

# MESLEK HASTALIĞINDA KUSUR TARİHİNİN BELİRLENMESİ<sup>(\*)</sup>

(\*\*) **Sami NARTER**

## ÖZ

İş kazası ya da meslek hastalığından kaynaklanan tazminat davalarında; gerçek zarar hesabı ve işletilecek faizin başlangıç zamanı bakımından, kusurun (akdi kusur veya haksız fiilin) ortaya çıktığı tarihin esas alınması gerekmektedir. Yargıtay, meslek hastalıklarında haksız fiil tarihini çalışmada oluşan meslekte sürekli iş göremezlik oranının raporla belirlendiği tarih olarak kabul etmektedir. Danıştay ise meslek hastalığından doğan zararın tazmini için idareye başvuru tarihini esas almaktadır.

Kanaatimizce bu kabuller hatalıdır. Çünkü, zararın doğmaya başladığı tarih rapor tarihi değildir. Rapor tarihi sadece iş göremezlik oranının belirlendiği tarihtir. Zarar bundan çok önce doğmuştur. Örneğin, meslek hastalıkları iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınmadığından veya önlemler gereği gibi alınmadığından (yetersizliğinden) kaynaklanmaktadır. Yani, işverenin akdi kusurundan kaynaklanmaktadır. İşverenin

kusuru iş göremezlik oranının belirlendiği tarihte değil çalışmanın gerçekleştirildiği sırada, yani çok daha öncesinde mevcuttur. Bu durumda, işverenin kusuruyla meslek hastalığının oluşmaya başladığı tarih işyerine ilişkin teknik bilirkişi raporlarına dayalı olarak hekim raporuyla belirlenmeli ve yapılacak gerçek zarar hesaplamaları ile faiz başlangıcında bu tarih esas alınmalıdır.

**Anahtar Kelimeler:** Meslek Hastalığı, Akdi Kusur, Haksız Fiil, Meslek Hastalığında Akdi Kusur, Meslek Hastalığında Akdi Kusur Başlangıç Zamanı.

## THE PROBLEM OF DETERMINING THE DATE OF TORT IN OCCUPATIONAL DISEASE

### ABSTRACT

In compensation cases arising from work accident or occupational disease; In terms of the actual loss calculation and the starting time of the interest to be charged, the date on which the fault (contractual fault

(\*) **Makalenin Geliş Tarihi** / 11.04.2022 - **Makalenin Kabul Tarihi** / 28.04.2022- **Makalenin Türü** / Kuramsal

(\*\*) **Av. Doç. Dr.** / snarter@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0001-8710-1434.

or tortious act) occurred should be taken as a basis. The Court of Cassation accepts the date of wrongful act in occupational diseases as the date on which the rate of permanent incapacity for work in the profession is determined by the report. The Council of State, on the other hand, takes the date of application to the administration as a basis for compensation.

In our opinion, these assumptions are wrong. Because the date on which the damage begins to arise is not the date of the report. The report date is only the date on which the rate of incapacity is determined. The damage was born long before that. For example, occupational diseases result from not taking occupational health and safety precautions or not taking the necessary precautions (insufficiency). That is, it is due to the employer's contractual fault. The fault of the employer does not exist at the time the disability rate is determined, but at the time the work is carried out, that is, much earlier. In this case, the date on which the occupational disease started to occur due to the fault of the employer should be determined by the doctor's report based on the technical expert reports regarding the workplace, and this date should be taken as the basis for the calculations to be made and the beginning of the interest.

**Keywords:** Occupational Diseases, Contractual Fault, Tort, Contra-

ctual Fault in Occupational Disease, Contractual Fault Starting Time in Occupational Disease.

## GİRİŞ

Mesleki bir faaliyetin yürütülmesi veya bazı işlerde sürekli çalışma, çalışan kişide, yapılan işlerle doğrudan ilişkili hastalıklara sebep olabilir. Bu tür durumlar sosyal güvenlik sistemlerinin iş kazalarında olduğu gibi meslek hastalıklarını da sosyal bir risk olarak kabul etmesinin en önemli nedenleri arasındadır (Güzel, Okur ve Caniklioğlu, 2012: 417). Bahsi geçen riskleri en aza indirmek bakımından iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınması gündeme gelmiştir. İş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğü işveren üzerinde olup çalışanların da bu önlemlere uyması gerekir.

Hukuk sistemimize göre çalışanın meslek hastalığına yakalanması halinde işverenin sorumluluğu sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanmakta olup zararların tazmininde haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır. Bu bağlamda işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaması veya gereği gibi almaması akdi kusurluluk yani sözleşmeye aykırılık teşkil etmektedir. Yargıtay ise kararlarında meslek hastalıklarında zararın doğmasına neden olan haksız fiilden bahsetmektedir. Akdi kusur da kabul edilse haksız fiil de kabul edilse meslek

hastalıklarındaki uygulama hatalı olup özellikle meslek hastalığına yakalanmış olan çalışanın aleyhine işlemektedir. Bu bakımdan meslek hastalıklarında özellik arz eden akdi kusurun veya Yargıtay'ın kabul ettiği şekliyle haksız fiilin başlangıcı sorununu ele almak gerekmiştir.

Bu çalışmanın amacı; meslek hastalıklarında akde aykırılığın ve dolayısıyla akdi kusurun başlangıcının ve yine temerrüdün ne zaman gerçekleştiği konusunu tartışmaktır. Bu amaçla, meslek hastalıkları ile ilgili kavramlar ve unsurlar açısından kıyaslamalar yapılarak ve yine mevzuattaki düzenlemeler ile uygulamadaki mevcut durumu karşılaştırmak suretiyle sonuca varılmaya çalışılmıştır.

Çalışma dört ana kısımdan meydana gelmektedir. Birinci kısımda, genel olarak meslek hastalığı kavramı ve unsurları ile meslek hastalığının Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) ve Mahkeme tarafından tespiti konuları açıklanmış; ikinci kısımda sözleşmeye aykırılık ve akdi kusur kavramları, unsurları ve akdi kusurun ortaya çıkmasının etkileri ile neden haksız fiil yerine akdi kusur (sözleşmeye aykırılık) kavramını kullandığımız açıklanmış; üçüncü ve dördüncü kısımda iş kazaları ve meslek hastalıklarında adli ve idari yargıda akdi kusurun başlangıcının kabul yöntemleri ile adli ve idari yargı açısından iki adet örnek olay verilmiş; son kıs-

sımda ise meslek hastalıklarında akdi kusurun başlangıcının ne zaman olması gerektiği üzerine tartışmalar yapılmış ve bir kısım öneriler getirilmiştir.

## **1. MESLEK HASTALIĞI KAVRAMI, UNSURLARI VE TESPİTİ**

### **1.1. Meslek Hastalığı Kavramı**

Sağlık, sadece hastalık ya da sakatlığın olmaması değil, fiziksel, ruhsal ve sosyal olarak tam bir iyilik hali içerisinde olmaktır (Şimşek, t.y.: 9). Sağlıklı olduğunda bu durum pek fazla hissedilmez, hissedilen durum hastalıktır. İnsan vücudu, hasta olmak üzerine değil, sağlıklı olmak üzerine tasarlanmıştır. Aklın ve vücudun kötü kullanılması sonucu vücudun dengesi bozulmaktadır (Önerci, 2013: 7). Dolayısıyla hastalık, insan organizmasının çeşitli nedenlerden ruhsal, bedensel ve sosyal dengesinin bozulmasıdır (Öztürk ve Öztaş, 2012: 293-300).

Meslek hastalığı ise sanayileşme dönemi sonrasında ortaya çıkmış bir kavramdır. Sanayileşme sürecinde bazı hastalıkların ortaya çıkmasında işçilerin çalışma ortamı, yaptıkları iş ve bu işlerde kullanılan bazımaddelerle temas ya da bu maddelere maruz kalmanın çok önemli bir rol oynadığı belirlenmiştir. Bir başka anlatımla ortaya çıkan hastalık ile yapılan iş ve iş ortamı arasında bir illiyet bağının bulunduğu ve ortaya çıkan bu hastalık-

lara meslek hastalığı adı verilmiştir (Arıcı, 2015: 317).

İşle ilgili hastalıklar sayısal olarak toplumdaki genel hastalıklardan sonra çalışanlarda en çok görülen hastalıklardır. Aslında, meslek hastalıkları toplumda en az görülmesi gereken hastalıklardır. Çünkü, bu hastalıklar, zararlı bir etken ile bundan etkilenen insan bedeni arasında, yapılan işe özgü bir etki ve tepki ilişkisinin ortaya konulabildiği hastalık grubudur (Şimşek, t.y.: 9).

Öğretide; meslek hastalığı,

- İşçinin işverenin emir ve talimatı altında çalışmakta iken işin niteliğine veya yürütme koşullarına göre tekrarlanması nedeniyle maruz kaldığı bedeni veya ruhi arızadır (Güzel ve diğerleri, 2012: 417).

- Meslekle ilişkili etkenlerin doğurduğu ve etkenlerin sürmesi halinde zaman geçtikçe ilerleyen, bu nedenle belirli meslekler ve çalışma alanlarında bulunan insanlarda aktif toplam nüfusa oranla daha çok görülen hastalıklardır, (Velicangil ve Velicangil, 1987: 117) biçiminde tanımlanmaktadır.

Hukuk sistemimizde ise meslek hastalığının farklı kanunlarda tanımları bulunmaktadır.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu 3. maddede; meslek hastalığı, "*mesleki risklere maruziyet sonucu ortaya çıkan hastalığı ifade eder*" biçiminde tanımlanmıştır.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve

Genel Sağlık Sigortası Kanunu 14/1. maddede; "*Meslek hastalığı, sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, bedensel veya ruhsal engellilik halleridir.*" şeklinde düzenlenerek ayrıntılı bir tanım yapılmıştır.

Mülga 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu 3/h maddesine göre, "*Meslek Hastalığı: Sigortalının yürüttüğü tarımsal faaliyetlerin niteliğine göre tekrarlanan bir sebeple veya tarımsal faaliyetin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, sakatlık veya ruhi arıza hallerini, ... ifade eder.*" (Narter, 2015: 22).

Bu tanımlardan anlaşıldığına göre, belirli bir meslekte veya çalışma alanında sık görülen ve aynı koşullar altında deneysel olarak da meydana getirilebilen bir hastalığın meslek hastalığı olarak kabul edilmesi gerekir (Velicangil ve Velicangil, 1987: 117).

Yukarıda belirtilen Kanunlarda yapılan tanımlar incelendiğinde, meslek hastalığını oluşturan unsurların bir kısmının, iş kazasının unsurlarına benzer; bir kısmının ise farklı ve tamamen kendisine özgü olduğu görülmektedir (Tozan, 2011: 77).

En kapsamlı tanımın yer aldığı 5510 sayılı Kanuna göre, bir hastalığın meslek hastalığı olarak kabul

edilebilmesi için çalışanın SGK'ya bildirilmiş olması, hastalığın yürütülen işten kaynaklanması, çalışanın bedeni veya ruhi bir zarara uğraması, hastalığın Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliğinde yer alan listede bulunması ve bu yönetmelikte belirtilen süre içinde ortaya çıkması, hastalığın hekim raporu ile belirlenmesi ve bu unsurların hepsinin birden gerçekleşmesi gerekir (Olgaç ve Bulut, 2013: 71).

## 1.2. Meslek Hastalığının Unsurları

Mevzuatımızda yer alan tanımlardan hareket edildiğinde meslek hastalığının fiziki, tıbbi ve hukuki unsurlar içerdiği görülmektedir.

Meslek hastalığı; mesleki olarak olumsuz koşullara maruz kalmaktan kaynaklanma, çalışılan işten kaynaklanma, işin niteliğinden dolayı tekrarlanan sebeplerden kaynaklanma veya işin yürütüm şartlarından kaynaklanma gibi fiziksel, çevresel ve sosyal unsurları; geçici veya sürekli hastalığın ortaya çıkması, bedensel veya ruhsal engellilik hallerinin ortaya çıkması gibi fiziki ve tıbbi unsurları ve sigortalılığın tescil edilmesi gibi hukuki bir unsuru da içermektedir.

Bu unsurlara göre, örneğin kömür madenlerinde çalışanların tutuldukları, silikoz ve pnömokonyoz hastalıkları ile tütün işletme-

lerinde çalışanların yakalandıkları tabakoz gibi hastalıklar işin niteliği nedeniyle tekrarlanan sebeplerle meydana gelen meslek hastalıklarındandır. Yine, sıtma savaş işlerinde çalışanların, bataklıkların kurutulması işinde çalıştıkları sırada yakalandıkları sıtma hastalığı, hayvanlarla ilgili işte çalışanların yakalandıkları şarbon hastalığı, işin yürütüm şartları nedeniyle ortaya çıkan meslek hastalıklarındandır (Bilgili, 2008: 491).

Meslek hastalığı ile iş kazası bu yönleri nedeniyle birbirinden ayrılmaktadır. Meslek hastalığı tamamıyla mesleki nitelikte olup belirli bir meslek mensubu olmanın sonucudur (Çenberci, 1985: 123; akt. Bilgili, 2008: 491). Buna karşılık icra edilen meslekle hiç ilgisi olmasa bile bir kaza iş kazası sayılabilmektedir.

5510 sayılı Kanuna göre iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından sağlanacak yardımlardan yararlanma koşulları aynı zamanda meslek hastalığının unsurlarını oluşturmaktadır.

### 1.2.1 Meslek Hastalığına Tutulan Kişi Tescil Edilmiş Sigortalı Olması

5510 sayılı Kanunu'nun 14/1. maddesinde; "Meslek hastalığı, sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, bedensel

veya ruhsal engellilik halleridir." denilmiştir. Bu maddede açıkça sigortalıdan bahsedildiği için SGK açısından meslek hastalığı, sadece Kurumca tescil edilmiş sigortalı niteliğini taşıyanlar için söz konusu olabilir.

Tescil edilmiş sigortalı niteliğini taşımayanlar bir meslek hastalığına yakalansalar bile ortaya çıkan hastalık SGK bakımından meslek hastalığı kabul edilmemektedir (Aslanköylü, 2003: 220). Dolayısıyla meslek hastalığına tutulan kişi sigortalı olarak tescil edilmiş ise, Sosyal Güvenlik Kurumu'nca iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından sağlanan yardımlardan yararlanabilmekte aksi takdirde yararlanamamaktadır.

### **1.2.2. Meslek Hastalığına Tutulan İşçinin Bedeni veya Ruhi Yönden Engelli Hale Gelmesi**

5510 sayılı Kanuna göre meslek hastalığının ikinci unsuru sigortalının geçici veya sürekli hastalığının ortaya çıkması, beden ve/veya ruhen bir zarara uğraması sayılmaktadır.

Meslek hastalığının kişide bedeni ve/veya ruhi bir engellilik oluşturması meslek hastalığının bir unsuru ve yardımlardan yararlanmak için koşul olarak belirtilmiştir. Fakat, kanunda her ne kadar ölümden bahsedilmemişse de meslek hastalığı sonucu ölüm meydana gelmişse, bu durumda ölenin yakınları meslek hastalığı

ğı sigortasından yararlanacaktır (Uşan, 2009: 180).

### **1.2.3. Sigortalının Yaptığı İş veya İşyeri Koşulları ile Meslek Hastalığı Arasında Uygun Nedenellik Bağının Bulunması**

Herhangi bir meslek hastalığından bahsedebilmek için, görülen iş ile ortaya çıkan zarar arasında uygun nedenellik bağı (neden-sonuç ilişkisi) bulunmalıdır. Bir başka anlatımla, meslek hastalığı ve bunun sonucu olarak sakatlık veya ölüm olayı, sigortalının çalıştığı iş sebebiyle ortaya çıkmalıdır (Uşan, 2009: 180). Dikkat edilirse, meslek hastalığı için Kanunun öngördüğü nedenlerin ikisi de sigortalının yaptığı iş ve çalıştığı işyeriyle ilgilidir. Bu yönüyle meslek hastalığı, iş kazasından farklı olarak, tümüyle mesleki özellikler taşır. Yani, iş kazasının yapılan işle ilgili bulunması zorunlu olmadığı halde, meslek hastalığının sigortalının yaptığı işin sonucu olarak ortaya çıkması gerekir. Meslek hastalığında zararı doğuran nedenler tümüyle dış etkenlerden kaynaklanır. İş kazasından farklı olarak dıştan gelen bu etken, çoğunlukla bünyeye yavaş yavaş tesir eder; zaman içinde tekrarlanarak, hastalık, sakatlık veya ruhsal bir engellilik meydana getirir (Güzel ve diğerleri, 2012: 419).

Yargıtay'a göre de meslek hastalığı nedeniyle açılan tazminat davasının kabul edilebilmesi için, hastalığın kişinin yapmış olduğu

mesleki faaliyetten kaynaklanması, ortaya çıkan zarar ile yapılan iş arasında uygun nedensellik bağı bulunması gerekir.<sup>(1)</sup> Nedensellik bağı bulunmadığı takdirde, hastalık meslek hastalığı sayılamayacak ve iş kazası ve meslek hastalığı sigortası yardımlarından yararlanılamayacaktır.

#### **1.2.4. Meslek Hastalığının Yönetmelikteki Listede Yer Alması**

Dünyada bir hastalığın meslek hastalığı olup olmadığını belirleme konusunda iki sistem uygulanmaktadır. Bunlardan ilki hastalığın mesleki yani yapılan iş ile bağlantılı olduğunun hastalığa tutulan kişi tarafından ispatlanması usulü, ikincisi ise liste usulüdür. Liste usulünde hastalığın meslek hastalıkları listesinde yer alan hastalık olduğunun belirlenmiş olması yeterlidir. Meslek hastalıkları listesinde yer almayan bir hastalığın ise yapılan işten kaynaklandığının çalışan kişi tarafından ispatlanması gerekir (Tuncay ve Ekmekçi, 2011: 298-299).

Hangi hastalıkların meslekten ileri gelebileceği ve bunların işten ayrıldıktan sonra en geç ne kadar zaman içinde ortaya çıkabileceği liste yöntemi ile belirlenmiştir (Şakar, 2011: 222). Bizim de katıl-

dığımız görüşe (Tuncay ve diğerleri, 2011:299) göre, mevzuatımızda hangi hastalıkların meslekten kaynaklandığı konusunda sınırlı liste sistemine gidilmemiş daha esnek olan karma bir sistem benimsenmiştir.

Meslek hastalıkları listesi Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliğinde (Tuncay ve Ekmekçi, 2011: 299).<sup>(2)</sup> (ÇGKY) yer almıştır. ÇGKY m. 17/1'de şöyle denilmektedir. *"Hangi hastalıkların meslek hastalığı sayılacağı ve bu hastalıkların, işten filen ayrıldıktan en geç ne kadar zaman sonra meydana çıkması halinde sigortalının mesleğinden ileri geldiğinin kabul edileceği meslek hastalıkları listesine göre (Ek-2) tespit ve tayin edilir."*<sup>(3)</sup>

Bu durumda çalışanda Yönetmelikte yer alan bir hastalık tespit edildiği takdirde, bu hastalığın yapılan işin niteliğinden veya yürütüm şartlarından kaynaklandığı kabul edilmiş olacak ve artık kişiden o hastalığın meslek hastalığı olduğunu ispat etmesi istenmeyecektir. Örneğin, maden kömürü işinde çalışan kişinin yakalandığı hastalığın silikoz hastalığı olduğu anlaşılacak olursa, artık hastalığın meslek hastalığı olarak nitelendi-

<sup>1</sup> Yar. 21.HD,14.04.2014, E. 2014/456, K. 2014/7736, Özel arşiv.

<sup>2</sup>Bu Yönetmelik 01/09/2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. T.C. Resmi Gazete (27021, 11.10.2008).

<sup>3</sup> Meslek hastalıklarının tespitine ilişkin 02.01.2009 tarih ve 2008-113 sayılı genelge yürürlüğe konulmuştur.

rilmesi zorunluluğu vardır. Başka bir anlatımla, Yönetmelikte sayılan bir hastalığın tespit edilmesi halinde artık sigortalıdan hastalığın kaynağının yapılan işin nitelik ve yürütüm şartlarından kaynaklandığını ispat etmesi istenmeyecektir. Çünkü, hastalığın bir meslek hastalığı olduğu karine olarak kabul edilecektir (Tuncay ve Ekmekçi, 2011: 299).

### **1.2.5. Meslek Hastalığının Yönetmelikte Belirtilen Sürede Ortaya Çıkması**

ÇGKY 4/n maddesine göre; sigortalının meslek hastalığına sebep olan işinden fiilen ayrıldığı tarih ile meslek hastalığının meydana çıktığı tarih arasında geçen en uzun süreye yükümlülük süresi (sessiz dönem) denir. Yükümlülük süresi, her meslek hastalığına göre farklılık gösterir. Yönetmeliğe ekli meslek hastalıkları listesine göre, yükümlülük süreleri 2 gün ila 10 yıl arasında değişmektedir. Örneğin, silikoz hastalığı için yükümlülük süresi 10 yıl olarak belirlenmiştir.

ÇGKY'nde her meslek hastalığı bakımından farklı yükümlülük süreleri getirilmesinde işyeri koşulları ile çeşitli meslek hastalıklarının nitelikleri göz önünde bulundurulmuştur (Çenberci, 1977: 202; akt. Aslanköylü, 2003: 222).

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği (SSİY) 36/2. maddesine göre de "sigortalının, meslek hastalığı sebebiyle, Kanunda belirtilen

yardımlardan yararlanabilmesi için çalıştığı işten ayrıldıktan sonra eski işinden fiilen ayrılması ile hastalığın meydana çıkması arasında, Yönetmelikte belirtilen süreden daha uzun bir sürenin geçmemiş olması şarttır."

## **1.3. MESLEK HASTALIĞININ TESPİTİ**

### **1.3.1. Meslek Hastalığının Sosyal Güvenlik Kurumunca Tespiti**

#### **1.3.1.1. Meslek hastalığının kurum sağlık kurulunca tespiti**

Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu Yönetmeliği 3. maddeye göre;

Kurum Sağlık Kurulu; Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucularının sağlık kurullarınca düzenlenecek raporlardaki teşhis ve bu teşhise dayanak teşkil eden belgeleri incelemek suretiyle, çalışma gücü kaybı ve meslekte kazanma gücü kaybı oranlarını, erken yaşlanma halini, vazifelerini yapamayacak şekilde meslekte kazanma gücü kaybını ve malullük derecelerini belirlemeye yetkili hekimlerden ve/veya dış hekimlerinden oluşan kuruldur.

Sağlık kurulu raporu ise Kurumca yetkilendirilmiş sağlık hizmeti sunucularının sağlık kurullarınca düzenlenen sağlık kurulu raporlarını, ifade etmektedir.

5510 sayılı Kanun 14/2. maddesine göre;



"Sigortalının çalıştığı işten dolayı meslek hastalığına tutulduğunun;

a) Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucuları <sup>4</sup> tarafından usulüne uygun olarak düzenlenen sağlık kurulu raporu ve dayanağı tıbbi belgelerin incelenmesi,

b) Kurumca gerekli görüldüğü hallerde, işyerindeki çalışma şartlarını ve buna bağlı tıbbi sonuçlarını ortaya koyan denetim raporları ve gerekli diğer belgelerin incelenmesi, sonucu Kurum Sağlık Kurulu tarafından tespit edilmesi zorunludur."

Bu duruma göre, çalışanın yakalandığı bir hastalığın meslek hastalığı olup olmadığı, iki aşamalı tıbbi prosedürün tamamlanmasından sonra belirlenebilecektir.

Birinci aşamada, sigortalının çalıştığı işten dolayı meslek hastalığına tutulduğunun ilgili sağlık hizmet sunucuları tarafından usulüne uygun olarak düzenlenen sağlık kurulu raporu ve dayanağı tıbbi belgeler ile tespiti gerekir.

İkinci aşamada ise, sağlık kurulu raporunun ve dayanağı tıbbi belgelerin Kurum Sağlık Kurulu tarafından tespit edilmesi gerekir. Ayrıca, Kurumca gerekli görülen hallerde, işyerindeki çalışma şartlarını ve buna bağlı tıbbî sonuçlarını ortaya koyan denetim raporları ve gerekli diğer belgeler

Kurum Sağlık Kurulu tarafından incelenerek bir hastalığın meslek hastalığı olup olmadığına karar verilebilecektir (Güzel ve diğerleri, 2012: 424).

Kurum Sağlık Kurulu'nun bu kararlarına karşı, Sosyal Sigortalar Yüksek Sağlık Kurulu'na itiraz edilmesi mümkündür.

### **1.3.1.2. Meslek hastalığının Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunca tespiti**

#### **1.3.1.2.1. Hastalığın meslek hastalıkları listesinde yer almaması**

Uygulamada çalışanın tutulduğu bir hastalık ÇGKY meslek hastalıkları listesinde yer almadığı için Kurum Sağlık Kurulu tarafından meslek hastalığı sayılmayabilir. Böyle bir durumda ilgili sigortalı veya hak sahipleri Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kuruluna itiraz edebilir. Bu tür bir itiraz üzerine kurul hastalığın meslek hastalığı sayılıp sayılmayacağına karar verecektir. Çünkü, meslek hastalıkları listesinde yer almayan bir hastalığın meslek hastalığı sayılıp sayılmayacağı hususu 5510 sayılı Kanunun 14. maddesinin son cümlesine göre, "yönetmelikte belirlenmiş hastalıklar dışında herhangi bir hastalığın meslek hastalığı sayılıp sayılmaması hususunda çıkabile-

<sup>4</sup> ÇGYK 5/2 gereğince, sigortalıların meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücü kaybı oranları tespitinde esas alınacak sağlık kurulu raporlarını düzenlemeye, Sağlık Bakanlığı meslek hastalıkları hastaneleri ile eğitim ve araştırma hastaneleri ve Devlet üniversitesi hastaneleri yetkilidir.

*cek uyuşmazlıklar, Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunca karara bağlanır.”<sup>5</sup>*

Yani bir uyuşmazlığın ortaya çıkması halinde, söz konusu uyuşmazlığın çözümü, ilk aşamada Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kuruluna ait olacaktır.

Ancak bu durumda hastalığın meslek hastalığı olduğunu ispat yükü çalışan üzerinde olacaktır. Bu husustaki teşhisin laboratuvar deneyleriyle de doğrulanması gerekecektir. Yüksek Sağlık Kurulunun bu kararına karşı ise Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da<sup>6</sup> kabul edildiği üzere çalışan veya hak sahipleri iş mahkemesinde meslek hastalığının tespiti davası açabilecektir.

### **1.3.1.2.2. Meslek hastalığının yükümlülük süresinden sonra ortaya çıkması**

Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü (SİT) 64/3. maddeye göre; *“Kanunla sağlanan yardımlardan yararlanabilmek için sigortalının meslek hastalığına sebep olan işinden fiilen ayrıldığı tarih ile meslek hastalığının meydana çıktığı tarih arasında geçecek azami süreye yükümlülük süresi denir.”*

Çağdaş sosyal güvenlik hukukunun ilkelerine göre de bilimsel açıdan, yükümlülük süresinden sonra ortaya çıkan meslek hastalığı

ile işyerindeki çalışma arasındaki nedensellik bağı hekim raporu ile kesin olarak belirlenmiş ise Kurum'un, sigortalıya karşı sorumlu tutulması hakkaniyet icabıdır (Aslanköylü, 2003: 222).

5510 sayılı Kanun'da böyle bir düzenlemeye gidilmiştir. 14/2. maddeye göre, *“Meslek hastalığı, işten ayrıldıktan sonra meydana çıkmış ve sigortalı olarak çalıştığı işten kaynaklanmış ise, sigortalının bu Kanunla sağlanan haklardan yararlanabilmesi için, eski işinden fiilen ayrılmasıyla hastalığın meydana çıkması arasında bu hastalık için Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikte belirtilen süreden daha uzun bir zamanın geçmemiş olması şarttır. Bu durumdaki kişiler, gerekli belgelerle Kuruma müracaat edebilirler. Herhangi bir meslek hastalığının klinik ve laboratuvar bulgularıyla belirlendiği ve meslek hastalığına yol açan etkenin işyerindeki inceleme sonunda tespit edildiği hallerde, meslek hastalıkları listesindeki yükümlülük süresi aşılmış olsa bile, söz konusu hastalık Kurumun veya ilgilinin başvurusu üzerine Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunun onayı ile meslek hastalığı sayılabilir.”*

5510 sayılı Kanun'daki esaslar iki farklı yönetmelikte de yer almıştır. Bunlardan;

<sup>5</sup> Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunun, görev, yetki, çalışma usul ve esasları ile kurul üyelerinin hak ve yükümlülükleri 02.07.2013 tarihli 28695 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunun Görev, Yetki, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte düzenlenmiştir .

<sup>6</sup> Yar. İBK, 28.6.1976, E. 1976/6, K. 1976/4.

ÇGKY 17/2. maddesine göre, "Herhangi bir meslek hastalığının klinik ve laboratuvar bulgularıyla kesinleştiği ve meslek hastalığına yol açan etkenin, işyeri incelenmesiyle kanıtlandığı hâllerde, meslek hastalıkları listesindeki yükümlülük süresi aşılmış olsa bile, söz konusu hastalık, Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunun kararı ile meslek hastalığı sayılabilir."

SSİY 36/3. maddeye göre de, "Kurumca çıkarılacak yönetmelikle belirlenmiş meslek hastalıkları listesindeki yükümlülük süresi aşılmış olduğu için talepleri kabul edilmeyen sigortalıların yazılı başvuruları üzerine söz konusu hastalığın meslek hastalığı sayılıp sayılmayacağı hususuna, meslek hastalığının klinik ve laboratuvar bulguları ile belgelenmesi ve meslek hastalığına yol açan etkenin Kurum denetim ve kontrol ile görevli memurları veya iş müfettişlerince işyerinde yapılacak inceleme sonucunda hazırlanacak rapora istinaden Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunca karar verilir."

Yukarıdaki hükümler birlikte değerlendirildiğinde şöyle bir sonuca ulaşılmaktadır. Yükümlülük süresi geçmiş olsa bile hastalığın hekim raporlarıyla kesinleştiği ve çalışılan iş veya işyeri koşullarından meydana geldiği ispatlandığı durumlarda Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu bu hastalığın meslek

hastalığı olduğuna karar verebilir. Örneğin, pnömokonyoz meslek hastalığında yükümlülük süresi<sup>7</sup> 10 yıldır. Sigortalı pnömokonyoz hastalığına neden olan işyerinden ayrıldıktan itibaren 10 yıl içerisinde bu hastalık ortaya çıkmış ise sigortalıya her türlü sosyal sigorta yardımı yapılır. İşveren hem sigortalıya hem de Kurum'a karşı sorumlu olur. Ancak bu meslek hastalığı (pnömokonyoz), sigortalının hastalığına neden olan işyerinden ayrıldıktan ve bu ayrılık 10 yılı geçtikten sonra ortaya çıkmışsa Kurumun veya ilgilinin başvurusu üzerine Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunun onayı ile meslek hastalığı sayılabilir.

### **1.3.1.2.3. Meslek hastalığının maruz kalma süresinin indirilmesiyle kabul edilmesi**

SİT 66/1. maddeye göre; "Pnömokonyozun meslek hastalığı sayılabilmesi için, sigortalının, havasında pnömokonyoz yapacak yoğunluk ve nitelikte toz bulunan yeraltı veya yerüstü işyerlerinde toplam olarak en az üç yıl çalışmış olması şarttır." Bu süreye maruz kalma süresi denilmekte olup kişinin tozlu ortamda en az çalışma süresidir.

Anlaşılacağı üzere, bir çalışana pnömokonyoz meslek hastalığı tanısı konulmuşsa bu kişinin hastalık yapacak yoğunluk ve nitelikte

<sup>7</sup>Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü C grubu Pnömokonyozlar ve diğer mesleki solunum sistemi hastalıkları listesinde belirtilen yükümlülük süresidir.

toz bulunan işyerinde en az üç yıl çalışmış olduğu kabul edilmektedir.

Yine 66/2. maddede aynen şöyle denilmektedir; *"Ancak, havasında yüksek yoğunlukta ve pnömokonyoz yapacak nitelikte toz bulunan yeraltı ve yerüstü işyerlerinde meydana gelmiş, klinik veya radyolojik bulgular ve laboratuvar muayeneleriyle süratli seyrettiği ve ağırlığı saptanmış olgularda Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunun onayı sağlanmak koşuluyla 3 yıllık süre indirilebilir."* Bu hükme göre ise, örneğin iki yıl çalışmış olmasına rağmen çalışana pnömokonyoz meslek hastalığı tanısı konulursa bu kişinin sosyal sigorta yardımlarından yararlanabilmesi için Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunun kararı gerekecektir. Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu iki yıl çalışmasına rağmen pnömokonyoz hastalığını meslek hastalığı olarak kabul edebilecektir. Bu görev SİT 43/B-3. madde ile Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu'na verilmiştir.

Benzer hükümler ÇGKY 20/1. maddede yer almaktadır.

Görülebileceği üzere, bir kişinin hastalığının pnömokonyoz meslek hastalığı sayılabilmesi için kişinin en az üç yıl tozlu ortamda çalıştırılmış olması gerektiği SİT ve ÇGKY ile hüküm altına alınmıştır. Bu çalışmanın konusu bakımından önem arzeden bu durum ileride ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

### **1.3.1.3. Meslek hastalığının kurum veya Bakanlık iş müfettişlerince soruşturulması**

Meslek hastalığının soruşturulmasına ilişkin usul ve esaslar 5510 sayılı Kanununun 14. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, çalışan veya işveren tarafından yapılan meslek hastalığı ile ilgili bildirimler üzerine gerekli soruşturmalar, Kurumun denetim ve kontrol ile yetkilendirilen memurları tarafından veya Bakanlık iş müfettişleri vasıtasıyla yaptırılabilir.

Hangi hallerin meslek hastalığı sayılacağı, iş kazası ve meslek hastalığı bildirgesinin şekli ve içeriği, verilme usulü ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer usul ve esaslar, Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikte düzenleneceği de 14. maddede belirtilmiştir. SGK'nın bu yönetmeliğe uygun olarak soruşturma yapması gerekmektedir.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş sağlığı ve güvenliğini sağlayacak tedbirlerin uygulanmasını izlemek, konusunda görevlendirilmiştir. Bakanlık bünyesinde ise; iş sağlığı ve güvenliği ile iş kazaları ve meslek hastalıklarının önlenmesi konularında inceleme ve araştırma çalışmalarını planlamak, programlamak ve uygulanmasını sağlamak görevi İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü'ne verilmiştir.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Yönet-

meliği'nin 8'inci maddesi birçok denetleme görevi yanında İş Teftiş Kurulunu meslek hastalığı soruşturmalarında da görevlendirmiştir. İş müfettişleri, meslek hastalığını soruşturma ve denetim ile ilgili gerekli gördükleri kimseleri buldukları veya uygun gördükleri yerde dinlemek, bilgi ve ifadelerine başvurmak üzere çağırmaya da yetkilidir.

5510 sayılı Kanun açıkça meslek hastalığı soruşturmalarının Kurum dışında iş müfettişlerince de yapılabileceği hükmüne yer verildiğinden, iş müfettişlerinin rapor ve tutanaklarında gerekli bilgilerin yer alması durumunda, Kurumca ayrı bir incelemeye gerek duyulmayacaktır.<sup>8</sup>

### 1.3.2. Meslek Hastalığının Mahkeme Tarafından Tespiti

Kurum Sağlık Kurulunca sigortalıdaki hastalığın mesleki olmadığına karar verilmişse sigortalı itirazın SS. Yüksek Sağlık Kuruluna başvurabileceği gibi yetkili İş Mahkemesinde Kurum ve işveren aleyhine tespit davası açarak tutulduğu hastalığın yönetmeliğe ekli meslek hastalıkları listesinde bulunmayan mesleki bir hastalık olduğunu ispat edebilir (Güneren, 2011: 505). Açılacak bu tür davaların

amacı, sigortalı veya hak sahiplerine iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolundan gelir bağlanmasını sağlamaktır.<sup>9</sup>

5510 sayılı Kanun 14/son maddesine göre, meslek hastalıkları listesinde yer almayan bir hastalığın meslek hastalığı olduğunu iddia eden sigortalı veya hak sahiplerinin istemleri Kurumca reddedilmiş ise, bu konudaki uyuşmazlık Yüksek Sağlık Kurulunca karara bağlanır.

Bu hükme göre, Sosyal Sigortalar Yüksek Sağlık Kuruluna başvurulmadan, doğrudan mahkemede dava açılmış ise, mahkemenin Kurulun kararına kadar davayı ertelemesi, Kurul kararını bekletici mesele sayması ve dolayısıyla sigortalıya Kurula başvurusu için süre tanınması uygun olacaktır (Çenberci, t.y.: 127; akt. Güzel ve diğerleri, 2012: 338).

Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu kararına ilgililer tarafından itiraz halinde, mahkemenin, karara esas olmak üzere Adli Tıp Kurumundan veya Tıp Fakültelerinin sağlık kurullarından rapor istemesine hukuki bir engel yoktur.<sup>10</sup>

Kural olarak Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunca verilen karar Sosyal Güvenlik Kurumunu bağlayıcı nitelikte ise de diğer ilgili-

<sup>8</sup> SSK Başkanlığı Sigorta İşleri Genel Müdürlüğü'nün 02.02.2006 tarih ve 74530 sayılı Genel Yazısı, Akt: Bilgili, Ö., s. 490

<sup>9</sup> Yar. 21HD, 30.04.2006, 5.03.2009, 2008/3784 1178, 8336-7261 (Aktaran: Güneren, 2011: 475).

<sup>10</sup> "öncelikle Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu'ndan rapor alınması, anılan kurul tarafından verilen raporun davacı Kurum açısından bağlayıcı olmasına karşın, davalı işverenin bu rapora da itiraz hakkı bulunduğundan, itiraz halinde, Adli Tıp Kurumu veya tıp fakültelerinin konuya ilişkin anabilim dalı uzmanlarından oluşturulan kurullardan rapor alınmak suretiyle, ... sigortalının meslekte kazanma güç kaybı oranının kesin biçimde belirlenmesi gerekir." Yar. 10.HD, 21.02.2013, E. 2011/17462, K. 2013/2847, Özel arşiv.

ler yönünden bir bağlayıcılığı olmadığından inceleme Adli Tıp Kurumu ve gerekirse sonrasında Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu<sup>11</sup> aracılığıyla yaptırılmalıdır.<sup>12</sup>

### 1.3.3. Meslekte Kazanma Gücü Azalma (Maluliyet) Oranının Hesaplanması ve Mevzuat

Öğreti ve uygulamada sürekli iş göremezlik anlamında olmak üzere maluliyet, meslekte kazanma gücünün azalması, çalışma gücü kaybı, güç kaybı gibi terimler kullanılmaktadır.

Fakat, gerek önceki (506 sayılı Kanun) gerek yeni sosyal güvenlik mevzuatımız (5510 sayılı Kanun), malullük sigortasından yararlanabilmeyi sağlayan sürekli iş göremezlik hallerini tanımlarken iki farklı kavram kullanmıştır. Bunlar çalışma gücü kaybı ve meslekte kazanma gücü kaybı kavramları olup ikisi arasındaki fark ise, sürekli iş göremezliğe sebep olan olayın niteliğinden kaynaklanmaktadır. İş kazası ve meslek hastalığından doğan rahatsızlıkların iş göremezlik sayılabilmesi, meslekte kazanma gücünde belli oranda kayıp yaratmasına bağlıdır. Ancak rahatsızlığın iş kazası ve meslek hastalığı dışında bir nedenden oluştuğu hallerde malul kabul edilebilmek, çalışma

gücünde ortaya çıkan belli düzeydeki kayba dayandırılmıştır. Emekli Sandığı Kanunu'nda ise bu kavramlar yerine memurun (iştirakçinin) görevini yapamıyor olması maluliyet için yeterli görülmüştür (Akin, 2007:164).

Yukarıda belirtilen duruma göre sosyal sigorta mevzuatımızda sigortalıların malul sayılabilmesi için varlığı aranan sakatlık türleri üç başlık altında toplanabilir. Bunlar çalışma gücü kaybına dayalı maluliyet, meslekte kazanma gücü kaybına bağlanan maluliyet ve görevini yapamayacak duruma girme sebebiyle oluşan maluliyettir (Akin, 2007:164).

Bedensel bütünlüğün ihlali sonucu, zarar gören çalışanın meslekte kazanma gücünü hangi oranda kaybettiği; zararın ve tazminatın hesaplanmasında en önemli unsurlardan biridir.

Yargıtay, hükmedilecek tazminatın miktarı bakımından; "... sigortalıya bağlanacak gelir ve hükmedilecek tazminatın miktarını doğrudan etkilemesi nedeniyle, işçideki meslekte güç kayıp oranının kesin olarak belirlenmesi gerekir." demiştir.<sup>13</sup>

Kişinin ne oranda sürekli iş göremezliğe uğradığı, özür veya sakatlığın niteliği ve zarar görenin mes-

<sup>11</sup> 01.01.2018 tarihi itibarı ile Genel Kurul kaldırılmış, yerine Üst kurullar kurulmuştur

<sup>12</sup> "Kural olarak Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunca verilen karar Sosyal Güvenlik Kurumunu bağlayıcı nitelikte ise de diğer ilgililer yönünden bir bağlayıcılığı olmadığından inceleme Adli Tıp Kurumu giderek Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu aracılığıyla yaptırılmalıdır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 28.06.1976 günlü ve 1976/6-4 sayılı kararı da bu yöndedir." Yar. 21.HD, 27.05.2013, E. 2012/5013, K. 2013/10818; Yar. 10.HD, 08.09.2014, E. 2014/11781, K. 2014/16693.

<sup>13</sup> Yar. 21.HD, 04.06.2013, E. 2013/2205, K. 2013/11785, Özel arşiv.

leki durumu göz önünde tutularak, Çalışma Gücü ve Meslekle Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespiti İşlemleri Yönetmeliği'nde gösterilen cetvelere göre yüzde (%) olarak SGK tarafından belirlenir (Güneren, 2011:505).

*"Haksız fiil sonucu çalışma gücü kaybının olduğu iddiası ve buna yönelik bir talebin bulunması halinde, zararın kapsamının belirlenmesi açısından maluliyetin varlığı ve oranının usulüne uygun şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Söz konusu belirlemenin ise Adli Tıp Kurumu İhtisas Dairesi veya Üniversite Hastanelerinin Adli Tıp Anabilim Dalı bölümleri gibi kuruluşlarının çalışma gücü kaybı olduğu iddia edilen kişide bulunan şikâyetler dikkate alınarak oluşturulacak uzman doktor heyetinden;*

*Kaza tarihi 11.10.2008 tarihinden önce ise Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü,*

*11.10.2008 tarihi ile 01.09.2013 tarihleri arasında Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği,*

*01.09.2013-01.06.2015 tarihleri arası Maluliyet Tespiti İşlemleri Yönetmeliği,*

*01.06.2015- 20.02.2019 tarihleri arası Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurul Raporları Hakkında Yönetmelik,*

*20.02.2019 tarihinden sonra Erişkinler İçin Engellilik Değerlen-*

*dirmesi Hakkında Yönetmelik hükümleri dikkate alınarak yapılması gerekmektedir."<sup>14</sup>*

3/8/2013 tarihli ve 28727 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan "Maluliyet Tespiti İşlemleri Yönetmeliği" de 28.09.2021 tarih ve 31612 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan "Maluliyet ve Çalışma Gücü Kaybı Tespiti İşlemleri Yönetmeliği" ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Görülebileceği üzere bu konuda oldukça fazla tüzük ve yönetmelik bulunmaktadır. Bu alandaki düzenlemelerin uyumlaştırılarak tek bir metin içerisinde yer alması faydalı olacaktır.

## **2. SÖZLEŞMEDEN DOĞAN (AKDİ) SORUMLULUK VE SÖZLEŞMEYE AYKIRILIĞIN ORTAYA ÇIKMASI**

### **2.1. İş Sözleşmesi, İşçiyi Gözetme Borcu ve Meslek Hastalığında Sorumluluğun Niteliği ile Şartları**

#### **2.1.1. İş Sözleşmesi ve İşçiyi Gözetme Borcu**

İşveren ile çalışan bir ücret karşılığında bir iş görme konusunda anlaştıklarında iş sözleşmesi ortaya çıkar. Taraflar arasında bir anlaşma olmadan ücret karşılığında çalışılmaya başlanması ile de iş akdi kendiliğinden kurulmuş olmaktadır. Bu durum

<sup>14</sup> Yar. 4.HD, 08.07.2021, 2021/3676 E., 2021/4369 K., Özel arşiv.

Türk Borçlar Kanunu (TBK) 394/2. maddede şöyle ifade edilmiştir. "Bir kimse, durumun gereklerine göre ancak ücret karşılığında yapılabilecek bir işi belli bir zaman için görür ve bu iş de işveren tarafından kabul edilirse, aralarında hizmet sözleşmesi kurulmuş sayılır."

5510 sayılı Kanun'un 7. maddesine göre; "*Sigorta hak ve yükümlülükleri 4. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar için çalışmaya, mesleki eğitime veya staja başladıkları tarihten, ... itibaren başlar.*" denilmektedir. Bu hüküm tüm bilimsel çevrelerde (Şakar, 2011: 138; Arıcı, 2015:273; Güzel ve diğerleri, 2012:113; Tuncay ve diğerleri, 2011:119; Bilgili, 2008: 39; Olgaç ve Bulut, 2013: 25, Uşan, 2009: 69; Güneren, 2011: 344) ve yargı kararlarında<sup>15</sup> "filen çalışmaya başlanması ile sigortalılık kazanılır." şeklinde değerlendirilmektedir. Yani filen çalışan kişi sigortalı niteliği kazanır.

İş sözleşmesi İş Kanunu'nda hizmet sözleşmesi ise Türk Borçlar Kanunu'nda yer almıştır. İki sözleşme de taraflara karşılıklı olarak borçlar yükler. Farklı Kanunlarda yer almasına rağmen her iki sözleşme türü de işverene iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınması yükümlülüğü getirir.

Çalışanın sadakat borcunun karşılığı olarak işverenin işçiyi gözetme borcu konulmuştur. Bu borç iş akdinin niteliğinden ve kamu hu-

kuku kuralı niteliği taşıyan iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümlerden kaynaklanmaktadır. Yani, işçiyi gözetme borcu hem Kanundan hem de hizmet sözleşmesinden doğmaktadır. İşverenin gözetme borcu, işçinin gördüğü iş dolayısıyla maruz kalabileceği zararlara karşı gereken önlemleri almak ve çıkarlarına zarar verecek davranışlardan kaçınmak şeklindeki yükümlülüklerden oluşan geniş kapsamlı bir borçtur (Süzek, 2013: 399).

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun (İSGK) 4. maddesi gereğince "*İşveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlüdür.*" Ayrıca Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesinin 2. fıkrası gereğince "*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.*"

TBK'nın 417. maddesinde düzenlenen işverenin sorumluluğunun sınırları, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 4. maddesine göre belirlenir. Dolayısıyla işveren, iş sağlığı ve iş güvenliği konusunda gerekenleri eksiksiz yapma ve hatta teknolojinin gerektirdiği en üst düzeyde önlem alma borcu altındadır (Akın, 2001: 88; Süzek, 2013:411-412).

<sup>15</sup> HGK, 21.03.2012, E. 2012/10-15, K. 2012/228, Özel arşiv.



### 2.1.2. Meslek Hastalığında Sözleşme (Akdi) Sorumluluğu ile Haksız Fiil Sorumluluğunun Yarışması Hali

İş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almayan işveren iş sözleşmesinden doğan işçiyi gözetme borcunu yerine getirmemiş olacağından sözleşmeye aykırı davranmış sayılacaktır. Bu nedenle bu konuda işverenin sorumluluğu öncelikle bir akdi sorumluluktur. TBK 417/3. maddede *"İşverenin, Kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tâbidir."* denilmektedir. Görüleceği üzere maddede bu konu açıkça akdi sorumluluk olarak düzenlenmiştir.

Ayrıca, işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaması nedeniyle ortaya çıkacak iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan zararların tazmin edilmesi için açılacak tazminat davası haksız fiil sorumluluğuna da dayandırılabilir. (TBK m. 49 vd.) Çünkü işverenin bu davranışı iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin emredici davranış kurallarının ihlal edilmesi anlamına gelmektedir. Bu nedenle söz konusu kuralın ihlali aynı zamanda bir haksız fiil oluşturur (Süzek, 2013: 422; Akın, 2001: 94; Oğuzman ve Öz, 2014:445).

Bahsedilen nedenlerle, işçilerin meslek hastalığı tazminatı taleplerinde akdi sorumluluk ile haksız fiil

sorumluluğundan doğan dava haklarının yarıştığı kabul edilmektedir (Süzek, 2013: 422; Akın, 2001: 95; Oğuzman ve Öz, 2014: 445).

Meslek hastalığından dolayı zarar gören kişi zararın tazmini için isterse sözleşme sorumluluğuna isterse haksız fiil sorumluluğuna hükümlerine dayanabilir (Süzek, 2013:422). Fakat kısmen akdi sorumluluğa kısmen haksız fiil sorumluluğuna dayanılmaz. Hangi sorumluluğa dayanıldıysa uyumsuzlukta o sorumluluk türünün tüm hükümleri uygulanır (Oğuzman ve Öz, 2014: 445).

Meslek hastalığı nedeniyle zarar gören işçinin akdi sorumluluğa ilişkin hükümlere başvurması kural olarak kendisi için daha faydalıdır. Çünkü, işçi haksız fiil hükümlerine dayandığı takdirde işverenin kusurunu ispat etmek zorunda kalacaktır. Buna karşılık, akdi sorumlulukta TBK 112. maddesi gereğince kusursuzluğunu ispat yükü işverene ait olacaktır (Süzek, 2013:422; Akın, 2001: 95).

Akdi sorumluluk ile sözleşme sorumluluğu arasında önemli bir fark da zamanaşımı konusundadır. Zarar gören işçi davasını akdi sorumluluk esasına dayandırdığı takdirde, açacağı dava TBK 146. maddesi gereğince on yıllık zamanaşımı süresine tâbi olacaktır. Hâlbuki TBK 72. maddedeki haksız fiil zamanaşımında olağan zamanaşımı süresi iki yıldır.

Bu nedenlerle, akdi sorumluluk hükümlerine dayanmaktan açık bir

feragat olmadıkça, davanın mahkeme tarafından akde aykırılığa dayanan bir tazminat davası sayılması menfaatler durumuna ve işçinin korunması esasına daha uygun düşecektir (Süzek, 2013: 422; Akın, 2001: 94). Bu yaklaşıma uygun hüküm, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Sebeplerin yarışması başlığını taşıyan 60. maddeye göre; *"Bir kişinin sorumluluğu birden çok sebebe dayandırılabilir hâkim zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya Kanunda aksi ön görülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir."*

Kanaatimizce, Yargıtay'ın da açık bir feragat olmadıkça sorumluluğun akdi sorumluluk olduğunu kabul etmesi ve haksız fiil yerine akdi kusur kavramını kullanması daha yerinde olacaktır.

## 2.2. Sözleşmeden Doğan Borçların İhlali

Sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlali borcun ifa edilmemesi (Ademi İfa) olarak da nitelendirilmekte olup çeşitli türlere ayrılır. Bunlar, borcun hiç ifa edilmemesi (kusurlu ifa imkânsızlığı), gereği gibi ifa etmeme, temerrüt ve bağımsız yapmama yükümlülüklerinin ihlali-dir (Eren, 2012: 1036; Tandoğan, 2010: 395-399).

TBK m. 113/2 ve 3'te bağımsız yapmama borçlarının ihlali ayrı bir ihlâl türü olarak düzenlenmiştir. Aslında bu da gereği gibi ifa etme-

menin bir türü olarak görülebilir. Yine, borçlunun alacaklıya ifadan önce borcu yerine getirmeyeceğini beyan etmesi halinde ifadan, açıkça kaçınma olacağından temerrüt hükümleri uygulanmalıdır. (Eren, 2012:1051; Tandoğan, 2010:395-399). Bu nedenlerle aşağıda borcun hiç ifa edilmemesi ve gereği gibi ifa etmeme hallerini inceleyeceğiz.

### 2.2.1. Borcun Hiç İfa Edilmemesi

Borcun hiç ifa edilmemesi, her şeyden önce borçlunun borcunu çeşitli sebeplerle yerine getirmemesi şeklinde kendini gösterir. Bunun gibi akde göre yapılması (verilmesi veya yapılmaması) gereken edanın yerine tamamen başka bir edada bulunduğu takdirde borç hiç ifa edilmemiş sayılır (İnan ve Yücel, 2014: 466). Yine, borcun hiç ifa edilmemesi, sözleşmenin geçerli olarak kurulmasından sonra borçlunun kusurlu bir davranışı yüzünden edimin, sürekli ve kesin olarak yerine getirilmesinin (ifasının) mümkün olmaması halini ifade eder. Borçlunun alacaklıya ifadan önce borcu yerine getirmeyeceğini beyan etmesi hali de buraya dâhil edilebilir (Von Tuhr, 1983: 560; Eren, 2012: 1036; Tandoğan, 2010: 395-396; Oğuzman ve Öz, 2014: 456; Ayan, 2015: 229).

Borçlunun kusuru ile sözleşmeye aykırı davranışı açık ve net olarak ortaya konulması anlamına gelmektedir. İşverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini hiç almaması durumu işçi ile işveren arasındaki sözleşme-

de işveren tarafından borcun hiç ifa edilmemesi olup işverenin tam kusurlu olduğu haldir.

### **2.2.2. Borcun Gereği Gibi İfa Edilmemesi (Kötü İfa)**

Borçlu, borcunu yerine getirmiş olmakla beraber, yapılan ifa gereği gibi değilse, yani kararlaştırılan yer ve zamanda, miktar ve niteliğine uygun bir şekilde yerine getirilmediği takdirde, borçlunun edimi gereği gibi ifa etmemesi yani kötü ifa söz konusu olur (Akıntürk ve Ateş Karaman 2011: 124; Eren 2012: 1037; Von Tuhr 1983: 563). Borçlu, borcunu ifa ederken, yasadan, sözleşmeden veya iyi niyet kurallarından (TMK m. 2) doğan yükümlülüklerine aykırı davranmışsa borç gereği gibi ifa edilmemiştir (Reisoğlu, 2011: 346). İşverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini tam olarak almaması durumu borcun gereği gibi ifa edilmemesi veya kötü ifa edilmesi halidir. İşveren bu kusurundan da sorumlu olacaktır.

### **2.3. Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Şartları**

Sözleşmeden doğan (akdi) sorumluluğun dört adet şartı bulunmaktadır. Bunlar; borçlunun borca aykırı davranması yani sözleşmenin ihlâli, bir zararın doğmuş olması, ihlâl fiili ile zarar arasında uygun illiyet bağı olması ve sözleşmenin kusurlu olarak ihlal edilmesidir.

#### **2.3.1. Borca Aykırı Bir Davranış (Sözleşmenin İhlali) Olmalıdır**

Sözleşmeden doğan sorumlu-

luğun söz konusu olması için, önce taraflar arasında hukukî işlemde doğan bir borç ilişkisinin mevcut olması gerekir. Borca aykırılık; borcu yerine getirmeme, borcu ifa etmemedir. Borçlu borçlanmış olduğu edimi hiç veya gereği gibi yerine getirmez ya da vaktinde ifada bulunmazsa, borca aykırı davranmış, sözleşme ilişkisini ihlâl etmiş olur. Borca aykırılığa, sözleşmeye aykırılık veya sözleşmenin ihlâlî adı da verilmektedir. Sözleşmeden doğan sorumlulukta borca aykırılık, haksız fiillerdeki hukuka aykırılığa tekabül eder.

Hukuk düzeninin, kişilerin mal veya şahıs varlığını korumaya yönelmiş, yazılı veya yazılı olmayan kurallarına aykırı fiiller hukuka aykırı fiillerdir. Fiilin haksız sayılması yönünden, o kuralın bir özel hukuk veya kamu hukuku kuralı oluşu arasında bir fark yoktur. Bir hakkın ihlal edilmesiyle birlikte hukuka aykırılık da kendiliğinden gerçekleşmiş olur (Tandoğan 2010: 17-21; Tunçomağ, 1972: 272). Hakkın kötüye kullanılması yoluyla zarar verme durumunda da bir haksız fiilin varlığı kabul edilmektedir (Reisoğlu, 2011: 163). Hukuka aykırılık geniş anlamda ahlâka aykırılık hallerini de kapsamaktadır (Kılıçoğlu, 2011: 267).

Sözleşme dışı kusur sorumluluğunda olduğu gibi sözleşmeden doğan sorumlulukta da sözleşmeyi ihlâl eden fiilin, borçlunun veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin bir davranışı olması gerekir. Bu davranış, olumlu bir davranış yani bir yapma fiili (eylem) olabileceği gibi,

pasif (olumsuz) bir davranış yani bir yapmama fiili de olabilir (Eren, 2012: 1051-1052).

İşçi ve işveren arasında bulunan iş sözleşmesi nedeniyle işveren iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma borcu altındadır. Önlemleri almama şeklinde bir davranış ile işveren borca aykırı davranmış olur yani sözleşmeyi ihlal etmiş olur. Burada işverenin yapma borcuna karşılık olumsuz bir fiili yani bir yapmama eylemi vardır. TBK m. 113/1'ye göre, *"yapma borcu borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklının ... her türlü giderim isteme hakkı saklıdır"* Bu nedenle işveren iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almadığı anda borca aykırı bir davranışta bulunmuş olur. Yani işveren sözleşmeyi ihlal etmiş olacak ve bu andan itibaren sorumluluğu doğacaktır.

### 2.3.2. Bir Zarar Doğmuş Olmalıdır

Sözleşmenin ihlâlinden, alacaklı aleyhine bir zarar doğmalıdır. Sözleşmenin ihlâlî sonunda alacaklının hukukça korunan değerlerinde iradesi dışında meydana gelen azalmaya sözleşmeden doğan zarar denir. Sözleşmenin ihlâlinden doğan zarar burada da maddî zarar ve manevî zarar olmak üzere ikiye ayrılır.

TBK 49. maddede zarardan bahsetmiş fakat bu kavramı tanımlamamıştır. Zararın tanımı, öğreti ve yargıya bırakılmıştır. Öğreti ve uygulamada zarar kavramı, geniş ve dar olmak üzere iki anlamda kulla-

nılır. Dar anlamdaki zarar yalnızca maddi zararı kapsar. Geniş anlamdaki zarar ise maddi zararın yanında manevi zararı da içerir. Manevi zarar daha çok kişinin duyduğu acı ve elemi anlatır, hâlbuki maddi zarar kişinin malvarlığında gerçek olarak meydana gelen bir azalmayı ifade eder. Bu nedenle çoğunlukla zarar denilince akla dar anlamda zarar yani maddi zarar gelmektedir (Tandoğan 2010: 63; Antalya, 2013: 449; Eren, 2012: 521).

Maddi zarar bir kişinin mal varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmedir. Maddî zararın, fiilî zarar ve yoksun kalınan kâr olmak üzere iki yönü vardır. Maddi zararın üç unsuru bulunmakta olup bunlar, malvarlığı, malvarlığındaki azalma ve azalmanın zarar görenin iradesi dışında meydana gelmesidir. Kişinin şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme ise manevi zarardır. Manevi zarar da şahıs varlığının zarar görenin iradesi dışında eksilmiş olması, şahsiyet haklarına tecavüz edilmiş olması ve yapılan tecavüzün haksız olması gibi üç unsurdan oluşur (Antalya, 2013: 449; Eren, 2012: 520; Kılıçoğlu, 2011: 283).

Sözleşmeden doğan sorumlulukta zarar, haksız fiillerdeki zarara tekabül eder.

İşverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma borcunu hiç ifa etmemesi veya gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle iş kazası veya meslek hastalığı meydana gelmesi ha-

linde işçinin bir zararı doğar. Dolayısıyla bu zarar işverenin karşılaması gereken bir zarardır.

### **2.3.3. Sözleşmenin İhlali ile Zarar Arasında Nedensellik (İllyet) Bağı Olmalıdır**

Gerçekleşen zarar ile sorumluluğu doğuran olay veya davranış arasındaki sebep-sonuç ilişkisine, genel anlamda, nedensellik bağı denilmektedir. Başka bir deyişle o fiil olmasaydı, o zararın meydana gelmeyeceği kesin bir şekilde söylenebilmekte ise zarar ile fiil arasında nedensellik bağı var demektir (Feyzioğlu, 1976: 504).

Borcun hiç ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle sözleşmenin ihlali ile gerçekleşen zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Böylece sözleşmenin ihlali, olayların olağan akışına, genel hayat tecrübelerine göre somut olayda gerçekleşen türden bir zararı meydana getirmeye niteliği itibariyle elverişli olmalıdır. Haksız fiil sorumluluğunda olduğu gibi, sözleşme sorumluluğunda da uygun illiyet bağı, borçlunun sorumluluğunun kurucu unsurlarından birini oluşturur. Uygun illiyet bağı dolaylı zarar, dolaysız zarar ayırımını kaldırdığı için, buna aykırı davranışın uygun sonucu olan her zarar doğrudan doğruya zarar olup borçlu tarafından tazmin edilmesi gerekir (Eren, 2012:1059). Zarardan sorumlu tutulabilecek fiilin belirlenmesinde hayat tecrübelerine ve olayların akışına göre en uygun

olanı araştırılmalıdır. Zarardan en uygun olan sebep sorumlu tutulmalıdır. Zarara sebep olan birden fazla fiil varsa, bunlar arasında en uygun olanıyla nedensellik bağı kurulmalı ve sorumlu buna göre belirlenmelidir (Kılıçoğlu, 2011:283).

İşçinin iş kazası veya meslek hastalığından doğan zararı işverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma borcunu hiç ifa etmemesi veya gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle meydana gelmesi halinde uygun illiyet bağı mevcut demektir.

### **2.3.4. Sözleşme Kusurlu Olarak İhlal Edilmelidir**

#### **2.3.4.1. Sözleşmeye aykırılıkta genel kuralın kusur sorumluluğu olması**

Öğreti ve uygulamaya göre, hukuk düzeninin kınadığı, hoş görmediği davranış şekline kusur denir (Kaneti, 1980: 40; Eren, 1988: 569). Kusur öncelikle hukuka aykırı bir davranışın bulunduğu anlamına gelir. Bu nedenle, kusurlu olan bir davranış daima hukuka aykırı bir davranış, hukuka aykırı bir fiildir (Eren, 1988: 569).

Sözleşmeden doğan sorumlulukta da sorumluluk sebebi ilke olarak kusurdur. O nedenle sözleşmeden doğan sorumlulukta da zarara, kural olarak borçlu katlanır. Nitekim TBK m. 112. maddeye göre, "*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yük-*

lenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür." Bu maddeden çıkan sonuç, sözleşmeden doğan sorumluluğun ilke olarak kusur sorumluluğu olduğudur.

Ayrıca TBK m. 114/1'e göre, "borçlu, genel olarak her türlü kusurdan sorumludur" hükmü de genel kuralın kusur sorumluluğu olduğunu açıklayan diğer bir maddedir (Eren, 2012: 1059; Tandoğan, 2010: 421).

İşverenin iş kazasından doğan sorumluluğunun temelinde kusur esasına dayalı sorumluluk bulunmaktadır. Zira Türk-İsviçre borçlar hukuku sisteminde esas olan kusur esasına dayalı sorumluluktur. Dolayısıyla kusursuz sorumluluğun uygulanabilmesi için Kanunda açıkça öngörülmesi gerekmektedir. TBK'nın 417. maddesi, ve İSGK'nın 4. maddesinde ise, sorumluluk türü düzenlenmemiş, sadece işverenin yükümlülükleri düzenlenmiştir. Uzun yıllar tehlike esasına dayalı kusursuz sorumluluk görüşünü benimseyen Yargıtay da 2006 yılından itibaren bu görüşünden dönmüş ve işverenin meydana gelen iş kazasından doğan sorumluluğunun kusur esasına dayalı olduğunu kabul etmiştir (Süzek, 2013:417). Yargıtay'ın iş kazası ve meslek hastalığından doğan sorumluluğu işçiyi gözetme borcuna aykırılıktan doğduğu için kusur sorumluluğuna dayandırdığı karar-

lardan birine göre; "... işverenin iş kazasından doğan hukuki sorumluluğu işçiyi gözetme borcuna aykırılıktan kaynaklanan kusura dayalı sorumluluktur."<sup>16</sup>

Haksız fiilin kabulüne ilişkin bir Yargıtay kararına göre de; "...iş kazası sonucu sürekli iş göremezlik nedeniyle açılan davalarda faizin zararın meydana geldiği olay tarihinden itibaren yürütüleceği, haksız eylemle birlikte zarar veren bakımından temerrüde düşüldüğünün kabulünün gerektiği dairemizin ve giderek Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamalarındandır..."<sup>17</sup> Görüleceği üzere bu konuda Yargıtay kullandığı kavramlar bakımından kusura dayalı sorumluluğu haksız fiil anlamında kullanmaktadır. Zaten kusur sorumluluğu öğretisi ve uygulamada aynı zamanda haksız fiil sorumluluğu olarak da adlandırılmaktadır (Antalya, 2013: 449; İnan ve Yücel, 2014: 377; Ayan, 2015:229).

Kanaatimizce, Yargıtay'ın iş kazaları ve meslek hastalıklarının tazmininde haksız fiili kabul etmesi bunun hem haksız fiillere ilişkin hükümlerin sözleşmeye aykırılıkta da uygulanacak olmasından hem de akdi kusur ile haksız fiil kavramlarının birbiriyle bağlantısı ve yakınlığından olduğudur.

Özetle, Yargıtay'ın haksız fiil olarak nitelendirdiği olayın meydana gelmesine yönelik davranış aslında akdi kusurdur. Çünkü, işçiyi gözetme

<sup>16</sup> Yar. 21.HD, 28.04.2014, E. 2014/2422, K. 2014/9153, Özel arşiv

<sup>17</sup> Yar. 21.HD, 21.05.2013, E. 2013/5744, K. 2013/10414, Özel arşiv.

borcuna aykırılık sözleşmeye aykırılığı ifade etmektedir.

### **2.3.4.2. Sözleşmeye aykırılıkta kusursuz sorumluluğun istisna olması**

TBK m. 112'de borçlunun ilke olarak kusur sorumluluğu düzenlenmiştir. Bununla birlikte, Kanunda bazı hallerde istisnai de olsa, borçlunun meydana gelen zararı, sebep sorumluluğu hükümlerine göre tazmin yükümlülüğü de öngörülmüştür. Böylece borçlu kusurlu olmasa da sebep ilkesine göre meydana gelen zarardan kusursuz sorumlu olmaktadır (Eren, 1988: 1065). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 71. maddesiyle getirilen tehlike sorumluluğu, işverenin iş kazası ve meslek hastalığından doğan sorumluluğu bakımından uygulanabilecek bir hükümdür. TBK 71. maddeye göre önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işveren kusursuz sorumlu olacaktır.

## **3. AKDİ KUSUR KAVRAMI VE AKDİ KUSURUN (SÖZLEŞMEYE AYKIRILIĞIN) ORTAYA ÇIKMASININ ETKİLERİ**

### **3.1. Akdi Kusur Kavramı ve Türleri**

#### **3.1.1. Akdi Kusur Kavramı**

TBK m. 112, sorumluluğun doğması için kusur şartını öngörmüş olmakla birlikte, bunun tanımını yapmış değildir. Sözleşmeden doğan

sorumlulukta da kusur, borçlunun mensup olduğu sosyal ve meslekî çevrede yaşayan standart ve normal borçlu tipinin davranışından sapan, hukuk düzeninin kınadığı, onaylamadığı bir davranış biçimi; daha açık bir deyişle davranış biçiminin bir niteliğidir. Bu anlamda akdi kusur, borçlunun örnek borçlu tipine oranla özen eksikliği, davranış yanlışlığıdır. Benzer işlerde benzer kişiler tarafından gösterilmesi gerekli özeni göstermeyen borçlu ilke olarak kusurludur (Eren, 1988: 1060). Akdi kusur, borçlunun önlenmesi mümkün, akde aykırı bir hareketi olarak da tanımlanmaktadır (Tandoğan, 2010: 416).

Gösterilmesi gerekli özenin derecesi hakkında iki kriter vardır. Bunlardan birincisi, borçlunun kendi işlerinde göstermeyi âdet edindiği özen kriteridir. İkincisi ise, makul ve dürüst bir borçlunun benzer işlerde göstereceği özen kriteridir. Birinci halde gösterilecek özen derecesi, sübjektif, özel ve somut bir kritere göre belirleneceği için, bu halde kusur sübjektif bir nitelik taşır. İkinci halde ise özen derecesi, objektif, genel ve soyut bir niteliğe bürünür. Bu takdirde de objektif (objektifleştirilmiş) kusur söz konusu olur. Objektif anlayışta kusur, somut olaydaki borçlu bir tarafa bırakılıp, soyut bir borçlu tipi esas alındığı için sübjektif nitelikten sıyrılarak objektif ve normatif bir nitelik kazanmaktadır (Eren, 1988: 1060).

İş sağlığı ve güvenliği önlem-

lerinin alınmasında gerekli dikkat ve özenin gösterilip gösterilmediğinin belirlenmesinde, işverenin kişisel bilgi, nitelik ve özellikleri değil, aynı durumdaki dikkatli, makul ve sorumluluk duygusu taşıyan bir işverenin davranış tarzı göz önünde tutulur. İşverenin kişisel nitelik ve durumundaki eksiklikler nedeniyle kınanması mümkün olmasa bile, ölçüt olarak alınan makul, dikkatli ve sorumluluk duygusu taşıyan bir işverenin aynı durumda göstereceği davranışı gösterememesi halinde sorumlu tutulması gerekir. Nitekim Yargıtay'a göre de *"15 yaşındaki bir kimseyi ağır ve tehlikeli işte çalıştırmak bizatihi kusur durumunu oluşturur."*<sup>18</sup> Görüleceği üzere burada Yargıtay küçük yaştaki işçinin ağır işte çalıştırılmaya başlandığı anda kusurun oluştuğunu kabul etmiştir. Bize göre de iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınmadan veya gereği gibi alınmadan işçi çalıştırılmaya başlandığı anda akdi kusur oluşur. Fakat, ne yazık ki aşağıda da açıklanacağı üzere Yargıtay bu görüşünü meslek hastalıklarında uygulamamaktadır.

### 3.1.2. Akdi Kusurun Türleri

Sözleşmeden doğan sorumlulukta da kusur kast ve ihmal olmak üzere ikiye ayrılır. Buna göre borçlu sözleşmeden doğan yükümlülükleri ya kasten ya da ihmal yoluyla ihlâl eder.

Borçlunun sözleşmeden doğan

yükümlülüklerini bilerek, isteyerek ihlal etmesine kast denir. Buna akdi kast da denilebilir. Borçlunun sözleşmeye aykırı sonucu, sözleşmenin ihlâlini tasarlatıp istemesi halinde doğrudan kast; böyle bir sonucu doğmadan doğruya istememekle birlikte onu göze alması halinde ise dolaylı kast söz konusu olur (Eren, 1988:1061).

Borçlunun, sözleşmenin ihlâlini istememekle birlikte, bunu önlemek için kendisiyle aynı meslek çevresinde bulunan kişilerden aynı şartlar altında göstermesi istenilen dikkat ve özeni göstermemesi akdi ihmali oluşturur (Eren, 1988:1061). İhmal veya tedbirsizlikle zararlı sonucun doğumuna sebep olan kimse de kusurludur. Onun için de ortaya çıkan zararı tazmin etmek zorundadır (Feyzioğlu, 1976: 479).

TBK 114/1'e göre, işveren sadece kast veya ağır kusurundan değil her türlü kusurundan sorumludur. İşveren iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma konusunda hafif kusurundan dahi sorumlu tutulur. İşverenin kusurunun ağırlığı ise TBK 51'e göre tazminat miktarının belirlenmesi konusunda önem taşır.

### 3.2. Akdi Kusurun (Sözleşmeye Aykırılığın) Ortaya Çıkmasının Etkileri

İş kazası veya meslek hastalığından doğan zararların tazminine esas olmak üzere öncelikle sözleşmeye aykırılık nedeniyle ortaya çı-

<sup>18</sup> Yarı.10HD,1981/648E,1981/1270 K,Süzek, s. 419



kan sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğunun birbiriyle ilişkisini kısaca incelemek gerekecektir.

TBK'nın 417. maddesinin 2. ve 3. fıkrasında işverenin, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almakla yükümlü olduğu belirtildikten sonra işverenin, Kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelemesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tâbidir, denilmektedir. İşçi ile işveren arasında bir iş sözleşmesi bulunduğundan işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaması nedeniyle zarara uğrayan işçi karşısındaki sorumluluğu sözleşmeye (borca) aykırılıktır. İşveren böyle bir halde işçiyi gözetme borcuna aykırı hareket etmektedir.

TBK'nın 114/2. maddesinde ise "*Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır.*" hükmü öngörülmüştür. Bu hüküm, işyerinde ortaya çıkabilecek iş kazası veya meslek hastalığının sebebi olarak iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmamasının haksız fiil olarak da nitelendirilebileceğinin yasal dayanağını teşkil etmektedir. Yargıtay da verdiği kararlarda iş kazaları ve meslek hastalıklarında zararın doğmasına neden olan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmamasını haksız fiil olarak kabul etmektedir. Hatta kararlarda sözleşmeye

aykırılıktan pek bahsetmemekte bunun yerine haksız fiilden bahsetmektedir. Biz ise asıl hukuki niteliği belirtmesi ve konuya daha etkili vurgu yapması bakımından akdi kusur kavramını kullanmaktayız. Makalemizde de bu nedenle yer yer nitelik farkı da olsa akdi kusur yanında Yargıtay'ın kullandığı haksız fiil kavramını parantez içerisinde kullandık.

Yine TBK'nın 117/2. maddesinde "*... haksız fiilde fiilin işlendiği ... tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur.*" şeklinde hüküm yer almıştır.

Tüm bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan tazminat alacaklarında, temerrüdün, akdi kusurun veya haksız fiilin işlendiği tarihte oluşacağı ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, iş kazası veya meslek hastalığından doğan tazminat davalarında, temerrüdün gerçekleştiği tarihin, akdi kusurun meydana geldiği (iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmadığı veya eksik alındığı) tarih olarak kabul edilmesi gerekir.

Uygulamada akdi kusur sonucu ortaya çıkan zararın tazmini nedeniyle tazminat davaları açılmaktadır. Özellikle iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan zararların tazmini davalarında; akdi kusurun meydana geldiği tarih önem kazanmaktadır. Çünkü, bu tazminat davalarında gerçek zarar hesabı, faiz hesaplaması gibi durumlar akdi kusurun ortaya çıkışına bağlıdır.

#### **4. MESLEK HASTALIKLARINDA AKDİ KUSURUN BAŞLANGICI**

##### **4.1. Adli Yargıda Meslek Hastalıkları Bakımından Akdi Kusurun Başlangıcını Kabul Yöntemi**

###### **4.1.1. Gerçek Zarar Hesabının Yapılmasında Başlangıç**

Uygulamada iş kazaları veya meslek hastalıklarından kaynaklanan tazminat davalarında zarar hesabı yapılırken maluliyetin varlığı ve oranının belirlenmesi gerekmektedir. Çünkü hem maluliyet oranı hem de maluliyetin kesin olarak raporla tespit edildiği tarih gerçek zarar hesabı yapılırken kullanılan veriler olarak kabul edilmektedir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi bir kararında “... başvuru sahibi vekili, müvekkilinin meydana gelen kazada yaralandığını ve malul kaldığını açıklayıp iş göremezlik tazminatı talebinde bulunmuştur. Haksız fil sonucu çalışma gücü kaybının olduğu iddiası ve buna yönelik bir talebin bulunması halinde, zararın kapsamının belirlenmesi açısından maluliyetin varlığı ve oranının usulüne uygun şekilde belirlenmesi gerekmektedir” demiştir.<sup>19</sup>

Hukuk Genel Kurulunun konuya ilişkin bir kararında ise, “... buna göre, bedensel ve ruhsal arızalar nedeniyle sigortalıya ya da hak sahiplerine sosyal sigorta yardımlarının yapılabilmesi ve bu yardım-

ların kusurlu işveren veya üçüncü kişilerden tahsil edilebilecek peşin sermaye değerinin belirlenebilmesi için sigortalıya bağlanacak gelir ve hükmedilecek tazminatın miktarını doğrudan etkilemesi nedeniyle, işçide oluşan meslekte güç kayıp oranının ve bu oranın ne zaman meydana geldiğinin hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeksizin kesin olarak saptanması gerekmektedir.” demiştir.<sup>20</sup>

###### **4.1.2. Faizin İşlemeye Başlaması**

İş kazalarından kaynaklanan tazminat alacaklarında, temerrüdün, haksız fiilin işlendiği tarihte oluşacağı kabul edilmektedir. Haksız fiilin ve dolayısıyla temerrüdün gerçekleştiği tarih olarak, iş kazasının meydana geldiği tarih kabul edilmektedir. Bir başka deyişle iş kazasından kaynaklanan zararların tazmini davalarında faizin başlangıcı olay tarihi olacaktır (Narter 2021;1059-1061). Bu konudaki bir Yargıtay kararına göre; “...iş kazası sonucu sürekli iş göremezlik nedeniyle açılan davalarda faizin zararın meydana geldiği olay tarihinden itibaren yürütüleceği, haksız eylemle birlikte zarar veren bakımından temerrüde düşüldüğünün kabulünün gerektiği dairemizin ve giderek Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamalarındandır. Hâl böyle olunca da davanın niteliğine göre haksız eylemin meydana geldiği tarihten itibaren faize

<sup>19</sup> Yar. 4.HD,08/07/2021,E. 2021/3676.,K. 2021/4369, Özel arşiv.

<sup>20</sup> HGK, 27.06.2018, E. 2015/1372, K. 2018/1284, Özel arşiv.

karar verilmesi gerekir..."<sup>21</sup> Yine bir başka Yargıtay kararına göre; "... tazminat hukuku ilkeleri gereğince, haksız eylemden kaynaklanan davalarda, istek bulunması durumunda, hükmedilecek tazminatlara olay gününden itibaren faiz yürütülmesi gerekir."<sup>22</sup>

Meslek hastalığından doğan zararların tazmininde ise farklı bir durum ortaya çıkmaktadır. Yargıtay'ın bir kararına göre, işveren aleyhine meslek hastalığı nedeniyle açılacak tazminat davasında, faiz başlangıcı, sigortalıda oluşan meslekte sürekli iş göremezlik oranının hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde raporla belirlendiği tarih olacaktır. Bu konudaki bir Yargıtay kararına göre, "Davacı dava dilekçesinde hüküm altına alınacak tazminata meslek hastalığına yakalanma tarihinden itibaren yasal faiz işletilmesi talebinde bulunmuştur. Öte yandan meslek hastalığı nedeniyle açılan tazminat davalarında faizin meslek hastalığının tespit edildiği tarihten itibaren yürütüleceği, meslek hastalığının tespit edildiği tarih itibarıyla haksız eylemin gerçekleştiğinin giderek zarara yol açan bakımından temerrüde düşüldüğünün kabulünün gerektiği, Dairemizin ve giderek Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamalarındandır. Hal

böyle olunca da davanın niteliğine göre, hüküm altına alınan tazminata, meslek hastalığının tespit tarihinden itibaren faize karar verilmek gerekirken, dava tarihinden itibaren faize karar verilmesi de usul ve yasa aykırı olmuştur."<sup>23</sup>

Benzer başka bir Yargıtay kararına göre, "... meslek hastalığı sonucu sürekli iş göremezlik nedeniyle açılan davalarda faizin zararın meydana geldiği meslek hastalığının tespit tarihinden itibaren yürütüleceği, meslek hastalığının tespiti ile zarar veren bakımından temerrüde düşüldüğünün kabulünün gerektiği dairemizin ve giderek Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamalarındandır."<sup>24</sup>

Yine, Yargıtay'ın bir kararına göre, olay tarihi ile zararın doğduğu tarih farklı ise, diğer bir anlatımla, zarar olaydan sonraki bir zamanda ortaya çıkmışsa, faize zararın doğduğu tarihten itibaren geçerli olacak şekilde hükmedilir.<sup>25</sup>

#### **4.1.3. Zamanaşımı Süresinin İşlemeye Başlaması Konusundaki Gelişme**

İş kazaları veya meslek hastalıklarından kaynaklanan tazminat davalarında zamanaşımının başlangıç tarihi meslek hastalığının raporla tespit edildiği tarih olarak alınacağı

<sup>21</sup> Yar. 21.HD, 21.05.2013, E. 2013/5744, K. 2013/10414, Özel arşiv.

<sup>22</sup> Yar. 4.HD, 20.01.2014, E. 2013/3635, K. 2014/603, Özel arşiv.

<sup>23</sup> Yar. 21.HD, 11.02.2014, E. 2013/16514, K. 2014/1855, Özel arşiv.

<sup>24</sup> Yar. 21.HD, 01.03.2016, E. 2016/2721, K. 2016/3194, Özel arşiv.

<sup>25</sup> Yar. 3.HD, 15.02.1999, E. 1999/936, K. 1999/4377 (akt. Yılmaz, 2010: 408).

kabul edilmekteydi.<sup>26</sup> Biz ise bu kabulün hatalı olduğunu ve bedensel zararlarda zamanaşımının işlemeye başlaması için (zararın ve tazminat sorumlusunun öğrenilmesi yeterli olmadığı) kalıcı sakatlık derecesinin kesin olarak tespit edilmiş ve bunun parasal değerinin öğrenilmiş olması gerektiğini iddia etmiştik (Narter, 2015: 33-34). Zararın öğrenilmesi için zararın para ile ölçülebilir şekilde belirlenmesi gerektiği yönünde bugüne kadar savunduğumuz ve yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız düşünceye uygun olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir karar vermiştir. Hukuk Genel Kurulunun kararı özet olarak, "Zararın tam olarak öğrenilebilmesi için zararın para ile ölçülebilir şekilde belirlenmesi gerekir. Zamanaşımını zararın para ile ölçülebilir şekilde öğrenilmesinden sonra işlemeye başlar." şeklindedir.<sup>27</sup>

#### **4.2. İdari Yargıda Meslek Hastalıkları Bakımından Akdi Kusurun Başlangıcını Kabul Yöntemi**

İdareye karşı açılan iş kazası veya meslek hastalığından doğan tam yargı davalarında idare mahkemeleri akdi kusur tarihini hiç dikkate almadan karar vermektedirler. İdari yargıda göz önüne alınan kriter olarak idareye yapılan başvuru tarihi ön plana çıkmaktadır. Zarar görenlere ödenecek tazminatlara

idareye başvurup tazminat talep ettikleri tarihten itibaren faiz ödenmesine karar verilmektedir.

Danıştay 10. Dairesinin bir kararında, " 2577 sayılı Kanun'un 13. maddesinde, idari eylemler nedeniyle uğranılan zararın tazmini için idareye başvuruda bulunulmasının, dava ön şartı olarak öngörülmesi ve zararın idare tarafından en erken bu tarihte sulhen ödenebilecek olması nedeniyle yargı yerince hükmedilecek tazminat miktarına, ön karar için idareye yapılan başvuru tarihi, adli yargıda dava açılması halinde adli yargıda dava açıldığı tarih itibarıyla yasal faiz uygulanması, Danıştay'ın yerleşik içtihatlarıyla kabul edilmiştir. 2577 sayılı Kanunda, tam yargı davalarında, dava dilekçesindeki miktarın artırımına olanak tanıyan düzenleme uyarınca, davanın kabul edilmesi halinde artırılan tazminat miktarı yönünden faizin, idarenin temerrüde düştüğü tarih olan miktar artırımına ilişkin dilekçenin idareye tebliğ edildiği tarihten itibaren uygulanması gerekir."<sup>28</sup> denilmektedir.

Yine başka bir kararında Danıştay tarafından şöyle denilmektedir; "...Maddi ve manevi zararın giderilmesi için takdiren hükmedilecek miktara, idareye başvuru tarihinden itibaren 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun uya-

<sup>26</sup> "Meslek hastalıklarında zaman aşımının meslek hastalığının tespit tarihinden başlayacağı açıktır. Bu duruma göre meslek hastalığının tespit tarihi dikkate alındığında 14.11.2015 ek dava tarihinde yasanın öngördüğü 10 yıllık sürenin geçtiği açıktır." Yar. 21HD, 01.03.2016, E. 2016/2721, K. 2016/3194, Özel arşiv.

<sup>27</sup> HGK, 16.03.2016, E. 2014/4-896, K. 2016/332, Özel arşiv.

<sup>28</sup> Dan. 10.D, 16.02.2021, E. 2019/10269, K. 2021/530, Özel arşiv.

rinca faiz yürütülmesi gerekmekte olup mahkeme tarafından, manevi tazminat hakkında hüküm tesis edilirken saptanan tutara idareye başvuru tarihinden itibaren faiz uygulanması gerekirken dava açma tarihinden itibaren faiz uygulanmasında isabet görülmemiştir.<sup>29</sup>

### **4.3. Akdi Kusurun Ortaya Çıkışına İlişkin İki Örnek Olay**

Uygulamada karşılaşılan biri adli yargıda diğeri idari yargıda olmak üzere iki örnek olay ile konu daha iyi anlaşılacaktır.

#### **4.3.1. Adli Yargıdaki Bir Olayda Çalışan Kişinin Adı HG Olarak Kısaltılacaktır.**

HG bir işyerinde 2003 yılı mart ayında kaynakçı olarak işe başlamıştır. İşyerinde sağlıklı bir çalışma ortamı ve yeterli havalandırma sistemi olmadığı için çalışırken yaptığı kaynak dumanından etkilenmeye başlamıştır.

2009 yılından itibaren yavaş yavaş göğüs ağrıları ortaya çıkmaya başlamıştır.

2012 yılında göğüs ağrıları artmaya başlamış ve bu defa durumu ciddi görünce hastaneye başvurmuştur. Hastanede bu durumu tetkik edilmeye başlanmış ve tetkikler sonucunda hastalığının Pnömokonyoz olduğu kendisine söylenmiştir.

03.12.2013 tarihli sağlık raporunda pnömokonyoz (Kaynakçı Akciğeri) şeklinde tanı konulmuştur.

Yine bu raporda hastalığın mesleki nitelikte olduğu oybirliği ile kabul edilmiştir.

Bu arada tedavi için defalarca hastanede yatmıştır. Raporla tanı konulmasından çok önce vücudu etkilenmiş ve hastalık oluşmaya başlamıştır.

Bu kişinin açtığı davanın ilerleyen aşamalarında Adli Tıp İhtisas Kurulu ise 23.01.2017 tarihinde pnömokonyoz meslek hastalığı nedeniyle meslekte kazanma gücü kaybı oranının yüzde 31,2 olduğunu kesin olarak belirlemiştir.

Burada dikkat edilmesi gereken konu Yargıtay'ın kararlarına göre, yapılacak tüm hesaplamalar 23.01.2017 tarihi esas alınarak yapılacaktır. Hâlbuki hastalık çok daha önce ortaya çıkmış olup akdi kusur (haksız fiil) ise hastalıktan da çok daha önce mevcuttur.

#### **4.3.2. İdari Yargıdaki Bir Olayda Çalışan Kişinin Adı ÖB Olarak Kısaltılacaktır.**

ÖB 19.03.2004-04.07.2007 tarihleri arasında bir Devlet Üniversitesinde Nükleer Tıp ABD Radyoloji teknikeri olarak çalışmıştır.

Daha sonra 04.07.2007 tarihinde bir Devlet Hastanesi'ne atanmış ve hastanede yine radyoloji teknikeri olarak çalışmaya devam etmiştir.

2010 yılında rahatsızlıkları başlamış ve hastaneler süreci başlamıştır. Kendisinin troid kanseri olabileceğinden şüphelenildiği söy-

<sup>26</sup> Dan. 10D, 11.4.2012, E. 2008/2240, K. 2012/1406, Özel arşiv.

lenmiştir. 05.07.2010 tarihindeki ilk rapor verilmiş. Daha sonra tedaviler devam etmiş fakat iyileşme sağlanamayınca 16.03.2015 tarihinde ameliyat olmuş ve troid ve lenf bezleri tamamen alınmıştır. Ameliyat sonrası kontrol ve tedavileri halen devam etmektedir.

SGK'nın 23.06.2017 tarihli raporuyla hastalığın yapmış olduğu işin sebep ve tesiriyle meydana geldiğine karar verilmiştir.

Daha sonra açılan tam yargı davası devam ederken Adli Tıp Kurumu 22.05.2019 tarihinde meslek hastalığı nedeniyle meslekte kazanma gücü kaybı oranının yüzde 46,2 olduğunu kesin olarak belirlemiştir.

Burada dikkat edilmesi gereken konu idari yargıdaki önceki kararlarına göre, yapılacak hesaplamalar idareye başvuru tarihi esas alınarak yapılacaktır. Hâlbuki hastalık çok daha önce ortaya çıkmış olup akdi kusur (haksız fiil) ise hastalıktan da çok daha önce mevcuttur.

ÖB çalıştığı işyerlerindeki tedbirsizlikler sonucu yapmış olduğu mesleği nedeniyle tiroid kanserine yakalanmıştır. Çalıştığı idareye ait her iki hastanede de yetersiz iş sağlığı ve güvenliği önlemleri nedeniyle hastalık oluşmuştur.

## **5. MESLEK HASTALIKLARINDA AKDİ KUSURUN NE ZAMAN OLMASI GEREKTİĞİ ÜZERİNE TARTIŞMA VE ÖNERİLER**

Uygulamada meslek hastalığının ortaya çıktığı hallerde akdi kusurun (haksız fiilin) gerçekleştiği zaman konusunda hatalı uygulamalar yapılmaktadır. Şöyle ki; iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan tazminat davalarında; gerçek zarar hesabı, faiz başlangıcıyla hesaplanması gibi durumlarda yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere akdi kusurun meydana geldiği tarihin esas alınması gerekmektedir. Ancak, bu açıdan iş kazası ile meslek hastalığı arasında önemli bir fark bulunmaktadır.

İş kazası bir anda ortaya çıktığı için haksız fiilin zamanı kesin olarak belirli kabul edilmektedir. Yani, iş kazasında haksız fiilin meydana geldiği tarih iş kazasının olduğu gün olarak kabul edilmektedir.<sup>30</sup> Meslek hastalığı ise aniden ortaya çıkmayıp yavaş yavaş geliştiği için akdi kusurun (haksız fiilin) gerçekleştiği tarih kesin olarak belirli değildir. Yani, meslek hastalığının doğası gereği kaza tarihi diye bir durum söz konusu olamaz. Yargıtay, meslek hastalıklarında haksız fiil tarihini işçide oluşan meslekte sürekli iş göremezlik oranının duraksamaya yer vermeyecek biçimde raporla saptandığı tarih olarak kabul etmektedir.

<sup>30</sup> Davaya konu olay bir iş kazası ise haksız fiil tarihi olarak açık ve net olarak belirli olan kaza tarihi değerlendirmeye esas alınmaktadır. Bu durum bile tartışılması gereken bir konu olmasına rağmen çok fazla zarara yol açmadığından ihmal edilebilmektedir. Kanaatimizce iş kazasının oluşmasında İSG önlemleri eksikliği varsa o önlemlerin alınmadığı çalışma başlangıcının haksız fiil başlangıcı olarak kabul edilmesi gerekir.

Kanaatimizce Yargıtay'ın bu kabulü hatalıdır. Akdi kusurun başlangıç tarihi hem iş kazaları hem de meslek hastalıkları için ayrıntılı olarak araştırılmalı ve akdi kusurun hangi tarihte başladığı duraksamaya yer vermeyecek şekilde kesin olarak tespit edilmelidir.

Meslek hastalığı, yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere kişinin çalıştığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm koşulları yüzünden uğradığı hastalıktır. Meslek hastalığı, kısa süreli maruz kalmalar sonucu değil de tekrarlanan sebeplerden oluşmaktadır. Meslek hastalığı genellikle aylar-yıllar boyu tekrarlanan kötü çalışma koşullarına maruz kalma sonucu oluşur. Örneğin, bir veya birkaç kez tozlu ortama veya maden ocağına girmekle toz hastalığı olan pnömokonyoz meydana gelmez. Pnömokonyoz çoğunlukla yoğun tozlu işlerde çok uzun süre çalışanlarda görülür. Bu hastalığın oluşabilmesi için en az 3 yıllık maruz kalma süresinin geçmesi gerektiği Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü 66/1. maddede ve Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği 20/1. maddede yer almaktadır. Bu maddelere göre, *"Pnömokonyozun meslek hastalığı sayılabilmesi için, sigortalının, havasında pnömokonyoz yapacak yoğunluk ve nitelikte toz bulunan yeraltı veya yerüstü işyerlerinde toplam olarak en az üç yıl çalışmış olması şarttır."*

Görülebileceği üzere, bir kişinin hastalığının pnömokonyoz meslek hastalığı sayılabilmesi için o kişinin en az üç yıl tozlu ortamda çalıştırılmış olması gerektiği mevzuatımızda kabul edilmiştir. Bu hükümlerde çalışmanın, hastalık yapacak yoğunluk ve nitelikte toz bulunan işyerlerinde yapılmasından bahsedilmektedir.

Meslek hastalıkları iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması veya gereği gibi alınmaması nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Yani bu önlemleri almadan işçi çalıştıran işveren işçi çalıştırmaya başladığı andan itibaren akdi kusur davranışını başlatmış olmaktadır. Bu akdi kusur davranışı uygun olmayan ortamda işçiyi çalıştırdığı sürece devam etmektedir. Akdi kusur davranışının devam etmesi ile çalışan kişide bu süreçte hastalık yavaş yavaş oluşmaktadır. Eğer işveren iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alarak sağlıklı bir çalışma ortamı sağlarsa akdi kusur oluşmayacak dolayısıyla meslek hastalığı da oluşmayacaktır.

Ayrıca, işçinin hastalığı hissedip hekime başvurmasından ilk tanının konulmasına kadar bile oldukça uzun bir süre geçmektedir. Bahsi geçen süreçte her bir işlem aylar bazen yıllar almaktadır. Yukarıda bahsedilen örnekte 2003 yılında işe başlayan HG'nin 2009 yılında göğüs ağrıları başlamış fakat önemli bir hastalığı olduğunu düşünmediğinden hemen hastaneye gitmemiştir. Göğüs ağrıları artınca hastaneye

başvurmuştur. Tetkikler sonucunda kendisine Pnömonokonyoz hastalığı olduğu söylenmiştir. Kesin tanı ise 03.12.2013 tarihinde konulabilmiştir. Adli Tıp İhtisas Kurulu ise 23.01.2017 tarihinde pnömonokonyoz meslek hastalığı nedeniyle meslekte kazanma gücü kaybı oranının yüzde 31,2 olduğunu kesin olarak belirlemiştir.

Hastalığın kendini belli etmesi ile meslekte kazanma gücü kaybı oranının kesin olarak belirlenmesi arasında yaklaşık 8 yıl geçmiştir. Hâlbuki tanı konulduğu belirtilen rapordan bile çok önce vücut etkilenmiş ve hastalık oluşmaya başlamıştır. Kaldı ki Yargıtay'ın haksız fiilin başlangıcı olarak kabul ettiği meslekte kazanma gücü kaybı oranının hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde raporla belirlendiği tarih artık hastalığın zirve yaptığı nokta bile olabilir.

Tedrici bir şekilde meydana gelen meslek hastalığında gerçek zararın başlangıcı olarak kabul edilecek tarihin, kişinin akdi kusur (haksız fiil) ve dolayısıyla zarar meydana geldikten sonra üzerinden tekrar zaman geçerek hekime başvurusuyla konulan tanı tarihi kabul edilmesi mantığa ve hukuka aykırı olacaktır. Çünkü zarar çok daha önceki bir tarihte meydana gelmiştir. Ayrıca zarar gören kişi, olaydan çok sonra dava açmış, dava uzun sürmüş, karar geç verilmiş olabilir. Zaten uygulamada çok büyük bir çoğunlukla dava bile açıldıktan sonra adli tıp kurumundan sürekli işgöremezlik

oranına ilişkin rapor alınmaktadır. Açılan davanın ilerleyen aşamalarında alınan böyle bir rapor tarihi akdi kusur (haksız fiil) başlangıç tarihi olamaz.

Bazen meslek hastalığına yakalanmış işçi o işten ayrılmış olabilmektedir. Böyle bir kişi için dahi Adli Tıp Kurumu'nun son rapor tarihinin esas alınması mantığa aykırı olmaktadır. Yargıtay'ın bu kabulü zarar görmüş işçinin zararını daha da arttırmaktadır. Örneğin, gerçek maddi zarar hesabı yapılırken son rapor tarihi haksız fiil tarihi olarak kabul edildiğinde işçinin yaşı ilerlemiş ve yaşam cetvellerine göre bakiye ömrü azalmış olmaktadır. Dolayısıyla aktif kazanç dönemi kısaltmakta ve gerçek maddi zararı buna bağlı olarak düşük çıkmaktadır. Yani zarar görmüş işçinin gerçek zararı eksik hesaplanmaktadır.

Yine tazminata işletilecek faiz de haksız fiil tarihi olarak kabul edilen meslekte kazanma gücü kaybı oranının hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde raporla belirlendiği tarihten itibaren başlatıldığı için zarar gören işçinin hak kaybı artmaya devam etmektedir. Aslında son rapor tarihi akdi kusur (haksız fiil) tarihi değil akdi kusur (haksız fiil) sonucu ortaya çıkan hastalığın kişide oluşturduğu maluliyetin oranının belirlendiği tarihtir. Yani akdi kusur (haksız fiil) ve dolayısıyla zarar çok daha öncesinde ortaya çıkmıştır.

Aslında yukarıdaki örnekte akdi kusur (haksız fiil) HG'nin iş sağ-



lığı ve güvenliği önlemleri alınmadan mevzuata aykırı olarak çok tozlu bir ortamda çalıştırıldığı zaman başlamıştır. Çünkü, her gün sağlıksız ve tozlu ortamda çalışan bu kişi yavaş yavaş hastalanmaktadır. Bu durumu kendisi fark etmeyebilir fakat işveren bilinçli olmalı ve mevzuatın kendisine yüklediği iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini zamanında almalıdır. Bu önlemlerin alınmaması halinde akdi kusur (haksız fiil) başlangıcı olarak bu zamanın alınması hem hukuka hem hakkaniyete uygun olacaktır. Bunun için akdi kusur (haksız fiil) başlangıç tarihinin duraksamaya yer vermeyecek şekilde kesin olarak bilirkişi raporlarıyla tespit edilmelidir. Çeşitli sebeplerle bu tespit yapılamayacak olursa en azından Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü ve Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliklerinde belirtilen hastalığın oluşabilmesi için geçmesi gereken en az maruz kalma süresinin başlangıcı akdi kusur (haksız fiil) tarihi olarak kabul edilmelidir. Örneğin, yukarıdaki örnekte olduğu gibi Pnömonyoz tanısı konulan bir hastalık için hastalığın ortaya çıkışından 3 yıl öncesi akdi kusur (haksız fiil) tarihi olarak kabul edilmelidir. Tüzükte her meslek hastalığı için maruz kalma süresinin de belirlenmesi gerekecektir.

İdari Yargı ile ilgili olarak verilen örnekte ÖB 2004 yılında Devlet kurumunda çalışmaya başlamış 2010 yılında troid kanseri teşhisi konul-

muş ve tedaviler ile iyileşme sağlanamayınca 2015 yılında ameliyat edilmiş ve troid ve lenf benzleri tamamen alınmıştır. Yani 2004 ile 2010 yılları arasında yetersiz iş sağlığı ve güvenliği önlemleri nedeniyle hastalık oluşmuştur. SGK'nın 23.06.2017 tarihli raporuyla meslek hastalığı olduğuna karar verilmiştir. Adli Tıp Kurumu 22.05.2019 tarihinde meslekte kazanma gücü kaybı oranının yüzde 46,2 olduğunu kesin olarak belirlemiştir.

İdareye zararın tazmini için başvuru 26.12.2017 tarihinde yapılmıştır.

İdare mahkemesi idarenin hizmet kusuruna dayanarak tazminat ödenmesine karar vermiştir. Peki, burada hizmet kusuru idareye başvuru tarihinde mi gerçekleşmiştir. Hayır, hizmet kusuru idarenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almadan ÖB'yi çalıştırmaya başladığı andan itibaren mevcuttur ve hastalık ortaya çıkana kadar hatta aynı işte çalıştırılması nedeniyle ameliyat yapılma zamanına kadar devam etmiştir. Kısaca hizmet kusurunun başlangıcı ile idareye başvuru arasında yaklaşık 15 yıl geçmiştir. Hizmet kusurunu işleyen idaredir fakat zarara katlanması istenen mağdur olan çalışandır. Burada hem hukuka hem de hakkaniyete aykırı bir durum ortaya çıkmaktadır.

İdare mahkemelerinin idareye başvuru kriterini yeniden yorumlamaları gerektiği kanaatindeyim. Şöyle ki, işe başlamak üzere idareye başvurunun burada değerlendir-

dirilmesi gerekir. İdarenin işveren olarak işçiyi gözetme borcu bu kişiyi çalıştırmaya başladığı an ortaya çıkmıştır. İşçiyi gözetme borcu kapsamında iş sağlığı ve güvenliği önemlerini almak zorunluluğu da bu anda başlamıştır. Almadığı veya gereği gibi almadığı iş sağlığı ve güvenliği önlemleri nedeniyle sorumluluğu da bu tarihte başlamalıdır. Dolayısıyla gerçek zarar hesabı yapılırken de tazminata faiz uygulanırken de akdi kusur (haksız fiil) tarihinin esas alınması gerekir. Akdi kusur (haksız fiil) tarihi ise iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınmadan veya gereği gibi alınmadan kişinin çalıştırıldığı zamandır.

Hem adli yargı hem idari yargı açısından akdi kusur (haksız fiil) başlangıcı kabul edilen durumlar açısından şöyle bir soru sorulması faydalı olacaktır; çalışmayan bir kişi meslek hastalığına yakalanabilir mi? Yukarıdaki örneklerdeki pnömokonyoz hastası olan işçi veya troid kanseri olan radyoloji teknikeri hiç çalışmadan, günlük hayatta böyle bir hastalığa yakalanabilir mi? Tabii ki hayır. Meslek hastalığına yakalanan kişi mutlaka çalıştığı için mesleki risklere maruz kalmış ve hastalığa yakalanmıştır. Üstelik bu mesleki risklere uzunca bir süre maruz kalmıştır. Mesleki risklere ilk maruz kaldığı zaman akdi kusurun başlangıç zamanıdır.

## SONUÇ

Uygulamada iş kazası veya

meslek hastalığından doğan zararların tazminine esas olmak üzere temerrüdün, haksız fiilin işlendiği tarihte oluşacağı kabul edilmektedir. Bu durum zarar görenler açısından zararlarının artmasına yol açmaktadır. Zarar verene ise avantajlar sağlamaktadır.

Yasama organının ve İçtihat makamı olarak Yargıtay'ın zarar gören çalışanların daha az zarar görmeleri yönünde alınabilecek tedbirlere katkı açısından sorumlulukları olduğu kanaatindeyim.

İdare herhangi bir düzenleme yapmasa dahi Yargıtay meslek hastalıklarındaki hatalı uygulamanın önüne geçerek yeni ve hakkaniyete uygun uygulama yönünde kararlar verebilir.

Hakkaniyete aykırı bu durumların düzeltilebilmesi açısından yukarıda ayrıntıları açıklandığı üzere somut önerilerimiz şunlardır;

- Öncelikle 6331 sayılı Kanuna iş kazaları ve meslek hastalıklarından doğan zararların tazmini bakımından işverenin gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almamasının akdi kusur oluşturacağı açıkça yazılmalıdır.

Bunun yapılması işverenler için önlemlerin alınması bakımından uyarıcı olacaktır.

- Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliğinde her türlü meslek hastalığı için hastalığın oluşabilmesi için geçmesi gereken en az maruz kalma süresinin belir-

lenerek yazılması gerekir. Çünkü, pnömokonyoz dışında meslek hastalıklarının maruz kalma süresi belirtilmemiştir.

Mevzuatta bu yönde düzenlemeler yapılması hak kayıplarını önemli derecede önleyecektir.

- Ayrıca, akdi sorumluluk hükümlerine dayanmaktan açık bir feragat olmadıkça, davanın mahkeme tarafından akde aykırılığa dayanan bir tazminat davası sayılması işçinin korunması esasına uygun düşecektir. Buna ilişkin hüküm, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Sebeplerin yarışması başlığını taşıyan 60. maddeye göre; *"Bir kişinin sorumluluğu birden çok sebebe dayandırılabiliyorsa hâkim zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya Kanunda aksi ön görülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkanı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir."*

*Bu duruma göre, Yargıtay'ın da açık bir feragat olmadıkça sorumluluğun akdi sorumluluk olduğunu kabul etmesi ve haksız fiil yerine akdi kusur kavramını kullanması daha uygun olacaktır.*

- Bahsettiğimiz düzenlemelere yön vermek bakımından yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan meslek hastalığından kaynaklanan tazminat davalarında Yargıtay ve Danıştay akdi kusur (haksız fiil) tarihi konusundaki yerleşik kararlarını tekrar gözden geçirmelidir. Yeni kararlarında akdi kusur tarihinin her somut olayda ayrıntılı olarak araştırılması gerektiği ve iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınmadan çalıştırma başlamış ise bu çalıştırmanın başladığı tarihi akdi kusur ve dolayısıyla temerrüt tarihi olarak kabul etmesi uygun olacaktır.

## KAYNAKÇA

- Akın, L. (2001), *İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Akın, L. (2007), *Sosyal Güvenlik Hukukunda Bağımlı Çalışanların Maluliyeti*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Akıntürk, T., Ateş Karaman, D. (2011), *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*, 17. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Antalya, O. G. (2012), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Arıcı, K. (2015), *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku*, Ankara: Gazi Kitabevi.
- Aslanköylü, Resul (2003), *Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu*, Ankara: Nurol Matbaacılık.
- Ayan, M. (2015), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Konya: Mimmoza Basım.
- Başboğa Ş. (2010), *Zübeyde, İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Hukuki Sorumluluğu ile Maddi Zararın Hesabına İlişkin Esaslar*, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Bigat, Ş. G. (2008), *Beden Gücünün Azalmasından Kaynaklanan Tespit Davaları*, 506 ve 5510 sayılı Kanun ile Karşılaştırmalı, İstanbul: Zigana Yayıncılık.
- Bilgili, Ö. (2008), *Yeni Sosyal Güvenlik Uygulaması*, Yayın No: 60, Ankara: Ankara SMMMO.
- Deschenaux, H., Tercier, P. (1983), *Sorumluluk Hukuku*, (Çev. S. Özdemir), Ankara: Kadioğlu Matbaası.
- Dilik, S. (1991), *Sosyal Güvenlik*, Ankara: Kamu-İş Yayını.
- Eren, F. (2012), *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Feyzioğlu, F. N. (1976), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I, İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Güleç Uçakhan, S. (1994), *Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması*, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Güneren, A. (2011), *İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları*, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Güzel, A., Okur, A. R., Caniklioğlu N. (2012), *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 5510 sayılı Kanun'a Göre Hazırlanmış 14. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- İnan, A. N. (1984), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: AÜHF Yayınları.

İnan, A. N., Yücel, Ö. (2014), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Kılıçoğlu, A. M. (2011), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi.

Korkusuz R., Uğur S. (2010), Sosyal Güvenlik Hukukuna Giriş, Yeni Mevzuata Göre Hazırlanmış 2. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi.

Mollamahmutoğlu, H., Astarlı, M., Baysal U. (2014), İş Hukuku, 6. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi.

MUTLAY, F. B. (2014), Sosyal Sigorta Yardımlarına Hak Kazanma Koşulları ve Eşitli İlkesi, İstanbul: Beta Yayıncılık.

Narter, S. (2015, Ağustos), "Haksız Fiillerde Zamanaşımı ve Bedensel Zararlarda Zamanaşımının Başlangıcı Sorunu", Terazi Hukuk Dergisi, (2), 21-35,

Narter, S. (2015, Ağustos), "Meslek Hastalığında Sorumluluklar ve Sigortasız Çalışanın Meslek Hastalığına Tutulması", Karatahta İş Yazıları Dergisi, (2), 19-43.

Narter, S. (2021), İş Sağlığı ve Güvenliği Hukukunda İdari, Cezai ve Hukuki Sorumluluk, 5. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.

Oğuzman M. K., Öz T.(2014), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Olgaç, C., Bulut, M. (2013), İş Kazaları ve Meslek Hastalıkları Uygulamaları ve Rücu Davaları 2. Baskı, Ankara: Bilge Yayınevi.

Önerci, O. (2013), Genel Sağlık konulu konferans 10-17 Haziran 2013 Ankara: Nurol Makina Basımevi.

Özdemir, E. (2014), İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Öztürk E., Öztaş, D. (2012), Transkültürel Hemşirelik, Batman Üniversitesi Yaşam Bilimleri Dergisi, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/buyasambid/issue/29824/320881>, (1), 293-300, (Erişim Tarihi: 03.01.2022)

Reisoğlu, S. (2011), Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 22. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık.

Süzek, S. (2018), İş Hukuku Yenilenmiş 16. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık.

Şakar, M. (2011), Sosyal Sigortalar Uygulaması, İstanbul: Beta Yayıncılık.

Şimşek, C., Meslek Hastalıkları ve İş ile İlgili Hastalıklar Tanı Rehberi, İSGİP.

Tandoğan, H. (2010), Türk Mesuliyet Hukuku, İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Tozan, C. (2011), İş Kazaları ve Meslek Hastalığı Uygulamaları, Ankara: Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu.

Tuncay, A. C., Ekmekçi, Ö. (2011), Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 14. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık.

Tuncay, A. C. (1992), Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul: Beta Yayıncılık.

Tunçomağ, K. (1972), Borçlar Hukuku, İstanbul: Fakülteler Matbaası.

Uşan, F. (2009), Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Velicangil, S., Velicangil, Ö. (1987), Endüstri Sağlığı ve Meslek Hastalıkları, Ankara: İSGÜM Basımevi.

Von Tuhr, A. (1983), Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, (Çev. C. Edege), Cilt: 1-2, Yargıtay Yayınları, Ankara: Olgaç Matbaası.

Yılmaz, Z. (2010), Trafik Kazaları ve Taşımacılıktan Doğan Hukuki Sorumluluk, Tazminat, Sigorta ve Rücu Davaları, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.