara karşı, sosyal sigorta yoluna başvurarak tazminat sorumluluğundan kurtulamaz. Böyle bir tutum, sosyal sigorta sisteminin amacına aykırı düşeceği gibi sigorta primi ödeyerek zararı karşılama yoluna başvuran işverenin, işçinin canına veya sağlığına zarar gelmesini önleme ödevini yerine getirmede gerekli özeni göstermekten kaçınması sonucunu da doğurabilir. Diğer yandan, SGK'nın iş kazası geçiren sigortalı işçi veya hak sahibi yakınlarına yaptığı ödemelerin 5510 sayılı Kanun'un 21. maddesi uyarınca işverene rücu edilebilen kısmı tazminat davasında indirim konusu yapılabildiğinden, işverenin aynı kaza nedeniyle SGK'ya ve sigortalı işçiye mükerrer tazminat ödemesi de söz konusu değildir" ifadelerine yer vermiştir.

TBK md.55 hükmü yürürlükte olduğu sürece işverenler veya üçüncü kişiler aleyhine açılan tazminat davalarında kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri denkleştirmeye tabi tutulamayacaktır. Bu çerçevede iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle Kurum tarafından sigortalı veya hak sahiplerine yapılan ve kısmen veya tamamen rücu edilemeyecek olan sosyal güvenlik ödemelerinin başında, işverenin veya üçüncü kişinin kusurunu aşan ödemeler ile 5510 sayılı kanun md.21/ son kapsamında rücu edilemeyecek ödemeler gelmektedir.

Gerçekten Kurum tarafından açılan rücu davalarında iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde işverenin ve/veya üçüncü kişinin kusuru göz önüne alınmaktadır. Diğer bir deyişle işverenin veya üçüncü kişinin iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde kısmen kusurunun bulunduğu hallerde, hem kısmen rücu edilebilen hem de kısmen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemelerinden söz edilebilecektir. Değnilmelidir ki Yargıtay kararlarına²⁷⁶ göre, "İşverenin 506 sayılı Kanunun 10. maddesine dayanan sorumluluk hali, kendisinin zamanında bildirimde bulunmamasından kaynaklandığından, hiç kimse kendi kusurundan yararlanamayacağından, bu halde dahi 26. maddeye göre rücu edilebilen miktar kadar indirim yapılması gerekecektir". Diğer bir ifadeyle Yargıtayın yerleşik hale geldiğini düşündüğümüz kararlarına göre işverenin sorumluluğu 5510 sayılı kanun md.21'den veya md.23'den kaynaklanırsa da denkleştirmeye tabi tutulacak miktar belirlenirken sadece işverenin kusuruna isabet eden kısım dikkate alınmaktadır. Her ne kadar Yargıtayın

276 Y21HD, 18.03.2013, 18442/4867, www.kazanci.com.tr, 27.05.2015. Aynı yöndeki diğer kararlar için bkz.: Y21HD, 26.09.2013, 9753/17201, Y21HD, 16.04.2013, 12186/7656, Y21HD, 02.11.2012, 12797/18481, Y21HD, 10.02.2014, 17973/1797, www.kazanci.com.tr, 27.05.2015.

bu yöndeki kararları 506 sayılı kanuna ilişkinse de 5510 sayılı kanun döneminde de geçerliliğini devam ettireceği düşünülmektedir. Ayrıca iş kazası veya meslek hastalığı tümüyle üçüncü kişinin kusurundan ileri gelse dahi, Kanun gereği üçüncü kişiye ilk peşin sermaye değerinin yarısı rücu edilebilecek, geriye kalan yarısı ise rücu edilemeyecektir.

6552 sayılı kanunda da ev hizmetlerinde çalışan kişilerin sigortalılığı açısından önemli düzenlemelere yer verilmiştir. Bu kapsamda ev hizmetlerinde 10 günden az çalışanla, 10 günden fazla çalışan arasında bir ayırma gidilmiştir. Ev hizmetlerinde 10 günden az çalışanları çalıştıranlar, işveren olarak kabul edilmemiştir. Dolayısıyla 10 günden az çalışan bir kişinin iş kazası veya meslek hastalığına uğraması durumunda 5510 sayılı kanun md.21/I hükmünün uygulanmayacağı yönünde bir düzenleme yapılmıştır (Ek madde 9/III). Bu bakımdan ev hizmetlerinde 10 günden az çalışanları çalıştıranlar, bir iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde kusurlarının bulunması halinde sadece üçüncü kişi gibi kabul edilebileceklerinden en fazla ilk peşin sermaye değerinin yarısı rücu edilebilecektir. Ev hizmetlerinde çalışanlarla ilgili değinilen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri, TBK md.55/I'de geçen kısmen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri olarak anlaşılabilir.

Tamamen rücu edilemeyecek sosyal güvenlik ödemelerinin başında yukarıda da değinildiği üzere 5510 sayılı kanun md.21/son hükmü gelmektedir. Bunun dışında üçüncü kişi ve 5510 sayılı kanun md.23 dışında işveren, Kuruma karşı kusuru oranında sorumludur. Bu gibi durumlarda eğer iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde işverenin veya üçüncü kişinin kusuru yoksa Kurum yaptığı ödemeleri ve bağladığı gelirleri rücu edemeyecektir. Ancak zarara uğrayan sigortalı veya hak sahipleri, kanunda düzenlenen kusursuz sorumluluk hallerine (örneğin işveren açısından TBK md.71'de düzenlenen tehlike sorumluluğuna, üçüncü kişi açısından Karayolları Trafik Kanununda düzenlenen kusursuz sorumluluğa) dayanabildiği sürece, işverenden veya üçüncü kişiden tazminat talebinde bulunabilecektir. Bu gibi hallerde, Kurumun sigortalıya yahut hak sahiplerine yaptığı ödemeler veya bağladığı gelirler tamamen rücu edilemeyecek sosyal güvenlik ödemeleri kapsamında görülmelidir.

Son olarak üzerinde durulması gereken husus uzun vadeli sigorta kollarından sigortalı veya hak sahiplerine bağlanan aylıklarının durumudur. 506 sayılı kanun döneminde uzun vadeli sigorta kollarından bağlanan ay-

lığın rücu edilmesiyle ilgili bir düzenleme bulunmamaktaydı. Ancak 5510 sayılı kanun md.39'da bu husus açıkça düzenlenmiştir. İlgili hüküm gereği, "Üçüncü bir kişinin kastı nedeniyle malûl veya vazife malûlü olan sigortalıya veya ölümü halinde hak sahiplerine, bu Kanun uyarınca bağlanacak aylığın başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı için Kurumca zarara sebep olan üçüncü kişilere rücu edilir". Söz konusu düzenleme sonucu sigortalıyı kasten öldüren veya malul duruma getiren üçüncü kişiye ya da iş kazası veya meslek hastalığı dışında sigortalıyı kasten öldüren yahut kasıtlı hareketiyle sigortalının malul kalmasına sebep olan, dolayısıyla üçüncü kişi konumuna gelen sigortalının işverenine²⁷⁷ rücu davası yöneltilebilecektir. Ancak söz konusu rücu her durumda kısmen rücu edilebilen ve kısmen de rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemesi niteliğini taşımaktadır. Nitekim 5510 sayılı kanun md.39'da uzun vadeli sigorta kollarından bağlanan aylığın ilk peşin sermaye değerinin yarısının rücu edileceği hüküm altına alınmıştır. Bu çerçevede sigortalı veya hak sahipleri tarafından açılan tazminat davalarında, uzun vadeli sigorta kollarından bağlanan aylığa ilişkin ilk peşin sermaye değerinin yarısının kusur karşılığı²⁷⁸ denkleştirmeye girmelidir.

6. Rücu davalarında müteselsil sorumluluk

Birden çok kişinin aynı zarardan doğan sorumluluğu müteselsil sorumluluk olarak adlandırılır. 818 sayılı Borçlar Kanununda müteselsil sorumluluk 50. ve 51. maddelerde düzenlenmişti. BK md.50'de ortak kusuruyla zarara sebebiyet veren birden fazla kişinin sorumluluğu düzenlenmişken, BK md.51'de değişik hukuksal nedenlerle birden fazla kişinin müteselsil sorumluluğu düzenlenmişti. İlk hal tam teselsül, ikinci hal ise eksik teselsül olarak adlandırılmaktaydı. Ancak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda bu ayırım kaldırılmıştır. TBK md.61'de dış ilişkide müteselsil sorumluluk, TBK md.62'de ise müteselsil sorumluların kendi aralarındaki rücu ilişkisi, diğer bir ifadeyle iç ilişki düzenlenmiştir²⁷⁹. Bu genel bilgidен sonra konuyu rücu davaları açısından ele alacak olursak, rücu davalarında müteselsil sorumluluğun genellikle iki şekilde ortaya çıktığı görülmektedir. İlki 5510 sayılı kanunda Kuruma karşı müteselsil sorumlu olduğu belirtilen kişiler açısından söz konusu olmaktadır. Örneğin 5510 sayılı kanun md.12/VI

²⁷⁷ *Korkmaz*, 91.

²⁷⁸ Y10HD, 12.07.2011, 3941/11062, www.kazanci.com.tr, 09.05.2015.

²⁷⁹ *Kılıçoğlu*, 448-449. *Eren*, 811.

gereği asıl işveren ile alt işveren, 5510 sayılı kanunun işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı Kuruma karşı müteselsilen sorumlu tutulmuştur. Rücu davaları açısından ortaya çıkabilecek olan diğer ihtimal ise işveren ile üçüncü kişinin, sigortalının uğradığı aynı zarara birlikte sebep olmaları halidir. Bu durumda da işveren ile üçüncü kişinin, Kuruma karşı BK md.50 ile md.51 (TBK md.61 ile md.62) gereği müteselsilen sorumlu olduğu kabul edilmektedir²⁸⁰. 6098 sayılı kanunda belirtildiği üzere eksik teselsül – tam teselsül ayrımı kaldırıldığı için, rücu davalarıyla ilgili değindiğimiz her iki durumda ortaya çıkan teselsülün niteliği üzerinde durulmayacaktır. Ancak uygulamada yaşanabilecek sorunlara karşı her iki durumun da farklı başlıklar altında incelenmesi uygun olacaktır.

a) 5510 sayılı kanunun öngördüğü müteselsil sorumluluk

5510 sayılı kanun md.12 gereği gerek işveren ile işveren vekili, gerek ödünç iş ilişkisi kurulduğu takdirde ödünç veren işveren ile ödünç alan işveren, gerek asıl işveren ile alt işveren, 5510 sayılı kanundan doğan yükümlülüklerden ötürü Kuruma karşı müteselsilen sorumlu tutulmuştur. Bu durumun kaçınılmaz sonucu rücu davasında da müteselsil sorumluluğun ortaya çıkmasıdır. Kanun bu durumu açıkça öngördüğü için belirtilen hallerde ilgililerin müteselsil sorumluluğuna gidilmesi gerektiği açıktır ve sorun yaratacak nitelikte değildir. Ancak özellikle ödünç iş ilişkisinin veya asıl işveren – alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu durumlarda müteselsil sorumluluk sorunu üzerinde durulması isabetli olacaktır. Nitekim 5510 sayılı kanun anlamında da belirtilen ilişkilerin muvazaalı kurulduğu sonucuna ulaşmak mümkündür.

Yargıtay bireysel iş hukukuna ilişkin ve özellikle ödünç iş ilişkisinin muvazaalı olduğunu düşündüğü durumla ilgili verdiği bazı kararlarda²⁸¹, muvazaalı bir hukuki muamele ile üçüncü kişiye verilen zararın tazmininin haksız fiil sorumluluğuna dayanılarak haksız fiili gerçekleştiren taraftan talep edilebileceğini, muvazaalı işlemin tarafı olan kişinin, gerçek işverenle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulması gerektiğini

280 **Tuncay-Ekmekçi**, 379. **Güzel-Okur-Caniklioğlu**, 485. **Aslanköylü**, Şerh, 1144. **Başbuğ**, 63. **Turan**, Rücu, 43. **Korkmaz**, 63-64. Müteselsil sorumlulukla ilgili değinilmesi gereken bir husus da meslek hastalıklarında işverenlerin dayanışmalı sorumluluğunun söz konusu olmayacağıdır. Yargıtay göre her bir işverenin kusuru oranında sorumluluğuna gidilmelidir (Y10HD, 04.03.1997, 1758/1643, **Güzel-Okur-Caniklioğlu**, 485, dn.222).

281 Y7HD, 07.03.2013, 2572/2349, Çalışma ve Toplum – Ekonomi ve Hukuk Dergisi, (40) 2014/1, 398-403. Y22HD, 16.01.2014, 37248/247, Çalışma ve Toplum – Ekonomi ve Hukuk Dergisi, (41) 2014/2, 424-427.

belirtmiştir. Sosyal güvenlik hukuku açısından belirtilen kararlarla aynı doğrultuda verilmiş bir karara rastlanmamaktadır. Ancak Yargıtay bazı kararlarında²⁸² muvazaalı kabul edilebilecek olan ilişkiyi 5510 sayılı kanun anlamında geçerli bir ilişki gibi gördüğünden müteselsil sorumluluğa hükmetmiştir. Ancak bu yöndeki müteselsil sorumluluk açısından muvazaanın olup olmadığı ve muvazaa olduğu tespit edildiği takdirde ahlaka aykırı bir fiil oluşturup oluşturmayacağı, diğer bir deyişle sigortalının gerçek işvereni ile muvazaalı ilişkiyi kuran karşı tarafın Kurum karşısında müteselsilen sorumlu olup olmayacağı üzerinde durulmamıştır. Bununla birlikte bireysel iş hukukunda verilen kararların yerindeliği ve sosyal güvenlik hukukuna etkisi üzerinde durmak gerekmektedir.

Öncelikle şu hususu belirtelim, iş hukukunda ödünç iş ilişkisi ve asil işveren – alt işveren ilişkisi gibi üçlü iş ilişkilerinde ortaya çıkan muvazaa genelde tarafta muvazaadır. Tarafta muvazaada sözleşme, taraf olarak gözükken kimseden başka bir kimse ile yapılmaktadır²⁸³. Muvazaanın bu çeşidinde her zaman için biri görünüşte, diğeri ise gizli iki hukuki işlem bulunmaktadır²⁸⁴. Diğer bir deyişle tarafta muvazaa, nispi muvazaanın bir çeşididir. Bu bakımdan örneğin muvazaalı asil işveren – alt işveren ilişkisinde, görünürdeki işlem asil işveren – alt işveren ilişkisi, gizli işlem ise işçi ile asil işveren arasında kurulan iş sözleşmesi olarak kabul edilmelidir. Burada da muvazaanın yaptırımı üzerinde durulmalıdır.

Öğretide, Yargıtayın kararlarıyla aynı doğrultuda olan ve muvazaalı ilişki kurmanın ahlaka aykırılık nedeniyle haksız fiil oluşturacağını ifade eden görüşlere rastlanmaktadır²⁸⁵. Buna karşılık kanaatimizce muvazaa kendine özgü yaptırımı olan bir hukuki kurumdur. Bu itibarla gerek ödünç iş ilişkisinde gerek asil işveren – alt işveren ilişkisinde belirttiğimiz türde bir nispi muvazaa ortaya çıktığında uygulanacak yaptırım, muvazaalı işlem olan görünüşteki işlemin taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurmamasıdır²⁸⁶. Diğer bir ifadeyle görünüşteki işlem hükümsüzdür. Görünüşteki iş-

282 YHGK, 25.05.2011, 21-290/361, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015.

283 **Eren**, 355.

284 **Kocayusufpaşaoğlu**, 351. Öğretideki bir görüşe göre tarafta muvazaa (şahısta muvazaa) şeklinde bir muvazaa türü yoktur. Tarafta muvazaa olarak nitelendirilen hallerde aslında mutlak muvazaa bulunmaktadır (**Oğuzman-Öz**, 109).

285 **Alpagut**, 25.

286 **Eren**, 356. **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht-Kut**, Art. 18, N. 29.

lemin arkasına saklanan gizli işlem ise tarafların gerçek iradelerine uygun olduğu için, kanunun öngördüğü şekil ve esas şartlarını (örneğin ahlaka, kişilik haklarına vs. aykırı olmamak) da taşıyorsa diğer bir deyişle geçerlilik şartlarına sahip ise muvazaadan etkilenmez ve geçerli bir sözleşme olarak hüküm ve sonuçlarını doğurur²⁸⁷.

Yargıtay her ne kadar işçiyi korumak düşüncesiyle hareket etmekte ve işçinin karşısına müteselsilen sorumluluğuna gidilebilecek iki kişi çıkarmaktaysa da, muvazaanın ahlaka aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle *her zaman için* haksız fiil niteliği taşıdığı kanaatimizce söylenemez. Ahlaka aykırılık kavramı oldukça muğlak bir nitelik taşımaktadır. Gerek ödünç iş ilişkisinde gerek asıl işveren – alt işveren ilişkisinde ortaya çıkan muvazaa ile başkasına zarar verilmesi her ne kadar ahlaki olarak toplum tarafından kınanabilir bir davranış olsa da, toplum tarafından kınanan her davranış, onu TBK md.49/II anlamında ahlaka aykırı hale getirmez²⁸⁸. Yapılan açıklamalar çerçevesinde bireysel iş hukuku açısından vardığımız bu sonucun, sosyal güvenlik hukuku açısından da geçerli olduğu ifade edilmelidir. Dolayısıyla muvazaalı asıl işveren – alt işveren ilişkisinin ya da ödünç iş ilişkisinin var olduğu hallerde, muvazaanın sözleşme hukuksundan doğan yaptırımı uygulanarak, sorumluluğun sigortalıların gerçek işverenine yöneltilmesi gerekmektedir. Bu itibarla asıl işveren – alt işveren ilişkisi muvazaalı olarak kurulduğu takdirde, alt işveren işçisi olarak gösterilen sigortalı iş kazası veya meslek hastalığına uğrayacak olursa işveren sıfatıyla sorumluluk sigortalının gerçek işvereni olan asıl işverene ait olacaktır. Bununla birlikte iş kazasının veya meslek hastalığının meydana gelmesinde alt işveren olarak gösterilen kişinin kusurunun var olduğu tespit edilebildiği takdirde 5510 sayılı kanun md.21/IV gereği üçüncü kişi sıfatıyla sorumluluğuna gidilebilecektir. Alt işveren olarak gösterilen kişinin kusuru mevcut değilken, sırf kurulan ilişkinin muvazaalı olduğunun tespitinden ve bu durumun ahlaka aykırılık oluşturarak haksız fiile yol açtığından hareketle, alt işveren olarak gösterilen kişinin sigortalıların gerçek işvereni olan asıl işverenle birlikte Kurum karşısında müteselsilen sorumlu tutulmasının olanaklı olmadığı sonucuna varılmalıdır. Zira zaten muvazaanın yaptırımı uygulanmış, sorumluluk gerçek işverene yöneltilmiştir.

287 **Kocayusufopaşaoğlu**, 355. **Oğuzman-Öz**, 111. **Eren**, 361. **Kılıçoğlu**, 173. **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht-Kut**, Art.18, N. 29. **Reisoğlu**, 108.

288 **Civan-Çağlayan Aksoy**, 204, 207.

b) İşveren ile üçüncü kişinin, sigortalının uğradığı aynı zarara birlikte sebep olmaları durumu

Yargıtay sigortalının uğradığı iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle yapılan ödemeler dolayısıyla açılan rücu davalarında, işveren ile üçüncü kişinin birlikte kusuru varsa, Kurum karşısında ilgili kişilerin müteselsil sorumluluğuna gitmektedir. Bu yöndeki bir karara²⁸⁹ göre, "Sigortalının iş kazası veya meslek hastalığına uğramasına birden çok kişinin birlikte kusurlarıyla sebebiyet vermeleri halinde; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 61 ve 62. (818 sayılı Mülga Borçlar Kanununun 50 ve 51) maddeleri uyarınca teselsül hükümlerine göre birlikte sorumlulukları söz konusu olacaktır. Bu halde, Türk Borçlar Kanunu'nun 62'inci maddesi uyarınca kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişinin diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkı baki kalmak koşuluyla, her bir sorumlu yönünden kusurlarına düşen miktar ayrılmaksızın teselsül kurallarına göre sorumluluklarına hükmedilebilecektir. İş kazası veya meslek hastalığına birlikte neden olan sorumluların işveren ve üçüncü kişi olması durumunda, yapılan harcama ve ödemeler yönünden ayrı bir durum söz konusu olmadığından, toplam kusurlarına düşen ödemelerden müteselsilen sorumluluklarına hükmedilir. İşveren; sigortalı ya da hak sahiplerine bağlanan gelirlerin ilk peşin sermaye değerinin tümünden ancak sigortalı ya da hak sahiplerinin işverenden isteyebileceği miktarla sınırlı olmak üzere, üçüncü kişi ise böyle bir sınırlama olmaksızın ilk peşin sermaye değerinin yarısından sorumludur. Bu durumda, *işveren; sigortalı ya da hak sahibinin işverenden isteyebileceği gerçek zararı aşmayan ilk peşin sermaye değerinin müteselsil sorumluların toplam kusuruna düşeninden sorumludur. Üçüncü kişinin ise ilk peşin sermaye değerinin yarısının müteselsil sorumluların toplam kusuruna düşen tutarından sorumlu olması gerekecektir.* Davaya konu somut olaya gelince; hükme esas alınan 29.02.2012 tarihli kusur raporunda davalı işverenin %30, üçüncü kişi olan diğer davalıların %70 oranında kusurlu oldukları, hak sahiplerine bağlanan gelirlerin ilk peşin sermaye değeri toplamının 51.404,62 TL olduğu, her bir hak sahibine bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerinin hesaplanan gerçek zararın altında kaldığı, davalıların toplam %100 kusurlu olmalarına göre; teselsül hükümleri uyarınca ilk peşin sermaye değerli gelirin yarısından tüm

289 Y10HD, 17.12.2013, 3358/24638, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015. Müteselsil sorumlulukla ilgili diğer Yargıtay kararları için bkz.; Y10HD, 23.09.2010, 8249/12088, Y10HD, 18.03.2014, 12130/8187, Y10HD, 05.03.2013 1800/3983, Y10HD, 10.04.2012, 13631/7051, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015.

davalıların müştereken müteselsilen sorumlu oldukları, ilk peşin sermaye değerli gelirin kalan yarısından ise işverenin 2:L. maddenin birinci fıkrası hükmü uyarınca sorumlu olması gerekmektedir. Mahkemece; yukarıda açıklanan maddi ve hukuki esaslar ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 26. (mülga HUMK 74.) maddesindeki taleple bağlılık ilkesi gözetilerek, davacı Kurumun birleşen davadaki talebine göre; ilk peşin sermaye değerli gelirin yarısının %70'i olan 17.991,61 TL'nin tüm davalılardan müştereken ve müteselsilen, 33.413,01 TL'nin işveren A... Ltd. Şti'nden tahsiline karar verilmesi gerekirken, yanılığılı değerlendirme sonucu yazılı biçimde eksik rücu alacağına hüküm altına alınmış olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir”.

Yargıtayın başka bir kararı²⁹⁰ uyarınca da, “... hükme esas alınan kusur raporunda davalı işveren Tekirdağ Belediye Başkanlığı'nın %60, üçüncü kişi olan diğer davalı L. K.'in %10, kazalının %30 oranında kusurlu olduğu, sigortalının hak sahiplerine bağlanan gelirlerin ilk peşin sermaye değerinin 113.415,36 TL, tedavi masraflarının 279,31 TL olduğu, davalı işverenin 23. madde hükmü uyarınca Kurum zararının %85'inden sorumlu olduğu, teselsül hükümleri uyarınca ilk peşin sermaye değerli gelirin yarısı (56.707,68 TL) ile masraflar toplamının %70 kusur karşılığından ise davalı L. K.'in 21/4. madde gereğince müştereken müteselsilen sorumlu olduğu gözetilmeksizin, yanılığılı değerlendirme sonucu, davalı L. K.'in ilk peşin sermaye değerli gelirin tamamının %70'inden sorumlu tutulmuş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir”.

Yargıtay bu kararında teselsülü farklı miktarlarda belirlemiş olup, 5510 sayılı kanun md.23 gereği sigortalının kusurunun bir kısmına da işverenin katlanması gerektiğini düşünerek, işverenin müteselsilen sorumlu olacağı miktarı, işverenin kusuru, üçüncü kişinin kusuru ve sigortalının kusurunun yarısını toplayarak %85 olarak belirlemiş ve %85'lik kısmından müteselsil sorumluluğun olduğunu tespit etmiştir. Üçüncü kişi açısından ise sigortalının kusurunun yarısını dahil etmeyerek, ilk peşin sermaye değerinin yarısından üçüncü kişinin kusuru ile işverenin kusur toplamı olan %70 oranında müteselsilen sorumluluğun bulunduğuna hükmetmiştir. Bu durum aslında kısmi teselsüle işaret eden bir uygulama niteliğini taşımaktadır.

290 Y10HD, 08.07.2014, 10546/16615, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015.

Bildirim yükümlülüğünü ihlal eden işverenlerin sorumluluğuyla ilgili olarak Yargıtayın 506 sayılı kanuna ilişkin kararlarında da müteselsil sorumluluğu farklı oranlarda belirlediği, ancak üçüncü kişi açısından o dönem ilk peşin sermaye değerinin yarısı gibi bir sınır olmadığı için müteselsil sorumluluğun daha kolay tespit edildiği görülmektedir. Bu yöndeki bir Yargıtay kararında²⁹¹ da, “Davanın, Kurum tarafından teselsül hükümlerine dayalı olarak açılmış olmasına göre; tüm davalıların 506 Sayılı Kanununun 26. maddesi gereğince Kurum zararının %70 kusur karşılığından müştereken ve müteselsilen sorumlulukları bulunmaktadır. Davalı işverenlerin ise; 506 Sayılı Kanununun 10. ve 87. madde gereğince Kurum zararının %85 kusur karşılığından sorumlu olmalarına göre; bakiye %15 Kurum zararından ayrıca sorumlulukları bulunmaktadır” ifadelerine yer verilmiştir.

Yargıtay kararları sonucu 5510 sayılı kanunla ilgili olarak uygulamada ortaya çıkan durumu özetleyecek olursak; Kurum teselsül hükümlerine göre rücu davasını açtığı zaman, işverenin sorumluluk sınırı dış tavanı aşmamak kaydıyla ilk peşin sermaye değerinin tamamı olmakta ve bu miktardan üçüncü kişinin kusuruyla birlikte sorumlu tutulmaktadır. Üçüncü kişi ise ilk peşin sermaye değerinin yarısından işverenin kusuruyla birlikte sorumlu olmaktadır. Diğer bir ifadeyle işveren ile üçüncü kişinin müteselsilen sorumlu tutulduğu iki farklı alacak varmış gibi bir durum ortaya çıkmakta ve kişilerin sorumlu oldukları miktar farklılık arz etmektedir. Bir örnekle açıklayacak olursak, işveren bildirim yükümlülüğünü yerine getirdiği takdirde 5510 sayılı kanun md.21/1 gereği sorumlu olacak olup, işverenin %30, üçüncü kişinin %40, sigortalının %30 oranında kusurlu olduğunu düşünelim. Sigortalıya bağlanan ilk peşin sermaye değeri 10.000-TL olursa, işveren 10.000-TL'nin kendi kusuru ile üçüncü kişinin kusurunun toplamı olan %70'inden yani 7.000-TL'sinden müteselsilen sorumlu olacaktır. Üçüncü kişi de %70 oranında müteselsilen sorumludur, ancak sorumluluğu ilk peşin sermaye değerinin yarısının %70'idir. Bu nedenle üçüncü kişi de 5.000-TL'nin %70'i olan 3.500-TL'sinden müteselsilen sorumludur. Ancak işveren bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeseydi, 5510 sayılı kanun md.23 gereği sorumlu tutulacağından ve sigortalının kusurunun yarısından da sorumlu olacağından, müteselsil sorumluluğu ilk peşin sermaye değerinin %85'i olan 8.500-TL olacaktır. Belirtilen durum pek çok yönden adil görünmemektedir.

291 Y10HD, 16.09.2014, 13079/17543, www.kazanci.com.tr, 24.04.2015. 506 sayılı kanun dönemine ilişkin diğer bir Yargıtay kararı için bkz.; Y10HD, 26.02.2004, 10873/1289, Turan, İşverenin Tazmin Sorumluluğu, 212, dn. 2.

Öncelikle işverenin kusur oranı %30 olmasına rağmen, işveren kusur oranını fazlasıyla aşan bir miktarı Kuruma ödemek zorunda kalmaktadır. İkinci olarak ödemeyi yapan işveren ile üçüncü kişi arasında iç ilişkide de sorun ortaya çıkmaktadır. Diğer bir ifadeyle Kurum alacağını fazlasıyla ödemek zorunda kalan işveren, üçüncü kişiye çok daha az bir miktarı rücu edebilecektir. Örneğimizdeki 5510 sayılı kanun md.21/1'e göre sorumlu olan işveren 7.000-TL'yi ödediği takdirde, üçüncü kişiye 4.000-TL'yi rücu edemez. Zira iç ilişkide rücu, her bir borçlunun payı çerçevesinde yapılabilir (TBK md.62/II, md.167/II). 5510 sayılı kanun md.21/IV gereği üçüncü kişinin sorumluluk payı, ilk peşin sermaye değerinin yarısının kusur karşılığı olarak belirlenmiştir. Bu itibarla üçüncü kişi, tek başına sorumlu olsaydı, Kuruma karşı ilk peşin sermaye değerinin yarısı olan 5.000-TL'nin %40'ına denk gelen 2.000-TL ile sorumlu olacaktı. Bu itibarla işveren, iç ilişkide üçüncü kişiye sadece 2.000-TL'yi rücu edebilecektir. Aksi yönde bir yorum, diğer bir ifadeyle 7.000-TL'yi ödeyen işverenin, üçüncü kişi sanki peşin sermaye değerinin tamamından kusuru oranında sorumluymuş gibi hareket ederek 4.000-TL'yi üçüncü kişiye rücu edebileceğini kabul etmek kanunun dolanılması sonucunu doğuracaktır. Bu bakımdan 7.000-TL'yi Kuruma ödeyen işveren, 2.000-TL'sini rücu edebileceksede, üçüncü kişiye ait olması gereken 2.000-TL'lik zarara da katlanmak zorunda kalacaktır. Belirtilen sıkıntılar, 506 sayılı kanun döneminde bu düzeyde çıkmamaktaydı, zira 506 sayılı kanun üçüncü kişinin sorumluluğunu ilk peşin sermaye değerinin yarısıyla sınırlandırmamıştı.

Müteselsil sorumluluğun bu şekilde yorumu sadece işveren açısından değil, aynı zamanda üçüncü kişi açısından da mağduriyete yol açabilecek niteliktedir. Özellikle üçüncü kişinin kusurunun neredeyse kusursuzluğa yakın olduğu bir durumda üçüncü kişiyi işverenle birlikte, kusurlarının toplamı üzerinden müteselsilen sorumlu tutmak, adil bir sonuç doğurmamaktadır. Örneğin işverenin %75, üçüncü kişinin %5, sigortalının %20 oranında kusurlu olduğu ve sigortalıya bağlanan ilk peşin sermaye değerinin 10.000-TL olduğu bir olayda, üçüncü kişi ilk peşin sermaye değerinin yarısından kendi kusuru ile işverenin kusurunun toplamı oranında, diğer bir deyişle %80 oranında müteselsilen sorumlu tutulacaktır. Bu durumda tek başına sorumlu olsaydı sadece 250-TL ödeyecekken, işverenin de kusur oranına katlanarak, 4.000-TL ödemek zorunda kalacaktır. İşverenin iflas ettiği yahut tüzel kişiliği sona erdirilerek ticaret sicilinden terkin edildiği hallerde, üçüncü kişi fazladan ödediği miktarı rücu edebileceği bir mu-

hatap dahi bulamayacaktır. Kısacası müteselsil sorumluluğu geleneksel anlayışla uygulamak ve rücu davalarına uyarlamak adil ve hakkaniyete uygun sonuçlar doğurmayabilmektedir. Bu bakımdan yaşanan sorunların çözümü açısından iki olanak akla gelmektedir.

İlki 5510 sayılı kanun açısından müteselsil sorumluluğun bulunup bulunmadığıyla ilgilidir. Yargıtayın özellikle 506 sayılı kanuna ilişkin olarak verdiği kararlarında²⁹², müteselsil sorumluluğa hükmederken, 506 sayılı kanunda teselsüle ilişkin bir hüküm bulunmadığına, bu nedenle 818 sayılı Borçlar Kanunu md.50 ile md.51'in uygulanmasında yasal bir engel bulunmadığına dayandığı görülmektedir. Öğretide isabetli bir şekilde belirtildiği üzere 506 sayılı kanun ile 5510 sayılı kanunda müteselsil sorumluluğa ilişkin herhangi bir hüküm bulunmadığından, müteselsil sorumluluğun değil, kısmi sorumluluğun, kısmi borcun bulunduğu sonucuna varılmalıdır. Nitekim müteselsil sorumluluk, ancak yasanın gösterdiği durumlarda olur²⁹³. TBK md.61 ile md.62'de öngörülmüş olan müteselsil sorumluluk, birden çok kişinin zarar görene karşı olan sorumluluğuna ilişkindir²⁹⁴. Diğer bir ifadeyle üçüncü kişi ile işveren, iş kazası veya meslek hastalığı sonucu, sigortalıya zarar vermiştir, bu itibarla müteselsil sorumluluk sigortalıya karşıdır. Üçüncü kişi ile işveren, Kuruma karşı bir haksız fiilde bulunmamıştır. Kurumun, sigortalıya maddi yardımda bulunması sosyal sigortanın, sosyal hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Kuruma, rücu hakkı tanınmasaydı, özellikle işverenin sorumluluğuna gidilemeyeceği açıktır. Bu itibarla aynı zarara birlikte sebep olduğu düşünülen kişilerin Kurum karşısında müteselsilen sorumlu olduğu görüşünden vazgeçilmesi, her bir sorumlunun sorumluluk miktarının kusurları oranında ve sorumlu tutuldukları kanun hükmü gözetilerek ayrı ayrı belirlenmesi ortaya çıkabilecek olan adaletsiz ve hakkaniyete aykırı uygulamaları engelleyecektir.

İkinci ihtimal ise işveren ve üçüncü kişinin Kuruma karşı müteselsilen sorumlu olacağı kabul edilmeye devam edilse dahi, farklılaştırılmış teselsülün uygulanmasıdır. Farklılaştırılmış teselsül, uygulamada ortaya çıkan sıkıntıları azaltacak ve daha hakkaniyete uygun bir sonuca ulaşmaya imkan sağlayacaktır. Genel anlamıyla müteselsil sorumluluk, zarar

292 Y10HD, 09.06.2011, 5477/8486, Y10HD, 25.05.2010, 2248/7342, Y10HD, 21.06.2013, 21654/14088, www.kazanci.com.tr, 09.05.2015.

293 *Korkmaz*, 17.

294 *Dalcı Özdoğan*, 121.

görene diğer borç ilişkilerine oranla zarar verenler karşısında daha güçlü ve ayrıcalıklı bir durum sağlar. Zarar gören, tazminatın tamamını zarar verenlerin tamamından talep edebileceği gibi, bir kısmından veya sadece birinden de talep edebilir. Ancak bireysel sorumlulukta olduğu gibi, müteselsil sorumlulukta da tazminattan indirim sebepleri mevcuttur²⁹⁵. Nitekim sorumluluk hukukunun amacı, zarar gören için bir denkleştirmenin sağlanmasıdır, diğer bir ifadeyle zarar görenin daha iyi bir konuma getirilmesi değildir. Zarar verenlerin menfaati de belirli bir çerçevede dikkate alınmak zorundadır²⁹⁶.

Dış ilişkide zarar verenlerin veya zarar verenlerden birinin, dayanabileceği kişisel def'iyi sürerek, diğer zarar verenlere oranla kendi lehine ortaya çıkan durum nedeniyle daha az tazminat ödemesi farklılaştırılmış teselsül olarak nitelendirilmektedir²⁹⁷. Bu kapsamda hukukumuzda farklılaştırılmış teselsülün uygulanıp uygulanamayacağı sorunu üzerinde durulmalıdır. Farklılaştırılmış teselsül mevzuatımıza açık bir şekilde ilk kez 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile girmiştir²⁹⁸. İlgili kanun md.557'de farklılaştırılmış teselsülü öngören bir düzenleme yer almaktadır. Söz konusu düzenlemenin gerekçesi, oldukça kapsamlı ve açıklayıcı bir nitelik taşımakta olup, rücu davalarında dahi gözetilmesi gereken temel bilgi ve ilkeleri içermektedir. İlgili gerekçenin kanaatimizce önemli kısımlarına yer verilmiş olup, gerekçe uyarınca, "İsviçre'de ... Federal Mahkeme Kararları bağlamında sert eleştirilere konu yapılan mutlak teselsül anlayışı terk edilmiştir. ... Mutlak teselsül ilkesi (öğretide eleştirilmiş olmasına rağmen) Türkiye'de de genel kabul görmüştür. ... Müteselsil sorumluluk ağırlaştırılmış sorumluluk demek değildir. Bu tür sorumluluk, birden çok kişinin birlikte verdikleri zarardan zarar görene karşı birlikte sorumlu olmaları anlamına gelir. Yoksa, müteselsil sorumluluk, sorumluların tek başlarına sorumlu tutulsalardı bağlı olacakları sorumluluk rejiminden daha ağır şartlar içeren bir rejimle karşı karşıya bırakılmaları şeklinde yorumlanamaz. Ayrıca, BK m. 43 (1) hükmü, yargıcın, tazminatın türünü ve kapsamını

295 **Eren**, 818-819.

296 **Dalcı Özdoğan**, 174-175.

297 **Eren**, 819. **Gönen**, 134. **Dinç**, 34.

298 Borçlar Kanunu tasarı md.60/II'de (Adalet Komisyonunda md.61 olmuştur) farklılaştırılmış teselsül düzenlenmiştir. İlgili hüküm uyarınca, "Müteselsil sorumluluk, bu kişilerden her biri için, tek başına sorumlu olsalardı yükümlü tutulacakları tazminat miktarıyla sınırlıdır". Ancak ilgili düzenleme, Meclis Adalet Komisyonunda müteselsil sorumluluğun hukuki yapısına ilk bakışta aykırı görüldüğü ve uygulamada sorun doğurmaya elverişli olduğu gerekçesiyle kanun metninden çıkarılmıştır (Nomer, 156).

durumun gereğine ve kusurun ağırlığına göre belirlemesini öngörmüştür. Bunun gibi, BK m. 44 uyarınca zarar gören, zarara razı olmuşsa, eylemi zararın doğmasına veya çoğalmasına yardım etmiş ve zarar verenin durumunu ağırlaştırmışsa hâkim tazminat tutarını indirebilir veya tazminatı vermekten büsbütün vazgeçebilir. Hakim öğretisi bu hükümlerin müteselsil sorumlulukta da uygulanabileceğinden şüphe etmemektedir. Ancak, uygulamaya başka bir anlayış hakim olmuş, müteselsil sorumluluğu “birlikte verilen zarar” kavramının tanımladığı ile tazminat hukukunun temel ilkesinin uygun nedensellik ilkesi olduğu gerçeği geri plana itilmiş ve sorumluların tümü bütün zarardan (bu arada uygun nedensellik kurallarına göre dışarda kalan) sorumlu tutuldukları gibi, BK m. 43 ve 44 hükümleri de müteselsil sorumlulukta sadece iç ilişkide dikkate alınmıştır. ... İkinci olarak birlikte verilen zararda da kusurun ağırlığına ve diğer indirim olgularına göre farklılaştırılmış teselsüle gidilmelidir. ... 557 nci maddenin birinci fıkrası, dolayısıyla farklılaştırılmış teselsül, birlikte zarar verenlerin dış ilişkideki sorumluluklarını düzenlemektedir; yoksa bu hüküm sorumluların iç ilişkideki sorumluluk ilişkileri hakkında öngörülmuş bir rücu hükmü değildir. ... Meselâ; A, B, C, D, E adlı üyelerden oluşan bir yönetim kurulunda bu üyelerin tek başlarına ve birlikte verdikleri toplam zarar 4000 ise ve bunun 2000’i bu beş kişi tarafından birlikte verilmiş, geriye kalanın 1000’i A, 500’ü D ve 500’ü de E’ye tek başlarına isnat ediliyorsa, 2000’den A, B, C, D, E müteselsilen ve zararın diğer bölümünden de kendilerine isnat edilen tutarda A, D ve E tek başlarına sorumlu olur. ... Davacı ispat ettiği 4000 tutarındaki zararın 2000’ini A, B, C, D, E’den müteselsilen, 1000’ini A’dan 500’ünü D’den, 500’ünü de E’den alacaktır. Böylece zararın tümü karşılanacaktır. D ve E’nin ödeme güçleri bulunmadığı için 1000’in tahsil edilememesi davacının zararın tümünü elde etmesine engel olur. Ancak, bu kayıp farklılaştırılmış teselsül anlayışının ürünü değildir; kayıp D ve E’nin durumundan doğmaktadır. Bunlar tek başlarına dava edilmiş olsalardı, zarara uğrayan gene bu kayıpla karşılaşacaktı. Eski anlayışta 1000 de A, B ve C’den istenebiliyordu. Ancak bu müteselsil sorumluluk kavramı ile açıklanamayan haksız bir uygulamaydı. Çünkü A, B ve C bu suretle nedensellik ilkesi dışında sorumlu tutulmaktadırlar. ... Yeni anlayış davacıyı (adalet temelinde) kayba uğratmamış, onun zararı kanuna aykırı olarak başkalarına yüklemesine engel olmuştur”.

Burada akla gelen soru farklılaştırılmış teselsülün borçlar hukuku alanında uygulanması için TTK md.557’yi kıyasen dikkate almamızın gerekip

gerekmediğidir. Borçlar hukuku alanında farklılaştırılmış teselsülün uygulama alanı bulabilmesi için kıyasen uygulamaya ihtiyaç yoktur. Borçlar hukukunda açıkça düzenlenmemiş olsa dahi farklılaştırılmış teselsül uygulanabilir. Nitekim tazminatın belirlenmesine ilişkin TBK md.51 ile indirilmesine ilişkin TBK md.52 sadece tek bir zarar verenin bulunduğu durumlarda değil, aynı zamanda birden çok kişinin müteselsil sorumluluğunda da uygulanabilecektir²⁹⁹. Bu kapsamda ileri sürülebilecek indirim sebepleri üzerinde durmak isabetli olacaktır. TBK md.164'e göre def'iler, ortak def'iler ve kişisel def'iler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Ortak def'iler, dış ilişkide tazminat hesaplanırken göz önünde tutulur ve zarar verenlerin tamamı bundan yararlanır. Kişisel def'iler ise diğer zarar verenlerin durum veya davranışlarına veya zarar görenle zarar verenin durum ve davranışlarına ilişkin olabilir. Bu kapsamda zarar verenlerin tamamının veya birinin kusurunun hafifliği, illiyet bağının derecesi, ekonomik yönden zor durumda bulunması, isnat edilen riskin hafifliği, zarar görenle zarar veren arasındaki ekonomik eşitsizlik gibi hususlar kişisel def'i olarak ileri sürülebilir³⁰⁰. Türk Borçlar Kanununda açıkça farklılaştırılmış teselsüle yer verilmemiş olması, dış ilişkide kişisel def'ilerin, diğer bir ifadeyle bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülemeyeceği anlamına gelmez. Bu yönde bir yorum TBK md.163'e aykırılık olarak da yorumlanamaz. TBK md.163'de geçen borcun tamamı ifadesinden bütün zarardan sorumluluk değil de, tazminatın belirlenmesine ilişkin genel kurallara göre tespit edilen meblağ anlaşılacak olursa, zarar gören her bir borçluyu sorumlu oldukları meblağ tutarında dava edebilecektir. Bu doğrultuda her bir borçlu için kendi sorumlu olacağı tutar, borcun tamamını teşkil eder³⁰¹.

Yapılan açıklamalar çerçevesinde farklılaştırılmış teselsülün rücu davası üzerinde nasıl bir etkisi olacağının üzerinde durulmalıdır. İş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde işverenin %75, üçüncü kişinin %5, sigortalının ise %20 kusurlu olduğu, sigortalıya bağlanan ilk peşin sermaye değerinin ise 10.000-TL olduğunu düşünelim. Üçüncü kişi, kusurunun hafifliği nedeniyle sadece kendi kusuruna düşen ilk pe-

299 **Dalcı Özdoğan**, 169-170. **Kırca**, *Müteselsil Sorumluluk*, 657. **Nomer**, 156. **Göktürk-Can**, 251. Öğretideki bir görüş ise sözleşmeye aykırılıktan doğan müteselsil sorumluluk ile haksız fiilden doğan müteselsil sorumluluk arasında ayrıma gitmektedir. Sözleşmeye aykırılıktan teselsülün kaynaklandığı hallerde, zarar verici fiil salt borca aykırılık oluşturuyor, paralel olarak yarışan haksız fiil sorumluluğu bulunmuyorsa TTK md.557 kıyasen uygulanmalıdır (**Kapancı**, 45).

300 **Eren**, 819. **Göktürk-Can**, 249. **Antalya**, 782. **Kırca**, *Müteselsil Sorumluluk*, 654.

301 **Dalcı Özdoğan**, 170, 175.

şin sermaye değerinin yarısının kusur karşılığı olan 250-TL'den müteselsilen ve müştereken sorumlu tutulmalıdır. Ancak mutlak teselsül anlayışı uygulansaydı, üçüncü kişi ilk peşin sermaye değerinin %80'inden yani 4.000-TL'den müteselsilen sorumlu tutulacaktı ki, bu durum daha önce de değindiğimiz üzere hakkaniyete aykırıdır. Farklılaştırılmış teselsül gereği, işveren ilk peşin sermaye değerinin yarısının kusur karşılığına denk gelen 4.000-TL'nin 3750-TL'sini ödese dahi, halen üçüncü kişiye 250-TL için Kurumun rücu imkanı devam edecektir. Zira işverenin yapmış olduğu ödeme, üçüncü kişinin sorumluluğu için herhangi bir etki doğurmamış, teselsül etki göstermemiş olacaktır.

Yukarıda belirtilen örnek işveren bakış açısıyla da ele alınabilir. Örneğin işverenin %30, üçüncü kişinin %40, sigortalının %30 oranında kusurlu olduğu ve sigortalıya 10.000-TL ilk peşin sermaye değeri bağlandığı takdirde, işveren Yargıtay uygulamasına göre dış ilişkide ilk peşin sermaye değerinin tamamının %70'inden sorumlu tutulmaktadır. Ancak işveren tek başına sorumlu olsaydı 3.000-TL ödeyecekken, 7.000-TL ödemek zorunda bırakılmaktadır. Kaldı ki, fazladan ödediği 4.000-TL'nin 2.000-TL'sini üçüncü kişilere sınır getiren 5510 sayılı kanun md.21/IV hükmü gereği rücu dahi edememektedir. İşte burada işveren ekonomik açıdan sıkıntı içindeyse, mali güçlük çekiyorsa, farklılaştırılmış teselsül gereği sadece kusuru oranında müteselsilen sorumlu tutulabilecektir. Diğer bir ifadeyle işveren ilk peşin sermaye değerinin tamamının %30'undan, yani 3.000-TL'sinden müteselsilen üçüncü kişiyle sorumlu olacaktır. Ancak Yargıtay ilk peşin sermaye değerinin yarısından da işvereni müteselsilen sorumlu tuttuğu için, bireysel indirim sebebi dikkate aldığı takdirde, işveren ilk peşin sermaye değerinin 1.500-TL'sinden müteselsilen sorumlu olmalıdır. Bununla birlikte işverenin 3.000-TL'yi Kuruma ödemesi halinde, teselsül ilişkisi ilk peşin sermaye değerinin yarısı düşünüldüğünde üçüncü kişi açısından 1.000-TL'lik bir etki doğurmalıdır. Her ne kadar işveren ilk peşin sermaye değerinin yarısından 1.500-TL ile müteselsilen sorumluyorsa da, kendi sorumluluk miktarı kanun gereği ilk peşin sermaye değerinin tamamı üzerinden 3.000-TL'ye denk gelmektedir. Bu kapsamda ilk peşin sermaye değerinin yarısıyla sınırlı olarak müteselsil sorumluluğu düşündüğümüzde Kurum, üçüncü kişiye 1.000-TL'yi rücu edebilecektir. Bu ihtimalde Kurum 7.000-TL'nin toplamda 4.000-TL'sini geri alabilmiş, ancak 3.000-TL'lik bir kayıpla karşılaşmış olacaktır. Ancak bu durum farklılaştırılmış teselsülün doğurduğu bir sonuç değildir. Kayıp, kanuni düzenlemenin getirdiği ikili

sistemden, diğer bir ifadeyle işverenin müteselsilen sorumlu tutulduğu sınır ile üçüncü kişinin müteselsilen sorumlu tutulduğu sınırın farklı olmasından ve müteselsilen sorumlu tutulan kişilerin durumundan kaynaklanmaktadır. Farklılaştırılmış teselsülde Kurumun, mutlak bir şekilde korunmayacağı açıktır. Ancak Kurumu korumak adına, başka kişileri mağdur etmenin gereği de bulunmamaktadır. Burada Kurum açısından adaletsiz bir durumun varlığından söz edilemez. Kişisel sorumluluğu daha az olacak bir kişiden sırf Kurumu tatmin etmek adına zararın tümünü istemek akla yakın bir sonuç değildir³⁰².

Verilen örnekler düşünüldüğünde farklılaştırılmış teselsülün uygulanması hakkaniyete daha uygun bir çözüm sunmaktadır. Hiçbir sorumlu, sırf yanında başka sorumlular bulunması nedeniyle tek başına sorumlu olduğu zaman ödeyeceği miktardan daha fazla bir tazminat ödeme zorunluluğuna tabi tutulmamalıdır. Diğer bir ifadeyle müteselsil sorumlulukta hem alacaklının hem de borçlunun menfaatlerini gözetecek bir denge sağlanmalıdır. Her bir borçlu için farklı tutarların söz konusu olması halinde, zarar görenin menfaatini korumak adına indirim yapılması nedeniyle karşılanmayan alacağın geri kalanı için, zarar görenin diğer borçlulara başvurabilmesi kabul edilmelidir. Bu sayede müteselsil sorumlulukta sadece zarar görenin menfaatlerinin değil, aynı zamanda borçluların da menfaatlerinin gözetildiği bir sisteme ulaşılabilecektir³⁰³. Farklılaştırılmış teselsül, kısmi borç ile karıştırılmamalıdır. Kısmi borç da birden çok borçlu alacaklıya karşı sadece borcun bir kısmını ifa ile yükümlü olup, zarar verenlerin her biri zarara sebep oldukları oranda sorumlu olurlar. Farklılaştırılmış teselsülde ise birden çok borçlunun alacaklıya karşı borcun bir kısmı ile yükümlü olması değil, her bir borçlunun borcun tamamından sorumlu olması, ancak tek başına sorumlu olsaydı ileri sürebileceği indirim sebeplerini ileri sürmesi söz konusudur³⁰⁴. Farklılaştırılmış teselsülde de alacaklı, dilediği müteselsil sorumlulara karşı davasını yöneltmektedir. Yoksa kimin ne oranda sorumlu olacağı sorunu alacaklıya ait değildir. Gerek dış ilişki, gerek sonrasında gündeme gelen iç ilişki hakim tarafından belirlenecektir³⁰⁵.

302 **Kapancı**, 48.

303 **Dalcı Özdoğan**, 178. **Eren**, 820. **Antalya**, 782. **Kırca**, *Müteselsil Sorumluluk*, 657. **Göktürk-Can**, 249. **Kapancı**, 41. *Öğretideki bir görüşe göre farklılaştırılmış teselsül, müteselsil sorumluluğun niteliği ve amacıyla bağdaştırılmaz (Kılıçoğlu, Rapor, 31)*.

304 **Kırca**, *Müteselsil Sorumluluk*, 660-661.

305 **Kapancı**, 46.

Müteselsil sorumlulukla ilgili Kurumun bir sıkıntı yaşamadığı ancak rücu davasına muhatap olan kişilerin sıkıntılarla karşılaştığı açıktır. Bu kapsamda yaptığımız açıklamaları toparlayacak olursak, belirtilen sıkıntının aşılabilmesi için kanun değişikliğine gidilerek ya müteselsil sorumluluğun bulunmadığının açıkça düzenlenmesi ya da müteselsil sorumluluk bulunduğu kabul edilse dahi, sorumluluk sınırının gerek işveren gerek üçüncü kişi açısından aynı şekilde belirlenmesi ve Türk Ticaret Kanununda olduğu gibi farklılaştırılmış teselsüle açıkça yer verilmesi isabetli olacaktır.

7. Rücu davalarına ilişkin diğer esaslar

Rücu davaları kapsamında üzerinde durulması gereken hususlardan biri zamanaşımıdır. 506 sayılı kanun döneminde zamanaşımının ne zaman başlayacağı tartışmalıydı, ancak 5510 sayılı kanun döneminde tartışma ortadan kalkmıştır. 506 sayılı kanunda zamanaşımına ilişkin açık bir hüküm bulunmadığından, halefiyet ilkesinden hareketle sorun çözülmeye çalışılmaktaydı. Sigortalı ile işveren arasındaki hukuki ilişki sözleşmeye dayandığından Kurumun işverene karşı dava açma süresinin BK md.125 (TBK md.146) uyarınca 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olacağı kabul edilmekte, ancak halefiyet ilkesiyle bağdaşmayacak şekilde zamanaşımı süresinin gelir bağlanmasının onaylandığı, sonraki artışlar bakımından her artışın Kurumca onaylandığı, ödemeler açısından da ödeme tarihinden itibaren başlayacağı esası benimsenmişti³⁰⁶. Ancak zararlandırıcı olay başka bir kanunun uygulama alanına giriyorsa o kanunda belirtilen zamanaşımının, örneğin Karayolları Trafik Kanununun 109. maddesi gereği zararın ve tazminat yükümlüsünün öğrenildiği tarihten itibaren iki ve her durumda olay tarihinden itibaren on yıllık zamanaşımı süresinin rücu davalarında esas alınacağı hususu benimsenmişti³⁰⁷.

5510 sayılı kanun md.93/3 hükmü, Yargıtay kararlarında kabul edilen esaslara uygun olarak zamanaşımı konusunu çözüme kavuşturmuştur³⁰⁸. İlgili düzenlemeye göre, "Bu Kanuna dayanılarak Kurumca açılacak tazminat ve rücu davaları, on yıllık zamanaşımına tâbidir. Zamanaşımı tarihi; rücu konusu gelir ve aylıklar bakımından Kurum onay tarihinden, masraf ve ödemeler için ise masraf veya ödeme tarihinden itibaren başlar". Söz

306 YİBGK, 01.07.1994, 3/3, Y10HD, 27.06.2000, 3889/4679, www.kazanci.com.tr, 24.04.2014.

307 Y10HD, 12.02.1991, 6635/1228, www.kazanci.com.tr, 10.05.2015. Y10HD, 14.04.1986, 1637/2252, **Başbuğ**, 101, dn. 101.

308 **Tuncay-Ekmekçi**, 373.

konusu düzenleme sonucu tazmin sorumlusunun işveren veya üçüncü kişi olmasının zamanaşımı süresinin başlangıcı yönünden bir önemi kalmamış olup, zamanaşımı süresinin başlangıcı olarak hakkın kazanıldığı tarih kabul edilmiştir³⁰⁹. Bu çerçevede 506 sayılı kanun döneminde zararlandırıcı olay başka bir kanunun uygulama alanına giriyorsa o kanunda belirtilen zamanaşımının uygulanacağı esası benimsenmişse de, 5510 sayılı kanunda zamanaşımıyla ilgili açık bir ifadeye yer verildiğinden ötürü, artık zararlandırıcı olay örneğin trafik kazasından kaynaklansa dahi iki yıllık sürenin değil, 5510 sayılı kanun kapsamında on yıllık sürenin zamanaşımı süresi olarak benimsenmesi gerekmektedir³¹⁰.

Rücu davalarıyla ilgili üzerinde durulması gereken hususlardan biri de faizin başlangıcıyla ilgilidir. Faizin başlangıcı ödemeler açısından ödeme tarihi, bağlanmış gelir için ise tahsisin Kurumca onay tarihidir³¹¹. 5510 sayılı kanun döneminde sadece ilk peşin sermaye değeri istenebileceği için, bu konuda faizin başlangıç tarihi ilk peşin değerli gelirin tahsisinin onay tarihidir³¹². Sigorta şirketleri açısından ise faizin başlangıcının, hak sahiplerine Kurumca yapılan masraflar ve gelir bağlama kararından haberdar bulunmadıkları düşüncesinden hareketle temerrüt tarihi olduğu, dava açılmadan önce temerrüde düşürülmemeleri halinde dava tarihi olduğu kabul edilmelidir³¹³.

Rücu davaları, 5510 sayılı kanun md.101 gereği iş mahkemelerinde görülmektedir. Ancak rücu davalarının, kural olarak diğer davalarla birlikte görülmesi ve sonuçlandırılması kabul edilmemektedir. Yargıtay, iş kazası sonucu sürekli iş göremezliğe uğrayan sigortalının maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkin davada, Kurum tarafından açılan rücu davasının da birleştirilerek sonuçlandırıldığı ilk derece mahkemesi kararını, davaya konu istemlerin yasal dayanaklarının ve buna bağlı olarak yapılacak inceleme ve araştırma yöntemlerinin farklı olduğu gerekçesiyle bozmuştur³¹⁴. Yargıtayın bu kararı öğretide de kabul görmüştür³¹⁵.

309 **Turan**, 5510 Sayılı Kanun, 208. **Yüksel**, 119.

310 **Güzel-Okur-Caniklioğlu**, 479.

311 Y10HD, 13.03.1997, 2081/1995, www.kazanci.com.tr, 10.05.2015. Y10HD, 10.05.2007, 15851/7240, **Erbaş**, 108-109.

312 YHGK, 27.01.2010, 10-10/14, www.kazanci.com.tr, 10.05.2015.

313 **Erbaş**, 104.

314 Y21HD, 03.05.2012, 10741/7171, www.kazanci.com.tr, 10.05.2015.

315 **Caniklioğlu**, 531.

8. Sonuç

Hukukumuzda, Sosyal Güvenlik Kurumuna yaptığı ödemeleri ve bağladığı gelirleri ilgililere rücu hakkı düzenlenmiştir. Sosyal Güvenlik Kurumuna prim ödemesinde bulunan işverenlere karşı da rücu hakkının tanınması, genel anlamıyla sigorta tekniğiyle uyuşmamaktadır. Bununla birlikte sosyal sigorta, özel sigorta değildir. Burada sosyal güvenliğin önleyici boyutu devreye girmektedir. Diğer bir deyişle rücu hakkının tanınmasının asıl amacı, işverenleri iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaya teşvik etmek, bu suretle işçilerin yaşam hakkının korunmasına katkıda bulunmaktadır. Bu itibarla Kuruma rücu hakkının tanınması isabetlidir. Ancak özellikle iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle yapılan parasal yardımların rücu edilmesinde, 506 sayılı kanun döneminde olduğu gibi 5510 sayılı kanun döneminde de ele alınması ve tartışılması gereken konular varlığını devam ettirmektedir.

Kurumun rücu hakkı bakımından öncelikle kanunların zaman bakımından uygulanması sorunu ele alınmalıdır. Zira Yargıtay, 5510 sayılı kanun md.21 ve md.23 hükümlerinin, 5510 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra meydana gelen iş kazaları veya meslek hastalıkları nedeniyle açılacak rücu davalarında uygulama alanı bulabileceğini kabul etmektedir. Bu durum ise kanun koyucun getirdiği bir düzenlemenin etkisini oldukça geç doğurmasına yol açmaktadır. Dolayısıyla burada kanunların zaman bakımından uygulanmasıyla ilgili temel iki teori kapsamında konunun ele alınması gerekmektedir. Bu teoriler klasik teori ve modern teoridir. Klasik teori gereği kazanılmış haklar korunmalıdır ve yürürlüğe giren düzenleme kamu düzenine ilişkin değilse, yürürlüğe girdiği tarihten sonra meydana gelen olay ve ilişkilere uygulanır. Modern teoriye göre ise kanunlarda aksini öngören bir geçiş hükmü mevcut bulunmadığı sürece kanunlar derhal yürürlüğe girmelidir. Diğer bir ifadeyle tamamlanmamış tüm olay ve ilişkilere uygulanmalıdır. Kanaatimizce daha az belirsiz kavram içerdiği için, kanunların zaman bakımından uygulanmasıyla ilgili olarak modern teoriye öncelik verilmelidir. Bununla birlikte rücu davaları açısından gerek klasik teori gerek modern teoriye göre aynı sonuca varmak olasıdır.

Kuruma rücu hakkının tanınmasının önemli nedenlerinden biri, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasını teşvik etme düşüncesidir. Diğer bir deyişle rücu hakkıyla ilgili hükümler de iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı çerçevesinde değerlendirilebilir. İş sağlığı ve güvenliği

hükümleri ise Yargıtayın kararlarından hareket edildiğinde kamu düzenine ilişkin sayılmaktadır. Dolayısıyla klasik teori gereği rücu hakkına dair hükümler kamu düzeninden sayıldığından ve kamu düzenine ilişkin hükümler geçmişe de uygulanabildiğinden, modern teori gereğince de kanunların derhal yürürlüğü kural olduğundan her durumda 5510 sayılı kanun md.21 ve md.23 hükümlerinin, tamamlanmamış, derdest rücu davalarına uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılabilir.

Kurumun rücu hakkı kapsamında ele alınması gereken bir konu da, rücu hakkının hukuki niteliği sorunudur. Bu bakımdan 5510 sayılı kanun md.21 ile md.23 ayrı ayrı ele alınmalıdır. 5510 sayılı kanun md.21, 506 sayılı kanun md.26 hükmünü karşılamaktadır. 506 sayılı kanun md.26 döneminde Yargıtay uzun yıllar kurumun rücu hakkının halefiyet esasına dayandığını benimsemiştir. Ancak Anayasa Mahkemesinin 2006 yılında verdiği bir iptal kararı üzerine Kurumun rücu hakkının, basit rücu hakkı niteliğinde olduğunu kabul edilmiştir. O dönem Kurumun rücu hakkının hukuki niteliğinin belirlenmesi, özellikle rücu davalarında zamanaşımı süresi sorununun çözümü ve bağlanan gelirlerde kanun, kararname gereği yapılan artışların da istenip istenemeyeceği açısından önem taşımaktaydı. Ancak belirtilen sorunlar 5510 sayılı kanun md.21’de çözüme kavuşturulmuştur. Bununla birlikte sigortalı tarafından zarar verenler aleyhine açılan tazminat davasında hükme esas alınan kusur raporunun, rücu davasında bağlayıcı olup olmayacağı gibi bazı hususlarda, Kurumun rücu hakkının hukuki niteliğinin tespiti önem taşımaya devam etmektedir. Yargıtay, 5510 sayılı kanun md.21 hükmüyle ilgili verdiği bir kararında, Kurumun rücu hakkının halefiyet ile desteklendiğini kabul etmiştir. Kanaatimizce hakim, kanunu sadece lafzi olarak değil, özülle de ele almalıdır. Bu itibarla Yargıtayın Kurumun rücu hakkının halefiyet esasına dayandığını benimsemesi isabetlidir. Ancak asıl sorun yaratan husus, Yargıtayın benimsediği esas aynen uygulamaması, somut olayın özelliğine göre şekillendirmesidir. Ayrıca 5510 sayılı kanun md.21’de üçüncü kişiye rücu imkanı da düzenlenmiştir. Kanaatimizce Kurumun üçüncü kişiye rücu hakkı da halefiyet esasına dayanmaktadır. Kurumun rücu hakkının hukuki niteliği 5510 sayılı kanun md.23 açısından ele alındığında ise, bu konuda bir tartışmanın var olmadığı görülmektedir. Kurumun rücu hakkının hukuki niteliğinin basit rücu hakkı olduğu kabul görmektedir.

Kurum, işverene ve üçüncü kişilere yaptığı ödemeleri ve bağladığı gelirleri rücu edebilir. İşveren kavramına ise sigortalıların iş sözleşmesi yaptığı gerçek işvereni, işin veya görülen hizmetin bütününün yönetim görevini yapan işveren vekili ile başta alt işveren olmak üzere üçlü iş ilişkilerinde karşımıza çıkan işverenler girmektedir. Geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulduğu hallerde asıl işveren, alt işveren ile birlikte 5510 sayılı kanundan doğan yükümlülükler nedeniyle müteselsilen sorumludur. Örneğin iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesine alt işverenin kusuru varsa, asıl işverenin de sorumluluğuna gidilebilecektir.

İşverenin rücu davaları bakımından kurum karşısındaki sorumluluğu ise 5510 sayılı kanun md.21 ve md.23'de düzenlenmiştir. 5510 sayılı kanun md.21 çerçevesinde işverenin sorumluluğu kusur sorumluluğudur. Zira Kurumun yaptığı ödemeleri ve bağladığı gelirleri işverene rücu edebilmesi için işverenin kastının veya sigortalının sağlığını koruma ve iş güvenliğine ilişkin mevzuat hükümlerine aykırı bir hareketinin bulunması gerekmektedir. Bununla birlikte iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı ve bu kapsamda alınması gereken önlemler oldukça geniştir. Diğer bir deyişle iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almayan işveren her türlü kusurundan sorumlu tutulmuştur. Genellikle de iş kazası veya meslek hastalığı meydana geldiğinde işverenler iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini ihlal ettiği gerekçesiyle kusurlu kabul edilmektedir. Ancak kusur sorumluluğunun getirilmesindeki amaç işvereni, Kurumun yapmış olduğu her türlü ödeme ve bağladığı gelirlerden sorumlu tutmak değildir. Bu itibarla yapılacak bir yasa değişikliğiyle sigortalı çalıştırdığını bildirim yükümlülüğünü yerine getiren işverenin sorumluluğunun, işverenin kastı, bağışlanamaz kusuru yahut ağır ihmaliyle sınırlandırılması daha isabetli olacaktır. Ayrıca 5510 sayılı kanun md.21'de işverenin sorumluluğunu tespitite kaçınılmazlık ilkesinin dikkate alınacağı hususu düzenlenmiştir. Kaçınılmazlığın dikkate alınmasıyla kastedilen, kaçınılmazlıktan dolayı işverenin sorumluluğuna gidilemeyeceğidir. Kaçınılmazlık kanaatimizce mutlak kaçınılmazlık olarak görülmelidir. Başka bir ifadeyle kaçınılmazlık, mücbir sebebin unsurudur. Kaçınılmazlığın bulunduğu hallerde, meydana gelen kaza ile yapılan iş arasında illiyet bağı kesileceğinden ötürü, işveren aleyhine rücu davası açılmayacaktır. Diğer bir deyişle kaçınılmazlık umulmayan halin bir unsuru olarak kabul edilmemelidir. Ek olarak meslek hastalığının meydana gelmesinde Yargıtay kararlarına göre, kaçınılmazlığın belirli bir oranda etkide bulunduğu kabul edildiği görülmektedir. Bununla birlikte Yargı-

tain son kararları incelendiğinde, isabetli olarak meslek hastalıkları açısından da kaçınılmazlığın mutlak olarak görülmesi eğiliminin arttığı anlaşılmaktadır.

5510 sayılı kanun md.23 bakımından ise işverenin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğu kabul edilmektedir. Bu bakımdan Kurumun yaptığı tüm ödemeleri işverene rücu edebileceği düşünülebilir. Ancak uygulamada rücu tazminatının miktarı belirlenirken tarafların kusur oranı dikkate alınmaktadır. Bu çerçevede iş kazasının meydana gelmesinde işverenin kendi kusurunun yanı sıra işçinin kusurunun ya da kaçınılmazlığın da rol oynadığı hallerde, işveren işçinin kusurunun veya kaçınılmazlığın tamamından sorumlu tutulmamakta, uygun bir indirim yapılarak işçinin kusurunun veya kaçınılmazlığın çoğuna katlanmaktadır. Ayrıca iş kazası veya meslek hastalığının kaçınılmazlık nedeniyle yahut işçinin ağır kusuruyla meydana geldiğinden hareketle illiyet bağının kesildiği ileri sürülerek işverenin sorumluluğuna gidilemeyeceği düşünülmemelidir. Nitekim 5510 sayılı kanun md.23 gereği işverenin sorumluluğuna gidebilmek için, Kurumun iş kazası veya meslek hastalığı olarak nitelendirilebilecek bir olay sonucu sigortalı veya hak sahiplerine yardımda bulunmuş olması yeterlidir. Bu itibarla meydana gelen kaza ile işverenin fiili arasında illiyet bağını kestiğini düşündüğümüz örneğin deprem sonucu işçinin işyerinde hayatını kaybetmesi de 5510 sayılı kanun gereği iş kazasıdır ve işveren bildirim yükümlülüğünü yerine getirmediği sürece Kurum tarafından yapılan yardımlardan dolayı Kuruma karşı sorumludur.

Kurumun rücu davasını açabileceği diğer bir kişi grubu da iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesine sebep olan veya katkıda bulunan üçüncü kişilerdir. Üçüncü kişilerin sorumluluğu, kusur sorumluluğu olarak düzenlenmiştir. Ayrıca üçüncü kişilerin sorumlu olduğu rücu miktarı belirlenirken de kusur oranları dikkate alınacaktır. Eğer iş kazasının meydana gelmesinde kaçınılmazlık durumu söz konusuysa, illiyet bağı kesildiği için üçüncü kişinin sorumluluğunun ortadan kalktığı kabul edilmelidir. Üçüncü kişi kavramının içene ise iş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına tutulan işçinin ve onun işvereni dışındaki tüm kişiler girer. Bu bakımdan zarar gören işçiye tamamen yabancı bir kişi, aynı işyerinde çalışan başka bir işçi, üretici, yapı denetim kuruluşları ve ihale makamı gibi iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde kusuru bulunan tüm kişiler, üçüncü kişidir. Ayrıca kusurunun varlığı durumun üçüncü

kişinin işverenine ve üçüncü kişinin yahut işverenin mali sorumluluk sigortası yaptırmaması halinde sigorta şirketine de rücu davası yöneltilebilecektir.

Rücu davalarıyla ilgili belirlenmesi gereken diğer bir husus, işverenin ve üçüncü kişilerin sorumluluğunun kapsamıdır. Başka bir ifadeyle Kurum neyi rücu edebilir, kime, ne oranda yapılan masraflar rücu edilebilecektir. 5510 sayılı kanun md.21 ve md.23 gereği Kurumun rücu edebileceği kalemler özdeştir. Kurum, yaptığı ödemeleri ve ilk peşin sermaye değerini rücu edebilecektir. Ödemeler kapsamına ise geçici iş göremezlik ödeneği, cenaze ödeneği, kız çocuğunun evlenmesi durumunda verilen evlenme ödeneği girmektedir.

İşverenlerin ne oranda sorumlu olacağı hususu belirlenirken 5510 sayılı kanun md.21 ile md.23 ayrı ayrı ele alınmalıdır. Bildirim yükümlülüğünü yerine getirmiş olan işveren açısından sorumluluk belirlenirken iki sınır bulunmaktadır. Biri iç tavan, diğeri ise dış tavan olarak adlandırılmaktadır. İç tavan, Kurumun yaptığı ödemeler ve ilk peşin sermaye değerinin toplamıdır. Dış tavan ise sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri miktardır. Kurum, iç tavan miktarını işverene kusuru oranında rücu edebilir. Bununla birlikte rücu edilebilecek miktar, dış tavanı aşamaz. Burada ayrıca üzerinde durulması gereken husus, md.21/1 hükmünde geçen "ileride yapılması gereken" ifadesinin ne şekilde yorumlanacağıdır. Söz konusu ifade 506 sayılı kanun md.26'nın yürürlükte olduğu dönemde peşin sermaye değerinin kanun, kararname veya katsayı artışı nedeniyle arttığı halleri de kapsar şekilde yorumlanmıştır. Ancak 5510 sayılı kanun md.21/1 hükmü oldukça açık bir şekilde düzenlenmiştir. Kanaatimizce "ileride yapılması gereken" ifadesi sadece ödemeleri nitelendirmektedir. Bu itibarla ilk rücu davasına konu olan iş kazası veya meslek hastalığıyla neden-sonuç ilişkisi çerçevesinde sonradan ortaya çıkan ödemeler, tekrar rücu davasına konu olabilir. Bununla birlikte rücu davası açıldıktan sonra gelirlerde meydana gelecek artışlar, nedeni ne olursa olsun rücu edilememelidir. Zira kanun açıkça ve sadece ilk peşin sermaye değerinin rücu edilebileceğini hüküm altına almıştır. Bu bakımından peşin sermaye değerinin, kanun, kararname veya katsayı artışı nedeniyle artması halinde tekrar bir rücu davası açılmayacağı açıktır. Ek olarak ilk rücu davasına konu olan iş kazası veya meslek hastalığıyla neden-sonuç ilişkisi çerçevesinde sonradan ortaya çıkan gelir artışları, örneğin işçinin iş göremezlik oranının %20'den %40'a çıkması durumu, tekrar rücu davasına konu olmamalıdır.

Bildirim yükümlülüğünü ihlal eden işveren açısından ise sorumluluğun kapsamı 5510 sayılı kanun md.23'de kusursuz sorumluluk olarak düzenlenmiştir. Bu bakımdan Kurumun yaptığı ödemeler ve bağladığı gelirler toplamının herhangi bir indirim olmaksızın işverene rücu edilmesi beklenebilir. Ancak uygulamada tarafların kusur durumu belirlenmekte, işveren işçinin kusurunun ve/veya kaçınılmazlığın büyük bir oranına katlanmaktadır. 5510 sayılı kanun md.21'den farklı olarak yaptırımın biraz daha ağırlaştırılmış olduğu söylenebilir. Ayrıca 5510 sayılı kanun md.23'de dış tavan sınırına yer verilmemişse de, 506 sayılı kanun döneminde kıyasen dış tavan uygulandığı için, aynı uygulamanın 5510 sayılı kanun döneminde de geçerli olacağı beklenmelidir.

Üçüncü kişilere rücu bakımından ise Kurumun yaptığı ödemelerle ilgili olarak işverenlerle aralarında bir fark yoktur. Ödemelerin tümü, üçüncü kişilere de rücu edilebilecektir. Ancak ilk peşin sermaye değerinin tamamı değil, kanunun getirdiği sınırlama gereği yarısı üçüncü kişilere rücu edilebilecektir. Burada da Kurumun yaptığı ödemelerle ilk peşin sermaye değerinin yarısının toplamı iç tavanı oluşturmakta olup, belirlenen miktar üçüncü kişiye kusuru oranında rücu edilebilecektir. Her ne kadar üçüncü kişinin sorumluluğu kapsamında 5510 sayılı kanun md.21/IV'de dış tavan sınırına yer verilmemişse de, kanaatimizce dış tavanın üçüncü kişinin sorumluluğunda da dikkate alınması gerekmektedir.

Rücu davasına esas ilk peşin sermaye değerinin değişmesine yol açabilecek çeşitli ihtimaller de mevcuttur. Bu gibi durumlarda rücu edilebilecek miktarın belirlenmesi önem taşımaktadır. Peşin sermaye değerinin değişmesine yol açabilecek haller, sigortalının veya hak sahibinin gelirden çıkması, sigortalının iş göremezlik derecesinin artması veya azalması, son olarak gelir ve aylıkların birleşmesi nedeniyle peşin sermaye değerinin değişmesidir. Belirtilen hallerden sorun çıkma ihtimali en yüksek olanı, sigortalının iş göremezlik derecesinin artması veya azalmasıdır. Ancak bu durum dahi, sigortalının dosyasında kontrol muayene kaydı mevcut olduğu sürece sıkıntı çıkarmayacaktır. Bununla birlikte rücu davası açıldıktan sonra sigortalının iş göremezlik derecesinin değiştiği bir durumda rücu edilecek miktar açısından üst sınır, dava açılırken belirtilen ilk peşin sermaye değeri olmalıdır. Sigortalının yeni iş göremezlik derecesine göre belirlenen peşin sermaye değeriyle fiili ödeme toplamı, ilk peşin sermaye değerini aşmıyorsa, söz konusu toplam rücu edilecek miktarı oluşturur.

İlk peşin sermaye değeri aşıldığı halde ise, ilk peşin sermaye değerinin miktarı rücu edilecek miktardır.

Kurum karşısında sorumluluğun kapsamı çerçevesinde ayrıca rücu edilemeyecek ödemelerin de belirlenmesi uygun olacaktır. Zira TBK md.55/l hükmünde kısmen veya tamamen rücu edilemeyecek olan sosyal güvenlik ödemelerinin denkleştirmeye girmeyeceği belirtilmiştir. İlgili hükmün gerekçesi de dikkate alındığında kanaatimizce kısmen veya tamamen rücu edilemeyecek sosyal güvenlik ödemeleri, geniş bir şekilde yorumlanmalıdır. Diğer bir ifadeyle Kurumun sigortalı veya hak sahiplerine yaptığı ancak rücu edemediği masraflar, niteliği ne olursa olsun, işçi ya da yakınları tarafından işveren veya üçüncü kişiler aleyhine açılan tazminat davalarında denkleştirmeye tabi tutulmamalıdır. Bu bağlamda kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemelerinin başında işverenin veya üçüncü kişinin kusurunu aşan ödemeler ile 5510 sayılı kanun md.21/son kapsamında rücu edilemeyecek ödemeler gelmektedir.

Rücu davaları bakımından uygulamada müteselsil sorumluluğa da gidilebildiği görülmektedir. Rücu davalarında müteselsil sorumluluk genelde iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Ya 5510 sayılı kanun ödünç iş ilişkisi, asıl işveren – alt işveren ilişkisi gibi durumlarda her iki işvereni de müteselsilen sorumlu tutulduğu için bu tür bir sorumluluk gündeme gelmektedir ya da sigortalının uğradığı aynı zarara birden fazla kişinin sebep olması durumunda ilgili kişilerin müteselsil sorumluluğuna gidilmektedir.

Özellikle üçlü iş ilişkilerinden kaynaklanan müteselsil sorumlulukta, muvazaalı bir ilişkinin söz konusu olması halinde kimin veya kimlerin sorumluluğuna gidilebileceği sorusu akla gelmektedir. Kanaatimizce muvazaalı ile üçüncü kişinin zarara uğratılmasının ona karşı bir haksız fiil niteliği taşıdığı kabulü olanaklı değildir. Nitekim muvazaanın yaptırım sözleşme hukukunda özel olarak öngörülmüştür. Bu nedenle muvazaalı halinde rücu davası sadece sigortalıların gerçek işverenine yöneltilmelidir. Ancak muvazaalı ilişkinin diğer tarafı da iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde kusurlu görülürse, üçüncü kişi sıfatıyla sorumluluğuna gidilebilecektir.

Sigortalının uğradığı aynı zarara birden fazla kişinin, örneğin işverenle üçüncü kişinin kusurlarıyla birlikte sebep olmaları halinde ise Yargıtay uygulamasına göre deyim yerindeyse ikili bir sorumluluk sistemi ortaya

çıkılmaktadır. Bu durumun temel nedeni 5510 sayılı kanunun üçüncü kişiyi sadece ilk peşin sermaye değerinin yarısından sorumlu tutmuş olmasıdır. Diğer bir deyişle işveren, ilk peşin sermaye değerinin tamamından üçüncü kişinin kusuruyla birlikte müteselsilen sorumlu tutulurken, üçüncü kişi ilk peşin sermaye değerinin yarısından işverenin kusuruyla birlikte müteselsilen sorumlu kabul edilmektedir. Ancak bu yönde bir uygulama özellikle iç ilişkide sorunların ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Yaşanan sıkıntıların çözümü için iki ihtimal düşünülebilir. İlk olarak 5510 sayılı kanunda müteselsil sorumluluğun düzenlenmediğinden hareket edilebilir. 5510 sayılı kanunda müteselsil sorumluluk düzenlenmediğinden Yargıtay Borçlar Kanunu hükümlerine başvurmaktadır. Ancak kanaatimizce 5510 sayılı kanunda müteselsil sorumluluk yer almadığına göre, böyle bir sorumluluk öngörülmemiştir. Aksine kısmi sorumluluk, başka bir deyişle kısmi borç öngörülmüştür. Her bir sorumlu, zarardan sadece kendi sebep olduğu oranda sorumlu olmalıdır. İkincisi ise müteselsil sorumluluk uygulamasının devam edeceği kabul görse dahi, farklılaştırılmış teselsülün uygulanmasıdır. Farklılaştırılmış teselsülde her bir zarar veren kişisel def'ilerini dış ilişkide de ileri sürerek, diğer zarar verenlere oranla kendi lehine ortaya çıkan durum nedeniyle daha az tazminat ödeyebilmektedir. Farklılaştırılmış teselsülde alacaklı, mutlak teselsül anlayışına göre daha az korunmaktadır, ancak bu durum yadırganmamalıdır. Alacaklı tatmin edilecek diye yeni mağduriyetlere sebep olunmamalıdır. Kısacası farklılaştırılmış teselsül daha adil ve hakkaniyete uygun bir sonuç elde edilmesine hizmet edecektir. Farklılaştırılmış teselsül sayesinde müteselsil sorumlulukta hem alacaklının hem de borçlunun menfaatlerini gözetecek bir denge sağlanabilecektir.

KAYNAKÇA³¹⁶

AKDENİZ, Ayşe Ledün: “İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan Sorumluluğunun Niteliği”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 72, Sayı:2, 2014, 3-29.

AKIN, Levent: “5510 Sayılı Yasa’nın Maluliyet Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi”, Sicil - İş Hukuku Dergisi, Yıl:3 Sayı:9 Mart 2008, 132-143. (Maluliyet)

AKIN, Levent: “Eski ve Yeni Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Karşısında İşveren ve İşveren Vekili Sorumlulukları”, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çalışma Mevzuatı Seminer Notları, 26-30 Eylül 2012, Antalya, 13-26. (İşveren ve İşveren Vekilinin Sorumlulukları)

AKIN, Levent: İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Ankara 2001.

AKIN, Levent: “Trafik Kazalarından Doğan Sağlık Hizmet Bedellerinden Sigorta Kuruluşları ile SGK’nın Sorumluluğu”, Çimento İşveren Dergisi, Cilt:27, Sayı:3, Mayıs 2013, 54-62. (Trafik Kazaları)

AKKAN, Mine: “Medeni Usul Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hükmün Delil Niteliği”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:11, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan (Özel Sayı), 2009, basım yılı: 2010, 3-61.

AKTAY, A. Nizamettin – ARICI, Kadir – SENYEN/KAPLAN, E. Tuncay: İş Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2013.

AKYİĞİT Ercan: İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Ankara 1995.

ALPAGUT, Gülsevil: “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Ankara 2012, 3-81.

ALPER, Yusuf: Türk Sosyal Güvenlik Sistemi ve Sosyal Sigortalar Hukuku, 6. Baskı, Bursa 2014.

ANTALYA, O. Gökhan: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012.

ARASLI, Utkan: “Rücu Davalarında Tavan Sınırlamasının İptali ve Ortaya Çıkardığı Sorunlar ve 01.07.1994 Günlü YİBBGKK”, Sicil - İş Hukuku Dergisi, Yıl:2 Sayı:6 Haziran 2007, 185-205.

ARASLI, Utkan: “Yeni Borçlar Yasası’nın İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Doğan Maddi Tazminat Davalarında Getirdiği Sistem ve Hakkaniyet İndirimi”, Sicil - İş Hukuku Dergisi, Yıl:6 Sayı:24 Aralık 2011, 141-153. (Maddi Tazminat)

ARICI, Kadir: Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2015.

316 Birden fazla yayınına gönderme yapılan yazarlarda parantez içindeki kısaltmalar kullanılmış, bu yazarların atıf yapılan ilk yayını için kısaltma yapılmadan sadece yazarın adı verilmiştir.

ASLANKÖYLÜ, Resul: “Sosyal Sigortalar Kurumunun İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sigortasından Kaynaklanan Rücu Hakkı ve İşverenin Sorumluluğu”, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, Sosyal Sigortalar Kurumunun İşverene Rücu Hakkı, İşveren Özel Eki, Eylül 2005, 23-39.

ASLANKÖYLÜ, Resul: Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi (SSK ve BAĞ-KUR Kanunu ile Karşılaştırmalı), Birinci Cilt, Ankara 2013. (Şerh)

BALCI, Mesut: “İş Kazası ve Meslek Hastalığı Nedeniyle İşverenin Sorumluluğu”, Sicil - İş Hukuku Dergisi, Yıl:1 Sayı:4 Aralık 2006, 151-182.

BAŞBUĞ, Aydın: “Sorumluluk Hesabında Sosyal Güvenlik Kurumunun Rücu Hakkı ve Denkleştirme Sorunu”, Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Esasları ve Usulü Kongresi, 4-5-6 Nisan 2013, Ankara Barosu Ulusal Kongre, 2013, 89-129. (Denkleştirme)

BAŞBUĞ, Aydın: Sosyal Sigortalar Kurumunun İşverene ve Üçüncü Kişiyeye Rücu, Ankara 1992.

BAŞBUĞ, Aydın: “Sosyal Sigortalar Kurumunun Rücu Hakkı ve Buna Bağlı Bazı Temel Sorunlar”, A. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul 2005. (Rücu)

BAŞTERZİ, Süleyman: “İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, 3-131.

BAŞTERZİ, Süleyman – YILDIZ, Gaye Burcu: “Sosyal Sigortalar Kurumunun İşverene Rücu Hakkı”, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, Sosyal Sigortalar Kurumunun İşverene Rücu Hakkı, İşveren Özel Eki, Eylül 2005, 3-22.

BAYCIK, Gaye: “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler”, Ankara Barosu Dergisi, 2013/3, 105-170.

BAYSAL, Başak: “Kanunların Zaman Açısından Yürürlüğü”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, 475-503.

BİLGE, Necip: Hukuk Başlangıcı – Hukukun Temel Kavram ve Kurumları, 31. Bası, Ankara 2013.

BROX, Hans – RÜTHERS, Bernd – HENSSLER, Martin: Arbeitsrecht, 18. Auflage, Stuttgart 2011.

CANIKLIOĞLU, Nurşen: “Sosyal Sşgortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtay’ın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2012, Ankara 2014, 379-531.

CENTEL, Tankut: “Türk Borçlar Kanunu’nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, Sicil - İş Hukuku Dergisi, Yıl:6 Sayı:24 Aralık 2011, 13-18.

CİVAN, Orhan Ersun: “İş Sağlığı ve Güvenliğinde Üreticinin (İmalatçının) Yükümlülüğü ve Sorumluluğu”, Prof. Dr. Sarper Sözek’e Armağan, Cilt II, İstanbul 2011, 2015-2061.

CİVAN, Orhan Ersun – ÇAĞLAYAN AKSOY, Pınar: “Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi ile İlgili Yargıtay Kararının İncelenmesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:12, Sayı:45, Yıl:2015, 185-216.

ÇANKAYA, Osman Güven – ÇİL, Şahin: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006.

ÇELİK, Nuri – CANIKLIOĞLU, Nurşen – CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, 27. Bası, İstanbul 2014.

ÇENBERCİ, Mustafa: Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1985.

DALCI ÖZDOĞAN, Nurcihan: Mütessesil Sorumluluk - Özellikle TBK md.61 ve md.162 vd. Hükümleri Bağlamında, Ankara 2015.

DİNÇ, Serhan: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta 2009.

DOĞAN YENİSEY, Kübra: İş Hukukunun Emredici Yapısı, İstanbul 2014.

EKMEKÇİ, Ömer: “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtayın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, Ankara 2009, 295-348.

ERBAŞ, Coşkun: “Sosyal Sigortalar Kurumu'nun Rücu Davaları, Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararları Karşısında Öngörülen Hukuki Sonuçlar ve Uygulamadan Örnekler”, Sicil - İş Hukuku Dergisi, Yıl:2 Sayı:7 Eylül 2007, 94-113.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012.

ERGİN, Berin: “Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İşverene Rücuyla Nasıl Bakıyor?”, Sicil - İş Hukuku Dergisi, Yıl:1 Sayı:4 Aralık 2006, 129-140.

GÖKALP CİVAN, Arzu: 4/1-(a) Kapsamındaki Sigortalılar Açısından Ölüm Sigortasının Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Sosyal Güvenlik Uzmanlığı Tezi, Ankara 2014.

GÖKTÜRK, Kürşat – CAN, Mehmet Çelebi: “Farklılaştırılmış Teselsülün – Özellikle – Dış İlişki Bakımından Anlamı ve Bankacılık Kanununun Şahsi İflas Sorumluluğu ile Karşılaştırılması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:2 Sayı:2, 2011, 247-282.

GÖNEN, Ramazan: “Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu'nun Devredilemeyen Görev ve Yetkileri, Yönetim Yetkisinin Devri ve Devir Halinde Sorumluluk”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:86, Sayı:6, 2012, 125-136.

GÖZLER, Kemal: Hukuka Giriş, Dokuzuncu Baskı, Bursa 2012.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 35. Bası, Ankara 2013.

GÜNEŞ, Başak: İş Kazası ve Meslek Hastalıklarında Sosyal Güvenlik Kurumu'nun İşverene Rücu Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011.

GÜZEL, Ali: “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtayın 2008

Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008, Ankara 2010, 295-373.

GÜZEL, Ali – OKUR, Ali Rıza – CANIKLIOĞLU, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2014.

HAVUTÇU, Ayşe: Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu, Ankara 2005.

HROMADKA, Wolfgang – MASCHMANN, Frank: Arbeitsrecht Band 1 – Individualarbeitsrecht, 4. Auflage, Berlin Heidelberg 2008.

İNCEOĞLU, M. Murat – PAKSOY, Meliha Sermin: “Bedensel Zararlarda ve Ölüm Halinde Zararın Belirlenmesi (TBK m. 55)”, E-Journal of Yasar University (Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi), Cilt:8, Özel Sayı – Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Cilt:II, 2013, 1383-1411.

JUNKER, Abbo: Grundkurs Arbeitsrecht, 10. Auflage, München 2011.

KAPANCI, Kadir Berk: Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, 2. Bası, İstanbul 2015.

KARAMAN, Tuba: “Üreticinin Sorumluluğu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28 - 29 Mayıs 2009), Ankara 2009, 295-308.

KESER, Hakan: “İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığı Dolayısı ile Kurumun Yaptığı Harcamalardan Sorumlu Olmasının Koşulları ve Kaçınılmazlık”, Sicil - İş Hukuku Dergisi, Yıl:1 Sayı:2 Haziran 2006, 136-146.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara 2012.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet, Ankara 1979. (Halefiyet)

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na Eleştiriler – Rapor, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2008. (Rapor)

KIRCA, Çiğdem: “Müteselsil Sorumlulukta Borçlar Kanunu Tasarısı ile Getirilen Değişiklikler”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, 641-677. (Müteselsil Sorumluluk)

KIRCA, Çiğdem: Ürün Sorumluluğu, Ankara 2007.

KIZILRAY, Ender: “İş Kazası ve Sosyal Güvenlik Kurumu’nun Rücu Hakkı”, Sicil - İş Hukuku Dergisi, Yıl:6 Sayı:22 Haziran 2011, 177-179.

KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukuku – Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4. Bası, İstanbul 2008.

KORKMAZ, Metin: Sosyal Güvenlik Kurumu'nun Üçüncü Kişilerin Sorumluluğundan Doğan Rücu Hakkının İdari ve Yargısal Boyutlarıyla İncelenmesi, Yayınlanmamış Sosyal Güvenlik Uzmanlığı Tezi, Ankara 2014.

KORKUSUZ, Refik: "Hukumumuzda Tehlike Sorumluluğu Uygulaması ve Yeni Borçlar Kanunu Tasarısındaki Düzenlemesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28 - 29 Mayıs 2009), Ankara 2009, 147-208.

KUT, Ahmet: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht - Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 2. Auflage, Zürich 2012, Art. 18 OR, N. 27-29.

NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, İstanbul 2014.

NOMER, Halûk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, İstanbul 2012.

OĞUZMAN, M. Kemal – ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2010.

OKUR, Ali Rıza: "Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtayın 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004, Ankara 2006, 173-267.

ÖZEL, Sibel: "Milletlerarası Özel Hukukta İmalatçının Sorumluluğu", Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, Cilt 1, İstanbul 2001, 876-952.

REİSOĞLU, Safa: Türk Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, İstanbul 2012.

SARIBAY ÖZTÜRK, Gizem: İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuku, İdari ve Cezai Sonuçları, İstanbul 2015.

SERİN, İlhan: "4857 Sayılı İş Kanunu'nda Geçici(Ödünç) İş İlişkisi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:7, 2005, 1055-1090.

SÖZER, Ali Nazım: "Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Primleri Açısından Yargıtayın 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2003, Ankara 2005, 211-261. (Değerlendirme)

SÖZER, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, İstanbul 2013.

SÜZEK, Sarper: İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985. (İş Güvenliği)

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2005. (2. Bs.)

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2014.

SÜZEK, Sarper: "İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Konusunda Somut Çözüm Önerileri", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, 305-324. (Çözüm Önerileri)

ŞAKAR, Müjdat: "İş Kazası veya Meslek Hastalığı Sebebiyle Sosyal Sigortaların İşverene Rücuunda Kusur Şartının Sınırlanması Sorunu", Sicil - İş Hukuku Dergisi, Yıl:1 Sayı:2 Haziran 2006, 129-135.

TAŞPINAR AYVAZ, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013.

TOPLAOĞLU, Sıddık – ÇINKİ, Faruk: İş Kazası ve Meslek Hastalığı, Haklar – Yardımlar – Yükümlülükler – Tazminat ve Ceza Sorumlulukları, Ankara 2014.

TUNCAY, A. Can: "Kurumun İşverene Rücuu – Olayda Kaçınılmazlık Durumu", Sicil - İş Hukuku Dergisi, Yıl:1 Sayı:4 Aralık 2006, 183-188.

TUNCAY, A. Can – EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 16. Bası, İstanbul 2013.

TUNÇOMAĞ, Kenan: Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, İstanbul 1990.

TURAN, Emel: Sosyal Güvenlik Hukuku'nda Rücu Davaları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010. (Rücu)

TURAN, Ercan: "506 Sayılı Yasanın 10. Maddesi Uyarınca İşverenin Tazmin Sorumluluğu", Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı Çoşkun Erbaş'a Armağan Semineri, 5510 Sayılı Yasaya Göre Malullük-Yaşlılık Sigortası İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Yeni Gelişmeler, Ankara 2010, 209-232. (İşverenin Tazmin Sorumluluğu)

TURAN, Ercan: "5510 Sayılı Yasa Kapsamında Rücuan Tazminat Davaları", Sicil - İş Hukuku Dergisi, Yıl:4 Sayı:15 Eylül 2009, 193-211. (5510 Sayılı Yasa)

TURAN, Ercan: "Anayasa Mahkemesi'nin 2003/10 E., 2006/106 K., 23.11.2006 Tarihli Kararı Karşısında 506 Sayılı Yasa'nın 26. Maddesine Dayalı Rücuan Tazminat Davaları", Sicil - İş Hukuku Dergisi, Yıl:2 Sayı:6 Haziran 2007, 161-170. (Rücuan Tazminat Davaları)

UŞAN, M. Fatih: "Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtayın 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011, Ankara 2013, 339-539.

YILMAZ, Halil: "Yapı Denetim Kuruluşlarının, İş Kazalarından Doğan Tazminat Sorumluluğu", Sicil - İş Hukuku Dergisi, Yıl:8 Sayı:29 Mart 2013, 177-191. (Yapı Denetim Kuruluşları)

YILMAZ, Süleyman: "Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:59 Sayı:3 Yıl:2010, 551-578. (Sebep Sorumluluğu)

YÜKSEL, Faruk: "İş Kazası, Meslek Hastalığı ve Ölüm Sigortalarından Sağlanan Haklara İlişkin Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler", Sicil - İş Hukuku Dergisi, Yıl:7 Sayı:26 Haziran 2012, 117-120.

BİROL SONER- Arkadaşlar, öğleden sonra oturumumuzun ikinci bölümüne başlıyoruz. Av. Hasan Erdem **“İş Kazasında Maddi ve Manevi Tazminata İlişkin Son Gelişmeler”** konusunda sunumunu yapacaktır. Süreniz 45 dakika Hocam, zamandan istifade edip, hemen başlasak iyi olur. Teşekkür ederim.

Av. HASAN ERDEM¹

İş Kazasında Maddi ve Manevi Tazminata İlişkin Son Gelişmeler

Ben de bu çerçevede olabildiği kadarıyla ana hatlarıyla 45 dakikaya konuyu sığdırmaya çalışacağım. Her şeyden önce bu salona tekrar gelince aklıma bundan 20-25 yıl önce komisyonun kurulması ve oluşturulması geldi. Şimdi o dönemden burada birçok tanıdık sima görüyorum, işte Demet Hanımı görüyorum, Erdal Beyi görüyorum, İsmail Beyi görüyorum, rahmetli Akın ağabeye bir rahmet dilemeden başlamak istemedim. Çünkü Akın ağabey sağ olsun, o zaman bu kadar çok komisyon yoktu, Galatasaray Üniversitesi henüz kurulmamıştı ve kurulma aşamasındaydı. Rahmetli Akın ağabeyin çocuğu yoktu, ama bu sayede aslında yüzlerce, belki onlarca çocuğu oldu. O çocuklardan bir tanesi de benim, onunla 5 yıl birlikte çalışma mutluluğunu yaşadım.

Evet, dediğim gibi Akın ağabeyi rahmetle anmadan başlamayı içime sindiremedim. Birinci husus bu, yani her şeyin oluşumunda mutlaka emeği vardı ve burada bir sürü insanın emeği var, herkese teşekkürü borç biliyorum. Bir diğer husus da: Akın ağabeyin kişiliğiyle ilgili. Bu çalışma döneminde tabii biz daha çok gençtik. Bir şey bilemediğimizde ona sordüğümüzde hep şöyle derdi: Bildiğini anlatmaya çalışır, ama bilmediğinde de mutlaka “*şekerciğim, ben de bilmiyorum, getir de birlikte bakalım*” derdi ve oturur, birlikte çalışırdık. Bu da hiç unutamadığım onun sonuçta hepimizin egoları var, fakat o egolarının ne kadar öğretici ve verici seviyede olgun olduğunu gösteren unutamadığım ve hayatımda düstur olarak almaya çalışıyorum, ama tabii ne kadar beceriyorum bilemiyorum, çalıştığım bir kavram. Teşekkürler.

Bu giriş konuşmasından sonra konuya başlamak istiyorum. İş kazası ve buna bağlı maddi tazminatlar dikkat edersek eğer çok ciddi oranda etrafımızı sarmasına ve her gün karşımıza çıkmasına rağmen ne yazık ki yasal olarak tam olarak tanımlanmış bir durumda değil ya da tek bir kaynağa baktığımızda bununla ilgili bir şey bulmamız çok kolay olmuyor. Örneğin,

¹ İstanbul Barosu

mobbing her yerde var, duyuyoruz. İnternete giriyoruz, mobbing diyoruz, bir sürü mobbingle ilgili şey görüyoruz, bir sürü makale görüyoruz, bununla ilgili yazılmış yazılar var, kitaplar var, bununla ilgili çıkmış yönetmelik var. Hatta eski Başbakanımızın bu konuda fikirleri var, ancak iş kazasıyla ilgili çok ciddi rakamlar oluşmasına ve çok ciddi olaylarla karşılaşmamıza karşın yazılı olarak bir kaynak bulmamız mümkün olmuyor. Bunun temel bir sıkıntı olduğunu düşünüyorum. Öncelikle bunu vurgulamak istiyorum. Özellikle buraya gelmeden önce 2014 ve 2015 kazalarını araştırdık, ama ne yazık ki kazalarla ilgili rakamlara ulaşamadık. Fakat elimizdeki mevcut verilere baktığımızda 2009 yılında 64 000, 2010'da 62 000, 2001'de 69 000, 2012'de 74 000, 2013' 191 000, dikkat ederseniz neredeyse iki misliden daha fazla, iki buçuk misli oranda. 2014 verileri çok sağlıklı değil, dediğim gibi onlara ulaşamadık. Can kaybında çok ciddi rakamlara varan bir olgu ve hukuki ihlalle ya da hukuki olguyla karşı karşıyayız, ama buna karşın elimizde yazılı bir metin yok. Yani bir iş kazasının tanımı nedir diye baktığımızda, İş Kanununda tanım yok. Nerede tanımımız? Tanımımızı biz Sosyal Sigortalar Kanununda ve 6331 sayılı İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Yasasında buluyoruz, ama dediğim gibi İş Kanununda ya da Basın İş Kanununda ya da Deniz İş Kanununda iş kazasıyla ilgili bir tanım yer almamaktadır. Bunun yanı sıra yıllardır problem olarak gelmekte olan bir diğer husus: Aktüer hesaplarının yapılması, ama bununla ilgili de demin belirttiğim gibi yazılı bir kaynak yok. Hesaplamaların nasıl yapılacağı Yargıtayın zaman içerisindeki içtihatlarıyla oluşmuş durumda, ancak Yargıtaya da baktığımızda, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi trafik kazaları ve haksız fiil sorumluluğu, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi iş kazalarıyla ilgili, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi demin arkadaşımızın da anlattığı üzere SGK rücu davalarındaki tazminatlarla ilgili hesap sistemleri ve hesap kriterleri getirerek zararları belirlemeye çalışıyor olmasına karşın bir yeknesaklık yok ve yazılı bir kaynak yok. Bunun yanı sıra Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin ya da idare mahkemesinin de konu ile ilgili farklı bakış açısı ve farklı görüşleri var.

Gördüğünüz gibi 45 dakikada pek bitiremeyeceğim. Bu kapsamda ilk etapta ana hatlarıyla elimizdeki mevcut veriler itibarıyla tanımları yapmaya çalışacağım, daha sonra pratikte nelerle karşılaşıyoruz, çok kısa ona bakmaya çalışacağım, daha sonra da özellikle konu başlığı güncel sorunlar olduğu için, güncel uygulamalar olduğu için ve özellikle Türk Borçlar Kanunu 01.07.2012'de yürürlüğe giren Borçlar Kanunuyla ciddi değişiklikler geldiği için o noktalara değinmeye çalışacağım.

Yabancı hukuka baktığımızda, İsviçre hukukunda dar anlamda işletme kazası ifadesi kullanılmakta, hastalık ve kaza sigortaları hakkındaki federal kanunda hangi durumların işletme kazası olduğu belirtilmekte. Bu çok detaylı olarak yabancı mevzuata girmeyeceğim, ancak Alman Hukukunda yine iş kazası terimi olarak kullanılmakta ve sigortalının kanunda sayılan sigortalı faaliyetler sırasında uğradığı kaza tabiriyle oldukça geniş bir tanım kullanılmaktadır. Fransız hukukunda da aynı şekilde iş kazası işin yapılmasında ya da vesileyle hangi sebeple olursa olsun meydana gelen kaza olarak tanımlanmakta ki bu tanım da oldukça geniş. Uluslararası Çalışma Örgütü tarafındansa, önceden planlanmamış, bilinmeyen ve kontrol altına alınmamış olan, etrafa zarar verebilecek nitelikte olay olarak yine geniş bir tanım olarak karşımıza çıkmaktadır. Dünya Sağlık Örgütü WHO tarafındansa, önceden planlanmamış, kişisel yaralanmalara, maddi zarara ve üretimin durmasına sebep olan olaylardır gibi çeşitlilik arz eder bir mahiyette yine geniş bir tanım olarak karşımıza çıkıyor.

Türk hukuk öğretisindeyse, geniş anlamda kaza aniden ve istenilmeden bir zararın doğumu şeklinde tanımlanmakta, dar anlamdaysa yalnızca vücut bütünlüğünün ihlali olarak karşımıza çıkmaktadır. Demin de söylediğimiz gibi 4857 sayılı Yasa'da ya da Basın İş ve diğer bireysel iş ilişkilerini düzenleyen yasalarda iş kazasının tanımına ilişkin düzenleme olmamakla birlikte 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda yer alan tanımlar mevcut. 5510 sayılı Kanun'a baktığımızda, yürürlükten kalkan 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 11. maddesine paralel düzenlemeler içerdiği ve çok farklılık, bulunmadığını görüyoruz. Bu kapsamda sigortalının işyerinde bulunduğu sırada -ki bu her anlamda olabilir ve daha önceki oturularda da tartıştığımız üzere sigortalının örneğin, işyerinde bir basket oynarken geçirdiği kalp krizi de iş kazası olarak tanımlanacak anlamına gelmektedir. İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle -bu da oldukça geniş bir kavram - meydana getirilen ya da bunu yapmaya çalışırken işçinin, sigortalının uğradığı kazanın hepsi iş kazası olarak tanımlanacak veya görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi esnasında meydana gelen kaza ki demin de konuştuk. Diyarbakır'a giderken uçak kazası sonucu meydana gelen kaza iş kazası mı? Evet, iş kazası. Çünkü görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi söz konusu. Bir sondaki adımda tartıştığımız kişi Diyarbakır'a gittiğinde hazır Diyarbakır'dayken Mardin'e akrabalarımı da ziyarete gideyim dedi-

ğinde acaba Mardin'e giderken yolda uğrayacağı kaza da iş kazası sayılır mı, sayılmaz mı?

Emziren kadın sigortalının iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda veya işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş-geliş esnasında meydana gelen kaza, iş kazası mıdır?

Bunlarla birlikte, sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hale getiren olaylar iş kazası olarak tanımlanıyor. Demek ki bu unsurların dışında ayrıca derhal veya sonradan sigortalının ruhen veya bedeninin bir engelli hale gelmesi gerekiyor. Tabii buradaki engelden anlamamız gereken bu engelin süreklilik arz eder mahiyette olması gerekmiyor. Kısa bir dönem için de engellilik söz konusu olabilir. Yani kişinin kolu kırılır, iyileşir. Herhangi bir maluliyeti söz konusu olmaz, engeli geçici bir durum için geçerli olmakla birlikte bir engel söz konusu olduğu için belli bir dönemde, burada yine iş kazasının tanımları yerine gelmiş anlamdadır. Bu psikolojik olarak da olabilir, sadece fiziksel olarak meydana gelmesi gerekmiyor. Kişi kaza nedeniyle fiziksel olarak hiçbir zarar ya da engelli duruma gelmese dahi psikolojisi bozularak, mesela panik atak olabilir ya da depresyona girebilir, bunu da iş kazası ya da meslek hastalığı kapsamında saymak gerekir ki buna bağlı olarak ileride işgücü kaybı gerçekleşecek demektir.

Bunun dışında ikinci tanım mevzuatımıza yeni giren diye tanımlıyorum, 6331 sayılı İş Sağlığı ve İş Güvenliği Kanununda yer alan tanım ki bu tanım da işyerinde veya işin yürütümünü nedeniyle meydana gelen artı ölüme sebebiyet veren veya vücut bütünlüğünü ruhen ya da bedeninin engelli hale getiren bir olayın varlığı halinde iş kazasının mevcudiyetinden bahsediyor. Yani işyerinde meydana gelen her türlü kaza olabilir veya işin yürütümünü nedeniyle meydana gelen her türlü kazada olabilir. Buradaki tanımın da 5510 Sayılı Yasa'da ki tanıma paralel olduğunu ve daha geniş olduğunu görüyoruz.

Peki, o zaman neden İş Yasası'nda tanım yok da, Sosyal Güvenlik Kanunlarında tanımlamalar var ve neden bu kadar genişler? Çünkü Sosyal Güvenlik Yasasının ya da sosyal güvenliğin temel amacı kişiyi, çalışanı ya da sigortalıyı olabildiği kadarıyla sosyal devlet ilkesi kapsamında güvence altına almak. Bu nedenle, Sosyal Sigortalar Kanunu anlamında iş kazası sayılması farklı bir olgu, bu iş kazası tanımına bağlı olarak işvere-

nin kusurlu atfedilmesi, kusura bağlı olarak işverenin sorumluluğu veya kusursuz sorumluluğu haliyse tamamen farklı olgular olarak karşımıza çıkıyor. Bu kapsamda tanımı geniş tutuyor yasa koyucu ve böylece kişiyi sosyal güvenlik şemsiyesi altına alıyor. Ancak öteki tarafta bireysel iş hukukundan kaynaklanan, özel hukuktan kaynaklanan, borçlar hukukundan kaynaklanan sorumluluğa dayalı kapsam ise daha dar anlamda gerçekleşiyor ki zararı tazmin edebilsin.

Peki, bir iş kazası meydana geldiğinde karşılaşacağımız zararlar neler? İki türlü olasılık söz konusu: Biri sigortalının ya da kazalı işçinin ölümüne bağlı olasılık, diğeryse ölüm dışında bedensel zarar, bu kaza nedeniyle zarar görmesine bağlı olasılık. Ölüm halinde cenaze giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemişse, ölüm öncesinde bir tedavi söz konusuysa tedavi giderleri, çalışma gücünün azalmasından ya da yitilmesinden doğan kayıplar ve bunun dışında ölüm gerçekleştikten sonra ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin -ki hak sahibi ya da destek sahipleri diyoruz, bu kişilerin- uğradığı kayıplar.

Bedensel zararlıdaysa, yani ölümün gerçekleşmediği fiziksel veya ruhen bir kaybın meydana geldiği durumlardaysa, tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar. Dikkat ederseniz hep geleceğe yönelik olarak varsayımsal kayıplardan söz ediyoruz. Peki, demin de söylediğimiz gibi iş kazası tanımı; 1. Sosyal Güvenlik Yasası'nda yer alıyor, 2. İşçi Sağlığı İş Güvenliği Yasasında yer alıyor ki bu yasanın da aslına baktığımızda, bireysel iş hukuku ya da toplu iş hukuku kapsamında değil de, sosyal güvenlik hukuku alanına ilişkin olduğunu görüyoruz ve geniş olduğunu belirtiyoruz.

İş kazalarında, İşvereni sorumlu tutmamız için ne gerekiyor ya da hangi koşulların varlığını aramamız gerekiyor? Buradaki cevap Yargıtayın da yerleşmiş içtihatları ve uzun yıllardır kökleşmiş bakış açısı itibarıyla -ki mevzuat da bu doğrultuda, kazayla zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekliliğidir. Eğer o demin tanımladığımız kazalarda, farzımız hal, işçinin işini görmek üzere başka bir yere gitmesi esnasında geçirdiği kaza, iş kazası, peki, işvereni sorumlu tutabilecek miyiz, illiyet bağı var mı? Öncelikle illiyet bağının var olup olmadığına bakacağız. Sonuçta, aradaki illiyet bağını kurabiliyorsak eğer, bu durumda işverenin sorumluluğunun bulunduğunu da söyleyebileceğiz.

Peki, illiyet bağı her durumda söz konusu mu? Hayır, istisna olmakla birlikte illiyet bağı her zaman söz konusu olamayabilir. Bir, sigortalının tam kusuru bulunması halinde, yani kazaya, sigortalı, tam ağır ihmali ya da kastı veya ağır kusuruyla sebebiyet verdiyse, bu durumun genel olarak illiyet bağı kestiyini ifade edebiliyoruz. İkinci olasılık üçüncü şahsın yüzde 100 kusurunun bulunması. Örneğin, kişi şirket aracılığıyla bir yere giderken karşıdan üçüncü bir şahsın kullandığı araç geliyor ve kazaya sebebiyet veriyor. İş kazası mı? Evet, iş kazası, çünkü kişi şirket aracında, şirket aracı işyeri eklentisi kapsamında, buna bağlı olarak bu iş kazası, fakat illiyet bağı var mı? Hayır, karşıdan gelen üçüncü şahıs diyelim ki kamyon şoförü yüzde 100 kusurlu, alkollü, hız limitine uymuyor, kavşağa kontrolsüz giriyor, vesaire yüzde 100 kusurlu olduğu için aradaki illiyet bağı kesiyor. Buna bağlı olarak da işverenin sorumluluğu ortadan kalkıyor.

Bir diğeri mücbir sebep, ancak mücbir sebep dediğimizde daha geniş ve daha güçlü bir etkenden bahsediyoruz. Aslında su baskını, deprem heyelan gibi sebeplerde de işverenin olayla ilgili illiyet bağı kesildiği için sorumluluğunun ortadan kalktığını söyleyebiliriz.. Dikkat ederseniz burada tereddüt ediyorum. Söylüyoruz, söyleriz demiyorum, söyleyebiliriz diyorum. Sayın Başkanın da sabahki oturumda belirtmiş olduğu üzere, diyelim ki basket sahasında oynayan kişi düştü ve kalp krizi geçirerek öldü. Burada tamam, iş kazası, ancak illiyet bağı yok demek yerine bu kaza kalp krizi geçiren kişinin uygun işe verilip verilmediği, örneğin, günde 12 saat ya da 14 saat çalışıp çalışmadığı ya da gece 7.5 saatlik çalışma süresine uyulup uyulmadığı, yani dolaylı olarak bedeninin zorlanıp zorlanmadığı ve buna bağlı olarak kaza geçirip geçirmediği ve arada illiyet bağı bulunup bulunmadığı daha ayrıntılı artık tetkik edilir hale gelmiş durumda. Bunun dışında üçüncü şahsın kusuru için de aynı şey geçerli. Evet, demin bahsettiğimiz trafik kazasının üçüncü şahsın yüzde 100 kusuru olabilir belki, ama araçta da periyodik bakımlar yoksa ya da yine ağır koşullarda çalışıyorsa işçi, belki üçüncü şahsın yüzde 100 kusurunun gerçekleşmesine engel olacak durumlar söz konusu olabilir diye düşünüyoruz.

Bunun dışında, yine iş kazalarındaki tazminatların oluşumu ve dayanağıyla ilgili bir kavram ya da kavramın dayandığı sorumluluğun kökenini çözmekle ilgili bir soru işareti var. O da şu: iş kazasından doğan Sorumluluk, akdi sorumluluk mudur, yoksa haksız fiil sorumluluğu mudur? Aslına

bakarsanız 6331 sayılı Yasadan önce, yani işçi sağlığı ve iş güvenliğine ilişkin düzenlemelerden önce, başlangıçta da belirttiğimiz üzere iş kazalarıyla ilgili ciddi bir tanım olmadığı için genelde özel hukukta yer almadığı için genel olarak Borçlar Kanunundaki hükümlere müracaat edilmekte ve Borçlar Kanunundaki haksız fiile ilişkin hükümlerden faydalanılmaktaydı. Bu kapsamda da haksız fiil sorumluluğu bulunduğu kimi öğretim görevlileri tarafından benimsenmekte, kimi öğretim görevlileri, tarafındansa taraflar arasında bir iş ilişkisi bulunduğu, bu iş ilişkisinin karşılıklı edim yüklediği ve işverenin gözetme borcunu yerine getirmemesine bağlı olarak da akdi sorumluluğunun bulunduğu iddia edilmekteydi ve bunun dayanağı olarak da 4857 sayılı İş Yasasının 77. maddesi gösterilmekteydi. Daha sonra 77. madde yürürlükten kaldırılıp, yerine 6331 sayılı İşçi Sağlığı ve İş Güvenliğine İlişkin Yasanın 4. ve 5. maddeleri çok açık bir şekilde işverenin sorumluluğunun gözetme borcu olduğunu ortaya koymaktadır.

İşveren, her türlü gerekli tedbirleri ve önlemleri almakla yükümlü ve buna bağlı olarak da “sorumluluk” akdi sorumluluğa doğru baskın bir şekilde kaymaktadır. Geçen dönemde bundan takriben herhalde 15-20 gün önce Kocaeli barosunda yapılan toplantıda da bakış açısının bu yöne doğru kaydığı, Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin artık akdi sorumluluğu kabule daha yakın olduğu gibi bir izlenim edindim. Ancak, belirttiğimiz gibi 6331 sayılı yasadan önce akdi sorumluluk ya da haksız fiil sorumluluğuna ilişkin görüşler iki taraf da bu görüşü benimsediğinden ve bir tartışma konusu olduğundan, bir üçüncü görüş ortaya çıkmaktaydı. O da şu: Sebeplerin yarışması. Sebeplerin yarışması dediğimizde de ortaya şu çıkıyor: Her iki düzenlemede de işçi lehine hangi düzenleme söz konusuysa, onun alınarak uyarlanması. Örneğin, akdi sorumlulukta akdin borçlusu işveren sorumluluğun kendine atfedilemeyeceğini ispatla yükümlüyken, haksız fiilde, davacı taraf, kusurun ve sorumluluğun karşı tarafta olduğunu ispatla yükümlüdür. Bunun farklılıklarına bakarsak, faiz başlangıcı, farklılık olarak karşımıza çıkıyor. Haksız fiil sorumluluğunun da faiz başlangıcı kaza tarihinden itibaren faiz işlemeye başlarken, akdi sorumlulukta temerrütle işlemeye başlıyor. Bunun dışında zamanaşımıyla ilgili bir farklılık var. Haksız fiil sorumluluğunda zamanaşımı, 2 yıl iken akdi sorumlulukta zamanaşımı, 10 yıl, ama dikkat ederseniz örneğin, bugüne kadar olan uygulamada ya da mevcut uygulamada akdi sorumluluk zamanaşımı 10 yıllık zamanaşımı iş kazaları için esas alınırken faiz başlangıcı haksız fiil sorumluluğuna bağlı olarak kaza başlangıç tarihi olarak esas alınmak-

tadır. Yine bu tartışmalı olan konuda sebeplerin yarışması bir süre daha devam edecek gibi gözüküyor, ancak bu zaman içerisinde eğer akdi sorumluluğa doğru kayarsa, işçi açısından ispatla ilgili yükümlülüklerde bir rahatlama meydana gelecek olmakla birlikte faize ilişkin bir hak kaybı söz konusu olabilecektir.

Bunun dışında sorumluluktan söz etmişken yine sorumluluğun dayanağına da göz atmamız gerekiyor. Sorumluluk, kusura bağlı bir sorumluluk olabileceği gibi kusursuz sorumluluk da söz konusu olabilecektir. Bizim mevzuatımızda ve İsviçre hukukunda genel olarak sorumluluk, kusura dayalı sorumluluk olarak karşımıza çıkıyor ve yasa uyarınca, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren kişi, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

Peki, her zaman kusura bağlı sorumluluk durumu olayı çözmeye ya da zarar gören kişinin zararını tazmin etmeye yeterli mi? Hayır, değil. Kusurun yetersiz olduğu durumlar da var. Buna bağlı olarak hukuk sistemi zaman içerisinde istisnai olarak kusursuz sorumlulukları da kabul etmektedir. Eski Borçlar Kanunumuzda yer almakla birlikte yeni Borçlar Kanunumuzda da yer alan hayvan sahibinin sorumluluğu, bina sahibinin sorumluluğu gibi kusursuz sorumluluk halleri de söz konusu. Ancak yeni Borçlar Kanununun getirdiği yeni bir düzenleme var. Yanlış hatırlamıyorsam 71. maddede idi. Ağır tehlike sorumluluğu gerektiren işlerde meydana gelen kazalardan işverenin kusursuz sorumluluğunu düzenliyor. Bu durumda da bir görüşe göre kusursuz sorumluluk durumu yeni Borçlar Kanununda düzenlendiğine göre işverenin temelde asli sorumluluk durumu aslında kusura bağlı sorumluluk, kusursuz sorumluluk halleri istisnai olmakla birlikte Yargıtay kararlarını incelediğimizde son dönemde özellikle demin de belirttiğim gibi 6331 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden sonra objektif sorumluluktan, objektif kusurdan daha çok sübjektif kusura doğru, yani kusurlu sorumluluk durumuna doğru bir bakış ve eğilim var. Bu kapsamda da işverenin alması gereken tedbirlerin fazlalığı, uyması gereken kuralların artık daha somut bir şekilde belirlenmiş olması ve uyması gereken kuralların dışındaki denetim ve gözetim borcunun yerine getirilmesiyle ilgili eksikliklere bağlı olarak kusurun mevcudiyeti ve bu kusura bağlı olarak da kusur sorumluluğu prensibi ağırlık kazanmakta, hatta, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, bir kararında diyor ki her ne kadar objektif kusura yaklaşırsak da atfedilebilecek bir kusur mevcudiyeti söz konusu olduğuna göre kusurlu

sorumluluk ilkesini nazara almamız gerektiği tartışmasıdır diye bir karar söz konusu ve birçok kararda bu yönde kusur sorumluluğuna doğru hareket etmektedir.

Peki, kusursuz sorumluluk hallerini nasıl tanımlayabiliriz? 1. Hakkaniyet sorumluluğu olabilir. Örneğin, temyiz kudretine haiz olmayan birinin verdiği zararı hâkim hakkaniyet ilkesi gereğince zarar gören kişinin ciddi derecede mağdur olması sebebine bağlı olarak tazmin yükümlülüğünü yerine getirebilir ki bunu iş davalarında ya da iş kazalarında da uygulamak mümkün olabilir diye düşünüyorum. Burada temyiz kudretine haiz olmamak ve bu nedenle kusuru olmamasına karşın karşı tarafa vermiş olduğu zararın ağırlık orantısı nedeniyle tazminine ilişkin bir yükümlülük var. Fiilin durumuna göre, işverenin hiç kusuru olmamasına rağmen, işçi tarafına verilmiş zararın çok ciddi tahribat oluşturacağı durumlarda menfaat teorisiyle hakkaniyet harmanlanarak, burada işçinin zararının tazmini düşünülebilir diye düşünmekteyim. 2. Özen sorumluluğu ki, bu işçi istihdam eden kişinin o işçinin yerine getirdiği fiillerden ve onun çalışmasını özenle yerine getirmesini denetlemekle ilgili sorumluluğunu düzenliyor. 3. Tehlike sorumluluğu ki en çok kullandığımız kaçınılmazlık, tehlike, risk nazariyesi adlarıyla biçimlemeye çalıştığımız sorumluluk. Burada işverenin hiçbir kusuru olmamakla birlikte ya da tüm tedbirleri yerine almış olmakla birlikte kaçınılmazlık durumundan bahsedebiliriz. Bir kazanın meydana gelmesi ve buna bağlı olarak işçinin zararını tazmin etme yükümlülüğü söz konusu oluyor. Bu tarz durumlarda genelde işverenin yüzde 10 kusurlu olduğu varsayılarak bir hesaplama yapılıyor. Daha sonra bu yüzde 100 kusur meselesine tekrar değineceğim.

Bunun dışında yine sorumluluklara baktığımızda kavram olarak karşımıza, asıl işveren, alt işveren sorumlulukları çıkıyor ki burada asıl işverenin de alt işverenin işçilerinden asıl işveren işçileriymiş gibi tabii ki iş kazasından kaynaklanan tazminat ve manevi tazminatlarda müştereken ve müteselsilen sorumluluğunun bulunduğu tartışmasız, artık bunu hiç tartışmıyoruz. Ancak burada tartıştığımız bir nokta var, o da anahtar teslimi kavramı. Anahtar teslimi kavramına ilişkin olarak da Yargıtayın tanımlamaları var. Öncelikle anahtar teslimi işin verilmesi halinde, anahtar teslim işi veren işverenin o işyerinde sigortalı çalıştırmaması, işin anahtar teslimi bir bütün olarak gördürülme amacı yapılması, aslına bakarsanız buna bağlı olarak da alt işveren diye tanımlamaya çalıştığımız aşağıdaki işverenle, yüklenici

taşeronla yukarıdaki asıl işverenin arasındaki illiyet bağının bulunmaması -kopmaması demiyorum, çünkü hiç oluşmuyor- buna bağlı olarak da yukarıdaki asıl işverenin sorumluluğundan söz edilememesi.

Kavramları yerine oturtuktan ya da kavramlarla hep tartışmaya devam etmekle birlikte bir yanda da bir kazaya uğrayan ve zararının bir an önce giderilmesi gereken bir sigortalı ya da bir işçi olduğunu düşündüğümüzde tazminatının belirlenmesi ve bunun da ivedilikle sonuca eriştirilmesi ve o zararının tazmin edilmesi gerekiyor. Bunun için bir matematiksel varsayımsal hesap yapıla gelmekte, bunun unsurları birincisi ücret, diğeri bakiye ömür, bir diğeri maluliyet, bir diğeri kusur. Burada tabii ölümle sonuçlanan değil, cismani zararlarla sonuçlanan bir iş kazasının varlığı ya da olasılığından bahsetmekteyiz. Kişinin iş kazası nedeniyle engelli hale gelmesi ve bu engelli hale gelmesine bağlı olarak bir zararının söz konusu olduğunu biliyoruz ve bu zararı belirlemeye çalışarak, onu hüküm altına almaya çalışıyoruz. Bu unsurların yanı sıra belirttiğimiz gibi bu unsurlara bağlı olarak varsayımsal olarak bir hesap yapılması zarureti var. Bu varsayımsal hesap geleceğe yönelik, geleceğe baktığımızda ya da durduğumuz noktadan hem geleceğe, hem geçmişe baktığımızda gördüğümüz şey bir kaza tarihinin mevcudiyeti, kazadan sonra duruma göre -ki sıklıkla karşılaştığımız bir durum- kişinin belli bir periyotta tedavi görmesi ve bu tedavi dönemi içerisinde çalışamaz halde olması ki biz bu dönemi geçici iş görmezlik olarak adlandırıyoruz. Tedavi sonrası iyileşmenin gerçekleşmemesi ve engelli hale gelmesi halindeyse sürekli iş görmezlik dönemine girmesi ve bu sürekli iş görmezlik döneminin tedaviden başlayarak, bugünü de içine alarak geleceğe doğru gitmesi. Ne zamana kadar? Kişi sigortalının ölümüne kadar gerçekleşecek, devam edecek bir sürekli iş görmezlik döneminin mevcudiyetinden bahsediyoruz. Dönemleri hesaplama yaparken arkadaki tablodaki gibi ayırıyoruz. Burada iki temel dönem söz konusu: Bir tanesi bugüne kadar, kazadan bugüne kadar olmuş geçmiş dönem, diğeri de yukarıda birinci kaviste gördüğümüz dönem işlemiş dönem, bugünden ölüme kadar olacak dönemse, yani bugün dediğimiz rapor döküm tarihinden ölüm tarihine kadar gerçekleşecek dönem işleyecek dönem. Bu temel ayırımımızın sebebi iki dönemin de hesaplarının birbirinden farklı olması. İşleyecek dönemin içerisinde yine iki ayrı dönem var. Bunlardan bir tanesi aktif dönem, bir tanesi de pasif dönem. İşlemiş dönemin içerisindeyse demin de belirttiğimiz eğer bir tedavi söz konusuysa geçici iş görmezlik dönemi, daha sonra tedavinin bitiminden

sonra geçici iş görmezlik dönemi sonrası gerçekleşen sürekli iş görmezlik dönemi var.

Bu verileri demin de söylediğimiz unsurları oluşturduktan sonra -birincisi ücret dedik, bakiye ömür, maluliyet, kusur- deminki tablomuza dayalı olarak bir hesaplama yapmaktayız. Ücretten kastımız kişinin elde ettiği net kazançlar toplamı olarak da tanımlanabilir. Burada kastettiğimiz ücret kök ücret değil, yani kişi örneğin toplu iş sözleşmesine tabi olarak çalışıyorsa ya da ücretinin dışında ikramiyeleri, yol, yemek, vesaire gibi sosyal yardımları varsa bunları da ücrete giydiriyoruz. Ücrette karşımıza çıkan durum aslında ücretten ziyade kazanç ve demin de belirttiğimiz gibi kök ücret ve buna ilave edilebilecek sosyal ücretler toplamından oluşuyor. Peki, buna fazla mesaiyi katabilir miyiz, kişi mesela fazla mesai yapıyorsa, bu da kazancıdır, tazminat hesaplamasının buna göre yapılması gerekir diyebilir miyiz? Hayır, bunu diyemiyoruz. Çünkü bu arzi mahiyette ya da işin gereğine göre gerçekleşiyor olabilir. Ancak ücretin dışında sosyal hakları nazara almamız mümkün. Ücretle ilgili değinilmesi gereken bir diğer husus da ülkemizde kayıt dışı çalışmanın fazla olması sebebiyle gerçek ücret ve bordrolarda, kayıtlarda gözüken ücretlerin birbirlerinden farklılık arz etmesi. Bu kapsamda Yargıtayın görüşleri ağırlıklı olarak emsal ücret araştırılması ve hesabın emsal ücret kapsamında yapılması doğrultusunda, ancak işin içinde olanların da yakından takip ettiği ve bileceği üzere ticaret odalarından çok sağlıklı olarak ücret verileri elde etmek mümkün olmamakta. Bunun dışında meslek kuruluşları ve meslek odaları da genelde işveren kuruluşları ve örgütleri kapsamında olduğundan onlardan da aynı şekilde objektif veriler elde etmek mümkün olmamakta. Bu nedenle son dönemde ağırlıklı olarak sendikalardan ücret ve emsal ücret araştırmaları söz konusu olmakta, ancak her ne kadar gerçeğe yakın olduğu düşünülse de sendikaların da sonuç itibarıyla özellikle dosyalarda emsal ücret sorulan sendikaların da işçi sendikası olduğu nazara alındığında onların da çok sağlıklı veri vermesinin mümkün olamayacağını objektif olarak baktığımızda düşünmemiz gerekiyor. Bu kapsamda aslında teknolojinin gittikçe artması ve sosyal sigortaların özellikle son dönemde bildirgelerde yapılacak mesleklere göre prime esas kazançları belirlemesi ve kategorize ettiğini de nazara aldığımızda Çalışma Bakanlığında ücret verileri ve istatistikleri ya da skalalarla ilgili bir birim kurulabileceği ve bu istatistiklerin de tutulmasının mümkün olacağı, bunun yargıya yol gösterebileceğini de kısa vadede olmasa bile uzun vadede ümit ediyoruz diyelim.

Bunun dışında ücretle ilgili bir diğer olgu ücretin sadece ya kaza tarihi itibariyle bilinebiliyor olması ya da kazadan belli bir dönem sonra bilinebiliyor olması, ancak belli bir dönem sonra artık iyice bilinmez hale gelmesi. Örneğin, bundan 7 yıl önce meydana gelmiş bir kazada ki genelde kaza sonrası işçiyle işveren arasındaki iş ilişkisi sona ermekte, ya işçi sözleşmesini feshetmekte, ya işveren feshetmekte ya da ölümle sonuçlandırıldığı için iş ilişkisi sona ermekte, bu nedenle takip eden süreçteki ücretleri belirlemek mümkün olmamakta. Bu durumda elimizdeki mevcut veriyi Yargıtayın da kabul ettiği üzere asgari ücrete oranlayarak geçmişten bugüne kadar gelmeye çalışıyoruz. Örneğin, kaza tarihimiz 7 yıl önceydi. Biz sadece 7. yıla 6. yıl arasındaki ücretlere sahibiz. 6. yıl itibariyle bunu asgari ücrete oranlayarak bilebildiğimiz kadarıyla asgari ücret üzerinden ücreti somutlaştırmaya çalışıyoruz. O da ne gün? Diyelim ki hesaplamayı bugün yapıyoruz ve mayıs ayındayız. 31.12.2015 tarihine kadar asgari ücreti bildiğimiz için 31.12.2015 tarihine kadar olan asgari ücreti baz alarak ileri gidiyoruz ve ondan sonra da zaten hesap dönemi itibariyle işleyecek devreye girdiğimiz için farklı bir hesap metoduyla geleceğe gidiyoruz.

Peki, bilirkişi raporuna itiraz ya da daha sonra başka delillerin çıkması, buna bağlı olarak yargılamanın uzaması ve daha sonra tekrar bilirkişi raporu alınması halinde ne olacak? Diyelim ki biz bu raporu işte 2014 Mayıs ayında tanzim ettik. Dosya tekrar 2015'in Aralı ayında geldi ve 2016 asgari ücretlerini biliyoruz. Asgari ücretin kamu düzeni olması ilkesi uyarınca biz bunu 2016 yılında da bilinen değer olarak nazara alıyoruz. Yargıtayın bugüne, tabii bu uzamalar sadece bilirkişi raporuna itiraz ya da kusur itirazları ya da yargılamanın uzamasının dışında temyizden bozmayla gelen dosyalarda da söz konusu olabilmekte. Yargıtayın bugüne kadar kararları genelde bozma sonrası -ki burada usulü müktesep hakla asgari ücretin kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle meydana gelecek çatışmaya bağlı olarak asgari ücretin, bilinebilen asgari ücretin baz alınması yönündeydi. Ancak son dönemde gelen bir-iki kararda usulü müktesep hak olgusunun daha ağır bastığı ve yeni güncel asgari ücret oranlarının baz alınarak hesaplama yapılmaması gerektiği yönünde. Bu da tabii öncelikle işçi açısından aleyhte bir durum yaratacağı gibi varsayıma dayalı olan bu hesaplamada aslında bilinebilen gerçekler ne kadar fazlaysa, hesabın gerçeklik payı ve zararın gerçek olarak belirlenme oranı o kadar yüksek olacak olmasına karşın gerçeklik olgusunun biraz törpüleneceğini düşünmekteyim.

Bunun dışında tazminatın unsurlarına baktığımızda bakiye ömrü görmekteyiz. Bakiye ömürde uzun yıllar 1931 tarihli PMF Fransız yaşam tablosunu kullanmaktayız. Ancak son dönemde 2012 yılında yanlış hatırlamıyorsam İstatistik Kurumunun yapmış olduğu bir araştırmaya göre yeni yaşam tablosu oluştu ve Sosyal Sigortalar Kurumu artık bu yeni yaşam tablosunu kullanıyor. Tabloyu kıyaslayabilmek için yan yana koydum. TRH tablosunda kadın ve erkek olarak iki bölüm halinde ayrılmış, PMF'de sadece tek bir cinsiyet unisex bir tablo. 14 yaştan itibaren aldım, çünkü çalışma yaşı 14, sayfamız da çok uzun olmadığı için 14-46 yaş dilimini aldım, ama kabaca 14 yaşa baktığımızda PMF tablosuna göre bakiye ömrü 50 yılken, TRH'ye göre kadın ömrü 64 yıl, erkek ömrüyse 59 yıl, gördüğünüz gibi burada da kadınların uzun yaşadığı olgusu teyit edilmiş durumda. Ortalama yaş olan 30'a baktığımızdaysa PMF'ye göre bakiye ömür 37.5, TRH'ye göre kadın bakiye ömrü 49, TRH'ye göre erkek bakiye ömrüyse 44. Bu durumda ileri doğru gittikçe aradaki fark azalmakla birlikte TRH tablosunun aslında bakiye ömürler açısından daha uzun süreler getirdiğini görmekteyiz. Bu da matematiksel olarak aslında şunu getiriyor: Maddi tazminatın hesabında TRH'nin kullanılması halinde bulunacak tazminat tutarları daha yüksek olacak. Bu konuyla ilgili tekrar SGK'nın rücu meselesinde tekrar değinmeye çalışacağım.

Bunun dışında bir diğer unsur maluliyetle ilgili olarak söyleyebileceğimiz Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından belirlenmiş olduğu, itirazların Yüksek Sağlık Kurulu'na yapıldığı, çelişki halinde Adli Tıp Kurumundan da rapor alınabileceği, iki tarafın yine çelişiyor olması halindeyse Adli Tıp Genel Kurulu tarafından maluliyete ilişkin itirazların değerlendirilecek olması, ancak maluliyete değinmişken yakın zamanda yapılan bir Hukuk Genel Kurul Toplantısında sanırım henüz gerekçeli karar yazılmadı, maluliyetin belirlenmesine ilişkin sıkıntılarda -bu arada sizden kopya aldım tabii, teşekkürler- maluliyetin belirlenmesinin böyle sürmesi kimi vakalarda tarafların itiraz etmesi halinde zamanaşımının zararın öğrenildiği tarihten itibaren başlaması, zararın da tam olarak aslında maluliyet oranının belirlenmesiyle ortaya çıkmasına bağlı olarak maluliyetin kesinleşmesiyle zamanaşımının başlaması ve zamanaşımının o tarihten itibaren başlayacak olması nedeniyle 10 yıllık sürenin kesilmesi yönünde bir görüşle karşılaşmamız olası diyeyim, ama tabii bu doğru mudur? Borçlar Kanununun genel hükümlerine baktığımızda her halükarda fiilden itibaren 10 yıllık zamanaşımının uygulanması mı gerekir, yoksa maluliyetten itibaren mi? Bu tabii

ki tartışmalı, ancak her halükarda fiilden itibaren 10 yıllık zamanaşımının uygulanması gerekeceğini ben de düşünmekteyim. Burada SGK'nın ve Adli Tıbbın yeteri kadar hızlı işlememesi ve buna bağlı olarak sigortalıyı ya da işçiyi mağdur etmesi söz konusu. Belki bunun tazmin yolları, daha farklı yolları olabilir, ama bu sistemin işlememesine bağlı olarak yargının uzaması, artı işçinin ya da sigortalının mağdur edildiği de tartışmasız. Her ne kadar zamanaşımı ötelense ve hak kaybı biraz bertaraf edilmeye çalışılsa bile temeline baktığımızda 15 yıl, 14 yıl sürecek bir dava sonucunda tazminatını alacak işçinin yine mağdur olacağı kaçınılmaz aslında.

Bir diğer unsur kusur, kusurla ilgili olan kısımlarda bunlara olabildiği kadarıyla değinmeye çalışmışım. Ücretle ilgili tekrar başa döndüğümüzde ya da tablodaki geçmiş dönem ve gelecek döneme baktığımızda iskonto tablosuyla karşılaşıyoruz. Tahminen 1982 ya da 1984 yıllarına kadar yüzde 5 artış, yüzde 5 de iskonto oranıyla işleyecek dönemi hesaplamaya çalıştık. Daha sonra enflasyona bağlı olarak bu artış oranlarının yüzde 10'a arttırılmasına karar verilir ve böylece yüzde 10 artış yüzde 10 iskonto tablosuyla hesaplamaların gerçekleştirilmesi söz konusu oldu. Ancak buradaki temel mantık kişinin çalıştıkça mesleğinde deneyim kazanacağı ve bu deneyime bağlı olarak ücretinin artacağı, artı enflasyona bağlı olarak paranın değer kaybedeceği ve bu değer kaybına bağlı olarak ücretinde bir artış meydana geleceği varsayımdır. Buna bağlı olarak yüzde 10 artış ancak 20 yıl içerisinde zaman içerisinde gerçekleşecek zararın bugün peşin ödenecek olması sebebiyle de bir iskonto yapılması gerekliliği ki yüzde 10 iskonto da bu. fakat teorik olarak çok iyi olmak ve yerinde olmakla birlikte örneğin, tabloya baktığımızda 10 yıllık sürede işte ayda 1 000 lira ücreti olan -ki şu an asgari ücretin altında gerçi, ama örneklemek için kolay olsun diye koyduğumuz bir tutar bu- bu kişinin 10 yıllık işleyecek zararının 120 000 lira olduğunu buluyoruz. Dikkat ederseniz kolonlarda yüzde 10 artış ve yüzde 10 indirim söz konusu. Buna mukabil 10 yıl sonra, yani 10 yıllık zararının bugün peşin olarak ödenmesi halinde kendisine ödenmesi gereken tutar 120 000 lira. Peki, bu hesabı başka bir şekilde yaparsak, ayda 1 000 lira, kâr 10 yıl, kâr 12, aynı değere vardığımızı görüyoruz. Yani teorik olarak fikir ve iskonto tablosu doğru, ancak fiilen bize verdiği rakam aynı rakam. O zaman soru: Geçmiş dönem hesabını reel değerde yaparken ve herhangi bir iskontoya tabi tutmadan güncel değeri, reel değeri alırken ve bu sonuçlara ulaşırken geçmiş dönemle işleyecek dönem arasındaki fark nedir? Fiiliyatta farklı, teorik olarak teori doğru,

ancak fiiliyatta yok. Peki, o zaman ne yapalım? Sadece fikir jimnastiği. Yüzde 9 yasal faiz, yüzde 9 enflasyon var olduğunu düşünelim. Demek ki ben peşin ödeme yaparsam yüzde 9 iskontoya tabi tutabilirim. Yüzde 9 da artış var, ama bizim bir olgumuz daha vardı. O olgumuz da kişinin meslekteki kıdemlenmesi, tecrübelenmesi ve buna bağlı olarak ücret artışı. O zaman peki, tabloda yüzde 10 arttırım, yüzde 9 iskonto yaparken ne olur? Bu sefer 120 000 liramız 126 000 lira olarak çıkar. Doğru mudur, bakış açısı doğru mudur? Bilinmez. Tartışmaya açık mı? Evet, açık. Çünkü bu tek başına biz hukukçuların cevap verebileceği bir soru değil. Burada aynı zamanda belki finans ya da istatistik biriminden iskonto tablolarından anlayan matematikçilerle birlikte çalışılması ve buna göre bir sonuç oluşturulması gerekebilir. Ancak gerek Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, gerekse, Yargıtay 21. Hukuk Dairesindeki hesaplama sistemi demin de söylediğim gibi takriben 1980'den, belki 1984'ten beri bu tarz, sadece değişen yüzde 5 olan iskonto oranının yüzde 10'a çıkması.

Bir diğer olgu kısaca yine iş kazasından bahsederek, kazanın ölümle gerçekleşmesi halinde kimlerin tazminat talep edebileceğiydi. Buradaki kavram miras hukukundaki kavramın dışında daha geniş bir kavram. Dikkat edersek sigortalının vefatı halinde miras hukuku uyarınca mirasçısı eşi, oğlu ve kızı olacakken destek açısından baktığımızda eşi evlenene kadar, oğlu yüksek öğrenim yapıyorsa yüksek öğrenimi bitirip iş sahibi olana kadar, kızı evlenene kadar veya iş sahibi olana kadar bu destekte kalacak. Tabloda kızı 24 yaşında gördüğümüze göre istisnai bir durum olmadığı takdirde kızının destekte olmadığını kabul edeceğiz. Mirasçı olmakla birlikte kızı destekte değil, oğlu hem mirasçı, hem destekte, eşi hem mirasçı, hem destekte. Babası vefat etmiş kişi evli ve çocukları olduğu için aslında annesi ve babası yasal olarak mirasçısı değil, ancak destek payı açısından baktığımızda annesi eğer sigortalının bakımına muhtaçsa ya da desteğini alıyorsa ve bunu ispat etmek kaydıyla destek alabilecek. Aynı şekilde kardeş, hatta yeğen farzımuhal engelli bir yeğeni olduğunu varsayalım sigortalının ve okuyor. Sigortalı da ona parasal yardımda bulunuyor ve bunu da banka kayıtlarıyla ispat etmesi mümkün, o da destek alabilecek. Destek aynı şekilde imam nikahlı eş ya da kardeşin dışında nişanlı, vesaire destek paylarını genişletmek mümkün.

Burada dikkat edeceğimiz nokta şu aslında: Desteğin miras hukukunun dışında mirasçı olarak tanımlananlar dışında kişiler olabileceği ve

bunların her vaka itibariyle tek tek değerlendirilmesi gerekeceği. Mesela, bu örnekte anne Sosyal Güvenlik Kurumundan aylık alıyorsa, belki destekte olmayacağını varsayacağız. Sosyal Güvenlik Kurumundan aylık alıyor olmakla birlikte yine de bakıma muhtaç olabilir. Engellidir, özürdür, başka şeyi vardır, evi yoktur, köyde yaşıyordur, vesaire, yine desteğe giriyor olabilecek. Yani burada tek tek vaka bazlı destek sahiplerinin destekten mahrum kalanların incelenmesi gerekebilecek.

Bir diğer tartışmalı konu da destek süreleri ve payları. Kimi görüş sahipleri destek paylarının 5510 sayılı Yasada yer alan aylık bağlama oranları olarak esas alınması gerektiğini düşünüyor. Ancak gerek Yargıtay'ın görüşü, gerekse uygulama bu tarzda değil: Bu bir ölüm aylığı değil, bu bir zarar hesabı, bu zarar hesabına bağlı olarak reel varsayımlara dayalı olarak kişilerin destek paylarının belirlenmesi gerekiyor. Kabaca bir örnek olması açısından getirdim. Mesela, sigortalı vefat ettiğinde eşi 14 yıl boyunca çocuklarıyla birlikte onun desteğinde kalıyor ve payları eş ve sigortalıya büyük dağıtıyoruz, çocuklara daha düşük, çocuklar destekten çıktıkça gelen paylar karı-koca arasında paylaşılıyor. Kocanın payının kendi ihtiyaçlarına yönelik olduğu, bir kısmının evin ihtiyaçlarına yönelik olduğu, kadının da daha ziyade kendi ve ev ihtiyaçlarına yönelik olduğunu varsayarak payları bölüştürüyoruz. Dikkat ederseniz çocuklar çıktıktan sonra da paylar eşitlenmiş oluyor. Yargıtay'ında genelde bu tarz dosyaları da bozmaları pek bulunmuyor.

Peki, varsayımsal tablodan, ücretlerden, ıskontolardan bahsettik. Bu varsayımda ne yapıyoruz? Destekleri belirlerken işte kız çocuğu 22 yaşında evleneceği ve destekten çıkacağı ya da 22 yaşında okulu bitireceği, çalışacağı, erkek çocuğun takriben yüksek öğrenim yapmıyorsa askerlik sonrası 20 yaş civarında destekten çıkacağını varsayıyoruz. Aynı şekilde eşin de yaşadığı sürece kocasının desteğinde olduğunu varsayarak destekte olduğunu kabul ediyoruz. Ancak tabii ki eşin bir de evlenme olasılığı söz konusu olabilir. Buna bağlı olarak da bulduğumuz, belirlediğimiz tazminattan bir evlenme payı düşüyoruz. Bundan 10-15 yıl öncesine kadar evlilik tablosuyla ilgili olarak elimizde bir evlenme tablosu yoktu. Bu tamamen hâkimin takdirindeydi. Hâkim diyelim ki zarar belirlendi, eşin zararı 100 000 lira, eşin evlenme şansına bakarak nihai maddi zararı belirliyordu

Bitirelim, biraz fazla uzattım. Aslında manevi tazminat var, fakat maneviden önce hızlandırılmış, Borçlar Kanunuyla ilgili yeni düzenlemelerde

karşımıza çıkan BK 55'te maddi tazminattan hakkaniyet indirilmesinin yapılmasını ortadan kaldıran bir düzenleme var. Bu işçi lehine gözükmekle birlikte bence hatalı, çünkü hâkimin hakkaniyet ilkesi uyarınca karar verme yetkisi ve tazminatın diğer tarafı ciddi derecede işveren açısından söylüyorum, zarara uğratabileceği olguların gözetilerek ya da tam tersine tazminatın çok düşük çıkması halinde hâkimin bunu takdiren arttırma olgusu düşünülerek bu maddenin aslında bu tarzda düzenlenmemiş olması yönündedir benim görüşüm. Ancak, maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra artık maddi tazminatlardan hakkaniyet indirimi yapılması pek mümkün olmayacak. Fakat buna karşın demin bahsetmiş olduğumuz kaçınılmazlık durumunda belli bir kusur oranı aldığımız için o kusur oranından hakkaniyet indirimi yapılmasının hâlâ mümkün olduğunu düşünüyorum.

Bir diğer olgu kurum tarafından bağlanan gelirin peşin sermaye değerinin rücu edilebilir tutarının düşülmesi olgusu ki daha önce aslında Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önce kurum tarafından bağlanan gelirin düşülmesi ve kalan zararın işverenden tahsili söz konusuydu. Bu ilk etapta işçi lehine gözüktüyor. Çünkü tazminat tutarı daha yukarıda olacak. Ancak demin de bahsettiğimiz gibi TRH tablosundaki bakiye ömrün uzun olması sebebiyle aslında Sosyal Sigortalar Kurumunun yaptığı hesaplamalarda hak sahibi hesaplamalarının üstünde rakamlar çıkacak. Aslında yasal düzenlemeye baktığımızda belki hak sahibi dosyasında kurumun açtığı rücu dosyasının sonucunun bekletici meselesi yapılması gerekecek, ancak teorik olarak bu doğru olduğu takdirde ve bekletici mesele yaptığımız takdirde bu sefer iş kazalarındaki maddi tazminat davalarının sonu gelmeyecek ve çok ciddi mağduriyetlere sebebiyet verecek, ayrıca, yargıda tıkanıklıklara yol açacağı için mevcut uygulama mevcut durum itibariyle devam edecek gibi gözüktüyor. Ancak burada bir istisnai duruma parantez açmak istiyorum. Sigortalının işveren tarafından sigortasız çalıştırılması halinde işçiye bağlanan gelir nedeniyle kurum nezdinde oluşan zararın peşin sermaye değeri işveren onu sigortasız çalıştırdığı için tamamı işverenden rücu edileceğine göre bu sefer hak sahibi dosyasında rücu edilebilecek tutar çok ciddi derecede yükseliyor olacak. Yani daha açarsak sigortalı işçi çalıştırılan bir yerde hak sahibi tazminat tutarından düşülecek tutar, rücu edilebilecek tutar olacakken -kusura uyarlanmış tutar olacakken- sigortasız çalıştırdığı için kusura oranlanmadığından rücu edilecek tutar daha yüksek olacak. Bu sefer sigortasız çalıştırılan işçinin ikinci kez bir mağduriyeti söz konusu olabilecek. Pratikte bunun da bir çözüm yoluna kavuşturulması gerekeceğini düşünüyorum.

Çok kısa manevi tazminata da değineyim. Manevi tazminat açısından 1966 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı var. Bu karar uyarınca ilkeler yerinde, bu ilkeler uyarınca manevi tazminat belirleniyor. Ancak uygulamayla ilgili bir sıkıntı var. Uygulamada pratikte kişinin almış olduğu maddi tazminat tutarı, yani şunu gözlemliyoruz aslında: Eğer aldığı maddi tazminat tutarı düşükse, manevi tazminat tutarı daha yüksek olabiliyor ya da kaza eskiyse manevi tazminat tutarı daha düşük olabiliyor. Ancak maddi tazminat tutarı yüksekse, bu sefer manevi tazminat tutarı daha düşük olabiliyor. Yani Yargıtayın burada bir denkleştirme esası, örtülü bir denkleştirme esası yaptığı düşüncesi ağırlık kazanıyor. Ancak demin de söylediğimiz gibi 1966 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulundaki kararlar, işte maluliyet oranı, kazanın durumu, kusur oranı, kazanın üstünden geçen süre, kişinin kazaya bağlı olarak duyduğu psikolojik elem ve ıstırap, bu ölçüler tamamen yerinde olmakla birlikte hüküm verilen tutar düşük seviyede kalmakta, manevi tazminat tutarlarının batıya baktığımızda, işte Amerika ya da Avrupa gibi ülkelere baktığımızda bunların çok ciddi derecede yüksek olduğunu görüyoruz. Tabii bu ülkelerde ücretlerin de yüksek ve çalışma koşullarının, sosyal standartların da oldukça yüksek olduğunu görüyoruz. Bu standartlar yükseldikçe bu tutarlar da yükseliyor. Belki bunlara katkıda bulunmak için bunu bu tarafa çekip, iki taraflı devinimine sokmak da düşünülebilir. Yani bir kişinin maddi tazminatla zararını tazmin ediyor olması manevi zararının da tazmin edildiği anlamını taşıyor. Belki manevi tazminatın da bu kapsamda yüksek olması olasılığı söz konusu olabilir diye düşünmek gerektiğini düşünüyorum. Artık bitiriyorum, teşekkür ederim.

SORU - YANIT

BİROL SONER- Sayın katılımcılar, artık son bölüme geldik, gayet de yorulduk. Ben soru faslına geçmeden önce Yargıtay 21. Hukuk Dairesi olarak bir-iki şey kısaca özetleyip, soruları alacağım.

Şimdi yaşam tablosu üzerinde duruldu. Bizim daireyle 10. Hukuk Dairesi arasında böyle bir ihtilafın olduğu, yaşam tablosu biz PMF 1931 tarihli Fransa'dan alınan tabloyu uyguluyoruz. Bütün Yargıtaydaki çoğu tazminat daireleri de hâlâ bu tabloyu uygulamaktadırlar, bir tek, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, rücuda başka tablo uygulamaktadır. Yani ikisinin doğruları, yanlışları tartışılabilir, ama şöyle oldu-bitti de olamaz. Bu ne olur? Bilim adamları, akademisyenler bir araya gelir, gerçekten bakiye ömürler, şunlar istatistikler bir ortaya konulur, bir çalışma yapılır. Ondan sonra hangisi uygunsu bir karara varılır. Biz demiyoruz ki bizim ki de doğru, ama tartışılır bir şey, ama çoğu tazminat dairesi bu konuda bizim kullandığımız PMF tablosunu uygulamaktadır. Yani tablolar değiştiği zaman o kadar çok karışıklıklar olacak, o kadar çok içtihat değişiklikleri olacak, o daha büyük sıkıntılara yol açacak diye düşünüyorum.

Sorumluluk konusunda bizim daire, eskiden biraz kafası karışıkta dairesinin sorumluluk konusunda, kusursuz sorumluluk mu iş akdinden kaynaklanan davalarda, son zamanlarda artık istikrarla Borçlar Kanunu 417. maddesi özellikle taraflara bir hizmet akdi var, taraflara hak ve borçlar yüklemiş. İşte işveren işçiyi gözetmek, kollamak, korumak, işçinin de özen, sadakat; bunlara uymamak, taraflardan birinin bunlardan birisine uymamak bir kusur teşkil eder, ama bu 6331 sayılı Kanun göz önüne alındığında 5, 6. madde, işte tehlikeli olanı tehlikesizle değiştirmek, risk analizi yapmak, yani bu kusur sorumluluğunu kusursuz sorumluluğa yaklaştırdı. Biz öyle diyoruz, ama kusursuz sorumluluğa ne kadar yaklaşırsa yaklaşırsın istisnai haller dışında bu bir kusur sorumluluğudur, ama objektifleştirilmiş, yani kusursuz sorumluluğa yakın ağırlaştırılmış gerektiğinde 6331 sayılı Kanunla tehlikeyi de içine almış ağırlaştırılmış bir kusur diyoruz ve hizmet akdinden doğan bu ilişkide taraflardaki iş kazalarında bir kusur sorumluluğu, ama ağırlaştırılmış kusur sorumluluğu kabul etmekteyiz.

İstisnai haller haricinde, ondanda kısaca bahsedeyim. İşte kusur sorumluluğu çeşitlerinden olağan sebep sorumluluğu nedir? Kendi işçisinin yüzde 100 kusuruyla başka bir işçiye veya üçüncü bir şahsa zarar vermesinde, işte adam çalıştıranın sorumluluğu veya da işte tehlike sorumluluğu, o da nasıl işte biz maden kazalarında, yani meslek hastalıklarında daha çok bunu uyguluyoruz. O işyerinde ne kadar önlem alırsanız alın, yani orada işçi yemeğini yemekte, hava solumakta, istediğiniz kadar önlem alın, ne kadar alırsanız alın o havayı solumakta ve pnömokonyoz gerçekleşmekte diğerlerinde, tabii son teknolojik gelişmeler bununla da engellenebilir, bu da tartışmalı, bunda da diyoruz tehlike sorumluluğu, burada da taraflara bir şey yükleyemeyiz, ama nimet-külfet dengesi işçiyi de korumak lazım. O zaman ne yapıyoruz? 60'a 40, işveren de buna katlansın diyoruz.

Sorumluluk konusunda diyeceklerim bundan ibaret, bir de ücret artışlarından dolayı son zamanlarda usulü müktesebat diye bir eleştiri getirildi. Şimdi ilk karar verildi davacı, o kararın verilen tazminat ve hesap raporunu benimsedi, temyiz etmedi. Davalı temyiz etti ve başka nedenle bozuldu. Şimdi burada artık biz diyoruz ki davacı o şeyi benimsedi, temyiz de etmedi. Bundan sonra her ücret artışında, her bozmada yeniden hesap yaptırırsak bu davaların da sonu bitmez. Bu da tartışılabilir akademik camiada, ona da bir diyeceğim yok.

Bir de ücret konusuna gelirsek, ücret konusunda da yıllardır bizim en çok üzerinde durduğumuz konu bozma nedenlerinden biri genellikle o oluyor. Yani vasıfsız düz işçiye asgari ücret üzerinden, ama nitelikli bir işçiye zaten bunun asgari ücret üzerinden hesap yapmanın da hayatın olağan akışına aykırı diyoruz, ama burada da tanık dinleyerek bunun ispatı mümkün değil miktar gereği, ne yapıyoruz? Nitelikli olduğundan dolayı hayatın olağan akışına aykırı olarak asgari ücret üzerinden ücret alması hayatın olağan akışına aykırıdır, meslek odasından sor diyoruz. Ticaret odası veya sendikal olmadığı sürece sendikadan sorma, meslek odasından sor. Gerekirse o bölge itibariyle, çalıştığı yer itibariyle oradaki meslek odasından sor, gerekirse onda da böyle bir afaki şey varsa Bayındırlık Bakanlığı birim fiyatları veya Devlet İstatistik Enstitüsü gibi öyle içtihatlarımız da var.

Netice itibariyle kısaca bunlara değinmek istedim. Ben yalnız yaşam tablosu ve rücu hesabı yönünden dairemizle 10. Hukuk Dairesi arasında bir ihtilaf olması sebebiyle ben 10. Hukuk Dairesi üyemiz Halil Bey bura-

da, son söz olarak ona vereceğim, en son sözü de gene daire başkanımıza vereceğim. Ondan önce ben yine soruları alayım, inşallah sorularımız kısa olur, biz de artık bu çileyi bitirir, istirahata çekiliriz. Şimdiden teşekkür ederim. Soruları isim ve soyadıyla almakla başlayalım. Buyurun Abdi Bey.

Av. ABDİ PESOK- Teşekkür ederim Sayın Başkan. Ersun Beye de, Hasan Beye de verdiği bilgilerden dolayı teşekkürlerimi iletiyorum. Benim değineceğim konular Hasan Erdem Beyin işlediği konulardan birincisi, 10 yıllık zamanaşımı süresinin başlangıç tarihi konusu. Hasan Bey kendisinin fikren 10 yıllık zamanaşımı süresinin kaza tarihinden veya olayın oluş tarihinden başlaması gerektiği yönünde olduğunu, ancak işçi açısından da değerlendirdiğimizde işçinin bir hak kaybının söz konusu olduğunu belirtti. Bu konunun tartışılır olduğunu da belirtti, ben de o yüzden tartışmak istedim.

Zamanaşımında, 10 yıllık sürenin, kaza tarihinden başlamasının genel olarak hak kayıplarına neden olduğunu düşünmekteyim. Yargının görevi, yorumunu, hak kaybı olmayacak şekilde değerlendirmesiyle başlar. Biz hukukçuların da bu konuyu esas alarak değerlendirmemizle devam etmesi gerektiğini düşünüyorum.

Yasamızda, zamanaşımının düzenlenmesinde, “zararın ve failin öğrenilmesinden itibaren” tabiri var. Zararın tespiti için, iş kazasında, hesabın ana unsurun birisi, hatta birinci unsur, maluliyet oranının tespitidir. Maluliyet oranı henüz tespit edilmeden, tespitten 9 sene evvel başlamış bir kazanın oluş tarihini zamanaşımına esas kabul etmenin, mantığı ve adaleti olamaz. O işçinin hak kaybının doğmasına neden olur. Bizlerin de, eğer mümkünse yorumlarla bunu “ben yaptım oldu” şeklinde değil, yahut “ne olursa olsun böyle sonuç çıksın” diye değil, hukuk çerçevesinde değerlendirmemiz gerekir.

Eğer bir kişi “faili” belli, ama “zararı” belli değilse ve bunda da işçinin kendisinin hiçbir kusuru yoksa, Kaza tarihine göre zamanaşımı başlangıcı kabul etmek doğru olmaz. Zamanaşımının başlangıcı, ancak, iş gücü kaybının, maluliyetin tespiti tarihinden başlar.

Tüm kişi ve kurumların savsaklamasının, kötü niyetinin, tembelliğinin sorumluluğunu, işçiye yıkmanın izahı da olamaz. Uygulamada çokça görülmektedir. Bazı İşverenler, mümkünse kazayı, hiçbir kuruma bildirmemektedir. İhbarla işlemler başladığında, SGK, iş kazası tespiti ve maluliyet

bağlanmasını bazen 8 yılda yapabilmektedir, bu safhadan sonra, SGK-YSK da da 1-2 sene kayıplar yaşanabilmektedir. Ancak ondan sonra, maddi tazminat hesabının unsuru olarak zarar, belirli hale gelebilmektedir.

Bunları göz ardı edip, “bir taraftan da işçilerin hak kaybına neden oluyor” deyip geçmemizin doğru olmadığını düşünmekteyim.

Ayrıca, yasal olarak, mutlaka kaza tarihinden başlanacak, diye bizi mecbur tutan bir düzenleme de yoktur. Zararın ve failin öğrenilmesinden itibaren zarar maluliyetin tespitiyle ortaya çıkar. Hatta uygulamada iş kazasındaki maluliyetin tespiti için açılan davanın 8 yıl sürdüğü ve o nedenle 10 yıllık zamanaşımı nedeniyle hak kaybının meydana geldiği de vakiadır. Benim şahsi kanaatim tabii ki tartışılacaktır, yargı, eğer adaletli bir sonuca varma fikrindeyse, -ki ondan hiç şüphemiz yok- vatandaşın ve işçinin tamam, “ben yargıya gittim, adaletli bir şekilde sonuca ulaştım” diyebilmesi gerekir. Bizim de bunları teşvik edici yorumlarla ilerlememiz gerekir.

Bir de manevi tazminatla ilgili olarak, yine Hasan Bey manevi tazminatın da gelişmiş ülkelerle kıyaslandığında bizim ülkemizde çok düşük kaldığını ve “gerçi” diyerek başladığı bir gerekçe sundu. Kendisi katıldığını söylemedi, sadece bir gerekçe söyleniyor denildi. Bu ileri düzeyde, ekonomisi ileri düzeyde olan ülkelerin ücretlerinin de bizden daha fazla olduğunu, bunların da etkili olduğunu değerlendirdi. Manevi tazminatın dünyadaki uygulamasında ülkemizde verilen manevi tazminatlarla gelişmiş dediğimiz o ülkelerde verilen manevi tazminatların oranlarına barksak ülkemizdeki alınan ücretle o ülkelerdeki ücretler arasında o kadar oran yok. Türkiye’de 1 liraya yapılan iş ilerlemiş dediğimiz yerde en fazla 5 liraya yapılır, 10 liraya yapılır. Oysa manevi tazminatlar bizim ülkemizde o ülkelerin 1/50’i kadar kalmaktadır. Bunlar resmi kayıtlarda sabit olan konulardır.

Tabii ki Yargıtay’ımızın “bu husus zenginleştirme konusu olmasın” diye bir kaygısı var. Adaletli karar vereyim diye bunu değerlendiriyor, ama zenginleştirme konusu olmamanın düşünüldüğü kadar, caydırıcılık vasfının da düşünülmesi lazım. Manevi tazminat bugün ülkemizde sadece iş dairelerinde değil, hatta diğer dairelerde zaman zaman görüyorum, iş dairelerinden daha az değerlendirmeler de var. Bugün manevi tazminattan memnun olan, ben devlete başvurduğum ve uğradığım zararın manevi tazminatını aldım diyebilen bir tek yurttaşımız kalmadı. O halde bizim

bunu köklü bir şekilde değerlendirmemiz gerekir. Eğer sizlere, hukukçulara, ben mahkemeye gittim, aldığım tazminattan da memnun kaldım diyen bir kişi çıktıysa, onlar sizi yanılta kişilerdir diye değerlendiriyorum. Ben manevi tazminat konusunda da, 10 yıllık zamanaşımı süresinin başlangıcı konusunda da adaletli sonuca ulaşamadığımız fikrindeyim. Bunu hep beraber değerlendirmemiz gerekir fikrindeyim, teşekkür ederim.

BİROL SONER- Ben teşekkür ederim. Ekrem Erdal Bey.

Av. EKREM ERDAL ÜNER (İstanbul Barosu)- Şimdi Ersun Beyden şunu öğrenmek istiyorum, 01.10.2008'den önceki iş kazası veya meslek hastalıklarında 5510 sayılı Yasanın 21. maddesinin uygulanabileceğini söylediniz. Bu tespitinize içten katılıyorum. 10. Hukuk Dairesinin kararlarına göre sui generis bir hareket öngörüldü ve burada denildi ki: Dış tavan hiçbir şekilde dikkate alınmayacak, iç tavana göre hesaplama yapılacaktır. Şimdi hak sahibinin, özellikle ölüm olaylarında hak sahibinin eş ve kız çocuklarının destek süreleri hesaplarında kız çocuklarının köylerde 20 yaşında, kentlerdeyse 22 yaşında evleneceği ve destekten çıkacağına ilişkin Yargıtay kararları var, yerel mahkeme kararları var, bilirkişi raporları var. Eğer hak sahibinin kız çocukları veya eşlerin evlenme şansları dikkate alınmadığı takdirde bağlanan ilk peşin sermaye değeri çarpı işverenin kusur payı, yani sorumluluğu. Bir taraftan hak sahibi dava açtığı zaman hak sahibi evlenme şansı olacak eşin, farklı bir rakam çıkacak ortaya ve bu rakam hiçbir zaman sigortanın rücu edebileceği bir rakam olmayacaktır. İlk bağlanan peşin değer bile altında olacak olan bir rakam olacaktır. Çünkü 5510 sayılı Yasanın 21. maddesi çok açık bir hüküm getirmiş. İlk peşin değer, ancak hak sahibinin isteyebileceği tutarla sınırlılığı getirmiş. Hakkaniyetli olanın mevcut açılmamış davalarda yasanın bu hükmünün uygulanması gerekir diye düşünüyorum ve bu konuda sizin tespitlerinize içten katılıyorum. Yoksa gerçekten adaletsiz sonuçlar doğacaktır.

Şimdi onun dışında değerli meslektaşım özellikle her iki tebliği sunan ve oturum başkanına çok teşekkür ediyorum, sağ olsunlar. Tebliğlerden ötürü de teşekkür ederim. Şimdi Hasan Erdem arkadaşımın bir tespitine katılamadım, onu belirtmek isterim. Çünkü iş kazaları meslek hastalıkları olduğu zaman başından itibaren akde aykırılık söz konusudur. Yani başından itibaren bir haksız fiil söz konusu değildir. Eski Borçlar Kanununun 332. maddesi 1956 yılında değişmiştir ve değişen bu yasa maddesine göre zaten sigortalının işçinin iş kazası çalışan-çalıştıran diyor tabii eski

Borçlar Kanunu, zaten hizmet akdine aykırılık olarak değerlendiriliyor. Ölüm halinde desteğinden yoksun kalanların açacağı davalar dahi akde aykırılığa ilişkin hükümler uygulanır diyor. Onu da akde aykırılık olarak kabul ediyor.

Yine eski Borçlar Kanunu şimdi 98. maddesi, şimdi zannediyorum 114. maddesinde akde aykırılığa müteallik ilişkiler, haksız fiile ilişkin hükümler, akde aykırılığa ilişkin hükümlerde de uygulanır. Bu şunu gösteriyor: Faizin başlangıcı hiçbir zaman değişmeyecek, çünkü haksız fiile ilişkin hükümler uygulanacağına göre iş kazasının olduğu tarihte veya meslek hastalığının olduğu tarihte faiz başlayacak demektir. Yani onun için faiz başlangıcıyla ilgili faiz yönünden bir tartışmanın açılmaması gerekir diye düşünüyorum bu yasal düzenlemeler karşısında.

Bir hususu daha belirtmek istiyorum. Şimdi biz hesaplarla ilgili değerli arkadaşım Hasan Erdem sürekli iş göremezlik ayrımı yapmadan, yani sürekli kısmi iş göremezlik sürekli tam iş göremezliği hiç değerlendirmeden genel hatlarıyla tazminat hesaplarının nasıl olacağına ilişkin değerlendirme yaptı. Hepinizin bildiği gibi sürekli kısmi iş göremezlik kişi sürekli iş göremezlik haline gelmiş olmasına rağmen, meslekte kazanma gücünü belli bir oranda yitirmiş olmasına rağmen üretim ilişkisi içerisinde gidebilecek, Yargıtayın kararlarına göre de 60 yaşına kadar çalışabilecektir, ama sürekli tam iş göremezlikte verilen raporlarla hiç çalışamayacak demektir. Şimdi birçok bilirkişi raporunda ve adli tıp raporunda istirahat döneminde meslekte kazanma gücünü ne oranda yitirmiş olursa olsun işçi çalışmadığı için yüzde 100 malul sayılır şeklindeki bir değerlendirmeye hesap yapıyoruz. Oysa yüzde 80 malul sürekli iş göremezlik derecesi var, ancak verilen hastane raporlarına göre çalışamaz raporu olanlara işte hesap yaparken sanki çalışamayacak bakın, çalışamayacak, ama efor sarf edecek anlayışıyla.

BİROL SONER- Ekrem Bey, toparlarsak lütfen.

Av. EKREM ERDAL ÜNER- Efendim, söylemek istediğim şey şu: Şimdi çalışamayan kişilerle ilgili, yani sürekli iş göremezlik derecesi ne olursa olsun çalışmıyorsa, yüzde 100 malulmuş gibi hesaplama yapmak gerekir mi? Bunu belirtmek istiyorum bir, ikincisi sürekli kısmi iş göremezliklerde kişi çalışacağı için şimdi zarar, kişinin zararı sadece efor kaybına dayalı bir zarar değil, kıdem tazminatı alabiliyor. Sürekli tam iş göremez

hale gelen hiç çalışamayacağına göre ve mademki varsayımlara göre 60 yaşına kadar o işyerinde çalışacağını varsaydıımıza göre kıdem tazminatıyla ilgili zararı ne olacak?

BİROL SONER- Ekrem Bey, teşekkür ederim. İsmail Gömlekli Bey. Katılımcı arkadaşlar, lütfen tespitlerimiz ve sorularımız kısa ve öz olsun. Anlayış gösterirseniz sevinirim.

Av. İSMAİL GÖMLEKLI- Şimdi benim dile getirmek istediğim hususların birçoğunu Abdi Pesok dile getirdi. Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girdikten sonra, 6100 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra iş kazası nedeniyle tazminat davalarında belirsiz alacak davası açıldığı için zamanaşımı konusu bir şekilde hallolmuş oldu. Eski dönemde meydana gelmiş olan, yani HMK'nın yürürlüğe girmesinden önce meydana gelmiş olan kazalarla ilgili bir düzenleme ya da bir içtihat geliştirme durumu olur mu bilmiyorum. Şimdi davanın bitme aşamasına yakın zamanlarda bilirkişi raporu alınmak üzereyken veya dava devam ederken biz maluliyet oranına itiraz ediyoruz diyor davalı taraf, arkasından bu itirazı değerlendirmek üzere Yüksek Sağlık Kuruluna gidiliyor, arkasından davacı taraf veya davalı taraf bir işgücü kayıp oranıyla ilgili mahkemede dava açmak zorunda kalıyor. Adli Tıp Kurumuna gidiyor filan derken bu zaman giderek uzuyor. Belli ki bu davranışlar davalı taraflar açısından oldukça HMK'da da belirtildiği gibi iyi niyetli olmayan uzatmaya matuf davranışlar. Bunlarla ilgili bir değerlendirme nasıl yapılabilir? Bu konularda özellikle Hasan Erdem'in düşüncelerini öğrenmek istiyorum.

BİROL SONER- Teşekkür ederim. Abdulhalim Bey. Bir de değerli katılımcılar, bir hususu daha belirteyim. Lütfen derdest dosyalar hakkında da soru sorulmamasını rica ediyorum.

ABDULHALİM EKE- Sayın konuşmacılara teşekkür ederim. Önce Erdem'e üç açıklama: Bildiğiniz gibi Yüksek Sağlık Şurası Sağlık Bakanlığı ve Tabiplerin, sizin de diğer açıklamalarınızda dediğiniz gibi Yüksek Sağlık Kurulunu kullanacağız, şurayı değil. Hani yanlış yere itiraz etmeyelim diye söylüyorum. Efendim, maluliyet ve sürekli iş göremezlik kavramları karışıyor. Maluliyet uzun vadeli sigorta kollarını anlatır, karşılığı çalışma gücü kaybıdır. Borçlar Kanunumuzda çalışma gücü kaybediyor, ortalık karışıyor. İş kazası ve meslek hastalığı konuştuğumuza göre kavram meslekte kazanma gücü kaybı veya karşılığı da sürekli iş göremezlik geliri

olmalıdır diyorum.

Tablolar işleyecek dönemde bir işe yarar mı? Yarar, önümde dağıtımın denetiminde, yani eş ve çocukların denetiminde çok güzel bir denetim aracı olarak kullanılabilir. Sayın Civan'a, kasko sigortası sorumluluk sigortasında yer almaz, araç hasarlarını karşılar. İçinde İMM olmadığı sürece sorumluluk hukukunun içerisine dahil edemeyiz. Mücbir sebep kaçınılmazlığın alt başlığı mıdır, içinde midir? Bildiğiniz gibi eski ve yeni Borçlar Kanunumuzda mücbir sebep düzenlenmemiştir. Mücbir sebebin düzenlendiği yer Karayolları Trafik Kanunu ve eski Borçlar Kanunu çok sonraki bir tarihtir. Kaçınılmazlık, dolayısıyla itibariyle mücbir sebep arasında fark var. Mücbir sebep dışarıdan ve illiyet bağını kesen sorumluluğun kurulmasını önleyen, kaçınılmazlık ise umulmayan hal karşılığına gelen sorumluluğun doğmasını değil, rücuu engelleyen bir kurum olduğundan kaçınılmazlıkla mücbir sebep aynı kullanılamaz. Mücbir sebep zaten demeye gerek yok, kanun koyucu da dememiş. Mücbir sebep zaten oldum olası kesici.

İç tavan, dış tavan ilişkisinde az kalmaz dediniz. Özellikle yüzde 60'dan az sürekli iş görmezlik gelirlerinin peşin değerlerinin bağlanmasında pasif dönem hesaba katılmadığı için birçok farklılık oluşacak. Onun için ayrıntılı irdeleme gerekiyor bu konuda, fiili ödeme bence yanlış yapılıyor. Örnekleme istiyorum. 15 yaşında bir çocuğumuz var erkek ya da kadın, 17 yaşında erken evlendirdik, izin aldık. Yani 18 yaşından önce gelirden çıktığını düşündüğümüz zaman bir yıl önce çıksın, inanın siz fiili ödemeleri getirirseniz ilk peşin değerden daha fazla olacaktır. O halde ilk peşin değer in fiili kısmı derken kastettiğimiz şu olmalıdır: Yararlanılan süre ne kadar? 3 sene, 2 sene. İlk peşin değer ilk bağlandığı tarihtekindedir. Aylık gelir çarp 12, belirleyeceğimiz katsayıdır. Kuruma bunu açıkça bildirirsek müzekerelerde bu sorun, yani zamlı olanların bildirilir halde olmasından bizi kurtaracaktır.

5510'la gelen sistem CSO'ydu, 2002 tarihinde TL 2010 oldu, 2002 tarihindeki atıfla 2011'e 58 sayılı genelgenin ekindeki CSO tabloları da değiştirildi. Peşin değerlerde bu bize tazminat hesaplarında 21 ve 10 Hukuk arasında bir ayırım getirirse de iki dairenin arasındaki fark beni çok da ilgilendirmez. Beni işçinin zarar görmesi halinde 21 Hukukun uygulamaları ilgilendiriyor. Neden? Daha çok peşin değer, daha az tazminat. İlkeler değişmeli mi, değişmemeli mi? Değişene kadar bir ara çözüm bulunamaz

mı? Örneğin, aktif ömür tabloları biraz daha arttırılıp, bir geçici çözüm bulanamaz mı? Sizin şöyle bir söyleminiz vardı: Üçüncü şahsın rücusuyla işverenin rücu arasında neden bir fark oluşsun? Şöyle, üçüncü şahsın verdiği zararlar tesadüfî zararlardır. Yani isteyerek, bilerek gidip işveren işçisine zarar vermez. Ancak işverenin daha fazla ödeme yükümlülüğüne tabi tutarsak iş güvenliğinin önlemlerin alınması bakımından daha etkin sonuç doğuracaktır. Teşekkür ederim.

BİROL SONER- Sayın Talat Canbolat.

Prof. Dr. TALAT CANBOLAT (Marmara Hukuk Fakültesi)- Teşekkür ediyorum Sayın Başkanım. Her iki konuşmacıya da kapsamlı tebliğleri için teşekkür ediyorum. İkisinin bir ortak noktası vardı, ucu açık kaldı. Şayet işveren işçinin işe giriş bildirgesini vermediyse, kanunun açık hükmü gereği işverenin kusuru olmasa dahi tüm SSK'nın bağladığı aylığın peşin sermaye değeriyle yaptığı giderler rücu ediliyor tamamı. O zaman bir, asıl işveren alt işveren ilişkisinde alt işverenin kendi işçisinin bildirimini yapmadıysa, buradan rücudan da, tazminattan da asıl işveren de tamamından sorumlu olacak mı? İkincisine Hasan Bey kısmen değindi. İşçinin açtığı bir davada siz SSK'nın bu rücu edeceği tazminat miktarın alacağını tamamını işçinin talep edeceği tazminattan düşürdüğünüz takdirde siz burada işçiyi de cezalandırmış duruma düşüyorsunuz. Kişisel kanaatim bu bir ceza maddesidir. Cezaların şahsiliği prensibi gereği burada işçinin talep edeceği miktardan da düşüremezsiniz, asıl işverene de giremezsiniz. Burada yapılması gereken şey yine bir kusur tespitinin yapılıp, varsa kusuru oranındaki miktarın düşülmesi gerekli olduğu yönündedir. İkincisi, benden önce bir konuşmacımız değindi, eski Borçlar Kanunundan bahsetti. Yeni Borçlar Kanununda 417. maddesi hiç tereddüde bırakmayacak şekilde bunun akde aykırılık olduğunu açık ve kesin bir şekilde yazıyor. Bu nedenle yarışmaydı yahut da haksız, bir bunları terk ettik, artık da tartışılmıyor. Burada açık ve kesin bir şekilde buradaki sorumluluğun hukuki temeli akde aykırılıktır. 10 yıllık zamanaşımı da bu nedenle buraya gelmiştir ve uygulanmaktadır. Tazminat hesaplamalarında hep takdire dayalı unsurlar var. Fakat Türkiye'de yerleşik olarak maalesef takdiri bilirkişiler kullanıyor, hâkimler kullanmıyor. Nitekim Hasan Bey çok güzel de bir babasından anekdot anlattı. Evet, eşin evlenme ihtimali mutlaka hâkim eşi görerek, bakarak kendi hayat tecrübesine göre karar vermesi gerekir. Bilirkişi oturduğu yerden hiç eşi de görmeden, hiç bakmadan,

bilmeden eşin evlenme ihtimalini yazıyor ve çıkarıp koyuyor. Askeri Yargıtay İdare Mahkememiz uzun yıllardan beri yapmış olduğu istatistikler sonucu bir tablo yayınladı. Bu kanun değildir, illa uygulanacağı anlamına da gelmez. Fakat tabii ki takdire dayalı unsur sadece bu değil. Örneğin, yine bir konuşmacımız değindi, kız çocuğunu 18 ya da 22 yaşında hâlâ cumhuriyetin ilk kurulduğu yıllardaki gibi kabul ediyorsunuz. Fakat önümüze geliyor olay, 25 yaşında evlenmemiş, evinde. Hani siz 22 yaşında bu kız çocuğunun evlenmiş olacağını ve babasının desteğinden kesileceğini kabul ediyordunuz. Hâlâ kaza olduğunda evinde olduğuna göre muhtemel bir kısım daha evde kalacak bu, o zaman takdirini kullanacak, ama yine takdiri kim kullanıyor? Bilirkişi kullanıyor. Ben önüme geldiği zaman bakıyorum, takdire iki yıl, henüz daha işler olmadı, dosyada böyle bir şey olmadığına göre belki 3 yıl, yaşı daha ilerlediyse belki daha uzun süre evde kalacak. Çünkü atıyorum, 30 yaşını devirdi, hâlâ evinde babanın desteğine daha uzun süre kalacaktır. 40 yaşında, 50 yaşında evde kaldıysa, belki de hayat boyunda babasının desteğinde kalacaktır. Biz o zaman Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin tablolarını kullanmamız adaletsiz sonuçlara götürüyor. Ücret konularında, diğer konularda da ikinci bir tebliğ sunmak istemiyorum, ama mümkünse bilirkişiye önerim şu: Almanya'da olduğu gibi neden bu davalar açılıyor? Sigortacı karşılanmayan zarar için açılıyor. Efendim, sigorta karşılansın tüm zararı, kanunda bir değişiklik yapılsın. Niye prim esas kazanıyor, yüzde 70'ine bağladığı için yüzde 30 fark çıkıyor? Tüm sorun da buradan çıkıyor. Primi yüzde 1 daha arttırırsınız, tüm zararı karşılırsınız. İşçiyle işverenin bir davadan şey yapma, sosyal devlet bunu gerektirir. Varsa işverenin bir kusuru ondan sonra işverenle kurumu baş başa bırakırsınız, ama açıkta bir zarar bırakmazsınız. Sosyal devlet de bunu gerektirir diye düşünüyorum.

Bir açık konu kaldı. İşverenin sorumluluğu iki tanedir. Bir tanesi kusur sorumluluğu, akde aykırılık, lakin işletme tehlikeyle ilgili bir işletmeye 71. madde çok açık, burada kusur aramaksızın hakkaniyet ve fedakârlığın denkleşin ilkesi gereği hiç kusuru olmayan işletmede nimet-külfet dengesi gereği tabii ki burada meydana gelen kazalardan doğrudan sorumlu olacaktır. Teşekkür ederim.

BİROL SONER- Ben teşekkür ederim. Bu evlenme ihtimalinde biz o kadar daire olarak takdire çok karışmıyoruz. Çok fahiş hata olmadıktan sonra temyizde dahi, çünkü farazi bir hesap, çok da fahiş bir hata

yapmadıysa, açık da temyiz yoksa biz bunlara öyle matematiksel olarak kuruşturılır şekilde karar vermiyoruz. Tabii ki o dediğiniz Borçlar Kanunu tehlike sorunu yeni, yani dairemiz tabii ki onu da değerlendirecektir. Bundan sonraki içtihatlarımızda tartışılacaktır. Teşekkür ederim. Ahmet Sevimli Bey.

AHMET SEVİMLİ (Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- İki konuşmacıya ve Sayın Başkana teşekkür ederek devam ediyorum. İki sorum var. Daha çok sanırım Sayın Erdem'in konularıyla ilgili. Asıl işveren alt işveren ilişkisi özellikle maddi-manevi tazminat davaları bakımından belirlenirken hangi kanundaki tanımlamayı esas almak gerekecek? Şunu söylemeye çalışıyorum: İş Kanununda bir tanımımız var, bir de 5510'da bir tanımımız var. 5510'daki tanım daha geniş bir tanımdır. Sadece bir tanesini söyleyeyim farkını, sadece o işyerinde çalıştırma kriteri yoktur mesela 5510'da, şunu da ilerletelim: Borçlar Kanunu kapsamında çalışan bir işçiyi düşüncümüzde İş Kanununa tabi değil, oradakini zaten uygulayamayız ona ve Sosyal Güvenlik Kanunundaki alt işverenlik ilişkisini oraya uygulayabilir miyiz tartışması var. Tartışılсын diye söylüyorum.

Hızlanıyorum, ikincisiyse bir katkı olabilir diye hatırlatmak için değineceğim. Meslekte kazanma gücü kayıp oranının tespiti zamanaşımının belirlenmesi meselesiyle ilgili olarak Borçlar Kanunu 75. maddemiz var, kullanılabilir mi? Bedensel zararın kapsamı karar verme sırasında tam olarak belirlenemiyorsa, hâkim kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir. Bu hüküm bu sorunun çözülmesi bakımından kullanılabilir türde bir hüküm müdür, tartışılması gerekir diye düşünüyorum. Teşekkür ederim.

BİROL SONER- Ben teşekkür ederim. Mehmet Beylem.

Av. MEHMET BEYLEM (Adana Barosu)- Öncelikle her iki sunucuya da tebliğlerinden dolayı teşekkür ediyorum. Öncelikle Hasan Beyin bir olayını şey yapayım. Şimdi sigortasız işçi çalıştıran işverenin kuruma olan 23. maddeden doğan sorumluluğunu biz sigortalı veya hak sahiplerinin açtığı tazminat davalarında sigortalı veya hak sahiplerinin gerçek zarar tavanından kesinlikle indirmiyoruz. Bildiğim kadarıyla 21. Hukuk Dairesinin kararları da bu yönde, o yüzden sigortasız işçi çalışan kişi bakımından aleyhe bir sonuç doğurmuyor 23. maddedeki sorumluluk, bunu belirtmek istedim. Daha sonra Hasan Beye bir sorum ve Ersun Beye bir sorum

var. Hasan Beye sorum şu: Borçlar Kanununun 55. maddesinde açıkça hâkimin takdir hakkını, hakkaniyet indirimi yapamayacağı belirtilmiş. Fakat aynı Borçlar Kanununun 51. maddesinde hâkim kusurun ağırlığına göre hükmedilecek tazminatı takdir eder diyor. Hâkime bir takdir hakkı vermiş kusurun ağırlığına göre, bu iki çelişkili hükmü nasıl yorumluyorsunuz? Bunu öğrenmek istiyorum.

Ersun Beye sorum da şu: Karşılaştığım bir olayda trafik kazası aynı zamanda iş kazası, geçici iş göremezlik dönemi için ödenen geçici iş göremezlik ödeneklerinin rücunda geçici iş göremezlik döneminin de tedavi sürecinin bir parçası olduğu ve tedavi giderlerinden sayıldığı için 6111 sayılı Yasanın 59. maddesiyle değişik 98. maddesi gereğince genel sağlık sigortası kapsamında kurumun sorumluluğunda olduğu belirtilerek, bunu kurumun rücu edemeyeceği yönünde bir Yargıtay kararıyla karşılaştım. Acaba bu konudaki görüşünüz nedir, bunu öğrenmek istiyorum. Teşekkür ederim.

BİROL SONER- Teşekkür ederim. Borçlar Kanunu 55. madde sadece tazminatın miktarı yönünden, azlığı, çokluğu yönünden indirim yapılamaz, hakkaniyet, bu yönde yasak getirmiş. Bir çelişki olmadığı görüşündeyim, ama Hocam gene açıklar. İnciser Hanım.

Av. İNCİSER ALPTEKİN- Tebliğ sahiplerine teşekkür ediyorum. Benim sorum Hasan Erdem Beye olacak. Bu maddi ve manevi tazminatlar konusunda Hasan Bey işte bir denge ifadelerini kullandı. Olayı ikiye ayırırsak, maddi tazminatın hiç çıkmadığı olguda hem ölümlü bir kaza veya kazanın kendisinin uğradığı maluliyet durumundaki manevi tazminat durumu açısından soruyorum. Burada Hukuk Genel Kurulu kararını da elbette biliyoruz, fakat takdir edilen manevi tazminatlar maddi tazminat olmadığı zamanda ya da hiç olmadığı buradaki ölçülerin neye göre olduğu gerek mahkeme kararlarında, gerek Yargıtayın bu konudaki bozma kararlarında doğrusu anlaşılır gibi olmuyor. Çünkü kusur oranının yüksek olduğu işveren açısından baktığımızda, ama manevi tazminatların da oldukça düşük seyrettiği ya da Yargıtayca bu fazla olmuş, bunu indirin ölçüsünde bir bozmayla karşılaşıyor. Bunun dışında sıfır maluliyet olduğunda maluliyet oranı ki bazen bu elbette yine bir iş kazası, belki parmağın ucu kopuyor, ama sıfır maluliyete geliyor o konu ve burada bir maddi tazminat olgusu elbette çıkmıyor, ama manevi tazminat konusunda nasıl bir değerlendirme olabilir?

Ücret araştırması konusunda da Sayın Başkan, şimdi İTO meslek kuruluşları ve sendikalar, şimdi İTO uzun zamandır zaten sorulan sorulara verdiği cevap işçiyle işveren arasında serbestçe kararlaştırılır. Zaten ücret araştırması ihtiyacı duyulmasa o dosyada, bu belirlenmiş olmasa zaten o soru kuruma sorulmayacak. Kurum böyle bir çıkış noktası buldu İTO olarak, dolayısıyla cevap vermiyor. Meslek odalarının cevaplarına baktığımızdaysa, onlar da yine ya cevap vermiyorlar veya asgari ücret seviyesinde bir şeyler söylemeye çalışıyorlar, ama burada yine en doğruyu aslında sendikaların tespit ettiğini düşünmek istiyorum. Çünkü sendikalar gerçekten işçilerle ilgili olarak hem bu ücret araştırmalarını yapıyorlar, hem gerek sendikasız, gerek sendikalı işçinin ücretlerini bilebilen bir yapıya sahipler, aynı zamanda çalışmaları da bu doğrultuda olduğu için ücretler konusunda yine de doğru olan veya doğruya yakın olan ölçütleri sendikaların yapabileceğini düşünüyorum.

BİROL SONER- Ben de teşekkür ediyorum. Manevi tazminatta o kadar çok kriter var ki hakikaten dairemiz bunları tartışırken gerçekten bütün heyet olarak tartışılıyor. Yani o olay tarihi, dava tarihi, maluliyet oranı, ekonomik durum, bir sürü kriter var. Kusur durumu, tabii ki şimdi somut olayın özeline göre biz değerlendiriyoruz. Sıfır maluliyet olur, 17 yaşında bir genç kız yüzü yanmış oluyor. Şimdi bu sıfır maluliyette olsa az mı olmak gerekir? Yani onu öyle değerlendiriyorsun, her şeyi manevi tazminatı somut olaya göre gerçekten dairemiz değerlendiriyor ve artık o konuda kararlarımız da yerleşmiş durumda, bir sürü kriteri nazara alarak manevi tazminat değerlendiriliyor. Ücret konusunda da artık bizim ilke kararları tamamen yerleşik, oturmuş, istikrar kazanmış durumda, yani şimdi sendikalı bir üyeyse biz onu niye sendikadan, tazminat gerçeğe uygun hesap yaptırmak zorundayız. Sendikalı değilse niye sendikadan soralım? Meslek odasından eğer inanın o da yani gene heyetçe tartışılarak o bölgede nitelikli kalıpcı ustası, sıvacı ustası, bunlar değerlendiriliyor ve ne kadar alabileceği, asgari ücretin kaç katı değerlendiriliyor, tartışılarak karar veriliyor ve öyle sonuca varılıyor. Teşekkür ederim. İbrahim Bey.

Av. İBRAHİM DOĞRU (İstanbul Barosu)- Öncelikle sevgili meslektaşım Hasan Erdem kardeşime teşekkür ediyorum. Ben de aynı ekolün öğrencisiyim, Akın Sokullu Hocamın ilk stajyerlerindenim, Hasan kardeşim benden sonradır, kendisini rahmetle anıyorum. Bir tek farkımız var, dördüncü yıldızı da onun sayesinde taktım. Şimdi sorum diyelim ki eski

506 sayılı Yasa zamanında meydana gelen bir kaza var ve bildirilmesine rağmen, Sosyal Sigortalar Kurumuna bildirilmiş olmasına rağmen sigorta üzerinde işlem yapmamış. Bunun yaklaşık 9-10 sene geçtiğini kabul edin, bu maluliyetinden dolayı veya iş kazasındaki bir şeyden dolayı müracaat eder, kendisine şu tarihteki meydana gelen kazada 10 yıl sonra, 10 yıl geçtikten sonra müracaat eder ve kendisine maaş bağlanır. Dolayısıyla sigortada buradaki kazadan dolayı rücu davası açabilir mi? Bir, ilk peşin sermayeye değinelim. Şimdi kararın bağlanması yaklaşık 10 yıl geçti. Kazanın olduğu tarihten 10 yıl sonra, 11. yıl tahmin ediyorum, kazada buradaki gelir bağlama tarihi kazanın geçtiği tarihten 10 yıl sonra, ilk peşin sermaye değerinin miktarı ne olacaktır? Paralarımızın değerinden altı sıfır atılmasından önce bağlanan ilk peşin sermaye değeri bildirilmesi durumunda nasıl bir hesaplama yapılacaktır?

İkinci sorum Sevgili Kardeşim Hasan Erdem iş kazalarının tarifi konusunda şey olmuştu, dedi ki basket oynarken bile geçilen ve görevlendirildiği sırada şey değil, bir teklif getirildiğinde adaylara işte işe alındınız, ama bir şartımız var: Bir ay eğitime tabi tutulacaksınız. Götürülüp o bir aylık süreç içerisinde eğitim yapıldığı alanda bir iş kazası meydana gelir ve o eğitime tabi tutulanların 1/3'i işe alınır, diğerleri işe alınmaz. Bu durumda bir iş kazası mıdır? Son sorum: Bir işyerinde 21. madde kapsamında işveren tarafından sigortalı bildirilmeyen iki sigortalı kavga eder, ikisi birbirini bıçaklamak üzereyken işveren kahramanca ortaya atılır ve sigortalılardan biri ve işveren ölür. Şimdi oradaki kaçınılmazlık doğrultusunda sigorta rücu davası kapsamında bu kaçınılmazlık ilkesi doğrultusunda der ki kendi müfettişlerine tutturduğu tutanaklar rücu davasında alır, rücu davası devam eder. Bu arada yaklaşık 10 yıla yakın bir süre sonra ölen sigortalının hak sahipleri de işverene karşı bu ilke doğrultusunda mademki rücu davasını açmıştır diye burada yapılan keşif ve teşviklerde de işveren kusursuz bulunur. Manevi tazminat yönünden bağlayıcılığı nedir hak sahiplerinin açtığı davada? Teşekkür ediyorum.

BIROL SONER- Ben teşekkür ediyorum. 10. Hukuk Dairesi Üyesi Halil Bey, sorunuzla birlikte bir de rücuyla ilgili sizin dairenizin genel bir değerlendirmesini kısaca yaparsanız hem işi bağlama açısından.

HALİL ÖZDEMİR (10. Hukuk Dairesi Üyesi)- Teşekkür ediyorum Sayın Başkan. Sayın konuşmacılara sunumlarından dolayı ben de çok teşekkür ediyorum. Bir-iki açıklamada bulunmak istiyorum. Şimdi Sayın Birol

Soner'in de dediği gibi bu dairemizle, 10'la 21. Hukuk Daireleri arasında yaşam tabloları arasında farklılık var. Ancak bunun bir yönü hukuki olsa da bir yönü de hesaplamalara dayandığı için, iktisadi ilgilendirdiği için bilimsel bir komisyon, heyet toplanılarak enine-boyuna tartışılması ve böylece ortak bir sonuca ulaşılması daha doğru olacağı düşüncesindeyim.

Şimdi Sayın Civan konuşmasında iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle Sosyal Güvenlik Kurumunun rücu alacağına halefiyet esasına dayanıp dayanmadığı, hukuki temelini ne olduğu hususunda tartışmaları sıraladıktan sonra kendisinin de halefiyet esasını kabul ettiğini benimsediğini belirtti. Dairemizde daha önce 506 sayılı Yasanın 26. maddesi uygulanırken halefiyet esası kabul ediliyordu. Ancak bu halefiyet esası kendine özgü bir halefiyet olarak kabul ediliyordu. Daha sonra Anayasa Mahkemesinin 26. maddesindeki bir cümleyi sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere bölümünü iptal ettikten sonra artık 10. Hukuk Dairesi kurumun rücu alacağına hukuki temelini halefiyete değil, basit rücu alacağı olduğuna karar vermiş ve bu şekilde uygulamıştır.

Şimdi 5510 sayılı Yasada kurumun rücu alacağına iki sınırlama getirildi. Bunlardan 21. maddede birincisi ilk peşin sermaye değerinin toplamı kadar alabilir. İkinci bir sınırlamaysa, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlar sınırlı olmalıdır. Bunlardan hangisi az ise kurum bunu talep edebilecek diye bir sınırlama geldi. İkinci sınırlama kurumun rücu hakkının halefiyet esasına dayandığı izlenimini vermektense de peşin sermaye değeri hesaplamalarıyla ilgili esaslar zaman içinde değişebildiği, yüksek rakamlara ulaşması nedeniyle işveren lehine ikinci bir sınır getirildiğinden halefiyet esasının yeniden getirildiği şeklinde yorumlanması bence mümkün değildir. Aksi halde Anayasa Mahkemesince Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilen hükmün tekrar getirildiği sonucu çıkar. Dairemiz ilk kararlarında 5510 sayılı Yasanın 21. maddesindeki rücu hakkının halefiyete dayandığına dair kararları yazmışsa da bu oy birliğiyle yazılmış bir karar olmadığı, daire içinde tartışmalı olduğundan artık halefiyet esasına dayandığı şeklindeki görüşlerini karara yansıtmamaktadır. Bunu kararlara yazılmaktadır.

Bir kısım üyelerin görüşüne göre kendine özgü halefiyet deniliyor. Ancak bunun açık bir tanımı, karşılığı yok. Kendine özgü halefiyet ne demek? Hiçbir yerde tanımı yok. Halefiyet tektir, bunun kendine özgü dediğiniz za-

man siz kendinize göre bir tanım yapmak zorunda kalırsınız. Halefiyet normalde işçinin yerine geçerek işçinin işverenden isteyebileceği miktarla sınırlı olmasıdır. Yani işveren işverenden ne isteyebileceksene, bunu isteyebilmektir. Bunun sonucu olarak da işçinin açtığı tazminat davasında belirlenen kusur ve sürekli iş göremezlik oranıyla kurumun bağlı olması, ayrıca işverenin harici ödemeleri varsa, bu harici ödemelerinin de düşülmesi, işverenin işçi arasında bir kabul, sulh, feragat varsa, bunlardan da kurumun bağlı olması gerekir ki kurumun alacağı Sosyal Güvenlik Kanunlarında belirlenen bağladığı sürekli iş göremezlik geliri ve yaptığı ödemelerden ibarettir. Kurumun alacağının sınırlarını bunlar belirler, dolayısıyla kurumun alacağının halefiyete dayallığını kabul etmek mümkün değildir. Ben böyle düşünüyorum, ancak dairemizde bir oy birliği yok. Kendine özgü halefiyet olduğunu düşünenler de var, basit rücu hakkı olduğunu düşünenler de var. Tam bir oy birliği sağlanamadığı için kararlara da artık halefiyete dayandığı esas şu anda yazılmamakta ve bunun sonucu olarak dairemiz işçinin açtığı tazminat davalarında belirlenen kusur oranlarıyla kendisini bağlı hissetmemekte, bunları güçlü delil biz sayıyoruz. Bunda ihtilaf yok, yoksa halefiyete dayalı kabul edilse bağlı olduğu kabul edilecektir.

Benim Hasan Erdem Hocama bir sorum olacak. Şimdi evlenme şansı tartışıldı. Kendisi de bir anekdot anlattı, güzel oldu. Şimdi bazı kişiler iş kazasına uğramasına rağmen eşler aldığı sürekli iş göremezlik gelirinin kesilmemesi için veya mevcut tazminat davalarını etkilememesi, tazminat davalarındaki tazminat miktarının düşmemesi için gayri resmi evlilik yapmakta veya gayri resmi birliktelik yaşamakta. Bunda evlenme şansı olarak nasıl değerlendirmek gerekir? Artık evlenmiştir kabul edilebilir mi, nasıl bir hesaplama yapmak gerekir? Teşekkür ediyorum.

BİROL SONER- Ben teşekkür ediyorum Halil Bey. Sayın Başkanım, son olarak sizden şu zamanaşımı konusunda çok tartışmalar yaşandı. Yaşam tablosu ve rücutdaki 10. Hukuk Dairesi aramızdaki hesapla ilişkin bir değerlendirme yaparsanız.

MESUT BALCI (Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı)- Teşekkür ederim Sayın Başkan. Ben çok uzun konuşsam şimdi çok zaman alırım, o yüzden her şeye girmeyip, bir-iki pürüz noktayı söyleyeceğim. Zamanaşımı konusu zaten tartışılıyor sürekli, ona girersek bugün buradan çıkmayız. Şimdi öncelikle Hasan Erdem Beyefendinin söylediği husus var. Arkadan da cevap verirdi, ama biz birinci ağızdan bu cevabı daire olarak

vermemiz lazım. İşveren işçiyi bildirmediği için kusurundan fazla bir rücuyla karşılaşılıyor. Fakat biz daire olarak tazminat davalarında işveren o artı bildirge vermeme olayından doğan sorumluluğunu işçinin tazminatından düşmüyoruz, sadece kusuruna isabet eden kısmı rücu edilebilir kısım olarak kabul edip, onu düşüyoruz. Yoksa işveren kendi kusuruyla işçinin cebinden para harcamış olur. O yüzden biz bunu böyle düşüyoruz.

Gelelim 10. Hukuk Dairesinin işçi ve işverenle üçüncü kişinin aynı anda kusurlu olması durumunda uyguladığı sistemi Ersun Bey izah ettiler. Herhalde bizim kararlardan veya bizim daire görüşlerinden haberdar olmadıklarını anladım bu konuşmalarından, bizim uygulamamız, biz rücu davasını beklemiyoruz işçi mağdur olmasın diye, biz rücu edilir kısmı tespit edip düşüyoruz. Bunu biz nasıl yapıyoruz? Diyelim ki 10. Hukukun kabulüne göre yüzde 50 işveren kusurlu, yüzde 50 üçüncü kusurlu, sen işverene sen tamamından sorumlusun, sen bunun hepsini öde, işte bir kısmını da oradan al dediğiniz zaman bu bize göre yanlış bir uygulama, işverenden sorumlu olmayacağı miktarı da tahsil ediyorsunuz. Bizim dairenin uygulaması şöyle: Bilirkişiler de bunu gayet güzel uyguluyorlar. Hiçbir dosyada pürüz çıkmıyor. İşveren kusuru oranında tam sorumlu, üçüncü kişi yüzde 50 sorumlu, yüzde 50 işveren sorumlu diyelim, 10 lira da zarar var, peşin değer var. Bu 10 liranın yüzde 50 kusurlu olduğu için tamamından sorumluydu ya, 5 lirasından işveren sorumlu, onu bir kenara koyalım, koyduk, onu çözdük. Peki, üçüncü kişi ne kadar sorumlu olacak. Yüzde 50 kusurlu, 10 liranın yüzde 50'si gitti, bir de zararın yarısı rücu edilebiliyor, o da gitti, 25 kaldı. Biz o 75'i düşüyoruz. O zaman kendi aralarındaki rücuda da hiçbir problem çıkmıyor. Herkes sorumlu olduğu miktarı diğerinden isteyebilir. Kimse fazla bir şey ödemedi ve böylece işçinin alacağı tazminat hakkına da tecavüz etmedik. Tamamını rücu ettirsek tamamını düşeceğiz ilk peşin değeri, bir de Abdülhalim Eke Bey çok güzel söyledi. Eğer gelirler kesilmişse, eş diyelim evlendi, 5 sene gelir bağlandı buna, şimdi 10. Hukuk Dairesi diyor ki 5 sene aldın, sen bunu topla da düş. İyi de o da ilk peşin değeri düş diyor. 5 senelik gelirin de ilk peşin değerinin hesaplanması mümkün, 5 senelik gelirin ilk peşin değerini düşeceksiniz o zaman da, benim şahsi görüşüm henüz bu doğumda biz bozma yapmadık. Tartışmalar da var, onu da söyleyeyim. Benim şahsi görüşüm, bu son söylediğim benim şahsi görüşüm.

Şimdi deniliyor ki manevi tazminatlar az, hiç kimse memnun değil. İşçi, davacı taraf memnun değil. İyi de davalı taraf da memnun değil. O da çok diye sızlanıyor. Davacı taraf az diye sızlanıyor, davalı taraf çok diye sızlanıyor. Tabii bizim görevimiz de bir tarafı memnun etmek değil, doğruyu bulup, bu vicdani bir şey aslında, bunun hesabı yok, kitabı yok, ama orada tartışıyoruz. Sayın Başkanın söylediği gibi ne olur bu, ne kadar karşılar diye, yoksa veririz, Amerika'da duyuyoruz işte, ufak bir vadisi olmuş, 1 milyar dolar tazminat verilmiş. Elimizi tutan mı var, verelim, bütün işyerleri batsın, ama biz o işyerinde diğer kişileri de, işyerinin ekonomik gücünü, her şeyi dikkate alıyoruz. Kimmiş bu şirket, yani ne kadar, ne iş yapıyormuş, ekonomik gücü ne kadarmış, yani onu da mağdur etmeyeceğiz. Tamam, cezalandırır gibi, acıtır gibi yapacağız, ama öldürmeyeceğiz. Bunları söylüyorum. Bir de kısaca şu yaşam tablosuna değineyim. Şimdi ortaya Sosyal Güvenlik Kurumu ilk peşin değer için rücu davası açılır deyince baktık ki gelirleri azaldı, ben ne yapayım? Dedi ki ben bir yaşam tablosu icat edeyim, toplandılar, yaptılar bir yaşam tablosu, getirdiler tek bir kâğıt parçası koydular, alın size yaşam tablosu. Arkadaş, sen bunu neye göre yaptın, hani senin istatistiğin, bunun dayanakları ne, kim tartıştı bunu? Biz bir kâğıt parçasını niye sahiplenelim? Sosyal Güvenlik Kurumunun işlemleri bizi bağlamaz ki tartışılın, Başkanımın dediği gibi tartışılın, ne kadar doğru bu? PMF'ye göre bu hangi bilimsel verilere dayanıyor? Ortada bu yok, bir kâğıt parçası var. Biz o yüzden diğer dairelerle birlikte eskisini sürdürüyoruz. Tartışılın, işte sempozyum, koysaydınız böyle bir konu, getirselerdı verilerini, hangi verilere göre yaptılar? Teşekkür ediyorum, fazla vakit almayayım. Ben bazı şeyleri de yarın söyleyeceğim yarın kimse gelmez diye, onları söylemedim. Onun için teşekkür ediyorum.

BİROL SONER- Çok teşekkür ederim Sayın Başkanım. Gerçekten manevi tazminat davalarında dairemiz müzakere salonundaki tartışmaları bilseniz gerçekten çok tartışmalı, ayrıntılara girerek ilkeleri oturtmaya çalışıyoruz. Tamamen vicdani bir iş bu, çok sevdiğim bir dizesi vardır bir ozanın: *"Yeter ki kararmasın sol göğsünün altındaki cevahir"* der, biz de o cevahire göre, vicdanımıza göre karar vermeye çalışıyoruz. Cevap kısmına geçelim. Sayın Hocamdan başlayayım ben, buyurun Hocam.

Dr. ERSUN CİVAN- Teşekkür ederim Sayın Başkanım. Zaten programa göre bayağı bir zamanı aştık, bu yüzden çok vaktinizi almak istemiyorum. Öncelikle Ekrem Bey bir açıklama yapmıştı zaman bakımından uy-

gulamayla ilgili olarak, zaten aynı görüşte olduğumuzu da anladım büyük bir ihtimalle, bu çok detaylı bir konu tabii ki, Yargıtayın farklı kararları da var. Bazen lehe kanun uyguluyor, Anayasa Mahkemesi iptal kararı verse derdest davalara derhal onları uyguluyor. Dolayısıyla burada asıl bir de modern teori dediğimiz bir teori var, ben bunların ayrıntısına çok girememiştim. Bence de sonuçta modern teoriyi her halükarda uygulamak lazım. Yani tamamlanmamış bir işlem söz konusuysa, o zaman geçiş hükmü de yoksa derhal o kanunu uygulamamız lazım ki zaten 5510 sayılı Kanunda rücuyla ilgili hükümler de geçiş hükmü olmadığını Yargıtay da çok sayıda kararında vurguladı. Dolayısıyla oradan bir açıklama yapmak istedim.

Abdülhalim Beye de teşekkür ediyorum, kendi görüşlerini de açıkladı. Ben zaten ilk hukuk fakültesine başladığımda da şu söylenmişti: İki hukukçunun olduğu yerde en az üç görüş olur. Dolayısıyla sizin görüşlerinize de çok teşekkür ediyorum, tabii ki uzlaşabilmemiz her konuda mümkün değil özellikle kaçınılmazlıkla ilgili yaptığınız açıklamalar bakımından, ama ben onu daha çok mutlak kaçınılmazlık olarak algılamayı tercih edeceğimi söyleyebilirim.

Talat Hocam bir soru sordu. Yanlış anlamadıysam şunu sormak istedi: Alt işveren bildirim yapmamış, asıl işveren bu durumda 23. madde kapsamında değil de, madde 21'deki gibi sanki kusuru oranında sorumlu tutalım diye sordu zannedersen Hocam, ancak bence 5510 sayılı Kanunun 12. maddesinde müteselsil sorumluluk açıkça öngörülmüş. Böyle bir ayırım yapılmadığını da düşünüyorum. Nitekim bireysel iş hukuku kapsamında bile aslında asıl işverenin özellikle ücretleri ödemesinde artık 36. maddede yapılan değişiklik sonrasında bile doğrudan hak edisten kesip, ücretleri ödeme yükümlülüğü bile geldi diyebiliriz. Dolayısıyla sosyal güvenlik kapsamındaki sorumluluğun daha fazla olduğunu düşünüyorum. Bu nedenle alt işveren bildirim yapmadıysa, asıl işverenin de gene 23. madde kapsamında alt işverenle müteselsilen sorumlu tutulması gerektiğini düşünüyorum Hocam.

Bunun dışında Mahmut Bey bir soru sordu. Trafik, iş kazası olduğu zaman acaba geçici iş göremezlik ödenekleri tedavi masrafı kapsamında kabul edilip de rücu edilemeyecek bir kalem gibi mi görülmeli? Benim gördüğüm Yargıtay kararları tam farklı yöndeydi, hatta birkaç tane karar gördüm. Geçici iş göremezlik ödeneğinin rücu edilebileceği yönündeydi, hem de yeni tarihliydi, ama sizin gördüğünüz kararı bilmiyorum tabii ki

onu da ayrıca incelemek lazım, ama geçici iş göremezlik ödeneği sonuçta tedavi nedeniyle değil de iş kazası meslek hastalığı sigortasıyla bağlı olarak yapılan bir parasal yardım diye düşünürsek, bence 6111 sayılı Kanunla yapılan değişikliğin dışında tutmamız gerekir ve rücu edilebilecek bir kalem gibi algılamamız gerektiğini söyleyebilirim.

Bunun dışında İbrahim Bey bir soru sormuştu. O da işçi, sigortalı aradan uzun bir süre geçtikten sonra ilk peşin sermaye değerinin ne zaman hesaplanacağıyla ilgili olduğunu anladım. Burada da normalde biz 506 sayılı Kanun ve 5510 sayılı Kanunda aslında zamanaşımı süresini hemen hemen aynı şekilde belirledik diyebiliriz. Yani kurumun onay tarihinden itibaren, gelirin bağlanması tarihinden itibaren, dolayısıyla sigortalı ne zaman başvurduysa da ilk peşin sermaye değerinin de zamanaşımı süreleri içerisinde onu talep hakkı kapsamında kaldığı sürece o tarihe göre ilk peşin sermaye değerinin hesaplanması gerektiğini söyleyebilirim.

Halil Hocam sağ olsun o da açıklamalar yaptı, kendine özgü halefiyet görüşünü de eleştirdi. Bu görüşe ben de son derece katılıyorum. Kendine özgü halefiyet değil de, ya klasik halefiyet olarak uygulayalım bunu veya uygulayacaksak basit rücu hakkı olarak uygulayalım, ama Yargıtayın tabii ki burada halefiyet görüşünü çıkarmasını da yadırgamıyorum. Sonuçta her zaman bizim kabul ettiğimiz husus kanunların özülü ve sözüyle değiştiği her hususa uygulanacağı doğrultusundadır.

Bir de Mesut Başkanımıza da çok teşekkür ediyorum yaptığı açıklamalarla ilgili olarak, 21. Hukuk Dairesinin o kararlarını tabii ki incelememiştik. 10. Hukuk Dairesinin kapsamında kaldım. Ancak bu iç ilişki sorunlu 21. Hukuk Dairesinin kararına tam nasıl yansıdı onu bilemediğim için sizi tekrar dışarıda rahatsız etmek istiyorum. Çok teşekkür ederim, sağ olun dinlediğiniz için.

BİROL SONER- Sayın Hocam, çok teşekkür ederim. Buyurun Erdem Bey.

Av. HASAN ERDEM- Teşekkürler. Soruların aslında bir kısmını Sayın Başkanımız, aynı zamanda da Oturum Başkanımız cevapladı. İlerleyen zaman nedeniyle tek tek cevaplardan gitmek yerine genel olarak konu başlıklarına baktığımızda sigortalının vefatı ya da işçinin vefatını müteakip hak sahibi eşinin evlenmeyecek davanın sonucunu beklediği durumlar

söz konusu olabiliyor. Tabii bu durumda imam nikahlı yeniden evlenme ya da birlikte yaşamak gibi durumlar söz konusu. Destek payını belirlerken nişanlılık veya imam nikahlılık ya da birlikte yaşama olgusuna bağlı olarak bu kişilerin destek payına sahip olduğunu düşündüğümüz gibi aynı şekilde fiilen tabii ispata bağlı olmak kaydıyla ki bunun ispatı nasıl gerçekleşecek, bu kişiler ikametgahlarını büyük ihtimalle aynı yere taşımayacaklar. Bunun ispatı halinde birlikte yaşamamanın varlığı ve artı belki bu birlikte yaşamamanın uzun süre devam edeceğine ilişkin somut emarelerin varlığı halinde diye çok, onun gibi olabilir. Çocuk olması tabii ayrılmayacakları anlamına gelmez. Onlar ayrılabilirler de, fakat artık vefat eden eşten çıkıp başka bir eşin destek alanına girdiğini kabulüyle çocukla ilgili mesela kurumun aylığını kesmesi söz konusu olabilir. Tabii bu tarz durumlarda bağlanan gelirin peşin sermaye değeri değil, eğer iş kazasında bu artık görülebiliyorsa, ödenmiş olan tutarın ödeme tutarı gözükebilir ve bu ödeme tutarını yine bu sefer kusura ibra ederek hak sahibi zararından düşülmesi söz konusu olabilir. Temel çerçevede baktığımızda aslında rücu edilebilir tutar denildiğinde konuşmamda da ifade etmeye çalıştım. Teorik olarak aslında belki de hak sahibi dosyasında kurumun bağladığı gelirin ve peşin sermaye değerinin ve rücu edilebilir tutarını bekletici mesele yapılması gibi bir mantığa gidilebilir, ama bu mantık hem yargı yükünü, yargının işleyişini kilitleyecektir, hem de mağduru kaçınılmaz mağduriyetini arttıracığı için şu an 21'in uygulaması tartışmasız yerindedir. Zaten biz de birlikişi sıfatiyla rapor yazdığımızda kuruma sorulur. İlk bağlanan ilk gelir peşin sermaye değerinde hak sahibi dosyasındaki kusur oranı üzerinden çarparak rücu edilebilecek değeri buluyoruz. Eğer o rücu dosyasını bekleysek ve rücu dosyasının için görsek belki orada sigortasız çalıştırma ki Talat Hoca da değindi ona, sigortasız çalıştırma, sigortasız çalıştırmaya bağlı olarak tüm gelirin işverenden talebi gibi unsurlar görülebilecek, ama zaten o unsurlar burada tartışılmadığı gibi hak sahibi dosyasında görülüyor da. Sadece kusuru oranında, ama sigortasız çalıştırmaya bağlı olarak sadece hak sahibi dosyasındaki kusur oranı değil, belki orada bir ağırlaştırılmış kusur düşünülerek rücu edilebilecek tutarda biraz düşme yaparak, işçi lehine bir sonuca varılır ki bu aynı zamanda sigortasız çalıştıran işvereni de cezalandırma gayesini de yerine getirmiş olabilir.

Bunun dışında asıl işveren ve alt işveren sorumluluklarına değinildi. Talat Hocamızın da değindiği üzere 5510'daki tanım daha geniş, "işyeri içinde ve eklentilerinde iş alan" diyor oradaki taşeron tanımı, İş Kanununun 2. maddesindeki tanımdan çok daha geniş sorumluluk söz konusu,

fakat sorumluluğun sınırı ne olacak? İşte anahtar teslimi kavramı aslında Sosyal Sigortalar Kanunundaki alt işveren anlamında daha önem arz eder mahiyette karşımıza çıkıyor bu nedenle, bir görüşe göre -ki aslında Yargıtayın da bu tarz kararları var- cezaların şahsilik prensibi uyarınca örneğin, alt işverenin işçiyi sigortasız çalıştırmasına bağlı olarak bildirge vermemesi, aylık bildirge vermemesine bağlı idari para cezalarından asıl işverenin birlikte sorumlu kabul edilemeyeceği, ancak işin doğası gereği ödenmemiş primlerden müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulması gerekeceği, benzer şekilde kazaya bağlı olarak kurum zararının rücusu halinde de bu noktada ben asıl işverenin de bunu bir ceza değil de, asıl işverenin de genel rücu, genel anlamdaki rücuda müştereken müteselsilen sorumlu tutulması gerekeceği, ancak alt işverenin sigortasız çalıştırılması halinde yine dediğimiz gibi idari para cezalarından sorumlu olamayacağı, ancak alt işvereni denetlemeye bağlı sorumluluğu nedeniyle rücu edilebilecek tutara ilişkin zarardan onun da müştereken sorumlu olması gerektiğini düşünüyorum. İdari para cezalarından değil,

Av. HASAN ERDEM- Yani dediğimiz gibi alt işveren bildirgesini verecek, zaten oradan dosyayı açacak. Onu kontrol etmek zorunda üst işveren zaten, ama ondan sonra bireysel işçiler bazında kontrolü kaçırabilir, yakalayamayabilir. Bununla ilgili zaten 10. Dairenin bir kararı var: *“İdari para cezasından sorumlu tutulamaz cezaların şahsiliği ilkesi uyarınca”* diyor. Ancak bu tarz rücuca kaynaklanan alacaklara bu aslında bir ceza değil, kusurun nazara alınmaması nedeniyle rücu edilecek tutarın yükselmesinden kaynaklı bir şey. O yüzden asıl işveren bence sorumlu olabilir, ama tartışmaya açık bir konu tabii ki bu.

SALONDAN- Nisan ayında kararı var Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin sorumlu tutulamayacağına ilişkin.

Av. HASAN ERDEM- Anladım, tamam. Borçlar Kanunu 55. madde uyarınca, hakkaniyet indirimi yapılabilir mi ya da 51. maddede hakkaniyet indirimi yapılabilir hükmü var. Bu ikisi çelişiyor demiştiniz, ama madde başlıklarına baktığımızda 51. maddenin genel olarak zarara ilişkin sorumluluğun ve zarar tutarının belirlenmesine ilişkin olduğu, 55 gelmeden önceki madde başlığıysa ölüm ve cismani zarara ilişkin olarak özel bir düzenleme yaptığı ve bu düzenlemede de hakkaniyet indiriminin yapılmasının mümkün olmadığını görmekteyiz. Çelişiyor gibi gözüküyor, ama madde başlıklarına baktığımızda ilk maddelerin genel düzenleme, 55 ve takip edeninse daha özel ölüme bağlı ve cismani zarara bağlı düzenle-

me yaptığı ve bu kapsamda da daha özel düzenleme yaptığı için orada hakkaniyetle indirimin yolunu kapattığını düşünüyorum. Bence de açık bir şekilde o ifade ediliyor.

Av. HASAN ERDEM- Aslında Abdi Beyinki sorudan ziyade görüş bildirimiymi diye düşünüyorum. Ben kendi görüşümü konuyla ilgili açıklamıştım, ama tabii şimdi iş hukukunda öyle bir alanda faaliyet gösteriyorsunuz ki mesela, ticaret hukukundaki öğretim görevlisi arkadaşım iş hukuku denildiğinde usul tartışılır diyor. Neden dersenez, çünkü kanunu yorumlarken diğer ilkeler de ister istemez işte işçiyi koruma, işçi lehine yorum yapma ilkesi gibi ilkeler de giriyor. Böyle olunca da bazı maddelerin kimi zaman hakkaniyete bağlı olarak, kimi zaman da işçi lehine yorum yapma ilkesinden hareketle esnediğini görüyoruz. Yani bu kapsamda evet, belki 10 yıl, ama verilerden bir tanesini elde edememek ve o elde edemediğimiz verinin işçiden kaynaklanmadığını gözettığımızda bu tarzda bir karar da verilebilir istisnai olarak, diğeryse hukuka uygunluğu daha ağır basıyor.

BİROL SONER- Oturumumuz burada bitmiştir. Sabırla bizi dinlediğiniz için de teşekkür ederiz.

2. GÜN

1. OTURUM

SUNUCU- Değerli konuklar, günaydın, toplantımızın 2. gününe hoş geldiniz. Bugün ilk oturuma başkanlık yapmak üzere Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı Sayın Mesut Balcı'yı ve "*Hizmet Tespiti Davaları*" konulu tebliği için İstanbul Teknik Üniversitesinden Doç. Dr. Mahmut Kabakçı'yı kürsüye davet ediyorum.

MESUT BALCI

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı

Geleneksel hale gelen bu toplantıyı düzenleyen Galatasaray Üniversitesiyle İstanbul Barosuna çok teşekkür ediyorum, hepinize saygılar sunuyorum. Hizmet tespiti davalarında ben 1994 yılından beri bu dairede tetkik hâkimliği yaptım, üyelik yaptım, hatta 10. Hukuk Dairesinde çalıştım bu daire kurulmadan önce, hizmet tespiti davalarında ben 94'ten beri önce işyerinin varlığının tespiti, bir işyeri tescilli mi, tescilli değilse de vergi kayıtlarına göre böyle bir işyeri faaliyette mi, önce bunun belirlenmesi, daha sonra da o işyerinin bordro tanıkları veya o işyerine komşu işyerinin sahipleri belgeli olacak bunlar veya onların bordro tanıkları gibi ciddi tanıkların dinlenmesi gerektiği noktasında bozmaları yapıyoruz 20 seneden fazladır, ama hâlâ her gün aynı şekilde bozmalar yapıyoruz. 20 senedir anlatamadık, bir de burada söyleyeyim dedim: En önemli hassas olduğumuz yer bu. Çünkü daha önce bu bordro tanığı aranmıyormuş, bu 10. Hukuk Dairesinin çok eski zamanlarında iki tanık getiren 20 sene hizmeti alıp, emekli oluyormuş. Şimdi bunun bir ciddiyeti yokmuş. Artık bunun kamu düzenine ilişkin olduğu, ciddi şekilde sorgulanması gerektiği, kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi gerektiği düşüncesiyle içtihatlar böyle geliştirilmiş. Hâkim tarafların bu nitelikte tanıkları göstermediğini anlarsa bu dava kamu düzenine ilişkin olduğu için bu nitelikteki tanıkları araştırıp çelişkiler varsa çelişkileri giderecek, hatta tanıklara ifadelerini somutlaştırıcı beyanlar soracak. Gerçi siz bana sorsanız şimdi, Birol Bey daireye hangi tarihte geldi, Ahmet Bey hangi tarihte geldi deseniz ben de bilmem. Bu da bir gerçek, yani bu kadar uzun süreyi hatırlamak da zor, ama somut olaylara dayandırılarak ifade alınırsa, o daha inandırıcı. Hele hele yazılı belgeler elde edilirse, o da sonuca etkili oluyor. Bizim ülkemiz kayıt dışı bir ülke, hiçbir işveren ne bordro, ne puantaj tutuyor, hiçbir şey tutmuyor. Sonra biz hizmet tespiti davasıyla karşılaştığı zaman da o zaman da başına ne geleceğini düşünmesi gerekiyor şimdi. Çünkü bunu kötüye kullanmak için çok eski tarihli hizmetlerin tespitini istediğiniz zaman zamanaşımı süresi dolduğu için kurum bu primleri tahsil edemiyor. Bize de bu primler almayınca, ben emekli etmem deyince dairemiz 10. Hukuk Dairesinin kararlarına göre prim yükümlüsü işverendir, işçi bu primi ödemek zorunda

değil tespiti yaptıysa, sen bu aylığı bağlayacaksın diyoruz. 5510 sayılı Yasa geldiği zaman diyor ki: *“Hizmet tespiti davasının kesinleşmesinden başlar zamanaşımı 10 yıllık süre veya kurum memurunun tutanağından başlar”* Şimdi bu işverenleri çok acıtacak. Buna göre artık kayıt tutmaları sağlıklı şekilde bordro yapamıyorsan puantaj tut, işçinin imzasını al, rapor aldıysa onları sakla, bunları yapmayınca gelip de hatta hiçbir işveren bu dosyalarda bordro da ibraz etmiyor. Kendilerini savunmuyorlar, ama artık savunmak zorunda kalacaklar. Bu 10 yıllık zamanaşımının da primler için tahsil zamanaşımının da eski olaylarda nasıl olacağı, yeni olaylarda nasıl olacağı konusunda bir-iki tartışma konusu var. Eski bir hizmetin bugün tespit edildiği durumda bu tespit kararının kesinleşmesinden mi başlar, yoksa eski zamanaşımı süreleri mi dikkat alınır, 5510’dan önceki süreler mi dikkate alınır diye tartışmalar var.

Şimdi ben fazla vakit almayayım, herhalde bu kadar bir açıklama şimdilik yeterli. Sayın Hocama sözü veriyorum, 45 dakika içinde bize bu konularda Sayın Doç. Dr. Mahmut Kabakçı açıklamalarda bulunacak. Buyurun Sayın Hocam.

Doç. Dr. MAHMUT KABAKÇI

İstanbul Teknik Üniversitesi

HİZMET TESPİT DAVALARI

Teşekkür ederim Sayın Başkan. Bayanlar, baylar; herkesi saygıyla selamlıyorum. Tebliğe başlamadan önce başkanın açıklamaları üzerine aklıma gelen bir hususu paylaşmak istiyorum. Hizmet tespiti konusunda çok sayıda dava var, çok sayıda karar var ve bu kararların büyük, hemen hemen tamamı ispat hususunda, çünkü bizde iş mahkemeleri hem sosyal güvenlik, hem de iş hukukuna ilişkin davaları yürütüyor. İş Mahkemeleri Kanunu var, fakat bu kanunda çok temel kurallar var ve yargılama usulü bakımından, ispat bakımından genel Hukuk Muhakemeleri Kanununa atıf yapıyor. Dolayısıyla niteliği itibariyle genel usul hukuku kurallarının yetmediği hususlar var. Yabancı ülke hukuklarına baktığımızda hem iş yargısı bakımından, hem sosyal sigorta yargısı bakımından ayrı mahkemelerin olduğu, ayrı yargılama kurallarının bulunduğunu görmekteyiz. Belki en sonda söylemem gereken bir hususu ileriye dönük bir öneri olarak bu yargılama hukuku bakımından özel düzenlemenin düşünülmesi gerektiğini en başta söylemek istiyorum.

Şimdi hizmet tespiti davaları az önce söylediğim üzere sosyal sigortalar kapsamındaki davaların rakam vermem söz konusu değil, ama yarısından çoğunu teşkil ettiğini düşünüyorum. Her dönemde güncel, dolayısıyla bu davalar hakkında sağlıklı içtihatların değerlendirilmesi, sağlıklı çözüm önerileri bakımından öncelikle bu davanın hizmet tespiti davasının işlevi üzerine birkaç husus üzerinde durmak istiyorum. Birincisi, hizmet tespiti davaları sosyal güvenlik hakkının, sosyal sigorta hakkının garantisini, güvencesini, dolayısıyla bu davaların mevzuatımızda daha detaylı düzenlenmesi gerektiğini düşünüyorum. Ben bu konuda yurtdışına baktım. Acaba bu sosyal sigorta hakkının ne gibi güvenceleri söz konusu başka ülkelerde? Bizde hizmet tespiti davaları var. Kurumun tespiti söz konusu ve baktığımızda Almanya'da örneğin özel düzenlemeyle Ceza Kanunlarında 266/A maddesinde sigorta bildirimini olmadan çalıştırmanın yahut da sigortalı bildirimini var, fakat prime esas kazancın gerçek düzeyden gös-

terilmediği durumunda bir yıldan beş yıla kadar hapis ve para cezalarını gerektiren bir suç olarak düzenlendiğini gördüm. Bu çok ileri bir düzey, fakat bizim ülkemiz gerçekleri bakımından önerilebilirliği, yerindeliği demiyorum, önerilebilirliği bile tartışma konusu, böyle bir yasal düzenlemeyi düşününce sonuç çok vahim olacaktır. Dolayısıyla hizmet tespiti konusunda yabancı literatürden yararlanmaktan vazgeçip, bizim kendi düzenlemelerimiz, öğreti ve yargı görüşleri çerçevesinde konuyu ele almaya çalışacağım.

Şimdi sosyal güvenlik hakkı Anayasanın 2. maddesinde sosyal güvenlik hakkı, sosyal devlet, devletin bir niteliği olarak tanımlanıyor. 60. maddede bu anayasal bir hak olarak kişilere tanınıyor. Dolayısıyla bu hak çerçevesinde kişilere asgari düzeyde sosyal risklere karşı malullük, yaşlılık, ölüm, doğum, işsizlik, vesaire asgari düzeyde bir koruma devlet tarafından temin edilmesi taahhüt ediliyor, garanti altına alınıyor ve bu çerçevede işte sosyal sigortalar mevzuatımız söz konusu. Şimdi sosyal sigortalar mevcut önceki dönemde 506 sayılı Kanun, 1479 sayılı Kanun ve şimdi 5510 sayılı Kanunda kamu hukuku nitelikli düzenlemelerle ele alınıyor. İş hukukunda söylenir, işte özel hukuk bir sözleşmeye dayanılıyor ilişki, ama işçinin korunması, dolayısıyla devletin müdahalesi, kamu hukuku yönü olan karma hukuk dalı. Bu tespit sosyal sigortalar bakımından yanlış, çünkü sosyal sigortalar hukuku yüzde 100 kamu hukuku dalı, dolayısıyla bir kimse kanundaki şartları, kanunda sigortalı olmaya dair şartları taşımakla kendiliğinden bir işleme, bir sözleşmeye, irade beyanına gerek olmaksızın sigortalı vasfını kazanıyor. Dolayısıyla böyle bir özel hukuk çerçevesinde bir sözleşme, iş hukuku kapsamında bir sözleşme sosyal sigortalar alanında kendiliğinden sonuç doğurur. Bir kamu hukuku ilişkisi sosyal sigorta ilişkisini doğuruyor. Bu alanda sosyal sigorta ilişkisinde işçi işverenin yanında üçlü bir ilişki, devlet, yani Sosyal Güvenlik Kurumu da taraf ve burada az önce söylediğim üzere tarafların iradesine kapalı bir kararlaştırma söz konusu değil. Bu husus eski 506 sayılı Kanunda 6. maddesinde ve mevcut 5510 sayılı Kanununun 92. maddesinde buraya yazmayı unutmuşum, 1479 sayılı Bağ-kur Kanunu 25. maddesinde sosyal sigortaların zorunlu olduğu, vazgeçilemeyeceği, sözleşmelere konu yapılamayacağı açıkça düzenleniyor. Kişi kanundaki şartları karşılamakla doğrudan sigortalı vasfını kazanıyor. Zaten sigortalılık başlangıcına ilişkin mevcut 5510 sayılı Kanun 7. maddesi de bu hususu açıkça teyit ediyor. Kişi çalışmaya başlamakla sigortalı olur. Vergi kaydıyla sigorta olur. Dolayısıyla SGK nezdinde tescil

kurucu değil, açıklayıcı, bu yönde açık bir düzenleme iş kazaları ve meslek hastalığı sigortasına ilişkin 5510 sayılı Kanunun 23. maddesi bildirim olmasa dahi kurum bu sigorta dalı kapsamındaki yardımları yapıyor.

Şimdi hizmet tespit davaları konusunda 506. sayılı Kanunun 79. maddesi mevcut kanunda 5510 sayılı Kanunda 86. madde çok küçük bir fark var. Onun dışında hemen hemen aynı, fark: *Eski kanunda yönetmelikle tespit edilen belgeler işveren tarafından verilmeyen* Yeni kanunda: *“Aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen”* Kalan kısım aynen geçerli. Dolayısıyla aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları kurumca tespit edilemeyen sigortalılara bu hak, yani yargıya başvurarak mahkeme ilamıyla sigortalı çalışmaların tespiti, bu olumlu tespit davası, inşai yönü kesinlikle yok. Var olan hukuki ilişkinin Sosyal Güvenlik Kurumu nezdinde dikkate alınmasını sağlayan bir işleve sahip. Bir not: 506 sayılı Kanun dönemindeki Yargıtayın kararları yeni 5510 sayılı Kanun döneminde de büyük oranda dikkate alınabilecek nitelikte, büyük oranda istisnası işte geçen sene eylüldeki değişikliklerle bu SGK'nın davada husumeti konusu, zamanaşımı, birkaç konuda farklılık var. Onun dışında eski içtihatlar da aynen geçerli olduğunu söylemem gerekiyor.

Şimdi hizmet tespiti davası için az önce söyledim, işveren tarafından aylık prim ve hizmet belgesi verilmeyen, verildiğinde çünkü kurumun haberi var, gerekli işlem yapıldı ya da kurum tarafından tespit edilemeyen sigortalılar, şimdi dolayısıyla kurum tarafından tespit de hizmet tespitinin, hizmet tespiti öğretide hükmen tespit olarak isimlendiriliyor. Onun dışında bir de Sosyal Güvenlik Kurumunun tespiti söz konusu, buna göre kurum müfettişi, şikâyet üzerine ya da olağan denetimlerde yapacağı denetimlerde işyeri kayıtlarından ya da fiili denetim sırasında elde ettiği bilgilerden, beyanlardan kişinin sigortalı vasfında çalıştığını tespit ederse yahut gene Sosyal Güvenlik Kurumu kamu idarelerinin denetim elemanlarınca yapılan, kendi mevzuatlarına göre yapılan denetimlerde sigortasız çalışma olgusunu tespit ederse aklıma şu örnek geliyor: Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün vakıflardaki denetimi geliyor. Birazdan gönüllü çalışma bağlamında bir örnek vereceğim. Bir başka husus kamu idarelerinin kamu kurum ve kuruluşlarının ve bankaların düzenlediği belgelerden çalıştıklarının tespiti durumunda, gene Sosyal Güvenlik Kurumunun sigortalı hizmeti tespiti mümkün. Burada uygulamada haklı olarak eleştirilen bir husus var. Çünkü tespit yetkisi, kurumun tespit yetkisi belgeye dayalıyla kesinlikle bir sorun

yok, 20 yıllık bir dönemi dahi kurumun resen tespit etmesi mümkün, ama belge yoksa fiili şartlar denetim sırasında elde edilen verilerden bir tespit varsa kanun kurumun tespit yetkisini bir yıla sınırlandırıyor. Dolayısıyla bu noktada eleştiri konusu husus bir yıla sınırlandırmanın isabet derecesi, çünkü işyerinde mevcut çalışmanın fiilen tespiti durumunda artık sigortalının beyanı çerçevesinde bir çalışma olgusu, bir karine söz konusu. Dolayısıyla karinenin aksini iddia eden kimsenin bunu işveren ispat etmesi lazım. Böyle bir durumda dolayısıyla hani dava yükünü, ispat yükünü yer değiştirmek bağlamında hani kurumun tespit yetkisi bir yıla sınırlandırılmamalı olması gereken hukuk bakımından ve böyle olmadığı, aslında daha az çalıştığı ya da bir yıldan kısa çalıştığı hususunda işverenin iddiası varsa onun dava açması bence ilerisi açısından uygun, olması gereken bakımından isabetli olacak.

Zamanaşımı konusunda Sayın Başkanın belirttiği sonlarda ele alacağım hizmet tespiti davasında, bu şekilde ama hizmet tespiti davası değil de, kurumun tespitinde zamanaşımı gene özel bir düzenleme konusu yapılıyor. Müfettiş, rapor tarihi ya da kamu idarelerinin o denetim, başka kurumların denetim raporlarının kuruma ulaştığı tarih ya da bankalar, diğer kamu kurum ve bankaların belgelerinin kuruma ulaştığı tarihten itibaren 10 yıllık zamanaşımı işletiliyor. İsbet derecesi tartışılır, zamanaşımının detaylarına burada girmeyeceğim.

Şimdi tespit talebinde kimler bulunabilir? Biraz önce belirtmeye çalıştım, aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen 4/A'lıların, yani burada ben 4/A, 4/B, 4/C öğrencilerime derslerde söylüyorum, onun yerine sosyal sigortalı, Bağ-kurlu, Emekli Sandığı hâlâ ben bunları kullanmaya devam ediyorum. Dolayısıyla bu tebliğde sırasında kullanabilirim. Sosyal sigortalıların ve Emekli Sandığı kapsamında memurların işvereni var, dolayısıyla sanki bu hizmet tespiti davaları sadece 4/A ve 4/C'lilerle sınırlı bir intiba bırakıyor. 4/C'liler bakımından teorik olarak yasa bu yolu açık tutuyor, ama uygulamada tabii ki 4/A'lılar bakımından davalar söz konusu. Kamuda sigortasız çalıştırma imkânsız değil, ama olmaması beklenir. Peki, 4/B'liler bağımsız çalışanların hizmet tespiti söz konusu olabilir mi? Onların işvereni yok. Şöyle, Yargıtay kararlarına baktığımızda bir de uygulamada bilirkişi olarak görev yaptığım dosyalardan edindiğim tecrübe 4/B'lilerin de sigortalı hizmet tespiti Sosyal Güvenlik Kurumuna karşı davalar açtığını görüyoruz. Böyle bir eski 1479'da hizmet tespiti davası

yoktu. Mevcut düzenlemede de Bağ-kurlulara sanki bu imkân kapalıymış gibi duruyor, fakat şimdi bağımsız çalışanlar bakımından da sosyal güvenlik hakkı, sosyal sigorta hakkı zorunlu vergi kaydıyla kendiliğinden başlıyor. Tescil kurucu değil, açıklayıcı, dolayısıyla bunların da eğer kanunda sigortalı olmaya, 4/B'li sigortalı olmaya dair öngörülen şartları karşıladığını kişi belgelerle ispat ediyorsa vergi kaydı, oda kaydı, sicil kaydı, vesaire niye tespit davası genel hükümlere göre olmasın? Hatta bunlarda 5 yıllık, birazdan duracağım 5 yıllık hak düşürücü sürede dikkate alınmayacak. Çünkü özel düzenleme yok, genel hükümlere göre açılacak bir dava, bu konuda Yargıtaya intikal eden olaylar söz konusu ve orada karşımıza çıkan husus Yargıtayın kararları isabetlidir, olması gereken bakımından tartışabiliriz. Çünkü normatif düzenlemeler, yasal düzenlemeler söz konusu. Yargıtayın ilk tespiti sosyal güvenlik hakkının az önce bahsettiğim çerçevede zorunluluğu temel insan hakkı olduğu gibi niteliğini isabetli bir şekilde tespit ettikten sonra -ancak bu eski tarihli eski döneme ilişkin bir karar, fakat yeni dönem için de aynen geçerlidir- kanunda sigortalı hak ve mükellefiyetlerin belirli tarihlerde başlatılmasını zorunlu kılan düzenlemeler. Bu konuda 619 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameyle 2000 tarihinde başlayan bir süreç söz konusu. Bunun 1. maddesinde şöyle der: *"1479 sayılı Yasaya göre sigortalı niteliği taşıdıkları halde bu kanun hükmünde kararnamenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar kayıt ve tescilini yaptırmamış olan sigortalıların sigortalı kat ve mükellefiyetleri bu kanun hükmünde kararnamenin yürürlüğü"* Yürürlük 04.10.2000 tarihini milat olarak isimlendiriyoruz, nitelendiriyoruz. Çünkü o tarihe kadar elinizdeki vergi kayıtlarıyla sigortalı vasfında olduğunuzu ispat ediyor olsanız bile tesciliniz yoksa kanunda 04.10.2000 öncesini siliyoruz. 04.10.2000 öncesinde girişi var, sigortalı olarak girişi var, tescili var, dolayısıyla 6 aylık süre de başvurunun kayıtlarıyla borçlanabilirsiniz, ama hiç tescili olmayanlar açısından 04.10.2000 öncesini KHK sildi. Bu KHK şekil, bu yetki kanunun iptali sebebiyle yürürlükten kalktı. Bunun yerine 1479 sayılı Kanunla 2003 tarihinde 4956 sayılı Kanunun 47. maddesiyle geçici 18 eklendi. Benzeri bir düzenleme gene 04.10.2000 tarihini esas aldı. Dolayısıyla artık 04.10.2000 öncesinde vergi kaydınız, Bağ-kur'lu olduğunuzu resmi belgelerle ispat etseniz dahi bir tespit talebinde bulunmak söz konusu değil. Uygulamada hâlâ bu yönde davalar açıldığını biliyorum, ama Yargıtayın her iki dairesinin de istikrarlı bir şekilde bu yönde, yani bu kanunun bu hükümlerine atıfla davalar reddedilmektedir. Bunun istisnası 2925 sayılı

Tarım Bağ-kur, çünkü tarım bu az önce bahsettiğim hem KHK, hem de 4956 sayılı Kanun 1479'da değişikliğe gitti. Tarım Bağ-kur'da bir değişiklik olmadığı için Tarım Bağ-kur'da hali hazırda onlarda Ziraat Odası kaydı, vesaire, bir de ürün satışından kesilen primler ispatı çerçevesinde geçmişe dönük sigortalı hizmet tespiti davaları görülmekte ve yargı tarafından da kabul görmektedir.

Şimdi bu husus üzerinde durduktan sonra, yani Bağ-Kurluların da hizmet tespiti davası açabilmesi anlattığım çerçevede bu sınırlandırıcı yasal düzenlemeler dışında kalan alanda hali hazırda mümkün. Yeni bir düzenleme, 5510'da da geçici 8. maddede benzeri bir düzenleme var. Bu defa 04.10.2000'le 5510'un yürürlüğe girdiği tarih arasında tescili olmayanlar açısından da gene 01.10.2008'i sigortalılık başlangıcı olarak kabul etti. Gene ikinci bir sınırlandırma olarak bu düzenleme karşımıza çıkıyor.

Şimdi bu hususu belirttikten sonra hizmet tespiti davasının konusu ne? Hizmet tespiti davasında verilecek ilam işverenin kuruma vereceği işe giriş bildirgesi, aylık prim hizmet belgesi yerine geçen belge sigortalının kurumla ilişkilendirilmesi bağlamında işveren tarafından yapılan işlemlerin yerine geçiyor. Dolayısıyla hizmet tespiti davasının konusu bir sigortalı çalışma hangi işveren ya da işverenlerin yanında, ne süreyle, hangi tarihlerde, işte kısmi çalışma mı, tam süreli çalışma mı ve hangi prime esas kazanç düzeyinde bir çalışma? Hizmet tespiti davalarında bu hususlar netleştirilmesi gerekiyor ve kararın ilam kısmında açıkça yazılması gerekiyor. Uygulamada bazen atlanabiliyor kararlarda, Yargıtayın isabetli bozmaları var. Sadece süre tespiti şu tarihten şu tarihe kadar çalışma, hangi ücret düzeyinden bir açıklık yok. Böyle bir durumda kararda mutlaka prime esas kazancın belirtilmesi gerekiyor. İstisna karar gördüm. Bunun somut olayın özelliğine ilişkin olduğunu düşünüyorum. Çünkü karşı oyda az önce anlattığım çerçevede hani talep olmasa dahi prime esas kazancın tespitinden bahsediyor. Bu davanın konusu bir bütün, sadece süre olarak değil, sadece prime esas kazanç değil, kamu hukukuna dair kamusal yönü olan bir dava, dolayısıyla genel bir hizmet tespiti talebi, yani prime esas ücret düzeyi iddiası olmasa bile dosyadaki somut verilerden örneğin, 2 000 lira prime esas kazanç tespit ediliyor. İddiası yok diye hani bu konuyu sessiz geçmesi mahkemenin mümkün değil. Çünkü hem süre, hem de prime esas kazanç bu davanda birbirini tamamlayan unsurlar, bu noktada taleple bağlılık ilkesinin hani böyle birebir uygulanması çok

makul gözüküyor.

Şimdi dava açmada hukuki yararı olacak sigortalının, işte borçlanma sürelerle ilgili acaba dava açmak mümkün mü? Bence mümkün, çünkü şimdi zorunlu sigortalılık, isteğe bağlı sigortalılık tabii ki zorunlu sigortalılığa öncelik vereceğiz. Dolayısıyla burada verdiğim örnekler, ya bilirkişi dosyalarından yahut da Yargıtay kararlarından, onu belirtmek istiyorum. Bir davada mesela, isteğe bağlı dönem, süre de arada 2-3 sene isteğe bağlı ödenmiş. Bu kesinlikle engel değil, dediğim gibi zorunlu sigortalılığa öncelik vereceğiz.

Yargıtayın bir kararını buldum. Sosyal güvenlik destek primine tabi süreler, bunun tespiti. Şimdi burada Yargıtay bildiğimiz üzere yaşlılık aylığı alan kimsenin tekrar çalışmaya başlaması mümkün 4/A'da, 4/B, 4/C'liler için özel düzenleme var 5530 sayılı Kanunda, her neyse, biz 4/A'lılardan gidelim. Özel düzenleme var, yeniden çalışmaya başladığında tercih formu dolduruyor. Aylığım kesilsin, aktif sigortalı, aylığım kesilmesin, destek primine tabi çalışma, şimdi bir olayda, Yargıtaya yansıyan olayda kişi emekli statüsünde, yani yaşlılık aylığı aldığı sırada çalışıyor ve daha sonra geliyor, destek primi ödenen sürelerle ilgili sigortalı hizmet tespiti davası açıyor. Şeyi hatırlatmak istiyorum, destek priminde kişi sadece iş kazaları ve meslek hastalığı sigortasından yararlanıyor, diğer genel sağlık sigortası, vesaire bakımından yaşlılık aylığı sigortası kapsamında yardımlar alıyor. Yoksa ödenen sosyal güvenlik destek priminin sigortalı şahsında bir katkısı söz konusu değil. Yargıtay burada böyle bir tespit davasının olabileceğine işaret ediyor. Buna gerekçe olarak da işte kişinin iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yararlanması gerekebilir. Ayrıca bir alacak davası açıldığında ispat bakımından tespit davasıyla hani öncesinde çalışması kesin hükme bağlanmış olabilir gerekçesiyle olabileceğini kabul ediyor. Bu noktada benim çekincelerim var. Çünkü şimdi dava açmada hukuki yarar çerçevesinde baktığınızda bir gerekçemiz iş kazası ve meslek hastalığı. Ben bu noktada 5510 sayılı Kanununun 23. maddesini hatırlatmak istiyorum. Sigortalı işe giriş bildirimini olmayan sigortalı iş kazası geçirdiğinde kurum yardımları aynen yapıyor ve daha sonra işverene tamamını rücu edebiliyor. Öbür tarafta alacak davasının öncüsü olarak düşünülür dediğiniz noktada genel ilkelerden birisi eda davası olabilecek durumda tespit davası açılmaz, dolayısıyla burada dava açmada sigortalının değil, bence Sosyal Güvenlik Kurumunun duruma göre, yani Sosyal Güvenlik Kurumu

tespit ederse, gerekli işlemi yapacak ve ona karşı işveren dava açacak. Bu işverenin hukuksuzluğunu görmezden gelmek mi? Hayır, sadece ben sigortalının dava açmasına gerek olmadığını, bunu kurum nezdinde ya da işverenin nezdinde çözülmesi gerektiğini düşünüyorum. Tabii ki aksi de söylenebilir.

Şimdi görevli mahkeme zaten 5510'da bu kanundan doğan uyuşmazlıklarda genel bir hüküm var. İş mahkemeleri, ama zaten hizmet tespiti davasına dair o fıkrada iş mahkemesine dava açılır diye açık düzenleme var. Davacı kim? Sigortalı hizmeti bildirilmeyen yahut da kurum tarafından tespit edilemeyen sigortalı davacı ya da ölümü halinde hak sahibi olan mirasçılar. Davalı kim? Davalı sigortalıyı çalıştıran işveren ya da işverenler olarak karşımıza çıkıyor. Şimdi daha önceden Sosyal Güvenlik Kurumunun davalı sıfatıyla husumet yönünde özel düzenleme yoktu ve Yargıtay isabetli olarak sigortalı burada işlem muhatabı, dolayısıyla bu davada verilecek karar, icra edecek kimse Sosyal Güvenlik Kurumu onun işlem alanını, hak alanını ilgilendiriyor. Dolayısıyla işveren yanında kurumun da davalı gösterilmesini kabul ediyordu isabetli bir şekilde, ancak geçen yıl yapılan torba kanun, Eylül 2014'teki torba kanun değişikliğiyle İş Mahkemeleri Kanununda bu konu özel olarak düzenlendi ve hizmet tespiti davalarının sadece işveren aleyhine açılacağı, davanın kuruma resen mahkeme dava açıldığını tensip zaptıyla birlikte normalde ihbar kurumu bildiğimiz üzere seçimliktir, zorlayıcı değildir HMK'nın genel düzenlemelerine göre, ancak burada resen mahkemenin ihbarını öngörüyor. İhbar üzerine kurum davayı fer'i müdahil olarak katılıyor ve gene HMK'nın genel düzenlemelerinden farklı olarak kurum ihbar olanın normalde genel kural davalı taraf, daha doğrusu yanında katıldığı taraf temyiz etmezse temyiz hakkı yok. Fakat burada aksine genel kuralın tersine ihbar olunan olarak SGK'nin temyiz hakkı kabul ediliyor. Usul hukuku bakımından usulcülerle konuştuğumda böyle bir istisnai düzenlemenin bu şekilde kamu hukuku yönü olan, kamusal yönü olan bir alanda tabii düzenlenebileceğini söylediler. Bu yeni düzenlemede Sayın Başkanın belirttiği icra, yani sosyal güvenlik tarafından, kurum tarafından icrası kararın açıkça kurum yargılama sonucu verilecek kararı kesinleştikten sonra uygulamakla yükümlüdür hususu vurgulandı. Şimdi devam edegelen yüzlerce, binlerce hizmet tespiti davası var. Bunlar hakkında bu usul kuralı değişiklik uygulanacak mı? Usulde genel kural tamamlanmış işlemleri etkilememe kaydıyla derhal uygulanmaya başlaması, dolayısıyla bu değişikliğin mevcut derdest tespit davalarına etkisi

aynen uygulanacak. Sosyal Güvenlik Kurumu hakkında dava husumetten reddedilmeli, ama normalde husumetten redde işte yargılama gideri kuru-
mun ve vekâlet ücreti karşı tarafa yüklenir. Fakat burada kanun değişikliği
sonucu husumet ortadan kalkıyor. Davacı tarafın bir kusuru yok, dolay-
ısıyla vekâlet ücreti verilmemesi SGK lehine ve davacı aleyhine yargılama
masrafının yüklenmemesi gerektiğini düşünüyorum.

Şimdi burada hizmet tespitinde amaç gerçek işverenin tespiti, dolay-
ısıyla eski kanun döneminde Yargıtay isabetli bir şekilde şimdi işvereninim
A olduğunu düşünüyorum, dava açıyorum, ama kâğıt üzerinde bambaşka
bir şirket karşıma çıkıyor. Böyle bir durumda davaya dahil etmek, süre ve-
rilmesi davacıya gibi uygulama söz konusu. Zaruri, fakat yeni kanun, daha
doğrusu HMK'yla birlikte bu yasal bir zemine de kavuştu. HMK 124'te
bu yanlış husumetin maddi hatadan kaynaklandığı anlaşıldığı durumda
karşı tarafın kabulüne bağlı olmadan davalıyı değiştirme, başka kimseleri
davalı gösterme, düzeltme imkânı getirilmiştir. Şimdi gerçek işvereni tespit
edecek bu dava, dolayısıyla işçilik alacakları davalarında bir organik bağ
tartışması kabulü var. Yargıtay isabetli bir şekilde, dolayısıyla böyle bir du-
rumda hizmet tespiti davasında işvereni kim olarak kabul edeceğiz? Şim-
di organik bağda hareket noktamız işçilik haklarının dolanması amacıyla
işte muvazaalı fiili durumla resmi kayıtlardaki işverenlerde farklılık arz et-
mesi, girdi-çıkıtlar. Şimdi organik bağda ölçümümüz Yargıtay şunu vurgular:
İşte ortaklık yapıları, aynı adres, vesaire, bunlar da bir karine, ancak esas
hareket noktamız iş organizasyonu itibariyle çakışma, örtüşme, ortada iki
tane işveren var, fakat bunların faaliyetleri iç içe girmiş. Bir tanesi makineyi
üretiyor, fiziki mekan tek, diğer şirket adına kayıtlı işçiler makineye kau-
çuk kaplıyor. Böyle bir durumda birbirini tamamlayan bir proses bu üretim
prosesi, dolayısıyla organik bağda iç içe geçen iş organizasyonu zaten
İş Kanununda işyerini iş organizasyonu kapsamında bir bütün olarak ta-
nımlıyor. Artık fiziki bir mekan olarak değil, bir organizasyon, dolayısıyla
organizasyonda örtüşme organik bağın tespitinde ölçümümüz olması lazım.
Böyle bir durumda işveren olarak birlikte, organik bağ çerçevesinde bir-
likte hareket eden kimselerin işveren olarak davada tespit edilmesi ge-
reker. Dolayısıyla mesela bunun bir sonucu olarak organik bağ halindeki
şirketlerde girdi-çıkıtlar var, arada boşluklar var. Böyle bir durumda hak
düşürücü süreyi artık en son çıkıştan itibaren dikkate alacağız. Önceki
çıkışlar çünkü kâğıt üzerinde sigorta kayıtlarında fiili durum işçinin çalış-
ması tek bir iş sözleşmesi kapsamında, hizmet sözleşmesi kapsamında

kesintisiz, dolayısıyla bu farklı şirketlerden giriş-çıkışa rağmen son, hizmet ilişkisinin sona erdiği tarihten itibaren hak düşürücü süreyi nazara almamız gerekiyor. Yargıtayın bu yönde birçok kararı var, onu da söyleyeyim.

Sigortalılık başlangıç tespiti uygulamada 1999'daki bu yaş koşulunun kabul edilmesiyle ve 99 öncesi sigortalılar bakımından da kademeli geçişle yaş önemli bir husus haline geldi. Dolayısıyla bu değişiklikten sonra sigortalılık başlangıç tespiti davaları hizmet tespiti davalarının yanına eklendi. Burada uygulamada şimdi hak düşürücü süre zaten geçmiş oluyor. Fakat ortada bir işe giriş bildirgesi var. Fakat devamında çalışma karşılığı prim ödeme söz konusu değil. Şimdi sigortalı işe giriş bildirgesi sigortalı çalışma konusunda karinedir, ama sigortalı vasfı kazanmak için giriş bildirgesi yetmez. Çünkü sigortalılık için, 5510 sayılı kanunun 7. maddesine göre, 506 sayılı Kanun 6. Maddesine göre çalışmaya başlamak gerekir. Dolayısıyla işe giriş bildirgesi çalışma yönünde bir karine, fakat yeterli değil, dolayısıyla o bildirme çerçevesinde çalışmanın hizmet tespiti davasındaki ölçülerde ispat edilmesi gerekiyor. Bu çerçevede Yargıtay da sigortalılık başlangıç tespiti davalarını hizmet tespiti davası niteliğinde görüyor. Dolayısıyla bu davalar ilk böyle 2010'lara kadar sadece kuruma yöneltiliyordu. Daha sonra bozmalardan sonra hizmet tespitinde olduğu gibi kurumla birlikte işverenin de davalı gösterilmesini arıyor.

Şimdi böyle bir uygulama var. İsabetli, fakat pratik hayatta uygulamada önemli güçlükleri beraberinde getiriyor. Çünkü 70'li yıllardan bahsediyoruz, 80'li yıllardan bahsediyoruz. Dün söyleyen kimseyi hatırlayamadım, bozma kararı işyeri şahitlerini araştır diyor. İşyerinin yerinde şu an Sabiha Gökçen Havalimanı var, hiçbir şey yok. Dolayısıyla böyle bir durumda şimdi işe giriş bildirgesi tartışmasız işçinin imzası var, işverenin imzası var, ama şu önemli: SGK kayıtlarına girmiş olması, zaten Yargıtay bunu arıyor. Hak düşürücü süre bağlamında konuyu ele alırken bu işe giriş bildirgesinin kurum kayıtlarına da girmiş olmasını arıyor. Bu şartla, kurum kayıtlarına girmiş olması şartıyla sigortalı çalışma yönünde bir karine olduğunu, bunun aksini iddia edenin, yani sigortalılık vasfının kazanılmadığını iddia eden kimsenin ispat etmesi gerektiğini söyleyebiliriz. Dolayısıyla hani olması gereken bakımından ben şöyle hususu tartışmaya açmak istiyorum: Bu davalarda sadece kurumun dava yükü, yani aksini ispat etme yükümü olması gerektiği savunulabilir. Ben bu konuyu sadece kesin görüş bildirmek değil, öneri olarak tartışmaya açmak istiyorum. Çünkü oldukça yaygın bahsettiğim konu yaş koşulu kademeli geçiş sebebiyle.

Davalı işveren şimdi bu davalarda mesela, geçmişe dönük 15 yıllık bir süreyi tespit ettik. Tespitin talebi diyor sigortalı işçi, böyle bir durumda kayıtlar geliyor ki farklı farklı işverenlerden giriş-çıkışlar var tespit istenen dönemde. Burada yapılması gereken bu farklı işverenler arasında bir organik bağ, işyeri devri, iş sözleşmesi devri gibi bir ilişki var mı? Dolayısıyla kesintisiz devam edegelen bir sözleşme ilişkisi var mı, yok mu? Bu incelemede aslında işçinin arada bir süre ayrılmış, inşaat sektöründe bir işe girmiş, orada 6 ay çalıştıktan sonra tekrar eski firmasına dönmüş. Böyle bir durumda artık kesintiyi kabul edeceğiz. Böyle bir durumda aradaki dönem bakımından farklı bir işveren söz konusu, bu farklı işverenler bakımından yargılamanın tek bir dava çerçevesinde görülmesi yargılamada doğrunun ortaya çıkartılmasını dikkate aldığımızda hatalı olacaktır. Dolayısıyla farklı işverenler hakkında farklı hizmet tespiti davalarının açılması gerekir. Herkesin malumu işte geçmişe, 80'li yıllardan, 70'li yıllardan itibaren tespit talebi, orada da tüzelkişiler tasfiye edilmiş olabiliyor. Yargıtay burada tüzelkişilerin ihyası gerekip, davaya dahil edilmesi gerektiğini vurguluyor.

Diğer davalılar kimler olabilir? Şimdi işveren davalımız, çünkü sosyal sigorta ilişkisinin, o üçlü ilişkinin tarafı, bunun dışında asıl işveren, alt işveren ilişkisinde asıl işverenin geçici iş ilişkisinde ödünç alan işverenin ve işyeri devrinde yeni devralan işverenin eski döneme dair tespit talebiyle ilgili Yargıtay isabetli olarak işveren tarafında, bu alt işverenin, ödünç alan işverenin ve devralan işverenin de davalı gösterilmesi kabul ediyor. Bu isabetli, çünkü bu davanın sonucunda Sosyal Güvenlik Kurumunun muhatabı işveren ve işte 5510'daki sorumluluk hükümleri çerçevesinde alt işveren, ödünç alan işveren de bu kararın uygulanmasında muhatap haline gelebileceğinden, dolayısıyla hak alanını ilgilendirdiğinden onlara da davalı taraf olarak husumet yöneltilmesi gerekmekte. Aksine ihbar, aynı SGK'da olduğu gibi ihbar edilmeli ve ihbar edilmesi düşünülebilir. Yani bu konuda aslında kesin görüş bildirmek söz konusu değil, ama sürecin hızlı olması bakımından baştan davaya dahil edilmesi daha isabetli gözüküyor. Çünkü asıl işveren davalı gösterilmedi, işveren hakkında kararımız çıktı. İşverenden tahsil edemedi mesela SGK, genel hükümlere göre 5510 sayılı Kanunun fiili şartlardan tespit ettiği durumda asıl işverene de SGK'nın dönmesi mümkün. Dolayısıyla bu süreç uzamış oluyor. Tartışılabilir.

Uygulamada bir aidiyet tespiti davaları var. Hizmet tespiti davası değil, şöyle ki otomasyona geçtikten sonra Sosyal Güvenlik Kurumu bu ortadan kalktı, ama eski dönemde 80'lerde, 90'larda aynı isimde, hizmetiniz aynı isimde başka bir şahıs adına sigorta kayıtlarına geçmiş ya da tam tersi bu çerçevede davalar var. Bu hizmet tespiti davası değil, çünkü ortada kuruma bildirilmiş, primleri ödenmiş bir hizmet söz konusu, dolayısıyla bu davada işverene husumet yönetmeye gerek yok. İşverenimiz üzerine düşeni yapmış. Kuruma yöneltiliyor ve nüfus kayıtları, vesaire delillerden Yargıtay geçen iddia olunan sürenin kime ait olduğunun tespitini mahkeme araştırıyor. Dolayısıyla bu hizmet tespiti davası ölçülerine göre görmüyoruz bu davaları, dolayısıyla sadece SGK'ya husumet yöneltiliyor. Davacı sigortalı şimdi, bu davayı açabilmek için kanundaki tanımlamaya uygun, yani şartları taşıyan bir sigortalının bulunması gerekiyor. Şimdi kanun hizmet sözleşmesiyle bir ya da birden fazla çalıştırılan, işveren tarafından çalıştırılan kimseden bahsediyor sigortalı olarak, hizmet sözleşmesi orada objektif bağlama noktası, 3. maddedeki tanımlar maddesinde hizmet sözleşmesinin ne olduğu konusunda da Borçlar Kanunu, yani iş hukukunun alanına atıf yapıyor. İş Kanunu 8. maddede hizmet sözleşmesi, iş sözleşmesi tanımı var, Borçlar Kanununda tanım var. Bu çerçevede Yargıtayın sigortalı vasfında şu üç unsur vurguluyor: Birisi ilişkinin hizmet akdine, hizmet sözleşmesine dayanması, işin işverene ait işyerinde yapılması ve istisnalardan olmamak. Çünkü eski 3. madde şimdiki 6. maddede bazıları hizmet sözleşmesiyle çalıştığı halde çeşitli nedenlerle sigortalı olarak istisna tutuyor kanun koyucu, bu istisnalardan olmamak. Dolayısıyla bu üç unsurun bir arada gerçekleştiği durumda hizmet tespiti bildirim olmasa da sigortalı hizmet tespiti davası açması mümkün. Şimdi eski tarihli bir karar, 2005 tarihli karar Hukuk Genel Kurulunun, ama yeni mevcut düzenlemeler çerçevesinde geçerli bir karar, çünkü Yargıtay uygulaması aynı yönde. Şimdi burada benim tartışmak istediğim husus biraz önce Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün denetiminden bahsettim. Uygulamada bazı dernek ya da vakıflarda yapılan denetimlerde sigortalı kurumun 86. maddedeki müfettişlerinin sigortalı tespiti yaptığı, 86. maddedeki süreci işlettiği bası-na yansıdı. Yargıtaya henüz bu davalar intikal etti mi, bilemiyorum.

Şimdi bu konuda Yargıtay ücretin Borçlar Kanunu anlamında hizmet sözleşmesinin unsuru olduğunu açıkça vurguluyor. Bu unsur yok, ücret yoksa bu artık hizmet sözleşmesi değildir. İş hukukuna göre hizmet sözleşmesi değildir. Hatır, yardım, vekâlet ilişkisi olabilir, ama hizmet sözleş-

mesi değildir. Ancak sosyal sigortalar bakımındansa sigortalı niteliği bakımından ücret, zorunlu unsur değil diyor. Bu konuda bu ücretsiz çalışan eş, şimdi ücretli çalışma zorunlu unsur olsaydı dolayısıyla burada açıkça vurgulanmasına gerek olmazdı. Bir başka gerekçesi işveren tarafından çalıştırılan hizmet sözleşmesine göre demiyor. 6. madde eski, mevcut 7. maddede hizmet sözleşmesine göre değil, işveren tarafından çalıştırılan, orada hizmet sözleşmesi eksik. Dolayısıyla bu bilinçlidir. Diğer esaslı gerekçesi Yargıtayın, eski madde 78/2, mevcut madde 80/2'de ücretsiz çalışan sigortalının prime esas kazancının taban olduğunu, asgari olduğunu kanun belirtiyor. Dolayısıyla ücretsiz çalışma kanunda açıkça kabul ediliyor. Dolayısıyla sosyal sigorta bakımından ücretin zorunlu unsur olmadığını Yargıtay kabul ediyor, ama ben bir kere Yargıtayla aynı sonuca varıyorum. Fakat gerekçem farklı, şöyle ki hizmet sözleşmesinde ücret zorunlu unsur, iş görmenin karşılığı ücret ve bağımlılık. Dolayısıyla hizmet sözleşmesi de genel hukukun genel çerçevesinde iş hukuku bakımından ayrı bir hizmet sözleşmesi ya da sosyal sigorta bakımından ayrı bir hizmet sözleşmesi kabul etmeye gerek yok. Çünkü bu konuda yeni Türk Borçlar Kanunundaki düzenlemelere atıf yaptım burada, fakat eski 818 sayılı Kanunda paralel düzenlemeler var. 394. madde: *“Bir kimse durumun gereklerine göre ancak ücret karşılığında yapılabilecek bir işi belli bir zaman için görür ve bu işveren tarafından kabul edilirse -bakın, ücret konuşulmadı, ücret ödenmedi- hizmet sözleşmesi kurulmuş olur”* Bu durumda ücret ne olacak 401. madde? Ücretin belirlenmediği durumda asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücret, dolayısıyla ücretsiz çalışmanın sigortalı olduğunu söylemek yerine bu iki maddeden normatif düzenlemeden gidersek bunun uygulamada önemli bir sonucu var. Çünkü gönüllü çalışma, şimdi devlet politikası birçok yasal düzenlemede gönüllülük teşvik ediliyor. Siz ücretsiz çalışmayı, genel baştan sigortalıdır dersiniz, gönüllü çalışmaya önemli bir set çekmiş oluyorsunuz ki şimdi Yargıtayın bu yönde 10'a yakın kararını gördüm. Tamamında bu iki madde, Borçlar Kanunundaki iki maddedeki unsurlar gerçekleşiyor. Mesela, az önceki Hukuk Genel Kurulu kararında liseyi bitiriyor, 10 yıl boyunca bir hastanede gönüllü kan alma işlemi yapıyor. Başka bir yerden geliri var mı? Yok. Bu hayatın olağan akışına uygun değil. Evet, burada bir iş sözleşmesi olduğu tartışmasız, dolayısıyla ücretsiz çalışanın sigortalı bakımından ücretsiz çalışmak demek yerine bu iki maddeden gidilirse, öbür taraftaki çünkü sonuçları bakımından isabetli olur. Ben bir olaya rastladım, dava konusu olabilir mi

burada söylemekte? Bir de dernekte kamu kurumunda tam süreli çalışan hekim hanım boş zamanlarında psikiyatrist, boş zamanlarında ya da belli zamanlarda ihtiyacı olan kadınlara destek veriyor ve kurum buna sigortalı olarak işlem yapmış, idari para cezaları kesmiş. Bu isabetli olmadığını düşünüyorum bu konunun ve tartışmaya açılmalı.

Bir de sosyal sigorta, özünde sigortalı çalışmaya bağlı sosyal sigorta tekniğinde, dolayısıyla ücret zorunlu unsur. Onu da belirtmek istiyorum. Yargıtayın bir kararı var. Ücret ödenmiyorsa ve çalışma yoksa sigortalılık tespiti olmaz. Bu karar şeyle ilgili, İş Kanunu 34 çerçevesinde işi görmekten kaçınma hakkının kullanılmasıyla ilişkili, karar olay özelinde isabetli, ama gerekçeleri genelleştirme noktasında örneğin işe iade sonrası 4 aylık dönemde çalışılmayan süre ücreti, vesaire sigortalılık olarak dikkate alınması, artık özel düzenlemeler var. Fakat burada ölçümüzün işverenin alacaklı temerrüdü sigortalının fiilen çalışması olmasa da çalışmama durumu işverenin alacaklı temerrüdünden eski 325, yeni 408. maddeden kaynaklanıyorsa, fiili çalışma olmasa bile zaten sigortalı ücrete hak kazanıyor. Sigortalı olarak tespiti mümkün görülmelidir.

Kısmi sigortalılarla ilgili Yargıtayın, yani neyi kastediyorum? Çıraklar, sadece kısa vadeliye tabi olanlar, isimlendirme önemli değil. Önemli olan gerçek durum, dolayısıyla çirak olarak işlem yapılan bir kimse yapılan araştırmada hizmet sözleşmesinin unsurları gerçekleştiyse, sigortalı tespiti davası mümkün, ama gerçek anlamda bir kısmi sigortalılık, yani stajyerlik, çiraklık söz konusuysa, bunun hizmet tespiti davası olması, sigortalılık başlangıcı olması söz konusu değil. Dava süresi konusunda, ben hak düşürücü süre görüşüne Yargıtayın katılıyorum. Uygulamada zamanaşımı olduğunu savunan yazarlar var. Amaç itibariyle zamanaşımı olarak kabulü kesinlikle isabetli, çünkü zamanaşımının kesilmesi, durması, çünkü işçi fasıllı çalıştığında tekrar ayın işyerinde başlarsa zamanaşımı olursa kesilir. Fakat hak düşürücü olduğu için kesilmez. Fakat burada hak düşürücü süre, hukuki durumun aydınlanmasının daha hızlı olmasında gerek bulunan hallerde hak düşürücü süre öngörülüyor hukukta genel ilkelere göre ve burada hak düşürücü süre olup olmadığı noktasında düzenlemenin amacı, kural olarak hak düşürücü süreler yenilik doğurucu haklarda hizmet tespiti davası yenilik doğurucu bir hak değil. Mevcut durumun tespiti, ama burada amacı itibariyle kamu düzenini ilgilendiren bir dava, dolayısıyla burada hak düşürücü süre düzenleme itibariyle doğru, fakat olma-

sı gereken bakımından bu davaların kesinlikle bir süreye tabi olmaması, çünkü anayasal bir haktan bahsediyoruz. Dolayısıyla olması gereken bakımından süre isabetli değil. Anayasa Mahkemesinin bu 5 yıllık sürenin iptali talepli davada gerekçesi de kurumun uzun yıllar dava tehdidi altında olmaması, bu biraz rahatsız ediyor, ancak şöyle ki nihayetinde kurumun aktüer dengesi bakımından aktüer dengesi özel şirket sigorta değil, kamu yararına çalışan bir kurum. Dolayısıyla hani hak düşürücü süre olarak bu gerekçe isabetli Anayasa Mahkemesinin, giriş-çıkışları bahsettim. Hak düşürücü sürenin işlememesi konusundaki Yargıtayın şu hallerde hak düşürücü süre işlemediğini kabul ediyor. Kanunda ya da Sosyal Sigortalar Yönetmeliğinde öngörülen belgelerden birinin işe giriş, aylık prim hizmet belgesi, vesaire, aylık prim hizmet belgesi deyince aklıma gelen dedik ya kurumun bir yıllık fiili tespit durumunda bir yıla sınırlı geçmişe dönük, normalde hani kurum tarafından çalıştığı tespit edilen, ama kurum bir yıla tespit edildiğine göre dolayısıyla bir yılı aşan çalışmalar gene hizmet tespiti davası konusu olabilir. İkincisi kurumun çalışma olgusunun fiilen ya da kayden tespiti, askerlik nedeniyle kesintide zorunlu bir kesinti olduğunu kabulde hak düşürücü sürenin işlemeyeceğini kabul ediyor. Ücretten primin kesildiği hallerde hak düşürücü süre işlemeyeceği kabul ediliyor. Kısmen bildirim hallerinde ayda 15 gün örneğin ya da asgari ücret üzerinden prime esas kazanç bildirim, şimdi kamu kurum ve kuruluşları bakımından istisna eski içtihatlarda baktığımızda kamu kurum, işveren kamu kurumuysa, hak düşürücü süre işlemeyeceği vurgulanıyordu, ama yeni kararlarda kamu kurumları bakımından özel bir durumun olmadığı, onda da yukarıda saydığım bildirge verilmiş olması gibi yazılı şartları arıyor. Benim bu konuda bir düşüncem var. Bu da şimdi niteliği vurgulamaya çalıştığım sosyal güvenlik hakkının, sigortalılık hakkının, dolayısıyla ortada bu saydığımız işe giriş bildirgesi verilmemiş olsun, prim kesilmemiş, bunlar olmasa da kurum, sigortalı daha doğrusu daha sonradan düzenlenmesi mümkün olmayan belgelerle işverenden sadır olabilir, üçüncü kişilerden sadır olabilir, kurumlardan olabilir, ispat edebiliyorsa da işe giriş bildirgesi olmasa da hak düşürücü süre işlememeli diye bir önerim, düşüncem var. Çünkü bu durumda çalışma sigortalılık vasfı artık tereddüde yer bırakmadan ispat ediliyor.

İspat hususuna geçiyorum, sadece birkaç noktayı söylemek istiyorum. Hem sigortalı çalışmanın ispatı, mesela kısmi bildirim bağlamında ayda 15 gün, hem de prime esas kazanç bağlamında Yargıtayın şu yönde ka-

rarları var: Yazılı bildirim varsa, işçinin imzası varsa bordroda örneğin, aksini gene HMK'nın senetle ispat kuralları, ama görebildiğim kararlar 2012'den itibaren bu kararlar mutlak uygulanmıyor, isabetle mutlak uygulanmıyor. Somut olayın şartları bağlamında işçiden sadır imzalı belgeler olsa dahi bir karar aklıma gelen: Şehirlerarası otobüs şoförü ayda 15 000 bildirim yapıyor, ortada yazılı bir bildirim var, bordrolar işçinin imzasını, sigortalının imzasını taşıyor. Hayır, bu iş 15 gün çalışma mümkün değil, tam süreli çalışmayı gerektiren bir iş, dolayısıyla Yargıtay eksik inceleme nedeniyle bozuyor. Benzeri bir husus prime esas kazanç bakımından da söz konusu. Yargıtayın genel kararları şu yönde: Senetle ispat, eğer bordrolarda imza varsa senetle ispat sınırını aşan ücret iddialarının gene belgeyle ya da yazılı delil başlangıcı niteliğinde belgelerle desteklenmesi gerekiyor, ama 2012'den itibaren verdiği kararlarda şunu görüyoruz: İşin niteliği itibarıyla asgari ücretle çalışma hayatın olağan akışına aykırı. Böyle bir durumda yazılı bildirim, bordrolardaki imzaya rağmen Yargıtay emsal ücret araştırması yapılması gerektiğini ve tabii salt emsal ücret araştırması yeterli olamaz malumunuz, başka delillerle desteklenmek kaydıyla yazılı belgeye rağmen tanıkla ve emsal ücret araştırmasıyla ispatı Yargıtay kabul ediyor. Kesinlikle isabetli.

Tır şoförleriyle ilgili kararlar var uygulamada isabetli, bir cümle söylemek istiyorum. Yargıtayın iş daireleri sefer başına yapılan ödemeyi bütünüyle ücret, asıl ücretin parçası olarak kabul ediyor. Sosyal güvenlik daireleri 10 ve 21'in iki tane kararını buldum. Ben de böyle düşünüyorum, kesinlikle isabetli, bir karma ödeme sefer sırasında harcanacak kısmı bakımından harcırah cebinde kalacak, arttıracığı kısım bakımından ücret, dolayısıyla Yargıtay hizmet tespiti davalarında bu ayrıştırmayı arıyor. Dolayısıyla bu isabetli içtihadın iş daireleri tarafından da bence düşünülmesi gerektiğini vurgulamak istiyorum.

Prim zamanaşımı konusunda 5510'dan itibaren eleştirilebilir. Zamanaşımının genel ilkeleriyle ters düştüğü gözlenen bir düzenleme getiriliyor. Hizmet tespiti davası sonucunda geriye doğru örnek 30 yıl mümkün, zamanaşımının süresini kararın kesinleşme tarihinden itibaren kanun başlatıyor. Bu mevcut normatif bir düzenleme, doğru ya da yanlış, ama normatif bir düzenleme bu şekilde uygulanacak. Şimdi sıkıntı nerede doğuyor? Eski kanun döneminde, 506 sayılı Kanun dönemindeki ilişkilerde tespite konu olan sürelerde. Bu kuralı uygulayacak mıyız? Zamanaşımına dair

genel kurallardan gittiğimizde çok isabetli gözüküyor. Bu eski kanun dönemindeki olaylara yeni düzenlemeyi uygulamak, ama ben biraz farklı düşünüyorum. Çünkü prime esas kazanç, prim ne zaman doğuyor? Çalışmanın ve kazancın kuruma intikal ettiği tarihte. Kuruma ne zaman intikal ediyor? Normalde aylık prim ve hizmet belgesiyle intikal ediyor, o ay doğuyor, vesaire. Buradaysa mahkeme kararıyla alacak doğuyor. Dolayısıyla zamanaşımı her zaman deriz ya alacağın doğduğu, şimdi hizmet tespiti davalarında geçmişe dönük bir tespit var. Dolayısıyla alacak, prim alacağı karar üzerine doğduğundan bana genel ilkelere uygun gözükmesi de çok can yakan sonuçları olacaksa da uygun gözüküyor.

Son olarak belirtmek istediğim uygulanmasına geçelim, Yargıtayın bu tamamen tartışmaya açmak istediğim, kesin görüş bildirmek istemediğim bir konu, işçilik alacakları davalarıyla ilgili bir konu. Hizmet tespiti davasında o zaman niye konuşuyoruz? Şöyle ki Yargıtayın 7, 9, 22. Dairelerinin şu kararı var: Alacağı ücret, fazla mesai, yıllık izin, vesaire brütten hesap ediyoruz, bunu netleştiriyoruz. Daha önceki uygulamada vergi, gelir ve damga vergisi kesiliyordu. Son tarih veremeyeceğim, ama 10 yıl olmadı, kararlarda ayrıca sigorta primi kesilmesi gerektiğini ve bu nedenle bozmaları var. Şimdi bu hizmet tespiti davasına bunun nasıl sonucu, etkisi var? Yargıtay 10. Daire kararlarını gördüm, 21'in görmedim. Şu yönde kararları var: Buna göre işçi davayı açıyor. Fazla mesai, genel tatil ücreti geriye doğru 10 yıllık ya da 5 yıl zamanaşımı def'i var. Davayı kazanıyor, işverenden tahsil ediyor ve prime esas kazanç tespit davası açıyor. Şimdi bu durumda tartışma konumuz ne? Mahkeme kararı üzerine ödenen o fazla mesai ücretini hangi ayın prime esas kazancına dahil edeceğiz? Şimdi Yargıtayın 10. Dairesinin iki tane kararını buldum 2012 ve 2014 tarihli, bu kararlarda 80. maddedeki düzenleme çerçevesinde, tabii o düzenlemede tartışılır çelişkili iki tane fıkra var, bent var. Mahkeme kararı üzerine yapılan ödemede ödemenin yapıldığı ayın, ödemenin yapıldığı ayda hizmet sözleşmesi sona erdiyse, hizmet sözleşmesinin sona erdiği ayın kazancına dahil edilir. Dolayısıyla bu hizmet tespiti geçmişe dönük prime esas kazanç tespit davası o anlamda olmaz ve Yargıtay 10. Dairenin bozma gerekçesi var. Şimdi bu karar doğru ya da yanlış bu tartışılabilir. Çünkü 80. madde çok açık değil, ama eğer sosyal güvenlik dairelerinin uygulaması bu yöndeysen, işçilik alacakları, Yargıtay 7, 9, 22'nin uygulaması o zaman hatalı oluyor. Şöyle ki, işveren 50 000 lira fazla mesai ücreti var ve işveren davayı kaybetti, işçiye ödedi. Ödemek istese bile ne kadar prim ödeye-

cek? Son ay, sözleşme sona erdi zaten, o da tavanla sınırlı, asgari ücretin 6.5 katı, dolayısıyla işverenin ödeyemeyeceği primi biz alacak davasında peşin peşin kesiyoruz ve o işverende kalıyor. Dolayısıyla Yargıtayın 10. Dairesinin içtihadını doğru kabul ediyorsak hizmet alacak davalarında bu içtihadın nazara alınması, dolayısıyla prim kesilecekse bile netleştirmede son ayın prime esas kazanç tavanı dikkate alarak o kadar miktar da yoksa 30 000 lira fazla mesai ücreti hoş yüzde 15 kesiyoruz ve bunun isabetli olmadığını düşünüyorum. Sabrınız için teşekkür ederim. Daha söyleyecek çok şeyler vardı, ama teşekkür ederim.

MESUT BALCI: Sayın Hocama çok güzel sunumundan dolayı teşekkür ediyorum. Bana süre bırakmıyor, bazı şeyleri tabii bizim görüşlerimize aykırı. Bana fazla süre bırakmamak için 15 dakika daha dedi, ama ben arada görüşlerimi belirttim bir-iki noktada çaktırmadan, şimdi o yüzden dinlenelim 15 dakika,

SORU - YANIT

MESUT BALCI Tekrar hoş geldiniz. Ben çok fazla konuşup da sizin sorularınıza engel olmak istemiyorum, ama burada çok fazla şey var. Dedi ki Avrupa'da 5 sene hapis cezası veriyorlarmış. Bizim işverenlerin çoğu zaten gariban, bu işleri bilmiyor, muhasebecilere yaptırıyor. Cezaevleri ağzına kadar dolu, şimdi bu çok sert olur, bizim Türkiye'de ne işyeri kalır, ne işveren kalır, hepsini atarız içeriye, onun için bu pek sağlıklı olmaz bana göre.

Bir de müfettiş tutanağıyla bir yıl tespit ediliyor, bir de sınırsız tespit etsin. Şimdi bunun da sakıncaları var. Belge olursa tamam, ama belge yok, işçi diyor ki ben 1975'te işe girdim. Müfettiş zaten bunu yazıyor oraya, bir belgeye falan dayanmıyor. İşveren de şerh koyuyor uyanıkça, bu beyan doğru değil diyor. Şimdi siz bu tutanağı nasıl 30 sene, 20 sene geri götüreceksiniz? Ama işveren atıyor imzayı, işveren vekili var orada, atıyor imzayı, bağlayıcı hale geliyor bir de, onun için o bir yıl daha doğru.

Bir de emekli çalışırken dava açtı. Emekli gitti, ben şu işverenin yanında çalışıyorum dedi, dava açtı. Hâkim de hizmet tespiti kararı verdi. Bu hizmet tespiti kararı bayağı ciddi bir hizmet tespiti kararı, bundan kısa vadeli primler alınmayacak. Biz bunu oraya açıkça yazmıyoruz. Bizim davacıyı uyandırmak, akıllandırmak gibi, yol göstermek gibi bir görevimiz yok. Şimdi emekliyseniz, gider bir yerde kaçak çalışırsanız veya ben destek primıyla çalışmak istiyorum demezseniz bu tam sigorta kollarına tabi olur. Ayrıca öte yandan bunun hukuki yararı diğer türlü de var. Biz bunları oraya yazmıyoruz. Biz bunu yazarsak adam davadan vazgeçer benim canım yanacak diye, aylığı kesilecek çünkü. Burada hukuki yararı var, belki de aylığı yükselecek. Belki onun için dava açıyor, bu çalışmada katılırsa aylığı yükselecek adamın, yani illa destek primine tabi çalışacak diye bir şey yok.

Sigorta başlangıcı konusuna gelince, iki dairemiz bunu görüştük. Sigorta başlangıç davasında hizmet tespitinden ayrı olarak kuruma gittiniz, sizin başlangıcınızı kabul etmiyor. Sadece kuruma dava açmak yeterli diye bu şekilde konuştuk. Başvuru şartı var tabii, saymıyorsa, hatta önceden başvurulmuşsa -bizim kararlarımızda var- siz emeklilik için baş-

vurmuşsunuz, senin başlangıcın şurası dedi, saymadı. Bu sigorta primleri ödenmemiş dedi. Aslında başvuru gerçekleşti eskiden, yani yeniden yeniden başvurmaya gerek yok. Bu da idari yargı gibi bir şey yaptılar, reddedilmiş başvuru varsa artık bir daha başvuruya gerek yok, bu başvuru gerçekleşmiş demektir. Bir de kamu kurumuydu eğer bildirgeyi veren artık devletin verdiği bildirgeyi biz burada gerçek çalışma mı var, yok mudur diye araştırmıyoruz fazla, devlet vermiş, altında devletin mührü var. Bunu diğer işverenler belki sigortalılıkta hak kazandırmak için vermiş olabilirler çalışmadığı halde, ama devletin mührü olan bir bildirgeyi biz ayrıca çok fazla didiklemeden kabul ediyoruz.

Şimdi tabii Bağ-kur'da tespit davası yok gerçekte, ama vatandaşın da başvurusu olduğu halde sigortalılık süresi doğru belirlenmemişse, burada da tespit davası açılabilir. Sürelerin tespitinde hukuki yarar vardır. Burada bu konuda Sayın Hocam da bahsetti, fakat daha öncesi de var. 20.04.1982 tarih bir milat, 1479 sayılı Yasanın geçici 12, 13'e bakarsanız orada var. Ondan sonra 04.10.2000 değil milat, 06.08.2003, çünkü Anayasa Mahkemesi iptal etti, orada başvurdu, yasal boşluk var. 4956 da 02.08.2003'te yürürlüğe girdi. Bu bakımdan 02.08.2003'e kadar kuruma bir şekilde bildirgesi intikal etmiş veya bir şekilde prim ödemişse vatandaş Bağ-kur için söylüyorum, Tarım Bağ-kur için değil, bunlar da eski vergi kayıtlarına göre Bağ-kur sigortalının tescilini sürelerin verilmesini isteyebilirler. Bir milat da 01.10.2008 var. Tabii o da 5510'la gelen milat, şimdi bu milatlara dikkat etmek kaydıyla her bir milat arası ayrı düşüneceğiz. 20.04.1982'den önce hiçbir başvuru tescili yoksa ondan önceye asla gidemezsiniz. 20.04.1982'ye ancak vergi kaydıyla gidebilirsiniz. 22.03.1985'ten itibaren oda ve sicil kaydıyla gidebilirsiniz. 22.03.1985'ten 20.04.1982 arasında vergi kaydı yoksa yine gidemezsiniz. Eğer 02.08.2003'ten önce bir başvurunuz veya prim ödemeniz yoksa 04.10.2000 öncesine de gidemezsiniz. Yani kanun hükmünde kararnamenin öncesine gidemezsiniz. Bir de geçici 8 var, 01.10.2008. 01.10.2008 geçici 8'i ilk çıkardıkları zaman taslakta sınırsız olarak geriye gidiyordu. Sonra bunun sakıncalı olduğunu görmüşler herhalde, orada da onu da 04.10.2000'le sınırlamışlar. Oradan da önceye gidemezsiniz. Oradan sonraya ancak verebilirsiniz, ama hiçbir başvurunuz yoksa bugün geldiniz, benim vergim vardı, şuydum, buydum, benim sigortalılık süremi tespit et. Artık geçmiş olsun diyoruz, kararın özü bu, yani kararlar var, muhtelif elinize geçer. Özü bu, geçmiş olsun diyor karar.

Şimdi asgari ücret ya her davanın içinde ücret tespiti de vardır gibi bir düşünce olabilir tabii ki, fakat bu yeni Usul Kanununa göre hâkim tarafların uyuştukları, uyuşmadıkları yerleri tespit edecek. Siz şimdi dava dilekçesinde hiçbir şey demediniz, hizmet tespiti dediniz. Geldiniz, orada uyuşmazlık konusu olarak bunu da göstermediniz. Artık biz seni asgari ücretten hizmet tespit ettin diye varsayalım. Biz öyle baktık, tabii karşı görüşte arkadaşımız var, o da burada yok. Orada da uyuşmazlık konularını hâkim tespit edecek bu kamu düzenine ilişkin, ama o kadar da değil. Bir şey isteyeceksiniz ki hâkim versin. Ben bu konuda uyuşmazlığım yok, ben sadece hizmet tespitini istiyorum derseniz, yani orada ücreti de söyleyecek, hizmeti de söyleyecek, hizmeti açıklıkla şu dönemde diyecek, hatta hâkim açıklattırarak. Arada başka işyerleri var, orada sicil numaraları var, hizmet cetveli oraya gelmiş. Diyecek ki sen dönem tespiti istedin, ama bak, şurada bir çalışma gözüküyor, bu neyin nesidir, bu ne işyeridir? Sen buradan çıktın, bu işyerine mi girdin, yoksa bu işyeri aynı işverene ait tescilli başka bir işyeri midir? Yani bunu da araştırarak ve böylelikle ortaya koyacak. Hâkim taraftan da gerekli beyanları alacak veya taraflar bunu hazırlayıp söyleyecekler, izah edecekler. Ondan sonra biz bunları da araştırıyoruz ve bir sürü bozma kararı çıkıyor. Biz de bozma kararı vermekten de hoşlanmıyoruz bizim üyelerimiz, dairemiz, yani bu söylediklerim 10. Hukuk Dairesiyle bizim ortak kararlarımızdır. Bir de hak düşürücü süre zaten 5 yıllık hak düşürücü süre eskiden daha sert uygulanıyordu. Bir işe giriş bildirgesi varsa artık sen imzayı atmışsın, burada işe girmişsin, öncesini isteyemezsin diyorduk ondan önceki süre 5 yılı geçmişse, ama şimdi her iki daire de bunu deldi. Zaten hak düşürücü süre diye bir şey çok az kaldı, kalmadı. Eğer kesintisiz bir çalışma devam ediyor, bunun bir bölümü bildirilmişse, hak düşürücü süre söz konusu değil, işe giriş bildirgesinden önce, bildirimden önce kesintisiz şekilde devam ediyorsa, bu söz konusu değil. Araya askerlik girmişse, bu da söz konusu değil hak düşürücü süre geçmesi, ama yeter ki askerden geldikten makul süre içinde adam tekrar aynı işyerinde çalışmaya devam etsin. İspatı, davanın ispatını hak düşürücü süreyi ortadan kaldıran bir neden kabul edersek zaten biz hak düşürücü süre diye hemen hemen bir şey bırakmamışız, temelli o hükmü ortadan kaldırmış oluruz. Bunun mantığı ne? Hak düşürücü sürenin mantığı şu: İşten ayrıldığı izleyen yılbaşından itibaren 5 yılın içinde açar davayı, çünkü kurumun şimdi 10 yıl zamanla 5 yıl içinde primleri tahsil edebiliyor. Kurumu primleri 5 yıl içinde tahsil edebildiği için, 5 yıl

öncesini tahsil edemeyecek işverenden, o zaman biz bu kurumu batırırız. Yani bunların paralel konulmasının nedeni bu, ama zaten vermişiz.

Çok konu var, ama bu hak düşürücü değil de zamanaşımı konusu, prim alacaklıları, zamanaşımı konusu. Sayın Hocam gibi düşünenler var bizim dairemizde, ama şimdi Sosyal Güvenlik Kurumunda hak düşürücü sürenin başlaması şimdi herhalde Sayın Prof. Dr. Nurşen Caniklioğlu'nun sunumunda da var. Hak düşürücü süre prim alacağının doğduğu tarihten başlar. Bundan kurumun haberdar olması falan gerekmez, ilam da gerekmez. Bu bir kira alacağı davası değil, başka bir alacak davası değil. Prim çalışmanın yapıldığı ayın ertesi ayın sonuna kadar ödenir. Ödenmediyse hak düşürücü süre de buradan başlar. Onda bana göre hiçbir tereddüt yok, ama tabii aksi görüşler de var, dairemizde de var aksi görüşlü arkadaşlar var, Şimdi önce soruları alalım, sırasıyla hocam da cevap versin. Önce ben Halil Özdemir'i yazayım buraya, çünkü 10. Hukuk Dairesi üyesi, dairemizle farklı uygulamalar olabilir, onun da görüşleri olabilir.

HALİL ÖZDEMİR (10. Hukuk Dairesi Üyesi)- Teşekkür ediyorum Sayın Başkan, ayrıca Sayın Hocama da sunumları nedeniyle teşekkür ediyorum. Şimdi Hocam bir konuda çekincesi olduğunu söyledi, ben de ona değinmek istiyorum. Siz de değindiniz, yaşlılık aylığı bağlandıktan sonra sigortalı çalışmalarının tespiti ihtilafları, yanlış hatırlamıyorsam 506 sayılı Yasanın 63. maddesinde seçimlik hak tanınıyor yaşlılık aylığı bağlandıktan sonra çalışmayla ilişkin, sigortalıya tüm sigorta kollarına tabi olacak aylığı kesilecek ya da aylığı kesilmeden sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmaya devam edecek. Bu yasanın tercihli bir konumu, yeni yasada böyle bir tercih yok. Zaten aylıkları direkt kesiliyor, ancak ilk defa 5510 sayılı Yasa döneminde çalışmaya başladıktan sonra emekli olanlar için. Dairemiz bu konuda şöyle karar veriyor: Yasada tercihli bir konum söz konusu olduğundan biz de hangisini tercih ettiği hususunda sorulması, ona göre bir karar verilmesi gerekir diye düşünüyoruz. Çünkü sonuçta mahkeme hizmet tespitine karar verirken ya tüm sigorta kollarına tabi çalıştığına tespitine karar verecek ya da sosyal güvenlik destek primine tabi çalıştığına karar verecek. Hüküm fıkrasını bu şekilde kurması gerekir. Tüm sigorta kollarına tabi çalıştığına tespitini istemesinde hukuki yarar var mı davacının? Var. Niye var? Çünkü prim ödeyecek, aylığı kesilecek, daha sonra bu ödediği primleri de ilave ederek, yeniden emekli olacak. Emeklilik aylığını arttıracak. Ancak geçmişte 5 yıl, 10 yıl süreyle çalıştıktan sonra bu tespi-

ti istedikten sonra sigortalı geçmiş dönemde aylıklarının kesileceğini de bilmiyor, aylıklarının kendisinde kalacağını düşünüyor. Bunu bildiği zaman da zaten otomatikman bu davadan vazgeçiyor. Aldığım aylıkları geri ödeyeceksem niye ben böyle bir tespit davası açayım diyor. Geriye kalıyor lehine olan -bu aleyhine- sosyal güvenlik destek primine tabi çalışmak. Burada da gene sigortalının menfaatine olan bir tek şey var: Kısa vadede sigorta kollarından prim yatıracak ve iş kazasına tabi olacak. Peki, belli bir süre çalıştıktan sonra ve iş kazası da geçirmediikten sonra iş kazası da geriye dönük olarak geçirilemeyeceğine göre davacının tutup da sosyal güvenlik destek primine tabi çalıştığının tespitini istiyorum demede hukuki yarar var mı? Bu ne demektir? Ben iş kazasından faydalanamayacağım, dolayısıyla sadece devlete borcum var. Bunu devlet benden almadı, ben devlete borçlu olduğumun tespitini talep ediyorum demek anlamına geliyor. Bunu diyebilir mi? Devlete borcu varsa sosyal güvenlik kurumuna gider, kendini ihbar eder. Ben şu kadar süre emekli olduktan sonra kayıt dışı çalıştım. Sosyal güvenlik destek primi ödemem gerekiyordu. Bunu benden almadınız, ben bunu ödemek istiyorum diye müracaat edilir. Kurum da alırsa alır, almıyorsa bunu dava açmasına da bence hukuki yararı yoktur diye düşünüyorum.

Diğer bir husus: İşçilik alacaklarında bazı mahkemeler bunları zorluyorlar. Kayıt dışı çalışmışsa diyor ki önce sen git, bir hizmet tespiti davası aç ve hizmetlerine kayıt altına aldır, ondan sonra ben işçilik alacaklarına bakacağım. Bunda da mahkemenin kararları yanlış, çünkü işçilik alacaklarına bakabilmesi için iş mahkemelerinin hizmet akdiyle çalışıp çalışmadığını kendisi tespit etmesi gerekiyor. Ayrıca başka bir davayla bunu tespit ettirmesine gerek yoktur. Mevcut Yargıtayın dairelerinin uygulaması da bu şekildedir. Hiçbir zaman sen hizmet tespit davası aç diye zorlamıyor. Uygulamada rastlanılan problemlerden birisi de bu, işçilik alacaklarına delil olması için genelde bu davalar açılıyor. Bu davalar açıldıktan sonra da yaşlılık aylığını kaybetme, sosyal güvenlik destek primi ödemesi sonucuyla karşı karşıya kalınıyor. Yargıtay 10 Hukuk dairemiz de son kararlarında bunu tartışıyor: Hukuki yararı var mıdır, yok mudur? Yani ben kendi adıma şöyle düşünüyorum: Uzun vadeli sigorta kollarından tespitini istiyorsa hukuki yararı vardır, açabilir, ancak sosyal güvenlik destek primine tabi olarak çalıştığının tespitinde iş kazası geçirmemişse, bir hukuki yararı yoktur diye düşünüyorum.

Diğer bir husus: Hizmet tespit davalarında, 4/A'lıların hizmet tespit davalarında başkanım da açıkladı, hak düşürücü süre kanunda yazılmış. Hizmetlerin geçtiği tarihten itibaren, ancak Yargıtay bunu tespitini istediği hizmetlerin geçtiği tarihten olarak yorumlamamış, en son çalıştığı çıktığı tarihten olmuş. Dolayısıyla hizmet tespit davaları bir de hak düşürücü süreyi kesen nedenlerle birlikte geçmişe doğru 30-40 yıllık hizmetlerin tespiti istenebilir hale gelmiş. Hak düşürücü sürenin çok fazla genişletilmesi, neredeyse kaldırılması insanı rahatsız eden bir konu, çünkü geçmiş yıllara gidildiği zaman, 30-40 yıl öncesine gidildiği zaman, hatta 506 sayılı Yasa öncesine gidilen davalar bile var. Bunların ispatı artık güç hale gelmektedir.

Diğer bir husus da hizmet tespit davalarında ispat hukukunun tam şekliyle uygulanmaması, yaklaşık bir ispatla yetinilmesi. Hizmet tespit davalarında şahit beyanlarıyla tam ispat aranmıyor, yaklaşık bir ispatla sonuca gidiliyor, tahminlerle sonucuna gidiyor. Bunun işyeri büyük, çalışmıştır, yanında elemana ihtiyaç vardır, çalışmıştır şeklinde uzun bir sürenin tespiti yapılıyor. Belki Yargıtay kararlarında bunu biraz daha somutlaştırarak işverenlerin mağduriyetini giderici şekilde görüşler geliştirebilirse iyi olur diye düşünüyorum. Teşekkür ederim.

MESUT BALCI -Halil Akdemir.

HALİL AKDEMİR- Efendim, sunum yapan Mahmut Kabakçı Beyefendiye sunumlarından dolayı teşekkür ediyorum. Benim iki konuda hem bir katkı, hem de iki sorum olacak. Gerçi benim hazırladığım sorulardan birisini dairelerimiz düşünmüş, bu konuda benim de bir önerim vardı. Şimdi hizmet tespiti davasında eskiden malum 6552 sayılı Yasadan evvel Sosyal Güvenlik Kurumuyla işverene karşı dava açılıyordu ve neticeleniyordu. Hizmet tespiti dönemi daha geçmiş dönemde olması sebebiyle işverenlerin ortadan kaybolması, işverenin bulunamaması gibi durumlarda sadece Sosyal Güvenlik Kurumuna karşı davanın açılması suretiyle neticeye gidilebiliyordu. Dairelerimizin de uygulaması bu yöndeydi. Şimdi 6552 sayılı Yasayla birlikte ilgili düzenlemeyle ilgili Sosyal Güvenlik Kurumuna davanın taraf olmaktan çıkarılıp, zorunlu ihbar müessesesi getirildikten sonra başlangıç tespiti davalarında ne gibi çözüm arayacağız, davayı kime karşı açacağız şeklinde kafamıza bir soru takılmıştı. Benim de önceden beri düşündüğüm acaba başlangıç tespiti davalarında Sosyal Güvenlik Kurumuna bir talepte bulunup, bu talebin reddedilmesi halinde

kurum işleminin iptali konusunda bir dava açılabilir mi, bu yöntem uygulanabilir mi diye benim bir düşüncem vardı. Bunu benden önce dairelerimiz düşünmüş, çözüme kavuşturulmuş. Ben de aynı düşüncedeyim. Benim vardığım sonuç da aynı olmuştu. Buna rağmen, mevcut yasaya rağmen başlangıç tespiti davasında işverene karşı dava açılabilir mi? Herhalde açılmaz diye düşünüyorum. Tabii tartışılabilir.

Benim diğer bir kafama takılan hocamın da o görüşünü istediğim husus şu: O biraz usulle ilgili olmakla beraber hizmet tespiti davasına ilişkin. Şimdi feragat sorunu anayasal güvenlik hakkından feragat edilemez. Anayasanın 60. maddesi hizmet tespiti davaları da bu kapsamda. Şimdi vatandaş davayı açıyor, niye dava açıyorsun demiyoruz. Feragat etmeye kalkıyor. Hayır kardeşim, sen feragat edemezsin, zira sosyal güvenlik hakkına ilişkin bir davadır diyoruz. Tabii bu konuda biz avukatlardan da tepki alıyoruz. Ne demek yani hâkim bey, ben bu davayı müvekkilim adına açmışım, siz diyorsunuz ki feragat edemezsiniz. Şimdi tabii bu şeyden sonra anayasal güvence hakkının bu sosyal hakkın feragat edilemez hükmüne istinaden uygulamamız şu yönde oldu: Bazı arkadaşlar mademki bu haktan feragat edemiyor, açılan davadan feragat edilemiyor, o halde bunu davayı bir neticeyle neticelendirmemiz lazım. Açılmamış sayılma ya da işlemiden kaldırma üç aylık sonunda açılmaması sonucuna götürdük. Orada şöyle bir sakınca vardı: Bu takdirde işveren ben bu davayı takip ediyorum dediği zaman o zaman işçinin burada hak kaybına uğrama ihtimali yüksekti. Zira işçinin katılmadığı bir hizmet tespiti davasında işçinin bir netice alması mümkün değil. Zira her ne kadar resen araştırma ilkesi mevcut ise de yargıç burada sınırlı bir araştırma yapar: İşte bordo tanıklarının dinlenmesi, vesaire gibi.

Diğer arkadaşlarımız, bu uzun süredir gelen bir şey, kürsüdeki bazı arkadaşlarımız şu yöneme gitti: Ben davayı feragat ederim. Mademki feragat edilmiş, o halde ben bu davayı feragatle neticelendiririm düşüncesiyle feragat edildi. Feragat sebebiyle dava bitirildi. Peki, acaba usul hükmüyle çelişiyor muyuz? Feragat davayı ortadan kaldıran bir haktır. Sonra tekrar bu dava önümüze açıldığı zaman biz bunu acaba karşı taraf derse ki kesin hüküm vardır, feragat etmiştir. Tabii bunu söylemek çok kolay değil. Acaba usul benim aklımda nasıl geçti yıllardır, acaba burada usulü biz zorluyor muyuz, usul içerisinde çelişki yaşıyor muyuz? Sanıyorum dairemizin de son dönemdeki kararlarında görebildiğim kadarıyla evet,

feragat sebebiyle davayı neticelendir, fakat bir daha dava açıldığı zaman buna netice bağlama. Bunun şu yönden faydası var: İşçinin hakkı da bir noktada korumuş oluyoruz. Bu konudaki ben katkı sunma babında oldu, Hocam bu konularda usulünün iyi olduğunu bilirim, usul kurallarına vakıf olduğunu bilirim. Bu konudaki Hocamızın düşünceleri nelerdir? Açıklarsa sevinirim, teşekkür ederim.

MESUT BALCI - Mahmut Bey.

Av. MAHMUT BEYLEM (Adana Barosu)- Hocama öncelikle sunumundan dolayı teşekkür ediyorum. Benim sorum şu yönde: Bilindiği gibi 9 Eylül 1999'da 4447 sayılı Yasayla yapılan bir değişiklikle sigortalı bildirim süresi bir aylık süreden işçinin fiilen işe başlamasından önceki gün sonuna alındı. Yani eskiden işçi işe fiilen başladıktan itibaren bir ay içerisinde bildirim yükümlülüğü varken şu anda işçiyle iş sözleşmesi kurulup, işçinin işe başlayacağı günden bir gün öncesine alındı. Bu inşaat iş kolunda çalışmaya başladığı gün olarak da istisna edilebiliyor. Şimdi 4447 sayılı Yasayla yapılan değişiklikten önceki sigortalılık başlangıç tespit davalarında 10. Hukuk Dairesinin şöyle bir kararı vardı: İşçi işe başlamış, 15. gün sigortalı bildirim yapılmış veya bir ay içinde 20. gün, 25. gün. Hiçbir işveren işçiyi işe başlatmadan, yani çalışmayan işçiyi bir ay sonra, 20 gün sonra, 15 gün sonra işe girişini bildirmez. Bu nedenle bu işçi en azından işe giriş bildirgesinin verildiği tarihe kadar çalışmıştır diyerek tanık dahi dinlemeksizin işe giriş bildirgesinin kuruma ibraz edildiğini görmekte sigortalılık başlangıç tarihini o güne alıyorlardı. 1999'daki değişiklikten sonraysa, şimdi işçinin işe giriş bildirgesi verilir yarın işe başlayacak diye, ama işçi vazgeçer, çalışmaya başlamaz. Fiili bir çalışma yoktur. Buna istinaden öncelikle 99'dan sonrası çalışmalarda fiili çalışmanın mutlaka kanıtlanması şartını ararken sonradan kararlar bütün sigortalılık, yani 99 öncesi dönemlere de yansdı. Acaba 99 öncesi işe giriş bildirgesi verilmişse, bir ay içerisinde verilmiş, 10 gün sonra verilmiş, 15 gün sonra verilmiş, acaba yeniden bu işçinin fiilen o işyerinde işe giriş tarihi yazılı tarihten ve işe giriş bildirgesinin kuruma verildiği tarihe kadar fiilen çalıştığını kabul ederek, sigortalılık başlangıç tarihinin tespiti yoluna gidebilir miyiz, yoksa yine fiilen çalışmayı kanıtlamak mı gerekiyor? Bunu öğrenmek istiyorum.

MESUT BALCI)- İbrahim Doğru Beyefendi.

Av. İBRAHİM DOĞRU (İstanbul Barosu)- Şimdiye kadarki olan mesailerimde hep hizmet tespit davalarıyla sigortalıların veya bana başvuran müvekkillerin emekliliğini temin etmeyle uğraşırdık, ama bu saatten sonra denetmenlik müessesesi adı altında moda bir deyimle ucube bir müessese yaratılarak artık bu denetmenler kendilerini önce müfettiş, sonra uygulayıcı, sonra hâkim yerine koyup, denetmen raporlarıyla neredeyse gereği düşünülürdü yazarak tespit yapıyorlar ve iptal ediyorlar. Çok somut bir örnek: İki elti yıllar sonra anlaşılamamışlar. Eltisine ben nasıl kötülük yaparım diye şey yapmış, açmış 170'i: Benim elim var ya şu Ayşe Hanım, gidip falan yerde çalıştı 10 yıl evvel, o 3 günlük çalışması sahteydi. Gidiyor efendim 170'e göre aldığı iş emrini denetmen gidiyor işyerine, işyerinde -dikkatinizi çekerim- 400 kişi çalışıyor. Bir konfeksiyon işyeri, denetmen patronu çağırıyor. Diyor ki: Beyefendi, Ayşe Yılmaz diye birini tanıyor musunuz? Vallahi tanımıyorum, şu anda yok. Yok, bu 10 yıl evvel çalışmış. Hangi tarihte çalışmış? Şurada çalışmış. Tanımıyorum demiş. Aynen tanımıyorum diyor ve o 3 günlük süre iptal, 10 yıllık maaş iptal, şu kadar da prim borcu iptal. Yıllar önce artık Yaşar Okuyan'ın bakanlığı zamanında bu sefer de malulen emekli olan sigortalılar bir kontrol muayenesi durumu çıkartıldı. Neredeyse malulen emekli olan sigortalıların yüzde 50'si, yani o zaman çalışma gücünün 2/3'sini kaybeden adam iyileşmiştir diye gündeme geldi. Onların da yarısının maaşı gitti. Şimdi az evvel Sayın Başkanım değindi, dedi ki evvelden müfettişlere verdiğimiz yetkiyle en çok teftiş tarihinden itibaren bir yıl geriye doğru gidilerek ve müfettiş kanaat olarak ben ancak bir yıllık belgeni denetlerim, ondan ötesi mahkemede dava açılmasına muhtaçsın diye geçirdi, ama şimdi denetmenler 10 yıla kadar tespitini yapıyor ve onların da primlerini öncelikle tahsil ediyor. Sonra maaşını da iptal ediyor, bu şekilde gidiyor. Şimdi bu iptal meselesinde 10. Hukuk Dairesiyle 21 Hukuk Dairesi arasındaki emeklilikten sonra böyle bir tespit davası açılırsa hukuki yararı var mıdır, yok mudur deyişi gündeme geldi. Hiç problem değil, şu anda sigortalılarımız zaten emekli olduktan sonra sosyal güvenlik destek primi ödeyeceğim diye bordroları normal bordroymuş gibi veriliyor. Kurum da tabii her gün bunları kontrol etme imkânına sahip olmadığı için bakıyorlar ki emeklilikten sonra uzun vadeli sigorta primi kollarını ödemeye devam ediyor. 12'ye 118 ek genelge çıkartıldı. Sanıyorum epey eskidir bu, hâlâ da yürürlükte ve bir tercih bildirim formuyla sigortalılarımıza, yani emeklilikten sonra uzun vadeli sigorta primi kollarına ödemeye devam eden kişilerde böyle bir tercih hak-

kı tanınmış. Sigortalıya diyorlar ki evvelden işverenlerden git, bunu temin et, sağla, işveren bunu sosyal güvenlik destek primine çevirsin ve biz de senin maaşının kesildiği yerden ödemeye devam edelim. Şimdi bu uygulamayı sağ olsunlar lehte, yani emeklilerin lehinde olan bir uygulamayla emrivaki, yani şimdi ikinci karar servisleri kuruldu. Sosyal Güvenlik Kurumunun maaş bağlama, maaş bağlandıktan sonra yapılan işlemler konusunda ikinci karar diye bir servis kuruldu. İkinci karar servisi hangi işyeri, bunu uzun vadeli sigorta kollarına prim ödemesini yapmışsa diyor ki: İşçi 12'ye 118 ek genelde doğrultusunda tercih bildirim formu vermiştir. Bu çalışmalarını sosyal güvenlik destek primine çevirmek istiyor. Çevirin ve bize sonucu bildirin ve o sigortalı tespit kararını almış olsa dahi, yani diyorsunuz ya hukuki yararı yoktur veya şey, yani hukuki yararı olsa da olmasa da sigortalıya bu hak tanınmış ve bunu sigorta böyle bir müracaat halinde yerine getiriyor, maaşı da kesilmiyor. Böylece primlerini de, ödenmiş olan maaşlarını da geri almıyor.

Şimdi Sayın Başkanımın dediği gibi çok konu var. Bu 4/A'da bir başlangıç tespiti davası açıyoruz. Bu Çemberci zamanında başlayan bir günlük süreyle çalıştığına karinedir gerekçesini getirdi. Allah rahmet eylesin, o şekilde geldi. Sonra işte işverenin davaya dahil edilip edilmediği yönünde, şimdi Hocam sunumunda söyledi. Dedi ki: *"Kanunda ve tüzükte gösterili belgeleri işveren tarafından verilmeyen"* Hocam değinmedi gerçi başlangıç tespiti davalarına, buradaki yükümlülük, yani eski 79/5, şimdiki 86. maddede gösterilen sürede işveren bu yükümlülüğünü yerine getirdiği için işverenin davaya dahil edilme zorunluluğu yok. Bu bir günlük karine, onu şimdi Sayın Başkanımınla 10. Hukuk Dairesinin, 21. Hukuk Dairesinin bir 18 yaş meselesi var. Onun için ayrı bir sempozyum düzenlenmesini istiyorum, ama sadece sorum şu Sayın Başkanımın: Şimdi bir günlük süreyle 4/A'ya göre başlangıç tespiti açtığımızı göre şu anda 4/B'yle ilgili 06.08.2003 milat kabul edildi, tescilimiz var. Biz acaba 4/B Bağ-kur Hocamın dediği dil alışkanlığı, 4/B sigortalıları için de bir gün süreyle tespit isteyebilecek miyiz? Çünkü eğer vergi kaydıyla birlikte böyle bir tespit istersek şu anda yürürlükte olan 6552 sayılı Yasa diyor ki evvelden 5 yıla sınırlamışlardı, şimdi 6552 sayılı Yasa bir yılın üstünde olan bütün borçların silinmesi yönünde bir kanun var, hâlâ da yürürlükte. Şimdi tehlike şu: Böyle bir başlangıç tespiti davası açtığımızda diyelim ki 1994'ten 2003'e kadar gelen bir vergi mükellefiyeti var. Ben başlangıç tespiti açtım, ama Bağ-kur bu tespiti açtığımızda karar kesinleşecek ve bana 94'ten 2003'e

kadar, yani binlerin, yüz binlerin üzerinde olan bir prim borcu tahakkuk ettirecek. Ben şimdi önce başvurumu 6552 sayılı Yasaya göre başvurumu yapıp da çıkacak olan bu tespitte bir yılın üstündeki bütün primlerimi silin, benim için de bir günlük prim için bu tespiti yapın diyebilir miyiz?

Diğeri de çok net: Hizmet tespiti davalarında 01.01.2000'le 01.09.2011 arasındaki 11 yıl tespiti yapılmış. Kesinleşmiş bir mahkeme kararı var. Prim tahsili zamanaşımı 2000'den başlayarak hangi tarihe kadar 5 yıllık süreye, hangi tarihten itibaren mahkeme kararının kesinleşmesinden sonra mahkeme kararına dayalı olan 10 yıllık süreye tabidir? Sorum bu efendim, başka da sorum yok, teşekkür ediyorum.

MESUT BALCI - Türkan Keskin.

Av. TÜRKAN KESKİN (Kocaeli Barosu)- Ben de naçizane hem kurum avukatlığı, hem bilirkişilik, hem de serbest avukatlık yapan biri olarak hizmet tespiti davalarıyla hani yıllardır iç içeyim. Şimdi hem uygulamada da kurumdayken de karşılaştığımız sorunları biliyorum. 6552 sayılı Yasayla getirilen özellikle kurumun fer'i müdahaleyle ilgili soru benim, şimdi yasanın başlangıcı şöyle başlıyor, İş Mahkemeleri Kanunundaki değişiklikteki başlangıç şöyle başlıyor: "*Sağ işveren aleyhine açılan hizmet tespiti davalarında*" diye başlayan bir cümlede artık bunun, yani burada kurumun fer'i müdahilliğinden nasıl bahsedebileceğiz? Ben o konuya değinmek istiyorum. Yasanın amacı sadece işveren aleyhine açılan hizmet tespiti davalarında mahkemelere kuruma davayı ihbar etme yükümlülüğü getiriyor, ama eğer dava hem işverene, hem de Sosyal Sigortalar Kurumuna karşı açılmışsa, zaten hâkimin önüne dilekçe bu şekilde gidiyorsa, artık burada kurumu fer'i müdahilliğe sokmanın bir mantığı var mı ya da yasanın kuruluş amacına bu uygun mudur? Ben bunu merak ediyorum. Sanıyorum ki Yargıtayın görüşü bu yönde oluşmuş. Şimdi işveren aleyhine açılan davalarda kurumun hasım gösterilmesi gerekiyor. Çünkü sadece işveren aleyhine açılan davalarda alınan mahkeme kararlarının kuruma getirildiği zaman elinde bir mahkeme kararı olan vatandaş bu kararı infaz ettirmek istiyor. Fakat kurum diyor ki ben bu davada taraf değilim, ben bu kararı uygulayamam. Bu yasanın kuruluş amacı -yani mantık olarak da bunu gerektiriyor sanırım- kuruma bu davayı ihbar etmek, ama dediğim gibi zaten kurum davalıysa, burada kurumu fer'i müdahilliğe düşürmenin bir mantığı var mı? Ben bunu anlayamıyorum, Kadir Has'taki sempozyumda yanılmıyorsam Yargıtayın bu konudaki görüşü de bu yöndeydi, yani

sadece işveren aleyhine açılan davalarda fer'i müdahillik hususu gündeme gelecekti, ama şimdi Yargıtayda bütün hizmet tespiti davalarında hem işveren aleyhine, hem kurum aleyhine açılan da olsa kurumu fer'i müdahillik durumuna düşürmek yönünde olduğu şeklinde sanıyorum. Buradaki amaç nedir? Amaç eğer kurumu vekâlet ücreti ve yargılama giderlerinden kurtarmaksa, bunun yasal düzenlemesi daha farklı bir şekilde, daha basit bir şekilde hizmet tespiti davalarında kurum aleyhine yargılama gideri ve vekâlet ücreti hükmedilmez diye bir düzenleme getirilerek, bu çözülemey miydi? Ben bu konudaki hem sizin Başkanım, hem de Hocamın görüşlerini rica ediyorum. Teşekkür ederim.

MESUT BALCI - Sayın Abdulhalim Eke.

ABDULHALİM EKE- Sayın Başkan, Sayın Kabakçı, sunumlarınız için çok teşekkür ediyorum. Sayın Kabakçı'nın aidiyet davalarında kurum davalı olmaz dedi, ama diğer sigortalı, yani hak iddia edilen adı benzeşen sigortalının davalı olması söz konusu olacak. Halil Özdemir'in bir görüşüne şu nedenlerle katılmam mümkün değil: Emekli olan, yaşlılık aylığı alan kişilerin çalışmalarının tespiti neden kısa vadeli kollar sadece iş kazalarında değil, meslek hastalıklarında da? Örnek yapalım. Maden işyerinde çalışıyor, 15 yıl sonra emekli oldu. 5 yıl daha emeklilikten sonra çalıştı sigortasız, 15 sene sonra meslek hastalığına yakalandı. Geldi, dedi ki ben tazminat davası açıyorum. Döndük, kaçınılmazlık tespiti yapacağız ya, dün konuşuldu. Yeraltı işyerlerinde 15 yıldan mı kaçınılmazlık tespiti yapacaksınız, artı sigortasız süreden mi? Bu bir, ikincisi, iş kazalarında Hocam dedi ki: *"Her zaman 23. madde varsa bildirme de gerek yok"* Doğru, ama hem o sürecin gecikmesi nedeniyle belirlenene kadar hiçbir hak iddia edemiyorsunuz, o işlemler 6 ayda mı biter, 1.5 senede mi biter, Allah bilir, ama meslek hastalığının 15-20 sene gibi süre sonra meydana geldiğinde tespit gerçekten zorlaşacağı için dava açmasında fayda var. Buraya kadar olan sadece meslek hastalığı, ama ben emekli olan kişi adına şu iddiayla geliyorum, bakalım ne yapacaksınız? Diyorum ki siz bana işyerinde normal işçi gibi muamele yaparak net ücretimi verdiniz. İşçinin cebinde filan kalmadı para, işverenin cebinde kaldı, ama ben destek primine tabi olsaydım diyorum ki bakın, destek prim oranı ne? Yani işverenin cebinde kalan bir parayla geldiğim zaman, yani her halükârda burada çalışanın, sigortasız çalışanın yararı var. O nedenle bence içtihat doğru, ayrıca sigortasız çalışma nedeniyle fesih hakkının kullanılması

bakımından da çok çok önemlilik arz ediyor. Benim esas sorum ya da görüş beklemediğim husus şu: Kazançlar bildirim var, tespit var, ama eksik kazanç tespiti nereye mal edilecek sorunuyla karşı karşıyayız. 80. madde-deki hüküm ben okumak istiyorum: “*Ücretler hak edildikleri aylara, diğer ödemeler de ödendiği ay kazancına mal edilir*” dedi. Kanun koyucu diğ-ğ-er ödemeleri şu şekilde tasvip etti 80.1.A’da: Hak edilen ücretler. Diğer seçenek de şu: Prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit ödeme. Geldik yine D’ye, devam eden hükme, yani bizim son ay kazancını matraha bindirdiğimiz hükme. Ücret dışındaki ödemelerin, tamam yapacaksınız, son ay matrahına bindireceksiniz, ama ücret dışındaki ödemelerin diye kanun koyucu açıkça bir hüküm koyduğuna göre SGK’da prime esas kazançları ikiye ayırdığına göre, ücretler, prim ve benzerleri dediğine göre o zaman sorun şu: Asıl ücret sadece çıplak ücret midir, ücret yerine geçen fazla mesai gibi, hafta tatili gibi her tür ödeme ücret kapsamında görüyor kanun koyucu. O halde biz sadece ücret dışındaki ödemeleri son ay matrahına dahil edebiliriz. Bu sorunu bu şekilde aştığımızı düşündüğümüzde bir başka sorunla karşı karşıya geliyoruz. Eskiden dikkat etmediğimiz sorun neydi? Nasıl olsa son ay kazancına dahil ediyorlar, o zaman işçilik alacağı davasında zamanaşımına uğramış olan fazla mesailer kazanç tespiti davasında nasıl esas alınacak? Yani dönemine mal etmeye kalktığımız zaman fazla mesailer dönemine nasıl mal edilecek sorunuyla karşı karşıy-ya kalıyoruz. Hocamın görüşleri ve Sayın Başkanımın görüşleri ne yönde olur? Teşekkür ederim.

MESUT BALCI - Şimdi sorular bitti. Ben kısa bir şeyler söyleyeyim, Hocam da konuştuktan sonra onu da ilave edeceğim. Şimdi feragat konu-su, bu Yargıtayda hatta genel kurul kararı haline de geldi. Davacı davadan feragat ediyor, Sosyal Güvenlik Kurumu da bana vekâlet ücreti verilmedi diye temiz ediyor. Burada sosyal güvenlik hakkından vazgeçilmez, kurum da bunu temyiz etti diye temyiz eden aleyhine bir bozma kararı. Davacı feragat ediyor davadan, diğ-ğ-eri de vekâlet ücreti istiyor. Bu genel kuruldan dahi geçti, sosyal güvenlik hakkından feragat edilmez. Fakat davadan feragat da hak, diğ-ğ-eri de hak, bu da hak. Biz neticede şöyle bir çözüm bulduk: Ben 10. Hukuk Dairesinin ne yaptığını bilmiyorum, ama sosyal güvenlik ve ilgili davadan feragat edilebilir, fakat bu sosyal güvenlik hak-kımdan feragat anlamına gelmez. Sadece bu davadan feragat eder, ileri-de yeniden dava açabilir şerhi koyarak, feragatle retleri biz onuyoruz. Yani ileride dava açıldığı zaman bak, sen feragat etmişsin, bu kesin hüküm olur

imkânını ortadan kaldırıyoruz, böyle bir çözüm bulduk. Bunu çözümsüz bırakmak, şimdi feragat edeceğim dediği davayı takibe zorlamak, diğer tarafın davacının feragat hakkını elinden alacak şekilde bunu yorumlamak bize doğru gelmedi.

Bağ-Kur tespitine gelince, hâkim taleple bağlı, siz eğer hakkınız varsa 3 günlük bir sürenin de tespitini isteyebilirsiniz, 5 günlük sürenin de, bir ayı da isteyebilirsiniz, 10 ayı da isteyebilirsiniz. Hâkim, sen 20 yıl Bağ-Kurlusun mu diyecek? Taleple bağlı karar verecek. Eğer orada sigortalılık koşulların varsa dava sonuçlanmışsa, biz resen gidip vay, burada da sigortalıydı, sen bunu da kabul et demiyoruz ki zaten, öyle bir şey yok, ama koşulları varsa tabii, bu geçiş sürecinde, o geçiş tarihleri arasında o koşullar sağlanmışsa ancak böyle bir tespit davası söz konusu olabilir.

Fer'i müdahil meselesine gelince, biz daha önce açılmış davalarda kurum hasım haline geldiği için bunu devam ettiriyoruz, ama yeni açılacak davada böyle bir kanun olur mu, olmaz mı? Bu kanun genel hukuk ilkelelerine aykırı, ama kurum vekâlet ücretinden çok para veriyor, bunu engelleyelim, masraflardan da kurtulalım diye çıkarılmış bir yasa bu, açığı bu. Kurum vekâlet ücreti vermeyecek, fakat bu karar kurumu da bağlayıcı olacak. Masraf da vermeyecek.

MESUT BALCI - Bir de bu sigorta bildirgesi efendim, verilmiş 3 gün, sonra bu geçerli sayılsın diye İbrahim Bey söyledi de, şimdi bizim ülkemizde 3 yaşındaki çocuk için de verilen işe giriş bildirgesi var. 3 yaşında çocuğa işe giriş bildirgesi veriliyor bu ülkede, bunu böyle kalıplaştırsak nasıl işin içinden çıkacağız? Bu fotoğraf ajansında fotoğraf çektirip, herkes çocuğunu sigortalı yapmaya kalktı ya, onun gibi şeyler var. Ben burada keseyim, Hocam açıklamalarını yapsın.

Dr. MAHMUT KABAĞÇI- Teşekkür ederim Sayın Başkan. Aslında söz alanlar bir-iki soru dışında genelde katkı şeklindeydi. Ben şöyle notlarıma hızlıca bakıyorum. Zamanaşımı konusunda eski düzenlemenin eski olaylara uygulanması şöyle düşünüyorum ben: Kimse hukukta genel ilke MK 2'deki dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının yansıması, kimse kendi hukuka aykırı işlemine dayanarak hak iddia edemez. Dolayısıyla kendi hukuka aykırı bildirim yapması gerekiyordu, primleri ödemesi gerekiyordu. Öbür tarafta sigortalı da 30 sene sesini çıkarmadı, dava açmadı, ihbar etmedi kuruma, ama orada şöyle bir kıyasa başvuruyorum: 8.

maddede 5510 sayılı Kanunun sigortalıya da kendini bir ay içinde kuruma bildirme seçimlik yetki veriyor. Bildirmezse yaptırımını sigortalı aleyhine bir sonucu yok. Dolayısıyla o karşı argüman olamaz diye düşünüyorum. Öğleden sonra zaten tartışılacak konu.

Hak düşürücü süre mutlaka olmalı, Anayasa Mahkemesinin kararındaki gerekçe isabetli. Çünkü sosyal sigorta özel sigortadaki gibi ödenen primle, alınan yardımların karşılığı birebir ilişki halinde değil, dolayısıyla kurumun dengesi eşittir kamu yararı tüm toplumun yararı. Dolayısıyla burada hak düşürücü süre mutlaka gerekli, fakat ben öneri olarak belirttiğim sonradan düzenlenemeyecek belgelerle ispat varsa aranmasın hakkaniyet ölçüsü bakımından, tabii yasal düzenleme varken hakkaniyet ölçüsü dikkate alınmayacaktır. Sadece bir öneriydi.

Halil Akdemir'le Mahmut Beylem'in sorusu işe giriş bildirgesi evet, 99'a kadar işe başladıktan itibaren bir ay içinde verilebiliyordu bildirme, dolayısıyla işe başlangıcın bildirmeden önce olduğu bir durumda karine makul, evet karine olarak kabul edilir. Aslında bildirgenin uygun olmadığını iddia eden tarafın ispat yükünün yer değiştirmesi düşünülebilir burada, hani sigortalının değil, işverenin, kurumun aksine bildirmeye rağmen çalışma olmadığını ispatı düşünülebilir.

Feragat konusunda 21. Dairenin kararlarına ulaştım. Bu feragat davadan feragat hakkıyla hizmet sigortalı hakkının bağdaştırılması, iki tane hak var ve yarışıyorlar, çatışıyorlar. Dolayısıyla HMK'daki 123 karşı tarafın kabulüyle davanın geri alınması yahut da 150. maddede davanın işleminden kaldırılması, hani feragatin bu iki madde çerçevesinde yorumlanması bence olabilecek en pratik çözüm sonuçları itibariyle iki menfaatin denkleştirilmesi bağlamında. Davalarda 6552 sayılı düzenlemeye rağmen hâlâ SGK davalı gösterildiyse ne olacak sorusu, burada davanın sonucunda aslında SGK'nın hak alanını ilgilendiriyor cümlesi yanlış. SGK işlem muhatabı, menfaatleri o anlamda çatışan sigortalıyla işveren, hak onların arasında tartışılmalı. SGK hakta dava sonucu çıkacak karara göre işlem muhatabı, dolayısıyla fer'i müdahil olarak davaya katılması bence isabetli bir düzenleme oldu. Kişisel görüşüm, tartışılabilir. Çünkü kurum mahkeme kararıyla bağlıdır. Benim kararda ismim davalı olarak geçmediğinden bu karar beni bağlamaz. Yani teknik usul hukuku bakımından baktığımızda davalı tarafta yer almadığı için doğrudan bağlamaz, fakat dikkat edelim, davanın konusu kamu hukuku, özel hukuk değil. Normal fer'i müdahillik HMK'daki

düzenlemeleri dikkate almak mümkün değil. SGK bu kararı uygulamak zorunda, ben davalı değilim, hani bu işin doğasına ters, 5510'daki somut düzenlemelere ters, böyle düşünüyorum.

Doç. Dr. MAHMUT KABAKÇI-Aidiyet tespiti davalarında diğer kayıtlara geçen şahsın davalı gösterilmesi, onun yerine davanın ihbarı belki daha pratik bir çözüm olabilir diye düşünüyorum. Dediğim gibi çoğu katkı şeklindeydi, umarım sorulardan karşılıksız kalan olmadı. Herkese teşekkür ediyorum, saygılarımı sunuyorum.

MESUT BALCI (Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı)- Son bir-iki şey söylemek istiyorum, kapatıyorum artık. Şimdi Sayın Hocam dediler ki: İşveren iyi niyetli değil. Onun için zamanaşımından öyle yararlanması doğru değil. Zamanaşımı iyi niyetle ilgili bir şey değil ki ben kötü niyetli olurum, ama zamanaşımı doldu derim. İyi niyetle zamanaşımının hiçbir alakası yoktur. Bir de hukuk güvenliği önemli bir konudur. Bununla ilgili Anayasa Mahkemesi kararında da hukuk güvenliğinden söz ediyor. Sen zamanaşımı diyelim doldu, dolmuş bir zamanaşımı süresi olan bir hizmet tespit edildi. Sen sonradan dolmuş bir zamanaşımını diyelim dava açtı, 82'den 85'e kadar çalıştı denildi. Sen gelip 2010 yılında çıkarttığın bir kanunla zamanaşımı artık karar tarihinden başlar, bundan sonra 10 yıldır. Benimki dolmuştu kardeşim, hani hukuk güvenliği? Bu hukuk güvenliği ilkesine aykırı bir şeydir, onun için asla böyle yorumlanamaz. Bunu bir söyleyeyim.

Sizin bir zamanaşımı sorunuz vardı. Hizmet tespitinde zamanaşımı şeyleri belli, 06.07.2004 tarihinden sonra zamanaşımı 10 yıldır 5510 da dahil olmak üzere, ondan önce 5 yıl olduğu dönem vardır, daha önce tekrar 10 yıl olduğu dönem vardır. Bunların hepsi bizim kararlarımızda yazılıdır.

2. OTURUM

SUNUCU- Toplantımızın son oturumuna Oturum Başkanlığı yapmak üzere Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Üyesi Doç. Dr. Halil Yılmaz'ı ve "5510 sayılı Kanunun Uygulanmasında Ortaya Çıkan Çeşitli Sorunlar" başlıklı tebliği için Prof. Dr. Nurşen Caniklioğlu Hocamızı kürsüye davet ediyorum.

Doç. Dr. HALİL YILMAZ (Yargıtay 21. HD. Üyesi)- Sayın Yargıtay Daire Başkanım, Sayın Yargıtay üyesi meslektaşlarım diyeceğim, ama yoklar sanıyorum, sayın hocalarım, değerli katılımcılar; herkese iyi öğleden sonralar diliyorum ve saygılarımı sunuyorum. Her şeyden önce bu sempozyumu düzenleyen İstanbul Barosuna ve Galatasaray Üniversitesine teşekkürlerimi sunuyorum.

5510 sayılı Kanunun uygulamasıyla ilgili hem çeşitli, hem de pek çok sorun bulunmaktadır. Her şeyden önce kanun maddelerinin uzun uzun yazılmış olması, birbirine atfı yapması, istisnai hükümler getirmesi gibi son derece anlaşılması güç bir şekilde yapılan düzenlemeler uygulamaya da yansiyarak sorun oluşturmaktadır. Ancak sorun bunlardan ibaret değildir. Sosyal Güvenlik Kanunlarında sık sık değişiklikler yapılmaktadır. Yakın zamanda yine böyle bir düzenleme olmuştur. Orada da yapılan düzenlemeler sorun çıkarmaya aday niteliktedir. Bu nedenle Hocam Prof. Dr. Nurşen Caniklioğlu son güncel yasal düzenlemeler bağlamında ortaya çıkabilecek sorunları ve bunlara ilişkin görüşlerini bize açıklayacaktır. Bu kapsamda Hocam yersiz ödemelerin geri alınması, zamanaşımı, usul hukuku bakımından kuruma ihbar yapılması, dava açılmadan önce kuruma başvuru yapılması gibi güncel konulara değinecektir. Ben uzatmadan sözü konunun ve alanın ustası, sahibi, ehli Hocam Sayın Prof. Dr. Nurşen Caniklioğlu'na sözü bırakıyorum. Süre sınırsız Hocam, söz sizin, buyurun.

Prof. Dr. NURŞEN CANIKLIOĞLU
5510 SAYILI KANUN UYGULAMASINDA ORTAYA
ÇIKAN ÇEŞİTLİ SORUNLAR

Teşekkür ediyorum Sayın Başkan. Süre sınırsız dedi Sayın Başkan, ama tabii insan takati, daha önce de söylediğim gibi bizim yüksek Yargıtay kararlarımıza yansımış çok önemli bir ilke, insan takatini hiçbir zaman aşmayacağız. Bana aslında 1 saat 15 dakika süre verilmiş, ama açıkçası muhtemelen o kadar da kullanmam diye düşünüyorum. Çünkü öğleden sonranın bazı sıkıntıları da oluyor, fakat olabildiği ölçüde bazı uygulama sorunlarını gündeme getirmek istiyorum.

Konuşmama başlamadan önce Yargıtayımızın Değerli Başkanı, değerli üyeleri ve değerli meslektaşlarım; tüm konukları saygıyla selamlıyorum. Konu olarak Sayın Başkanımın da belirttiği gibi ben birkaç tane konuyu özel olarak seçtim. Bunlardan ilki yersiz ödemeler konusu, yersiz ödemelerin geri alınması sorunu. Hakikaten bunun uygulamada büyük sorunlara sebebiyet verebileceğini, hatta verdiğini görüyoruz. Aslında ben burada boşandığı eşiyile birlikte yaşayan kız çocuklarına yapılan ödemelerin iadesi sorununa da değinmek istemiştim. Fakat diğer konuları biraz geniş ele aldığım için onun üzerinde çok fazla durmayı düşünmüyorum. Fakat eğer zaman kalırsa kısacık ondan da bir bahsetmek ve zamanaşımı konusu, zamanaşımı konusu zannediyorum önümüzdeki dönemlerde çok daha fazla üzerinde durmamızı gerektiren önemli konulardan bir tanesi olacak. Bunun dışında 6552 sayılı Kanunla kuruma karşı dava açmadan önce kuruma bir başvuru yükümlülüğü getirildi. Bu da uygulamada bazı sorunları beraberinde getirecek ya da en azından bazı noktalarda tartışılması gereken hususlar söz konusu olacak diye düşünüyorum. Ben bu tebliğde onları da gündeme getirip, tartışmaya açmanın yararlı olduğunu düşündüğüm için o konuya da değineceğim.

Şimdi ilk üzerinde duracağımız konu yersiz ödemelerin geri alınması konusu. Yersiz ödeme dediğimizde aslında en genel anlamıyla sigortalının ya da hak sahibinin henüz bir hak elde etmemesine rağmen kendisine bir sosyal sigorta edimi sağlanması veya hak ettiğinden daha fazla bir sosyal sigorta edimi sağlanmasını ifade ediyor. Fazla ödemeler de kuş-

kusuz yersiz ödeme niteliği taşıyan ödemeler, bu bağlamda nelerden söz ediyoruz yersiz ödeme dediğimizde? Malullük, yaşlılık ve ölüm aylıklarıyla bu aylıklarla birlikte ödenen ek ödemelerin daha sonra sigortalıdan ya da hak sahiplerinden geri istenmesi halinde yersiz ödemeye ilgili sorun karşımıza çıkmış oluyor. Bunun gibi sürekli iş göremezlik geliri, ölüm geliri, toptan ödemeler, geçici iş göremezlik ödeneği ya da evlenme ödeneği, cenaze ödeneği gibi Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda öngörülen tüm ödemelerin ileriki bir dönemde yersiz ödeme adı altında ilgisinden, kişiden geri istenmesi söz konusu olabilecek demektir. Kanunumuzda özel hüküm var, ben o özel hükme geçmeden önce şöyle kısaca bir tarihsel gelişimden söz etmenin yararlı olacağını düşünüyorum. Aslında yersiz ödeme ilk defa 1479 sayılı Kanunun 67. maddesinde düzenleniyor ve deniliyor ki: *“Sigortalılara veya hak sahibi kimselerine kurumca fuzulen ödendiği anlaşılan her türlü aylık yardımlar 55. maddenin son fıkrası saklı kalmak kaydıyla ilgililerin sonraki her çeşit istihkaklarından geri alınmak suretiyle kesilmek suretiyle geri alınır”* 506 sayılı Kanunda bu konuda herhangi bir düzenleme yokken 2003 yılında bir düzenleme getiriliyor ve deniliyor ki yanlış ve yersiz ödendiği anlaşılan her türlü gelir aylık ve sigorta yardımları 84. maddenin son fıkrası hükümleri saklı kalmak kaydıyla ilgililerin her çeşit istihkaklarından kesilmek suretiyle geri alınır. Kurumun genel hükümlere göre takip hakkı saklıdır deniliyor. Benzer bir düzenleme Emekli Sandığı Kanununda da yer alıyor. 5510 sayılı Kanun 1 Ekim 2008 tarihinde çıkarıldığında tüm bu hükümlerin yerini almak üzere 96. madde hükmü öngörülüyor ve konuyu ikiye ayırarak ele alıyor. İşte ilgilinin bu yersiz ödemenin yapılmasında bir katkısı olmuş mu, olumsuz anlamda hatası, kusurlu davranışı olmuş mu, yoksa bu yersiz ödeme dediğimiz şey kurumun hatalı işleminden mi kaynaklanmış, buna göre konuyu ikiye ayırarak ele alıyor.

Yasada şu şekilde bir düzenleme var: *“Kurumca işverenlere, sigortalılara, isteğe bağlı sigortalılara, gelir veya aylık almakta olanlara ve bunların hak sahiplerine, genel sağlık sigortalılarına ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilere fazla ve yersiz olarak yapıldığı tespit edilen bu kanun kapsamındaki her türlü ödemeler söz konusu kişilerin kasıtlı veya kusurlu davranışlarından doğmuşsa, hatalı işlemin tespit tarihinden geriye doğru en fazla 10 yıllık sürede yapılan ödemeler bu ödemelerin yapıldığı tarihlerden itibaren”* diye devam edecek. Ardından ama konuyu ikinci bölümü itibariyle düzenliyor: *“Eğer bu ödemeler kurumun hatalı işleme-*

rinden kaynaklanmışsa, hatalı işlemin tespit tarihinden geriye doğru en fazla 5 yıllık sürede yapılan ödemeler toplamı ilgiliye tebliğ edildiği tarihten itibaren 24 ay içinde yapılacak ödemelerde faizsiz, 24 aylık sürenin dolduğu tarihten sonra yapılacak ödemelerdeyse bu süre sondan itibaren hesaplanacak. Kanuni faiziyle birlikte ilgililerin kurumdan alacağı varsa bu alacaklardan mahsup edilir. Alacakları yoksa genel hükümlere göre geri alınır” deniliyor. Görüldüğü gibi konu eğer ilgilinin kasıtlı veya kusurlu davranışlarından doğmuşsa, ödeme 10 yıl geriye kadar gidilebiliyor. Buna karşın kurumun hatalı işleminden doğmuşsa yersiz ödeme dediğimiz şey, örneğin bir yaşlılık aylığının hak kazanmamasına rağmen bağlanması halinde 5 yıl kadar geriye gidilebiliyor. Bu hükmün de ortaya koyduğu gibi diyelim ki sigortalının kasıtlı işlemiyle kendisine bir aylık bağlanmış olsa dahi 10 yıldan daha uzun süre geriye gidecek bir biçimde mahsup işlemi yapılmıyor veya geri isteme işlemi yapılmıyor.

Yersiz ödemenin nasıl tespit edileceğine ilişkin olarak kanunumuzda herhangi bir düzenleme yok. Bunu kurumun bir yönetmeliği var konuya ilişkin, orada da açıklıyor, ama hepimizin tahmin edebileceği şekilde bir denetim sonucu o sigortalıya yapılmış olan ödemenin hatalı olduğunun anlaşılması mümkün. Bir şikâyet, ihbar üzerine ya da Sayıştayca kesin hükme bağlama veyahut bir yargılama sonucunda yersiz ödeme yapıldığı tespit edilebilir. Bu bağlamda benim yaşadığım enteresan bir olayı zikretmek isterim. Yersiz ödemenin tespiti noktasında gerçekten ilginç bir durumdu. Bir tanıdığım kendisine aylık bağlanması için kuruma başvuruda bulundu ve daha öncesinde de aslında kurumla ilgili birimlerle, yetkililerle görüşmesi sonucunda denilmişti ki size 3 000 küsur lira yaşlılık aylığı bağlanır. Ardından dilekçesini veriyor, fakat yaşlılık aylığı 2 000 küsur lira biçiminde bağlanınca itiraz ediyor. Diyor ki daha önce ben sözlü olarak sorduğumda böyle bir rakamdan söz ettiniz. Kaldı ki benimle aynı konumda olan bir başka kişi var, o da 3 000 küsur lira alıyor. Olay da profesörlere aylık bağlanması bağlamında bir şey, yalnız 6 ayı doldurmuş, 2 yılı doldurmamış bir profesörden söz ediyoruz. Verilen cevapta deniliyor ki: *“Size bağlanan aylıkta hata yok, ama diğer profesöre bağlanan aylıkta hata var. 6 ayı doldurmuş, fakat 2 yılı doldurmuş gibi o tazminatlar da dikkate alınarak hesaplama yapılmış, fakat tazminatların dikkate alınmaması gerekirdi. Bu sebeple sizin aylığınız yine 2 000 küsur lira olacak, fakat diğer yaşlılık aylığı alan kişiden de aylıklarından 1/4 kesilmek suretiyle hatalı yapılan ödeme geri alınacak”* diye bilgi geliyor. Şimdi bu tespitinin ne zaman nasıl yapılacağı bu örnekte olduğu gibi hiçbir şekilde belli olmaz. Bir kişi farkında olmaksızın dahi ihbarda bulunabilir. Tabii burada kişinin

herhangi bir kusuru var mı, yok mu, onu da biraz sonra ayrıca değerlendirmemizde yarar var.

Burada aslında şöyle bir şey düşünülebilir diye aklıma geliyor, tartışılabilir de bir husus: Kanun tespit tarihini esas alarak, tespit tarihinden geriye doğru 5 ya da 10 yıllık sürede yapılan yersiz ödemelerin geri istenebileceğini söylüyor. Yani yasadaki hükme baktığınızda her halükârda 5 yıldan daha uzun bir ödeme yapılmışsa, 5 yıllık ya da 10 yıllık bir ödemenin geri isteneceğinden söz etmiyor. Tespit tarihindeki 5 yıllık sürede ya da 10 yıllık sürede yapılan ödemelerden söz ettiği için bunu herhalde o dönemde eğer ödeme yapılmamışsa, o zaman ne kadar ödeme yapılmışsa, bunun isteneceği biçiminde anlamak lazım. Şu şekilde somutlaştırabiliriz anlatmak istediğim hususu: Kişi ölüm aylığı alan bir kız çocuğu, 10 Ekim 2005 tarihinden itibaren ölüm aylığı bağlanmış, 2012'de evlenmiş ve bu ödemenin yersiz ödeme olduğu tespit edilmiş. Sebep: Diyelim ki son dönemlerde sıkça karşımıza çıkan hususlardan bir tanesi kurum hatalı işlemiyle borçlanılan bir süreyi de dikkate almış ve hak sahibi olarak kız çocuğuna aylık bağlamış, sonra yapılan denetimde demiş ki ben hataen borçlanılan süreyi dikkate almışım. Borçlanılan süreyi dışarıda tuttuğumda hak sahiplerine ölüm aylığı bağlanması mümkün değil, dolayısıyla yaptığım ödemeleri geri istiyorum diye bir tebligat çıkardığında yersiz ödeme olarak bunları geri istediğinde son 5 yıl, tespitten geriye doğru 5 yıl içinde ne kadar ödeme yapılmışsa, onların geri istenmesi söz konusu olabilecek diye değerlendirmek gerekiyor.

Şimdi bu hükümde konu biraz önce de ifade ettiğim gibi ikiye ayrılarak değerlendiriliyor. İlgili yapılan ödeme ilgililerin kasıtlı ve kusurlu davranışlarından mı, yoksa kurumun hatalı işleminden mi kaynaklanmış? İlgililerin kasıtlı ve kusurlu davranışları konuya ilişkin yönetmelikte mesela şu şekilde ifade ediliyor: Kuruma ibraz edilen belgelerle gerçeğe aykırı bildirimde bulunulmuşsa, durum değişiklikleri bir ay içinde kuruma bildirilmemişse, sahte bilgi ve belgelerle gelir ya da aylık bağlatılmışsa, meşhur konumuz boşanma nedeniyle gelir veya aylık bağlandıktan sonra boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşamışsa, gelir ve aylıkların kesilmesini gerektiren bir durumu bilerek, isteyerek kuruma bildirmemişse veya yine bazen uygulamada karşılaşılabilen hususlar hak sahipliği sona ermesine rağmen herhangi bir kişi tarafından tahsilat yapılmaya devam edilmesi halinde burada ilgililerin kasıtlı ve kusurlu davranışlarından söz edilecektir ve böyle bir durumda

yapılan ödemelerin geri istenmesinde de bence adalet açısından da, hukuk açısından da büyük bir sıkıntı olmasa gerekir diye düşünüyorum. İstenebilmesinde hiçbir sorun olmamalı, ama kurumun hatalı işlemi sebebiyle aylık bağlanmışsa veya başkaca bir yersiz ödeme yapılmışsa, o zaman sorun olduğunu düşünmek gerekir gibi geliyor bana.

Kurumun hatalı işlemleri neler? Yine yönetmelik bunları şu şekilde örneklendiriyor: İlgililerin kasıtlı ve kusurlu davranışı dışında kalan, kurum çalışanlarının kasıtlı veya kusurlu davranışı, ihmali, dikkatsizliği, bilgisizliği gibi sebeplerden kaynaklanan yersiz ödemeler kurumun hatalı işlemlerini oluşturur deniliyor. İşte bu noktada gerçekten ciddi sorunların olacağını, olduğunu da düşünmek lazım. Mesela, uzun yıllarca çalışmış bir sigortalının kendisine yaşlılık aylığı bağlanması için dilekçe verdiğini düşünün ve kurum dosyadaki bilgilere, belgelere bakıyor. 20 günü eksik, fakat bunu fark etmiyor kurum, kişiye yaşlılık aylığını bağlıyor. Yıllarca da bu yaşlılık aylığı alınıyor. Ondan sonra yapılan bir denetimde deniliyor ki biz sana hatalı bağlamışız. Bu 20 gün eksik var, dolayısıyla koşullar gerçekleşmeden bağlanmış bir aylık var. Biz bunu geriye doğru 5 yıllık süre içinde olmak kaydıyla sizden geri alacağız. Yani hem yaşlılık aylığını kesiyoruz, hem de yersiz olarak ödediğimiz aylıkları keseceğiz bu kişinin, ardından muhtemelen bu 20 günlük çalışmayı tamamladığında yeniden aylık bağlanması durumu söz konusu olacak. Yani bu örnek gerçekten oldukça çarpıcı bir durum oluşturuyor diyebilirim.

Şimdi burada yasa özel bir düzenleme yapmış 96. maddede, ama uygulamada Yargıtay kararlarında tartışılan şey şu: Yargıtay 2008'den önce bu yapılan yersiz ödemeleri geri alırken sebepsiz zenginleşmeye dayanıyordu, ama geriye doğru 5 yıllık, 10 yıllık süre sınırı olmaksızın, fakat iyi niyetli sebepsiz zenginleşen, kötü niyetli sebepsiz zenginleşen ayrımını da yaparak işlem yapıyordu. Bence doğru olan, olması gereken de oydu diye düşünüyorum. Fakat 5510 sayılı Kanundan sonra artık Yargıtayın olaya bakışı farklılaştı ve denildi ki 96. madde âdeta sebepsiz zenginleşmeyi dışlayan bir içeriğe sahip. Çünkü tümünü, yersiz ödeme olarak yapılan ödemelerin tümü istenmiyor, kendine özgü bir kural getirmiş. Bu tespit tarihinden geriye doğru 10 yıl ya da 5 yıllık bir süreyle sınırlı düzenleme getiriyor.

Açıkçası benim buradaki kanaatim yine farklı değil, ben burada yine sebepsiz zenginleşme kurallarının uygulanması gerektiği kanaatindeyim.

Tabii hemen şu akla gelebilir: Madem 96. maddede niye böyle 10 yıllık ve 5 yıllık geriye doğru bir süre sınırı getirilmiştir? Buna bir anlam vermek gerekiyorsa, bunu uzun yıllar boyunca yersiz olduğunu fark etmeden alınmış bu ödemelere bir sınır getirme ihtiyacı sebebiyle hükmün getirildiğini kabul etmek bana çok daha isabetli geliyor, ama burada sebepsiz zenginleşme yoktu demek çok doğru mudur? Şunu ifade etmek istiyorum: Konu Yargıtay kararlarında sıkça tartışılıyor, konuşuluyor, değerlendiriliyor, sonuca bağlanıyor. Yargıtay vermiş olduğu kararlarda yeni gelen düzenlemenin sigortalıların hak sahiplerinin ya da ilgililerin daha geniş biçimiyle daha lehine olduğu düşündüğü için geçmişte ortaya çıkan yersiz ödemeler için de 96. madde hükmün uygulanması gerektiğini söylüyor. Yargıtayın bakış açısı burada şu: 5 yıl ya da 10 yıl geriye gidilebiliyor. Daha önce böyle bir sınırlama söz konusu değildi. Bu, bu durumda daha lehedir, dolayısıyla da bu yasa hükümlerinin eldeki tüm davalara uygulanması gerekir biçiminde sonuca ulaşıyor. Fakat 2012 yılında verilen bir Hukuk Genel Kurulu kararına yazılan karşı oy yazısındaki ifadeler bence de oldukça isabetli ve ben bu tespitlere katılıyorum. Karşı oy yazısında deniliyor ki iyi niyetli borçlar açısından madde 96 hükmü kurumun alacak hakkının kapsamını düzenlemektedir. Yani ne kadar yılı geriye isteyebilir? Bu Borçlar Kanunundaki sebepsiz zenginleşmeyi dışlayan bir şey değildir. Sebepsiz zenginleşme hükmüyle geri verme borcunun kapsamını düzenlemektedir. Yani bu 5 ya da 10 yıllık sürede parayı geri isterken, yersiz ödemeyi geri isterken iyi niyetli sebepsiz zenginleşen, kötü niyetli sebepsiz zenginleşen olarak değerlendirme yapılması gerekir. Bu tespitten sonra elinde kaldığıyla sorumlu olması yönündeki Borçlar Kanunundaki, Türk Borçlar Kanunundaki hükmün burada da uygulanması gerekir diyor. Açıkçası hukuk tekniği açısından da, sosyal devlet ilkesi açısından da, sosyal adalet açısından da bu yorumun bana isabetli geldiğini tekrar ifade etmek isterim. Aksi halde yersiz ödeme gerçekten çok can yakacak sonuçlara gidebiliyor. Mesela, murisin her zaman miras bırakmadığını, bazen borç bıraktığını da görmek mümkün. Böyle bir borçla karşı karşıya kalan hak sahipleri ya da mirasçılar diyelim buradaki adıyla, bazı durumlarda eğer baştan olayı biliyorsa mirası reddederek bu borçlardan kurtulması söz konusu olabiliyor. Bu anlamda sebepsiz zenginleşme, gerçekten orada iyi niyetli bir hak sahibi ya da sigortalı varsa hükümleri sosyal adalet açısından çok daha isabetli olacaktır diye tekrar düşündüğümü ifade etmek istiyorum.

Konu Alman hukukunda da ele alınmış, tebliğ olarak yayınlandığında -ki bu konuyu Ercüment Özkaraca bir makale olarak hazırlamıştı, orada ayrıntılı bir biçimde de inceliyor- görülecektir. Alman hukuku bu konuya ilişkin getirdiği özel hükümlerle konuyu adalet çerçevesinde gayet isabetli bir biçimde düzenliyor. Hatta şöyle çok hızlı bir şekilde söylemek gerekirse, Alman hukukunda kurumun işlemi başlangıçtan itibaren ilgilinin aleyhine bir karar içeriyor ve hukuka aykırıysa, bu kararı baştan itibaren geriye etkili bir biçimde geri alıyor kurum, aslında hukuka aykırı idari işlem ilgilinin lehine, hukuka aykırı, ama ilgilinin lehine geri alınabilirliğini sınırılıyor. Hatalı, hileli bir işlemle ilgili mi buna sebebiyet vermiş bizdeki gibi veya kurumun hatalı işlemiyle mi bu yapılmış? Burada eğer kurumun hatalı işlemiyle yapılmışsa, kurumla ilgili arasında, sigortalı arasında bir denge kurulması gerektiği söyleniyor. Yararlananın kendisine sağlanan yardımı tüketmiş olması, artık geri alamayacağı yahut ancak kendisinden beklenemeyecek yükümlülüklerle katlanarak geri alabileceği bir mal varlığı tasarrufunda bulunmuş olması halinde artık sigortalının güveninin korunmaya değer olduğu ve bunun geri alınamayacağı kabul ediliyor. Bizde de bu yönde düzenleme yapılması muhakkak isabetli olur, ama bu yönde düzenleme yapıncaya kadar, yapılmaması halinde de biraz önce belirttiğim gibi sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde sonuca ulaşılması çok daha doğru olacaktır.

Burada bir hususa daha hızlıca dikkat çekmek istiyorum. Biraz önce verdiğim örnek, sigortalı kendisine aylık bağlanması için dilekçe veriyor. Durumunu da anlatıyor. Kurumu yanılma yok, herhangi bir şey yok, fakat kurum çalışanı eksik 20 günü görmediği için kişiye aylığı bağlıyor. Orada olması gereken neydi? Dosyanın titizlikle incelenmesi, bu gibi kurumların doğru bilgi verme yükümlülüğü çerçevesinde doğru bilgi vermesi halinde bu kişi 20 gün ya çalışacaktı ya da isteğe bağlı sigortalılık hükümleri çerçevesinde koşulları tamamlayacaktı. 20 gün sonra, bir ay sonra neyse bu kişiye aylık bağlanacaktı. Kurumun bu hatalı işlemi sonucu bu elde edemediği aylık kişi için zarardır ve zararın giderilmesini de ister diye düşünüyorum. Yani şu anki durumda eğer ki iyi niyetli sebepsiz zenginleşme hükümleri de devreye girmeyecekse, bana göre sigortalı bu gibi durumlarda zararın tazmin edilmesi için bir karşı dava açabilir ve bu karşı davaların da birleştirilmesiyle bir sonuca gidilirse, yine isabetli sonuçlara ulaşılabilir diye düşünüyorum. Kurumun bilgi verenin sorumluluğu çerçevesinde sorumluluğu olduğunu muhakkak kabul etmek gerekir kanaatindeyim.

Somut olayın özelliğine göre bunun kullanılabilceği ya da kullanamaya-
cağı durumlar olabilir, ama bunların farklı farklı boyutlarıyla ele alınması,
tartışılması isabetli olacaktır kanaatindeyim.

Şimdi bir başka konuya geçiyorum. Yersiz ödeme dışında kurum ala-
caklarında zamanaşımı konusu. Yeni kanun düzenlenirken hakikaten yeni
olarak gelmiş her şeyde kurumu koruma amacının ön planda olduğunu
herhalde sosyal güvenlik hukukuyla ilgilenen kişiler muhakkak tespit et-
mişlerdir diye düşünüyorum. Zamanaşımı konusu da bunun ilginç örnek-
lerinden bir tanesi. Bilindiği gibi zamanaşımı bir alacakla ilgili talep ve
dava hakkının kanunda öngörülen süre içinde kullanılmaması sonucunda
bu hakkın dava edilememesi sonucunu doğuruyor. Hakkı ortadan kaldır-
mamakla birlikte talep etme noktasında karşı tarafa itirazda def'ide bulu-
narak, bunu etkisiz hale getirme işlevi yükleniyor zamanaşımı, dolayısıyla
zamanaşımı hukukumuzda ya da tüm hukuk sistemlerinde önemli bir şey.
Niye? Borçluyu ne zaman biteceği bilinmeyen bir dava tehdidiyle karşı
karşıya bırakmamak gerekiyor. Hukuk düzenlerinde bunun önemli oldu-
ğunu hepimiz biliyoruz. Aradan yıllar geçince bu evrakların saklanması
ya da kişilerin bulunması zorluk taşıyacak. Bu sebeple de bir zamanaşımı
müessesesine muhakkak ihtiyaç var.

Şimdi zamanaşımı kurum prim alacaklarında nasıl düzenlenmiş? Bu
konuda da yine tarihsel gelişime bakmamız gerekirse, aslında 506 sayılı
Kanun üzerinden gidiyorum. Çünkü diğer kanunlardaki düzenlemeler bi-
raz daha farklı sosyal sigorta mevzuatı açısından baktığımızda, 506 sa-
yılı Kanun ilk yürürlüğe girdiğinde kanunda zamanaşımı süresi yok, ama
tabii her alacak belli bir süre geçtikten sonra zamanaşımına uğrar hük-
mü uyarınca, daha doğrusu genel zamanaşımı hükmüne giderek Borçlar
Kanunundaki o dönemde 10 yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanıyor.
08.12.1993'te 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Ka-
nuna yapılan atıfla prim alacaklarında zamanaşımı 5 yıla iniyor, ardından
6 Temmuz 2004 yılında yapılan değişiklikle 6183'e yapılan atıf kaldırılı-
yor. Bu defa tekrar 10 yıllık zamanaşımı süresi uygulanmaya başlanıyor.
Bu dönemde sorun nerede çıkıyor? Tabii bu zamanaşımı belli bir süre
içinde gerçekleşeceği için hangi tarihteki alacaklara hangi zamanaşımı
süresi uygulanacak sorunu ortaya çıkıyor. Genel olarak şunu söyleyebil-
rim, Yargıtay o dönemde verdiği kararlarda diyor ki: *"Alacağın doğduğu
sırada yürürlükte olan kanun hükümlerine göre zamanaşımını belirlemek*

ve sonuca ulaşmak gerekir” Genel olarak bu yönde kararların olduğunu söylemek mümkün.

Ardından yeni yasa 5510 sayılı Kanun çıkarıldığında 93. maddenin 2. fıkrasına prim alacaklarında, kurumun prim alacaklarında zamanaşımı hükmü getiriliyor ve deniliyor ki kurumun prim ve diğer alacakları ödeme süresinin dolduğu tarihi takip eden takvim yılı başından başlayarak 10 yıllık zamanaşımına tabidir. Yeni yasada 10 yıllık zamanaşımı getiriyor, ama zamanaşımı başlangıcını 6183 sayılı Yasadaki gibi düzenleyip, alacağın doğduğu tarihi takip eden takvim yılı başından biçiminde kendine özgü bir başlangıç süresi belirliyor. Ardından 2. fıkraya geçiyor. Aslında öğleden önce de bunun üzerinde durulmuştu, ama ben burada biraz daha geniş duracağım için vurgulayarak söylemek istiyorum. Eğer kurumun prim ve diğer alacakları mahkeme kararı sonucunda doğmuşsa -nasıl mahkeme kararı sonucunda doğduğunu anlamak da zor. Çünkü çalışmayla ve prim borcu ortaya çıkmakla doğar aslında bu borç, ama mahkeme kararı sonucunda doğmuşsa- mahkeme kararının kesinleşme tarihinden; kurumun denetim ve kontrolle görevli memurlarınca yapılan tespitlerden doğmuşsa, rapor tarihinden; kamu idarelerinin denetim elemanlarınca yaptıkları soruşturma, incelemeler sonuçları doğmuşsa, o denetim raporlarının kuruma intikal ettiği tarihten -bir başka seçenek daha düzenliyor- eğer bankalar, döner sermayeli kuruluşlar ya da kamu idarelerinden gelen bilgi ve belgelerden doğmuşsa, bilgi ve belgenin kuruma intikal ettiği tarihten itibaren zamanaşımı 10 yıl olarak uygulanır. Yani bir 10 yılımız var, ama ne zaman başlayacağını tam olarak bilmiyoruz. Bir gün başlayacak gibi bir durum ortaya çıkıyor. Tabii konuyu ikiye ayırarak incelemek gerekiyor. Kurumun bildiği, alacağın varlığını bildiği durumlarda 10 yıllık zamanaşımı tamam, ama o alacağın varlığından haberdar değilse, onu ileride bir gün öğrendiğinde o 93. maddenin 2. fıkrasının ikinci cümlesindeki hallerde zamanaşımı o tarihten itibaren başlayacak deniliyor.

Şimdi burada yine genel hukuk bilgisi olarak şu tespitte bulunmak lazım: Biliyorsunuz zamanaşımı aslında borcun muaccel, alacağın daha doğrusu muaccel olmasıyla başlıyor ve yine Borçlar Kanunundaki hükümlere baktığımızda ifa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça ve hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç doğumu anında muaccel olur diyor, ama kurum biraz önce dediğim gibi 93. maddesindeki hüküm uyarınca muacceliyet çok daha farklı bir biçimde belirlenmiş oluyor. Şura-

da bir örnekleme var. Mesela, Ocak 2013 ayına ilişkin prim alacağı aslında bunu belki ocak ayı ücreti olarak düşünürsek şubatın sonuna kadar ödenmesi gerekirdi. Dolayısıyla o ödeme gerçekleşmediyse, zamanaşımı süresi de başlamış olur. Çünkü kurumun onu tahsil ve talep etme hak ve yükümlülüğü bir anlamda o tarih itibarıyla başlamıştır.

Zamanaşımının durması, kesilmesi gibi konularda kanunda özel hüküm olmadığı için yine kanundaki hükümler, Borçlar Kanunundaki hükümler çerçevesinde gitmemiz gerekecek. Şu zamanaşımının bir mahkeme kararının kesinleşme tarihi veya müfettişin rapor tarihinden itibaren başlaması noktasında şöyle bir durum ortaya çıkıyor: Ben hemen yapmış olduğum bir örnekleme var, aslında bunlardan bahsettiğim için ona gelmek istiyorum. Mesela, 1 Mart 2009, 1 Haziran 2011 tarihleri arasında kayıt dışı çalıştırılan bir sigortalının 5.10.2016 tarihinde sigortalı hizmetinin tespiti davası açması ve bu davanın da 3 Mart 2019 tarihinde kesinleşmesi halinde zamanaşımı 2 Mart 2029'a kadar uğramış oluyor. Yani 2011 itibarıyla son prim borcu, aslında son aya ilişkin prim borcuna ilişkin muacceliyetin gerçekleşmesi gerekirken mademki bu çalışmaya ilişkin yeni yasa döneminde gerçekleşmiş bir çalışma olduğunu da özellikle vurgu yapmak istiyorum. 2019 tarihinde mahkeme kararı kesinleştiğine göre 2029'a kadar zamanaşımına uğramış olmayacak. Ben açıkçası buradaki düzenlemeyi zamanaşımı müessesesiyle uyumlaştırmakta zorluk çektiğimi ifade etmek istiyorum. Hemen şunu söyleyeyim: Öğretinin isabetli olduğunu belirten görüşler de var. Özellikle de kötü niyetli işverenleri korumamak adına, kayıt dışı çalıştırmayı teşvik etmemek adına bu yönde görüş geliştiriliyor, ama açıkçası ben burada şunu düşünüyorum: Bir, zamanaşımını kaldırılıyorsunuz kötü niyetli işverenleri korumayalım diye, ama öğleden önce konuşuldu, hak düşümü süresi, o hizmet tespiti açısından 5 yıllık hak düşümü süresi getiriliyorsunuz. Orada bir süre var. O zaman onu da kaldırmak lazım ki o görüşte olmadığımı da ifade edeyim. Bana göre de hak düşümü anlamında bir sürenin olması gerekir. Bu 5 yıl mı olur, 10 yıl mı olur, zamanaşımı süresiyle de uyumu tartışılabilir, ama bir sürenin olması gerektiğini düşünüyorum. Yine zamanaşımı hakikaten ispat noktasında önem taşıyan bir husus olduğu için de bana göre hukuk güvenliği açısından da olması gereken bir konudur. Bu açıdan düzenlemenin isabetli olmadığı kanaatimi tekrar belirtmek isterim.

Burada bir de müfettiş raporları var. Yani epey bir zaman sonra git, şurayı bir denetle, ondan sonra epeyce bir borç çıkarıp yeni bir 10 yıllık zamanaşımı süresinin başlaması da yine isabetli görülebilecek bir durum değildir bana göre. Şuna tekrar vurgu yapmak istiyorum: Sigortalının primleri kuruma bildirilmiş, ama primler ödenmemişse, o zaman bu primler ilgili ayı takip eden aydan itibaren 10 yıllık zamanaşımına tabi, çünkü kurum haberdar. O nedenle de ikinci cümle burada söz konusu olmayacak.

Gelelim kanunların zaman bakımından uygulanması konusu ve Yargıtayın konuya ilişkin bakışı. Esasında buradaki sorun şu: Daha önceki dönemde doğmuş bir alacak, daha önceki dönemden kastımız da 1 Ekim 2008'den önceki dönemde doğmuş bir alacak için 5510 sayılı Kanundaki bu hükümler uygulama alanı bulacak mı, bulmayacak mı? Yargıtaya 2012 yılında yansımış bir kararda hem 10. Hukuk Dairesi, hem de 21. Hukuk Dairesi diyor ki: *"Bu hükümler kanunun yürürlüğünden önce doğan alacaklara da uygulanır"* Aslında karardaki ifadelere baktığımızda farklı bir yere gidiyormuş gibi, ama nihayetinde bakıyorsunuz, mademki kurum alacağı mahkeme kararının kesinleşmesinden doğmuş, mahkeme kararı da ne zaman kesinleşmiş? Mesela, 21. Hukuk Dairesi kararında 2008'de kesinleşiyor. Yanılmıyorsam Kasım 2008'de kesinleşmesi gerekiyor, o zaman deniliyor 5510 sayılı Kanundaki bu hüküm uygulama alanı bulacak.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesindeki olayda 2000-2003 yılları arasında yapılan bir iş var ve asgari işçilik uygulaması yapılmış, müfettiş gidip tespitte bulunmuş, müfettiş raporu 2009'da tutulmuş. O zaman buna da 5510 sayılı Kanundaki hüküm uygulanacak deniliyor, ama her iki olaya da baktığımızda 2000-2003 yılları arasında 5 yıllık zamanaşımı söz konusu, dolayısıyla 2008 yılı itibariyle ilk olayda 10. Hukuk Dairesine yansıyan olayda zamanaşımı tamamlanmış. Aynı durum 1999-2001 yılları arasındaki hizmet tespitine ilişkin davada da söz konusu, 2001'de 5 yıllık zamanaşımı süresi yürürlükte, dolayısıyla da 2006 tarihi itibariyle burada da zamanaşımı süresi dolmuş. Zamanaşımı süresi dolduktan sonra 2008'de yeni yasa geliyor, fakat oradaki olaylara da yeni yasa hükmü uygulanıyor. Ben bunun isabetli olmadığı kanaatindeyim. Hukuki güvenlik açısından, hukuk güvenliği açısından bu isabetli değil bana göre, sabahleyin Sayın Başkan da belirtti. Anayasa Mahkemesinin de hukuki güvenliğe ilişkin bu gibi konularda kararları var ve burada herhalde şunu düşünmek çok daha

isabetli: Kanunların yürürlüğe girdiği tarihten önceki olaylara uygulanmaması, geçmişe etkili olmaması hukukun toplumda yaratmak zorunda olduğu hukuki istikrar bakımından şarttır. Bu öğretilerde de savunulan bir şey, geçmişe etkili olup olmaması yasa hükümlerinin farklı şekillerde ifade ediliyor. Onlara hiç girmiyorum, ama herkes o hukuki olayın ya da işlemin olduğu sıradaki hükümlere güvenerek işlem yapıyor. Kendi hukuksal durumunu düşünüyorsa, buna uygun sonuçlara da ulaşmamız gerekir kanaatime göre. Nitekim Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 2014 yılında verdiği bir kararda bir önceki görüşünden vazgeçiyor ki o karar da zaten karşı oyla, muhalefetle yazılmış bir karardı. 2014 yılında verilen kararlar artık hukuk prim alacağına doğduğu tarihteki zamanaşımı süresine göre sonuca ulaşılması gerektiği Yargıtay 21. Hukuk Dairesi kararında ifade ediliyor. Bilmiyorum 10. Hukuk Dairesinin farklı yönde kararı var mı, tespit edemedim. Bunları da tartışmakta yarar var diye düşünüyorum. Herhalde daha sonra gelecek sorulara göre, tartışmalara veya yorumlara göre değerlendirme yapacağız.

Son olarak hızlıca bu 6552 sayılı Kanunla getirilen düzenlemelere de değinmek istiyorum. Şimdi 6552 sayılı Kanun ne dedi? 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu 7. maddesine bir fıkra ekleyerek 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunuyla diğer sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklarda hizmet akdine tabi çalışmalarını nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talepleri hariç olmak üzere dava açılmadan önce Sosyal Güvenlik Kurumuna müracaat edilmesi zorunludur. Diğer kanunlarda öngörülen süreler saklı kalmak kaydıyla yapılan müracaata 60 gün içinde kurumca cevap verilmezse, talep reddedilmiş sayılır. Kuruma karşı dava açılabilmesi için taleplerin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması şarttır. Kuruma başvuruda geçirilecek süre zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz. Ardından sabahleyin de konuştuğumuz konu, ben onun üzerinde hiçbir şekilde durmayacağım aslında, ama hizmet akdine tabi çalışmalarını nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebiyle işveren aleyhine açılan davalarda dava kuruma resen ihbar edilir denildi ve fer'i müdahil sayılacağı kurumun hükmü getirilmiş oldu.

Şimdi bu hükümlerden ben ilk 3. fıkra, 7. maddenin 3. fıkrasındaki hükme değineceğim. Bu getirilen düzenlemede dava açmadan önce uyuşmazlıkların idari aşamada çözümlenmesi hedefleniyor ve muhakkak dava

açmadan önce kuruma başvuracaksın deniliyor. O zaman buradaki hüküm usul hukuku açısından değerlendirdiğimizde özel bir dava şartı getirilmiş oluyor. Dolayısıyla mahkemeler artık bu dava şartının var olup olmadığını, mevcut olup olmadığını açılan davalarda muhakkak değerlendirmek zorundalar. Bilindiği gibi dava şartı davanın esası hakkında inceleme yapılabilmesi ve karar verilebilmesi için varlığı veya yokluğu mutlaka gerekli olan şartlar biçiminde tanımlanıyor öğretide ve hâkim dava şartını kendiliğinden dikkate alacak, tarafların bu konuda talepleri olmasına hiçbir şekilde gerek yok, ama öğreti tabii tarafların da eğer bu mahkeme hâkimi tarafından, mahkeme tarafından gözden kaçırılıyorsa, gündeme getirilmesinin de mümkün olacağını, hâkime yardımcı olunabileceğini söyleyeyim. Dava şartı yargılamanın her aşamasında da dikkate alınacak. Kanundaki bu hüküm özel bir dava şartı olarak düzenlenmiş oluyor. Burada tabii hemen uygulamada bazı tartışmalar da beraberinde geldi. Acaba ne kadar isabetli bir düzenlemeden söz ediyoruz? Gerçekten bu hüküm gelmekle artık uyuşmazlıklar idari aşamada en azından belli bir ölçüde çözümlenebilecek ve yargıya yansımadan halledilebilecek mi, yoksa bu kadar büyük bir yapıda hemen herkese dava açmadan önce kuruma bir dilekçe verildiğinde kurum bu taleplerin altından kalkıp, sorunu zamanında halledebilecek mi? Tabii uygulama gösterecek bunu, zaman gösterecek diye düşünüyoruz, ama hükmün amacına uygun biçimde uygulanması halinde dava sayısının azalabileceğini, mahkemelerin yükünün hafifleyeceğini düşünmek lazım. Eğer böyle olursa tabii ki daha hızlı bir şekilde hakka ulaşılmış olacak. Bunlar muhakkak ki önemli, ama yok, amacına ulaşmazsa, hakka ulaşmak , 60 gün süre daha ertelenmiş, ötelenmiş olacak. Bu durumda da kuruma düşen yük hakikaten büyür. Nitekim kurum konuya ilişkin çıkardığı genelgede diyor ki maddeyle kurum aleyhine açılan davaların sayısal olarak önüne geçilmesi, vatandaşların kurumla ihtilaflarının dava açılmadan idari aşamada çözümlenerek mağduriyetlerin önlenmesi amaçlandığı için hızlı, doğru ve gereksiz olarak yargıya intikal etmeyecek şekilde kurum kayıtlarını inceleyip, işlem yapmanız gerekir diye kurum genelgesinde tespitler var. 60 gün içinde de bu talepleri sonuçlandırmaya azami özen gösterilmesi gerektiği de vurgulanıyor. Gayet güzel ve bunları muhakkak isabetli de buluyoruz, ama biraz önce söylediğim gibi bu kadar büyük bir yapının bunu nasıl yapacağını da bekleyip göreceğiz.

Kuruma başvuru zorunluluğu sadece 5510 sayılı Kanundaki haklardan dolayı mı? Hayır. Yasa ilgili mevzuat dediği için, dolayısıyla 4447 sayılı

Kanun ya da 3201 sayılı Kanun veya eski kanundan doğan alacaklarla ilgili taleplerde de muhakkak önce kuruma başvurulması gerekiyor. Aynı şekilde tarım işçileri Sosyal Sigortalar Kanununa ilgili de önce kuruma başvurulması gerekiyor. Fakat 4447 sayılı Kanunla ilgili bir ayırım da yapılması gerekir. Çünkü 4447 sayılı Kanunda hem Türkiye İş Kurumunun yükümlülükleri var, hem de Sosyal Güvenlik Kurumunun yükümlülükleri var. Prim tahsiliyle ilgili konular Sosyal Güvenlik Kurumu, ama işsizlik ödeneğinin ödenmesi, vesaire gibi konular Türkiye İş Kurumunun yükümlülük alanında olduğu için kurumdan talep yoksa o zaman hiç başvuruya gerek olmaksızın, yani işsizlik ödeneğiyle ilgili konularda eğer prim alacağıyla ilgili primle bağlantılı bir şey değilse, doğrudan dava açılması söz konusu olabilecektir diye düşünüyorum, öyle görünüyor.

Yine kurum genelgesi bir hususu daha açıklığa kavuşturuyor. 6183 sayılı Kanunla ilgili uyuşmazlıklarda da kuruma başvuru şartı aranmayacak. Burada düzenlenen özel süreler olduğu için doğrudan kuruma başvurmadan dava açılması söz konusu olabilecek. Çok sonuca etkili değil, ama bir hususa daha dikkat çekmekte yarar var. Kuruma başvurmadan doğrudan dava açılacak hal, hizmet tespiti davaları, zaten aslında burada kuruma dava açılmayacağı için özellikle fer'i müdahil durumu ortaya çıktıktan sonra kuruma başvurmayı zaten öngörmenin bir anlamı olmazdı, ama kanun koyucu bunu yapmış olduğu düzenlemede açıklıkla dile getirmiş oluyor.

Yine kurum genelgesinde bir istisnaya daha yer veriliyor. Bunun da isabetli olduğunu düşünmek gerekir bana göre. Deniliyor ki: *"Kanunda hizmet süresinin tespitine ilişkin davalar yönünden kuruma müracaat edilmeyeceği belirtilmiş olmakla birlikte hizmet tespiti davalarının bir türü olan prime esas kazancın tespit davaları kamu düzenine ilişkin olup, bu davaların idari aşamada çözümlenmesi mümkün olmadığından prime esas kazancın tespiti davaları açısından da kuruma müracaat şartı aranmayacaktır"* Aslında hepsi kamu düzenine ilişkin, ama bunun idari aşamada hakikaten çözümlenmesi mümkün olmayacağı için, kurum kayıtlarından bunun fiili gerçek durumun tespiti mümkün olmayacağı için kurum genelgesindeki bu düzenleme bize de isabetli geliyor belirtilen husus.

Peki, burada yine daha önceki bazı seminerlerde de sorulmuştu. Kendisine yaşlılık aylığı bağlanması için başvuran bir sigortalı var. Talebi kurumca reddedilmiş. Zaten daha öncesinde bir başvuru yapılmış, ama bu

itiraz başvurusu değil, talep başvurusu bana yaşlılık aylığı bağlansın diye. Bu kişi de dava açmadan önce yine kuruma bir müracaat etme yükümlülüğü altında mı? Evet, yükümlü olduğunu kabul etmek lazım yasadaki hüküm uyarınca, birincisi biraz önce dediğim gibi bir talep başvurusu, belki orada dosyadaki bazı bilgiler, belgeler görülmedi ya da yanlış değerlendirilmeler yapıldı. Sigortalı burada vereceği talep dilekçesi, itiraz dilekçesiyle diyecek ki falanca tarihteki talebim reddedildi, ama şu şu hususlar değerlendirilmemiştir. Bunlar da değerlendirildikten sonra tarafıma yaşlılık aylığı bağlanmasını istiyorum diyecek. Bu açıdan yasanın bu hükmünün yine de önemli ve etkili olabileceğini düşünüyorum. Fakat bu noktada artık bundan sonra kurumun ret taleplerinde gerekçeli karar yazması, gerekçeli ret kararı yazması ya da olayı biraz daha somutlaştırması sigortalılar açısından ya da şu itiraz müessesesinin amacına ulaşması açısından çok etkili ve yararlı olacağını düşünüyorum. Çünkü niye reddedildiğini gördüğünde sigortalı karşı gerekçelerini mahkemeye sunabileceği bilgileri, belgeleri, evrakları belki burada hemen gündeme getirip, neye itiraz ettiğini bilerek, daha doğru sonuçlara ulaşabilecek kanaatindeyim.

Şimdi ret kararının gerekçelendirilmesi, yine daha önceki seminerlerde sorulan sorulardan bir tanesiydi. Kurum sigortalıya yaşlılık aylığı bağlamış daha öncesinde ve bunu kesmiş. Kurumun bir işlemi var. Burada da yine dava açmadan önce kuruma başvuruda bulunulması gerekecek mi? Evet, burada da bir farklı sonuca ulaşmıyoruz. Yine kurumun kesme işlemlerinde de, talep reddetmelerinde de muhakkak dava açmadan önce kuruma başvuruda bulunması gerekiyor. Bunlar yasayla getirilmek istenen amacı reddeden hususlar değil. Kurum emekli aylığını kesti, çünkü dosyadaki bir bilgi, belgeyi yanlış değerlendirdi, görmedi. Verilecek bir dilekçeyle bunun düzeltilmesi idari aşamada muhakkak mümkün olabilecektir diye düşünüyorum.

Şimdi yasada 7. maddenin 3. fıkrasında bir hüküm var. Başlangıçta da okudum, diğer kanunlarda öngörülen süreler saklı kalmak kaydıyla yapılan müracaata 60 gün içinde cevap verilmemişse reddedilmiş sayılır. Peki, bu 60 günü nasıl anlayacağız? Bugün dilekçesini verdi sigortalı, 60 gün geçti. Burada günden söz edildiği için işgünü değil, parmak hesabı herhalde 60 günü sayacağız. 60. gün doldu. Ertesi gün gidildi, dava açıldı. Acaba burada dava şartı yokluğu ileri sürülebilecek mi? Sormak istediğim ya da gündeme getirmek istediğim husus şu: Kurum 60 gün içinde

sigortalıya da ulaşabilecek biçimde cevabını vermiş mi olmalı, 60 gün içinde kurumdan çıkmış olmasını yeterli sayacak mıyız? Bir adım daha ilerisi sigortalının ya da hak sahibinin, daha geniş ifadeyle ilgilinin makul bir süre daha, postada geçecek süre daha beklemesini isteyecek miyiz? Ben istenmemesi gerektiği yönünde bir kanaat ortaya koydum. Tartışılabilir, onu da söyleyeyim. İlk aklıma gelen aslında işe iade davalarındaki Yargıtayın 10 iş günlük süre ve bir aylık sürede postadaki gecikmelerden diğer tarafın sorumlu olmayacağı biçiminde, ama bir başka hüküm daha hemen aklıma geldi. İdari Yargılama Usulü Kanununda 60 gün geçmekle davasını açabilir biçiminde bir hüküm var. Ben de burada artık o 60 günün sorumluluğunun kuruma bağlanması gerektiği sonucuna ulaştım. Dediğim gibi tartışılabilir bir konu, aksi halde makul sürenin ne olacağını da ayrıca tartışmamız gerekecek. Postada 3 gün mü kalır, 5 gün mü kalır, bir hafta mı kalır gibi bir makul süreyi tartışmaya açmak gerekecek. Dediğim gibi 60 günlük süre geçmekle davanın açılabilmesini kabul etmek çok daha isabetli olacak diye düşünüyorum. Tabii 60 günün geçip geçmediğini ispat noktasında da kuruma başvuruların çok daha dikkatli ve titiz olması, bir alındı belgesi kaydıyla tarihte düşürülerek işlem yapılması isabetli olacak.

Hemen de en çok tartışılacak hususlardan bir tanesi de şu olacak gibi geliyor: Tamam, bir dilekçe verdi, itiraz etti. Fakat açtığı dava dilekçedeki taleplerden biraz daha farklı. Burada şunu mu tartışacağız: İtiraz dilekçesindeki taleplerle davadaki talep sonucunun aynı olması gerekecek mi? Aynı değil, farklı birkaç tane daha talep var dava dilekçesinde, onlar için davayı tefrik edip, daha doğrusu dava şartı yokluğu söz konusu olacağı için şunlar, şunlar için de kuruma başvur deyip, o kısım itibariyle bekletici mesele mi yapılacak, o kısım ret mi edilecek usulden gibi tartışmalar da önümüzdeki dönemde gündeme gelecek diye düşünüyorum. Açıkçası tavır almak zor, mesela şöyle bir örnekleme aklıma geldi: Yaşlılık aylığının kesilmesi üzerine kuruma başvurarak itiraz ediyor sigortalı, ama açtığı davada kurum da bunu reddediyor. Kesilen aylığın tekrar bağlanmasına, ayrıca zaten daha önceki aylığın da eksik ödendiğini, bazı günlerin dikkate alınmaması sebebiyle eksik ödenen o meblağların da hem tahsilini, hem de düzeltilmesini talep ediyor. Şimdi burada nasıl bir işlem yapılması gerekecek, önümüzdeki dönemde tartışacağımız konulardan bir tanesi olacak gibi geliyor.

Bu usul hukukuna da giriyor, adalet, sosyal adalet, usul ekonomisi, hızlı bir şekilde hakka ulaşma, ama yasa hükmünü de yok saymayı, ona da değer, anlam atfetme gibi bir dolu hususu beraberinde getirecek. Asıl taleple bağlılığı, sıkı sıkıya bağlılığı olan konularda davayı reddetmemek o kısımlar itibariyle de isabetli olacakmış gibi geliyor, ama birbirinden çok farklı taleplerle objektif dava birleşmesi, vesaire gibi ifade ediliyor galiba usul hukukunda, o zaman onları ayırmak ve süre vermek doğru olacakmış gibi görünüyor.

Dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkünse, tamamlanması için biliyoruz ki Usul Kanununa göre kişiye kesin süre veriliyor. Bu kesin süre içerisinde burada Dava şartı noksanlığı giderilebilir olduğunu kabul etmek lazım, çünkü kuruma hemen bir dilekçe vererek, o noksanlığın hızlı bir şekilde giderilmesi de mümkündür. Mahkeme hâkimi kesin bir süre verecek sigortalıya, eğer bu kesin süre içerisinde kuruma başvurmamışsa, davanın usulden reddi gerekecek, ama başvurmuşsa o zaman bunun bekletici mesele yapılmasında isabet var gibi geliyor. Ben başka kararlar bulabilir miyim dedim, fakat karşıma çıkmadı. Belki de vardır. Bu konuda kamulaştırma davalarında da dava açmadan önce başvuru yükümlülüğü getirilmiş, onunla ilgili kararların bugünlerde çıkmış olma ihtimali veya çıkabileceği ifade edilmişti bana, belki oradaki gerekçelerle burada da bir bekletici mesele mi olacaktır, usulden ret mi olacaktır tartışacağız gibi görünüyor önümüzdeki dönemde.

Ben diğer konulara hiç girmeyeceğim, ama şu boşandığı eşiyse fiilen birlikte yaşayan kız çocuklarıyla ilgili soru olursa onlara da cevap vermeyi düşünüyorum. Yine benim önemseydiğim bir başka husus şu ölüm aylığına hak kazanması 4/A'lıların, borçlanma sürelerinin dikkate alınmaması bana adil gelmiyor. Yasaya aykırı mı? Yasaya çok aykırı olduğunu da düşünmüyorum, çünkü yasa koyucunun iradesinin orada o şekilde tecelli ettiğini de biliyorum, ama onları da tartışabiliriz diye düşünüyorum. Sabrınız ve dinlediğiniz için de teşekkür ediyorum, saygılar sunuyorum.

Doç. Dr. HALİL YILMAZ- Ben de çok teşekkür ediyorum Hocama, kendi süresini kendisi ayarladı. Sorulabilecek soruları da dikkate alarak ayrıntılı ve sistematik bir şekilde konuyu ortaya koydu, teşekkür ediyorum.

ARA VERİLDİ

Doç. Dr. HALİL YILMAZ- Değerli katılımcılar, soru-cevap bölümüne geçiyorum.

SORU - YANIT

Av. MAHMUT BEYLEM (Adana Barosu)- Hocama öncelikle sunumundan dolayı teşekkür ediyorum. Hocama kısaca üç tane sorum var. Bunlar şu şekilde: Birincisi, yersiz ödemeyi kurum tespit etti. Eğer sigortalının kastı veya kusuru söz konusuysa, geriye doğru 10 yıl, yok kurumun hatasıysa 5 yıllık geriye doğru isteyebiliyor. Fakat bunu ne kadar sürede isteyebilir. Yani isteme için yasaya ben baktığımda bir zamanaşımı süresi öngörülmemiş. Şöyle örnek vereyim: 2008 yılında kurum bir yersiz ödeme tespit etti. Geriye doğru 5 yıllık veya 10 yıllık süreyi isteyebilecek. Acaba bunu 2012-2013 yılında da isteyebilir mi, yoksa bu konuda Borçlar Kanunundaki sebepsiz zenginleşmedeki zamanaşımı süresine mi bakmak gerekir? Birinci sorum bu, ikinci sorum: Türk Ticaret Kanunu geçici 7. maddeyle bir düzenleme getirildi. Uzun süredir genel kurullarını yapmayan ticari şirketlere bir süre verileceği, bu süre içerisinde genel kurulları yapmazlarsa resen terkin edilecekleri yönünde. Ticaret sicilinden resen terkin edilen şirketlerin ortaklarının kuruma bildirilmesi sonucunda birden eski tarihlerde vergi kaydını terkin ettirmiş, tasfiyeye girmemiş, unutulmuş evrak üzerindeki şirketlerin ortaklarına sosyal güvenlik destek primi olay çıktı. Acaba burada 9. maddeye sıkı sıkıya bağlı kalıp da resen terkin tarihine kadar 4.1.B sigortalılığını götüreceğiz miyiz, yoksa kurumun şirketin gayri faal olup olmadığını, hangi tarihten itibaren gayri faal olduğunu mu araştıracağız? Bunu soruyorum. Üçüncü sorum şu: Mahkeme yoluyla değil de, mernisin resen yaptığı yaş düzeltmelerinin yaşlılık aylığına etkisi nedir? Bunu öğrenmek istiyorum.

Doç. Dr. HALİL YILMAZ- Bu konularımız arasında var mıydı, bilmiyorum, ama Hocamın takdirine bırakıyorum. Türkan Hanıma veriyoruz.

Av. TÜRKAN KESKİN (Kocaeli Barosu)- Ben de Hocama doyumcu sunumu için çok teşekkür ediyorum. Benim sorum da yersiz ödemelere ilişkin ve yersiz ödemelerde özellikle yersiz ödemeye sebebiyet veren kişinin hak sahiplerinden bu paranın talep edilmesi noktasında. Şöyle ki buradaki kusurlu davranışta bulunan kişi eğer ölmüşse, bu kişinin mirasçılarına rücu edildiği zaman bunlar da bu kusurlu davranıştan sorumlu mu? Yani bunu bir örnekle açıklamak istiyorum aslına bakarsanız, 92 yılında anne kızına vekâletname veriyor maaşını çekmesi için, 94 yılında da anne

vefat ediyor ve 94 yılından 2004 yılına kadar kız annenin vekaletname-siyle, yani ölmüş kişinin vekaletnamesiyle bankadan -bankamatikle de değil- para çekmek suretiyle 10 yıl boyunca yersiz ödeme tahakkukunda bulunuyor. 2004 yılında ölen kızıdan sonra kurum bu yersiz ödemeyi 2008 yılında tespit ediyor. Ölen kişinin, yani sahte vekaletle para çeken kişinin mirasçılarında bu parayı tahsil yoluna gidiyor. Şimdi burada artık mirasçılarının kusurlu davranışından söz edebilecek miyiz, yoksa 10 yıl boyunca hiçbir şekilde hani bu kişinin sağ olup olmadığını denetlemeyen banka ya da kurum, hani denetim görevini yerine getirmeyen burada artık kim sorumlu tutulabilirse, bu kapsamda değerlendirip bunu kurum hatası diye nitelendirebilir miyiz? Burada 5 yıllık mı, 10 yıllık mı süre uygulanacak? Benim sorum bu yönde, teşekkür ederim.

Doç. Dr. HALİL YILMAZ- Ben hemen orada kısa bir açıklama yapayım bizim Dairemiz Başkanına buradan, iş mahkemelerini görevli saymıyor bizim dairemiz, o sigortalı öldükten sonra çekilen paralar bakımından sigortalının ölümüyle sigortalılık ilişkisi, sosyal güvenlik ilişkisi sona ermiştir. Çekilen paralar artık bir haksız kazanç durumuna düşmüştür, genel mahkemeler görevlidir diye bizim görevsizlik kararlarımız var. İbrahim Doğru Beye verelim.

Av. İBRAHİM DOĞRU - Şimdi tespit davalarında derdimiz birken bin bir oldu der gibi şimdi iki somut örnek bu sigortalılık hizmet başlangıç tespitlerine ilişkin bir Yargıtay kararı sonucu hüküm fıkrasının 1. bendin tamamının silinerek yerine davanın kabulüne, davacının 01.12.1981 tarihinde bir gün çalıştığı tespitleriyle davacının 08.06.1983 tarihinde 18 yaşını ikmal etmiş olması nedeniyle kabulüne karar verilen süre için ödenecek malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinin prim ödeme gün sayısının eklenmesine, sigortalılık başlangıç tarihinin 18 yaşını ikmal ettiği 08.06.1983 tarihi olduğunun bir fazla gözetilmesine ifadelerinin yazılarak, hükmün vekâlet ücretine ilişkin kısmı, vesaire düzeltilerek onanmasına demiş. Bu yakın tarihli bir Yargıtay kararı, bir tanesinin daha sonuç kısmı: Yukarıda açıklanan nedenlerle hüküm fıkrasının 1. bendinde yazılı bulunan davacının sigorta başlangıç tarihini, sigorta işe giriş bildirgesinde belirtildiği şekilde 01.04.1983 tarih olarak tespitine sözcüklerinin silinmesine yerine davacının 01.04.1983 işe giriş tarihinde henüz 18 yaşını doldurmadığı anlaşıldığından 506 sayılı Yasanın 60/G maddesi gereğince 18 yaşını doldurduğu 01.02.1986 tarihini sigorta başlangıç tarihi olduğunu tespitine

sözcüklerinin yazılmasına şeklinde yazıldı. Şimdi ikinci verdiğim örnekte 18 yaşını doldurmadan evvelki hizmetler değerlendirilmemiş, birincisinde okuduğu bir günlük süreyle çalıştığının tespiti kelimesi eklenmek suretiyle diğer sigortalıyı da aynı yaşta olmuş olmalarına rağmen 3 yıl evvel emekli olmasını sağlamıştır. Şimdi nedeni şudur: Sayın Başkanım da kürsüdeyken söyledim, 18 yaşından evvelki hizmetler şimdi 4447 sayılı Yasanın geçici 81. maddesi iptal edilince 01.04.1981 tarihine kadar hangi yaşta olursa olsun 18 yaşından evvel ödenmiş primler de bu emeklilik süresinin, yani primlerin ödenme süresinin hesabında dikkate alınıyordu. Problem 01.04.1981 tarihinden sonraki girişlerin 18 yaşının altında veya üstünde olması durumunda nasıl değerlendirileceğine çok somut bir örnek veriyorum.

Doç. Dr. HALİL YILMAZ- Konuyu yersiz ödemelere mi getireceksiniz, yoksa sabahki oturum mu?

Av. İBRAHİM DOĞRU- Yok, Şimdi efendim, bir sigortalının 01.01.1969 doğum tarihli olduğunu düşünün, bu 18 yaşını 01.01.1987 tarihinde dolduruyor, ama 01.01.1983 tarihinde çalışmaya başlıyor. Yani 14 yaşındayken, 18 yaşında şey yapıyor ve emeklilik müracaatında bulunacak. Şimdi 4759 sayılı Yasanın 3. maddesine baktığımızda 3.B.A'nın şeyine göre 1983 yılındaki çalışma baremi 20 yıl süre 40 yaş ve 5 000 gün diyor. Eğer 18 yaşını doldurduğu tarih olarak dikkate alırsanız bu primlerin ödendiğini kabul edin, 01.01.1987 tarihinde 18 yaşını doldurduğu kısımdan itibaren bunun emekliliğini de dikkate alacaksınız, bu kere 3.B.D bölümüne göre 43 yaş 20 yıl ve 5 150 grubuna giriyor. Şimdi dolayısıyla Yüksek Yargıtaın bir gün süreyle çalıştığına karar verilerek düzeltilmesi 3 yıllık bir farkı ortaya çıkartıyor, ama son düzelti hem 10. Hukuk Dairesi, hem 21. Hukuk Dairesi bu ekmeden dolayı bu haksızlıkları gidirmiş oldu. Onlara teşekkür ediyorum.

Bir de çok önemli bir konu: Bu yetkilendirme, sigortalılık tespit davalarının başlangıcının tespitinde malum işvereni davaya dahil etmiyoruz. Niye? Prim, çünkü giriş bildirgesi verilmiş. Bu durumda sadece sigorta aleyhine açıldığı için daha şahsi dosyası celp edilmeden ve dolayısıyla çalıştığı işyeri de dava dışı işveren oluyor. Giriş bildirgesinin aslı dosyaya gelmeden, yetki bakımından şurası yetkilidir deniliyor. Yetkiler belirlenmiyor. Halbuki şahsi dosyası gelse işyerinin o mahkemenin yetki sınırları içerisinde bulunan kurum şubesine verildiği anlaşılacak giriş bildirgesinin, dolayısıyla yetkiden sağa sola gönderiliyor.

Bir de bu sigortalı hizmet tespit davalarında diyelim ki sigortalı Kocaeli'nden atıyorum, Sivas'ta ve en son İstanbul'da çalışmaları var. Diyor ki benim sigortalı prim günlerim doldu, müracaat ediyorum İstanbul İhtiyarlık Sigortası Müdürlüğüne, diyorlar ki işte şuradaki şuradaki çalışmaları eksik, yani Sivas ve Kocaeli çalışmaların eksik, senin 5 000 günün dolmadığından emeklilik talebini reddediyoruz. Tutuyor dilekçe veriyor. Diyor ki benim Sivas'ta ve Kocaeli'ndeki çalışmalarım bu kadar değil, şunları da dikkate alın. Onlar da dikkate almıyorlar. Şimdi burada benim ihtilafı yaratan kurum şubem İstanbul İhtiyarlık Müdürlüğü, dava açtığım, yani İstanbul Mahkemelerinde yetkiliysen burada diyor ki sizin eksik bildirilen günleriniz Kocaeli'nde ve Sivas'ta, gidin orada dava açın. Şimdi Hocama sorum: Buradaki yetki meselesini nasıl ayarlayacağız?

Doç. Dr. HALİL YILMAZ- Hocam usul hukukçusu değil, ama gene kendisine bırakıyorum.

Av. İBRAHİM DOĞRU- Yetki çok önemli efendim, bir de 20 günlük eksikliği yüzünden yaklaşık 7-8 yıl sonra biz yanlış yapmışız, 20 gün priminizi eksik kestik, bu maaşı, 8 yıllık maaşı da geri verin diyor. Sebepsiz zenginleşme veya kurum hatası olduğu anlaşıldığından diyor ki sigortalı bu zararı tazmin için dava açabilir. Peki, şu konu var: Bu primlerin tahsili konusunda bizim geri iade rücu davası açtığında kurum bu 20 günlük sigortalılığı dikkate alınarak, çünkü zararının ödenmesi için hangi şey kıstas alınacak? 20 günlük eksik süre, bu durumda sigortalıya 20 günlük eksiklikten dolayı sadece bir ay eksik maaş bağlanıyor. Açacağı zararın kıstası ne olacak? Ben 20 gün daha çalışsaydım o tarihten bu yana maaş bağlanacaktı. Bunu o davada, rücu davasında 20 günlük eksiklik yüzünden bu adamın da zararı var denilse, bir aylık maaşı kesilip üstünün alınmaması yönünde bir karar ihdas edilebilir mi?

Doç. Dr. HALİL YILMAZ- Teşekkür ederiz. Talat Hocama verelim.

Prof. TALAT CANPOLAT- Teşekkür ediyorum Sayın Başkanım. Aynı kürsüde beraber çalışmaktan memnun olduğum Değerli Hocam Nurşen Caniklioğlu'nun hem içeriği itibariyle dolu, hem de sonuç itibariyle oldukça dinamik, son derecede istifade ettim, kendilerine teşekkür ediyorum.

Şimdi bu yersiz ödemelere ilişkin olarak vermiş olduğu sunumunuzda bahsettiğiniz 20 günün eksik olması münasebetiyle kurum aylığı kesip, kanun hükmüne dayanarak bunu geri alabilir. Ancak sigortalı da sebepsiz

zenginleşmeye dayalı olarak kurumun bilgilendirme yükümlülüğünü eksik yerine getirdiği hükümlerinden hareketle ödediğini tekrar geri alır gibi bir şey anladım.

Prof. Dr. NURŞEN CANIKLIOĞLU- Sebepsiz zenginleşme değil, hukuki gerekçesini söylemedim. Haksız fiil olur,

Prof. TALAT CANPOLAT- Geri alabilir. Hocam, iki tane şeyi yapmak yerine başta vermesek, yani kurum bunu isterken vatandaş olarak biz bunu ödeyeceğiz, sonra gelip işte hukuki sebebi haksız fiil de olsa bu sefer geri ver demek yerine daha o davada bir sen şu yükümlülüğünü yerine getirmedi, dolayısıyla senin bunu benden talep hakkın ortadan kalktı. Bu nedenle aylık da kesilmesin, çünkü kesildiği zamanki zararının sadece oradaki bir ayı mı, yoksa kesildiği zamana kadarı mı geri alacağı, o da önemli değil, kesilenin geri alsa ileriye dönük olarak aylıkların tekrar bağlanmaması her ay zararı tekrar devam ettirecek. Kurumun bilgilendirme yükümlülüğü ülkemizdeki mevzuat karmaşası açısından son derece daha önemlidir. Vatandaş gidiyor Sosyal Güvenlik Kurumundan almış olduğu bilgi ve yine Sosyal Güvenlik Kurumunun kayıtlarını esas alarak bir müracaatta bulunuyor. Seneler sonra Sosyal Güvenlik Kurumu diyor ki senin şu kaydın öyle değil böyleydi, ben bunu kesin senden geri alıyorum. Şimdi diğer ülkelerde bu sistem tamamen oturmuş, hiç bunlar tartışılmıyor. Ben baktığım zaman bir kişinin hizmet dökümünden anlayamıyorum ne zaman emekli olacağını, yaşlılık aylığı bağlanacağını, bağlanır mı, bağlanmaz mı, işte şu tarihte şu kadarsa hizmet süren, yaşın da buysa, hizmetin buysa bu kadar alternatifli ve girişine göre üç farklı sistemin ayrı ayrı olduğu bir yerde bana göre Sosyal Güvenlik Kurumu sunumunuzda söylediniz, ama ülkemizde son dönemdeki tüm düzenlemeler tek çatı altında bir düzenleme yapılacağı vaadiyle çıkarılan sistemde ilk bahsedilen norm ve standart birliğidir. Bir vatandaş aynı hizmet süresi, aynı yaş, aynı eğitime tabiyken, işte eskiden Bağ-kur'lu yahut da SSK'lyken farklı durumlar olmasın diye gidilirken, şimdi bakıyorsunuz Sosyal Güvenlik Kurumu her yerde farklı bahsettiğiniz zamanaşımında da yine kurumu aşırı derecede koruyan bir hukuk devleti ve sosyal devletten beklenmeyenin ötesine bu kadar karmaşık bir sistemi ben sıradan bir vatandaştan bekleyemem doğrusu isterseniz. Kurumun bilgilendirme yükümlülüğünün de bu kapsam içerisinde daha hassas ele alınması gerektiğini düşünüyorum.

Diğer bir başka sorun: En sık şimdi burada da hep bir günlük hizmet tespit ya da sigortalılık başlangıç davaları çok yaygınlık kazanmaya başladı. Sebebi kademeli geçiş. Şimdi siz yıllar önce kurum bildirgeyi almış, ama prim yatırılmamış. Primi takip yükümlülüğü de kuruma ait. 30 sene sonra diyor ki senin o başlangıçtakini ben saymıyorum. Hukuk sistemi içerisinde hepimiz şunu biliyoruz: Kurum hastanelerinden verilen raporlar kurumu bağlayıcıdır. Kurumun müfettişinin raporları da kurumu bağlayıcıdır. Ben diyorum ki niye biz kurum kayıtları kurumu bağlayıcıdır demiyoruz? Ben diyorum, kurumun kayıtları kurumu bağlayıcıdır. Vatandaşa hayır, git, sonra 30 sene önce yerinden kalkmış, üstüne havaalanı yapılmış bir yerde hizmet tespit davası aç, mutlaka bordrolu tanık getir, olmadı komşu işyerlerini bul demenin bir anlamı yok. Bunu kurum yapması lazım. Kurum o zaman bu tür ret işlemleri yaptığı zaman sigortanın açtığı davada dahi kendi kaydının gerçeği yansıtmadığını kendisi tanığıyla getirecek, diğer belgeleriyle getirecek, kendisi ispat edecek. Biz ispat yükünü tersine çeviriyoruz, ondan sonra bu sistemin içerisinde nasıl çıkarız diye düşünüyoruz. Bunun dikkate alınmasını istiyorum, teşekkür ederim.

GÜLSEN AVCI- Ölüm aylığı bağlanmasında askerlik borçlanması durumunu güncel Yargıtay uygulamaları ve gelinen son durum hakkında açıklayıcı bir şekilde bilgi verirseniz seviniriz.

Doç. Dr. HALİL YILMAZ- Necdet Bey.

Av. NECDET TOKCAN - Bu yersiz ödemelerle ilgili fazla soru gelmedi. Hocam şimdi bu yersiz ödemelerde iki kategori, yani bir kişinin kendi kusuru ve ihmalden kaynaklanan yersiz ödemeler, bir de sigortalı ve hak sahibinin, bir de kurumun hatalı işleminden dolayı. Şimdi burada bazen iç içe geçen durumlar var. Şimdi bunun içinden nasıl çıkacağız, bunlarda en tipik karşımıza çıkan durum sağlık yardımları, bir sigortalı sağlık yardımlarından yararlanma hakkı var, bir de bakmakla yükümlü olduğu eş ve çocukların hak sahibi olma sıfatıyla aldıkları sağlık yardımları var. Fakat hak sahibiyken kendisi bir şekilde sigortalı haline geliyor. Çalışmaya başlıyor bir işyerinde sigortalı olarak, bu sefer burada 4/A'lykan 4/B'li oluyor, 4/B'li sigortalıdan 4/B kapsamında yardım alırken 4/A'lı olarak kendisinden sağlık yardımı alması gerekirken eski statüde almaya devam ediyor, hak sahibi olarak almaya devam ediyor. Şimdi bunu da neye göre alıyor? Eskiden kurum karneleri vardı, sağlık karnesi, gidiyordunuz, karneleri belirli dönemlerde vize yaptırıyorsunuz, kurum size kuyruğa giriyorsunuz gidip kurumdan karneyi alıyorsunuz, o karneyle gidip herhangi bir sağlık

kuruluşundan sağlık yardımı alıyorsunuz, ameliyat oluyorsunuz. Kurum belirli bir süre sonra bunun farkına varıyor. Diyor ki sen aslında burada eş statüsüyle hak sahibi sıfatıyla değil de, sigortalı olarak kendi sigorta dalından alman gerekirken almamışsın, yersiz ödemeler var burada, çıkıyor işte geriye dönük 10 yıl kişinin kendi kusuru ve ihmeline dayanarak 10 yıla dayalı olarak şurada ameliyat olmuş, şu ilacı almışsın. Yani burada aslında bana sanki kurumun kendi ihmali ve kusurundan kaynaklı, çünkü bir sigorta karnesi vererek kurum kayıtlarına bakarak veriyorsunuz bunu, böyle bir ihmalde bulunuyorsunuz ve daha sonra diyebilirsiniz ki kişi de kanunu bilmek, mevzuatı bilmek yükümlülüğünde ve burada hangi sigorta dalından, çünkü bazı elverişli durumlar vardı, şimdi ortadan kalktı, ama Emekli Sandığı bütün hastanelerden veriyordu. Sigorta sadece kurum, sağlık kuruluşlarından alıyordu, ama hâlâ o geçmişteki o uygulama şu ana kadar devam ediyor. Buradaki nasıl değerlendireceğiz bu hususu?

HALİL ÖZDEMİR)- Sayın Hocama sunumundan dolayı teşekkür ediyorum. Bir konuda görüşünü almak istiyorum. 96. maddeyle ilgili sahte hizmet yüklemesiyle aylık bağlanması durumunda Sosyal Güvenlik Kurumu çalışanınin veya sigortalının kasıtlı, kusurlu davranışı nedeniyle 96. madde uygulanıyor, ancak üçüncü kişinin kusuru da dahil olursa, örneğin dışarıdan bir muhasebeci de bu kusura dahil olursa muhasebeci yönünden Sosyal Güvenlik Kurumunun takibi 96. maddesi kapsamında mı olması gerekir, yoksa Borçlar Kanunu hükümlerine göre mi, genel hükümlere göre mi buna rücu etmesi gerekir, zararını tazmin etmesi gerekir? Teşekkür ediyorum.

Doç. Dr. HALİL YILMAZ- Başkanım, sorunuz veya açıklamanız varsa buyurun.

MESUT BALCI - Sayın Hocama güzel sunumundan dolayı çok teşekkür ediyorum. Hocam, bu bir aylık dava açma süresiyle ilgili bazı tereddütlerden bahsetti. Bu tereddütleri biz de tartıştık. Gerek 10. Hukuk Dairesi, gerek biz de tartıştık. İki görüş var. Burada bu 60 günlük süre -bir ay dedim de, 60 günlük süre- bu bir dava şartı. Hukuk usulünde dava şartının tamamlanabilir olduğu durumlarda bunun tamamlanabileceği söyleniyor. Fakat burada ayrıksı bir dava şartı getirildiğini biz düşünüyoruz. Burada hâkimin süre verip git sen başvur, ben seni bekleyeyim dediği zaman bu yasa boşu boşuna çıkmış oluyor. Araya gereksiz bir uygulama koymuş oluyoruz, davayı daha uzatıyoruz. Oysa bu davaları azaltmak için

kurumun bazı şeyleri düzeltebilmesi için getirilmiş bir şey, ama kurumun diyelim belgelerin içinde senin sigortalılık başlangıcını ben kabul etmiyorum diyor vatandaş tahsis talep ettiği zaman, bunu artık sen yeniden başvur demenin bir manası yok. Zaten reddolmuş. Böyle özel durumlarda bu başvuruyu biraz yumuşak tutuyorum, daha önce bu başvuru sonuçlanmış, artık yeniden başvuru yoktur diye düşünmek gerekir. Biz bunu kesin bir dava şartı olarak değerlendirip, hâkimin böyle süresinde açılmayan davaları reddetmesi gerektiği yönünde kararlar verdik, ama henüz yayınlanmamıştır, belki ele geçmemiştir.

Bir de burada 60 günlük süre nasıl başlar? 60 günde tebliğ etmediy-sen zaten süre başlamıştır. Yok postaya verildi, verilmedi, ne zaman geldi, adam onu bekleyecek değil vatandaş, 60 gün geçti, cevap gelmediyse gider, davasını açar. Diğer yukarıda Necdet Beyin sorusu vardı sağlık yardımıyla ilgili: Şimdi diyelim siz Bağ-kur'lusunuz, Bağ-kur'a prim ödüyorsunuz, Tarım Bağ-kur'a, sonra bir de çıktı ki sizin aslında Esnaf Bağ-kurlusu olmanız gerekiyormuş. Tarım Bağ-kurunuz iptal edildi. Esnaf Bağ-kurlusunuz, alın bu primleri, getirin, buraya ödeyin denildi. Şimdi biz bu gibi durumlarda hele adamın elinde sağlık karnesi varsa o tarih itibariyle ödediği primler itibariyle o sağlık yardımını hak etmişse veya kendi Bağ-kur borcu var, eşinden dolayı yararlanma hakkı var. Bu gibi durumlarda bu zaten eskiler alınmıyor da, belki yerine şeyler olursa alınmayacak bir düzenleme, ama ondan önce biz bu gibi durumlarda zaten diyoruz ki sen kuruma al, bu cebinden öbür cebine koy gibi bizim kararlarımız vardı. Bunları asla biz geri ödetmiyorduk bu tedavi giderlerini, kurum yasayla da vazgeçti bunlardan, yeni uyuşmazlıklar gelirse gene aynı şekilde değerlendirilir. Ondan sonra çıkanlar da aynı şekilde değerlendirilir. Bunları söylemek istiyorum. Buradan ben bir, bu nüfusla ilgili bir soru vardı, o bir dava konusu önümüzde bizim, onun için ona bir cevabımız var, ama söyleyemeyeceğiz burada, teşekkür ediyorum, sözü size tekrar iade ediyorum.

Doç. Dr. HALİL YILMAZ- Buyurun Hocam cevaplar için, sözü size veriyoruz.

Prof. Dr. NURŞEN CANIKLIOĞLU- Sayın Başkan, teşekkür ediyorum. Çok farklı yerlerden aslında soru geldi. Ben açıkçası bazılarına cevap verip, bazılarına vermeme hakkımı kullanmak istiyorum diyeyim. Şimdi Sayın Mahmut Beylem yersiz ödeme, burada yersiz ödeme tespit edildi, ama ne kadar sürede kurum bu ilgililerden bunu geri isteyebilecek, bir zamana-

şımı süresi var mı burada, yoksa sebepsiz zenginleşmedeki 2 yıllık ve 10 yıllık süreleri burada uygulamak gerekir mi? Şimdi açıkçası şöyle düşünüyorum: Üzerinde çok fazla düşünmediğimi de fark ettim diyeyim ben başka yerlere yoğunlaştığım için, ama 93. maddenin 2. fıkrasında kurumun prim ve diğer alacaklarında 10 yıllık zamanaşımı diyor. Diğer alacaklar, bir de yine 93. maddenin son fıkrasında rücu alacakları için de 10 yıl, onu da özel olarak düzenliyor. Şimdi bu da diğer alacaklar kısmına giriyor diye düşünmek lazım, yasada özel düzenleme varken, yani özelden kastım da kurumun alacağı olarak düzenleme 10 yıllık zamanaşımını sanki burada da uygulamak gerekir. Sebepsiz zenginleşmeye gitmemek isabetli olur gibi geliyor bana, ilk düşündüğümde burada ulaştığım sonuç bu.

Türk Ticaret Kanunundaki genel kurul yapılmadığı için madde 9'da gayri faal yerler sonra resen düzeltme yapılıyor, ama bu arada hâlâ bu kişiler 4/B kapsamında sigortalı konumunda olduğu için takipte zorluk çektim, ama sorunuz bu kişi diyelim ki anonim şirket yönetim kurulu üyesi ortak konumunda, ama öyle bir anonim şirket yok. Faaliyeti sona ermiş, kayıt üstünde kaydi olarak var görüldüğü için biz bunları sigortalı faaliyeti var, aldıkları yaşlılık aylığından da sosyal güvenlik destek primi kesilmesi gerekirdi bu süreçte diye anlıyorum. Açıkçası isabetli olmadığını düşünüyorum yapılan işlemin böyle bir durum varsa, bu kadar katı bakmamak lazım sizin dediğiniz gibi 9. maddedeki hükme, sosyal sigortada ve iş hukukunda da biz gerçek fiili duruma üstünlük tanıyorsak, gerçekten sigortalı olmayı gerektiren bir faaliyet var mıdır, yok mudur? Kayıt üstünde olsa dahi fiiliyatta yoksa gerçek duruma göre sonuca ulaşmanın daha isabetli olacağını düşünüyorum. Sosyal sigortanın temel mantığına da daha uygun olduğu kanaatindeyim.

Yaş konusuna girmiyorum, Türkan Hanımın konusuna gelirsek, şimdi burada bir kadın, kız çocuğundan daha doğrusu söz ettik. Annesinin yaşlılık aylığını vekâlet kendisinde olduğu için ölmesine rağmen yaşlılık aylığı olarak uzunca bir süre alıyor. Sonra kendisi de vefat edip, çocuğu bu durumda, onun çocuğu, artık zaten hak sahibi diye birisi yok. Mirasçı konumundaki kişiden bunu isteyebilir miyiz? Tabii o terekesine, yani ölen kız çocuğunun mal varlığına dahil bir âdeta borç kalemi gibi geçmiş oluyor. Onun mirasçılık sıfatıyla şeyden alınabileceğini düşünürüm ben, o kız çocuğunun çocuğundan sizin verdiğiniz örneklemede, ama burada artık şey gibi bakılmadığı ifade edildi. İş mahkemesinin görev alanına giren

bir konu olmadığı, buradan doğan bir şey değil, bu artık genel hükümler çerçevesinde düşünülebilecek bir şey, o da isabetli görünüyor açıkçası bana, yani varılan sonuç o anlamda isabetliymiş gibi geldi.

İbrahim Doğru Beyin soruları var. Aslında çoğu katkı biçiminde, işte 18 yaşından önce 1 Nisan 1981 öncesi ya da sonrası meselesi, 18 yaşın dik-kate alınmadığı süre 1981 öncesi, o yönde katkıda bulunuldu. Uygulama-nın düzeldiğini söyledi. Ondan sonra yersiz ödemeye ilgili benimle alakalı kısımda zannediyorum Talat Hocayla aynı yönde düşünüyorlar. Kural ola-rak ben de aynı yönde düşünüyorum. Burada onu ortaya koymadım belki, ama benim burada söylemek istediğim şey şu: Eğer ki şu anki uygulama yersiz ödeme biçiminde bunlar geriye doğru 5 yıl, 10 yıl biçiminde alına-caksa kurumun hatasından kaynaklı bir durum olduğunu varsaydıgımız-da Yargıtay kararları çerçevesinde buna karşı da sigortalının karşı dava açması, bu davaların birleştirilmesi ve sonunda kim kimden alacaklı çıkı-yorsa ona karar verilmesi daha isabetli olur birbirinden ayrı ayrı davalar yerine veya direkt olarak başlangıçta da böyle bir şey düşünülebilir. Yani burada birinin yersiz ödeme biçiminde alacağı var, ama o yersiz ödeme dediğimiz şey diğer kişi için de bir zarar giderimi doğuran durum oluşturmaş. Kurum doğru bilgi vermediği için kişi bu duruma düşmüş, verdiğimiz örnek gayet çarpıcı da oluyor hakikaten, 20 günü tamamlama deseydi bu durumlara hiçbir şekilde girilmeyecekti. 20 günü tamamlayacak, dilek-çesini verecek, takip eden aybaşından itibaren de aylığını alacak. Zarar aslında, kurumun zararı bir aylık ücrettir. Burada yaşlılık aylığıdır diye ba-kılması bence de isabetlidir. Biraz dolaştırarak söylemiş oluyoruz da şu anki karar çerçevesinde bunu bu şekilde söylüyorum.

Talat Hoca bunun dışında diğer hususlar katkı niteliğinde, ben de aynı şekilde düşünüyorum. Kurumun doğru bilgi verme yükümlülüğüne daha büyük değer atfedersek, bundan sonra kurum daha doğru bilgiler verecektir diye de ayrıca düşünüyorum. Kurum gerçekten bilgi işlem sistemlerini çok iyi kullanabilecek konumda olan da bir kurum, sistemini düzgün kurmalı, korunması gereken kişi kimdir burada? Kurum mudur, sigortalı mıdır, ilgili midir? Ben herhalde burada kıtı kıtına geçinen, özellikle de bu aylıklarla bağlantılı olarak sigortalı olması gerektiğini de düşünüyorum. Sunumum sırasında bu vurguyu yaptım diye düşünüyorum. Kurum kayıtlarının dikkate alınması kurumu bağlaması konusu da isabetli bir şekilde dile getirildi.

Bir başka soru ölüm aylığı. Sunumda ben o konu üzerinde durmadım, ama benim de önemseydiğim konulardan bir tanesi ve arada da öğrendiğime göre bu konuda epeyce bir direnme kararı da, yerel mahkemelerde direnme kararları da olmuş. Yargıtay 10. ve 21. Hukuk Dairesi 2012'de, zaten 10. Hukuk Dairesinin kararlarına baktığımızda şunu söylüyor: *"Bildığınız gibi 5510 sayılı Kanunda hak sahiplerine ölüm aylığı bağlanabilmesi için sigortalının her türlü borçlanma hariç 5 yıldan beri sigortalı olması ve 900 gün prim ödemiş olması gerekiyor. 4/A'lıysa her türlü borçlanma hariç"* diyor. Bir defa 21. Hukuk Dairesinin bir kararı olmuştu. Fakat arkasından o karardan vazgeçilmişti ve denilmişti ki o kararda: *"Bu borçlanma süresinin hariç olması 5 yıla ilişkindir, 900 günle alakalı değil"* 900 gün borçlanmayla tamamlanabilir biçimde, ama ardından verilen tüm kararlarda ki 2014 yılındaki kararlara baktığımızda hem 10. Hukuk Dairesinin, hem de 21. Hukuk Dairesinin istikrarlı bir şekilde o *"her türlü borçlanma süresi hariç"* ibaresinin hem 5 yıl için, hem 900 gün için aranacağı biçiminde. Dolayısıyla da bir dolu olayda hak sahiplerine eğer askerlik borçlanması ya da başkaca bir borçlanmayla o 900 gün tamamlanıyorsa, o zaman düşeceksin borçlanılan süreyi, 900 günden düşükse de koşulları gerçekleştirmediğini kabul edecek ve talebi, aylık bağlama talebini reddedeceksin. Bir şey daha söyleniyor kararlarda: Bu borçlanmalar 1 800 gün tamamlanması açısından dikkate alınabilir. 1 800 günün tamamlanıp tamamlanmadığına da bir biçimde Yargıtay karar veriyor hem 9. Hukuk, 21. Hukuk Dairesi, hem 10. Hukuk Dairesi, ama ben 2012 yılında Yargıtay Kararları Değerlendirme Seminerinde konuya ilişkin görüşümü belirtmiştim. Şunu da söylemiştim: Açıkçası o tebliğimde de vurgulamıştım. Yasa hazırlanırken, 5510 sayılı Kanun hazırlanırken bazı teknokratlarla konuşmalarımız olmuştu ve şunu söylemişlerdi bize: Özellikle 2006 yılında 1 800 günlük prim ödeme gün sayısı 900 güne düşürüldüğünde bir şey gördük biz, yaşı ilerlemiş yaşlı hanımlar özellikle dediler babalarının askerlik süresini borçlanarak ki o sırada 2-2.5 yıla giden askerlik süreleri oluyor. 2.5 yılın borçlanması demek 900 güne tekabül ediyor ve başkaca da bir şeye nerede ihtiyaç olmaksızın sadece borçlanmayla bir dolu hanıma eşlerinden de ayrılarak o vurguyu da yapmışlardı, ölüm aylığının bağlantısını tespit ettik ve bunun üzerine yasaya hüküm koyduk. Yani asıl amaç 900 günün tamamlanmasını engellemek, aslında bunu da görebiliyorum. Fakat adil gelmiyor bana, yorum yapabiliyorsak ve bu yorumu da burada sosyal sigortanın temel amacına, mantığına uygun hem sigortalılara hak getiriyoruz, ama kullanılmasın diye bir hak getiriyoruz bakış açısıyla hüküm getirilmiş olmasını kabullenmekte zorlanıyorum. Borçlanmaya

olanak tanıyıp, ondan sonra aylık bağlanmasını da dikkate almamak, 4/B ve C'lilerde bunu dikkate almamak, gerçi orada 1 800 günü aradığı için dikkate almıyor, onu da tespit etme lazım ama 4/A'lılarda borçlanmayı dikkate almamak bana isabetli gelmiyor. Daha önce de bu görüşümü dile getirmiştım. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu konuda ne diyecek, bekleyeceğiz, göreceğiz.

Necdet Beyin sorusuna gelirsek, aslında Sayın Başkan zaten cevabı da verdi. Olması gerekenin de o olduğunu düşünüyorum. Eğer ki bu kişi gerçekten bu sağlık yardımlarını alabilecek konumdaysa, bu ister sigortalı sıfatıyla olur, ister bakmakla yükümlü olunan kişi veya 4/A'lı ya da 4/B'li, ama o yardımı alabilecek konumdaysa, artık sen yanlış sigortalılık, yani bağlı sigortalılık ya da asli sigortalılık sebebiyle aldın, ötekenden almak zorundaydın denilmesinin isabetli olmayacağını, sosyal adalete de uygun olmayacağını söylemek gerekir.

Son olarak sahte hizmet yüklemesiyle aylık olmuşsa, muhasebeci de buna katkıda bulunmuşsa, ona dava nasıl açılacak? Açıkçası ona davayı herhalde ilgililer, yani 96. maddede yersiz ödemede hep böyle ya sigortalı olacak, ya isteğe bağlı sigortalı olacak, ya hak sahibi bakmakla yükümlü olunan kişi, yani sosyal sigorta ilişkisinin ya bağlı kişisi, ya kendisi olması gerekir gibi 96'nın kapsamına girme noktasında muhasebeciyi oraya dahil etmeyeceğimiz için ona genel hükümler çerçevesinde gidilmesinde isabet vardır diye bakmak lazım. Ben böylece yanılmıyorsam bitirdim.

Sayın Başkan da hep katkıda bulundu. Soru zannediyorum yoktu, ama şunu anlıyoruz ki bu açıklamalardan sonra bekletici mesele olmayacak, usulden ret biçiminde olacak ki o yasadaki hükme işlerlik kazandırmak mümkün olsun diye. Bazen belki somut olayın özelliğine göre bekletici meselede düşünülebilir gibi, onda ben açıkçası çok netleşemedim, ama başvuruyu bazı somut olaylarda yumuşatmak gerekir dediniz Sayın Başkan. Ben de sunum sırasında birkaç yerde öyle bir açıklamalarım var, bana göre de eğer ki kuruma başvuru beyhude olacaksa, gereksiz olacaksa bunu 60 gün daha geciktirmenin hiçbir manası olmasa gerekir diye düşünüyorum. Somut olayın özelliğine göre yargılamayı gerektirecek bir şey varsa ya da kurumun kararı değişmeyeceği çok net görülüyorsa, o zaman direkt olarak dava açılması gerekir gibi, ama bu da bir dolu belirsizliği ortaya koyacak. Her ihtimale karşı bir de usulden reddedilebileceğini düşünürsek, bekletici mesele dahi olmayacağını düşünürsek herhalde avukatların genel olarak ya da sigortalının önce bir kuruma başvurup,

ondan sonra gitmesi daha bir isabetli olacakmış gibi de geliyor. Fakat ben de yumuşatılması gerektiğini düşünüyorum somut olaya göre, böylece zannediyorum bana yöneltilen soruları da cevaplamış oldum. Teşekkür ediyorum, saygılar sunuyorum.

Doç. Dr. HALİL YILMAZ- Oturumu programda yazılı saat itibariyle herhangi bir süre aşımı yaşamadan tamamlamış bulunuyoruz. Tüm katılımcılara teşekkür ediyorum.

