

FRANSIZ, ALMAN VE İSVİÇRE HUKUKLARINDA İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIĞI NEDENİYLE İŞVEREN SORUMLULUĞUNUN DÜZENLENMESİ

Doç. Dr. İlhan ULUSAN

İ.Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

I. FRANSIZ HUKUKUNDA

Fransız hukuk sistemi içinde işverenin iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan sorumluluğu çeşitli zaman evrelerinde değişik bir anlayış ve düzenleme ile ele alınmıştır.

Sosyal Güvenlik Sistemi ülkede uygulama alanı buluncaya değin, sorumluluğun tesisi, Fransız Medeni Kanununda haksız fiillere ilişkin md. 1382 vd. da yer alan hükümlerle sağlanmaktaydı. Bu dönemde hernekadar sık sık "risque (tehlike)" esnasından sözedilmekteyse da Fransız Medeni Kanununda yer alan 1382. maddenin bir genel hüküm olduğunu ve kusur esasına dayandığını belirtmek gerekir,

Konuyla ilgili olarak çıkartılan 9 Nisan 1898 tarihli kanun sorumluluğun temelini "mesleki tehlike (risque professionnel)" oluşturmaktadır¹. Ancak hemen işaret etmek gerekir ki, buradaki tehlike kavramı sorumluluğa vücut veren genel bir ilkeden çok, kanımızca

1) Kemal OĞUZMAN, İş Kazası veya Meslek Hastalıklarından Doğan Zararlardan İşverenin Sorumluluğu, İHFM., cilt XXXIV, sayı 1-4, 1969, s. 1-4 ve orada anılan Andr eu FILLIOL - Ren  LA-COSTE, *Code annot  de la securit  Sociale*, Paris 1958, s. 290-299; Andr  ROUAST - Poul DURAND, *S curit  sociale*, Paris 1960, s. 14, 331, 362; Jacques DOUBLET, *S curit  Sociale*, Paris 1964, s. 151; Jean BLAISE, *Reglementation du Travail et de la d mploi*, Paris 1966, s. 305.

iş kazasına neden olan makine ve tehlikeli güçlerin nesnel olarak nitelendirilmesine hizmet etmiştir. Gerçekten Fransız öğretisi sorumluluğun kurulmasında etkin olan düşüncenin daha çok menfaat olgusu olduğunu ileri sürmüştür. Bu düşünce biçimine göre, iş kazasına yol açan faaliyetten çıkar sağlıyan işveren, üretimin getirdiği zararlara, özellikle iş kazası sonunda beliren işçiye tazminat ödeme külfetine de katlanmalıdır. Görülüyor ki, 1898 tarihli kanuna ilişkin olarak yapılan bu yorum, kısaca "tehlike-menfaat ilkesi" diyebileceğimiz ilkeye dayalı olarak bir kusursuz sorumluluğun kurulmasını sağlamaya yönelmiştir².

1898 tarihli Kanunun taşıdığı önemli bir özellik de bir yandan tehlike-menfaat ilkesine dayalı bir sorumluluk esasını öngörürken, işvereni zararın tamamından sorumlu tutmayıp, zararın bölümsel olarak karşılanmasını sağlıyan belirli tazminat tutarları saptamış bulunmasıdır³.

Böylelikle, 1898 sayılı Kanunda Fransız Medeni Kanununun kusur ilkesine dayalı 1382. maddeye dayalı sorumluluk sistemi terkedilmiş; belli sınırlar için de işverenin kusursuz sorumluluğu kabul edilmiştir. Burada dikkati çeken yön, işverenin tazmin yükümlülüğünün sadece iş kazalarından doğan zarara özgün kılınmış olmasıdır. Gerçekten, ancak 25 Ekim 1919 tarihli kanunla meslek hastalıkları da iş kazasına ilişkin hükümlere bağlı kılınabilmiştir.

İşverenin sorumluluğuyla ilgili olarak ortaya çıkan üçüncü evreyi, ülkede Sosyal Güvenlik Sisteminin bir kanuna bağlandığı dönem oluşturur. Gerçekten, 30 Ekim 1946 tarihinde önce bir Sosyal Güvenlik Kanunu kabul edilmiş ve 10 Aralık 1956 tarihli Sosyal Güvenlik Kanunnamesi (Kodu) bunu kapsam itibariyle genişleterek işverenin sorumluluğunu da kapsayan bir yasal düzenleme niteliği kazandırmıştır.

-
- 2) OĞUZMAN, İşveren Sorumluluğu, s. 328; FEHİM ÜÇİŞİK, İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, İstanbul 1982, s. 325-326 (yayımlanmamış doçentlik tezi), Sarper SÜZEK, İş Güvenliği Hukuku, Ankara, 1985, s. 196 vd.
- 3) OĞUZMAN, İşverenin Sorumluluğu, s. 328; ÜÇİŞİK, s. 325, dn. 660; Kemal Tahir GÜRSOY, İşveren Sorumluluğu, AÜHFD., cilt XXXI, sayı 1-4, 1974, s. 188.

Sosyal Güvenlik Kodu'nun getirdiği sisteme göre, iş kazasına uğrayan işçi zararını işverenin prim ödemekle yükümlü bulunduğu Sosyal Güvenlik Kurumundan alır. Bunun dışında uğradığı zararları doğrudan işverenden talep edebilmesi, işverenin kast derecesinde kusurlu olmasına bağlıdır. İşçinin kazaya uğramasına işverenin değil o kimsenin müstahdeminin neden olması olasılığında müstahdemin kusurlu davranışı kast niteliğindeyse, işveren müstahdemin zarar verici eyleminden, kendisinin kusuru bulunmasa dahi Fransız Medeni Kanununun 1384. maddesi gereğince yine sorumlu tutulur⁴.

Görülüyor ki, işverenin iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan sorumluluğu, zararın meydana gelmesinde onun veya müstahdeminin kasıtlı davranmış olmasıyla mümkündür. Sosyal Güvenlik mevzuatının uygulama alanı dışında kalan bir zararın vukuu halinde, işveren, Fransız Yargıtayı'nın uygulamasına göre Fransız Medeni Kanunun genel hükümlerine göre (md. 82, 1384 Fransız MK.) sorumlu tutulabilecektir⁵.

II. ALMAN HUKUKUNDA

Alman Hukukunda İşverenin iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle sorumluluğunu incelerken iki ayrı zaman dilimini birbirinden ayırmak gerekir. Birinci dönem, sosyal sigorta mevzuatının değişikliğe uğramasından önceki safhayı oluşturur. İkinci dönem ise, sosyal sigortalar mevzuatında 1963 yılında yapılan değişiklikten günümüze değin uzanan safhadır.

1963 yılına değin yürürlüğünü korumuş bulunan dönemde⁶, işverenin iş kazası veya meslek hastalığından dolayı sorumluluğu, baştan yasa gereği sınırlanmıştı. Gerçekten Alman Sosyal Sigortalar Kanunun (Reichsversicherungsordnung = RVO) § 898 hükmüne göre, iş

4) Selâhattin Sulhi TEKİNAY, İş Kazalarından ve Meslek Hastalıklarından Dolayı İşverenin Sorumluluğunun Sınırlanması Meselesi, MHAD., 1968, yıl 2, S. 3, s. 79 vd.; OĞUZMAN, İşverenin Sorumluluğu, s. 329; ÜÇİŞİK, s. 331 vd. Ayrıca bkz. ATABEK, s. 277; GÜRSOY, İşverenin Sorumluluğu, s. 188.

5) TEKİNAY, İşverenin Sorumluluğu, s. 83; Karş. ÜÇİŞİK, s. 335 vd.

kazasına uğramış bir işçi, yasal sigorta sistemine bağlı olarak işletmesini sürdüren bir işverenden ilke olarak tazminat isteminde bulunamaz.

Ana kural işverenin sorumsuzluğu olmakla birlikte iki olasılığın gerçekleşmesi halinde işveren RVO § 544 anlamında bir iş kazasından ve RVO § 545 gereğince iş kazasıyla aynı hükümlere bağlı kılınan bir meslek hastalığından sorumlu tutulabilmektedir. *İlk olarak işçi* ya da onun ölümü halinde diğer hak sahipleri, ancak iş kazasına işverenin ya da yardımcısının kasten neden olduklarının *ceza mahkemesinin vereceği hükümle sabit olması* halinde işverenden tazminat isteminde bulunabilirdi. İşçinin veya onun ölümüyle diğer hak sahiplerinin işverene tazminat istemiyle başvurmalarını sağlayan ikinci olasılık ise, işçinin genel trafiğe (allgemeiner Verkehr), daha doğru bir deyişle herkesin gelip geçmesine yani umuma açık bir yere görevi gereği katılması sonucu iş kazasının doğması durumudur.

İşte bu iki durum gerçekleşmediği takdirde, işçi RVO § 903 hükmüne göre sosyal sigorta kurumunun ödediği kaza sigortası tazminatıyla yetinmek durumunda kalıyordu⁷.

Alman Sigorta Kanunu, işverene başvuru için gerekli gördüğü ve işverene atfedilecek kastın varlığını belirleyen ceza mahkemesi hükmünden bazı koşullarla sarfınazar edilebileceğini de hükme bağlamıştı. Gerçekten, işverenin ölümü veya gaipliğine karar verilmiş bulunulması ya da kişisel durumundan kaynaklanan nedenlerden dolayı ceza soruşturmasının yapılamadığı durumlarda ROV § 900 gereğince cezai bir hükmün varlığından vazgeçilebilmekteydi⁸.

6) Bu dönemde işverenin sorumluluğu geniş bilgi için bkz. Arthur NIKISCH, **Arbeitsrecht**, I. Band, 3. Auflage, Tübingen, 1961, s. 489-495; Ernst RUPPERT, **Arbeitsrecht**, Systematische Gesamtdarstellung für Studium und Praxis, 1. Auflage, Herford, 1977, s. 150; HUECK - NIPPERDEY, **Lehrbuch des Arbeitsrechts**, 6. Auflage, Berlin, s. 367.

7) Bu alandaki değişiklikler "Kaza Sigortasını Yeniden Düzenleyen Kanun" ile gerçekleşmiştir. Kanunun tam metni için bkz. 30.4. 1963, BGBl. I, s. 241.

8) NIKISCH, s. 489, dn. 57 de af nedeniyle cezanın düşmesi halinin istisnai hallerden sayılmayacağını, zira bu durumun işverenin şahsı ile ilgili olmadığını belirtmektedir. Ayrıca bkz. TEKİNAY, İşverenin Sorumluluğu, s. 83.

30.4.1963 tarihinde Alman Sigorta Kanununda yapılan değişikliklerle yukarıda değinilen ceza mahkemesi hükmü kaldırılmış ise de, işverenin sorumluluğu için aranan kast unsuru veya iş kazasının genel trafik içinde vukubulmuş olması koşulları aynen muhafaza edilmiştir⁹. Gerçekten, işverenin sorumluluğu ile ilgili özel hüküm niteliği taşıyan § 636 RVO nun söylemi şöyledir :

“İşveren, işyerinde çalışan sigortalılara, hısımlarına ya da geride kalanlarına karşı bunların irad istemi hakları bulunmasa dahi, diğer kanuni hükümlere göre, bir iş kazası sonucu doğan kişiye gelen zararını gidermeye, ancak iş kazasına kasıt ile neden olmuş veya iş kazası genel trafiğe katılım durumunda ortaya çıkmışsa, yükümlüdür. Sigortalının, hısımlarının ve geride kalanların giderim istemi, kanuna ve nizama göre iş kazası dolayısıyla sosyal sigorta kurumlarından aldığı ödemeler oranında indirilir. Aynı hüküm, kendi işverenlerinden başka bir işverenin işçisi durumunda olan sigortalıların, hısımlarının veya geride kalanlarının, bu işverene karşı tazminat talepleri için de geçerlidir”.

Bu hükümden de anlaşılacağı gibi, işverenin iş kazası ve meslek hastalığından dolayı sorumluluğu, kanun değişikliğinden sonra da sınırlı olma niteliğini korumaktadır¹⁰. Özellikle, iş kazasının işçinin genel trafiğe dahil olduğu bir durum içinde gerçekleşmesi olasılığı, Alman öğreti ve uygulamasında son derece dar bir biçimde yorumlanmaktadır. Gerçekten, işverenin işletme organizasyonu çerçevesinde işçilerini evden işletmeye veya işletmeden belirli çalışma yerlerine götürüp getirdiği düzenli seferler sırasında meydana gelen kazalar sonucu işverenin sorumluluğu kabul edilmemektedir¹¹. Başka bir deyimle RVO § 636 bu durumlarda uygulama alanı bulamamaktadır. Buna karşılık sigortanın güvencesi altında bulunan faaliyet ile kaza arasındaki bağlantının pek gevşek olduğu bazı istisnai durum-

9) Alfred SÖLLNER, *Arbeitsrecht*, 4. Auflage, 1974, s. 51.

10) Aynı kanıda : Wolfgang ZÖLLNER, *Arbeitsrecht*, München 1977, s. 151. Yazar, ihtimali kastın da (dolus eventualis) çok ender gerçekleşebileceğini belirtmektedir.

11) Alman Federal İş Mahkemesinin bu yöndeki kararı için bkz. BAG AP Nr. 1 § 636 RVO, Peter HANAU/Klaus ADOMEIT, *Arbeitsrecht*, 5. Überarbeitete Auflage, Frankfurt am Main, 1978, s. 151; ZÖLLNER, s. 151.

larda, örneğin işverenin işçisinin bir rastlantı sonucu işe birlikte götürmesi veya hatır için aracına kabul etmesi olasılıklarında, belirli bir iş ve işletme organizasyonu sözkonusu olmadığından, işverenin sorumluluğunun kabulü yönüne gidilmektedir¹².

RVO § 636 gereğince kabul edilen bu sınırlı sorumluluk Alman Federal İş Mahkemesinin İçtihatlarına göre kişiye gelen zararların yanısıra manevi zararı da kapsamaktadır¹³. Sosyal Sigorta alacağıının kapsamı dışında kalmasına karşın, sınırlı sorumluluk için öngörülen koşulların manevî zarara da yaydırılması öğretide tereddütle karşılanmıştır¹⁴. Grçekten özellikle işverenin ağır ihmali sonucu, bir bacağını yitiren bir işçinin somut durumda manevî tazminat talebinden yoksun kalmasının ağır bir sonuç olduğuna işaret edilmektedir.

Manevi tazminatın talep edilememesi, Alman Anayasa Mahkemesince, Anayasanın 3. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine uygun bulunmuştur. Bu sonuca varmaya yüksek mahkemeyi yönelten düşünce tarzı, işçinin işverenin kusursuz olması veya kast dışında kalmak koşuluyla bizzat kendi kusuruyla ya da üçüncü kişilerin davranışlarıyla meydana gelen iş kazalarında dahi, işçinin sigortadan zararlarının karşılanmasını isteyebilme olanağının varlığıdır¹⁵.

İşverenin iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle işverenin ancak çok istisnai durumlarda sorumluluğu cihetine gidilmesinin nedenleri öğreti ve uygulama tarafından hemen hemen birbirinin aynı şu düşüncelere dayandırılmaktadır¹⁶:

Kaza sigortasına ilişkin prim ödeme yükümlülüğü, kanuni bir mükellefiyet olarak işverene ait olduğuna göre, bu edimini yerine

12) ZÖLLNER, s. 151; Hans BROX, *Grundbegriffe des Arbeitsrechts*, Stuttgart, Köln, Mainz, 1977, s. 60.

13) Alman Federal İş Mahkemesi 8.12.1970 tarihli bir kararında manevî zarardan işverenin RVO § 636 gereğince ilke olarak sorumlu tutulmayacağını yeniden doğrulamıştır. bkz. BAG AP § 636 RVO'

14) ZÖLLNER, s. 152; SÖLLNER, s. 51, dn. 14.

15) Alman Federal Anayasa Mahkemesinin 7.11.1972 tarihli sözkonusu kararı için bkz. BVerfGE 34, 118, NJW 1973, 502, AP Nr. 6 § 636 RVO.

16) SÖLLNER, s. 51; ZÖLLNER, s. 151-152; HANAU/ADOMEIT, s. 151; TEKİNAY, *İşverenin Sorumluluğu*, s. 85; SÜZEK, s. 201.

getiren işvereni artık tazminat yükümü ile bağlı kılmak, yani ona bu konuda ek bir riziko yüklemek doğru olmaz. İşverene, iş kazası ve meslek hastalıklarına karşı prim ödeme yükümlülüğü getirilmesinin gerekçesi, işçisiyle arasında çıkabilecek uyuşmazlıklara baştan bir set çekilmek istenmesi düşüncesidir. Böylelikle işçi ve işverenler arasındaki iş barışının da sürekliliği ve dava yoluyla bozulmaması da sağlanmış olmaktadır¹⁷.

III. İSVİÇRE HUKUKUNDA

İsviçre Hukukunda da işverenin sorumluluğu ile ilgili esaslar birkaç evreden geçerek bugünkü duruma ulaşmıştır.

Bu konuda İsviçre hukuk sistemi içinde yer alan ilk aşama, ondokuzuncu yüzyılın sonlarına doğru, sınai kuruluşlarda vukubulan çok sayıda iş kazaları nedeniyle bunlardan doğan zararların tazmini için objektif sorumluluk sisteminin kabul edilmesidir. Bu konuda, önce tehlike ilkesine dayalı olarak kabul edilmiş özel yasalarla ölüm ve yaralanma hallerine özgü bir kusursuz sorumluluk esası benimsenmiştir. Gerçekten ilk önce 1 Temmuz 1875 tarihli "Demiryolu ve Buharlı Vapur İşletenlerin Sorumluluğu" ile ilgili yasada ölüm ve yaralanma hallerinde (cismanî zarar durumunda) kusursuz sorumluluk esası benimsenmiştir. Bunu, 5 Nisan 1894 tarihli Posta İdaresinin Sorumluluğuna İlişkin Kanun ve posta idaresiyle demiryolları ve buharlı vapur işletmesinin sorumluluğunu önceki yasaları düzelterek kabul eden 28 Mart 1905 tarihli kanun izlemiştir. 24 Haziran 1902 tarihli "Alçak ve Yüksek Takatlı Cereyanla İşleyen Tesislere İlişkin Kanun" bu alanda anılmaya değer düzenlemelerdir.

17) İşverenin, işçinin cismanî zararı dışında "şeye gelen zararlar" yönünden (Sachschaden) sorumluluğu bir özellik taşımamaktadır. Bu konuda işveren hizmet sözleşmesi veya haksız fiil nedeniyle kusur sorumluluğuna tâbidir. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. ZÖLLNER, s. 152; HANAU/ADOMEIT, s. 151; ZÖLLNER, s. 51. Belirtmek gerekir ki, Alman Federal Mahkemesi, işçinin kusuru olmaksızın işin mahiyeti gereği tehlikeye yatkın olması ve bundan bir zarar doğması halinde, tehlike ilkesine dayalı olarak işverenin kusursuz sorumluluğunu kabul etmektedir. 20.11.1961 tarihli ilke kararı için bkz. BAG AP Nr. 2 § 611 BGB = NJW 1962, 411.

İşverenin İşletme kazalarından doğan sorumluluğunu tesis eden ilk yasal düzenleme “Fabrikalardaki Çalışma ile İlgili Kanun”dur (das Bundesgesetz über die Arbeit in den Fabriken). 23 Mart 1877 tarihli bu kanunun 5. maddesine göre, işçilerin uğradığı iş kazalarında işverenin kusursuz sorumluluğu kabul edilmişti. İşveren, yani fabrika sahibi ancak zarar verici olayın mücbir sebepten veya zarar görenin kusurundan kaynaklanması halinde sorumluluktan kurtulabilmekteydi. 1877 tarihli kanunun taşıdığı bir özellik de ağır meslek hastalıklarını da iş kazasına örneksemiş olmasıdır¹⁸.

1877 tarihli kanun, 25 Haziran 1881 tarihli “Fabrika İşletmesine İlişkin Sorumluluk Kanunuyla” ilga edilmiştir. 26 Nisan 1887 tarihli bir Federal kanunla kusursuz sorumluluk esas fabrika dışındaki işletmelere de yaydırıldı, ancak sigortanın sorumluluğu da sınırlı yani maktu bir esasa bağlanmış oldu¹⁹.

1881 tarihli kanunla yürürlüğe konulan özel ve kollektif sigorta uygulamaları bir kenara bırakılırsa, işverenin sorumluluğu yönünden ikinci ve önemli evre, “İsviçre Kaza Sigortası Kurumunun (Schweizerische Unfallversicherungsanstalt = SUVA)” kurulmasıyla başlayan zorunlu kaza sigortası sisteminin uygulamaya konulmasıyla başlar²⁰.

Bu konuda temel hukuki düzenlemeyi, 13 Ocak 1911 de kabul edilmesine karşın, savaş nedeniyle ancak 30 Kasım 1917 tarihli bir kararla 1 Nisan 1918 de yürürlüğe giren “Hastalık ve Kaza Sigortası Hakkında Federal Kanun (Bundesgesetz über die Kranken-und Unfallversicherung = KUVG) oluşturmaktadır. Bu kanunla, 1887 tarihli kanun yürürlükten kalkmış ve işverenin prim ödemesine dayanan bir zorunlu sosyal sigorta sistemi uygulanmaya başlamıştır.

Hastalık ve Kaza Sigortaları Hakkında Kanunun konumuz yönünden getirdiği en önemli özellik, işçinin sigorta kapsamı dışında kalan ve genel hükümlere göre tazmini sözkonusu olan iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan zararlar bakımından sınırlı bir

18) Ayrıntılı bilgi için bkz. YILMAZ, s. 16 vd.

19) YILMAZ, s. 16-17; OĞUZMAN, İşverenin Sorumluluğu, s. 329-330; GÜRSOY, İşverenin Sorumluluğu, s. 189.

20) SUVA'ya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. YILMAZ, s. 162 vd.

işveren sorumluluğunu benimsemiş bulunmasıdır. Gerçekten, sözü geçen kanunun 123/II maddesine göre, işveren yükümlü bulunduğu sigorta primlerini ödemediği takdirde, iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle sorumluluğu onun zarara kasıt veya ağır ihmali ile neden olması halinde mümkündür. Daha doğru bir söyleyişle kast ve ağır ihmal olasılıkları dışında, primlerini ödemiş işverenden, ölüm veya beden tamlığının ihlali yani cismani zarar nedeniyle bu zararın sigorta tazminatı ile karşılanmıyan bölümünü talep edebilme olanağı mevcut değildir²¹.

Yukarıda kısaca anlatılan sınırlı sorumluluk, işverenin zarara sadece kendi kasdi veya ağır ihmale dayanan eylemleri ile neden olması durumunda değil, ayrıca işverenin yanında çalıştırdığı kimşelerin bir işletme kazasına neden olup, işverenin sorumluluğuna yol açmaları olasılığında da uygulama alanı bulmaktadır. (Art. 129 Abs. 2 KUVG).

İşverenin sorumluluğundaki *bu sınırlamanın belli başlı nedeni*, İsviçre Federal Mahkemesi'nin deyişiyle "Kazaya uğrayan kişinin veya geride bıraktıklarının kanuni sigortanın sağladığı yararları elde etmeleri ve işverenin de karşılığın edimini (Sosyal Sigorta - SUVA primlerini) ödemesidir"²². Böylelikle, mecburi kaza sigortası sistemi, işverenin sorumluluğunun yerine geçmektedir. Meğer ki işverenin davranışı kastlı veya ağır ihmale dayanmış bulunsun. Bunun yanı sıra, özellikle öğretilerde bu yolun çalışma barışını güvence altına aldığı zira sorumluluğun sınırlı tutulması nedeniyle normal olarak işçi ve

21) Genel olarak bkz. EDWIN SCHWEINGRUBER, **Kommentar zum Arbeitsvertrag des Schweizerischen Obligationenrechts**, Bern/Zürich, 1974; Karl OFTINGER, **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, Erster Band: Allgemeiner Teil, Dritte Auflage, Zürich, 1969, s. 386 vd.; Frank VISCHER, **Schweizerisches Privatrecht**, VII/1, (der Arbeitsvertrag), Basel und Stuttgart, 1977, s. 357; Alfred KELLER, **Haftpflicht im Privatrecht**, Bern 1970, s. 398 vd.; Manfred REHBINDER, **Schweizerisches Arbeitsrecht**, 5. neubearbeitete Auflage, Bern 1979, s. 84; YILMAZ, s. 23-25 ve özellikle s. 223 vd.; ÜÇİŞİK, s. 36 vd.; TEKİNAY, İşverenin Sorumluluğu, s. 85 vd.; OĞUZMAN, İşverenin Sorumluluğu, s. 329-330; EREN, s. 78-79; SÜZEK, s. 202-203.

22) BGE 72 II, 314. Ayrıca bkz. BGE 81 II 550.

işveren arasındaki uyuşmazlıkların ortaya çıkmasının önlenmesine işaret edilmektedir²³.

Bu açıklamaların doğal bir sonucu olarak, iş kazasına işveren veya yanında çalışanların hafif ihmallerinin yol açmaları halinde, sigorta kapsamı dışında kalan zararlar nedeniyle işverenin sorumlu olmadığı ortaya çıkmaktadır. Böyle bir durumda işletme kazası sonucu cismanî zarara uğrayan işçi mecburî mesuliyet sigortası çerçevesinde zararının tazmini tam olarak sağlamamış olsa dahi işverene genel hükümlere göre hiçbir şekilde başvurma olanağına sahip değildir.

Mecburi sigorta yardımıyla tazmin olunamayan zararlar yönünden KUVG § 129 Abs. 2 hükmü uygulanmaz ve bu durumda işverenin sorumluluğu genel hükümlere göre yani İsviçre Borçlar Kanununun (İBK.) 97 ve hizmet sözleşmesinde işverenin gözetim yükümü ile ilgili yeni 328/I ve II. -eski Art. 339- madde hükmüne uygun düşecek tarzda belirlenir. Mecburi sigortanın tazmin alanı dışında kalan malvarlığı zararları, özellikle işçinin iş kazası nedeniyle uğradığı şeye gelen zararlar (Sachschaden) ile manevi tazminat, (gönül alma=Genugtuung) KUVG Art. 129 Abs. 2 nin getirdiği sınırlamaya bağlı olmaksızın hizmet sözleşmesi gereği işverene yüklenmiş gözetim yükümüne aykırılık nedeniyle işverenden borca aykırılık (İBK. md. 97) nedeniyle talep olunabilir²⁴.

Manevi zarara uğrayan işçi veya onun ölümü halinde yakınları işverenden İBK md. 47 (OR Art. 47) gereğince manevi tazminat isteyebilirler. Manevi tazminat istemi için işverenin kast veya ağır ihmalinin yani ağır bir kusurun (grobes Verschulden) varlığı gerekli değildir. İsviçre Hukuk uygulamasındaki eğilime göre, işverenin hafif kusuru dahi manevi tazminat istemi için yeterlidir. Böyle bir durumda işverenin-hafif kusurunu ispat yükünün tazminat davacısı işçiye ait olduğunu belirtmek gerekir²⁵.

23) VICHER, s. 359; KELLER, s. 391; YILMAZ, s. 223 vd.

24) VISCHER, s. 359; REHBINDER, s. 84. Uygulamada bu hususa işaret eden İsviçre Federal Mahkemesi Kararları için bkz. BGE 72 II 311 ve 95 II 623 ve 625.

25) BGE 95 II 625; YILMAZ, s. 243-245; GÜRSOY, İşverenin Sorumluluğu, s. 191.

İşverenin mecburi sigorta sistemi içinde KUVG § 129 Abs. 2 çerçevesinde düzenlenmiş sınırlı sorumluluğunu belirledikten sonra, mecburi sigorta dışında yer alan yani İsviçre Borçlar Kanununun eski 333. maddesine, yeni 328. maddesine göre belirlenen sorumluluğuna kısaca gözatalım²⁶.

İBK. md. 328'e göre işveren, işçiye karşı bir koruma ve gözetme (kollama) yükümlülüğüne tabidir. Sözügeçen hükmün birinci fıkrasına göre, işveren işçinin kişiliğine saygı göstermek ve onu korumakla ödevlidir. Bunun yanısıra, işçinin sağlığı ile ilgili yeterli gözetimi sağlamak ve ahlaka uygun düşecek bir ortamın tesisine özen göstermek de işverenin ödevleri arasındadır (İBK md. 328/I).

İşverenin koruma ve gözetme (kollama) yükümlülüğünü yerine getirirken, bir takım önlemler alması doğaldır. İşverenin, işçinin yaşam ve sağlığına ilişkin olarak alacağı bu önlemler İBK. md. 328/II'nin söylemine göre deneyim (tecrübe) kurallarına göre alınması zorunlu bir nitelik taşımaktadır. Bunun yanısıra, işverenin alması zorunlu tedbirler, hizmet sözleşmesi ve hizmet edimine göre hakkaniyet çerçevesinde kendisinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere teknik yönden uygulanabilir ve işletmenin ya da ev yönetiminin (Haus-halt) gerekleriyle bağdaşabilir bir nitelik taşımaktadır.

İşveren, Borçlar Kanununun kendisine yüklediği bu ödevlere aykırı davrandığı takdirde, borca aykırılık nedeniyle sorumlu tutulur (İBK. md. 97). İşverenin sorumluluğunun gerçekleşebilmesi için borca aykırılığın işverenin kendisine düşen kollama yükümlülüğüne aykırı davrandığının ve bunun bir zarara yol açığının işçi tarafından kanıtlanması gerekir. Kollama yükümüne aykırılık ile, meydana gelen zararlı sonuç arasındaki uygun nedensellik bağının kanıtlanması da işçiye aittir.

İBK md. 328'nin getirdiği sorumluluk, bir kusur sorumluluğudur. Borç ilişkisi bir sözleşmeye dayandığından borçlu aleyhine kabul edilmiş kusur karinesi işverenin sorumluluğunda da etkisini gösterir. Gerçekten işçi işverenin kusurunu kanıtlamak zorunda değil-

26) Ayrıntılı açıklamalar için bkz. REHBINDER, s. 70 vd.; VISCHER, s. 347-351; KELLER, s. 338 vd.; SCHWEINGRUBER, Art. 328 Anm. 2; ayrıca bkz. OFTINGER, s. 434.

dir. Tam tersi işveren oluşan iş kazası veya meslek hastalığı sonucu doğan zarara kusuruyla sebebiyet vermediğini yani kusursuzluğunu kanıtlamak zorundadır.

İsviçre Federal Mahkemesi özellikle son yıllarda verdiği kararlarda, işverenin koruma ve gözetme (kollama) yükümlülüğünü, işçi yararına sonuç doğuracak tarzda ve geniş bir çerçevede yorumlamaktadır. Federal Mahkeme kararlarında, işverenin kollama yükümünün sadece mekanik eksikliklerle sınırlı olmadığını, gerçekleşebilme olasılığı öngörülme ve işçinin ağır kusuru bulunmama kaydıyla, işçinin kendi dikkatsizliğinin eseri sayılabilecek kazalardan dahi işverenin sorumlu tutulması gerekeceğini içtihat etmiştir²⁷.

Bu haliyle, Federal Mahkeme, işverenin sorumluluğunu işçinin ağır kusuru dışında kalan ve vukuu öngörülebilir işletme kazalarına da yaygınlaştırmış, zarar görenin kusuru dolayısıyla nedesellik bağının kesilmiş bulunabileceği yolundaki işveren savunmasını büyük ölçüde engellemiştir. Bazı yazarlarca mevcut hukuki sistemle bağdaşmadığı için yerilen bu tutum; bazı yazarlarca üretim sisteminin kişi üzerinde yarattığı bezdirici etkiyi de gözettiği için, tasvip görmektedir²⁸.

27) BGE 95 II 133; BGE 100 II 352. Ayrıca bkz. KELLER, s. 343'de yer alan İsviçre Federal Mahkemesi uygulamasına ilişkin yolama; karşı. GÜRSOY, İşverenin Sorumluluğu, s. 190-191; EREN, s. 91-92.

28) VISCHER, s. 358'de uygulamanın tutumunun bugünkü sınırlı üretimin özellikleriyle bağdaştığını ifade etmektedir. Öğretide özellikle Willy BAEHLER, **die Arbeitsgeberhaftpflicht gemäss Art. 339 des schweizerischen Obligationenrechts unter besonderer Berücksichtigung der Praxis des Bundesgerichtes**, Bern, 1961, s. 60'da uygulamanın tutumuna karşı çıkmaktadır.