

İlgili Kanun / Madde
5510 S. SSGSK/13

T.C
YARGITAY
10. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2020/9484
Karar No. 2021/14294
Tarihi: 16/11/2021

●KUSUR TESPİTİNDE DİKKATE ALINACAK
HUSUSLAR

●USULİ KAZANILMIŞ HAK

●BAKİYE ÖMRÜN TRH 2010 TABLOSUNA GÖRE
BELİRLENMESİNİN GEREKTİĞİ

●ISLAHA ESAS ALINAN HESAP BİLİRKİŞİ
RAPORUNDAKİ İŞLEMİŞ (BİLİNER) DÖNEM
HESAPLAMALARININ DAVALI YARARINA
USULİ KAZANILMIŞ HAK OLUŞTURACAĞI

ÖZETİ: O halde mahkemece yapılacak iş, işveren davalı şirketin asıl sorumluluğunun yapılan işe uygun işçi istihdam etmek, işçilerin uygun iş malzemeleri ile çalışmalarını sağlamak, işçilere çalıştıkları alanla ilgili iş sağlığı ve güvenliği eğitimi vermek, bu eğitimin iş hayatına yansımaları açısından, kişisel koruyucu donanım temin ederek, bu tedbirlere riayet edilip edilmediği noktasında işçileri denetlemekten ibaret olduğu gözetilerek, raporda bu hususta somut verilere dayalı olarak kusur tayinine gidilmesi gerekmektedir. Bu yönde kusur raporu düzenlenerek, davalı işveren şirket, davacı sigortalı ile dava harici üçüncü kişilerin kusur oranlarının belirlenmesi açısından iş kazasının gerçekleştiği alanda uzman A sınıfı iş sağlığı ve güvenliği uzmanlarından oluşturulacak üç kişilik heyetten kusur raporu alınması, taraf itirazları olması halinde bu itirazlar karşılanması ve gereği halinde çelişkiler de giderilmek suretiyle olayın oluşuna uygun kusur raporu temininden sonra yargılamanın esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi hatalı olmuştur.

Dairemizin 23.02.2021 tarih ve 2020/9717 E - 2021/2003 K sayılı ilamında da açıkça işaret olunduğu üzere, gerçek zarar hesabı özü itibariyle varsayımlara dayalı bir hesap olup, gerçeğe en yakın verilerin kullanılması esastır. Bu durumda, Dairemizin kurum tarafından açılan rücu davalarında da istikrarlı bir şekilde uyguladığı üzere, ülkemize özgü ve güncel verileri içeren, “TRH 2010” tablosunun iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklı maddi tazminat davalarında da bakiye ömrün belirlenmesinde nazara alınması gerektiği açıktır.

Öte yandan Dairemizin istikrar kazanmış olan uygulaması gereğince, davacının hesap verileri noktasında ıslahının dayanağını oluşturduğu anlaşılan 26.01.2017 tarihli hesap raporunda esas alınan işlemiş (bilinen) devre yönünden davalı lehine usuli kazanılmış hakkın oluşacağı da açıktır.

DAVA: Dava, iş kazasından sigortalının sürekli iş göremezliği nedeniyle maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

İlk Derece Mahkemesince, hükümde belirtilen gerekçelerle davanın kısmen kabul ve kısmen reddine dair verilen karara karşı, davacı ve davalı taraf vekillerinin istinafa başvurusu üzerine, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 29. Hukuk Dairesince istinaf istemlerinin esastan reddine karar verilmiştir.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 29. Hukuk Dairesince verilen kararın, davacı ve davalı taraf vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi Güner Durmuş tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kâğıtlar okundu. Temyiz konusu hükme ilişkin dava, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici 3. maddesi delaletiyle 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 438. maddesinde sayılı ve sınırlı olarak gösterilen hâllerden hiçbirine uymadığından, temyiz incelemesinin duruşmalı olarak yapılmasına ilişkin isteğin reddine karar verildikten sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

I- İSTEM:

Davacı vekili dava dilekçesinde özetle; müvekkili sigortalının 30.06.2010 tarihinde meydana gelen iş kazasında vefatı nedeniyle, dava harici kişilerin kusurundan davalının müteselsilen sorumlu olduğunu belirterek, fazlaya ilişkin talep hakkı saklı kalmak üzere 1.000 TL maddi tazminat ile 50.000 TL manevi tazminatın kaza tarihinden faiziyle tahsilini talep ve dava etmiştir.

II- CEVAP:

Davalı vekili cevap dilekçesinden özetle: Davacının 01/04/2010-06/10/2011 tarihleri arasında davalı şirketin Hollanda da bulunan inşaatında işçi

olarak çalıştığını, davacının işe başlamadan önce iş güvenliği ile ilgili gerekli eğitimlerden geçirildiğini, davacıya gerekli koruyucu malzemelerin verildiğini, davalı şirketin koruyucu malzemeler olmadan şantiyede çalışılmasına izin vermediğini, davacının dava dilekçesinde belirttiği iddialarının yerinde olmadığını, davalı şirketin davaya konu kazada kusurunun bulunmadığını, davacının iş göremezliği nedeniyle kendisine takdir edilmiş olan %17 malullük oranına itiraz ettiklerini, davacının tedavi sürecinde davalı şirketin gereken destek ve yardımı sağladığını, davacının dava dilekçesinde 4.500 TL ücretle çalıştığı iddiasının yerinde olmadığını, davacının asgari ücret civarında maaş aldığını, davacının vasıfsız bir işçi olduğunu, davacının ustalık konusunda hiçbir eğitiminin bulunmadığını, belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

III- MAHKEME KARARI:

A-İLK DERECE MAHKEME KARARI

İlk derece mahkemesince; “Davanın kısmen kabulü ile 98.748,89 TL maddi tazminatın kaza tarihi olan 30/06/2010 tarihinden itibaren işleyecek ve hesaplanacak yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

20.000,00 TL manevi tazminatın kaza tarihi olan 30/06/2010 tarihinden itibaren işleyecek ve hesaplanacak yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine,” şeklinde gerekçeyle davanın reddine karar verilmiştir.

B-BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ KARARI:

Bölge Adliye Mahkemesince “Davacı ve Davalı taraf vekillerinin istinaf başvurularının 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 353/1-b-1 maddesi gereğince esastan reddine” karar verilmiştir.

IV-TEMYİZ KANUN YOLUNA BAŞVURU VE NEDENLERİ:

Davacı vekili temyiz dilekçesinde özetle: müvekkili lehine hükmedilen manevi tazminatın az olduğunu, maddi tazminatın hesabında bakiye ömür tablosu olarak TRH 2010 tablosu esas alınması gerektiğini, aynı zamanda hesaba esas ücretin yurtdışı devresi için tanık beyanlarına göre 2.500 Euro olarak esas alınması gerekirken hatalı değerlendirme yapıldığını aynı zamanda yurt içi hesap devresi için ise Çevre Şehircilik verileri ile TÜİK verileri esas alınarak yapılmasının hatalı olduğunu beyanla kararın bozulmasını talep etmiştir.

Davalı vekili temyiz dilekçesinde özetle: davacının işe başlamadan önce gerekli eğitimleri aldığını, davacının güvenle çalışabilmesi için gerekli olan bütün ekipmanların verildiğini, müvekkili şirketin iş güvenliğiyle ilgili bütün önlemleri, aldığını, kazanın meydana gelmesinde üçüncü bir kişinin kusuru var ise kazadan müvekkili şirketin sorumlu tutulamayacağını, olay anı, çalışma şartları ve ortam konusunda tutanağa bağlanan herhangi bir durum tespitinin bulunmadığını, yorum yapılmak ve tahminde bulunmak suretiyle afakî olarak kusur oranı tespit edildiğini, dava konusu olayla ilgili olarak SGK tarafından müvekkili aleyhine açılan davada alınan kusur oranı ile iş bu davadaki kusur oranlarının birbiriyle uyuşmadığını, delillerinin eksik olarak toplandığını davanın Weisse firmasına ihbarını ve Hollanda

makamlarından iş kazası evrakının getirilmesi gerektiğini, rücu dava dosyasının araştırılmasını, sürekli iş göremezlik oranının tespiti açısından da rapor alınması gerektiğini belirterek kararın bozulmasını talep etmiştir.

V-İLGİLİ HUKUK KURALLARI VE İNCELEME:

Dava, iş kazası sonucu sigortalının sürekli iş göremezliğe uğraması nedeniyle maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

1- Geniş anlamıyla sorumluluk kavramı, bir kişinin başka bir kişiye verdiği zararları giderme yükümlülüğü olarak açıklanmıştır. Hukuki anlamda sorumluluk ise, taraflar arasındaki borç ilişkisinin zedelenmesi sonucu doğan zararların giderilmesi (tazmin edilmesi) yükümlülüğünü içerir.

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

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

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

Anayasanın 17. maddesinde; “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.” “Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.” hükmü getirilerek yaşama hakkı güvence altına alınmış, bu yasal güvencenin yaşama geçirilmesinde İş ve Sosyal Güvenlik Mevzuatında da işçilerin korunması, işin düzenlenmesi, iş güvenliği, sosyal düzen ve adaletin sağlanması düşüncesi ile koruyucu bir takım hükümler getirilmiştir.

818 sayılı Borçlar Kanununun 332. maddesinde; “İş sahibi, aktin özel halleri ve işin mahiyeti noktasından hakkaniyet dairesinde kendisinden istenilebileceği derecede çalışmak dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere karşı icabeden tedbirleri ittihaz ve münasip ve sıhhi çalışma mahalleri ile, işçi birlikte ikamet etmekte ise sıhhi yatacak bir yer tedarikine mecburdur.” “İş sahibinin yukarıdaki fıkra hükmüne aykırı hareketi neticesinde işçinin ölmesi halinde onun yardımından mahrum kalanların bu yüzden uğradıkları zararlara karşı isteyebilecekleri tazminat dahi akde

aykırı hareketten doğan tazminat davaları hakkındaki hükümlere tabi olur.” hükmüne yer verilmiştir.

Bu maddeye göre, işverenin, işçinin yaşam, sağlık ve bedensel bütünlüğünü korumak için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü öngörülmektedir. Burada işverenin özellikle iş kazalarına karşı gerekli önlemleri alma yükümlülüğü söz konusudur. Buna göre işveren, hizmet ilişkisinin ve yapılan işin niteliği göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gereği kendisinden beklenen; deneyimlerin zorunlu kıldığı, teknik açıdan uygulanabilir ve iş yerinin özelliklerine uygun olan önlemleri almakla yükümlüdür. Aynı maddelere paralel olarak, 4857 sayılı İş Kanunu'nun "İşverenlerin ve İşçilerin Yükümlülükleri" kenar başlıklı 77. maddesinin 1. fıkrasında dabenzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu fıkraya göre; "İşverenler iş yerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksatsız bulundurmak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler." düzenlemesi yer almıştır.

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

Bu önlemler konusunda işveren iş yerini yeni açması nedeniyle tecrübesizliğini, bilimsel ve teknik gelişmeler yönünden bilgisizliğini, ekonomik durumunun zayıflığını, benzer iş yerlerinde bu iş güvenliği önlemlerinin alınmadığını savunarak sorumluluktan kurtulamaz. Gerçekten, çalışma hayatında süregelen kötü alışkanlık ve geleneklerin varlığı işverenin önlem alma borcunu etkilemez. İşverenlerce, iş güvenliği açısından yaşamsal önem taşıyan araç ve gereçlerin işçiler tarafından kullanılması sağlandığında, kaza olasılığının tamamen ortadan kalkabileceği de tartışmasız bir gerçektir.

Mevzuatta yer alan teknik iş kurallarına uyulmaması işverenin kusurlu davranışı olarak kabul edilmelidir. Ancak işveren sadece anılan yazılı kurallara değil, yazılı olmayan ve teknolojinin gerekli kıldığı önlemlere aykırı davrandığında da kusurlu görülerek oluşan zararı karşılamalıdır. Öte yandan objektifleştirilen kusur, kusur sorumluluğunu kusursuz sorumluluğa yaklaştırırsa da, onu kusursuz sorumluluk haline dönüştüremez. Çünkü, bazı istisnalar dışında işverenin sorumluluğu için kusurun varlığı şarttır. Diğer yandan işvereni, zararlandırıcı olay nedeniyle sorumluluktan kurtaracak olan durum, eylem ile meydana gelen zarar arasındaki uygun illiyet rabitasının kesilmesidir. Kusursuz sorumlulukta olduğu gibi kusur sorumluluğunda da illiyet bağı; mücbir sebep, zarar görenin ve üçüncü kişinin ağır kusuru nedenleriyle kesilebilir. Uygun illiyet bağının kesildiğinin ispatı halinde,

işverenin sorumluluğuna gidilmesi mümkün değildir. (HGK, 20/03/2013 tarih, 2012/21-1121 Esas, 2013/386 Karar)

Somut olayda sigortalı davacı, davalı işveren şirket çalışanı olarak, Türkiye’de işe başlamış, yurtdışında çalışmak üzere Hollanda ülkesine gönderilmiş, orada “Vima Vof” unvanlı (Visser& Smit Bouw) işyerinin “Rwe Eemshaven” projesi isimli termik santral inşaatında, kalıp işini yüklenen davalı alt işveren Hasa İnşaat Taah. San. ve Tic. Ltd. Şti. unvanlı işyerinde kalıpcı ustası olarak çalışmaktayken, 30.06.2010 günü, kalıp söküm işinde diğer işçilerle birlikte çalışmaktayken, bir bölüm bittikten sonra yürüyen iskelenin yerinin değiştirilmek suretiyle söküm işine devam edildiği esnada yürüyen iskeleyi yerdeki bir araçla hareket ettiren dava harici işçi Beşir Balıkcı’nın yönlendirdiği bu iskelenin tekerleklerinin düz olduğunu kontrol etmeden, iskeleyi hareket ettirmesi neticesinde iskelenin bir çelik destek kulesine hafifçe çarpması neticesinde, destek kulesinden çelik bir profil borunun, davacı sigortalı eli üzerine düşmesi neticesinde, sigortalının %17 oranında sürekli iş göremezliğe uğradığı, olayın SGK tarafından iş kazası olarak kabul edildiği, kurum tahkikat raporunda, davalı işveren şirkete %30, davacıya %60, dava harici işçiler Beşir Balıkcı ve Mete Canat’a %5 kusur verilmişken; hükme esas alınan kusur raporunda, iş kazası olayının davacı ve dava harici işçi Beşir Balıkcı’nın iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine aykırı eylemlerden kaynaklandığı belirtildikten sonra, davalı işveren şirketin alması gereken tedbirlerin neler olması gerektiği yönünde soyut olarak tespitlere yer verilerek, asıl işveren sıfatıyla dava harici “Vima Vof” isimli ortaklık ile davalı işveren şirkete müştereken %90 oranında kusur verildiği, bu kusurun %40’unun asıl işverene, %50’sinin ise alt işveren sıfatıyla davalı şirkete ait olduğunun belirtildiği, davacıya ise %10 oranında kusur verildiği anlaşılmakta ise de, yapılan bu tespitin olayın oluşuna uygun düşmediği açıktır.

O halde mahkemece yapılacak iş, işveren davalı şirketin asıl sorumluluğunun yapılan işe uygun işçi istihdam etmek, işçilerin uygun iş malzemeleri ile çalışmalarını sağlamak, işçilere çalıştıkları alanla ilgili iş sağlığı ve güvenliği eğitimi vermek, bu eğitimin iş hayatına yansımaları açısından, kişisel koruyucu donanım temin ederek, bu tedbirlere riayet edilip edilmediği noktasında işçileri denetlemekten ibaret olduğu gözetilerek, raporda bu hususta somut verilere dayalı olarak kusur tayinine gidilmesi gerekmektedir. Bu yönde kusur raporu düzenlenerek, davalı işveren şirket, davacı sigortalı ile dava harici üçüncü kişilerin kusur oranlarının belirlenmesi açısından iş kazasının gerçekleştiği alanda uzman A sınıfı iş sağlığı ve güvenliği uzmanlarından oluşturulacak üç kişilik heyetten kusur raporu alınması, taraf itirazları olması halinde bu itirazlar karşılanması ve gereği halinde çelişkiler de giderilmek suretiyle olayın oluşuna uygun kusur raporu temininden sonra yargılamanın esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi hatalı olmuştur.

2- Somut olayda hükme esas alınan hesap raporunda benimsenen bakiye ömür tablosu noktasında da uyumsuzluk bulunduğu anlaşılmaktadır.

Dairemizin 23.02.2021 tarih ve 2020/9717 E - 2021/2003 K sayılı ilamında da açıkça işaret olunduğu üzere, gerçek zarar hesabı özü itibarıyla varsayımlara dayalı bir hesap olup, gerçeğe en yakın verilerin kullanılması esastır. Bu durumda, Dairemizin kurum tarafından açılan rücu davalarında da istikrarlı bir şekilde uyguladığı üzere, ülkemize özgü ve güncel verileri içeren, “TRH 2010” tablosunun iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklı maddi tazminat davalarında da bakiye ömrün belirlenmesinde nazara alınması gerektiği açıktır.

Öte yandan Dairemizin istikrar kazanmış olan uygulaması gereğince, davacının hesap verileri noktasında ıslahının dayanağını oluşturduğu anlaşılan 26.01.2017 tarihli hesap raporunda esas alınan işlemiş (bilinen) devre yönünden davalı lehine usuli kazanılmış hakkın oluşacağı da açıktır.

O halde mahkemece yapılacak iş yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde kusur oranı netleştirildikten sonra davalının sorumlu olduğu kusur oranı çerçevesinde tazminle yükümlü olduğu maddi tazminatın hesabı açısından hükme esas alınan 26.01.2017 tarihli hesap raporunda bakiye ömür tablosu olarak esas alınan PMF 1931 isimli bakiye ömür tablosu yerine TRH 2010 isimli bakiye ömür tablosunu uygulayarak davacının bakiye ömrünün tespitini yapmak, öte yandan işlemiş (bilinen) devre noktasında bu raporda esas alınan 30.06.2017 tarihini göz önünde bulundurarak bu tarihten sonra yürürlüğe giren asgari ücretteki değişiklikleri rapora yansıtmadan alınacak raporu hükme esas alarak davacının maddi tazminat alacağını belirlemekten ibarettir.

Mahkemece, açıklanan bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın, eksik inceleme ve araştırma sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O hâlde, davacı ve davalı vekillerinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve bozma sebeplerine göre bu aşamada temyiz itirazlarının sair yönleri incelenmeksizin İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 29. Hukuk Dairesinin istinaf başvurularının esastan reddine ilişkin karar kaldırılarak İlk Derece Mahkemesince verilen hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 29. Hukuk Dairesi kararının HMK'nın 373/1 maddesi gereği kaldırılarak, temyiz edilen ilk derece mahkemesi hükmünün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, temyiz harcının istek halinde davacı ve davalıya iadesine, dosyanın kararı veren İlk Derece Mahkemesine, kararın bir örneğinin Bölge Adliye Mahkemesi'ne gönderilmesine, Üye Bektaş Kar'ın muhalefetine karşı, Başkan Mustafa Taş ile Üyeler Ali İnceman, Faruk Kaymak ve Yılmaz Akıncı'nın oyları ve oy çokluğuyla, 16/11/2021 gününde karar verildi.

KARŞI OY GEREKÇESİ

1. Çoğunluk ile aradaki temel uyumsuzluk “karar tarihine yakın hesabın unsurlarına göre hesaplanan maddi tazminat miktarına davacının itiraz etmemesi nedeni ile kararın bozulmasından sonra işlemiş devrenin ileri çekilip çekilmeyeceği, buna göre itiraz edilemeyen TRH 2010 tablosuna göre hesaplanan tazminatın

davalı lehine usulü kazanılmış hak olup olmayacağı noktasında toplanmaktadır.

2. Somut uyuşmazlıkta karar tarafların temyizi üzerine kusur yönünden çoğunluk kararı ile bozulurken, bozmadan önceki hesap raporuna davacının itiraz etmemesi nedeni ile usulü kazanılmış hakkın gözetilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

3. Çoğunluk görüşünün, aşağıda açıklanan gerekçe ve özellikle maddi tazminatın karar tarihine yakın verilerle hesaplanması gerektiğinden ve bu durum usulü kazanılmış hakkın istisnası olması nedeni ile isabetli olmadığı kanaatindeyim. Zira;

4.1. Usulü kazanılmış hak: Görülmekte olan bir davada taraflardan birinin ya da mahkemenin yapmış olduğu bir usul işlemi ile yanlardan biri lehine doğmuş ve kendisine uyulması zorunlu olan hakka usule ilişkin kazanılmış hak denilmektedir. Bozmaya uyulmakla bozma lehine olan taraf yararına usulü kazanılmış hak doğmuş olur. Hükmün bir kısmının bozma kapsamı dışında bırakılmasının amacı bu kısımların doğru olduğunu belirlemek, bozmanın sınırlarını çizmek ve bu şekilde usulü kazanılmış hakları oluşturup, korumaktır. Yargıtay tarafından bozulan bir hükmün bozma kararının kapsamı dışında kalmış olan kısımları kesinleşir. Kesinleşmiş bu kısımlar, lehine olan taraf yararına usulü kazanılmış hak oluşturur(04.02.1959 gün ve 13/5 sayılı YİBK). Ne var ki; kamu düzenine ilişkin hususlar hakkında aleyhe bozma yasağı uygulanamaz. Yargıtay, kamu düzenine aykırı bir husustan dolayı hükmü temyiz edenin aleyhine (temyiz etmemiş olan tarafın lehine) olarak da bozabilir. Çünkü kamu düzenine ilişkin hususları hâkim (ve Yargıtay) kendiliğinden gözetme ile yükümlüdür(Bkz. Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, 2001 baskı, Cilt V., s.4727-4736). Nitekim aynı ilke, Hukuk Genel Kurulu'nun kararlarında da benimsenmiştir(HGK. 21.01.2004 gün ve 2004/1-46 E.-6 K.; 6.10.2004 gün ve 2004/ 1-433 E. - 483 K).

Yargıtay içtihatları ile kabul edilen “usulü kazanılmış hak” olgusunun, birçok hukuk kuralında olduğu gibi yine Yargıtay içtihatları ile geliştirilmiş istisnaları bulunmaktadır. Mahkemenin bozmaya uymasından sonra yeni bir İçtihadı Birleştirme Kararı (09.05.1960 tarihli ve 21/9 sayılı YİBK) ya da geçmişe etkili bir yeni kanun çıkması karşısında, Yargıtay bozma kararına uyulmuş olmakla oluşan usulü kazanılmış hak hukukça değer taşımayacaktır. Benzer şekilde uygulanması gereken bir kanun hükmü, hüküm kesinleşmeden önce Anayasa Mahkemesince iptaline karar verilirse, usulü kazanılmış hakka göre değil, Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra oluşan yeni duruma göre karar verilebilecektir (HGK'nun 21.01.2004 tarihli ve 2004/10-44 E., 19 K.; 03.02.2010 tarihli ve 2010/4-40 E., 2010/54 K.).

Bu sayılanların dışında ayrıca görev, hak düşürücü süre, kesin hüküm itirazı, harç ve maddi hataya dayanan bozma kararlarına uyulmasında olduğu gibi kamu düzeni ile ilgili konularda usulü kazanılmış haktan söz edilemez (Kuru, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü – C. V, 6. b İstanbul 2001, s 4738 vd).

Usulü kazanılmış hakkın hukuki sonuç doğurabilmesi için bir davada ya taraflar ya mahkeme ya da Yargıtay tarafından açık biçimde yapılmış olan ve istisnalar arasında sayılmayan bir usul işlemi ile taraflardan biri lehine doğmuş ve kendisine uyulması zorunlu olan bir hakkın varlığından söz edilebilmesi gerekir.

4.2. Bir hakkın usulü kazanılmış hak oluşturması için bu hakkın doğması ve yargılama sırasında oluşması gerekir. Kısaca taraf bu durum ve olgu gerçekleştiği halde itiraz etmemiş olmalıdır. Nasıl doğmamış bir hak için vazgeçilmeyeceğine göre doğmayan bir hak da usulü kazanılmış hak oluşturmayacaktır.

4.3. İş kazası sonucu, tazminat oranının belirlenmesine esas malûliyet oranının tespiti, kısaca zararın tam olarak bilinmesi bir süreç olabilir. Hukuka aykırı bir eylem işlenilmesine karşın, onun doğuracağı zarar henüz ortaya çıkmamış(veya tam olarak belirlenmemiş), zararın ortaya çıkması için eylem tarihinden itibaren bir takım etkenlerin gerçekleşmesi veya belli bir zamanın geçmesi gerekiyor ise zararın bütün unsurlarıyla birlikte öğrenilmesi mümkün değildir. Oysaki zarar görenin mahkeme önünde ciddi bir dava açarak tazminat isteminde bulunabilmesi ve bu istemini objektif bir şekilde destekleyen, etkili gerekçelerini ortaya koyabilmesi için oluşan zararın niteliğini, kapsamını ve bütün unsurlarını öğrenmesi gerekir. O halde böyle bir süreç nedeni ile malûliyet oranı tam kesinleşmeden tazminata karar verilmesi halinde, bu tazminat miktarı zarar gören tarafından temyiz edilmese bile gelişen durum nedeni ile maluliyet oranı daha sonra tam olarak belirlenmiş ve farklı bir oran ise önceki tazminat miktarı karşı taraf lehine usulü kazanılmış hak teşkil etmeyecektir.

Gelişen durum kavramı salt zarar doğuran işlem ya da eylemin sonuçlarının gelişmesini ve bu nedenle zarar görenin bu konularda bilgi sahibi olabilmesinin zorunlu olarak bu gelişmenin tamamlanacağı ana kadar gecikmesini ifade eder (Hukuk Genel Kurulunun 06.11.2002 tarihli ve 2002/4-882 E., 2002/874 K.; 10.06.2015 tarihli ve 2014/21-282 E.,2015/1548 K.; 01.03.2017 tarihli ve 2014/21-2372 E., 2017/379 K. sayılı kararları). Diğer taraftan, iş kazası nedeniyle maddi tazminat davalarında aktüerya bilirkişi raporlarında işçinin ücreti ile birlikte karar tarihine yakın son asgari ücrette dikkate alınır.

Kısaca gelişen durum devam ediyor ise önceki malûliyet oranı, iş kazasına uğrayan işçi yönünden bağlayıcı olmayacağı gibi bu malûliyet oranına göre verilen tazminat davası kesin hüküm de teşkil etmeyecektir. Zira dava konusu tazminatın miktarı, malûliyet oranı ve tazminata esas ücretin miktarının değişmesi ile artmaktadır. Dolayısı ile dava konusu değişmektedir. Bu durumda da karar davacı tarafından temyiz edilmemiş olsa bile bozmadan sonra maluliyet ve ücrete göre dava konusu miktar değişmiş ise önceki karardaki miktar usulü kazanılmış hak oluşturmaz.

4.4. Diğer taraftan maddi tazminat hesapları yapılırken, en son bilinen ücret unsurlarının hesaplamada gözetilmesi gerektiğinden, hüküm gününe en yakın güne kadar yürürlüğe giren tüm asgari ücretlerin uygulanması gerekir. Daha önce bir veya

birkaç hesap raporu verilmiş olsa bile, dava bitinceye kadar yürürlüğe giren asgari ücretlerden dolayı yeniden ek rapor alınması zorunludur.

4.5. Maluliyet oranı gibi zararın hesaplanmasına ilişkin diğer bir unsur da ücrettir. Asgari ücretin artması halinde, karar tarihine yakın ücrette değişeceğinden, bu ücrete göre zararın hesaplanması gerekmektedir. Zira asgari ücret, kamu düzeni ile ilgili olduğundan, davanın her aşamasında uygulanması zorunludur. Bozmadan sonra dahi asgari ücretlerde artış olmuşsa, yeniden tazminat hesabı yapılması gerekir. Yargıç, bir istek olmasa dahi, yargılamanın her aşamasında asgari ücret artışlarını doğrudan dikkate almakla yükümlüdür. Davacı, bilirkişi raporuna itiraz etmemiş olsa dahi, sonradan yürürlüğe giren asgari ücretlerin uygulanması kamu düzeni gereği ve zorunlu olduğundan, davalı yararına usuli kazanılmış hak oluşmaz.

5. Somut uyuşmazlıkta davacı tarafın itiraz etmediği hesap, karar tarihine en yakın bilinen ücret üzerinden hesaplanmıştır. Karar davacı tarafından da temyiz edilmiştir. Bozmadan sonra karar tarihine yakın veriler alındığında, hesabın unsurları değişeceğinden, tazminat miktarı da elbette değişecektir. Davacı taraf bozmadan önceki ilk kararda bilinen ücret üzerinden hesaplanan tazminata itiraz etmemiştir. Ancak bu bilinen ücret bozmadan sonra değişecektir. Bir tarafın ilerde değişecek diye kararı temyiz etmesi hayatın olağan akışına uygun olmayacaktır. Zira karar onanmış olsa idi hesaplama bilinen ücrete göre hesaplandığından sorun olmayacaktır. Ancak bozmadan sonra değişen durum nedeni ile daha önce doğmayan hesaba esas unsur olan ücrete itiraz etmeme usulü kazanılmış hak oluşturmayacaktır. Sayın çoğunluğun bu yöndeki bozma nedenine katılmamıştır.