



UZMAN GÖRÜŞÜ RAPORU

Rapor No : 2016/2
Rapor Tarihi : 28.01.2016
Fatura Tarih/No : 28.01.2016 SeriA No:40163
Talepte Bulunan : Av. Y.Ş.
Talebin Konusu : İ.E. hakkında İzmir 33. Asliye Ceza Mahkemesinde 2015/...

Esas sayılı dosyada görülmekte olan davada, S.G.'nin ölümü ile sonuçlanan kazanın 4857, 6331 ve 5510 sayılı Yasa ile ilgili mevzuata göre incelenerek, kazanın niteliği ile kazadaki kusur durumu hakkında HMK 293'üncü maddeye göre görüş bildirilmesi.

I- İNCELEMeye ESAS BELGELER VE İLGİLİ MEVZUAT

A- İncelemelerde Esas Alınan Belgeler

İnceleme ve değerlendirmelerimizde, tarafımıza sunulmuş olan; Kaza ile ilgili olarak İzmir Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 2014/... numaralı soruşturması sırasında, Bornova İlçe Jandarma Komutanlığında, İzmir 33. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 07.07.2015 tarihli celsesinde alınmış ifadelerde yer alan tanık beyanları, Savcılık Soruşturması sırasında alınan 09.03.2015 tarihli bilirkişi kurulu raporu (ve bu rapor içeriğinde yer verilen uzman görüşündeki) tespit ve değerlendirmeler esas alınmıştır.

B- Hukuki Dayanak

Tarafımızca hazırlanan raporun hukuki dayanağı, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun *Uzman Görüşü* başlıklı 293'üncü maddesinde yer alan; "*Taraflar, dava konusu olayla ilgili olarak, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler. Sadece bu nedenle ayrıca süre istenemez....*"

Hükmü olup, talep konusunda uzmanlık alanlarımız içinde bulunan yönler itibariyle görüş bildirilmiştir.

C- Konu İle İlgili Mevzuat

1- Kazanın niteliği ve kazadaki kusur tespitinde esas alınması gereken 5510 sayılı Yasa'nın 4, 13, 21. maddeleri ile bu maddelerdeki hükümlerle paralel olarak 5510 sayılı Yasa öncesi 506 sayılı Yasa ve 1479 sayılı Yasalarda yer alan hükümler, iş sözleşmesi ve eser sözleşmesinin unsurları ile ilgili olarak Türk Borçlar Kanunu ve 4857 sayılı İş Kanununda yer alan hükümler ve bunlarla ilgili yerleşik Yargıtay içtihatları, 6331 sayılı Yasa'nın işveren ve alt işverenler ile çalışanlara yüklediği yükümlülüklerle ilgili düzenlemeler ve bunlara ilişkin iş ve sosyal güvenlik mevzuatında yer alan diğer alt düzenlemeler, inceleme ve değerlendirmelerde esas alınmıştır.

2- Mevzuatta iş kazasının tanımı 5510 sayılı Yasa'nın 13'üncü maddesinde yer almakta olup, benzer tanım 506 sayılı Yasa'nın 26'ncı maddesinde de aynı şekilde ve sadece işverene bağlı olarak hizmet akdi ile çalışan sigortalılar yönünden yer almaktadır.

Ancak, 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Yasa ile, daha önce 1479 sayılı Yasa'da serbest çalışanlar yönünden söz konusu olmadığı halde, 5510 sayılı Yasa'nın 13'üncü maddesindeki 4/b sigortalılarını da kapsayan hükümlerle, kendi adına serbest çalışanlar açısından da iş kazası kavramı olduğundan, işyerinde meydana gelen kazaların, çalıştıran ve çalışan arasındaki ilişkinin hukuki niteliğine göre 4/a kapsamında mı yoksa 4/b kapsamında mı iş kazası olduğunun

belirlenmesi gerekmektedir.

Zira, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa'sının *Kapsam ve istisnalar* başlıklı 2'nci maddesinin 2/ç fıkrasında yer alan; "**Çalışan istihdam etmeksizin kendi nam ve hesabına mal ve hizmet üretimi yapanlar.**" hakkında Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı hükmüne göre, işyerinde 5510 sayılı Yasa'nın 4/b maddesi kapsamında bulunan kişilerce yürütülen işlerde meydana gelen kazalarla ilgili olarak, 6331 sayılı Yasa hükümleri uygulanmadığından, bu tür iş kazalarında, kaza ile ilgili değerlendirmelerin genel hükümlere göre yapılması gerekmektedir.

3- Meydana gelen bir iş kazasının 5510 sayılı Yasa'nın 13'üncü maddesine göre, 4/a kapsamında mı yoksa 4/b kapsamında mı olduğunun belirlenmesinde esas alınması gereken, kazaya uğrayan kişinin işyerindeki çalışma biçimine göre çalıştıran ile arasındaki iş ilişkisinin niteliğidir. Kazalının iş sözleşmesi ile çalışıyor olması halinde aralarındaki ilişki hizmet sözleşmesine bağlı olduğundan kazanın kaza 4/a kapsamında iş kazası, kendi nam ve hesabına çalışıyorsa aralarındaki ilişki istisna akdine bağlı olduğundan 4/b kapsamında iş kazası olarak değerlendirilecektir.

İş sözleşmesinin tanımı ve unsurları 4857 sayılı İş Kanununun'un 8'inci maddesinde ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 393'üncü maddesinde yapılmış olup, bu tanımlara göre iş sözleşmesinin unsurları; **Bir işin görülmesi, işin ücret karşılığında görülmesi, işin işverene bağımlı olarak yürütülmesinden oluşmaktadır. Bu unsurlardan bağımlılık unsuru, iş sözleşmesini eser ve vekalet sözleşmesinden ayıran en ayırt edici unsurdur.** Bağımlılık unsuru, işçinin işin yapılması sırasında işverenin talimatlarına sıkı sıkıya bağlı olması ve işverence denetlenmesini ifade eder.

Yargıtay'ın yerleşik görüşlerinde de iş sözleşmesi ile istisna sözleşmesi arasındaki ayırmda bağımlılık unsuru esas alınmakta olup, hizmet sözleşmesinde *önemli yönün, işverenin her an denetim ve buyurma yetkisini kullanabilecek olması, çalışanın, edimiyle ilgili buyruklara uyma dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte teknik ve hukuki bir bağımlılığın bulunması, genel anlamda işverenin belirleyeceği yerde ve zamanda, işverence sağlanacak teknik destek ve işverenin denetim ve gözetiminde yapılan çalışma olan bağımlı çalışmada, işverenin yönetim (talimat verme) hakkı karşısında işçinin talimatlara uyma (itaat) borcu olduğu, bir işin görülmesi süreci içinde işçinin faaliyeti, çalışma şekli, yeri, zamanı ve işyerindeki davranışlarını düzenleyen talimatlar veren işverenin onu kişisel bağımlılığı altında tuttuğu* 1 kabul edilmektedir.

4- Yargıtay'ca, iş kazası ile ilgili tespit talepli davalarda;

"... **çalışma ilişkisinin istisna akdine dayanması halinde iş sahibinin, iş ve sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğü bulunmadığı**" 2,

"... **davalı U. Metal Sanayi Ltd. Şti işyerinin, sac ile çatı ve yan örtü kaplamalarının yapılması içinde hukuksal ilişkinin eser sözleşmesi olduğu, davacılar murisinin de aralarında bulunduğu 4 kişi tarafından üstlenilen işin yapımı içinde davalı U. M. Sanayi Ltd. Şti davacılar murisinin işvereni olmadığı, kazalının kendi adına bağımsız çalışması nedeniyle Bağ-Kur kaydının bulunmamasının, keza SGK Başkanlığının olayı iş kazası olarak değerlendirerek iş kazası sonucu ölüm nedeniyle hak sahiplerine gelir bağlamasının taraflar arasındaki hukuki ilişkinin mahiyetinin belirlenmesi ve değerlendirilmesi için yeterli olmadığı**"3,

"... **Binanın dış cephesinin boyanması şeklinde beliren somut çalışma ilişkisinde, belirli bir süre çalışmanın değil, bir sonucun meydana getirilerek, bağımsız bir varlığı değiştirmeye, işlemeye veya biçimlendirmeye yönelik edimin amaçlanmış olması, hizmet akdinin ayırt edici ve belirleyici özelliklerinin somut iş görme ilişkisinde bulunmaması karşısında, meydana gelen ölümlü zararlandırıcı olayın iş kazası olarak değerlendirilerek yazılı şekilde hüküm kurulmasının isabetsiz olduğu...**"4

1 T.C. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E. 2013/4466, K. 2014/3445, T. 24.2.2014 tarih ve sayılı kararı

2 T.C. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E. 2011/5857, K. 2011/12907, T. 3.10.2011 tarih ve sayılı kararı

3 T.C. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, E. 2008/4586, K. 2008/7667, T. 13.5.2008 tarih ve sayılı kararı

4 T.C. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2006/10-84, K. 2006/121, T. 29.3.2006 tarih ve sayılı kararı

Kabul edilmekte olup, kazalı ile çalıştıran arasındaki ilişkinin istisna akdine dayalı olması durumunda, çalıştıran işveren sıfatı taşımamakta, 6331 sayılı Yasanın 2'nci maddesinin 2/ç fıkrası hükmüne paralel olarak, çalıştıranın iş sağlığı ve güvenliği önlemi alma yükümlülüğü bulunmamakta ve bu çalışmada meydana gelen kaza (5510/4-a kapsamında) iş kazası sayılmamaktadır.

II- İNCELEMELER VE DEĞERLENDİRMELER

A- Kazanın Niteliği İle İlgili İncelemeler Ve Değerlendirmeler

1- Kaza ile ilgili olarak Jandarma, Savcılık ve Mahkemece alınan tanık beyanlarında ortak şekilde yer aldığı üzere ve KİK internet sayfasından yapılan sorgulama sonucuna göre;

Kaza, ... Genel Müdürlüğünce yapılan 201./.... ihale kayıt numaralı ihaleyi kazanan V.T.W.H firmasınınca yürütülen, Bornova İlçesi Kavaklıdere ... 1. Kısım İnşaatında, işin bir bölümünde inşaat işlerini üstlenen ... İnşaat firmasınınca işin yürütümü için gerekli olan kule vincin kurulumu sırasında meydana gelmiştir.

2- 5510 sayılı Yasa'nın 13'üncü maddesinin (a) ve (b) ve bentlerine göre kaza iş kazası niteliğinde bulunmaktadır. Ancak, ... inşaat firması ile kazalı arasında yapılmış yazılı bir sözleşme bulunmadığından, kazaya uğrayan S. G'nin 5510 sayılı Yasa'nın 4/a ve 4/b maddelerine göre sigortalı sayılan kişilerden hangi kapsamda olduğunun tespiti için taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin hizmet akdine mi yoksa istisna akdine mi dayalı olduğunun incelenmesi gerekmekte olup, bu konu aşağıda değerlendirilmiştir.

B- Sanık ve Kazalı Arasındaki Sözleşmenin Niteliği İle İlgili İncelemeler Ve Değerlendirmeler

1- İş kazası ile ilgili olarak Mahkemece alınan şüpheli ve tanık ifadelerinde yapılan işin niteliği ile ilgili beyanlar şu şekildedir:

İ.E. tarafından Mahkemece sanık olarak alınan ifadesinde; “... *birinci vinci getirip kurduk, işte yaptık, ikinci vinçte Ankara'dan kiralık olarak geldi, dava konusu olayın geçtiği şantiyeye indirildi, maktul ve ortağı olduğunu bildiğim S.A. vinci kurmak için bana ulaştılar, bu şahıslar Kule vinç operatörü olan A.E.A. vasıtasıyla bana ulaştılar ve vincin kurulumu işini Serçin ile görüşüp onlara verdim 2000 TL karşılığında anlaştım ...*”,

M.E. tarafından Mahkemece tanık olarak alınan ifadesinde;”*Maktul ve Serçin benim arkadaşım olurlar, birlikte çalışırız, olaydan önce başka bir işte birlikte çalıştık, bu işi de Serçin almıştı, bize teklif etti, birlikte bu işi kabul ettik, 2000 TL'ye anlaştık...*”, “... *maktul mekanikçiydi, ben elektrikçiydim, Serçin'de mekanikçiydi, ...*”,

S.A. tarafından Mahkemece tanık olarak alınan ifadesinde;”... *Ben vincin kurulumu ile ilgili somut bir kitapçık almadım okumadım ancak daha önceki işyerlerimizde okumuştum, makinanın kurulması ile ilgili yetki belgem vardır...*”, “...*İşi ayarlayan A.E.'dir, A.E'de dahil olmak üzere 4 kişi çalışıyorduk, her birimiz 500 TL alacaktık, A.E. kendisini arka planda gösteriyordu, işin olması işini A.E. sanıkla konuşmuş bizim haberim yoktur, sanık İ.'in benimle konuşması da tanışmamız da eski firmamız A. elektrikte çalışırken ilk vinci ben kurmuştum...*”, “...*suça konu vinç bazı parçaları revize görmüş, tam orjinal olmayan bir vinçtir, dört kişi para için ortaktık, 2.000 TL'yi dörde bölecektik, bu şekilde anlaştık...*”,

A.E.A. tarafından Mahkemece tanık olarak alınan ifadesinde;“... *maktul ve S. olaydan önce beni telefonla aramışlardı, önceki şirketten ayrıldıklarını, ayrı bir şirket kurduklarını söyledi, fatura kesebileceklerini dahi söylediler, ben olaydan önce S. ve S. ile bana avanta verirsiniz işi bağlarım dedim ve işi bağladım ancak sonra para almadım, para miktarı konuşulmadı...*”, “... *vinç kurulumu ile ilgili bir gün süre öngördük ve anlaştılar...*”,

F.T. (A. firması sahibi) Mahkemece tanık olarak alınan ifadesinde;“...*Maktul suç tarihinde önce benim işyerimde çalışıyordu, kendim makine bakım onarım servis işini yapıyorum, maktul*

benden ayrıldıktan sonra özel işler yapıyorlardı, maktul benim yanımda 8-10 yıla yakın çalışmıştır, ben vinç kurma işi yapıyorum, maktulde bu işleri 100-150 kez yapmıştır..."

Adı geçenlerin Savcılıkça ve Jandarma tarafından alınan beyanları da aynı yönde bulunmaktadır.

2- Bu beyanlara göre, İ.E. Tarafından ... İnşaat firması adına kiralanın kule vincin kurulumu işi için, adı geçenin 2.000,00 TL karşılığında S.A. ile anlaştığı, işe aracılık eden A.E. Adlı ... firması çalışanına da 500 TL verileceği, vincin montajında S.A., S.G. ve M.E. olmak üzere 3 kişinin çalıştığı, ancak her birinin ücretinin ayrıca belirli olmadığı ve kararlaştırılan ücretin iş karşılığı olduğu,

Vinç kurulumu işinde, kurulumu yapanlara işle ilgili olarak ... firmasınca talimat, emir verilmediği, montaj işinin işi alan kişilerce kendi planladıkları şekilde yapıldığı, vinç montajına yetkili olduklarına ilişkin belgeleri bulunduğu (kendi beyanlarına göre) ve kurulum için aldıkları eğitime göre işlerini yürüttükleri, montaj için ... firmasınca ekipman, alet ve edevat verilmediği, ... inşaat firmasına bağımlılıklarının işin 1-2 gün içinde bitirilmesi ve montaj bedeli ile sınırlı olduğu anlaşılmaktadır.

Yargıtay kararlarında yer verildiği üzere; Birbiri ile karıştırılan hizmet akdi ile istisna akdi (eser sözleşmesi) arasında ayırt edici özellik olarak, **baskın olan bilimsel ve yargısal görüşlere göre, hizmet akdinin ayırt edici ve belirleyici özelliği, "zaman" ile "bağımlılık" unsurları olup, zaman unsuru, çalışanın iş gücünü belirli veya belirsiz bir süre içinde işveren veya vekilinin buyruğunda bulundurmasını kapsamakta ve anılan sürede buyruk ve denetim altında (bağımlılık) edim yerine getirilmektedir. Bu bağımlılık ise, her an ve durumda çalışanın denetleme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene tanıyan, çalışanın edimi ile ilgili buyruklar dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte bir bağımlılıktır. Çalışan, iş gücünü belirli veya belirsiz bir zaman için çalıştırmanın buyruğunda bulundurmamakla yükümlü olmayarak, işveren buyruğuna bağlı olmadan sözleşmedeki amaçları gerçekleştirecek biçimde edimini görüyorsa, sözleşmenin amacı bir eser meydana getirmekse, çalışma ilişkisinin istisna akdine dayandığı kabul edilmektedir.**⁵

İşin içerik, kapsam ve niteliğine göre çalıştırın ve çalışan arasındaki ilişkide; çalıştırının her an denetim ve buyurma yetkisini kullanabilecek olması, **çalışanın, edimleri ile ilgili çalıştırının buyruklarına uyma dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte teknik ve hukuki bir bağımlılığın bulunması** ve genel olarak çalıştırının belirleyeceği yerde ve zamanda onun tarafından sağlanacak teknik destek ile onun denetim ve gözetiminde yapılması gereken çalışma ise **zaman ve bağımlılık unsurlarını bünyesinde barındırdığından**, bu durumda **hizmet akdinin var olduğu** kabul edilmektedir⁶.

3- Kurulan vinç ile ilgili teknik bilgi, sunulan belgeler içine bulunmamakla birlikte, inşaat yapım işinde kullanılan vinçlerin montajının, 5544 sayılı Kanunla kurulmuş olan Mesleki Eğitim Kurumunca hazırlanıp 10.07.2012 tarihli 28349 sayılı Mükerrer Resmi Gazetede⁷ yayınlanan Makine Montajcısı Seviye 4 Ulusal Meslek Standardında (REFERANS KODU / 12UMS0221-4) yer verilen esaslara ve standarttaki eğitimlere göre alınacak belgeye dayalı olarak yapılması gerekmektedir.

12UMS0221-4/16.05.2012/00 Makine Montajcısı Seviye 4 Ulusal Meslek Standardında, **2.1. Meslek Tanımı** başlıklı maddede Makine Montajcısı;

"Makine Montajcısı (Seviye 4); iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alarak, çevre koruma mevzuatı, kalite yönetim sistemi ve üretime ilişkin dokümanlara uygun olarak, çalışma yerini düzenleyen,

⁵ T.C. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E. 2007/24085, K. 2009/3263, T. 12.3.2009 tarih ve sayılı kararı

⁶ T.C. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E. 2014/4864, K. 2015/1276, T. 27.1.2015 tarih ve sayılı kararı

⁷

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/07/20120710m1.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/07/20120710m1.htm>

gerekli takım ve aparatlar ile montajı yapılacak ünite ve parçaları hazırlayan, makineyi oluşturan ünite ve parçaları iş emirlerine ve montaj talimatlarına göre birleştiren, montaj işlemlerinde tespit edilen hata ve uygunsuzlukları gideren, ölçü ve ayar aletleri ile test eden ve sonuçları raporlayan kişidir.

Makine Montajcısı (Seviye 4), montaj süreci içerisinde yürütülen tüm faaliyetlerin doğru, zamanında ve öngörülen kalite seviyesinde yapılmasından, birlikte çalıştığı kişilerin iş sağlığı ve güvenliği ilkelerine uygun çalışmasından ve koordinasyonundan ve kullandığı araç gereçlerin bakımından ve verimli kullanılmasından sorumludur.”

Şeklinde tanımlanmıştır. Bu düzenlemede, Makine montajcılığı işi, esasen bağımsız bir meslek grubu olarak tanımlanmakta, kendine özgü eğitim ve belgelendirme standardı olan, yürütülen işlerde başkası emrinde çalışılmadıkça, **iş güvenliği önlemlerini alma sorumlulukları bulunan**, yapılan işin niteliği gereği süreklilik arzetmeyen ve montajın tamamlanması ile kısa sürelerde biten, bu yönüyle işyerlerinde bu meslek grubunda sürekli istihdama ihtiyaç duyulmaması nedeniyle, esasen kendi nam ve hesabına bağımsız çalışma olgusunun ağırlıklı olduğu bir meslek grubu niteliği taşımaktadır.

4- Yapılan bu inceleme ve değerlendirmelere göre, İ.E.'in ... İnşaat firması adına kiralanmış kule vincin kurulumu işi için, 2.000,00 TL karşılığında S.A. ile yaptığı sözleşmedeki iş ilişkisi; Çalıştırana bağımlılık, emri ve talimat verme, malzeme ve ekipman sağlama, teknik ve hukuki bağlılık, işin süresi yönlerine göre hizmet akdinin zaman ve bağımlılık unsurlarını içermemesi, işin teknik yönden ve ilgili mesleki standart gereği çalışan tarafından kendi bilgi ve ekipmanları ile çalıştırana bağımlı olmaksızın, ondan emir ve talimat alınmaksızın, işle ilgili denetimine tabi olmaksızın yürütülmesi ve süresinin en fazla 1 - 2 gün olması, sonuçta bir eser meydana getirilmesi amacını taşıması nedenleriyle, tarafar arasındaki sözleşme istisna akdine dayalı bulunmakta ve **eser sözleşmesi niteliği taşımaktadır.**

S.A. ve montaj işi beraber yürüttükleri kişilerin sosyal güvenlik mevzuatı açısından 5510/4-b maddesi (Bağ-Kur'lu) kapsamında sigortalı olmaları, aksi halde kayıt dışı 4/b sigortalısı olduklarının kabulü gerekmektedir.

Buna göre meydana gelen kaza, **5510 sayılı Yasa'nın 4/a maddesi kapsamında iş kazası olmayıp**, İ.E.'e kaza nedeniyle 5510 sayılı Yasa'nın 21'inci maddesi kapsamında sorumluluk ve iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı kapsamında yüklenilebilecek kusur bulunmamaktadır.

III- SONUÇ VE GÖRÜŞ

İ.E.'in sanık sıfatı ile yargılandığı, İzmir 33. Asliye Ceza Mahkemesinde 2015/... Esas sayılı dosyada görülmekte olan davada, S.G.'nin ölümü ile sonuçlanan kazada kusur yönüyle yapılan inceleme ve değerlendirmelere göre;

İ.E.'in S.A. ile yapmış olduğu sözleşmedeki iş ilişkisinin istisna akdine dayalı olduğu ve aralarındaki sözleşmenin eser sözleşmesi niteliğinde olduğu,

İstisna akdine dayalı olarak yapılan çalışmada, İ.E.'in 4857 ve 5510 sayılı Yasa'lara göre işveren niteliği bulunmadığından, işin yürütümü ile ilgili 6331 sayılı Yasa'dan kaynaklanan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma konusunda sorumluluğu olmadığı,

Açılan nedenlerle S.G.'nin ölümü ile sonuçlanan kaza nedeniyle İ.E.'e yöneltilebilecek bir kusur bulunmadığı,

Görüşüne varılmaktadır.

Celal ÇALIŞ
Em. SGK İdari Başmüfettişi
İnsan Kaynakları - İş Güvenliği (C) Uzmanı