

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK) ANABİLİM DALI**

**TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE GENEL TEHLİKE
SORUMLULUĞU**

Doktora Tezi

Özge YÜCEL

Ankara 2013

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK) ANABİLİM DALI

TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE GENEL TEHLİKE
SORUMLULUĞU

Doktora Tezi

Özge YÜCEL

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK

Ankara 2013

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK) ANABİLİM DALI

TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE GENEL TEHLİKE
SORUMLULUĞU

Doktora Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

.....
.....
.....
.....
.....
.....

.....
.....
.....
.....
.....
.....

Tez Sınavı Tarihi

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. (...../...../2013)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin

Adı ve Soyadı

İmzası

İÇİNDEKİLER

Kısaltmalar vii

Kaynakça xi

GİRİŞ

I- Konunun Sunumu..... 1

II- Konunun Sınırlandırılması 5

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK TEHLİKE SORUMLULUĞU

§1- Tehlike Sorumluluğunun Sorumluluk Hukuku İçindeki Gelişimi, Tehlike Sorumluluğunun Temelinde Yatan İlkeler ve İsnat Nedenleri..... 8

I- Tehlike Sorumluluğunun Sorumluluk Hukuku İçindeki Gelişimi 8

A- Tehlike Sorumluluğunun Sebep Sorumluluğu Olarak Ortaya Çıkışı..... 8

B- Tehlike Sorumluluğunun Kural-İstisna Olmasına İlişkin Tartışmalar 17

II- Tehlike Sorumluluğunun Temelinde Yatan Genel İlkeler ve İsnat Nedenleri..... 24

A- Tehlike Sorumluluğunun Temelinde Yatan Genel İlke ve Düşünceler 24

1- Hakkaniyet İlkesi..... 24

2- Dağıtıcı Adalet İlkesi..... 26

3- Sosyal Hukuk Devleti İlkesi 28

B- Tehlike Sorumluluğunun Temelinde Yatan İsnat Nedenleri..... 32

1- “Nimetinden Yararlanan Külfetine Katlanır” İlkesi..... 33

2- Tehlike İlkesi 34

3- “Denetleyebilen Sorumlu Olur” ya da Hâkimiyet İlkesi..... 39

§2- Yabancı Hukuk Düzenlerinde ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluğu..... 40

I- Genel Olarak..... 40

II- Yabancı Hukuk Düzenlerinde Tehlike Sorumluluğu 43

A- Fransız Hukukunda Tehlike Sorumluluğu	43
B- İtalyan Hukukunda Tehlike Sorumluluğu	46
C- Avusturya Hukukunda Tehlike Sorumluluğu	50
D- Alman Hukukunda Tehlike Sorumluluğunun Gelişimi	55
E- İsviçre Hukukunda Tehlike Sorumluluğunun Gelişimi	59
1- Tehlike Sorumluluğu Hallerinin Özel Yasalara Dayanması	59
2- İsviçre Medeni Kanunu Ön Tasarısının 50. Maddesine Göre Genel Tehlike Sorumluluğu	63
III- Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluğu	67
A- 1 Temmuz 2012 Öncesindeki Durum.....	67
B- 1 Temmuz 2012 Sonrasındaki Durum.....	77

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE GENEL TEHLİKE SORUMLULUĞUNUN HUKUKSAL NİTELİĞİ VE KOŞULLARI

§3- Türk Borçlar Kanunu'ndaki Tehlike Sorumluluğu Düzenlemesinin Hukuksal Niteliği ...	81
I- Genel Kural Niteliğinde Olması	81
A- Tehlike Sorumluluğunun Düzenlenmesinde Başvurulan Yollar.....	82
1- Tehlike Sorumluluğunu Özel Yasalarla Sınırlama.....	82
2- Tehlike Sorumluluğunu Kıyasla Genişletme.....	83
a- Tehlike Sorumluluğunda Kıyas Yasağı Görüşü	84
b- Kıyas Yasağının Aşılması	86
aa- Genel Olarak Görüşler ve Avusturya Örneği	86
bb- Bütüncül Kıyas ya da Münferit Hükümlerin Kıyası.....	89
3- Tehlike Sorumluluğunu Genel Kural Yoluyla Düzenleme	92

a- Genel Kural Lehinde ve Aleyhinde Görüşler	92
aa- Genel Kural Lehinde Görüşler	93
aaa- Eşit Risklere Eşit Muamele Yapabilme	93
bbb- Keyfi ve Sistemsiz Yasamanın Önüne Geçebilmesi	93
ccc- Kusur ve Olağan Sebepsiz Sorumluluklarını Rahatlatması.....	94
ddd- Hukukun Bilim ve Teknolojinin Gerisinde Kalmaması.....	95
bb- Genel Kural Aleyhinde Görüşler.....	96
aaa- Yasama Erkinin Gasbı	96
bbb- Hukuksal Güvenlik Kaygısı	97
ccc- Birey ve Girişim Özgürlüğünün Kısıtlanması	99
ddd- Ekonomik Katlanabilme Gücünü Zayıflatması	100
B- TBK 71 Açısından Değerlendirme.....	101
II- Genel Kuralın İkincil Nitelikte Olması	102
A- Genel Kuralı Düzenleme Biçimleri	103
1- Tehlike Sorumluluğunu Salt Genel Kural İle Düzenleme	103
2- Özel Düzenlemeler Yanında İkincil Nitelikte Genel Kural Öngörme.....	104
B- TBK 71 Açısından Değerlendirme	106
III- Yargıca Takdir Yetkisi Vermesi	107
IV- Kusur ve Sözleşme Sorumlulukları İle İlişkisi	112
A- Kusur Sorumluluğu İle İlişkisi	112
B- Sözleşme Sorumluluğu İle İlişkisi.....	116
§4- Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel Tehlike Sorumluluğunun Koşulları.....	117
I- İşletme Faaliyetinin Varlığı	117
II- İşletme Faaliyetinin Önemli Ölçüde Tehlikeli Olması	123
A- Genel Olarak Tehlikelilik	123

1- Tehlike ve Risk/Risiko Kavramları	123
2- Soyut-Somut Tehlikelilik.....	125
B- Önemli Ölçüde Tehlikelilik ve Unsurları	128
1- Nesnel Unsur: Yoğun Tehlike	132
2- Öznel Unsur: Önüne Geçilemez Derecede Tehlike	133
C- Önemli Ölçüde Tehlikeliliğin Ölçütleri.....	137
1- Sıkça ya da Ağır Zararlar Doğurmaya Elverişlilik	138
a- Sıkça Zarar Doğurmaya Elverişlilik.....	138
b- Ağır Zarar Doğurmaya Elverişlilik	140
2- Özel Tehlike Sorumluluğu Düzenlemelerindeki Tehlikeye Benzerlik.....	142
a- Tehlike Sorumluluğu Düzenlemelerindeki Tehlike Kaynakları	143
b- Benzerliğin Takdir Edilmesi	145
III- Karakteristik Rizikonun Gerçekleşmesi	147
A- Tehlike Kaynaklarında Karakteristik Rizikonun Belirlenmesi	151
B- TBK Madde 71 Açısından Karakteristik Riziko Koşulunun Değerlendirilmesi.....	154
IV- İşletme Faaliyetine Bağlı Karakteristik Rizikodan Doğan Zarar.....	156
A- Genel Olarak	156
B- Manevi Zarar	160
C- Çevre Zararı.....	163
V- Karakteristik Rizikonun Gerçekleşmesi ile Zarar Arasında Nedensellik Bağı.....	171
A- Nedensellik Bağının Belirlenmesi	171
1- Uygun Nedensellik Bağı Kuramı	175
2- Normun Koruma Amacı Kuramı.....	178
3- Değerlendirme	181
B- Nedensellik Bağının Kesilmesi	182

1- Mücbir Neden ya da Önüne Geçilemez Olay	183
2- Zarar Görene İsnat Edilebilen Eylem ya da Olgu	189
a- Zarar Görenin Etki Alanındaki Ağır Kusur ya da Karakteristik Riziko.....	190
b- Zarar Görenin Riski Göze Alması.....	193
3- Üçüncü Kişinin Etki Alanındaki Ağır Kusur ya da Karakteristik Riziko.....	196
VI- İşletmeye Hukuk Düzenince İzin Verilip Verilmemesinin Sorumluluğa Etkisi	198
A- İzin Verilen Riskin Doğurduğu Zarardan Sorumluluk	198
B- İzin Verilmeyen Riskin Doğurduğu Zarardan Sorumluluk	204
VII- Aranmayan Koşul: Kusur	207
A- Tehlike Sorumluluğunda Kusur Kavramı.....	207
B- Ek Kusur ve Sonuçları.....	209

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE GENEL TEHLİKE SORUMLULUĞUNDA

TAZMİNAT, MÜTESELSİL SORUMLULUK, İSPAT VE İSPAT YÜKÜ İLE

SORUMSUZLUK ANLAŞMALARI

§5- Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel Tehlike Sorumluluğunda Tazminat.....	213
I- Tazminatın Belirlenmesi	213
A- Genel Olarak.....	213
B- Tazminat Tutarına Üst Sınır Getirme Tartışması	214
1- Öğretideki Tartışma.....	214
2- Türk Hukukundaki Durum	216
C- “Uygun Bedelle Denkleştirme” Ölçütü	218
1- İzin Verilen Risk-İzin Verilmeyen Risk Ayrımı.....	218

2- Örtülü Kanun Boşluğu Görüşü	220
D- Tazminatın Genel Kurallar Çerçevesinde Sınırlandırılması.....	224
II- Tazminat Talebinin Tarafları	226
A- Tazminat Borçlusunun Belirlenmesi	226
1- Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Bağlantı Noktaları.....	226
a- Ayni Hâkimiyet İlişkisi	226
b- İşletme ya da Yürütme İlişkisi	229
2- TBK Madde 71’de Esas Alınan Bağlantı Noktaları	233
B- Tazminat Alacaklısının Belirlenmesi	237
III- Zamanaşımı	241
§6- Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel Tehlike Sorumluluğunda Müteselsil Sorumluluk, İspat ve İspat Yüğü ile Sorumsuzluk Anlaşmaları	246
I- Müteselsil Sorumluluk Esası	246
II- Rücu Düzeni.....	248
III- İspat ve İspat Yüğü.....	251
A- İspatın Konusu.....	251
B- İspat Yüğünün Bağlı Olduğu Kurallar.....	252
C- İspat Kolaylıkları	255
IV- Sorumsuzluk Anlaşmaları	262
SONUÇ	266
ÖZET	272
ABSTRACT	274

KISALTMALAR

ABGB	Avusturya Medeni Kanunu
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AJP/PJA	Aktuelle Juristische Praxis
AMG	Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln
Art.	Artikel
AtomG	Atomgesetz
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BBergG	Bundesberggesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE	Bundesgerichtsentscheidung
BGH	Bundesgerichtshof
BJagdG	Bundesjagdgesetz
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
Çev.	Çeviren
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DFCR	Draft Common Frame of Reference
E.	Esas
Eds.	Editor
E.T.	Erişim Tarihi
ECTIL	European Center of Tort and Insurance Law

EDMZ	Eidgenössische Drucksachen und Materialzentrale
EG	Europäische Gemeinschaft
Einf.	Einführung
ff.	ve devamı
FMR	Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
FS	Festschrift
Gerekçe	İsviçre Tasarısı Gerekçesi
GDO	Genetiği Değiştirilmiş Organizma
GenTG	Gentechnikgesetz
HAVE	Haftung und Versicherung
HD	Hukuk Dairesi
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HPD	Hukuki Perspektifler Dergisi
HPfIG	Haftpflichtgesetz
Hrsg.	Herausgegeben
İBK	İçtihadı Birleştirme Kararı
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
Jg.	Jahrgang
JJ	Juristen Jahrbuch
jur.	juristische
JZ	Juristische Zeitung
K.	Karar
Kommentar	İsviçre Tasarısı Hakkında Şerh
Krş.	Karşılaştırınız
K.T.	Karar Tarihi

KTK	Karayolları Trafik Kanunu
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
m.	Madde
NJW	Neue Juristische Woche
No.	Numara
Ob	Geschäftszahl für die Entscheidungen der OGH
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
OGH	Obergerichtshof
OR	Obligationengesetz (İsviçre Borçlar Kanunu)
PETL	Principles of European Tort Law
RabelsZ	Rabels Zeitschrift
RG	Resmi Gazete
RHG	Reichshaftpflichtgesetz
Rn.	Rand
S.	Sayı
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
StVG	Straßenverkehrsgesetz
SVZ	Schweizerische Versicherungs-Zeitschrift
SZ	Sammlung der Entscheidungen des Österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
T.	Tarih
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TMK	Türk Medeni Kanunu
tOR	Das türkische Obligationengesetz
UmweltHG	Umwelthaftpflichtgesetz

v.	versus
vd.	ve devamı
vs.	vesaire
VersR	Versicherungsrecht
WHG	Wasserhaushaltsgesetz
Y.	Yargıtay
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZGB	Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)
ZR	Zivilsenat (Zivilrecht)
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZVR	Zeitschrift für vergleichendes Recht

KAYNAKÇA

I- LİTERATÜR

Adams, Michael: Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung, Heidelberg 1985

Adler, Karl: Unverschuldetes Unrecht, Rektoratsrede gehalten in der Aula der K. K. Franz-Josephs-Universität in Czernowitz am 2. Dezember 1909, Wien 1910

Akçura Karaman, Tuba: “Haksız Fiil Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Unsurunun İrdelenmesi ve Tehlike Kuralı”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, 2004, 553-583

Akkayan Yıldırım, Ayça: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu”, İÜHFM, C. LXX, S. 1, 2012, 203-220

Atamer, Yeşim M.: Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması: Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, İstanbul 1996 (Sorumluluğun Sınırlandırılması)

Atamer, Yeşim M.: “Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirme ve Teklifler”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 6, 2006 (HPD), 8-37

Başözen, Ahmet: Medeni Usûl Hukukunda İlk Görünüş İspatı, Ankara 2010 (İlk Görünüş İspatı)

Başözen, Ahmet: “Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Tazminat Davalarında İspat Sorunları”, E-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S. 119, Ocak 2012, 1-49, <http://www.e-akademi.org/makaleler/abasozen-6.pdf> E.T.: 19.12.2012 (2012)

Başözen, Ahmet: “Genetiği Değiştirilmiş (GDO’lu) Ürünlerin Tüketilmesinden Kaynaklanan Zararlarda Nedenselliğin İspatına Yönelik İspat Sorunları”, E-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S. 97, Mart 2010, <http://www.e-akademi.org/makaleler/abasozen-2.htm> E.T.: 19.12.2012 (2010)

Bauer, Marianne: “Erweiterung der Gefährdungshaftung durch Gesetzesanalogie”, Beiträge zum Zivil- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70. Geburtstag am 24.Dezember.1975, herausgegeben von Werner Flume, Peter Raisch, Ernst Steindorf, Berlin 1975, 305-326

Bernasconi, Christophe: “Civil liability resulting from transfortier enviromental damage: a case fort he Hague Conference?”, http://www.hcch.net/upload/wop/gen_pd8e.pdf E.T.: 11.11.2012

Blaschczok, Andreas: Gefährdungshaftung und Risikozuweisung, Köln, Berlin, Bonn, München 1993

Bloomeyer, Arwed: “Medeni Usul Hukukunda Delillerin Takdiri”, çev. Turgut Akıntürk, AÜHFD, C. 25 S. 3-4, 1968, 167-178

Boller, Paul: Betrieb und Betriebsgefahr in den Verkehrshaftpflichtgesetzen, insbesondere im Eisenbahnhaftpflichtrecht, Zürich 1946

Brüggemeier, Gert: Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich - Ein Beitrag zur Europäisierung des Privatrechts, Berlin, Heidelberg 2006 (Haftungsrecht)

Brüggemeier, Gert: Prinzipien des Haftungsrechts – Eine systematische Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage, Baden-Baden 1999 (Prinzipien)

Brüggemeier, Gert: “Harmonisierung von Haftungsrecht durch Nicht-Harmonisierung: Entwicklungstendenzen im europäischen und deutschen Schadenersatzrecht”, Festschrift für Erwin Deutsch: Zum 70. Geburtstag, hrsg. von Hans Jürgen Ahrens u.a., Köln 1999 (FS Deutsch), 45-62

Buz, Vedat: “Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu”, BATİDER, C. XXIX S. 2, 2013, 19-57

Büyüksağış, Erdem: “Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler”, DEÜHFD, C. 8, S. 1, 2006, 1-19

Bydlinski, Franz: System und Prinzipien des Privatrechts, Wien und New York 1996

Caemmerer, Ernst von: “Das Verschuldenprinzip in rechtsvergleichender Sicht”, RabelsZ, 42, 1978, 5-27

Caemmerer, Ernst von: Reform der Gefährdungshaftung, Berlin und New York 1971 (Reform)

Canaris, Claus-Wilhelm: “Geschäfts- und Verschuldensfähigkeit bei Haftung aus “culpa in contrahendo”, Gefährdung und Aufopferung”, NJW, Heft 43, 1964, 1987-1993

Canaris, Claus-Wilhelm: Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, München 1997 (iustitia distributiva)

Canaris, Claus-Wilhelm: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964 (Lücken)

Conte, Giuseppe: Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache, Teil 1: Italienisch-deutsch, 2. Auflage, München 1971

Çetiner, Bilgehan: “Haftung des Motorzeughalters nach dem türkischen Recht unter besonderer Berücksichtigung der Gefälligkeitsfahrt”, *Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul*, C. 41, S. 58, 2009, 163-180

Däppen, Robert K.: Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529 OR, Herausgeber Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, 3. Auflage, Basel Genf München 2003, Art. 41

Demircioğlu, Huriye Reyhan: Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Ankara 2007

Deschenaux, Henri/Tercier, Pierre: Sorumluluk Hukuku, çev. Salim Özdemir, Ankara 1983

Deutsch, Erwin/Ahrens, Hans-Jürgen: Deliktsrecht – Unerlaubte Handlungen, Schadenersatz, Schmerzensgeld, 5. völlig überarbeitete und erweiterte Auflage, Köln 2009

Deutsch, Erwin: “Das neue System der Gefährdungshaftungen: Gefährdungshaftung, erweiterte Gefährdungshaftung und Kausal-Vermutungshaftung”, *NJW*, Heft 2, 1992, 73-77

Deutsch, Erwin: “Das Recht der Gefährdungshaftung, Juristische Ausbildung (Jura), Dezember 1983 (Jura), 617

Deutsch, Erwin: “Der Ersatz reiner Vermögensschäden”, *Civil Liability for Pure Economic Loss*, Edited by Efsthios K. Banakas, *Proceedings of the Annual International Colloquium*

of the United Kingdom National Committee of Comparative Law held in Norwich, September 1994, Bodmin 1996 (Civil Liability), 55-71

Deutsch, Erwin: “Methode und Konzept der Gefährdungshaftung”, VersR, Heft 1, 1971, 1.

Deutsch, Erwin: Allgemeines Haftungsrecht, 2. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1996 (Allgemeines Haftungsrecht)

Dietz, Florian: Technische Risiken und Gefährdungshaftung, Köln und Berlin 2006

Edis, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Bası, Ankara 1989

Edlbacher, Oskar: “Gedanken zur Vereinheitlichung des Rechts der Haftung für Betriebsgefahren”, ZVR, 1956, 2-5

Erdem, Mehmet: “Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Tehlike Sorumluluğu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumuu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011) Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul 2011, 217-226

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012 (Borçlar Hukuku)

Eren, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975 (Uygun İlliyet Bağı)

Erişgin, Nuri: Çevre Kirletenin Hukuksal Sorumluluğunda İlliyet Bağı, Ankara 2005 (Çevre Kirletenin Sorumluluğu)

Erişgin, Nuri: “Tehlike Sorumluluğunda Kıyas”, BATİDER, C. XX S. 3, 2000 (Kıyas), 83-104

Erişgin, Nuri: “Tehlike Bağı”, AÜHFD, C. XLIX S. 1-4, 2000 (Tehlike Bağı), 137-154

Ertay, Şeref: “Die Haftung des Umweltverschmutzers nach türkischem Umweltgesetz”, Festschrift für Erwin Deutsch: Zum 70. Geburtstag, hrsg. von Hans Jürgen Ahrens u.a., Köln 1999, 151-168

Esmein, Paul: “Fransız Hukukunda Motorlu Taşıt Araçlarının Sebep Oldukları Zararlardan Dolayı Sorumluluk”, çev. Ergun Özsunay, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 2 S. 3, 1968, 165-177

Esser, Josef: “Die Zweispurigkeit unseres Haftpflichtrechts”, JZ, 5, 1953, 129-134

Esser, Josef: Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, 2. unveränd. Auflage, München 1969 (Gefährdungshaftung)

Friedrich, Hans Peter: “Die Analogie als Mittel der richterlichen Rechtsfindung”, ZSR, Band 71, Heft 2, 1952, 439-467

Fuchs, Maximilian: Deliktsrecht – Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung des Rechts der unerlaubten Handlungen und der Gefährdungshaftung, 7. Auflage, Heidelberg 2009

Gassmann-Burdin, Rochus: Energiehaftung – Ein Beitrag zur Theorie der Gefährdungshaftung, Zürich 1988

Gözler, Kemal: Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, Ankara 1998

Griss, Irmgard: “Gefährdungshaftung, Unternehmerhaftung, Eingriffshaftung”, Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, Irmgard Griss, Georg Kathrein, Helmut Koziol (Hrsg.), Wien 2006, 57-66

Güriz, Adnan: Hukuk Başlangıcı, 9. Baskı, Ankara 2003

Gürsoy, Kemal Tahir: “Haksız Eylem (Fiil)den Doğan Talep Hakkı ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Dava Hakkının Telahuku), AÜHFD, C. 31 S. 1-4, 1974, 149-184

Hart, H. L. A.: Der Begriff des Rechts, aus dem Englischen von Alexander von Baeyer, Berlin 2011

Hedemann, Justus Wilhelm: Die Flucht in die Generalklauseln – Eine Gefahr für Recht und Staat, Tübingen 1933

Hehl, Susanne: Das Verhältnis von Verschuldens- und Gefährdungshaftung, Regensburg 1999

Honsell, Heinrich: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB, Herausgeber Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser, 3. Auflage, Basel Genf München 2006 (Basler Kommentar ZGB), Art. 1-4

Honsell, Heinrich: “Die Reform der Gefährdungshaftung”, ZSR, 1997, 1-17.

Hübner, Ulrich M.: Die Haftung des Gardien im französischen Zivilrecht, Karlsruhe 1972

İmre, Zahit: “Türk Hususi Hukukuna Göre Tehlikeli Eşyadan Doğan Mesuliyet”, Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı, İstanbul 1968, 421-478

İmre, Zahit: Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul 1949

Jacobi, Erwin: “Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe”, Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Victor Ehrenberg zum 30. März 192, Leipzig 1927, 1-39

Jäggi, Peter: Rapports et communications de la Société suisse des juristes 1967, Procès-verbal du 24 septembre 1967, ZSR, Band 86, II. Halbband, 1967, 754-756

Jansen, Nils: Die Struktur des Haftungsrechts, Tübingen 2003

Jarosch, Milan J.: Haftung bei Umweltschäden – Gefahrtragung und mögliche Versicherungsprodukte, Hamburg 2011

Jung, Walter: “Grundprinzipien und aktuelle Fragen des schweizerischen Haftpflichtrechts”, Deutsch-französisch-schweizerisches Colloquium über die Grundlagen und Funktionen des Haftpflichtrechts (Basel, den 1. und 2. November 1968) Referate und Verhandlungsprotokolle, herausgegeben von Frédéric-Edouard Klein, Zweisprachige Ausgabe, Basel und Stuttgart 1973, 93-149

Kaneti, Selim: Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul 2007 (Hukuka Aykırılık)

Kaneti, Selim: “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara 21-22 Ekim 1977, İstanbul 1980 (Kusur), 29-66

Karahasan, Mustafa Reşit: Sorumluluk Hukuku Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk – Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk, 6. Bası, İstanbul 2003

Karayalçın, Yaşar: Sistemler ve Hukuk Açısından Büyük İşletme, Ankara 1985

Katzenmeier, Christian: Nomos Kommentar BGB Schuldrecht, Band 2/2: §§ 611-853, herausgegeben von Barbara Dauener-Lieb, Werner Langen, 2. Auflage, 2012, vor §§ 823 ff

Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni TBK'ye Göre Hazırlanmış), Genişletilmiş 14. Bası, Ankara 2011 (Borçlar Hukuku)

Kılıçoğlu, Ahmet: "5846'daki Hatalı Bir Değişiklik Açısından Manevi Hakların İhlalinden Doğan Zararın Tazmini", FMR, C. 1 S. 3, 2001, 23-28

Kırca, Çiğdem: Ürün Sorumluluğu, Ankara 2007 (Ürün)

Kırca, Çiğdem: "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)", AÜHFD, C. 50 S. 1, 2001 (Örtülü Boşluk), 91-119

Koch, Bernhard A.: Die Sachhaftung, Berlin 1992

Koch, Bernhard A./Koziol, Helmut: "Austria", Unification of Tort Law: Strict Liability, Bernhard A. Koch, Helmut Koziol (Eds.), The Hague 2002 (Austria), 9-41

Koch, Bernhard A./Koziol, Helmut: "Comparative Conclusions", Unification of Tort Law: Strict Liability, Bernhard A. Koch, Helmut Koziol (Eds.), The Hague 2002 (Comparative Conclusions), 395-435

Korkusuz, Refik: "Hukukumuzda Tehlike Sorumluluğunun Uygulanması ve Yeni Borçlar Kanunu Tasarısındaki Düzenlemesi", Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2009, 149-207

Koziol, Helmut: "Austria – Causation under Austrian Law", Unification of Tort Law: Causation, ECTIL, J. Spier (Editor), The Hague 2000 (Causation), 11-21

Koziol, Helmut: "Der österreichische Entwurf eines neuen Schadenersatzrechts", HAVE, 2005 (HAVE), 313.

Koziol, Helmut: “Umfassende Gefährdungshaftung durch Analogie?”, Festschrift – Walter Wilburg zum 70. Geburtstag, Graz 1975 (FS Wilburg), 173-186

Koziol, Helmut: Grundfragen des Schadenersatzrechts, Wien 2010 (Grundfragen)

Köbler, Gerhard: Rechtsfranzösisch – Deutsch-französisches und französisch-deutsches, 4. Auflage, München 2004

Köbler, Gerhard: Rechtsitalienisch – Deutsch-italienisches und italienisch-deutsches, 2. Auflage, München 2004

Kötz, Hein/ Wagner, Gerhard: Deliktsrecht, 11. Auflage, München 2010

Kötz, Hein: “Gefährdungshaftung – Empfiehlt sich eine Vereinheitlichung und Zusammenfassung der gesetzlichen Vorschriften über die Gefährdungshaftung im BGB und erscheint es erforderlich, das Recht der Gefährdungshaftung weiterzuentwickeln?”, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band II, herausgegeben vom Bundesminister der Justiz, Köln 1981 (Gutachten), 1779-1834

Kötz, Hein: “Haftung für besondere Gefahr – Generalklausel für die Gefährdungshaftung”, AcP, Band 170, 1970, 1-41

Kötz, Hein: “Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung”, VersR, 33. Jg., Heft 25, 1982, 624-634

Kramer, Ernst: Juristische Methodenlehre, Bern 1998

Krause, Monika: Schmerzensgeld und Gefährdungshaftung im österreichischen, deutschen und schweizerischen Recht, jur. Dissertation, Universität Graz 1994

Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm: Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band Besonderer Teil 2. Halbband, 13. völlig neuverfaßte Auflage, München 1994 (Schuldrecht)

Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin und Heidelberg 1995 (Methodenlehre)

Lindbergh, Ernest: Internationales Rechtswörterbuch: Deutsch, Englisch, Französisch, Neuwied, Kriftel, Berlin 1993

Lühn, Hans: Empfiehlt sich die Regelung der Gefährdungshaftung in einer Generalklausel?, jur. Dissertation, Ludwig-Maximilians Universität zu München 1971

Mädrich, Matthias: Das allgemeine Lebensrisiko, Berlin 1980

Magnus, Ulrich: "Germany – Causation in German Tort Law", Unification of Tort Law: Causation, ECTIL, J. Spier (Editor), The Hague 2000, 63-73

Mataja, Victor: Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie, Leipzig 1888

Mayer-Tasch, Peter Cornelius: Politische Theorie des Verfassungsstaates, 2. Auflage, Wiesbaden 2009

Meier-Hayoz, Arthur: Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch Einleitung Art. 1-10 ZGB, herausgegeben von Arthur Meier-Hayoz, Bern 1966, Art. 1

Möller, Hans: "Zum Begriff der Umweltschäden insbesondere im öffentlichen Sektor", Probleme des Industrialismus in Ost und West – Festschrift für Hans Raupach, hrsg von Werner Gumpel und Dietmar Keese, München-Wien 1973, 439-455

Nipperdey, Hans Carl: “Die Generalklausel im künftigen Recht der unerlaubten Handlungen”, Grundfragen der Reform des Schadenersatzrechts, I. Arbeitsbericht des Ausschusses für Personen-, Vereins- und Schuldrecht der Akademie für deutsches Recht, Unterausschuß für Schadenersatzrecht, vorgelegt von H. C. Nipperdey, München und Berlin 1940 (Generalklausel), 36-49

Nipperdey, Hans Carl: “Erster Arbeitsbericht des Unterausschusses für Schadenersatzrecht (Leitsätze)”, Grundfragen der Reform des Schadenersatzrechts, I. Arbeitsbericht des Ausschusses für Personen-, Vereins- und Schuldrecht der Akademie für deutsches Recht, Unterausschuß für Schadenersatzrecht, vorgelegt von H. C. Nipperdey, München und Berlin 1940 (Reform), 11-16

Oertel, Christoph: Objektive Haftung in Europa, Tübingen 2010

Oftinger, Karl/Stark, Emil W: Schweizerisches Haftpflichtrecht Besonderer Teil, Band II/3
Übrige Gefährdungshaftungen, 4. Auflage, Zürich 1991

Oftinger, Karl/Stark, Emil: Schweizerisches Haftpflichtrecht Allgemeiner Teil, Band I, Zürich 1995

Oftinger, Karl/Stark, Emil: Schweizerisches Haftpflichtrecht Besonderer Teil, Band II/2, 4. Auflage, Zürich 1989

Oftinger, Karl: “Gefahr für die Gefährdungshaftung”, SJZ, Heft 1, 1956, 1-8

Ogorek, Regina: “Das Wortlaut des Gesetzes – Auslegungsgrenze oder Freibrief?”, Rechtsanwendung in Theorie und Praxis: Publikation über das Symposium zum 70. Geburtstag von Prof. Arthur Meier-Hayoz, Beiheft zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel 1993, 21-33

Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 6098 Sayılı TBK'ye Göre Güncellenip Genişletilmiş 9. Bası, İstanbul 2012

Pelloni, Giovanni: Privatrechtliche Haftung für Umweltschäden und Versicherung, Zürich 1993

Pfeiffer, Christian: Die Entwürfe für ein neues österreichisches Schadenersatzrecht – Fortschritt für Österreich und Vorbild für Deutschland?, Hamburg 2011

Principles of European Tort Law: Text and Commentary, European Group on Tort Law, Springer Verlag, Wien 2005 (PETL: Text and Commentary)

Reinhardt, Rudolf: “Die Billigkeitshaftung im künftigen Schadenersatzrecht”, Grundfragen der Reform des Schadenersatzrechts, I. Arbeitsbericht des Ausschusses für Personen-, Vereins- und Schuldrecht der Akademie für deutsches Recht, Unterausschuß für Schadenersatzrecht, vorgelegt von H. C. Nipperdey, München und Berlin 1940, 64-89

Reischauer, Rudolf: Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Peter Rummel, Band 2, Teilband 1, 3. Auflage, Wien 2007, §1306 II/2a

Reischauer, Rudolf/Spielbüchler, Karl/Welser, Rudolf: Reform des Schadenersatzrechts Band III Vorschläge eines Arbeitskreises, Wien 2008

Rey, Heinz: Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. überarbeitete und ergänzte Auflage, Zürich 2008

Rümelin, Max: Die Gründe der Schadenzurechnung und die Stellung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs zur objektiven Schadenersatzpflicht, Freiburg i. B. und Leipzig 1896

Schiemann, Gottfried: Erman Bürgerliches Gesetzbuch, herausgegeben von Harm Peter Westermann, Barbara Grunewald, Georg Maier-Reimer, 13., neu bearbeitete Auflage, Köln 2011, vor § 823

Schilcher, Bernd/Posch, Willibald: “Civil Liability for Pure Economic Loss: An Austrian Perspective”, Civil Liability for Pure Economic Loss, Edited by Efstathios K. Banakas, Proceedings of the Annual International Colloquium of the United Kingdom National Committee of Comparative Law held in Norwich, September 1994, Bodmin 1996, 149-179

Schlumprecht, Karl: Der Begriff der Gefahr und seine Verwertbarkeit für die Gefährdungshaftung, jur. Dissertation, Friedrich-Alexanders-Universität Erlangen 1927

Schlüchter, Fabio: Haftung für gefährliche Tätigkeit und Haftung ohne Verschulden – das italienische Recht als Vorbild für das schweizerische?, Bern und Stuttgart 1990

Schnyder, Anton K.: Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529, Herausgeber Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, 3. Auflage, Basel Genf München 2003, Art. 60

Schönenberger, Beat: “Generalklausel für die Gefährdungshaftung – ein sinnvolles Reformvorhaben?”, Risiko und Recht, Festgabe zum schweizerischen Juristentag 2004, hrsg von Thomas Sutter-Somm, Felix Hafner, Gerhard Schmid und Kurt Seelmann, Basel 2004, 171-194

Schwenzer, Ingeborg/Schönenberger, Beat: “Civil Liability for Purely Economic Loss in Switzerland”, Rapports suisses présentés au Xvème Congrès international de droit comparé Swiss Reports Presented at the XVth International Congress of Comparative Law, Bristol, 27

juillet au 1er août 1998, Publications de l'Institut suisse de droit comparé 34, Zürich 1998, 353-382

Sirmen, Lale: "Çevre Kanunu'na Göre Çevrenin Kirletilmesinden Doğan Sorumluluk", Ankara Barosu Dergisi, S. 1, 1990, 22-30

Sonnenberger, Hans J: "Vorentwurf einer Reform des Schuldrechts (droit des obligations, Art. 1101-1386 des Code civil) und des Verjährungsrechts (Art. 2234-2281 des Code civil)", Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, Heft 2, 2007, 421-427

Spindler, Gerald: Beck'scher Online-Kommentar BGB, Hrsg: Bamberger/Roth, Stand: 01.03.2011, Edition: 22, § 823, Rn 0.2

Sprau, Hartwig: Beck'sche Kurz-Kommentare Band 7 Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 71., neubearbeitete Auflage, München 2012, Einf. vor § 823

Stahlberg, Marion: Gefährdungshaftung für gefährliche Tätigkeiten – Eine rechtsvergleichende Untersuchung französischer Rechtsprechung zu Art. 1384 Abs. 1 Code civil mit deutscher Judikatur, Fulda 1975

Stark, Emil W: "Die weitere Entwicklung unseres Haftpflichtrechts", ZSR, Band 100, I. Halbband, 1981 (ZSR, 1981), 365-384

Stark, Emil W: "Probleme der Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts", ZSR, Band 86, II. Halbband, 1967 (ZSR, 1967), 1-192

Stark, Emil W: Ausservertragliches Haftpflichtrecht: Skriptum, 2. Auflage, Zürich 1988 (Ausservertragliches Haftungsrecht)

Stark, Emil W.: “Gedanken zur Widerrechtlichkeit als Haftungsvoraussetzung bei den Gefährdungshaftungen”, Festschrift für Erwin Deutsch: Zum 70. Geburtstag, hrsg. von Hans Jürgen Ahrens u.a., Köln 1999 (FS Deutsch), 349-360

Steininger, Barbara C.: Verschärfung der Verschuldenshaftung –Übergansbereiche zwischen Verschuldens- und Gefährdungshaftung, Wien 2007

Stobbe, Ulrich: Höhere Gewalt – eine rechtshistorische Untersuchung, Göttingen 1963

Strickler, Hanspeter: Die Entwicklung der Gefährdungshaftung: auf dem Weg zur Generalklausel?, Bern 1983

Sungurbey, İsmet: “Kararın Tahlili”, İstanbul Barosu Dergisi, C. XXXI S. 6, 1957, 159-165

Şenocak, Zarife: İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat, Ankara 2009

Tandoğan, Haluk: “Tehlike Sorumluluğu Kavramı ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Düzenlenmesi Sorunu”, BATİDER, C. X, S. 2, 1979, 291-321

Tandoğan, Haluk: “Tehlike Sorumlulukları Kavramı ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Düzenlenmesi Sorunu”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu, Ankara 15-16 Aralık 1978, İstanbul 1981 (Tehlike Sorumlulukları), 7-52

Tandoğan, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet), 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkıbası, İstanbul 2010 (Mesuliyet Hukuku)

Taşpınar, Sema: “Fiili Karinelerin İspat Yükü Dağılımındaki Rolü”, AÜHFD, C. 45 S. 1-4, 1996, 533-572

The Law Commission (Law Com. No. 32): Civil Liability for Dangerous Things and Activities, Her Majesty's Stationery Office, London 1970

Tholl, Frank: Gesteigertes Betriebsrisiko – Überlegungen zur Haftungsbeschränkung im Rahmen der Gefährdungshaftung, jur. Dissertation, Ludwig-Maximilians-Universität zu München 1999

Tiftik, Mustafa: Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural İle Düzenlenmesi Sorunu, 2. Baskı, Ankara 2005

Tunçomağ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku Cilt I Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976

Turgut, Nükhet: “Kirlenen Öder İlkesi ve Çevre Hukuku”, AÜHFD, C. 44 S. 1-4, 1995, 607-654

Türk Hukuk Lügâtı, Türk Hukuk Kurumu, 3. Baskı, Ankara 1991

Türkçe Sözlük, Dil Derneği, 3. Baskı, Ankara 2012

Türkmen, Ahmet: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III)”, İÜHFM, C. LXX, S. 2, 2012, 257-284

Uluslan, İlhan: Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, İstanbul 1977 (Fedakârlığın Denkleştirilmesi)

Uluslan, İlhan: “Çevre Etkisinden Doğan Zararlar ve Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara 21-22 Ekim 1977, İstanbul 1980 (Çevre Etkisi), 181-203

Ulusan, İlhan: “Gefährdungshaftung im Entwurf des türkischen Obligationengesetzbuch”, Rezeption und Autonomie: 80 Jahre türkisches ZGB – Journées turco-suissees 2006, herausgegeben von Büren/Emmenegger/Koller, Bern 2007, 75-89

Üçışık, Güzin: “Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural İle Düzenlenmesi”, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2009, 127-145

Ünal, Mehmet: “Manevi Tazminat ve Kusur”, AÜHFD, Cilt 35, Sayı 1-4, 1978, 397-437

Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Kurzkommentar, hrsg von Bundesamt für Justiz (Kommentar)

Wagner, Gerhard: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 5 Schuldrecht Besonderer Teil III §§ 705-853, 5. Auflage, München 2009, vor § 823

Weber, Helmut: Kausalitätsbeweis im Zivilprozess: Kausalität, Beweiswürdigung und Beweismass, Beweiserleichterungen vornehmlich im Blick auf den Schadenersatzprozess wegen unerlaubter Handlungen, Tübingen 1997

Weitnauer, Hermann: “Der haftungsfreie Raum des Menschen ist eng”, Tutzinger Studien, hrsg von Evangelische Akademie Tutzing, I. Halbjahresband, München Wien 1969 (Tutzinger Studien), 117-139

Weitnauer, Hermann: “Entwicklungslinien des Haftungsrechts”, JJ, Band 4, 1963/64, 214-242

Werro, Franz/Palmer, Vernon Valentine/Hahn, Anne-Catherine: “Strict Liability in European Tort Law: An Introduction”, The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law, Eds.

Franz Werro and Vernon Valentine Palmer, in the series “The Common Core of European Private Law”, Durham 2004, 3-35

Werro, Franz: “Tort Liability for Pure Economic Loss: A Critique of Current Trends in Swiss Law”, Civil Liability for Pure Economic Loss, Edited by Efstathios K. Banakas, Proceedings of the Annual International Colloquium of the United Kingdom National Committee of Comparative Law held in Norwich, September 1994, Bodmin 1996, 181-196

Wetzel-Omansen, Martin: Verteilungsgerechtigkeit im Rahmen der Gefährdungshaftung nach dem Arzneimittelgesetz, Berlin 1996

Widmer, Pierre/Wessner, Pierre: Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht, Bern (EDMZ) 2000 (Gerekçe)

Widmer, Pierre/Wessner, Pierre: Stellungnahme zum schweizerischen Vorentwurf eines Bundesgesetzes über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts samt erläuterndem Bericht, erstattet von Franz Bydlinski, ECTIL (unveröffentlicher Bericht) (Stellungnahme)

Widmer, Pierre: “Die Vereinheitlichung des schweizerischen Haftpflichtrechts”, ZBJV, Band 130, 1994 (Vereinheitlichung), 385-407

Widmer, Pierre: “Gefahren des Gefahrensatzes – zur Problematik einer allgemeinen Gefährdungshaftung im italienischen und schweizerischen Recht”, ZBJV, Band 106, Nummer 8, 1970, 289-323

Widmer, Pierre: “La réforme du droit de la responsabilité civile”, AJP/PJA, Band 9, 1992, 1086-1104

Widmer, Pierre: “Standortbestimmung im Haftpflichtrecht”, ZBJV, Band 110 Nummer 8, 1974, 289-330

Widmer, Pierre: “Switzerland – Causation under Swiss Law”, Unification of Tort Law: Causation, ECTIL, J. Spier (Editor), The Hague 2000 (Causation), 105-122

Widmer, Pierre: “Switzerland”, Unification of Tort Law: Strict Liability, Bernhard A. Koch, ECTIL, Helmut Koziol (Eds.), The Hague 2002 (Strict Liability), 323-350

Wilburg, Walter: Die Elemente des Schadensrechts, Marburg 1941

Wilhelmi, Rüdiger: Risikoschutz durch Privatrecht - eine Untersuchung zur negatorischen und deliktischen Haftung unter besonderer Berücksichtigung von Umweltschäden, Tübingen 2009

Will, Michael: Quellen erhöhter Gefahr: rechtsvergleichende Untersuchungen zur Weiterentwicklung der deutschen Gefährdungshaftung durch richterliche Analogie oder gesetzliche Generalklausel, München 1980

Winiger, Bénédicte: “Die Risiko-Haftung im Entwurf des türkischen Obligationengesetzes”, Rezeption und Autonomie: 80 Jahre türkisches ZGB - Journées turco-suissees 2006, herausgegeben von Büren/Emmenegger/Koller, Bern 2007, 91-106

Yılmaz, Süleyman: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler”, AÜHFD, C. 59, S. 3, 2010, 551-578

Yoon, Seok-Chan: Die Gefährdungshaftung für moderne Techniken – zugleich eine Stellungnahme zum neuen Schadenersatzrecht, Frankfurt 2002

Yung, Walter: “Grundprinzipien und aktuelle Fragen des schweizerischen Haftpflichtrechts”, deutsche Übersetzung von Matthias Burckhardt, Deutsch-französisch-schweizerisches

Colloquium über die Grundlagen und Funktionen des Haftpflichtrechts, herausgegeben von Frédéric-Edouard Klein, Zweisprachige Ausgabe, Basel und Stuttgart 1973

Zacher, Hans F.: “Sozialstaatsprinzip”, Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft: Zugleich Neuauflage des Handwörterbuchs der Sozialwissenschaften, Siebter Band Sozialismus bis Technischer Fortschritt, hrsg. von Willi Albers . . ., Göttingen 1977, 152-159

Zacher, Hans F.: “Was können wir über das Sozialstaatsprinzip wissen?”, Hamburg, Deutschland, Europa, Beiträge zum deutschen und europäischen Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Hans Peter Ipsen zum siebzigsten Geburtstag, herausgegeben von Rolf Stödter und Werner Thieme, Tübingen 1977, 207-270

Zöllner, Wolfgang: “Gefährdungshaftung wohin?”, Festschrift Heinz Krejci zum 60. Geburtstag, 2. Band, hrsg. Erwin Bernat, Elisabeth Böhler, Arthur Weilingen, Wien 2001, 1355-1369

Zweigert, Konrad/Kötz, Hein: Die Haftung für gefährliche Anlagen in den EWG-Ländern sowie in England und den Vereinigten Staaten von Amerika – ein rechtsvergleichendes Gutachten, Tübingen 1966

II- İNTERNET SAYFALARI

<http://conventions.coe.int/treaty/ger/Treaties/Html/150.htm> E.T.: 11.11.2012

<http://www.admin.ch/ch/f/rs/220/a56.html> E.T.: 06.12.2012

http://www.anadolusigorta.com.tr/Files/pdf/site/Urunler/SR_503.pdf E.T.: 10.12.2012

http://www.rechtin.de/gesetz/immaterieller_schaden_paragraph_253_bgb_buergerliches_gesetzbuch_gegenueberstellung_01-08-2002_263748.html E.T.: 26.09.2012

<http://www.taek.gov.tr/uluslararasi/cok-terafli-anlasmalar-sozlesmeler/140-nukleer-enerji-alaninda-ucuncu-sahislara-karsi-hukuki-sorumluluga-iliskin-paris-sozlesmesi.html>

E.T.:

12.11.2012

<http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2009/2009-01-21.html>

E.T.: 03.03.2013

<http://www.justiz.gv.at/web2013/html/default/8ab4a8a422985de30122a91ca4c362bf.de.html>

E.T.: 11.07.2013

III- MAHKEME KARARLARI

AIHM Öneriyıldız/Türkiye Davası, Başvuru No: 48939/99, 30.11.2004, www.kazanci.com
E.T.: 10.12.2012

BGE 106 II 75, K.T.: 11.03.1980, Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, 77, www.swisslex.ch E.T.: 01.11.2012

BGE 109 II 304, Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeleitentscheide/Band_109_1983/BGE_109_II_304.html E.T.: 17.12.2012

BGE 79 II 66, Schlüchter, 292

BGE 96 II 108, Schlüchter, 292

BGE 64 II 260, Schlüchter, 291-292

BGE 79 II 66, Schlüchter, 291-292

BGE 82 II 25, Schlüchter, 291-292

BGE 90 II 86, Schlüchter, 291-292

BGE 93 II 92, Schlüchter, 291-292

BGE 93 II 230, Schlüchter, 291-292

BGE 93 II 329, Schlüchter, 291-292

BGE 95 II 96, Schlüchter, 291-292

BGE 110 II 456, Schlüchter, 291-292

BGH, 20.12.2005 - VI ZR 225/04, BGH VersR 2006, 416

BGH, 25.01.1971, III ZR 208/68, BGHZ 55, 229

BGH, 29. 4. 1960 - VI ZR 113/59 (München), NJW, 1960, 1345

OGH SZ 22/110, 16.08.1949, 2 Ob 155/49, www.ris.bka.gv.at E.T.: 15.10.2012

OGH SZ 31/46, 20.02.1958, 7 Ob 13/58, www.ris.bka.gv.at E.T.: 15.10.2012

RG T. 20.12.1991, RG T. 11.03.2010, RG T. 09.05.2010, www.resmigazete.gov.tr E.T.: 10.12.2012

Y. 15. HD E. 1975/2313 K. 1975/3366 T. 02.07.1975, www.kazanci.com E.T.: 10.12.2012

Y. 21. HD E. 2002/7847 K. 2002/8012 T. 03.10.2002, www.kazanci.com E.T.: 07.10.2012

Y. 21. HD E. 2003/1465 K. 2003/1721 T. 06.03.2003, www.kazanci.com E.T.: 07.10.2012

Y. 21. HD E. 2010/11670 K. 2011/4482 T. 10.05.2011, www.kazanci.com E.T.: 07.10.2012

Y. 21. HD E. 2010/6121 K. 2012/1133 T. 06.02.2012, www.kazanci.com E.T.: 10.12.2012

Y. 3. HD E. 1997/5127 K. 1997/5664 T. 09.06.1997, www.kazanci.com E.T.: 10.12.2012

Y. 3. HD E. 2012/20731 K. 2012/24805 T. 03.12.2012, www.kazanci.com E.T.: 09.05.2013

Y. 4. HD E. 1985/4294 K. 1985/7382 T. 04.07.1985, www.kazanci.com E.T.: 07.10.2012

Y. 4. HD E. 1985/4294 K. 1985/7382 T. 04.07.1985, www.kazanci.com E.T.: 07.10.2012.

Y. 4. HD E. 2003/12540 K. 2004/7006 T. 01.06.2004, www.kazanci.com E.T.: 20.12.2012

Y. 4. HD E. 2009/14285 K. 2010/11605 T. 9.11.2010, www.kazanci.com E.T.: 10.12.2012

Y. 4. HD E. 2010/8689 K. 2011/10308 T. 11.10.2011, www.kazanci.com E.T.: 10.12.2012

Y. 4. HD E. 2011/159 K. 2012/3755 T. 08.03.2012, www.kazanci.com E.T.: 10.12.2012

Y. HGK E. 1977/10-807 K. 1978/374 T. 10.05.1978, www.kazanci.com E.T.: 07.10.2012

Y. HGK E. 1986/9-722 K. 1987/203 T. 18.03.1987, Oğuzman/Öz, 2012, 236-237

Y. HGK E. 1995/11-122 K. 1995/430 T. 26.04.1995, www.kazanci.com E.T.: 10.12.2012

Y. HGK E. 1996/4-588 K. 1996/831 T. 27.11.1996, Kırca, Ürün, 43-44

Y. HGK E. 2010/21-36 K. 2010/67 T. 03.02.2010, www.kazanci.com E.T.: 07.10.2012

Y. HGK E. 2010/4-77 K. 2010/82 T. 17.02.2010, www.kazanci.com E.T.: 10.12.2012

Y. İBK E. 1957/1 K. 1957/3 27.03.1957, İstanbul Barosu Dergisi C. XXXI S. 6, 1957, 154-158

GİRİŞ

I- Konunun Sunumu

Tezimizin konusunu oluşturan genel tehlike sorumluluğu, hem Türk hukukunda hem de Avrupa hukukunda özellikle son yüzyılda gündemden düşmeyen bir sorumluluktur. Türkiye ve Avrupa dışında Sovyet hukukunda, Amerikan hukukunda da izlerine rastlanan genel tehlike sorumluluğu bu açıdan karşılaştırmalı hukukun dikkat çeken bir konusu haline gelmiştir. Bu nedenle tezimizde çeşitli hukuk düzenlerinde tehlike sorumluluğunun düzenlenme biçimlerine işaret etmek konunun Türk hukukunda anlaşılmasına yardımcı olacaktır.

Esasında genel tehlike sorumluluğu, tehlike sorumluluğu olarak ifade edilen bir tür kusursuz sorumluluğun düzenlenmesinde başvurulan yöntemlerden biri ve en tartışmalı olanıdır. Genel tehlike sorumluluğunun anlaşılabilmesi, değerlendirilebilmesi, yorumlanabilmesi için öncelikle tehlike sorumluluğunun ne olduğunu, gelişimini, tehlike sorumluluğu hakkında öğretilerde bu zamana dek süregelen tartışmaları bilmek gerekir. Çünkü genel tehlike sorumluluğu, tehlike sorumluluğunun özel bir görünümüdür. Tehlike sorumluluğu, her şeyden önce bir tazminat sorumluluğudur. Tazminat sorumluluğu sözleşmesel ilişkilere dayanabileceği gibi böyle bir ilişki söz konusu olmaksızın da kendini gösterebilir. Sözleşme dışı tazminat sorumluluğu alanında hukuka aykırı eylem ya da müdahalelerden doğan zararların tazmini büyük bir önem taşır. Öyle ki sözleşme dışı tazminat sorumluluğu denildiğinde sıklıkla haksız fiiller yani hukuka aykırı olarak doğan zararların tazmini akla gelir. Tehlike sorumluluğu da hukuka aykırı olarak

doğan zararların tazmini alanında yer alır. Bu açıdan hukuka uygun olarak doğan zararın hakkaniyet gereği denkleştirilmesini ifade eden fedakârlığın denkleştirilmesi kurumundan açıkça ayrılır.

Tehlike sorumluluğu öğretide sık sık nesnel sorumluluk olarak anılır. Bunun nedeni sorumluluğun kusur, özen, denetim gibi öznel unsurlara dayanmaksızın doğrudan faaliyet ya da nesne, zarar, nedensellik bağı gibi nesnel unsurlara dayanmasıdır. Bilindiği gibi tehlike sorumluluğunun dışında başka kusura bağlı olmayan sorumluluk halleri de bulunmaktadır. Ancak bunların çoğu İsviçre ve Türk hukukunda “olağan sebep sorumluluğu” olarak adlandırılır. Bunlar kusura bağlı olmasa da özen, denetim yükümünün yerine getirilmediği karinesine dayanan ve aksi kanıtlanabilen sorumluluk halleridir. Oysaki tehlike sorumluluğunda böyle bir kurtuluş kanıtı getirme olanağı bulunmamaktadır. Sorumlu olduğu ileri sürülen kişi ancak doğan zarar ile kendi sorumluluğu altındaki eylem ya da nesnenin karakteristik rizikosu arasında nedensellik bağının bulunmadığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Öte yandan tehlike sorumluluğu doğrudan tehlike yaratma olgusuna dayanan bir kusursuz sorumluluktur. Tehlike sorumluluğunun gelişimi kusur ilkesi karşısında tehlike ilkesinin ayrı, özgün bir sorumluluk ilkesi olarak kabul edilmesini sağlamıştır¹.

Tehlike sorumluluğu kusuru kural, kusursuz sorumluluğu istisna olarak kabul eden hukuk düzenlerinde salt özel yasal düzenlemeler aracılığıyla yer alır ve istisnaların genişletilemeyeceği düşüncesinin egemen olduğu hukuk düzenlerinde bu

¹ Bkz. Atamer, Yeşim M.: “Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirme ve Teklifler”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 6, 2006 (HPD), 22.

özel düzenlemelerin kıyası olanaklı olmaz. İstisnaların genişletilebilmesine sıcak bakılan hukuk düzenlerinde ise, özel tehlike sorumluluğu düzenlemeleri, hakkında düzenleme bulunmayan durumlar için kıyasla uygulanır. Bazı hukuk düzenlerinde ise kural-istisna kabulü terk edilerek tehlike sorumluluğu kusur sorumluluğu gibi genel bir kural olarak düzenlenir. Genel tehlike sorumluluğu, tehlike sorumluluğunun genel bir kural olarak öngörülmesi anlamına gelmektedir. Türk hukukunda 1 Temmuz 2012 gününde yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu ile birlikte genel tehlike sorumluluğu kabul edilmiştir. Türk hukukunda genel tehlike sorumluluğu hakkındaki tartışmalar henüz olgunlaşmamış iken ve bu konuda en az düzeyde görüş birliği sağlanmamış iken böyle bir düzenlemenin kabul edilmesi hem şaşkınlık uyandırmış hem de nasıl uygulanacağı konusunda kuşkulara, belirsizliklere yol açmıştır. Tezimize genel tehlike sorumluluğunun konu olarak seçilmesinin nedeni de hem kuramsal hem de pratik düzlemde var olan belirsizlikleri en az düzeye indirmek ve böylece konuya açıklık getirerek uygulamaya yorum konusunda yol göstermektir.

Üç bölümden oluşan tezimizin ilk bölümünde öncelikle tehlike sorumluluğunun sorumluluk hukuku içindeki yeri, niteliği ele alınarak bu sorumluluğun temelindeki isnat temelleri ve sorumluluğun dayandığı ilkeler ortaya konularak irdelenecektir. Bu bölümde ortaya konulan görüşler tehlike sorumluluğunun gerekli olup olmadığı, gerekliyse nasıl düzenlenmesi gerektiği konularında da yol gösterici olacaktır. Özellikle tehlike ilkesi, hakkaniyet düşüncesi, sosyal devlet, dağıtıcı adalet ilkelerinin tehlike sorumluluğu için taşıdığı anlam tehlike sorumluluğunun nasıl bir sorumluluk olduğunu ve diğer sorumluluk türlerinden nasıl ayrıldığını belirlemede bize yardımcı olacaktır. Bu bölümde ayrıca tehlike sorumluluğunun gelişimi, yani geçmişten bugüne hukuk düzenlerinde aldığı

yol, öğretide tehlike sorumluluğu hakkında yapılan tartişmalar, mahkemelerin tehlike sorumluluğu hakkında takındığı tavır ve emsal nitelikteki kararları üzerinde durulacaktır. Öncelikle yabancı hukuk düzenlerinde tehlike sorumluluğunun gelişimi ve bugünkü durumu anlatılacak, daha sonra Türk hukukunda Türk Borçlar Kanunu öncesindeki hukuksal durum, öğretide yer alan görüşler ve mahkeme kararları ile desteklenerek ortaya konulacaktır. Tehlike sorumluluğunun gelişimi hakkında ortaya konulan bilgiler ve değerlendirmeler bize tehlike sorumluluğunun değişik hukuk düzenlerinde farklı görünümleri olduğunu gösterecektir.

 kinci bölümde Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen genel tehlike sorumluluğunun niteliği tartişılacaktır. Bu bağlamda tehlike sorumluluğunun düzenlenmesinde başvurulan yöntemler açıklanarak Türk Borçlar Kanunu'nda hangi yönteme başvurulduğu, öngörülen soyut düzenlemenin nasıl somutlaştırılabileceği irdelenecektir. Ayrıca genel tehlike sorumluluğunun sözleşme sorumluluğu ve kusur sorumluluğu ile ilişkisi tartişılarak bu sorumluluklar arasında bir yarişma söz konusu olup olmadığı ve genel tehlike sorumluluğunun kusur sorumluluğunu nasıl etkileyeceği irdelenecektir. Bu bölümde ayrıca Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen genel tehlike sorumluluğunun doğması için aranan koşullar ortaya konularak bunlar ayrıntılı olarak açıklanacaktır. Özellikle “ nemli ölçüde tehlikelilik”, “işletme faaliyeti”, zarar, nedensellik bağı gibi kavramların açıklanması uygulamada sorumluluğun kapsamını ve sınırlarını netleştirmeye yardımcı olacaktır.

Son olarak üçüncü bölümde Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen genel tehlike sorumluluğunun koşulları mevcut olduğunda doğan tazminat borcunun niteliği, kapsamı, takdirinde başvurulacak ölçütler ele alınacaktır. Bu bölümde özellikle düzenleme metnindeki “uygun bedelle denkleştirme” ifadesinden ne

anlaşılması gerektiği tartışılacaktır. Bu tartışma ve varılacak sonuçlar, tehlike sorumluluğunun Türk hukukundaki varlığı açısından yaşamsal önemdedir. Bu bölümde ayrıca sorumluluk hukuku açısından önem taşıyan ispat yükü, zamanaşımı, müteselsil sorumluluk, rücu düzeni, sorumsuzluk anlaşmaları gibi konular ele alınacaktır.

II- Konunun Sınırlandırılması

Tezimizin konusu genel tehlike sorumluluğu olmakla birlikte çerçevesini Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülen düzenleme oluşturmaktadır. Diğer bir deyişle tezin amacı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen genel tehlike sorumluluğunun niteliğini, anlam ve amacını ortaya koymak, sorumluluğun koşullarını ve sonuçlarını irdelemek ve açıklamak, yasal düzenlemedeki sorunlara işaret ederek bu sorunları tartışmak ve uygulamada ortaya çıkması olası sorunların çözümü için ipuçları sunmaktır. Bu nedenle tez iki açıdan sınırlandırılmaktadır: Birincisi tehlike sorumluluğu tüm ayrıntılarıyla değil genel tehlike sorumluluğunun anlaşılması için gerekli olduğu ölçüde ele alınacaktır. Diğer bir ifadeyle tehlike sorumluluğunun genel kural dışındaki görünümleri, örneğin özel tehlike sorumluluğu düzenlemeleri ya da kıyas yasağının genel kural bulunmaksızın aşılması ya da içtihadın geliştirdiği tehlike sorumluluğu örnekleri üzerinde ayrıntılı olarak durulmayacaktır. Bu konular yeri geldikçe ve genel tehlike sorumluluğunun niteliğini ortaya koyma açısından gerekli olduğu ölçüde ele alınacaktır.

İkinci olarak genel tehlike sorumluluğu Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenleme açısından ele alınacaktır. Genel tehlike sorumluluğunun koşulları ve sonuçları Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeye göre tartışılarak belirlenecektir.

Yabancı hukuk düzenlerindeki düzenlemeler, Türk hukukundaki genel tehlike sorumluluğunun temelini oluşturmaları nedeniyle ve Türk hukukundaki genel tehlike sorumluluğunun niteliğinin, kapsamının, koşullarının ve sonuçlarının belirlenebilmesi amacıyla ve gerektirdiği ölçüde incelenecektir. Özellikle Türk Borçlar Kanunu'ndaki genel tehlike sorumluluğu düzenlemesinin İsviçre hukukunda Prof. Dr. Pierre Widmer ve Prof. Dr. Pierre Wessner tarafından hazırlanan yasa tasarısındaki genel tehlike sorumluluğuna ilişkin düzenlemenin esas alınarak yapılan birkaç değişiklikle meydana getirildiği ve Türk yasa koyucunun esas itibarıyla yasa maddelerini tekrardan öteye geçmeyen madde gerekçelerinin de söz konusu düzenlemeyi yorumlamakta yetersizliği göz önüne alınacak olursa sözü edilen Widmer tasarısının akademik nitelikli gerekçesi ve Widmer tasarısındaki düzenlemenin ele alındığı bilimsel yayınların Türk hukukundaki genel tehlike sorumluluğunun anlaşılmasında, yorumlanmasında ve mevcut aksaklıkların giderilmesinde çok değerli bir kılavuz niteliğini taşıdığı kolaylıkla anlaşılacaktır. Öte yandan, İtalyan hukukundaki genel tehlike sorumluluğu düzenlemesinin Fransız hukukundan farklı olarak “nesneyi” değil de “faaliyeti” temel alması nedeniyle İtalyan hukukundaki genel tehlike sorumluluğuna ilişkin tartışmalar, “işletme faaliyetini” temel alan TBK madde 71 açısından yol gösterici niteliktedir. Buna karşılık Amerikan hukukunda içtihadın geliştirdiği tehlike sorumluluğu tezimiz açısından ikincil önemdedir, bu nedenle ayrı bir başlık altında ele alınmayıp yeri geldiğinde değinilmiştir.

Sorumluluk hukukunda genel geçerliği olan nedensellik bağına kesen nedenler, ispat ve ispat yükünün bağlı olduğu kurallar, tazminat tutarının belirlenmesinde dikkate alınan hususlar, tazminatta indirim yapılmasını gerektiren

nedenler, zamanaşımı, rücu, sorumsuzluk kayıtları gibi konular tüm ayrıntılarıyla değil, genel tehlike sorumluluğu için özel önem taşıdığı ölçüde ya da genel tehlike sorumluluğu bakımından farklılık taşıyan hususlar bakımından ele alınmaya gayret gösterilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK TEHLİKE SORUMLULUĞU VE TEHLİKE

SORUMLULUĞUNUN GELİŞİMİ

§1- Tehlike Sorumluluğunun Sorumluluk Hukuku İçindeki Gelişimi, Tehlike Sorumluluğunun Temelinde Yatan İlkeler ve İsnat Nedenleri

I- Tehlike Sorumluluğunun Sorumluluk Hukuku İçindeki Gelişimi

A- Tehlike Sorumluluğunun Sebep Sorumluluğu Olarak Ortaya Çıkışı

Sorumluluk kavramından geniş anlamıyla bir kişinin başkasına verdiği zararı giderme yükümlülüğü anlaşılır². Mataja'ya göre sorumluluk hukukunun sadece iki amacı bulunmaktadır. Bunlardan biri zarar tehlikesini olabildiğince önlemeye çalışmak³, diğeri gerçekleşen zararı adaletin gerekleri ve makroekonomik çıkarlar açısından en uygun taşıyıcı olarak görünen kişiye yüklemektir (önleme ve tazmin amaçları)⁴. Bu amaçlar hangi zararların önlenmesi ya da tazmin edilmesi gerektiği

² Deschenaux, Henri/Tercier, Pierre: Sorumluluk Hukuku, çev. Salim Özdemir, Ankara 1983, 1; Tandoğan, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet), 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkıbası, İstanbul 2010 (Mesuliyet Hukuku), 3; Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012 (Borçlar Hukuku), 490.

³ Erişgin, çevre sorunlarında öncelikli olanın eski hale getirmenin değil, zararı önleme amacı olduğunu belirtmektedir. Erişgin, Nuri: Çevre Kirlenenin Hukuksal Sorumluluğunda İlliyet Bağı, Ankara 2005 (Çevre Kirlenenin Sorumluluğu), 5.

⁴ Mataja, Victor: Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie, Leipzig 1888, 19; Brüggemeier, Gert: Prinzipien des Haftungsrechts – Eine systematische Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage, Baden-Baden 1999 (Prinzipien), 3; Schlüchter, Fabio: Haftung für

konusunda verilecek kararı belirler⁵. Sorumluluk hukukunun genel olarak işlevi ise hareket özgürlüklerinin sınırlarının çizilmesi ya da korunmaya değer yasal çıkarların tanımlanması ve çıkarların ihlal edilmesini tazminat yaptırımıyla önlemektir⁶. Sorumluluk hukuku birbiriyle çatışan politik amaçları dengelemek zorundadır⁷. Zira herkesin menfaati birbiriyle çatışır ve menfaatlerin dengelenmesi belli hukuksal değerlerin tercih edilmesini gerektirir.

Sorumluluk hukuku kavramı dar ve geniş anlamda olmak üzere iki ayrı şekilde anlaşılabilir. Geniş anlamda sorumluluk hukuku, taraflar arasında kurulmuş olan borç ilişkilerinden doğan sorumluluk yanında haksız fiillerden ya da hukuka uygun fiillerden doğan zararların denkleştirilmesini içeren sözleşme dışı sorumluluğu

gefährliche Tätigkeit und Haftung ohne Verschulden – das italienische Recht als Vorbild für das schweizerische?, Bern und Stuttgart 1990, 286; Caemmerer, Ernst von: “Das Verschuldenprinzip in rechtsvergleichender Sicht”, *RabelsZ*, 42, 1978, 6-7. Aynı yönde bkz. Kılıçoğlu, Ahmet: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni TBK’ye Göre Hazırlanmış)*, Genişletilmiş 14. Bası, Ankara 2011, 303; Eren, *Borçlar Hukuku*, 514-515. Aksi görüş için bkz. Yung, Walter: “Grundprinzipien und aktuelle Fragen des schweizerischen Haftpflichtrechts”, deutsche Übersetzung von Matthias Burckhardt, *Deutsch-französisch-schweizerisches Colloquium über die Grundlagen und Funktionen des Haftpflichtrechts*, herausgegeben von Frédéric-Edouard Klein, Zweisprachige Ausgabe, Basel und Stuttgart 1973, 100. Yazara göre sorumluluk hukukunun temel amacı zararı gidermektir, önleme ve karşılık verme ilkeleri düzenlemelerin yorumlanmasında ve uygulanmasında etkili olmaması gereken ikincil nitelikte düşüncelerdir. Yung, 100-102.

⁵ Brüggeimer, *Prinzipien*, 3; Eren, *Borçlar Hukuku*, 515.

⁶ Brüggeimer, *Prinzipien*, 31.

⁷ Brüggeimer, *Prinzipien*, 23.

da içerir⁸. Dar anlamda sorumluluk hukuku kavramı, sözleşme dışı sorumluluk hukuku için kullanılmaktadır⁹. En dar anlamda sorumluluk hukukunun ise yalnızca özel yasalarda düzenlenmiş olan kusursuz sorumluluk hallerini, yani sebep ve tehlike sorumluluğu hallerini ifade ettiği belirtilmektedir¹⁰. Tez konumuz bağlamında özellikle sözleşme dışı sorumluluk hukuku üzerinde durulacaktır. Sözleşme dışı sorumluluk hukukunda bir kimsenin hukuksal alanına o kişinin iradesi dışında bir müdahalede bulunulması sonucunda zarar doğduğu takdirde zarara yol açanın bundan sorumlu tutulup tutulmayacağı ve sorumlu tutulabilirse bu sorumluluğun dayanağı tartışılır¹¹.

Sözleşme dışı sorumluluğun ayrıntılarına girmeden önce sorumluluk hukukunun genel esasları üzerinde kısaca durulmalıdır. Öncelikle genel kuralın “casum sentit dominus” olarak ifade edilen ilke olduğu belirtilmelidir¹². Buna göre herkes ilke olarak malvarlığının ya da kişiliğinin uğradığı zarara katlanmak

⁸ Deschenaux/Tercier, 2; Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, 6, 8; Eren, Borçlar Hukuku, 491, 508-509; Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 6098 Sayılı TBK’ye Göre Güncellenip Genişletilmiş 9. Bası, İstanbul 2012, 131. Deschenaux/Tercier, geniş anlamda hukuksal sorumluluk kavramının Fransa’da kullanıldığına işaret etmektedir. Deschenaux/Tercier, 2.

⁹ Bruggemeier, Prinzipien, 1; Eren, Borçlar Hukuku, 491. Deschenaux/Tercier ve Tandoğan, İsviçre’de genel olarak kabul edildiği biçimde dar anlamda hukuksal sorumluluk deyiminden sadece sözleşme dışı sorumluluğun anlaşıldığını belirtmektedir. Deschenaux/Tercier, 2; Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, 3-4.

¹⁰ Eren, Borçlar Hukuku, 491.

¹¹ Bkz. Eren, Borçlar Hukuku, 489 vd.

¹² Eren, Borçlar Hukuku, 491, 494.

zorundadır¹³. Fakat bu ilkenin katı biçimde uygulanması haksızlıklara yol açabileceğinden çeşitli hukuk düzenlerinde bu ilkeye istisnalar getirilerek bazı sebeplerin bulunması halinde zararın başkasına aktarılması kabul edilmiştir. Öyle ki “casum sentit dominus” ilkesi neredeyse istisna haline gelmiştir¹⁴. Yine de Rümelin, casum sentit dominus ilkesinin yaşamsal değerlerin adil biçimde dağıtımından zorunlu olarak vazgeçildiği bir son sığınak niteliğinde olduğunu belirtmektedir¹⁵. Zararın başka bir kişiye yükletilmesini haklı gösteren nedenlere “sorumluluk sebepleri” adı verilmektedir¹⁶. Sorumluluk sebepleri kusur, sözleşme ve kanun olmak üzere üçe ayrılmaktadır¹⁷. Kusur, sorumluluğun sebebini teşkil ettiğinde hukuk düzeninin kınadığı bir davranışla başkasına zarar veren kişi, bu zararı gidermek zorunda olur¹⁸. Sorumluluğun sebebini sözleşme oluşturduğunda, örneğin bir sigorta sözleşmesinde sigortacı kendisine ödenmesi üstlenilen prim karşılığında bir kimsenin malvarlığında meydana gelen zararı gidermeyi üstlenir. Zararı giderme borcunun dayanağı doğrudan doğruya yasa olduğunda ise sorumluluk kusur ya da sözleşmeden bağımsız olarak bir yasa hükmüne dayanır¹⁹. Buna örnek olarak tehlike sorumluluğu, vekâletsiz iş görme ya da zorunlu sigorta halleri gösterilmektedir²⁰.

¹³ Deschenaux/Tercier, 4; Eren, Borçlar Hukuku, 491.

¹⁴ Deschenaux/Tercier, 4.

¹⁵ Rümelin, Max: Die Gründe der Schadenzurechnung und die Stellung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs zur objektiven Schadenersatzpflicht, Freiburg i. B. und Leipzig 1896, 14.

¹⁶ Eren, Borçlar Hukuku, 492.

¹⁷ Deschenaux/Tercier, 4; Eren, Borçlar Hukuku, 492.

¹⁸ Eren, Borçlar Hukuku, 492.

¹⁹ Deschenaux/Tercier, 5; Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, 8.

²⁰ Eren, Borçlar Hukuku, 493.

Sözleşme dışı sorumluluk hukukunda başkasının hukuk alanına müdahale hukuka aykırı bir eylemle ya da hukuka uygun bir eylemle gerçekleşir²¹. Hukuka uygun müdahaleden doğan zarar fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi çerçevesinde giderilir²². Hukuka aykırı müdahaleden doğan zararlar büyük ölçüde haksız fiil sorumluluğu kapsamında giderilir. Haksız fiil denildiğinde çoğu kez akla gelen, kusurlu haksız fiil sorumluluğudur²³. Gerçekten de Roma hukukundan bu yana haksız fiilin unsurları arasında daima kusur görülmüş²⁴, kusur sorumluluğu

²¹ Kaneti, Selim, Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul 2007 (Hukuka Aykırılık), 13; Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, 9; Wilhelmi, Rüdiger: Risikoschutz durch Privatrecht - eine Untersuchung zur negatorischen und deliktischen Haftung unter besonderer Berücksichtigung von Umweltschäden, Tübingen 2009, 360; Eren, Borçlar Hukuku, 493. Aynı yönde bkz. Jansen, Nils: Die Struktur des Haftungsrechts, Tübingen 2003: Sorumluluk hukukunun çift katmanlılığına ilişkin bulgular yani haksız fiil hukukunun dogmatik ve sistematik olarak bir yandan katı tehlike sorumluluğundan diğer yandan da fedakârlığın denkleştirilmesinden ayrılmasında bulunur.

²² Bkz. Ulsan, İlhan: “Çevre Etkisinden Doğan Zararlar ve Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara 21-22 Ekim 1977, İstanbul 1980 (Çevre Etkisi), 181 vd.; Eren, Borçlar Hukuku, 493, 505-508. Krş. Ulsan, İlhan: Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, İstanbul 1977 (Fedakârlığın Denkleştirilmesi), 278 vd.

²³ Bkz. Eren, Borçlar Hukuku, 489.

²⁴ Caemmerer, RabelsZ, 6. Roma hukukunda kusuru sübjektif bir kavram olarak geliştiren ve hukuka aykırılıktan ayıran Iustinianus hukukudur. Kaneti, Selim: “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara 21-22 Ekim 1977, İstanbul 1980 (Kusur), 30-31. Kaneti ikinci görüşü savunmaktadır. Kaneti, Kusur, 45.

sorumluluk hukukuna egemen olmuş²⁵, yasa koyucu kusur sorumluluğu yanında gereksinim ortaya çıktıkça münferit kusursuz sorumluluk olgularını düzenlediğinden kusursuz sorumluluğun ancak istisna olabileceği ileri sürülmüştür²⁶. Cermen hukukunda ise Roma hukukunun aksine sebep sorumluluğu düşüncesi egemendir, kusur sorumluluğu müşterek hukuka Roma hukukunun resepsiyonuyla birlikte girmiştir²⁷. Nitekim, haksız fiil kavramından ne anlaşılabileceği konusunda da iki görüş bulunmaktadır: Bir görüşe göre haksız fiil hukuka aykırı zarar verici eylemlerin tümünü kapsarken²⁸ diğer bir görüşe göre haksız fiil kavramının içeriğini genel bir davranış kuralını hukuka aykırı ve kusurlu olarak çiğneyen zarar verici eylemler oluşturur²⁹. Tandoğan, sebep sorumluluğu hallerinde sorumluluğun fiile değil belirli bazı olgulara dayandığını ileri sürerek bu sorumluluk hallerinin haksız fiil kavramı dışında kaldığını belirtmektedir³⁰. Haksız fiili kusurlu hukuka aykırı eylemlerle sınırlandıran görüş, bir diğer gerekçe olarak kusurun haksız fiil sorumluluğunun ahlâksal temelini oluşturduğunu ve haksız fiil kavramını genişletmenin sorumluluk

²⁵ Rümelin, 4-5; Korkusuz, Refik: “Hukukumuzda Tehlike Sorumluluğunun Uygulanması ve Yeni Borçlar Kanunu Tasarısındaki Düzenlemesi”, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2009, 149.

²⁶ Erişgin, Nuri: “Tehlike Sorumluluğunda Kıyas”, BATİDER, C. XX S. 3, 2000 (Kıyas), 83; Krause, Monika: Schmerzengeld und Gefährdungshaftung im österreichischen, deutschen und schweizerischen Recht, jur. Dissertation, Universität Graz 1994, 4; Eren, Borçlar Hukuku, 493.

²⁷ İmre, Zahit: Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul 1949, 51. Aynı yönde Rümelin, 4-5; Krause, 7.

²⁸ Oğuzman/Öz, 2012, 131; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, 302.

²⁹ Kaneti, Kusur, 31; Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, 9.

³⁰ Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, 9.

duygusunda zayıflamaya yol açacağı kaygısını ileri sürmektedir³¹. Görüldüğü gibi kusur sorumluluk hukukunun belkemiği olarak görülmekte ve kusursuz sorumluluk halleri açıkça belirtilmese de ikincil konuma yerleştirilmektedir.

Kusursuz sorumluluk ya da öğretide adlandırıldığı diğer şekliyle sebep sorumluluğu halleri³² öğreti ve yargı tarafından üçe ayrılmaktadır: hakkaniyet sorumluluğu, olağan sebep (özen) sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu³³. İngilizce hukuk yazınında kusurdan bağımsız sorumluluk hallerini ifade etmek üzere “strict liability” teriminin kullanıldığı görülür³⁴. “Strict liability” terimi Avrupa hukukunda sıklıkla tehlike sorumluluğunu belirtmek amacıyla kullanılsa³⁵ da bu konuda yapılan çalışmalardan anlaşılmaktadır ki hayvan elinde bulunduranın sorumluluğu, adam

³¹ Kaneti, Kusur, 32; Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, 93.

³² Eren, Borçlar Hukuku, 495. Öğretide nesnel (objektif) sorumluluk olarak anıldığı da olmaktadır. İmre, 49; Oğuzman/Öz, 2012, 131. “Buna mukabil kusursuz mes’uliyet halleri için bir kısım müellifler “haksız fiil benzerleri” quasi-délits tabirini kullanmaktadırlar.” Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, 9.

³³ Olağan kusursuz sorumluluk halleri ifadesi için bkz. Tandoğan, Haluk: “Tehlike Sorumlulukları Kavramı ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Düzenlenmesi Sorunu”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu, Ankara 15-16 Aralık 1978, İstanbul 1981 (Tehlike Sorumlulukları), 7-8; Eren, Borçlar Hukuku, 499; Sungurbey, 162; Kırca, Çiğdem: Ürün Sorumluluğu, Ankara 2007 (Ürün), 116-117.

³⁴ The Law Commission, (Law Com. No. 32): Civil Liability for Dangerous Things and Activities, Her Majesty’s Stationery Office, London 1970, 2 vd.; Werro, Franz/Palmer, Vernon Valentine/Hahn, Anne-Catherine: “Strict Liability in European Tort Law: An Introduction”, The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law, Eds. Franz Werro and Vernon Valentine Palmer, in the series “The Common Core of European Private Law”, Durham 2004, 3-7.

³⁵ Werro/Palmer/Hahn, 4, 17.

çalıştırmanın sorumluluğu, taşınmaza müdahaleden dolayı sorumluluk gibi diğer kusursuz sorumluluk halleri de “strict liability” kapsamında değerlendirilir³⁶. Olağan sebep sorumluluğu,³⁷ özen yükümünün yerine getirilmemesine dayanan bir sorumluluk olup özen yükümünün yerine getirildiği kanıtlandığında sorumluluk ortadan kalkar. Bu nedenle olağan sebep sorumluluğunu oluşturan olguların öğretide bazı yazarlar tarafından ispat yükü tersine çevrilmiş kusur sorumluluğu olarak nitelendirildiği de görülmektedir³⁸. Tehlike sorumluluğu, özel bir tehlikeye hâkimiyetten dolayı sorumlu olma ilkesine dayanan nesnel, kusurdan bağımsız, sıkı bir sebep sorumluluğu olarak tanımlanır³⁹. Tehlike sorumluluğu olağan sebep sorumlulukları karşısında olağanüstü, keskin nitelikte bir kusursuz sorumluluk olarak hukuk düzenlerine yerleşmiştir⁴⁰. Olağanüstülüğünün temelinde sorumluluğun ne

³⁶ Werro/Palmer/Hahn, 21 vd.

³⁷ Eren, Borçlar Hukuku, 500.

³⁸ Bkz. Kırca, Ürün, 123; Eren, Borçlar Hukuku, 500. Bununla birlikte olağan sebep sorumluluğu olgularında sorumluluğun doğması için kusurun sübjektif unsuru yani ayırt etme gücünün varlığı şart koşulmadığını belirtmek gerekir. Eren, Borçlar Hukuku, 500.

³⁹ Deutsch, Erwin: “Das Recht der Gefährdungshaftung, Juristische Ausbildung (Jura), Dezember 1983, 618; Fuchs, Maximilian: Deliktsrecht – Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung des Rechts der unerlaubten Handlungen und der Gefährdungshaftung, 7. Auflage, Heidelberg 2009, 233; Erdem, Mehmet: “Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Tehlike Sorumluluğu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumuu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011) Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul 2011, 217; Eren, Borçlar Hukuku, 667; Kırca, Ürün, 120-121.

⁴⁰ Oftinger, Karl/Stark, Emil: Schweizerisches Haftpflichtrecht Besonderer Teil, Band II/2, 4. Auflage, Zürich 1989, 6; Kırca, Ürün, 119. Sebep sorumluluğu kavramının eleştirisi için bkz. Kaneti, Hukuka Aykırılık, 6.

özen eksikliğine ne de denetim kusuruna dayanması bulunur, olağan sebep sorumluluğu hallerinin aksine kurtuluş kanıtı getirilemez⁴¹, yani geçmişte zarar gören üzerinde bırakılan zararlar “dominus sentit casum” olarak ifade edilen “hasara zarar gören katlanır” ilkesi tehlike sorumluluğu ile tersine çevrilerek zarara yol açana yüklenmektedir. Belirtmek gerekir ki olağan sebep sorumluluğu halleri arasında da kurtuluş kanıtı getirme olanağının bulunmadığı sorumluluk halleri vardır ki bunlar ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu olarak adlandırılır⁴². Bunlar bina ve inşa eseri sahibinin sorumluluğu ile üreticinin sorumluluğudur⁴³. Ağırlaştırılmış sebep sorumluluğunda kurtuluş kanıtı getirilemese de bu sorumluluk da diğer olağan sebep sorumlulukları gibi özen ödevinin yerine getirilmemesine dayandığı için tehlike sorumluluğundan kesin biçimde ayrılmaktadır⁴⁴.

Tehlike sorumluluğu tehlikeli bir işletmede gerçekleşen her zararın tazminini sağlayan mutlak bir sebep sorumluluğu değildir; zaten bu türden bir sebep sorumluluğu ne gerçekleştirilebilir ne de istenebilir niteliktedir⁴⁵ tehlike

⁴¹ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, 303-304; Üçışık, Güzin: “Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural İle Düzenlenmesi”, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2009, 128.

⁴² Kırca, Ürün, 118-119.

⁴³ Kırca, Ürün, 118, 124.

⁴⁴ Kırca, Ürün, 122-123; Eren, Borçlar Hukuku, 500-501.

⁴⁵ Krş. Brügge-meier, Prinzipien, 78; Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, 93; Boller, Paul: Betrieb und Betriebsgefahr in den Verkehrshaftpflichtgesetzen, insbesondere im Eisenbahnhaftpflichtrecht, Zürich 1946, 23-24; Rümelin, Schadenszurechnung, 26; Widmer, Pierre: “Standortbestimmung im Haftpflichtrecht”, ZBJV, Band 110 Nummer 8, 1974, 311; Yung, 102; Kaneti, Hukuka Aykırılık, 6: “Tehlike sayılan faaliyetle zarar arasında sırf bir illiyet bağının varlığı tehlike sorumluluğunun yeter

sorumluluğunun doğmasına yol açmaz, işleten ya da malik sadece işletmenin tipik rizikosunun gerçekleşmesinden doğan zarardan sorumlu kılınabilir⁴⁶. Tehlike sorumluluğunda hasara zarar görenin katlanmayışının temelinde bu zarar olayının beklenmeyen nitelikte olmaktan çıkıp o nesne ya da işletme için tipik bir olay, tipik bir zarar riski olarak kendini göstermesi bulunmaktadır⁴⁷.

B- Tehlike Sorumluluğunun Kural-İstisna Olmasına İlişkin Tartışmalar

Tehlike sorumluluğunun sorumluluk hukuku içindeki gelişiminden de anlaşılacağı üzere tehlike sorumluluğu “atipik” bir sorumluluk, bir istisnai hal olarak değerlendirilegelmiştir⁴⁸. Kusursuz sorumluluk hallerinin kusur sorumluluğu karşısında yasa koyucunun hukuk düzeni içine yerleştirdiği istisnalar olduğu yönündeki baskın görüş nedeniyle uzun zaman boyunca kusursuz sorumluluk hali olan tehlike sorumluluğunun ancak yasada açıkça öngörülmesi halinde ve bununla sınırlı olarak uygulanabileceği kabul edilmiş⁴⁹, istisna niteliği nedeniyle kıyasa

ayrıcı bir ölçüsü sayılamaz..” Tunc, bu görüşün aksini savunmuştur. Bkz. Caemmerer, RabelsZ, 6, 21-22’den naklen Tunc, A Little-Noticed Theory in the Law of Tort – Boris Starck’s Theory of Guaranty: U. Pa. L. Rev. 121, 1972/73, 618 ff.

⁴⁶ Brügge-meier, Prinzipien, 79.

⁴⁷ Kırca, Ürün, 119-120.

⁴⁸ Bunun içindir ki Tunçomağ, tehlike sorumluluğunu “Buna özel yasalardan doğan kusursuz sorumluluk adı da verilebilir” biçiminde tanımlamıştır. Tunçomağ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku Cilt I Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976, 529.

⁴⁹ Schö-nenberger, Beat: “Generalklausel für die Gefährdungshaftung – ein sinnvolles Reformvorhaben?”, Risiko und Recht, Festgabe zum schweizerischen Juristentag 2004, hrsg von Thomas Sutter-Somm, Felix Hafner, Gerhard Schmid und Kurt Seelmann, Basel 2004, 173; Erişgin, Kıyas, 84-85; Eren, Borçlar Hukuku, 495, 510.

elverişli olmadığı ileri sürülmüştür⁵⁰. Kusur ilkesinden sapma hep istisna olarak kabul edilmiştir ve bugün bir dizi tehlike sorumluluğu düzenlemelerinin özel yasalarda kusurdan bağımsız sorumlulukla düzenlenmesinden sonra bile durum böyle olmaya devam etmiştir⁵¹. Ancak bilim ve teknolojinin büyük bir hızla ilerlemesi sonucunda yasa koyucu bilim ve teknolojinin giderek daha çok gerisinde kalmış ve yeni karşılaşılan zarar olaylarıyla ilgili sorumluluk düzenlemeleri öngörülmediğinden benzer durumlarda farklı hukuksal sonuçların doğması adaletsizlik yaratmıştır. Bu adaletsizliğin giderilmesi amacıyla kimi zaman tehlike sorumluluğu düzenlemelerinin örneksenerek uygulanması kimi zaman ise genel bir tehlike sorumluluğu kuralı aracılığıyla tüm tehlikeli faaliyetlerden doğan zararlara sorumluluk bağlanması önerilmiştir⁵². Ancak bu öneriler çoğunlukla “kural-istisna” savının sert duvarına çarpmıştır. Günümüzde meydana gelen zararların çoğunluğunda aslında bir kasıt ya da ihmalden çok işletme faaliyetlerinin ve kullanılan araçların tehlikesinin zarara yol açtığı dikkate alındığında kuralın ya da istisnanın ne olduğunun yeniden düşünülmesi gereği ortaya çıkmıştır. Kusursuz sorumluluk düzenlemelerinin sayısal çokluğu yanında bu düzenlemelerin uygulanma yaygınlığı da kusursuz sorumluluğun istisna olmaktan çıktığını göstermektedir. Bu nedendir ki İsviçre hukukunda Widmer 1970’li yıllarda yasa koyucunun sosyal gerçeklere uyum sağlayan yeni düzenlemeler getirmesinin gerektiği, öğretinin de

⁵⁰ Kaneti, Hukuka Aykırılık, 7. Karşı görüş için bkz. Deutsch, Erwin: “Methode und Konzept der Gefährdungshaftung”, VersR, 1971, 22. Jahrgang, Heft 1, 1 vd.

⁵¹ Widmer, Pierre: “Gefahren des Gefahrensatzes – zur Problematik einer allgemeinen Gefährdungshaftung im italienischen und schweizerischen Recht”, ZBJV, Band 106, Nummer 8, 1970, 295.

⁵² Brüggeheimer, Prinzipien, 84; Erişgin, Kıyas, 96-97.

eski sosyal gerçeklere dayanan kalıplardan kurtularak yeni teorik açıklamalar geliştirmesinin gerektiği görüşünü savunarak aksi takdirde bu sorumluluk hallerine duyulan eylemli gereksinim karşısında teorik sağlamlığı denetlenmemiş birtakım yasal düzenlemelerin önünün alınamayacağını ve bu düzenlemelerin tazminat hukukunda parçalanmaya ve sistemsizliğe ve haliyle boşluklara yol açtığını ifade etmiştir⁵³.

Alman ve İsviçre yazınında ve içtihadında tehlike sorumluluğunun yani kusursuz sorumluluğun kusur sorumluluğu karşısında istisna olduğu görüşüne⁵⁴ dayanılarak tehlike sorumluluğunun genelleştirilemeyeceği görüşü de ileri sürülmüştür⁵⁵. Bunun yanında “istisnalar genişletilemez” ilkesi gereğince tehlike sorumluluğunun öngörüldüğü özel düzenlemelerin tüketici nitelikte yasal düzenlemeler olarak görülmesi nedeniyle benzer olgular için boşluk olduğu kabul edilemeyeceği⁵⁶ ve bu nedenle düzenlemenin kıyas yoluyla uygulanamayacağı da

⁵³ Widmer, ZBJV, 1970, 295; Widmer, Standortbestimmung, 328. Aynı şekilde bkz. Deutsch, Jura 1983, 617.

⁵⁴ Schlüchter, Fabio: Haftung für gefährliche Tätigkeit und Haftung ohne Verschulden – das italienische Recht als Vorbild für das schweizerische?, Bern und Stuttgart 1990, 320.

⁵⁵ Will, Michael: Quellen erhöhter Gefahr: rechtsvergleichende Untersuchungen zur Weiterentwicklung der deutschen Gefährdungshaftung durch richterliche Analogie oder gesetzliche Generalklausel, München 1980, XXXIII.

⁵⁶ Yakın zamana dek tehlike sorumluluğunun yaygınlaştırılması için gereksinim olmadığı, bu konuda boşluklar olmadığı ileri sürülürken artık tehlike sorumluluğuna sorumluluk hukukundaki boşlukların doldurulması için gerek olduğu kabul edilmektedir. Will, 1.

savunulmuştur⁵⁷. Bu görüşe göre istisnai düzenlemeler dar yorumlanır, genelleştirilemez ve kıyas edilemez⁵⁸. Oysaki istisnaların genişletilememesi ya da genişletilmemesi gerektiği düşüncesi tartışılır niteliktedir. Strickler, haklı olarak kusur dogmasının yüz yıl önce kırıldığına dikkat çekmektedir, yazara göre tehlike sorumluluğu da bu yüzyılın ilk çeyreğinde kendine özgü bir sorumluluk ilkesi olarak tanınmıştır⁵⁹. Suç ve cezanın yasallığı ve tipikliğine bağlı ceza hukukundan farklı olarak, borçlar hukuku alanında, normun koruma amacı, koyuluş nedeni, adalet ve hakkaniyet, dürüstlük kuralı dikkate alınarak düzenlemelerin farklı biçimde ya da farklı olgulara uygulandığı sıklıkla görülür. Örneğin sözleşme öncesi görüşmeler esnasında taraflardan birinin diğerine verdiği zararın sözleşmeden doğan sorumluluk kurallarına göre giderilmesi anlamına gelen güven sorumluluğu ya da culpa in contrahendo sorumluluğu yasada düzenlenmediği halde öğreti ve yargı tarafından kabul edilmektedir. Bireyin hareket özgürlüğünün kural, sorumluluğun istisna olduğu düşünüldüğünde⁶⁰ istisnaların genişletilemeyeceği iddiasıyla sorumluluk kuralları da başka olgular için genişletilememeliydi, ancak adalet ve hakkaniyet kaygılarıyla güven sorumluluğuna sözleşme sorumluluğu kurallarının uygulanabileceği kabul edilmiştir. Nitekim İsviçre ve Alman hukuku yazınında kıyas yasağının ne yasaya dayandığı ne tehlike sorumluluğunda kıyas yasağına karşı çıkan yazarlar tarafından kıyas yasağının açıkça gerekçelendirilebildiği (hukuksal güvenlik savı dışında) ne de

⁵⁷ Strickler, Hanspeter: Die Entwicklung der Gefährdungshaftung: auf dem Weg zur Generalklausel?, Bern 1983, 100; Schlüchter, 320-321.

⁵⁸ Strickler, 100-101; Erişgin, Kıyas, 91; Üçışık, 138.

⁵⁹ Strickler, 102.

⁶⁰ Bkz. Pfeiffer, Christian: Die Entwürfe für ein neues österreichisches Schadenersatzrecht – Fortschritt für Österreich und Vorbild für Deutschland?, Hamburg 2011, 36.

kıyas yasağının haklı bir nedeni olduğu belirtilerek genel bir kıyas yasağının hukuksal açıdan eşitlik ilkesini sıklıkla ihlal ettiği vurgulanmıştır⁶¹. Strickler ise kıyas yasağının her zaman gerekçelendirilmesi gerektiği, kuşkulu durumlarda ise kıyas yasağının reddedilmesi gerektiği görüşünü savunmaktadır⁶². Kanımızca tehlike sorumluluğunun sorumluluk hukukunda kusur sorumluluğuna eşdeğer asli bir konum elde etmemesi için makul bir neden yoktur. Esas itibarıyla tehlike sorumluluğu sorununun genel kural biçiminde ele alınması hakkındaki tartışmalar yüz yıldan uzun süre önce de vardı⁶³. Bu konudaki tartışmaların merkezinde tehlike sorumluluğuna ilişkin genel kuralın nasıl düzenleneceği sorunu bulunmaktadır. Konuyla ilgili tartışmalar 1960'lı yıllarda yeniden alevlenmiş ve hem Almanya'da hem de İsviçre'de geçmiş on yıllarda tehlike sorumluluğunun gözden geçirilmesi bakımından çeşitli öneriler ileri sürülmüştür⁶⁴. Her iki ülkede de bu konunun uzun yıllardır ateşli tartışmalara konu olmasının nedeni genel tehlike sorumluluğu düzenlemesinin hangi kavrama dayandırılacağı ya da nasıl biçimlendirileceği hususunda oybirliğine varılamamasıdır. İleri sürülen öneriler genellikle ya mevcut özel yasaların yerine genel tehlike sorumluluğunun getirilmesini (büyük çözüm) ya da bunların yanına

⁶¹ Bkz. Schlüchter, 321; Widmer, Standortbestimmung, 294; Will, 69 vd.; Deutsch, Erwin: Allgemeines Haftungsrecht, 2. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1996 (Allgemeines Haftungsrecht), 412; Koziol, Helmut: Grundfragen des Schadenersatzrechts. Wien 2010 (Grundfragen), 234.

⁶² Strickler, 103.

⁶³ Schlüchter, 321-322.

⁶⁴ Schlüchter, 322.

genel tehlike sorumluluğu kuralının öngörülmesini (küçük çözüm) savunmaktadır⁶⁵. Bunun dışında sorumluluk öznesinin belirlenmesinde de farklı görüşler mevcuttur. Uyuşmazlık bu konuda herkesin mi yoksa bir tesisin, işletmenin, girişimin sahibinin/işletenin mi özel tehlikenin oluşması nedeniyle kusurdan bağımsız sorumlu olması gerektiği konusundadır⁶⁶. Düzenlemenin biçimlendirilmesindeki diğer bir uyuşmazlığın temelinde bu düzenleme için önerilen kavramların belirsiz olduğu, yargıca tanınan takdir yetkisini çok genişlettiği kaygıları da mevcuttur.

Kusur sorumluluğunun kural, tehlike sorumluluğunun istisna olarak görülmek istenmesinin ardında teorik kalıplardan çok ekonomik ve siyasal kaygıların bulunduğu belirtmek yerinde olur⁶⁷. Kusur sorumluluğunu sorumluluk hukukunun temeli olarak gören liberal hukuk düzeni bireylerin girişim özgürlüklerini olabildiğince geniş tutmak istediğinden girişimcilerin zarar gören bireyler ve zayıf kesimler karşısındaki sorumluluğunu olabildiğince sınırlı tutma eğilimindedir⁶⁸. Buna karşılık sosyal kaygıları ön planda tutan hukuk düzenleri zayıfın güçlü karşısında korunmasını ön planda tutarak sorumluluğu genişletmektedir⁶⁹. Sovyet

⁶⁵ Bkz. Widmer, Pierre/Wessner, Pierre: Stellungnahme zum schweizerischen Vorentwurf eines Bundesgesetzes über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts samt erläuterndem Bericht, erstattet von Franz Bydlinski, ECTIL (unveröffentlicher Bericht) (Stellungnahme).

⁶⁶ Schlüchter, 322.

⁶⁷ Aynı yönde Rümelin, 23.

⁶⁸ Karahasan, Mustafa Reşit: Sorumluluk Hukuku Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk – Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk, 6. Bası, İstanbul 2003, 593; Krause, 5; Korkusuz, 149-150.

⁶⁹ İmre, 48. Erişgin de sosyal adalet ve amaca uygunluk bakımından kıyasın haklılığını savunmaktadır. Erişgin, Kıyas, 93.

Rusya, Çekoslovakya, Macaristan gibi eski sosyalist ülkelerin o zamanki medeni yasalarında tehlike sorumluluğu bu nedenledir ki genel bir kural çerçevesinde düzenlenmiş olup, kusur sorumluluğunun yanında en geniş biçimiyle yasalarda yer almıřtı⁷⁰. Liberal hukuk düzenleri sosyalizmden ve materyalist öğretiden etkilendike bireylerin kapitalizm karşısında daha etkili korunabilmesi için araçlar geliřtirmiřtir⁷¹. Sosyal sigorta, tüketicinin korunması hukuku, işsizlik maaşı bu araçlara örnek gösterilebilir. Tehlike sorumluluğu da bilim ve teknolojinin ilerlemesi sonucunda tipik olarak zarar veren işletmeler karşısında bireylerin korunmasını güvence altına alan, kusur koşulundan bağımsız bir sorumluluktur. Tehlike sorumluluğunun kusur sorumluluğu karşısında istisna olmaktan çıkması hukuk düzeninin ekonomik-siyasal tercihleriyle doğrudan bağlantılıdır.

Bugün artık kusur ve tehlike sorumlulukları, genel kural-istisna ilişkisi içinde değil, birbirini tamamlayan eşit değerde sorumluluk temelleri olarak kabul edilmektedir⁷². Tehlike sorumluluğu ister genel bir kuralla ister özel yasal düzenlemeler yoluyla düzenlensin istisna olma niteliği sona ermiştir. Bu nedenle tehlike sorumluluğunun salt özel yasal düzenlemeler yoluyla düzenlenmesi durumunda hakkında özel yasal düzenlemeler bulunmayan benzer olgular için kıyas yapılmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Benzeri olgular için herhangi bir düzenleme bulunmadığında kıyas yapılması da kabul edilmezse ortaya adalete aykırı düşen farklı sonuçlar çıkması kaınılmazdır⁷³. İstisna yalnızca zel

⁷⁰ Kaneti, Kusur, 60.

⁷¹ İmre, 41, 47.

⁷² Bkz. Strickler, 102; Erişgin, Kıyas, 95, 100; Kaneti, Kusur, 60-66.

⁷³ Strickler, 102.

olarak münferit bir durum için öngörüldüğünde kıyaslanamaz görülebilir⁷⁴. Aynı gerekçeyle tehlike sorumluluğunun özel yasal düzenlemeler yanında ya da onların yerine genel bir kural ile düzenlenmesi de mümkündür. Tıpkı TBK madde 49'da öngörülen kusur sorumluluğunda olduğu gibi tehlike sorumluluğu da genel ve soyut biçimde öngörülerek yorumlanıp uygulanabilir.

II- Tehlike Sorumluluğunun Temelinde Yatan Genel İlkeler ve İsnat Nedenleri

A- Tehlike Sorumluluğunun Temelinde Yatan Genel İlke ve Düşünceler

Tehlike sorumluluğu kusur sorumluluğundan ayrı, onun dışında nitelikleri bünyesinde bulundurduğundan bunun temelinde yatan genel ilke ve düşünceler ayrıca incelenmeye, ele alınmaya muhtaçtır. Tehlike sorumluluğu kusursuz sorumluluk halleri arasında yer aldığından tehlike sorumluluğunun temelinde yatan genel ilke ve düşünceler aslında diğer kusursuz sorumluluk halleri için de geçerlidir. Bu genel ilke ve düşünceler hakkaniyet ilkesi, dağıtıcı adalet ilkesi ile sosyal hukuk devleti ilkesidir.

1- Hakkaniyet İlkesi

Tazminat hukukunun yapısında genel olarak hakkaniyet düşüncesi bulunmaktadır⁷⁵. Öyle ki, zarara zarar görenin katlanmasının adalet ve hakkaniyete aykırı düştüğü hallerde zararı zarar verene yükleyebilmek için belli sorumluluk ilkeleri geliştirilerek yasal düzenlemeler getirilmiştir⁷⁶. Ancak kusur ilkesi öylesine

⁷⁴ Strickler, 103.

⁷⁵ Lühn, Hans: Empfiehlt sich die Regelung der Gefährdungshaftung in einer Generalklausel?, jur. Dissertation, Ludwig-Maximilians Universität zu München 1971, 5; Wilburg, 22; Üçışık, 142.

⁷⁶ Lühn, 5; Üçışık, 142; Eren, Borçlar Hukuku, 497.

güçlü biçimde benimsenmiştir ki kusur olmadığı halde gerçekleşen zararın zarar gören dışında bir kimseye yüklenmesi istisnai nitelikte görüldüğü için hakkaniyet düşüncesine dayandırılmıştır. Hakkaniyet düşüncesine göre bir zarara kusuru olmaksızın yol açan kimse hakkaniyet gerektirirse zararı tazmin etmeli ya da mağdurla paylaşmalıdır⁷⁷. Tehlike sorumluluğunun temelinde yatan bir ilke olarak hakkaniyet düşüncesi belki de bunlardan en zayıf olanıdır, çünkü diğer sorumluluk hallerinde, özellikle kusursuz sorumluluk hallerinde de ileri sürülür⁷⁸. Bununla birlikte diğer alanlarda olduğu gibi tazminat hukuku alanında da hakkaniyet düşüncesinin yeni ilkelerin geliştirilmesi için bir araç olarak kullanıldığına ve tehlike, menfaat ilkelerinde hakkaniyet düşüncesinin etkisinin olduğuna işaret edilmektedir⁷⁹. Unger ise “kendi çıkarı kendi tehlikesi, başkasının çıkarı başkasının tehlikesi” sloganıyla hakkaniyet ilkesini ifade etmektedir⁸⁰.

Öğretide hakkaniyet düşüncesinin fedakârlık olarak ifade edildiği ve tehlike sorumluluğuna dayanak gösterildiği de görülmektedir⁸¹. Ancak tehlike sorumluluğunun dayandığı ilkeleri açıklarken fedakârlık kavramından kaçınmak yerinde olur, çünkü aksi takdirde tehlike sorumluluğu ile farklı esaslara dayanan

⁷⁷ Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, 94; Eren, Borçlar Hukuku, 497.

⁷⁸ Korkusuz, 150; Eren, Borçlar Hukuku, 497, 499.

⁷⁹ Wilburg, 22-23.

⁸⁰ Boller, 24; Rümelin, Schadenzurechnung, 30-31.

⁸¹ Deutsch, Erwin: “Das neue System der Gefährdungshaftungen: Gefährdungshaftung, erweiterte Gefährdungshaftung und Kausal-Vermutungshaftung”, NJW, Heft 2, 1992, 74: “Tehlike sorumluluğunun öngörülmesinin temel düşünceleri şöyle belirtilebilir: Etkilenenler için zarara katlanmanın beklenebilir olmaması, maliyetin yararlananlara yüklenmesi, maliyetin yüklenmesi yoluyla işletme ekonomisine göre rizikonun yönetilmesi.”

fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanan sorumlulukla karıştırılma riski bulunmaktadır⁸². İki sorumluluk türü arasındaki önemli ayırım fedakârlığın denkleştirilmesi için gerekli “kasıtlı” müdahale koşulu yanında fedakârlığın denkleştirilmesinin temelindeki zarar vermenin hukuka uygun, buna karşılık tehlike sorumluluğunca karşılanan zarar vermenin hukuka aykırı olmasıdır⁸³.

2- Dağıtıcı Adalet İlkesi

Tehlike sorumluluğunun ardında kaçınılmaz rizikonun sosyal adalete uygun bir biçimde paylaşımını gerektiren dağıtıcı adalet ilkesinin olduğu yolundaki düşünce esasen Esser’e dayanmaktadır⁸⁴. Widmer’e göre de zararın paylaştırılmasında rol oynayan “dağıtıcı adalet” ilkesinin özel hukukta da geçerliğe sahip olabilmesi bugün artık tartışma konusu olmaktan çıkmış olmalıdır⁸⁵. Ne var ki Widmer dört yıl sonra

⁸² Bkz. Ulsan, Fedakârlığın Denkleştirilmesi, 3-8.

⁸³ Ulsan, İlhan: “Gefährdungshaftung im Entwurf des türkischen Obligationengesetzbuch”, Rezeption und Autonomie: 80 Jahre türkisches ZGB – Journées turco-suissees 2006, herausgegeben von Büren/Emmenegger/Koller, Bern 2007, 89; Eren, Borçlar Hukuku, 507. Karşı görüş için bkz. Erişgin, Kıyas, 84 dipnot 6.

⁸⁴ Esser, Josef: Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, 2. unveränd. Auflage, München 1969 (Gefährdungshaftung), 80 vd.; Wagner, Gerhard: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 5 Schuldrecht Besonderer Teil III §§ 705-853, 5. Auflage, München 2009, vor § 823, 1697; Hehl, Susanne: Das Verhältnis von Verschuldens- und Gefährdungshaftung, Regensburg 1999, 86; İmre, 57; Canaris, Claus-Wilhelm: Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, München 1997 (iustitia distributiva), 14-15; Wetzel-Omansen, Martin: Verteilungsgerechtigkeit im Rahmen der Gefährdungshaftung nach dem Arzneimittelgesetz, Berlin 1996, 144. Wilhelmi, Werro/Palmer/Hahn ve Wetzel-Omansen de Esser ile aynı görüştedir. Wilhelmi, 360-361; Werro/Palmer/Hahn, 18-19; Wetzel-Omansen, 145-146.

⁸⁵ Widmer, ZBJV, 1970, 293-294; aynı yönde bkz. Schlüchter, 136-137.

görüş değiştirmiş ve tehlike sorumluluğunun denkleştirici adaleti yerine getirdiğini ileri sürmüştür⁸⁶. Hehl'e göre ise, tehlike sorumluluğunun dağıtıcı adalet dayandığı düşüncesini desteklemek güçtür, çünkü yazara göre her sorumlulukta bu ilke kendini gösterir⁸⁷.

Aristo'nun yaptığı ayrıma göre denkleştirici ve dağıtıcı adalet kavramları eşitlik ilkesinin iki farklı boyutunu yansıtır⁸⁸. Denkleştirici adalet aynı durumda olanlara aynı muamelenin yapılmasını, dağıtıcı adalet farklı durumda olanlara farklı muamele yapılmasını gerektirir⁸⁹. Denkleştirici-dağıtıcı adalet ayrımının sorumluluk hukukuna yansması kusur sorumluluğu ile kusursuz sorumluluk ayrımı bakımından kendini gösterir. Kural olarak umulmayan halden doğan zarara hasara uğrayan kendisi katlanır, ancak tehlike yaratan kişilerin tehlikeye maruz kalanlarla aynı durumda olmaması nedeniyle tehlikeye maruz kalanların aynı şekilde hasara katlanması adalet aykırı düşer⁹⁰. Bu nedenle tehlike sorumluluğu casum sentit dominus (hasara zarar gören katlanır) ilkesini kırar ve zararın dağıtımını

⁸⁶ Widmer, Standortbestimmung, 313.

⁸⁷ Hehl, 86. Aynı yönde bkz. Oertel, Christoph: Objektive Haftung in Europa, Tübingen 2010, 24-26.

⁸⁸ Tholl, Frank: Gesteigertes Betriebsrisiko – Überlegungen zur Haftungsbeschränkung im Rahmen der Gefährdungshaftung, jur. Dissertation, Ludwig-Maximilians-Universität zu München 1999, 20'den naklen Nikomachische Ethik, Buch V 5, 1311a; Canaris, iustitia distributiva, 9-11; Oertel, 24-25. Ulpian da aynı görüştedir. Bkz. Tholl, 20'den naklen Nachweis bei von Schenk, Der Begriff der Sphäre in der Rechtswissenschaft, 166 vd.

⁸⁹ Hart, H. L. A.: Der Begriff des Rechts, aus dem Englischen von Alexander von Baeyer, Berlin 2011, 188; Canaris, iustitia distributiva, 11-12.

⁹⁰ Bu görüşü ilk kez Mataja dile getirmiştir. İmre, 56. Ayrıca bkz. Wagner, Vor. § 823, 1697.

gerçekleştirir⁹¹. Tehlike sorumluluğu böylece dağıtıcı adaletin ilkelerine dayanır; kusur sorumluluğu ise denkleştirici adaleti sağlamaya çalışır⁹². Herkesin kendi kusurundan dolayı sorumlu olması denkleştirici adalete örnek olarak gösterilmektedir⁹³. Zira kusur sorumluluğunda yasa önünde eşitlik ilkesi söz konusudur, herkes kusurundan dolayı aynı şekilde sorumlu tutulur.

3- Sosyal Hukuk Devleti İlkesi

Güçler ayrılığına ve hiyerarşisine dayanan, yani yasa koyucunun yasa çıkarıp yargıcın hukuku uyguladığı klasik hukuk devleti modeli özel hukukta her zaman sıkı sıkıya uygulanabilen bir model değildir⁹⁴. Yasaların yetersiz kaldığı noktada yargının yasa koyucunun yerine geçerek kural koyması kaçınılmazdır⁹⁵. Diğer yandan düşünürlerin felsefi adalet söylemleri özel hukuku etkileyerek sosyal, politik, ekonomik niteliğe bürünmesine yol açmıştır⁹⁶. Sosyal devlet ya da sosyal adalet kavramlarında geçen “sosyal” sözcüğünün bugün tüm dünyada devletin egemenliğinin en önemli ölçeklerinden biri olduğuna işaret edilmektedir⁹⁷, yani

⁹¹ Dietz, Florian: Technische Risiken und Gefährdungshaftung, Köln und Berlin 2006, 221. Ayrıca bkz. Canaris, iustitia distributiva, 15.

⁹² Dietz, 221; Tholl, 20; Jansen, 24. Kaneti ise kusur kavramının dağıtıcı adalet düşüncesinin bir yansıması olduğunu ileri sürmektedir. Kaneti, Kusur, 56.

⁹³ Aynı yönde bkz. Canaris, iustitia distributiva, 14.

⁹⁴ Brügge-meier, Prinzipien, 30; Kötz, Hein: “Haftung für besondere Gefahr – Generalklausel für die Gefährdungshaftung”, AcP, Band 170, 1970, 5-6.

⁹⁵ Brügge-meier, Prinzipien, 30.

⁹⁶ Brügge-meier, Prinzipien, 32-33; İmre, 45.

⁹⁷ Zacher, Hans F.: “Was können wir über das Sozialstaatsprinzip wissen?”, Hamburg, Deutschland, Europa, Beiträge zum deutschen und europäischen Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht,

devletin toplum yararı için birey özgürlüklerine müdahalesi devletin egemenlik kuran bir güç olduğuna işaret eder. Bir başka bakış açısına göre her insan topluluğunun olduğu gibi devletin de sosyal bir işlevi vardır⁹⁸.

Sosyal devletin iki boyutu bulunmaktadır: Bunlardan ilki asgari olarak, insan onuruna uygun biçimde var olmayı herkes için güvence altına almak, diğeri ise toplumsal ilişkileri eşitlik sağlama doğrultusunda değiştirmek, yani özellikle sosyal refah farklarını azaltmak ve bağımlılık ilişkilerini ortadan kaldırmak ya da denetlemektir⁹⁹. Alman Anayasa Mahkemesi'nin kararına göre devlet anayasada öngörülmüş sosyal devlet olma niteliği gereği sosyal adaleti sağlama yükümlülüğü altında bulunmaktadır¹⁰⁰. Bu bağlamda, devletin endüstri toplumunun son derece karmaşık yaşamsal ilişkileri bakımından sosyal ekonomik yaşamı planlama, düzenleme ve denetleme işlevini üstlenerek eşitlikçi-sosyal devletçi bir yaklaşımla eşitlik sağlaması gerektiği belirtilmektedir¹⁰¹. Bu doğrultuda muhafazakâr yaklaşımın aksine sosyal devletin negatif statü haklarına müdahale edebileceği kabul edilir¹⁰².

Festschrift für Hans Peter Ipsen zum siebzigsten Geburtstag, herausgegeben von Rolf Stödter und Werner Thieme, Tübingen 1977, 221.

⁹⁸ Mayer-Tasch, Peter Cornelius: Politische Theorie des Verfassungsstaates, 2. Auflage, Wiesbaden 2009, 104.

⁹⁹ Zacher, Hans F.: "Sozialstaatsprinzip", Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft: Zugleich Neuauflage des Handwörterbuchs der Sozialwissenschaften, Siebter Band Sozialismus bis Technischer Fortschritt, hrsg. von Willi Albers . . ., Göttingen 1977, 154; Kötz, AcP, 6.

¹⁰⁰ Mayer-Tasch, 109.

¹⁰¹ Mayer-Tasch, 109-110.

¹⁰² Bkz. Mayer-Tasch, 111.

Sosyal devletin medeni hukuktaki yeri tam da yukarıdaki paragrafta işaret edilen noktada önemlidir. Çünkü medeni hukuk yani özel hukuk bireyler ya da tüzelkişiler arasında genellikle devlet egemenliği söz konusu olmaksızın kurulan hukuksal ilişkileri düzenler ve kişilerin özel hukuktan doğan hakları genellikle negatif statü haklarıdır. Örneğin mülkiyet hakkı, miras hakkı, evlenme hakkı, sözleşme yapma hakkı, şirket ya da dernek kurma hakkı, çalışma ve girişim hakkı gibi. Bu çerçevede, muhafazakâr yaklaşım devletin negatif statü haklarına müdahale edemeyeceğini söyler. Ancak bilim ve teknolojinin baş döndürücü bir hızda ilerlemesi, endüstriyel toplumsal ilişkilerin karmaşıklığı ve tehlikeliliği karşısında negatif statü haklarına müdahale edilmemesi büyük adaletsizlikler ve insan hakları ihlallerine yol açtığından devletin sosyal adaleti sağlamak amacıyla müdahale edebileceği kabul edilmiştir¹⁰³. Schlüchter, mutlak bireysel hakların önceliğinin, özel ekonomik faaliyetlerin toplum çıkarlarına ters düşemeyeceğini ve insanın güvenliğini, özgürlüğünü ve onurunu ihlal edemeyeceğini öngören İsviçre Anayasasının 41. maddesine¹⁰⁴ dayanarak reddedilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁰⁵. İş hukuku, tüketicinin korunması hukuku, rekabet hukuku gibi alanlar devletin özel hukuk ilişkilerine, eskiden devletin karışamayacağı ileri sürülen haklara müdahale etmesi sonucunda doğmuştur¹⁰⁶. Kişilerin sözleşmeler yaparak ekonomik girişimlerde bulunmasına devlet kural olarak müdahale etmez, ancak bu girişimlerin yol açtığı tehlikelerin doğurduğu zarara zarar görenin katlanmasını beklemek sosyal

¹⁰³ Aynı yönde bkz. Kötz, AcP, 6.

¹⁰⁴ Söz konusu madde Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 5. maddesine karşılık gelen ama çok daha ayrıntılı ve hakları güvence altına alan, sosyal devlet karakteri baskın bir maddedir.

¹⁰⁵ Schlüchter, 109-110.

¹⁰⁶ Bu alanlar “sosyal hukuk” olarak ifade edilmektedir. Kötz, AcP, 6.

adalete uygun düşmediğinden devlet bu girişimlere izin vermekle birlikte meydana gelen olumsuz sonucu girişimciye yükleyerek, yani kuralı¹⁰⁷ tersine çevirerek müdahalede bulunur¹⁰⁸. Bugün sorumluluk hukukunun dayandığı düşüncelerden birinin de sosyal hukuk devleti düşüncesi olduğu kabul edildiğinden tehlike sorumluluğunun zarar verenin kusurunun olmaması ya da tespit edilememesi nedeniyle zarar görenin hiç korunamadığı ya da çok sınırlı düzeyde kendini koruyabildiği bir durumda devreye girmesi kabul edilmektedir¹⁰⁹.

Sorumluluk hukuku sorununu anayasal bağlamda değerlendiren sosyal adalet teorisi, hukuka aykırı zarar kavramının genişlemesine ve böylece bireyin korunmaya değer çıkarlarının genişlemesine yol açmıştır¹¹⁰. Schlüchter, İsviçre Anayasasının ikinci maddesinde sözü edilen sosyal dayanışmanın, zarar verenin davranışının ve kusurunun değerlendirilmesinde ve zararın nitelendirilmesinde başvurulması gerektiğine işaret etmekte, diğer yandan da sosyal dayanışmanın işletme rizikosu kavramı aracılığıyla yeni bir sorumluluk temelini desteklediğini ileri sürmektedir¹¹¹. Sanayi öncesi topluma özgü ve tümüyle bireyci ve liberal nitelikteki kusur sorumluluğu günümüzün karmaşık ve teknolojinin yarattığı tehlikelerle örülü

¹⁰⁷ Dominus sentit casum: Hasara zarar gören katlanır.

¹⁰⁸ Gassmann-Burdin, Rochus: Energiehaftung – Ein Beitrag zur Theorie der Gefährdungshaftung, Zürich 1988, 56.

¹⁰⁹ Gassmann-Burdin, 55-56; Krause, 18. Aynı yönde bkz. Yoon, Seok-Chan: Die Gefährdungshaftung für moderne Techniken – zugleich eine Stellungnahme zum neuen Schadenersatzrecht, Frankfurt 2002, 192; İmre, 41-42.

¹¹⁰ Schlüchter, 109; İmre, 44-45; Eren, Borçlar Hukuku, 497.

¹¹¹ Schlüchter, 110.

sorunlarını çözmekten uzaktır¹¹². Modern toplumda tehlikeli işletme ve faaliyetlerden doğan zarar olaylarına sorumluluk hukuk açısından çözüm getirebilmek için liberalizmin yanlış özgürlük ve eşitlik algılarından sıyrılarak üretim araçlarının olgusal, geçmişten farklı ve vazgeçilmez konumunu dikkate almamız gerekir¹¹³. Diğer yandan toplumu oluşturan bireylerin toplumu bütünüyle saran tehlikeli faaliyetlerin dışında kalamadığı ve böylece bu faaliyetlere katlanmak zorunda olduğu gözetilerek soruna bireyci değil toplumcu bir yaklaşımla çözüm getirilmelidir¹¹⁴. İnsana insancıl olmayan koşulların dayatıldığı bir dünyada kaçınılmaz zararların sosyal adalete uygun paylaşımı kusur ilkesine dayandırılmaz¹¹⁵. Bu nedenle isnat temeli kusur olmayan bir sorumluluğun geliştirilmesi gerekmiştir.

B- Tehlike Sorumluluğunun Temelindeki Isnat Nedenleri

Kusursuz sorumluluğun dayanağı, tehlike sorumluluğunda olduğu gibi başkaları için yaratılan tehlike olabileceği gibi yardımcı kişiler kullanma yararına karşılık bunları gözetmede özen borcu, böylece çıkarların denkleştirilmesi ya da hakkaniyet gibi düşünceler olabilir. Sorumluluğun neden dolayı kabul edildiği sorunu “sorumluluğun dayanakları ya da isnat nedenleri” ya da “sorumluluk ilkeleri” olarak adlandırılır¹¹⁶. Tehlike sorumluluğu gibi katı bir sorumluluğa başvurmanın

¹¹² Deschenaux/Tercier, 7; Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, 95; Katzenmeier, Christian: Nomos Kommentar BGB Schuldrecht, Band 2/2: §§ 611-853, herausgegeben von Barbara Dauener-Lieb, Werner Langen, 2. Auflage, 2012, vor §§ 823 ff, 4447.

¹¹³ Esser, Gefährdungshaftung, 89.

¹¹⁴ Esser, Gefährdungshaftung, 89-90.

¹¹⁵ Widmer, ZBJV, 1970, 321; Schlüchter, 16; Korkusuz, 150; Eren, Borçlar Hukuku, 497.

¹¹⁶ Sungurbey, İsmet: “Kararın Tahlili”, İstanbul Barosu Dergisi, C. XXXI S. 6, 1957, 162.

temelinde pek çok neden bulunduğu belirtilmektedir¹¹⁷. Bunlar, tehlikeli bir işletme ya da nesne üzerindeki hâkimiyet, tehlikeden yarar sağlama, zarara katlanmaya yakın olma, rizikonun sigortalanabilir olması ve nihayetinde temel olarak toplumsal yarar görüldüğü için izin verilen tehlikeli eylemin sonuçlarının tehlikeye atılan üzerine yıkılmasının adaletsiz olmasıdır¹¹⁸. Kanımızca rizikonun sigortalanabilir olmasını tehlike sorumluluğuna meşruluk kazandırmada ileri sürmek isabetli değildir. Çünkü tümüyle sigortalanamayan rizikoların tehlikeye atılanın üzerine yıkılması adil ve mantıklı bir sonuç olmazdı. Bu nedenle biz çalışmamızda diğer isnat nedenleri üzerinde duracağız.

1- “Nimetinden Yararlanan Külfetine Katlanır” İlkesi

Tehlike sorumluluğunun temelinde yatan isnat nedenlerinden ilk akla gelen eski bir ilke olan “nimetinden yararlanan külfetine katlanır” ilkesidir¹¹⁹. Buna göre bir şeyden yarar sağlayan, onu kullanan kişi onun zararlarına, olumsuz sonuçlarına da kendisi katlanmalıdır¹²⁰. Bir şeyden bir kimse yararlanırken onun zararına

¹¹⁷ Deutsch, Jura 1983, 617.

¹¹⁸ Deutsch, Jura 1983, 617; Erişgin, Çevre Kirletenin Sorumluluğu, 10-11.

¹¹⁹ Schlüchter, 19, 147; Koch, Bernhard A./Koziol, Helmut: “Comparative Conclusions”, Unification of Tort Law: Strict Liability, Bernhard A. Koch, Helmut Koziol (Eds.), The Hague 2002 (Comparative Conclusions), 412; Üçışık, 142; Eren, Borçlar Hukuku, 497; Krause, 152.

¹²⁰ İmre, 39-40, 44, 64; Karahasan, Mustafa Reşit: Sorumluluk Hukuku Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk – Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk, 6. Bası, İstanbul 2003, 596; Honsell, Heinrich: “Die Reform der Gefährdungshaftung”, ZSR, 1997, 4-5; Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, 93; Krause, 10; Hübner, Ulrich M.: Die Haftung des Gardien im französischen Zivilrecht, Karlsruhe 1972 174 vd.; Reischauer, Rudolf: Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch,

başkasının katlanmasını beklemek adalet ve hakkaniyete aykırı düşer. Örneğin bir nükleer santral işleten kişi bu santralde üretilen enerjiden büyük kazançlar elde ederken, santralde meydana gelen nükleer sızıntı sonucunda o çevre halkının sağlığındaki bozulmalardan santral işleteninin kader, talih gibi kavramlara sığınarak kusurlu olmadığı gerekçesiyle sorumlu tutulmaması hem mantıksız hem de adalet duygusunu inciten bir sonuç olurdu¹²¹. Bu nedenle tehlikeli bir faaliyet yürüten bir kişinin kusuru olmasa da verdiği zarardan sorumlu tutulabilmesini öngören yasa koyucu zararı zarar görenden zarar verene aktarabilmek için yarar-zarar ilişkisine dayanır¹²². Diğer yandan öğretilerde “nimetinden yararlanan külfetine katlanır” ilkesinin daha ziyade ekonomik bağlamda değerlendirilmesi gerektiği ve hukuksal normları ekonomik ilişkilerin de yönlendirebileceği belirtilmektedir¹²³.

2- Tehlike İlkesi

Tehlike sorumluluğunun temelinde tehlike ilkesi yatar¹²⁴. Nimetinden yararlanan külfetine katlanır ilkesiyle çok yakından ilişkili ve aslında ona dayanan

herausgegeben von Peter Rummel, Band 2, Teilband 1, 3. Auflage, Wien 2007, §1306, 730; Koziol, Grundfragen, 230-231; Oertel, 321.

¹²¹ İmre, 40-41.

¹²² Sprau, Hartwig: Beck'sche Kurz-Kommentare Band 7 Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 71., neubearbeitete Auflage, München 2012, Einf. v. § 823, 1303.

¹²³ Schlüchter, 112.

¹²⁴ Karahasan, 595; Eren, Borçlar Hukuku, 497; Krause, 152; Yılmaz, Süleyman: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler”, AÜHFD, C. 59, S. 3, 2010, 555. Öğretilerde daha geniş anlamda kullanılmak üzere hasar prensibi olarak da anılmaktadır. İmre, 62-63.

tehlike ilkesi, riskin başkasına aktarılması yoluyla zararı gidermeyi amaçlar¹²⁵. Çünkü hukuk düzeni, tehlikeli faaliyetlerin ya da nesnelerin toplumsal yararı nedeniyle bunlara katlanma zorunluluğu dolayısıyla da olsa, önemli ölçüde tehlikeli işletme ve faaliyetlerin çevreye, kişilere verdiği zarara zarar görenlerin katlanmasını öngöremez¹²⁶. Bu nedenle tehlike sorumluluğunun isnat temeli olarak tehlike ilkesi, bir başkası için böyle bir tehlike meydana getiren, bunu sürdüren ya da bundan yararlanan kişinin tehlikenin gerçekleşmesinden doğan zararı gidermekle sorumlu olması anlamına gelir¹²⁷. Tehlikeye yol açan davranışın olağanüstülüğü arttıkça ve böylelikle tehdit edici tehlike büyüdükçe tehlike sorumluluğuna yönelik eğilim de o derece güçlü hale gelir¹²⁸. Tehlike ilkesine yol açan gerçeklik, günümüzün teknoloji dünyasında bütün önlemler alınsa bile kendisi kusurlu olmayan tehlikeli işin yürütülmesi esnasında kazaların sık sık gerçekleşebilmesidir¹²⁹.

Tehlike ilkesi öğretide “tehlikeyi uzaklaştırma yükümü” olarak da ifade edilmektedir¹³⁰. Tehlike ilkesi, başkalarının hukuksal varlığını tehlikeye sokan

¹²⁵ Deutsch, NJW, 74; Krause, 9; Ulusan, Fedakârlığın Denkleştirilmesi, 4.

¹²⁶ Eren, Borçlar Hukuku, 502; Krause, 152.

¹²⁷ Deutsch, NJW, 74; İmre, 62; Karahasan, 595; Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, 93-94; Widmer, Standortbestimmung, 319; Korkusuz, 151-152; Eren, Borçlar Hukuku, 497; Ulusan, Fedakârlığın Denkleştirilmesi, 3.

¹²⁸ Rümelin, 49.

¹²⁹ İmre, 43; Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, 92; Eren, Borçlar Hukuku, 495-496; Ulusan, Fedakârlığın Denkleştirilmesi, 3.

¹³⁰ Demircioğlu, Huriye Reyhan: Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Ankara 2007, 82; Yılmaz, 571.

kişilerin zararın doğmasını önleyen gerekli tedbirleri almak zorunda olması anlamına gelen yazılı olmayan bir normdur¹³¹. Buna göre tehlikeli bir faaliyet yürüten kimse, bunun beraberinde getirebileceği zararları önlemek için koşulların gerektirdiği tüm önlemleri almakla yükümlüdür¹³². Bu genel davranış yükümü, zararın önlenememesi durumunda bundan dolayı sorumlu olmayı gerektirmektedir. Tehlike ilkesine göre “başkaları için tehlikeli bir durum oluşturan, zarara uğramalarını önlemek için koşulların gerektirdiği önlemleri almakla yükümlüdür”¹³³. İsviçre Federal Mahkemesi’nin geliştirerek ortaya koyduğu üzere tehlike ilkesi, başkasına zarar vermeme gereğinden doğar¹³⁴. Ancak başkasına ve başka şeye zarar vermeme emri, zarar ile sorumluluk arasında salt sonuç sorumluluğunu aşan bir bağlam meydana getirmede çok sınırlı olarak işe yaramaktadır¹³⁵. Esasen İsviçre Federal Mahkemesi’nin kararları incelendiğinde, tehlikeyi uzaklaştırma yükümü olarak ifade edilen genel davranış yükümüne, hakkında özel bir tehlike sorumluluğu düzenlemesi bulunmayan tehlikeli olguları kusur sorumluluğuna tabi kılmak için başvurulduğu görülmektedir¹³⁶. Bu bağlamda tehlike ilkesinin hukuka aykırılığa mı kusura mı ilişkin sonuçlar meydana getirdiği tartışmalı bir husustur, uygulama ve öğreti bu

¹³¹ Demircioğlu, 82.

¹³² Akçura Karaman, Tuba: “Haksız Fiil Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Unsurunun İrdelenmesi ve Tehlike Kuralı”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, 2004, 554.

¹³³ BGE 79 II 66, Schlüchter, 291. Ayrıca bkz. Fuchs, 235.

¹³⁴ Schlüchter, 294. Akçura Karaman, 582: “Nitekim, yukarıda incelediğimiz, “tehlike kuralı”, bu şekilde, içtihat yolu ile yaratılmış olan bir davranış kuralıdır.” Bu konudaki İsviçre Federal Mahkeme kararları için bkz. BGE 64 II 260, BGE 79 II 66, BGE 82 II 25, BGE 90 II 86, BGE 93 II 92, BGE 93 II 230, BGE 93 II 329, BGE 95 II 96, BGE 96 II 108, BGE 110 II 456, Schlüchter, 291-292.

¹³⁵ Schlüchter, 294.

¹³⁶ Bkz. Schlüchter, 291-292.

konuda net değildir¹³⁷. Schlüchter'e göre tehlike ilkesi, bir eylemde belirli özen yükümlülüklerinin ihlal edilmiş olup olmadığı sorusuyla ilgilidir¹³⁸. İsviçre'de eski içtihat, tehlike ilkesi dolayısıyla kusuru takdir ederken yeni kararlarda hukuka aykırılık sorusuna tehlike ilkesi bakımından yanıt verilmeye çalışılmaktadır¹³⁹. Durum Türkiye'deki uygulama bakımından farklı değildir, Yargıtay daha önce tehlike ilkesi ile kusur arasında bağlantı kurarken daha sonra bunu hukuka aykırılık unsuru ile ilişkilendirmiştir¹⁴⁰. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 27.11.1996 tarihli kararında da üreticiden yüksek özen beklemenin nedeninin tehlikeyi uzaklaştırma ilkesinden kaynaklandığı, üreticinin yüksek özen yükümlülüğünün temelinde üreticinin yaptığı işin özelliğine göre büyük bir tehlike yaratmasının bulunduğu ifade edilmiştir¹⁴¹. Kanımızca tehlike ilkesiyle kast edilen, dikkat ve özenli davranma ve böylece kusurdan kaçınmak değil, bilakis zarar vermektan kaçınmaktır. Yani tehlike ilkesi ne kusura ne de özen yükümüne ilişkindir, doğrudan zararın, yani meydana gelen sonucun hukuka aykırı olup olmadığını saptamaya ilişkindir¹⁴². Bununla birlikte tehlike ilkesi hangi zararın tazmin edileceği sorusuna yanıt veremez¹⁴³. Mutlak bir hukuksal değer ihlal edildiğinde hukuka aykırılık ihlalin kendisinden

¹³⁷ Schlüchter, 292-293.

¹³⁸ Schlüchter, 293.

¹³⁹ Schlüchter, 292-293.

¹⁴⁰ Kırca, Ürün, 44-45.

¹⁴¹ Y. HGK E. 1996/4-588 K. 1996/831 T. 27.11.1996, Kırca, Ürün, 43-44. Kırca buna benzer başka kararlar olduğunu belirterek bunlara gönderme yapmaktadır.

¹⁴² Bu konudaki tartışma hakkında bkz. Akçura Karaman, 554 vd.

¹⁴³ Aynı yönde bkz. Kırca, Ürün, 45.

kaynaklanır; buna karşılık salt malvarlığı zararı bulunursa ve hiçbir koruma normu bulunmazsa hukuka aykırılık tehlike önermesinin ihlalinden kaynaklanamaz¹⁴⁴.

Tehlike ilkesi çıkarların denkleştirilmesi fikrine dayanır¹⁴⁵. Kişilerin ve nesnelerin güvenliğini tehlikeye düşüren işletmeler ve faaliyetler modern yaşamda vazgeçilemezdir. Bu gereklilik onların varlığını haklı çıkarır ama tehlikeye düşürülen kişilerin çıkarlarının tümüyle gözden çıkarılmasını haklı çıkarmaz¹⁴⁶. Bu çıkarlar tehlikeli işletmenin tazminat sorumluluğu aracılığıyla korunur. Tehlike ilkesi tehlikenin önlenmesi yönündeki hukuk politikası amacına da uygun düşer. Sıkı sorumluluk alışılmış özenin bütün gücüyle üstüne çıkılmasını sağlar ve koruma önlemlerinin mükemmelleştirilmesi yoluyla riski azaltmak için işletme teknolojisini korur¹⁴⁷. Tehlike sorumluluğu düşüncesi her şeyden önce kusursuz sorumluluk teorilerini en açık biçimde sonuca ulaştırmıştır¹⁴⁸. Caemmerer'e göre tehlike sorumluluğu düşüncesi en önemli modern sorumluluk ilkesidir¹⁴⁹.

¹⁴⁴ Schlüchter, 294; Kırca, Ürün, 45. Aksi yönde bkz. Buz, 41 dipnot 74'ten naklen BGE 03.08.2012 (4A_104/2012)

¹⁴⁵ Karahasan, 595; Eren, Borçlar Hukuku, 497.

¹⁴⁶ Wilburg, 13; Krause, 9.

¹⁴⁷ Wilburg, 13.

¹⁴⁸ Wilburg, 14.

¹⁴⁹ Caemmerer, RabelsZ, 12.

3- “Denetleyebilen Sorumlu Olur” ya da Hâkimiyet İlkesi

Tehlike sorumluluğunun temelinde yatan isnat nedenlerinden bir diğeri rizikoya hâkimiyettir¹⁵⁰. Bu düşünceye göre riziko alanını, tehlikeli işletme ya da faaliyeti en iyi denetleyebilen, ona müdahale edebilen yani ona egemen olan kişiye sorumluluk yüklenmelidir¹⁵¹. Tehlikeye en iyi şekilde hâkim olabilen kişi rizikoyu taşımalıdır, tehlikeye egemen olan kişi aynı zamanda onu yönetebilir¹⁵². Çünkü zararın önüne geçebilecek bir tarzda faaliyeti yürütebilecek olan, gerekli önlemleri alabilecek olan o kişidir, zarar gören değildir. Rizikonun sonuçlarından işleten ya da işletme sahibi sorumlu tutulursa zararın önüne geçmek için gerekli tüm önlemlerin alınması yönünde bir baskı da oluşturulmuş olur, bu da sorumluluğun önleyici amacına hizmet eder¹⁵³. Oysaki zarar gören zarara katlansa, işleten ya da işletme sahibi hiçbir şekilde önlem alma gereksinimi duymaz.

Honsell’e göre tehlikeye hâkimiyet yerine riziko alanına hâkimiyet kavramına dayanmak daha iyi olur¹⁵⁴. Çünkü tehlike sorumluluğunda izin verilen, ama aslında önemli ölçüde tehlikeli bir faaliyetten dolayı “uzman bir kişiden beklenebilecek özenin tümüyle gösterilmesi halinde dahi” önüne geçilemeyecek bir tehlike söz

¹⁵⁰ Honsell, ZSR, 5; Caemmerer, Ernst von: Reform der Gefährdungshaftung, Berlin New York 1971 (Reform), 13; Schlumprecht, Karl: Der Begriff der Gefahr und seine Verwertbarkeit für die Gefährdungshaftung, jur. Dissertation, Friedrich-Alexanders-Universität Erlangen 1927, 87; Rümelin, 56-57; Tholl, 15-16; Katzenmeier, vor §§ 823, 4448; Eren, Borçlar Hukuku, 497; Yılmaz, 555.

¹⁵¹ Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, 94; Krause, 10; Tholl, 15-16; Koziol, Grundfragen, 231; Korkusuz, 155-156; Fuchs, 233.

¹⁵² Honsell, ZSR, 5; Eren, Borçlar Hukuku, 497.

¹⁵³ Caemmerer, Reform, 13; Rümelin, 56; Deutsch, Jura 1983, 617; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, 304.

¹⁵⁴ Honsell, ZSR, 5.

konusudur¹⁵⁵. Riziko alanına en iyi müdahale edebilecek kişi, genellikle rizikonun gerçekleşmesi durumunda rizikonun doğurduğu zarardan ilk etkilenecek kişidir. Bu nedenle rizikonun bulunduğu alana hâkim olan, o alanda bulunan şeyleri ve kişileri denetleyebilen kişi, rizikoya hâkim olamaması durumunda doğan zarardan sorumlu olmalıdır.

§2- Yabancı Hukuk Düzenlerinde ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluğu

I- Genel Olarak

Bugünkü tehlike sorumluluğuna benzer sebep sorumluluğu hallerinin, kodifikasyonlar yapılmadan önce dahi Roma ve Cermen hukukunda mevcut bulunduğu belirtilmektedir¹⁵⁶. Dahası eski Alman hukukunda tehlike kavramının en önemli sorumlulukların temeli olduğu ifade edilmektedir¹⁵⁷. Gerçek anlamda tehlike sorumluluğunun ise ilk olarak ortaçağda madencilerin sorumluluğu bakımından ortaya çıktığı ileri sürülmektedir¹⁵⁸. Modern çağda tehlike sorumluluğunun ilk olarak ne zaman hukuk düzenlerinde görüldüğünü söyleyebilmek için tehlike sorumluluğunun kapsamını netleştirmek gerekir. Tehlike sorumluluğu İsviçre ve Türk hukukunda ve aslında karşılaştırmalı hukukta yaygın olarak teknik risklerden ötürü ortaya çıkan ve kurtuluş kanıtı getirilemeyen bir sebep sorumluluğu olarak anlaşılmaktadır. İsviçre ve Türk hukukunda olağan sebep sorumluluğu diye ayrı bir kategorinin bulunması nedeniyle hayvan tutucunun sorumluluğu gibi bazı kusursuz

¹⁵⁵ Honsell, ZSR, 5.

¹⁵⁶ Krause, 7.

¹⁵⁷ Krause, 7.

¹⁵⁸ Krause, 7.

(objektif) sorumluluk halleri tehlike sorumluluğunun dışında kalırken Alman sorumluluk hukukunda hayvan tutucunun sorumluluğu tehlike sorumluluğu olarak nitelendirilmekte ve olağan sebep sorumluluğu gibi bir kategoriye yer verilmemektedir¹⁵⁹. Birbirinden etkilenen Avrupa ülkeleri olan Almanya, Avusturya ve İsviçre’de birbirine yakın aralıklarla kabul edilen ilk tehlike sorumluluğu düzenlemesi, demiryolları işleteninin sorumluluğuna ilişkindir¹⁶⁰.

Tehlike sorumluluğunu öngören ilk yasa 1838 tarihli Prusya Demiryolları Sorumluluk Yasasıdır. Hedemann bu yasayı “kusur ilkesinden salt sebep sorumluluğuna büyük bir geçiş” olarak nitelendirir¹⁶¹. Bu yasaya göre işletme, trende taşınan kişi ve malların ya da başka kişilerin ve malların trenin hareket halinde olduğu sırada yol açtığı zararlardan sorumludur ve bu sorumluluktan ancak zarar görenin kendi kusuruyla zararın meydana geldiğini ya da kaçınılmaz dıştan kaynaklanan bir umulmayan hal sonucunda gerçekleştiğini kanıtlayarak kurtulabilir. İşletmenin kendisinin tehlikeli niteliği sorumluluktan kurtulmayı sağlayan umulmayan hal olarak dikkate alınmaz¹⁶². Daha sonra 1869’da Avusturya’da Demiryollarındaki Kazaların Yol Açtığı Ölüm ve Bedensel Yaralanmalardan Demiryolları Girişimlerinin Sorumluluğu Hakkında İmparatorluk Yasası çıkarılmış ve 1875’te İsviçre’de Demiryolları ve Buharlı Gemi Seferi Girişimlerinin Ölüm ve Yaralanmalar Halinde Sorumluluğu İle İlgili Federal Yasa çıkarılmıştır¹⁶³. Fransa’da

¹⁵⁹ Kırca, Ürün, 122.

¹⁶⁰ Widmer, ZBJV, 1970, 295.

¹⁶¹ Schlumprecht, 66.

¹⁶² Schlumprecht, 66.

¹⁶³ Schlumprecht, 66; Strickler, 23.

ise 1804 tarihli Code civil’de yer alan kusursuz sorumluluğa ilişkin bazı düzenlemeler ilerleyen zamanlarda mahkeme kararlarıyla farklı şekilde yorumlanarak sorumluluk ağırlaştırılmıştır¹⁶⁴. Dolayısıyla Fransa’da tehlike sorumluluğunun içtihat yoluyla gelişimi Cermen ülkelerinden farklı olarak özel yasalar çıkarmak suretiyle gerçekleşmemiştir.

Tehlike sorumluluğunun genel bir sorumluluk normu olarak yasa koyucular tarafından kabul edilişi ise daha sonraki yıllara rastlar. Bu süreç doğaldır, çünkü özel sorumluluk hükümleri aracılığıyla öncelikle tehlike sorumluluğu düşüncesi kabul edilmiş, daha sonra tehlikenin sorumluluğun temeli olarak kusur yanında ikinci bir kaynak olarak görülmesi mümkün olmuştur. İlk genel tehlike sorumluluğu normları, 1922 tarihli Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği Medeni Yasasında, 1932 tarihli Meksika Medeni Yasasında ve 1942 tarihli İtalyan Medeni Yasasında görülür¹⁶⁵. Günümüzde Almanya, İsviçre ve Avusturya’da genel bir tehlike sorumluluğu düzenlemesi bulunmazken Fransa, İtalya, Belçika ve Hollanda’da ve Türkiye’de genel kural ile düzenleme yoluna gidilmiştir¹⁶⁶. Anglo-Amerikan hukukunda ise genel bir tehlike sorumluluğu normu öngörülmediği halde içtihat aracılığıyla genel bir kusursuz sorumluluk yaratılmıştır¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Brüggemeier, Gert: Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich - Ein Beitrag zur Europäisierung des Privatrechts, Berlin, Heidelberg 2006 (Haftungsrecht), 114.

¹⁶⁵ Will, 149. Sovyet ve Meksika genel tehlike sorumluluğu normları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Will, 193 vd.

¹⁶⁶ Üçışık, 129; Eren, Borçlar Hukuku, 504.

¹⁶⁷ Eren, Borçlar Hukuku, 504.

II- Yabancı Hukuk Düzenlerinde Tehlike Sorumluluğunun Gelişimi

A- Fransız Hukukunda Tehlike Sorumluluğunun Gelişimi

Fransız hukukunda genel olarak tehlike sorumluluğunu öngören yasal düzenlemeler yapılmamıştır ve bugün de çok az özel tehlike sorumluluğu düzenlemesi bulunmaktadır¹⁶⁸. Fransız Yargıtayı (Cour de cassation) bu hukuksal boşluğu doldurmak için aslında tehlike sorumluluğu olarak öngörülme-yen Code civil 1384/1'e başvurmuştur¹⁶⁹. Code civil madde 1384/1 şöyledir: "Kişi, kendi eyleminin yol açtığı zarar yanında sorumlu olduğu kişilerin yol açtığı zararlardan ya da gözetimi altında bulunan şeylerin yol açtığı zararlardan sorumludur"¹⁷⁰.

Fransız Yargıtayı (Cour de cassation) 16.06.1896'da verdiği bir kararda Code civil madde 1384/1'e lafzını aşan bir yorum yükleyerek "nesne tutucunun" (gardien) kusurdan bağımsız olarak sorumlu olduğuna hükmetmiştir¹⁷¹. Bu karara vesile olan olay bir iş kazasıdır, Loire nehrindeki bir kılavuz deniz taşıtında (römorkör) buharlı gemi kazanı patlamış ve makinist ölmüştür. Makinistin hayatta kalan eşi, kılavuz deniz taşıtının maliki olan işverene karşı tazminat davası açmıştır. İşverene hiçbir

¹⁶⁸ Zweigert, Konrad/Kötz, Hein: Die Haftung für gefährliche Anlagen in den EWG-Ländern sowie in England und den Vereinigten Staaten von Amerika – ein rechtsvergleichendes Gutachten, Tübingen 1966, 3.

¹⁶⁹ Caemmerer, RabelsZ, 13.

¹⁷⁰ Almancadan Türkçeye tarafımızdan çevrilmiştir. Almanca metin için bkz. Hübner, 3.

¹⁷¹ Caemmerer, RabelsZ, 7; Esmein, Paul: "Fransız Hukukunda Motorlu Taşıt Araçlarının Sebep Oldukları Zararlardan Dolayı Sorumluluk", çev. Ergun Özsunay, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 2 S. 3, 1968, 166. Bu sorumluluğun koşulları hakkında bkz. Zweigert/Kötz, 8 vd.

kusur yüklenemeyeceği ortaya çıktığı halde Fransız Yargıtayı davacının tazminat hakkı olduğuna hükmetmiştir. Patlamanın nedeni işverenin fark edemediği bir yapım hatasıdır¹⁷². Bu kararla birlikte Fransız hukukunda salt zarara yol açma olgusu sorumluluk için yeterli görülmüştür¹⁷³. Bu kararın verilmesinde Fransız yazınında Saleilles ve Josserand tarafından savunulan “risk teorisi” etkili olmuştur¹⁷⁴. Sözü edilen yazarlar bu düzenlemede genel bir nesnel sorumluluk olgusu görmüşlerdir¹⁷⁵. Risk teorisi ile ifade edilen husus, sözleşme dışı tazminatın koşulu olarak kusurun yerini kusurun dışında bulunan bir kavramın almasıdır, bu kavram zarar doğuran şeyin taşıdığı tehlikeydir¹⁷⁶. Fransız Yargıtayı’nın bu kararı Planio tarafından korkunç bir adaletsizlik ve Lex Aquilia öncesindeki barbar dönemlere dönüş olarak değerlendirilmiştir¹⁷⁷.

Bugün dahi Fransız hukukunda uygulanmakta olan “nesne tutucunun” Code civil madde 1384/1 çerçevesindeki sorumluluğu, Alman ve İsviçre hukukundaki

¹⁷² Caemmerer, RabelsZ, 7. Ayrıca bkz. Esmein, 166.

¹⁷³ Wilburg, 7.

¹⁷⁴ Caemmerer, RabelsZ, 7; Stahlberg, Marion: Gefährdungshaftung für gefährliche Tätigkeiten – Eine rechtsvergleichende Untersuchung französischer Rechtsprechung zu Art. 1384 Abs. 1 Code civil mit deutscher Judikatur, Fulda 1975, 11.

¹⁷⁵ Hübner, 5.

¹⁷⁶ Üçışık, 127. Krş. Stahlberg, 11. Belçikalı yazar Laurent ise çok daha önce Code civil madde 1384/1’e bağımsız bir sorumluluk normu olduğu yönünde anlam yüklemiştir. Hübner, 5’ten naklen Principes du droit civil français, T. XX, no. 639 (p. 691 ff.).

¹⁷⁷ Caemmerer, RabelsZ, 7.

tehlike sorumluluğu düzenlemelerinin eksikliğini doldurmaktadır¹⁷⁸. Ancak nesne tutucunun sorumluluğu tam olarak tehlike sorumluluğu ile aynı değildir, çünkü Fransız Yargıtay'ının salt tehlikeli nesnelerin yol açtığı zararlar için değil, tüm nesnelerin yol açtığı zararlar için sorumluluğun bu hüküm çerçevesinde var olduğu yönünde yerleşik bir içtihadı bulunmaktadır¹⁷⁹. Bunun temelinde tehlikeli-tehlikesiz şeyler ayrımını yapmanın güç olması ve mağduru koruma düşünceleri bulunmaktadır¹⁸⁰. Öğretide yargı kararları göz önüne alındığında bu hüküm çerçevesinde sorumluluğa tabi tutulan şeylere şu örnekleri vermektedir: motorlu karayolu taşıtları, tramvaylar, gemiler, asansörler, yürüyen merdivenler, makineler, bisikletler¹⁸¹, havayı fişek, elektrik, ateşli silahlar, sandalyeler, şemsiyeler, golf topları, madensuyu ve kırmızı şarap şişeleri¹⁸². Belirtmek gerekir ki hakkında özel düzenlemeler öngörülen şeyler madde 1384/1'in kapsamı dışındadır¹⁸³. Diğer yandan bu sorumluluğun sözleşme dışı sorumluluk alanında geçerli olduğu vurgulanmalıdır¹⁸⁴.

¹⁷⁸ Caemmerer, RabelsZ, 13. Will, bu düzenlemeyi genel tehlike sorumluluğu normu olarak görmektedir. Will, 145-147.

¹⁷⁹ Hübner, 31.

¹⁸⁰ Hübner, 10-11; Esmein, Paul: "Fransız Hukukunda Motorlu Taşıt Araçlarının Sebep Oldukları Zararlardan Dolayı Sorumluluk", çev. Ergun Özsunay, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 2 S. 3, 1968, 167.

¹⁸¹ Aksi görüş için bkz. Will, 134.

¹⁸² Caemmerer, RabelsZ, 13; Hübner, 35-36; Stahlberg, 22-52.

¹⁸³ Hübner, 23 vd.

¹⁸⁴ Hübner, 13.

Fransız hukukunda avant-projet olarak anılan ve Prof. Dr. Catala tarafından kaleme alınan Borçlar Hukuku Reformu Ön Tasarısında hem Fransız Yargıtay'ının içtihadı onanır biçimde nesnelerin yol açtığı zarardan tutucunun sorumlu olmasını öngören bir düzenlemeye, hem de Fransız hukukunda daha önce rastlanmayan yeni bir düzenlemeye yer verilmektedir¹⁸⁵. Bu yeni düzenleme olağanüstü tehlikeli faaliyetler için tehlike sorumluluğu öngörmektedir¹⁸⁶. Ön Tasarı madde 461 (Madde 1362) şöyledir¹⁸⁷: “Özel hükümler saklı kalmak kaydıyla olağanüstü tehlikeli bir faaliyetin girişimcisi, izin verilmiş olsa dahi, bu faaliyetin beraberinde getirdiği zararları tazminle sorumludur. Bir faaliyet, ağır zararlar doğurma riskini bünyesinde taşıyorsa, aynı anda çok sayıda kişiyi etkileyebiliyorsa olağanüstü tehlikeli sayılır. Girişimci ancak mağdurun madde 1349-1351’de öngörülen düzenlemelere göre yüküme aykırı davranışta bulunduğunu kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilir.” Ön Tasarının bu düzenlemesi Fransız hukukunda ilk kez genel tehlike sorumluluğunun öngörüldüğü bir düzenlemedir, tasarının yasalaşması durumunda Code civil madde 1384’e ilişkin içtihatla değişiklik meydana gelmesi muhtemeldir.

B- İtalyan Hukukunda Tehlike Sorumluluğunun Gelişimi

İtalyan hukukunda tehlike sorumluluğu 1942 yılında kabul edilen yeni medeni yasayla birlikte ayrı bir önem kazanarak dikkat çekmiştir. Bundan önceki

¹⁸⁵ Steininger, Barbara C.: Verschärfung der Verschuldenshaftung –Übergansbereiche zwischen Verschuldens- und Gefährdungshaftung, Wien 2007, 242-243.

¹⁸⁶ Steininger, 243.

¹⁸⁷ Sonnenberger, Hans J: “Vorentwurf einer Reform des Schuldrechts (droit des obligations, Art. 1101-1386 des Code civil) und des Verjährungsrechts (Art. 2234-2281 des Code civil)”, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, Heft 2, 2007, 681.

1865 tarihli Codice civile 1804 tarihli Code Napoléon'un yani Fransız Medeni Yasasının birebir kopyası niteliğindeydi¹⁸⁸. Bu saptama 1942 tarihli yeni yasa için geçerli değildir; çünkü 1942 tarihli medeni yasayla sorumluluk hukukunda ve diğer alanlarda bazı önemli yenilikler kabul edilmiştir¹⁸⁹. Bu önemli yenilikler arasında Codice civile madde 2050 ile öngörülen tehlike sorumluluğu da bulunmaktadır¹⁹⁰. Ancak bu düzenleme yasanın tasarı metninde yer almazken son anda metne eklenerek kabul edildiği için yasa gerekçesinde ve meclis komisyonu raporlarında normla ilgili derin nitelikte tartışmalara rastlanmadığı ifade edilmektedir¹⁹¹.

Son iki yüzyılın sorumluluk hukukunun şimdiki zamanlara dek gelişimi, tazmin edilebilir zarar çevresini sürekli genişletme ve eskiden tazmin edilmeyen zararları tazmin etme eğiliminde olduğunu göstermektedir¹⁹². İş kazaları için kaza sigortasının kabulü de sorumluluk hukukundaki bu eğilimin bir uzantısıdır, bu konudaki ilk yasal düzenlemeler İtalya'da 1898 yılında kabul edilmiştir¹⁹³. 1865 tarihli Codice civile döneminde çalıştırmanın sorumluluğunun kusura dayanmadığı ileri sürülmüştür¹⁹⁴. Daha sonra 1942'de kabul edilen yeni medeni yasa ve aynı yıllarda çıkarılan ve nesnel sorumluluk hükümleri öngören münferit yasalar ile tehlike sorumluluğunun gelişimi hız kazanmıştır. Bu yasaların sorumluluk hükümleri

¹⁸⁸ Schlüchter, 2.

¹⁸⁹ Schlüchter, 2; Will, 149.

¹⁹⁰ Schlüchter, 114.

¹⁹¹ Schlüchter, 114.

¹⁹² Schlüchter, 27.

¹⁹³ Schlüchter, 27.

¹⁹⁴ Schlüchter, 94.

arasında sorumluluğun koşulları ve sorumluluktan kurtulma konusunda uyumsuzluklar bulunduğu görülmektedir¹⁹⁵.

1942 tarihli Codice civile'nin "Tehlikeli Faaliyetlerin Yürütülmesinden Doğan Sorumluluk" kenar başlıklı 2050. maddesine göre "Niteliği ya da kullanılan aletlerin türü gereği tehlikeli olan bir faaliyetin yürütülmesi sırasında başkasına zarar veren kişi, zararın önlenmesi için elverişli tüm önlemleri aldığını kanıtlamadıkça tazminatla sorumlu olur." Codice civile madde 2050'nin nasıl bir sorumluluk öngördüğü konusunda İtalyan öğretisinde farklı görüşler bulunmaktadır, Trimarchi'nin savunduğu görüşe göre madde 2050 nesnel olarak kaçınılabilir riziko için sorumluluk öngörmektedir¹⁹⁶. İtalyan içtihadının da temel eğilimi madde 2050'nin kusur karinesine dayanan bir sorumluluk olduğu biçiminde olmakla birlikte sorumluluk hukukundaki gelişmeleri dikkate alarak kurtuluş kanıtının gereklerini sıkı tutmaktadır¹⁹⁷. Buna karşılık risk teorisini savunan görüş bu maddenin öngördüğü sorumluluğun kusurdan ya da özenden tümüyle bağımsız olduğunu, sorumluluğun temelinin tehlikelilik kavramında bulunduğunu ileri sürmektedir¹⁹⁸. İsviçre öğretisinde ise Widmer İtalyan Medeni Kanunu madde 2050'nin genel bir tehlike sorumluluğu normu değil, tehlike ilkesi öngördüğünü ileri sürmektedir¹⁹⁹. Will ise normu genel tehlike sorumluluğu normu olarak kabul etmekle birlikte düzenlemenin

¹⁹⁵ Aynı yönde bkz. Schlüchter, 65-66.

¹⁹⁶ Schlüchter, 119'dan naklen Trimarchi, Rischio, 271 ff., 279 ff.

¹⁹⁷ Schlüchter, 121; Zweigert/Kötz, 25.

¹⁹⁸ Schlüchter, 120.

¹⁹⁹ Widmer, ZBJV, 1970, 307-308.

aksaklıklar içerdğine ve özellikle kusur sorumluluğundan ayırt edilmesinde ve tehlikeliliğin takdirinde belirsizlikler bulunduğuna işaret etmektedir²⁰⁰.

Diğer yandan “işletme faaliyeti” yerine “faaliyet” kavramının tercih edilmesinin nedeni olarak “işletme rizikosu” kavramının sorumluluk hukukunun yalnızca bir kısmı için işlev görebileceği öne sürülmüştür²⁰¹. Bu nedenle öğreti ve yargı, işletme rizikosu kavramına dayanılması gerektiğini ileri sürenlerin iddia ettiği gibi “biyolojik faaliyetler” ile “ekonomik faaliyetler” arasında bir fark olduğu görüşünü kabul etmemiştir²⁰². Buna göre hiçbir ekonomik niteliğe sahip olmayan ve alet kullanımını gerektirmeyen faaliyetler madde 2050’nin uygulama alanının ilke olarak dışındadır²⁰³. Fakat madde 2050’de yasa koyucu hem birey faaliyetlerinin hem de bir işletme kapsamında yürütülen faaliyetlerin kapsanabildiği bir tehlikelilik ölçütünü seçmiştir²⁰⁴. İtalyan Medeni Kanunu, tehlikeli faaliyetler için genel sorumluluk öngören madde 2050 yanında madde 2051 ile nesnelerin yol açtığı zararlardan dolayı sorumluluk öngörmektedir²⁰⁵. Bu maddeye göre “Gözetimi altında bulunan nesnelerin yol açtığı zarardan, umulmayan bir olayın varlığını kanıtlamadıkça, herkes sorumludur.” Codice civile madde 2051, Fransız hukukundaki nesne tutucunun sorumluluğuna benzerdir ve tıpkı Fransız hukukunda

²⁰⁰ Will, 191. Aynı yönde bkz. Honsell, ZSR, 14.

²⁰¹ Schlüchter, 119.

²⁰² Schlüchter, 119.

²⁰³ Schlüchter, 119.

²⁰⁴ Schlüchter, 119.

²⁰⁵ Avrupa’da genel tehlike sorumluluğu düzenlemesinin bulunduğu hukuk düzenleri arasında İtalya yanında Portekiz de sayılmaktadır. Werro/Palmer/Hahn, 404.

olduğu gibi İtalyan hukukunda da salt tehlikeli nesneler için değil tüm nesneler için bu sorumluluğun var olduğu kabul edilmektedir²⁰⁶.

C- Avusturya Hukukunda Tehlike Sorumluluğunun Gelişimi

Avusturya hukukunda kusur sorumluluk hukukunun temel prensibi olarak kabul edildiğinden ve genel bir tehlike sorumluluğu normu bulunmadığından özel tehlike sorumluluğu normları çeşitli yasalara dağılmış durumdadır²⁰⁷. Bu yasalardan 1869 tarihli Demiryollarındaki Kazaların Yol Açtığı Ölüm ve Bedensel Yaralanmalardan Demiryolları Girişimlerinin Sorumluluğu Hakkında İmparatorluk Yasası ile 1871 tarihli Elektrik ve Gaz İletimi Tesislerinin Yol Açtığı Zararlardan Sorumluluk Hakkındaki İmparatorluk Sorumluluk Yasası önemlidir. Bu yasalar, bazı maddelerinde değişiklikler yapılmakla birlikte günümüzde de geçerliklerini sürdürmektedir²⁰⁸. Avusturya Medeni Kanunu'nda ise hayvan tutucunun sorumluluğu bir sebep sorumluluğu olarak düzenlenmiştir, öğretide bir görüşe göre bu sorumluluğun doğması için tipik işletme tehlikesinin gerçekleşmesinin gerekirken²⁰⁹, kurtuluş kanıtına yasada yer verilmesi nedeniyle bir başka görüş kusur ve tehlike sorumluluğu arasında bir sorumluluk türü olduğunu ileri sürmektedir²¹⁰. Farklı düzenlemelerin birbiriyle uyumsuzluğu ve benzer bir tehlikelilik için düzenlemenin bulunmaması nedeniyle ortaya çıkan adaletsizlikler Avusturya'da

²⁰⁶ Schlüchter, 140; Zweigert/Kötz, 22-23. Ayrıntılı bilgi için bkz. Schlüchter, 135 vd.

²⁰⁷ Steininger, 102; Reischauer, §1306, 730; Üçışık, 131.

²⁰⁸ Steininger, 103; Krause, 45 vd.

²⁰⁹ Krause, 41.

²¹⁰ Reischauer, §1306 II/2a, 734. Aynı yönde bkz. Koziol, Helmut: "Umfassende Gefährdungshaftung durch Analogie?", Festschrift - Walter Wilburg zum 70. Geburtstag, Graz 1975 (FS Wilburg), 173.

eşitlik ilkesine dayanarak kıyas yasağının reddedilmesi sayesinde bir ölçüde hafifletilmektedir²¹¹. Örneğin 1869 tarihli yasanın lafzına göre sadece demiryollarının işletilmesi sırasında meydana gelen kazalardan doğan sorumluluk talepleri bu yasanın kapsamındadır, fakat yasanın çıkarıldığı zamanki koşullar ve yasanın amacı dikkate alınarak kıyas yapılması ve motorlu karayolları taşıtlarına da uygulanması kabul edilmektedir²¹². Ancak kıyas yapılsa dahi birtakım çelişkilerin ortaya çıktığına işaret edilmektedir²¹³. Bu nedenle Avusturya yazınında baskın görüş tehlike sorumluluğunda genel normun öngörülmesinden yanadır²¹⁴.

Nitekim Adalet Bakanlığının isteği üzerine kurulan uzmanlar kurulu tarafından Haziran 2005'te yeni bir Avusturya tazminat hukuku tasarısı hazırlanmıştır²¹⁵. Bu tasarıda yöntemsel olarak Wilburg'un geliştirdiği hareketli

²¹¹ Steininger, 102-103; Reischauer, §1306, 730; Reischauer, Rudolf/Spielbüchler, Karl/Welser, Rudolf: Reform des Schadenersatzrechts Band III Vorschläge eines Arbeitskreises, Wien 2008, 19; Koziol, FS Wilburg, 174; Will, 80 vd.; Koch, Bernhard A./Koziol, Helmut: "Austria", Unification of Tort Law: Strict Liability, Bernhard A. Koch, Helmut Koziol (hrsg), The Hague 2002 (Austria), 14; Schilcher, Bernd/Posch, Willibald: "Civil Liability for Pure Economic Loss: An Austrian Perspective", Civil Liability for Pure Economic Loss, Edited by Efstathios K. Banakas, Proceedings of the Annual International Colloquium of the United Kingdom National Committee of Comparative Law held in Norwich, September 1994, Bodmin 1996, 160. Aynı yönde Krause, 63 vd.

²¹² Steininger, 109-112.

²¹³ Steininger, 102-103.

²¹⁴ Steininger, 138-142; Krause, 63 vd.

²¹⁵ Steininger, 299.

sisteme (bewegliche System) dayanılmıştır²¹⁶. Bu tasarıda tehlike ilkesine dayanan iki norm öngörülmektedir²¹⁷. Tasarının “Yüksek Tehlike Kaynakları İçin Sorumluluk” başlıklı maddesi olan §1302 şöyledir²¹⁸: “(1) Yüksek tehlikeli bir kaynağın tutucusu, bu tehlikeli kaynak bir zarar meydana getirdiği sürece, sorumlu olur. Tutucunun kim olduğu, tehlike kaynağında kimin özel bir çıkarı bulunduğu, maliyete katlandığına ve eylemli olarak tasarruf imkânını elinde bulundurduğuna göre belirlenir. (2) Bir nesne, bu nesnenin olağan kullanımı ya da gerekli özenin gösterilmesine karşın bir faaliyet sık ya da ağır zararlara yol açtığı takdirde yüksek tehlikeli bir kaynağın varlığından söz edilir. Yüksek tehlikeli kaynaklar özellikle nükleer tesisler, barajlar, benzin, gaz, güçlü akım tesisatları, cephane fabrikaları ve depoları, dahası hava taşıtları, demiryolları ve teleferikler, motorlu taşıtlar ve motorlu botlar ile madencilik ve patlatma faaliyetleri. (3) Zarara mücbir neden yol açtığı ya da nesnenin ayıpsızlığına karşın ve mümkün olan en yüksek düzeyde özen gösterilmesine karşın zarar gerçekleştiği takdirde sorumluluk ortadan kalkabilir. Aynı durum zarar gören zarara razı olmuşsa ya da riski göze almışsa da geçerlidir. Bu hususların dikkate alınıp alınmayacağı her şeyden önce taşıdığı ağırlığa ve tehlikeliliğin düzeyine, özellikle somut durumdaki düzeyine, bağlıdır. Ciddi ölçüde tehlikelilik hallerinde sorumluluğun hafifletilmesiyle de yetinilebilir.” Bu madde ile Avusturya hukukunda tehlike sorumluluğu genel normu öngörülmesi önerilmiştir. Aşağıda inceleyeceğimiz İsviçre Medeni Kanunu Ön Tasarısı madde 50’deki

²¹⁶ Steininger, 299; Reischauer/Spielbüchler/Welser, 14. Wilburg’un geliştirdiği sistem hakkında bkz. aşağıda §3/III. Bu sistemin getirilmesine karşı olan görüş hakkında bkz. Reischauer/Spielbüchler/Welser, 14,

²¹⁷ Steininger, 301; Üçışık, 131.

²¹⁸ Steininger, 301-302.

tehlikelilik ölçütünün aynısının öngörüldüğü dikkat çekmektedir²¹⁹. Buna karşılık tehlike sorumluluğuna yol açan olgu İsviçre tasarısından farklı olarak “faaliyetlere” değil, Will’in önerdiği üzere hem nesneleri hem de faaliyetleri kapsayan “kaynaklara” dayandırılmıştır²²⁰. Bununla birlikte Koziol, Avusturya tasarısının bu düzenlemesinin İsviçre tasarısından esinlenerek hazırlandığını ve yürürlükteki hukuktan farklı olarak tasarıdaki düzenlemede sorumluluk üst sınırının öngörülmediğini belirtmektedir²²¹.

Tehlikeli olmakla birlikte bu düzeyde bir tehlikelilik içermeyen kaynaklar için de bir madde bulunmaktadır. Tasarının “Yüksek Tehlike” başlıklı maddesi olan §1303 şöyledir²²²: “(1) §1302/2’de öngörülen düzeye erişmeyen çok tehlikeli bir kaynağın tutucusu, bu kaynak bir zarara yol açtığı takdirde ve zararın önüne geçmek için gerekli özeni göstermiş olduğunu kanıtlamadığında sorumlu olur. Aynı durum bir kimse faaliyeti aracılığıyla böyle bir tehlike meydana getirdiği takdirde de geçerlidir. (2) Büyük tehlike özellikle hayvanlar, yapı eserleri, düşük hızdaki motorlu taşıtlar ya da bisiklet sürme ya da kayakçılık gibi faaliyetler aracılığıyla meydana getirilebilir.” Eşanlamlı “erhöhter” ile “hoher” terimlerinin isabetsiz biçimde karşı karşıya getirildiği belirtilerek bu terminolojik tutum eleştirilmektedir²²³. Öğretide baskın olarak §1303’teki normun tehlike sorumluluğu genel normu değil, kusur ve

²¹⁹ Ayrıca bkz. Steininger, 317.

²²⁰ Steininger, 318-320; Griss, 59.

²²¹ Koziol, Helmut: “Der österreichische Entwurf eines neuen Schadenersatzrechts”, HAVE, 2005, 313. Ayrıca bkz. Koch/Koziol, Austria, 37.

²²² Steininger, 302.

²²³ Steininger, 309; Reischauer, §1306, 738. Bu terimleri Üçışık, yüksek tehlike ve yükselen tehlike olarak çevirmiştir. Üçışık, 131.

tehlike sorumluluğu arasındaki geçiş alanı için genel bir norm olduğunu, bunların dışında ayrı bir kategoriye meydana getirdiğini, çünkü zararın önüne geçmek için gerekli özenin gösterilmesi kurtuluş kanıtı olarak düzenlendiğini belirtmektedir²²⁴. Reischauer ise bunu hafifletilmiş tehlike sorumluluğu olarak nitelendirmekte ve bisiklet sürme, kayak yapma gibi faaliyetlerin hafifletilmiş de olsa tehlike sorumluluğuna tabi tutulmasını hukuk politikası açısından yanlış bulmaktadır²²⁵.

2005 yılında hazırlanan bu tasarı üzerinde çalışan bir bilim komisyonu, söz konusu tasarımı değerlendirerek eleştiriler getirmiş ve “karşı tasarı” hazırlamıştır²²⁶. Karşı tasarıda genel bir tehlike sorumluluğuna yer verilmemiş, genel tehlike sorumluluğu yerine genel bir çevre (çevreyi tehlikeye atma) sorumluluğu ve komşuluk hukukuna dayanan özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüştür²²⁷. Buna gerekçe olarak uygulamanın özel yasalara alışmış olması ve farklı olguların kısmen farklı düzenlemeleri de gerekli kıldığı ileri sürülmüştür²²⁸. Sonuç olarak belirtmek gerekir ki her iki tasarı da henüz yasalaştırma faaliyetlerine konu olmamıştır²²⁹.

²²⁴ Steininger, 311; Griss, Irmgard: “Gefährdungshaftung, Unternehmerhaftung, Eingriffshaftung”, Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, Irmgard Griss, Georg Kathrein, Helmut Koziol (Hrsg.), Wien 2006, 59; Koziol, HAVE, 2005, 313.

²²⁵ Reischauer, §1306, 738. Koziol de katı ve hafif tehlike sorumlulukları ayrımı yapmaktadır. Koziol, Grundfragen, 231.

²²⁶ Reischauer/Spielbüchler/Welser, 13.

²²⁷ Reischauer/Spielbüchler/Welser, 19-21.

²²⁸ Reischauer/Spielbüchler/Welser, 19.

²²⁹ <http://www.justiz.gv.at/web2013/html/default/8ab4a8a422985de30122a91ca4c362bf.de.html> E.T.: 11.07.2013.

Anlaşılan odur ki tazminat hukuku alanında yapılması gereken değişiklikler hususunda tartışmalar sona ermiş değildir.

D- Alman Hukukunda Tehlike Sorumluluğunun Gelişimi

Alman hukukunda geleneksel olarak sorumluluk hukukunun temel ilkesi kusur olarak kabul edilmiş, kusursuz sorumluluk ise istisna olarak görülmüştür²³⁰. Bu nedenle istisnai olguların genişletilemeyeceği savıyla kusursuz sorumluluk hallerinin kıyası reddedilmektedir²³¹. Sözü edilen kusursuz sorumluluk halleri için Alman hukukunda olağan ve ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu biçiminde ayırım yapılmadığından Türk-İsviçre hukukunda tehlike sorumluluğu olarak kabul edilemeyen bazı kusursuz sorumluluk halleri Alman hukukunda tehlike sorumluluğu düzenlemeleri arasında yer almaktadır²³². Alman hukukunda tehlike sorumluluğu düzenlemelerinin bazıları BGB’de, bazıları ise münferit olarak çıkarılmış yasalarda (StVG, WHG, UmweltHG, HPfIG, AMG, LuftVG, AtomG, GenTG, BBergG, BJagdG)²³³ yer almaktadır, yani genel bir tehlike sorumluluğu normu

²³⁰ Katzenmeier, vor §§ 823 ff, 4447; Will, 104; Wagner, vor § 823, 1696; Schiemann, Gottfried: Erman Bürgerliches Gesetzbuch, herausgegeben von Harm Peter Westermann, Barbara Grunewald, Georg Maier-Reimer, 13., neu bearbeitete Auflage, Köln 2011, vor § 823, 3577.

²³¹ Will, 70-72, 77, 103; Spindler, Gerald: Beck’scher Online-Kommentar BGB, Hrsg: Bamberger/Roth, Stand: 01.03.2011, Edition: 22, § 823, Rn. 0.3; Wagner, Vor. § 823, 1700. Buna karşılık Schiemann, içtihadın kıyası reddine neden olarak yasal düzenlemelerin pek çoğunda sorumluluk üst sınırının öngörülmüş olmasını göstermektedir. Schiemann, vor § 823, 3577.

²³² Örnek olarak bkz. BGB 833/I: hayvan tutucunun sorumluluğu. Spindler, § 833 Rn. 1-2.

²³³ Straßenverkehrsgesetz (Karayolları Trafik Kanunu), Wasserhaushaltsgesetz (Su İdaresi Kanunu), Umwelthaftpflichtgesetz (Çevre Sorumluluk Kanunu), Arzneimittelgesetz (İlaç Kanunu),

bulunmamaktadır²³⁴. Alman hukukunda tehlike sorumluluğu düzenlemelerinin pek çoğunda sorumluluk belirli bir üst sınırla sınırlandırılmıştır²³⁵. Bu sınırlandırmanın temelinde de tehlike sorumluluğunun istisnai bir sorumluluk olduğu algısı bulunmaktadır. 19. yüzyıldan bu yana öngörülen tehlike sorumluluğu düzenlemeleri bilim ve teknolojinin gelişimine paralel olarak farklı farklı zamanlarda gereksinim doğdukça çıkarıldığı için haklı bir neden olmadığı halde, yani nedensiz ve keyfi biçimde birbirinden sapmış durumdadır, sorumluluğun koşulları ve sona ermesi, kullanılan terimler, yüklenen anlamlar birbirinden farklıdır²³⁶. Bu da tehlike sorumluluğu alanında adaletin gerçekleşmesine engel olmaktadır²³⁷. Bu durum birbirinden farklı düzenlemelerin eşit olmayan biçimde uygulanması ya da mağdurun hukuksal korumadan yoksun kalması gibi sonuçlar doğmuştur. Yasa koyucunun hiçbir zaman bilim ve teknolojinin hızına ayak uyduramayacağı ve bu nedenle kazuistik yöntemin isabetsiz olduğu sıklıkla ileri sürülmüştür²³⁸. Alman hukukunda tehlike sorumluluğunun düzenleme biçiminin adaletsizliğe yol açmasının diğer bir nedeni de yakın bir zamana dek tehlike sorumluluğunda manevi tazminatın kabul

Luftverkehrsgesetz (Havayolları Trafik Kanunu), Gentechnikgesetz (Gen Teknolojisi Kanunu), Bundesberggesetz (Federal Madencilik Kanunu), Bundesjagdgesetz (Federal Avcılık Kanunu).

²³⁴ Katzenmeier, vor §§ 823 ff, 4448-4449; Sprau, Einf v § 823, 1303; Schiemann, vor § 823, 3577; Wagner, vor § 823, 1699; Caemmerer, Reform, 16; Fuchs, 233.

²³⁵ Kötz/Wagner, 2010, 212; Caemmerer, RabelsZ, 14-15; Fuchs, 236.

²³⁶ Schiemann, vor § 823, 3577; Kötz/Wagner, 2010, 202; Spindler, § 823, Rn. 0.3; Wagner, Vor. § 823, 1699.

²³⁷ Katzenmeier, vor §§ 823 ff, 4448; Wagner, Vor. § 823, 1699.

²³⁸ Caemmerer, Reform, 17.

edilmemesiydi²³⁹, ancak BGB’de yapılan bir değişiklik ile birlikte 01.08.2002’den itibaren tehlike sorumluluğu hallerinde de manevi tazminatın istenebilmesi olanaklı kılınmıştır²⁴⁰. Bir konu münferit yasalarda farklı farklı düzenlenerek kaosa yol açmıştır. Bu gelişmeler sonucunda münferit yasalardaki tehlike sorumluluğu düzenlemelerinin hiçbir zaman yeterli olamadığı anlaşılarak farklı çözüm yolları aranmıştır²⁴¹. Bu arayışın ve kıyas yasağının bir sonucu olarak kusur kavramına yüklenildiğı ve kusurun öznellikten uzaklaştırılarak nesnelleştirildiğı görülmüştür²⁴². Aranan çözüm yollarının ortak noktası, tehlikenin kusurdan sapan bir adalet tasavvuruna dayanan bağımsız, kusura denk, eşdeğerde bir sorumluluk ilkesi olduğı düşüncesidir²⁴³. Alman öğretisinde bir görüş tehlikenin kusura denk bir ilke olması nedeniyle artık bu ilkelerin yani kusur ve tehlikenin kural-istisna olarak

²³⁹ Caemmerer, RabelsZ, 14.

²⁴⁰ Kötz, Hein/ Wagner, Gerhard: Deliktsrecht, 11. Auflage, München 2010, 211. Ayrıca bkz. http://www.rechtin.de/gesetz/immaterieller_schaden_paragraph_253_bgb_buergerliches_gesetzbuch_gegenueberstellung_01-08-2002_263748.html E.T.: 26.09.2012.

²⁴¹ Bauer, Marianne: “Erweiterung der Gefährdungshaftung durch Gesetzesanalogie”, Beiträge zum Zivil- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70. Geburtstag am 24.Dezember.1975, herausgegeben von Werner Flume, Peter Raisch, Ernst Steindorf, Berlin 1975, 305.

²⁴² Schiemann, vor § 823, 3577; Caemmerer, RabelsZ, 16.

²⁴³ Esser, Gefährdungshaftung, 9; Bauer, 311; Katzenmeier, vor §§ 823 ff, 4448; Spindler, § 823, Rn 0.2; Schiemann, vor § 823, 3577: “Kusur sorumluluğunun aksine tehlike sorumluluğu, “ikinci hat” olarak sorumlunun izin verilen, hukuka uygun bir davranışına dayanır.” Schiemann, bu ifadeyle Esser’e gönderme yapmaktadır.

görülemeyeceğini ileri sürerek kıyas yapılabilmesini savunurken²⁴⁴ diğer bir görüş ise tehlike sorumluluğundaki bu sorunların genel norm öngörerek aşılabileceğini savunmuştur²⁴⁵. Özellikle Weitnauer, Kötz, von Caemmerer ve Deutsch'un genel norm önerileri öğretide yankı uyandırmıştır²⁴⁶. Larenz/Canaris ise genel norma da kıyasa da karşı çıkar görünmektedir, yazarlara göre tehlikelilik ölçütü çok belirsizdir²⁴⁷. Her iki çözüme de sıcak yaklaşan yazarlardan Deutsch, *de lege lata* yani yürürlükteki hukuka göre kıyas yapılmasını, *de lege ferenda* genel norm öngörülmesini savunmaktadır²⁴⁸. Bununla birlikte genel normun nasıl düzenleneceği ayrı bir tartışma konusu haline gelmiş ve her yazar kendi genel norm önerisini biçimlendirerek ortaya koymuştur²⁴⁹. Katzenmeier de bu durumu tehlikenin kusura denk bir sorumluluk ilkesi olarak görülmesine karşın şimdiye dek genel kural

²⁴⁴ Will, 104-109; Caemmerer, Reform, 19; Deutsch, Erwin: "Methode und Konzept der Gefährdungshaftung", VersR, Heft 1, 1971, 3; Bauer, 310, 326. Buna karşılık Spindler'e göre tehlike kavramı bütüncül kıyasa başvurmak bakımından çok belirsiz kalmaktadır. Spindler, § 823, Rn. 0.3.

²⁴⁵ Wilburg, 28-30; Wagner, Vor. § 823, 1699-1700; Will, 277-284; Caemmerer, Reform, 18-19, 24; Kötz, Hein: "Gefährdungshaftung – Empfiehlt sich eine Vereinheitlichung und Zusammenfassung der gesetzlichen Vorschriften über die Gefährdungshaftung im BGB und erscheint es erforderlich, das Recht der Gefährdungshaftung weiterzuentwickeln?", Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band II, herausgegeben vom Bundesminister der Justiz, Köln 1981 (Gutachten), 1786; Lühn, 107-108; Deutsch, VersR, 1971, 3.

²⁴⁶ Bkz. Stahlberg, 4-7.

²⁴⁷ Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm: Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band Besonderer Teil 2. Halbband, 13. völlig neuverfaßte Auflage, München 1994 (Schuldrecht), 601-602.

²⁴⁸ Deutsch, VersR, 1971, 3. Aynı yönde bkz. Bauer, 311.

²⁴⁹ Bkz. Bauer, 307; Stahlberg, 4-7. Wilburg, 28-30; Wagner, Vor. § 823, 1699-1700; Will, 277-284; Caemmerer, Reform, 18-19, 24; Kötz, Gutachten, 1786; Lühn, 107-108; Deutsch, VersR, 1971, 3.

biçiminde norm haline getirilememesi ve “özel tehlike” kavramının tehlike sorumluluğuna temel olacak bir bağlantı noktası olarak kabul edilememesiyle açıklayarak ortaya koymaktadır²⁵⁰.

E- İsviçre Hukukunda Tehlike Sorumluluğunun Gelişimi

1- Tehlike Sorumluluğu Hallerinin Özel Yasalara Dayanması

İsviçre hukukunda tehlike sorumluluğunu doğuran düzenlemeler münferit yasalarda öngörülen çeşitli normlardan oluşmaktadır²⁵¹. Diğer bir deyişle tehlike sorumluluğunu öngören genel bir norm bulunmamaktadır, yani tehlikeye atma olgusu kendiliğinden bir sorumluluk doğurmamaktadır²⁵². İsviçre hukukunda da Alman hukukunda olduğu gibi kusur sorumluluk hukukunun temel prensibi olarak görüldüğü ve kusursuz sorumluluk kusur sorumluluğu karşısında istisna kabul edildiği için tehlike sorumluluğu normlarının benzer olgular için kıyasla uygulanması reddedilmiştir²⁵³. Diğer yandan kusur Alman hukukunda olduğu gibi İsviçre hukukunda da 19. yüzyılın sonlarından başlayarak nesnel bir nitelik kazanmış ve bu

²⁵⁰ Katzenmeier, vor §§ 823 ff, 4448.

²⁵¹ Widmer, ZBJV, 1970, 295; Stark, Emil W: “Die weitere Entwicklung unseres Haftpflichtrechts”, ZSR, Band 100, I. Halbband, 1981, 365; Stark, Emil W: “Probleme der Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts”, ZSR, Band 86, II. Halbband, 1967, 157. Bu münferit düzenlemeler hakkında bkz. Rey, Heinz: Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. überarbeitete und ergänzte Auflage, Zürich 2008 289 vd.; Krause, 157 vd.

²⁵² Boller, 32; Stark, ZSR, 1967, 157.

²⁵³ Schlüchter, 320-321; Widmer, Pierre/Wessner, Pierre: Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht, Bern (EDMZ) 2000 (Gerekçe), 136-137. Kıyas yasağı başka yollara ya da zorlama çözümlere başvurmayı beraberinde getirmiştir. Gerekçe, 137.

eğilim kusur ve hukuka aykırılık arasındaki sınırın bulanıklaşmasına yol açmıştır; bu gelişme “tehlike ilkesinin” zaferi olarak kendini göstermiştir²⁵⁴. Yasa koyucu bilim ve teknolojiadaki gelişmeleri daima geriden takip ederek duruma göre, gelişmelere göre tavır takınarak tehlike sorumluluğu normları öngören yasalar çıkarmıştır²⁵⁵. İsviçre hukuk öğretisinde sayma yoluyla yani münferit yasalarla tehlike sorumluluğunu düzenlemenin yetersizliği kabul edilerek hukuk düzeninde meydana gelen boşluklara ve tutarsızlıklara karşı çözüm yolları aranmıştır²⁵⁶.

Öğretide özellikle 1960’lı yıllarda genel tehlike sorumluluğuna ilişkin tartışmaların alevlendiği ifade edilirken pek çok yazarın kendi norm önerisini ortaya koyduğu görülmektedir²⁵⁷. Genel tehlike sorumluluğu normuyla ilgili tartışmalar tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi ilkesel düzeyde olmaktan çok bu genel normun nasıl düzenleneceği noktasında ilerlemiştir²⁵⁸. Bununla beraber Gassmann-Burdin, genel norm öngörmenin ya da kıyasa başvurma’nın biçimsel sorunlardan ibaret olduğunu ve asıl meselenin bu olmadığını ileri sürmüştür²⁵⁹. Gassmann-Burdin’e göre asıl sorun, sorumluluk hukukundaki mevcut boşlukların neler olduğu ve nasıl doldurulması gerektiğidir. Gassmann-Burdin, sorumluluk hukukunun bu sorunlarının

²⁵⁴ Gerekçe, 133-134. Ayrıca bkz. Fuchs, 234.

²⁵⁵ Boller, 32.

²⁵⁶ Schlüchter, 299; Strickler, 127 vd.; Gassmann-Burdin, 5 vd.; Gerekçe, 137; Stark, ZSR, 1967, 168 vd.; Stark, Emil W: Ausservertragliches Haftpflichtrecht: Skriptum, 2. Auflage, Zürich 1988 (Ausservertragliches Haftpflichtrecht), 197-198. Aynı durum Türk hukuku için de geçerli olmuştur. Bkz. Korkusuz, 197.

²⁵⁷ Schlüchter, 322. Bu öneriler hakkında bkz. Strickler, 127 vd.

²⁵⁸ Schlüchter, 322.

²⁵⁹ Gassmann-Burdin, 6.

çözümünde genel normun barındırdığı belirsizlikler ve bilim ve teknolojiadaki ilerlemelerin her geçen gün başka başka olgularla yeni sorunlar doğuracak olması nedeniyle genel normu elverişsiz bulmaktadır²⁶⁰. Buna karşılık enerji sorumluluğu adı altında kapsamı dar bir genel norm önerisinde bulunarak bu alanda öyle ya da böyle genel bir norma duyulan gereksinimi kabul etmiş olmaktadır²⁶¹. Buna karşılık İsviçre hukuk öğretisinde genel norm düzenlemesine karşı olan yazarlar da yok değildir²⁶². Stark, hukuksal güvenlik ve yürürlükteki özel yasaların hükümlerinin pek çoğunun genelleştirilemeyeceği gerekçeleriyle genel tehlike sorumluluğuna açıkça karşı çıkmaktadır²⁶³. Bunun yerine çözümü yürürlükteki yasalarda yer alan münferit hükümlerin yeknesaklaştırılmasında ve yeni özel tehlike sorumluluğu düzenlemelerinin kabul edilmesinde görmektedir²⁶⁴. Gilliard, genel bir norm için kesin bir ölçüt bulunmasının olanaksız olduğunu ileri sürerek genel norma karşı çıkmaktadır²⁶⁵. Jäggi ise sorumluluk hukukunda ilerlemenin ne yeni tehlike sorumluluğu düzenlemeleri çıkarmakla ne de tehlike sorumluluğu için genel bir norm kabul etmekle olabileceğini, bilakis tehlike sorumluluğuna başvurulmayan haller için

²⁶⁰ Gassmann-Burdin, 16-19

²⁶¹ Gassmann-Burdin, 22-23.

²⁶² Genel norma karşı çıkan yazarlar için bkz. Stark, ZSR, 1981, 365.

²⁶³ Stark, ZSR, 1967, 168; Stark, ZSR, 1981, 375. Jung da Stark ile aynı görüştedir. Jung, Walter: “Grundprinzipien und aktuelle Fragen des schweizerischen Haftpflichtrechts”, Deutsch-französisch-schweizerisches Colloquium über die Grundlagen und Funktionen des Haftpflichtrechts (Basel, den 1. und 2. November 1968) Referate und Verhandlungsprotokolle, herausgegeben von Frédéric-Edouard Klein, Zweisprachige Ausgabe, Basel und Stuttgart 1973, 138-140.

²⁶⁴ Stark, ZSR, 1967, 185.

²⁶⁵ Jung, 138.

organizasyon sorumluluğunu bağımsız bir sorumluluk haline getirmekle olanaklı olduğunu düşünmektedir²⁶⁶.

Oftinger, hukuk düzeninde yeknesaklık sağlayabilmek için genel bir tehlike sorumluluğu normu öngörmenin iyi olacağını belirterek genel normu savunmaktadır²⁶⁷. Widmer, kusur ilkesinin kötüye kullanıldığını ve sorumluluk hukukunda aslında tehlike ilkesine ilişkin bazı işlevlerin isabetsiz biçimde kusur ilkesine yüklendiğini ve çözümün münferit tehlike sorumluluğu düzenlemelerinin tek bir sorumluluk temeline dayandırılarak yargıca yetki vermekte bulunduğunu savunmaktadır²⁶⁸. Böylece Widmer'in kusur gibi kusura denk biçimde tehlike ilkesinin varlığını kabul ettiği anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda Widmer genel tehlike sorumluluğu normunu şu sözlerle savunmaktadır²⁶⁹: “Genel bir tehlike sorumluluğunun -önerildiği üzere- yasalaştırılması, devrimci bir eylem değil, entelektüel içtenliğin gereğidir.” Stark ise genel norma karşı olmakla birlikte, tehlikeye atma olgusunun katı sorumluluk öngörmeye saik oluşturması halinde tehlike sorumluluklarının sınırlı sayıda öngörülme ilkesinin sorunlu, çelişkili görüldüğüne işaret etmiştir²⁷⁰, bu açıdan Stark bu konuda tutarlı, kesin bir görüş bildirmemiştir. Strickler, genel tehlike sorumluluğu normunun olumlu ve olumsuz

²⁶⁶ Jäggi, Peter: Rapports et communications de la Société suisse des juristes 1967, Procès-verbal du 24 septembre 1967, ZSR, Band 86, II. Halbband, 1967, 756.

²⁶⁷ Oftinger/Stark, II/2, 13-17.

²⁶⁸ Widmer, ZBJV, 1970, 320-321; Widmer, Pierre: “Die Vereinheitlichung des schweizerischen Haftpflichtrechts”, ZBJV, Band 130, 1994 (Vereinheitlichung), 404-407; Boller, 27-28.

²⁶⁹ Widmer, ZBJV, 1970, 322. Ayrıca bkz. Widmer, Pierre: “La réforme du droit de la responsabilité civile”, AJP/PJA, Band 9, 1992, 1086-1087, 1092-1093.

²⁷⁰ Stark, ZSR, 1967, 157.

yanlarını tartıştığı eserinde ikincil düzeyde bir genel tehlike sorumluluğu normunu desteklemekten yanadır ve kendi norm önerisini şöyle biçimlendirmiştir²⁷¹: “Her kim yüksek tehlike kaynağı yüzünden bir başkasına zarar verirse tazminatla sorumludur. Zarara mücbir nedenin ya da zarar görenin ya da üçüncü bir kişinin ağır kusurunun yol açtığını kanıtlayan sorumluluktan kurtulur.” Bu norm önerisinde ilk kez Alman hukuk öğretisinde Will tarafından önerilen “yüksek tehlike kaynağı” bağlantı noktasına başvurulduğu ve sorumlu öznenin işleten, malik gibi somut biçimde belirlenmesinden kaçınıldığı dikkat çekmektedir. Schlüchter ise “Her kim özel bir tehlike meydana getirir ya da bundan sorumlu olursa bu tehlikenin gerçekleşmesinden doğan zarar için tazminle sorumlu olur. Tazminat sorumluluğu mücbir neden ya da zarar görenin ya da üçüncü bir kişinin ağır kusuru halinde ortadan kalkar.” biçiminde kaleme aldığı genel norm önerisiyle bağlantı noktası olarak nesne, faaliyet ya da kaynak gibi bir kavrama başvurmadan açıkça kaçınmıştır²⁷². Diğer yandan Strickler’in yaptığı gibi Schlüchter’in de sorumlu özneyi tutucu, malik ya da işleten biçiminde somutlaştırmaktan kaçındığı dikkat çekmektedir²⁷³.

2- İsviçre Medeni Kanunu Ön Tasarısının 50. Maddesine Göre Genel Tehlike Sorumluluğu

Adalet Bakanlığının isteği üzerine Widmer tarafından hazırlanan sorumluluk hukukuna ilişkin reform niteliğinde yasa tasarısında genel bir tehlike sorumluluğu normu öngörülmüştür. Normun gerekçesinde boşlukların geniş kapsamlı ve esnek bir

²⁷¹ Strickler, 152.

²⁷² Schlüchter, 334.

²⁷³ Schlüchter, 334.

hükümle doldurularak zorlama çözümlere başvurmadan uygulamayı alıkoymak gerektiğine işaret edilmiştir²⁷⁴. “Sorumluluk Hukukunun Gözden Geçirilmesi ve Yeknesaklaştırılması” adı altında kaleme alınan ön tasarıda genel tehlike sorumluluğu hakkındaki genel norm, 50. maddede öngörülmüştür:

“Tehlike Sorumluluğu

(1) Önemli ölçüde tehlikeli bir faaliyetin karakteristik rizikosunun gerçekleşmesi yüzünden zarar doğduğu takdirde, hukuk düzenince izin verilen bir faaliyet söz konusu olsa bile, bu faaliyeti yürüten (işleten) kimse zarardan sorumlu olur.

(2) Bir faaliyet, niteliği ya da bunda kullanılan maddeler, aletler, güçler göz önüne alındığında alanında uzman bir kişiden beklenen özen gösterilse dahi ağır ya da sık zararlar doğurmaya elverişli ise önemli ölçüde tehlikeli sayılır; bu husus özellikle benzer bir riziko için yürürlükteki hukukta bir yasa özel bir sorumluluk normu öngördüğü takdirde kabul edilir.

(3) Belirli bir karakteristik riziko için özel sorumluluk düzenlemeleri saklıdır.”

²⁷⁴ Gerekçe, 137-139; Schnyder, Anton K.: Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529, Herausgeber Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, 3. Auflage, Basel Genf München 2003, Art. 41 N. 75.

Ne var ki bu öneri İsviçre yazınınca eleştirilere uğramış ve İsviçre Adalet Bakanlığı tasarımı geri çekmiş, tasarı yasalaşmamıştır²⁷⁵. Buna karşılık bu tasarıdaki genel tehlike sorumluluğu normu anlamsız ve tümüyle isabetsiz bir fıkra eklenerek Türk Borçlar Kanunu'na alınmış ve Türk hukukunda Widmer tarafından kaleme alınan genel tehlike sorumluluğu normu yürürlüğe girmiştir²⁷⁶. Bu nedenle Widmer tasarısındaki bu norma özellikle dikkat çekmekte yarar vardır. Widmer tarafından önerilen çözüm tehlike sorumluluğunda genel bir norm öngörürken, diğer yandan tüm özel hükümleri ortadan kaldırmak ya da ikame etmek niyetinde değildir, bu özel düzenlemeler yüzyıldan daha fazla süren bir gelişim sürecinde kısmen de olsa boşlukları doldurmuş ve genel kuralın zeminini hazırlamıştır²⁷⁷. Genel normun yürürlüğe girmesiyle birlikte bu özel normlar mahkemeye somut olayda uygun sorumluluk kuralı hakkında görüş belirten hususlar olarak hizmet edecektir²⁷⁸.

Widmer, olması gereken hukuk açısından İsviçre reform projesinin nesneler, enerjiler, araçlar ve benzerlerini sorumluluk konusu yapmak yerine bilinçli biçimde “özel olarak tehlikeli faaliyetlere” odaklanan bir genel katı sorumluluk normu önerdiğini ifade etmektedir²⁷⁹. Yazara göre bu kavram –faaliyetin bir kısmını yürüten ve bir nesne ya da maddenin tutucusu ya da gözcüsü olarak görülebilecek- ekonomik

²⁷⁵ <http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2009/2009-01-21.html> E.T.: 03.03.2013; Erdem, 219. Yine de İsviçre hukuk öğretisini etkilediği ifade edilebilir. Tehlikeye atma olgusunun sık ya da ağır zararlara yol açma durumunda gündeme geldiği ifade edilmektedir. Rey, 287.

²⁷⁶ Erdem, 219.

²⁷⁷ Gerekçe, 138.

²⁷⁸ Gerekçe, 138.

²⁷⁹ Widmer, Pierre: “Switzerland”, Unification of Tort Law: Strict Liability, Bernhard A. Koch, Helmut Koziol (Eds.), The Hague 2002 (Strict Liability), 332.

ve organizasyon bakış açısıyla tüm faaliyete hâkim olan girişimciye yönelerek sorumlu kişinin daha iyi belirlenmesini olanaklı kılar²⁸⁰. Bu yaklaşım, salt ya da esas olarak niteliği ya da kullanılan madde ya da araç yüzünden tehlikeli olan faaliyetleri değil, aynı zamanda kendi içsel doğasından kaynaklanan, özellikle panik yapılması muhtemel ya da karmaşık bir biçimde yerine getirilen avcılık ya da yapı işleri gibi tehlikeli faaliyetleri de kapsamaya izin verir²⁸¹. Widmer, diğer yandan sorumluluğun bu düzenleme çerçevesinde doğmasını karakteristik rizikonun gerçekleşmesi koşuluna bağlı kılmıştır, ne var ki bu düzenleme Türk Borçlar Kanunu madde 71'e alınırken karakteristik rizikonun gerçekleşmesi koşulu düzenlemekten çıkarılmıştır. Bu değişikliğin nedeni yasama çalışmaları raporlarından anlaşılamamaktadır, yasanın gerekçesinde de bu konuda herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Bu nedenle bu değişikliğin ardında bilinçli bir yasa koyucu öngörüsü ve tercihindan ziyade bir ihmal bulunduğu kabul edilmelidir ve yasa metninde her ne kadar bu koşul anılmasa da tehlike sorumluluğunun anlam ve amacından ve düzenlemenin ruhundan hareketle karakteristik rizikonun gerçekleşmesi koşulu Türk hukukundaki genel tehlike sorumluluğu için aranmalıdır²⁸².

²⁸⁰ Widmer, Strict Liability, 332.

²⁸¹ Widmer, Strict Liability, 332.

²⁸² Aynı yönde bkz. Uluşan, 2007, 84. Uluşan (2007, 84), Türk tasarısında bu hususun somut biçimde ifade edilmediğini belirterek bu koşulun yine de aranması gerektiğini ortaya koymaktadır.

III- Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluğunun Gelişimi

A- 1 Temmuz 2012 Öncesindeki Durum

1 Temmuz 2012’de yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu kabul edilmeden önce Türk hukukunda tehlike sorumluluğu, münferit yasalarda öngörülmüş özel hükümlerden oluşmaktaydı²⁸³. Diğer bir ifadeyle Türk hukukunda genel bir tehlike sorumluluğu normu bulunmamaktaydı. Bunun ardında yatan temel neden, kusurun temel ilke olarak kabul edilip kusursuz sorumluluk hallerinin ancak münferit yasalarla öngörülebilecek istisnai nitelikte düzenlemeler olarak ele alınmasıydı. Bu kabule dayanarak istisnai hallerin dar yorumlanması ve genişletilememesi ilkesine dayanarak kusursuz sorumluluğa ilişkin düzenlemelerin başka olgular için kıyas yoluyla uygulanması kabul edilmemekteydi. Bu nedenle hakkında düzenlemelerin öngörüldüğü tehlike olgularına çok benzer olduğu halde hakkında düzenleme bulunmaması, zarar görenin kusursuz sorumluluğa dayanamamasına ve dolayısıyla adaletsizliklere yol açmıştır. Diğer yandan birbirinden farklı zamanlarda çıkarılan tehlike sorumluluğu düzenlemeleri arasındaki nedeni bilinmeyen birtakım farklılıklar bu alanda düzensizliğe, uyumsuzluğa yol açmıştır.

Bu başlık altında kısaca Türk hukukundaki münferit tehlike sorumluluğu düzenlemelerinden ve içtihadın geliştirdiği bir kusursuz sorumluluk olgusundan söz etmek yerinde olacaktır²⁸⁴. Türk hukukunda tehlikeli bir faaliyetin doğurduğu

²⁸³ Eren, Borçlar Hukuku, 505. Borçlar Kanunu’nda öngörülmüş sorumluluk hallerinden hiçbirisi tehlike sorumluluğu niteliğinde değildi. Erdem, 218.

²⁸⁴ Kanımızca Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında üreticinin ayıplı ürün ya da hizmetten dolayı kusursuz sorumluluğu tehlike sorumluluğu olarak nitelendirilemez. Aynı yönde bkz. Kırca, Ürün, 120-124. Aksi görüş için bkz. Üçışık, 132.

zarardan kusur koşuluna bakmaksızın ve kurtuluş kanıtı öngörmeksizin sorumluluk öngören ilk düzenleme günümüzde de yürürlükte bulunan 07.06.1939 tarihli 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu'nun 62. maddesidir²⁸⁵. Bu maddenin ilk fıkrasına göre “Manevralar dolayısıyla vukua gelen zarar ve hasarlar Devlet tarafından tazmin olunur.” Bu düzenlemenin bir tehlike sorumluluğu olarak nitelendirilmesi askeri manevraların olağan düzeyi aşan tehlikeler doğurabilmesine dayanmaktadır²⁸⁶.

İkinci olarak 18.05.1953 tarihli 6085 sayılı eski Karayolları Trafik Kanunu'nun 50. maddesinde dikkat ve özen eksikliğine dayanan ve kurtuluş kanıtı öngörülen bir kusursuz sorumluluk öngörülmüştü²⁸⁷. Söz konusu düzenleme daha sonra 05.01.1961 tarihli 232 sayılı yasayla getirilen değişiklik sonucunda yorumlanması zorluk taşıyan bir düzenlemeye dönüştürüldü²⁸⁸. Bu düzenlemeye göre, sorumlu kişi zararın mücbir nedenden veya zarar gören veya üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini veyahut kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kimselerin kusurunun bulunmadığını kanıtlarsa sorumluluktan kurtuluyordu. Ancak öğretide hükmün lafza göre değil, hükmün iç tutarlılığı ve çağdaşı olan başka ülkelerin yasaları dikkate alınmak suretiyle yorumlanarak burada bir tehlike

²⁸⁵ Bkz. Korkusuz, 180; Eren, Borçlar Hukuku, 667-668.

²⁸⁶ Tandoğan, Haluk: “Tehlike Sorumluluğu Kavramı ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Düzenlenmesi Sorunu”, BATİDER, C. X, S. 2, 1979, 310; Eren, Borçlar Hukuku, 505. Aynı görüşte bkz. Oftinger, Karl/Stark, Emil W: Schweizerisches Haftpflichtrecht Besonderer Teil, Band II/3 Übrige Gefährdungshaftungen, 4. Auflage, Zürich 1991, 452 vd.

²⁸⁷ Bu düzenlemeye göre sorumlu tutulan işleyen, kurtuluş kanıtı oluşturan bir olayı ispat ederek sorumluluktan kurtulabiliyordu.

²⁸⁸ Tandoğan, BATİDER, 297-309.

sorumluluğu öngörüldüğü kabul edilmiştir²⁸⁹. Bu çerçevede sorumluluğun ortadan kalması için nedensellik bağıını kesen olaylardan birinin kanıtlanmasının yanında kendisinin ya da eylemlerinden sorumlu olduğu kimselerin kusurunun bulunmaması koşullarının birlikte aranması gerektiği kabul edilmiştir. Daha sonra 13.10.1983 tarihli 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun günümüzde de geçerliğini sürdüren 85-86. maddelerine göre işleten tehlike sorumluluğuna tabi kılınmıştır²⁹⁰. Bu düzenleme ile öğretinin görüşü dikkate alınmış ve nedensellik bağıını kesen olaylardan birinin varlığının kanıtlanması sorumluluğun ortadan kalkması için yeterli olmaktan çıkmıştır.

KTK madde 85'e göre "Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müstereken ve müteselsilen sorumlu olurlar. ...

İşletilme halinde olmayan bir motorlu aracın sebep olduğu trafik kazasından dolayı işletenin sorumlu tutulabilmesi için, zarar görenin, kazanın oluşumunda işleten veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere ilişkin bir kusurun varlığını veya araçtaki bozukluğun kazaya sebep olduğunu ispat etmesi gerekir. ...

İşleten ve araç işleticisi teşebbüsün sahibi, aracın sürücüsünün veya aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin kusurundan kendi kusuru gibi sorumludur."

²⁸⁹ Tandoğan, BATİDER, 299-308.

²⁹⁰ Bkz. Korkusuz, 164-172; Eren, Borçlar Hukuku, 505, 701-702.

KTK madde 86'ya göre “İşleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru bulunmaksızın ve araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın, kazanın bir mücbir sebepten veya zarar görenin veya bir üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur.

Sorumluluktan kurtulamayan işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kazanın oluşunda zarar görenin kusurunun bulunduğunu ispat ederse, hakim, durum ve şartlara göre tazminat miktarını indirebilir.”

Üçüncü olarak günümüzde yürürlüğünü sürdüren 07.03.1954 tarihli 6326 sayılı Petrol Kanunu'nun 86. maddesinin ikinci fıkrası anılmalıdır. Bu düzenlemeye göre petrol hakkı sahibi petrol ameliyelerinden dolayı kullanma hakkının ilişkin olduğu taşınmaz ve çevredeki taşınmazlarda yol açtığı zarardan kusuru olup olmadığına ve zararın önceden tahmin edilip edilememesine bakılmaksızın sorumludur²⁹¹. Petrol işlemlerinin büyük zararlara yol açabilecek nitelikte tehlikeli faaliyetlerden olması nedeniyle bu sorumluluk tehlike sorumluluğu olarak kabul edilmektedir²⁹².

19.10.1983 tarihli 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun 134. maddesi ise hava taşıtının işletenini hava taşıtının üçüncü kişilere verdiği zarardan ötürü kusursuz olarak sorumlu kılmaktadır. Hava ulaşımının tehlikeleri dikkate alındığında

²⁹¹ Sorumluluk hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Korkusuz, 176-179.

²⁹² Tandoğan, BATİDER, 312; Korkusuz, 179.

işletenin sorumluluğunun motorlu taşıtlardan dolayı sorumluluğa benzer bir tehlike sorumluluğu olduğu kabul edilmektedir²⁹³.

Bunların yanında 09.08.1983 tarihli 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 28. maddesinde 03.03.1988 tarihli 3416 sayılı yasayla yapılan değişiklik sonucunda çevreyi kirletenler ve çevreye zarar verenler neden oldukları kirlenme ve bozulmadan doğan zararlardan dolayı kusur aranmaksızın ve kurtuluş kanıtı olanağı tanınmaksızın sorumlu kılınmıştır²⁹⁴. 1988'deki değişiklikten önce çevreyi kirletenlerin genel hükümler çerçevesinde zararlardan sorumlu oldukları öngörülüyordu, bu nedenle sorumluluğun niteliği hakkında kuşkular bulunuyordu²⁹⁵. Bu değişiklik ile birlikte yabancı ülkelerdeki hukuksal düzenlemeler dikkate alınarak çevreyi kirletenler aleyhine tehlike sorumluluğu öngörüldüğü dikkat çekmektedir²⁹⁶.

9 Kasım 2007'de kabul edilen Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışına İlişkin Kanun'un 5. maddesinin beşinci fıkrası ise şöyle

²⁹³ Eren, Borçlar Hukuku, 505.

²⁹⁴ Sirmen, Lale: "Çevre Kanunu'na Göre Çevrenin Kirletilmesinden Doğan Sorumluluk", Ankara Barosu Dergisi, S. 1, 1990, 24-25; Ertaş, 158, 165.

²⁹⁵ Sirmen, 24. Karşılaştırmalı hukukta da esasen çevre ile ilgili yasa faaliyetlerinde çevreyi kirletenin sorumluluğunun tehlike sorumluluğu niteliğinde olmasından hareket eden görüşün yanında çerçeve hüküm görüşü ve ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu görüşleri bulunmaktadır. Erişgin, Çevre Kirletenin Sorumluluğu, 33-34.

²⁹⁶ Sirmen, 1990, 24-25; Korkusuz, 175. Ertaş, sorumluluğun özel bir çevre tehlikesine bağlanmadığı gerekçesiyle bunun tehlike sorumluluğu olmadığını ileri sürmektedir. Ertaş, 158. Oysaki çevrenin kirletilmesi günümüz dünyasının koşullarında tehlikeli bir faaliyettir. Erişgin, Çevre Kirletenin Sorumluluğu, 33-34.

bir hüküm öngörmektedir²⁹⁷: “Nükleer yakıt, radyoaktif madde veya radyoaktif atık taşınırken veya santralda bir kaza olması durumunda 29/7/1960 tarihli Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıslara Karşı Kanuni Sorumluluk Hakkındaki Paris Sözleşmesi ve ek değişiklikleri ile diğer ulusal ve uluslararası mevzuat hükümleri uygulanır.” Söz konusu hüküm Paris Sözleşmesi ile diğer mevzuata gönderme yapmaktadır. Öyleyse Paris Sözleşmesi’nin düzenleme içermediği hususlarda Çevre Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu’nda öngörülen genel tehlike sorumluluğuna ilişkin yeni düzenleme uygulama bulacaktır.

Son olarak 18.03.2010 tarihli Biyogüvenlik Kanunu’nun 14. maddesinde GDO ve ürünleri ile ilgili faaliyette bulunanlar aleyhine hukuksal sorumluluk öngörülmüştür. Bu sorumluluğun niteliği açıkça yasada belirtilmemiş olsa da gerek yasada öngörülen sorumluluktan kurtuluş nedenleri²⁹⁸ gerek faaliyetin niteliği ve faaliyetin zarara yol açma biçimi dikkate alındığında bu faaliyetin tehlikeli ve hatta TBK madde 71 anlamında önemli ölçüde tehlikeli bir faaliyet, sorumluluğun da tehlike sorumluluğu olduğu anlaşılmaktadır²⁹⁹. Sorumluluğa ilişkin yasada

²⁹⁷ Bkz. Korkusuz, 159, 193-197.

²⁹⁸ Biyogüvenlik Kanunu Madde 14/8 - Zararın sel, dolu, heyelan, deprem gibi tabii afetlerden veya zarar görenin ya da üçüncü kişinin ağır kusurundan kaynaklandığının tespit edilmesi halinde sorumluluk hükümleri uygulanmaz.

²⁹⁹ Bkz. Başözen, Ahmet: “Genetiği Değiştirilmiş (GDO’lu) Ürünlerin Tüketilmesinden Kaynaklanan Zararlarda Nedenselliğin İspatına Yönelik İspat Sorunları”, E-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S. 97, Mart 2010, <http://www.e-akademi.org/makaleler/abasozen-2.htm> E.T.: 19.12.2012.

öngörülme­yen ayrıntılar bakımından TBK’de düzen­lenen genel tehlike sorumluluğu hakkındaki hükümlerin uygulanacağı kabul edilmelidir³⁰⁰.

Bu özel yasalar dışında belirtmek gerekirse, iş kazalarından dolayı işçilerin uğradıkları zarardan işverenin sorumluluğunun dayanağının ne olduğu konusunda Türk hukukunda öğretide ve içtihadta farklı görüşler ileri sürülmüştür³⁰¹. İşveren ile işçi arasında sözleşme ilişkisi bulunması nedeniyle işverenin sözleşme sorumluluğu ilkelerine göre sorumlu tutulabileceği kesindir. Bununla birlikte sözleşme dışı sorumluluk hukuku kapsamında tazminat isteminin dayanağının kusur mu yoksa kusursuz sorumluluk mu olduğu konusunda farklı görüşler bulunmaktadır³⁰². Yargıtay’ın yerleşik hale gelen kararlarına göre işçilerin iş kazalarında uğradığı zarardan dolayı işveren risk teorisi gereğince tehlike sorumluluğu ilkelerine göre sorumlu tutulmalıdır³⁰³. Yargıtay’ın 1957 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında

³⁰⁰ Krş. Başözen, Ahmet: “Genetiği Değiştirilmiş (GDO’lu) Ürünlerin Tüketilmesinden Kaynaklanan Zararlarda Nedenselliğin İspatına Yönelik İspat Sorunları”, E-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S. 97, Mart 2010, <http://www.e-akademi.org/makaleler/abasozen-2.htm> E.T.: 19.12.2012.

³⁰¹ Bu konudaki farklı görüşler için bkz. Oğuzman/Öz, 2012, 235-236, dipnot 268; Ulusan, 2007, 80-81; Korkusuz, 184 vd.

³⁰² Bkz. Oğuzman/Öz, 2012, 235-236; Tandoğan, BATİDER, 316.

³⁰³ Ulusan, 2007, 80; Korkusuz, 187-188. Bkz. Y. 21. HD E. 2003/1465 K. 2003/1721 T. 06.03.2003; Y. 21. HD E. 2002/7847 K. 2002/8012 T. 03.10.2002; Y. 4. HD E. 1985/4294 K. 1985/7382 T. 04.07.1985; Y. HGK E. 1977/10-807 K. 1978/374 T. 10.05.1978, www.kazanci.com E.T.: 07.10.2012. Buna karşılık Hukuk Genel Kurulu’nun E. 2010/21-36 K. 2010/67 sayılı 03.02.2010 tarihli kararı aksi yöndedir: “Özel Daire bozma ilamında da değinildiği üzere oluşan kazadan sorumlu olabilmesi için işverenin kusurunun kanıtlanmış olması gerekir.” Söz konusu bozma kararının gerekçesinde şu ifadeler yer almaktadır: “İşyerinde meydana gelen iş kazaları nedeniyle işverenin

tehlike sorumluluğu şu gerekçeyle kabul edilmiştir³⁰⁴: “Lakin o yüzyılın ortalarına doğru tatbik sahasına giren yeni keşifler ve bu arada sanayi ve ziraatın gösterdiği olağanüstü gelişmeler ve iktisadi hayata hakim olan makineleşme hareketi, insanlar arasındaki münasebetleri eskisine göre çok sıklaştırdığı gibi tehlike ihtimallerini eskisine göre pek çok artırdığı cihetle kusura dayanan mesuliyet sistemi ile zararların karşılanmasına bir çok hallerde imkan kalmadığı görüldüğünden, kanunlara, sırf zarar tehlikesinin mevcut olması esasına dayanan bir takım mesuliyet hükümleri konulmasına zaruret duyulmuştur ki, bunlara kusursuz mesuliyet hükümleri yahut tehlike esasına dayanan mesuliyet hükümleri denilmektedir.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 1987 yılında verdiği bir kararda bu husus şöyle açıklanır³⁰⁵: “... Sosyal ve ekonomik ve kültürel alanda meydana gelen gelişmeler nedeniyle akdi sorumluluğun da yetersiz kalması üzerine Yargıtay, son uygulamalarda istikrarlı şekilde tehlike sorumluluğu görüşünü kabul etmektedir.” Ancak bu noktada işverenin tehlike sorumluluğunun salt belirli düzeyde tehlikeli işletmeler için mi yoksa tüm işyerleri için mi söz konusu olduğu sorusu akla gelir. Yargıtay’ın 10.05.2011 tarihli kararına göre işverenin sorumlu tutulabilmesi için zararın işletme faaliyetine özgü

hukuki sorumluluğunun niteliği Yargıtay’ın önceki kararlarında da benimsediği görüşe göre, kusura dayanmaktadır. İsviçre ve Türk Hukuk Sistemi’nde özel bir düzenleme söz konusu olmadıkça asıl olan kusur sorumluluğudur. İşverenin kusurlu eylemi ile zarar arasında uygun bir illiyet bağı yoksa, işverenin sorumluluğundan söz edilemez.” www.kazanci.com E.T.: 07.10.2012.

³⁰⁴ Y. İBK E. 1957/1 K. 1957/3 27.03.1957, İstanbul Barosu Dergisi C. XXXI S. 6, 1957, 154-158. Kararın tahlili hakkında bkz. Sungurbey, 159-165. Söz konusu İBK aslında çalıştırmanın kusursuz sorumluluğuna ilişkin bir karardır, Yargıtay bu kararında öğretide olağan sebep sorumluluğu olarak tanınan çalıştırmanın sorumluluğunu tehlike esasına dayandırmıştır. Bkz. Sungurbey, 161-162.

³⁰⁵ Y. HGK E. 1986/9-722 K. 1987/203 T. 18.03.1987, Oğuzman/Öz, 2012, 236-237.

tehlikeden kaynaklanması gerekir³⁰⁶. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 04.07.1985 tarihli kararının gerekçesinde bu husus şöyle anlatılmaktadır³⁰⁷: "... Kötü sonuçla işçinin tek başına bırakılması, insani ve toplumsal düşünceyi rahatsız edeceğinden, işçinin işinden yararlanan işverenin de hakkaniyet ölçüsünde ve zarara iştiraki sağlanmış olmaktadır. Ancak bu sorumluluk da tehlikenin işyeri ve işin niteliği ile ilgili olmasıyla sınırlıdır." Yargıtay'ın bu yaklaşımının temelinde işverenin işçilerin zarara uğramasının önüne geçmek için gerekli her tür tedbiri alma ve gerekli özeni gösterme yükümü altında olması bulunmaktadır³⁰⁸. Ancak bu yüküm her zaman tehlike sorumluluğunu meydana getirmez, işveren özen yükümüne dayanan olağan sebep sorumluluğuna da tabi olabilirdi. Yargıtay üreticinin sorumluluğunda da özel düzenlemeler kabul edilmeden önceki dönemde BK madde 41'de gerçek olmayan bir boşluk olduğundan hareketle ispat yükü tersine çevrilen bir sorumluluk olduğu görüşüyle üreticinin sorumlu olduğuna hükmetmişti³⁰⁹. Ancak görülüyor ki iş kazalarında Yargıtay'ın yaklaşımı ürün sorumluluğunda olduğundan farklı biçimde seyretmiştir.

Yargıtay tehlikeli işletmelerin tümü için tehlike sorumluluğu düzenlemeleri öngörülmediğini ya da genel bir tehlike sorumluluğu normu bulunmadığını dikkate alarak sorumluluk hukukunda meydana gelen bu boşluğu doldurmak istemiştir. Ancak Yargıtay'ın bu kararlarının Türk hukukunda tehlike sorumluluğunda kıyasa

³⁰⁶ Y. 21. HD E. 2010/11670 K. 2011/4482 T. 10.05.2011, www.kazanci.com E.T.: 07.10.2012.

³⁰⁷ Y. 4. HD E. 1985/4294 K. 1985/7382 T. 04.07.1985, www.kazanci.com E.T.: 07.10.2012.

³⁰⁸ Uluşan, 2007, 80-81.

³⁰⁹ Kırca, Ürün, 42-43.

izin vermeyen genel eğilime ters düştüğü belirtilmelidir³¹⁰. Tandoğan da Yargıtay'ın bu yaklaşımını doğrular biçimde işverenin genel sorumluluğunun olağan sebep sorumluluğu olarak açıkça öngörülmesi gerektiğini belirtirken bunun tehlike sorumluluklarının ayrıca düzenlenmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmayacağına işaret etmektedir³¹¹. Eren ise işverenin sorumluluğunun ayrıca bir tehlike sorumluluğu olarak öngörülmesinden yana görünmektedir³¹². Kanımızca genel olarak işverenin iş kazalarından dolayı sorumluluğu genel tehlike sorumluluğu kapsamına sokulamaz, özel bir tehlike sorumluluğu halinin öngörülmesi de uygun değildir, bilakis TBK madde 66/3'te yer alan organizasyon sorumluluğu çerçevesinde değerlendirilmelidir³¹³. Çünkü adam çalıştırmak tipik bir tehlike durumu oluşturmamaktadır³¹⁴. Organizasyon sorumluluğu, adam çalıştırmanın sorumluluğunda olduğu gibi özen ödevine dayanır, ancak ondan farklı olarak bu sorumlulukta işletmenin faaliyetlerinden doğan zararın işletmede çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olmadığı karinesine dayandığı kabul edilir³¹⁵. Bununla birlikte TBK 71 kapsamına giren işletme faaliyetlerinin bünyesindeki

³¹⁰ Oğuzman/Öz, 2012, 240.

³¹¹ Tandoğan, BATİDER, 316.

³¹² Tandoğan, BATİDER, 316'dan naklen Eren, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara 1974, 93-94.

³¹³ Aynı yönde bkz. Sungurbey, 162-163. Krş. Oğuzman/Öz, 2012, 240-241.

³¹⁴ Sungurbey, 162.

³¹⁵ Türkmen, Ahmet: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III)", İÜHFM, C. LXX, S. 2, 2012, 261.

karakteristik rizikonun doğurduğu zararlar bakımından işveren işçiye karşı genel tehlike sorumluluğu çerçevesinde sorumlu olur³¹⁶.

B- 1 Temmuz 2012 Sonrasındaki Durum

1 Temmuz 2012 gününde yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu ile Türk hukukunda ilk kez tehlike sorumluluğu için genel bir norm kabul edilmiştir³¹⁷. TBK madde 71’de öngörülen bu genel tehlike sorumluluğu normu, böylece Türk hukukunda sözleşme dışı sorumluluk hukuku alanında kazuistik düzenleme yönteminin yol açtığı boşlukları giderme işlevini yüklenmiştir. Bu düzenlemeyle meydana getirilen sorumluluk, Türk hukukunda tazminat sorumluluğunda sözleşme dışı sorumluluk- sözleşme ilişkilerinden doğan sorumluluk ayrımı bakımından sözleşme dışı sorumluluk kategorisinde yer alır. Sözleşme dışı sorumluluk hukukunda hukuka aykırı eylemlerden doğan sorumluluk kusura dayanabileceği kusurdan bağımsız biçimde de meydana gelebilir. TBK madde 71’de öngörülen sorumluluk tehlike ilkesine dayanan ve kusurdan bağımsız biçimde meydana gelen bir sorumluluk türüdür. Tehlike sorumluluğu olarak adlandırılan sorumluluk TBK madde 71’de genel ve soyut biçimde düzenlenmiştir. Sözü edilen genel norm şöyledir:

“III. Tehlike sorumluluğu ve denkleştirme

MADDE 71- Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur.

³¹⁶ Oğuzman/Öz, 2012, 241.

³¹⁷ Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG T.: 14.02.2011.

Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arzeden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülümüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arzeden işletme sayılır.

Belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır.

Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler.”

Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenen genel tehlike sorumluluğuna ilişkin madde 71’in gerekçesi şöyledir: “818 sayılı Borçlar Kanunu’nda yer verilmeyen, 'III. Tehlike sorumluluğu ve denkleştirme' kenar başlıklı yeni bir maddedir. Tasarının dört fıkradan oluşan 70 inci maddesinde, kusursuz sorumluluk türlerinden biri olan tehlike sorumluluğunun genel ilkesi düzenlenmektedir. Borçlar Kanunu’muzun kaynağını oluşturan İsviçre Hukuku’nda, tehlike sorumluluğunun öngörüldüğü birçok özel kanun bulunduğu hâlde, Hukukumuzda bu konuya ilişkin yeterli sayılabilecek yasal düzenlemelerin olmaması karşısında, söz konusu maddede tehlike sorumluluğunun genel ilkesinin belirtilmesi uygun görülmüştür.

Maddenin birinci fıkrasında belirtilen ilkeye göre: “Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur.” Bu nedenle, önemli ölçüde tehlike arz

eden bir işletmenin faaliyetlerini yürüten kişiler, bu faaliyetlerin gerektirdiği izni veya ruhsatı almış olsalar bile. tipik tehlike olgusunun doğurduğu tipik zarardan sorumlu olmaktan kurtulamazlar. Maddenin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde, bir işletmenin, hangi durum ve koşullarda, “önemli ölçüde tehlike arz ettiği”nin kabul edileceği düzenlenmiştir. Buna göre: “Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olduğu kabul edilir.” Bu hüküm uyarınca, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme faaliyeti beklenmedik hâl sonucunda, sık olarak ya da zaman zaman ağır zararlar doğurmaya elverişli ise, söz konusu işletme faaliyetini yürüten kişiler hakkında, maddenin birinci fıkrası hükmü uygulanabilir. Aynı fıkranın son cümlesinde de, özellikle herhangi bir kanunda, benzeri tehlikeler arz eden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğunun öngörülmüş olması durumunda, bu işletmenin de önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme sayılacağı belirtilmiştir.

Maddenin üçüncü fıkrasında, tehlike sorumluluğu öngören özel kanun hükümlerinin saklı olduğu belirtilmektedir. Maddenin son fıkrasında ise, hukuk düzenince, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetine izin verilmiş olsa bile, zarar görenlerin, bu işletmenin faaliyetinden doğan zararlarının, uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilecekleri kabul edilmiştir.”

TBK madde 71, Widmer tarafından kaleme alınan İsviçre tasarısından alınmış ve alınırken bazı değişiklikler yapılmıştır. İsviçre tasarısında sorumlu işleten olarak belirlenirken sorumluluğa yol açan şey “işletme faaliyeti” değil “faaliyettir.” İsviçre tasarısında karakteristik riziko önemli bir unsur olduğu halde bu TBK madde 71’de

bu husus açıklığa kavuşturulmamıştır. TBK madde 71’de işleten ve işletme sahibi sorumlu kılınmıştır. TBK madde 71’e göre, TBK madde 71’de düzenlenen genel tehlike sorumluluğunun yanında bu zamana dek çıkarılmış olan münferit tehlike sorumluluğu düzenlemeleri yürürlükte olmaya devam etmektedir, diğer bir deyişle sözü edilen genel norm bu özel düzenlemeleri yürürlükten kaldırmamıştır. Bu nedenle genel normun uygulama alanı, hakkında özel düzenlemeler bulunmayan durumlardır³¹⁸. Ayrıca özel düzenlemelerden genel normun hangi faaliyetler için uygulanacağı belirlenirken özel tehlike kaynaklarına benzerliği takdir etmek için yararlanılacağı da belirtilmelidir. Dolayısıyla özel tehlike sorumluluğu düzenlemeleri Türk hukukunda önemini korumaktadır. Bununla birlikte katıldığımız görüşe göre özel düzenlemelere ya da kusur sorumluluğu düzenlemelerine öğreti ya da içtihat tarafından yüklenmeye çalışılan işlevler genel tehlike sorumluluğu normu karşısında yeniden değerlendirilmiştir³¹⁹.

Nihayet, genel tehlike sorumluluğu normunun, 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun³²⁰ birinci maddesi gereğince 1 Temmuz 2012’den itibaren gerçekleşen zarar olayları için uygulanacağını, 1 Temmuz 2012’den önce gerçekleşen zarar olayları için ise dikkate alınamayacağını belirtmek gerekir.

³¹⁸ Akkayan Yıldırım, Ayça: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu”, İÜHFİM, C. LXX, S. 1, 2012, 207; Gerekçe, 143.

³¹⁹ Bkz. Gerekçe, 143-144.

³²⁰ Kabul Tarihi: 12.01.2012, RG T.: 04.02.2011.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE GENEL TEHLİKE SORUMLULUĞUNUN HUKUKSAL NİTELİĞİ VE KOŞULLARI

§3- Türk Borçlar Kanunu'ndaki Tehlike Sorumluluğu Düzenlemesinin Hukuksal Niteliği

Bu başlık altında Türk Borçlar Kanunu madde 71'de öngörülen düzenleme ile nasıl bir tehlike sorumluluğu öngörüldüğü ve bu sorumluluğun hukuksal niteliği incelenecektir. Nasıl bir tehlike sorumluluğu öngörüldüğünden kast edilen, tehlike sorumluluğunun düzenlenmesinde başvuru yollarından hangisinin seçildiğidir. Zira tehlike sorumluluğu hukuk düzenlerinde farklı yöntemlerle düzenlenmekte ve seçilen yöntemlere göre öngörülen düzenlemenin kapsamı genişlemekte veya daha dar tutulmaktadır. Böyle bir incelemenin Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan genel tehlike sorumluluğu normunun kapsam ve koşullarının belirlenebilmesi ve açıklığa kavuşturulması açısından faydası vardır.

I- Genel Kural Niteliğinde Olması

Türk Borçlar Kanunu madde 71 ile öngörülen düzenlemenin genel bir kural niteliğinde olduğu görülmektedir. Bu husus madde gerekçesinden de açıkça anlaşılmaktadır. Aşağıda ilk önce, genel kuraldan ne anlaşılması gerektiği ve genel kural yoluyla düzenlemenin diğer yöntemler karşısındaki konumu ve onlardan farkları ortaya koyulacaktır.

A- Tehlike Sorumluluğunun Düzenlenmesinde Başvurulan Yollar

Türkiye’de ve yabancı ülkelerdeki hukuk düzenleri incelendiğinde, tehlike sorumluluğunun düzenlenmesinde başvurulan üç yol bulunmaktadır. Bunlardan ilki salt özel tehlike sorumluluğu düzenlemeleri ile yetinmek ve kıyasa izin vermemek, ikincisi mevcut özel tehlike sorumluluğu düzenlemelerini kıyas yoluyla uygulayarak tehlike sorumluluğunun uygulanma alanını genişletmek ve nihayet üçüncüsü genel bir tehlike sorumluluğu normu öngörerek hakkında özel bir düzenleme bulunmayan tehlikeli olguları çatısı altında toplamaktır. Aşağıda sözü edilen bu yollar sırasıyla ele alınacaktır.

1- Tehlike Sorumluluğunu Özel Yasalarla Sınırlama

Almanya ve İsviçre’de hâlen, Türkiye’de ise Yargıtay’ın iş kazalarında işverenin sorumluluğuna ilişkin uygulaması hariç olmak üzere³²¹ 1 Temmuz 2012’ye dek geçerli olan düzenlemeler çerçevesinde tehlike sorumluluğu halleri yasalarda öngörülen özel hükümler ile sınırlıdır. Tehlike sorumluluğu düzenlemeleri genellikle belirli şeyler ya da faaliyetler hakkında çıkarılan yasalarda öngörülmele birlikte medeni yasada ya da borçlar yasasında da kendine yer bulabilmektedir. Tehlike sorumluluğunu özel yasalarla sınırlama yönteminin ardında tehlike sorumluluğunun kusur sorumluluğu karşısında istisna olarak görülerek istisnai hallerin sınırlı sayı ilkesine tabi tutulup sınırlandırılması gerektiği düşüncesi bulunmaktadır³²². Bu nedenle bu yöntem sınırlı sayı ilkesi olarak da anılabilir. Bu yöneme başvuran ülkelerde genellikle belirli bir işletme tipinin buna özgü tehlikesi ağırlığını

³²¹ Bkz. yukarıda §2/III/A.

³²² Fuchs, 235.

duyurmaya başladığında yeni bir tehlike sorumluluğu öngören özel bir yasa kabul etme yoluna gidilmektedir³²³.

Nitekim, tehlike sorumluluğunu aynı şekilde özel yasalarla sınırlayan Avusturya’da, Reischauer’ın içinde bulunduğu bilim komisyonunun önerdiği karşı tasarıda kusur sorumluluğunun düzenlendiği maddeye şöyle bir fıkra eklenmiştir³²⁴: “Ancak bir yasa öngördüğü takdirde bir kimse kusursuz olarak sorumlu tutulabilir.” Böyle bir fıkra eklenmesinin temelinde bilim komisyonunun genel tehlike sorumluluğunu reddeden yaklaşımının etkisi bulunmaktadır³²⁵. Öyle anlaşıyor ki bilim komisyonu bunu ayrıca ve açıkça belirtme gereği duymuş, ancak diğer yandan madde gerekçesinde bu fıkranın kıyas yapmaya engel oluşturmadığını ifade etmiştir³²⁶.

2- Tehlike Sorumluluğunu Kıyasla Genişletme

Tehlike sorumluluğunu hukuk düzeninde öngörmenin diğer bir yolu hukuk düzenindeki mevcut özel tehlike sorumluluğu hallerine ilişkin düzenlemeleri hakkında herhangi bir düzenleme bulunmayan benzer tehlikeli olgular için kıyasla uygulamaktan geçer. Böylece genel bir tehlike sorumluluğu normu bulunmasa bile hakkında düzenleme bulunmayan ve çözümsüz bırakılmış hukuksal sorunlara kıyas yoluyla adil bir çözüm getirilmesi mümkün olur. Aşağıda önce kıyas yasağı görüşünü ve ardından kıyas yasağının nasıl aşıldığı ele alınacaktır.

³²³ Tandoğan, BATİDER, 317; Erdem, 217.

³²⁴ Reischauer/Spielbüchler/Welser, 30.

³²⁵ Reischauer/Spielbüchler/Welser, 19, 32.

³²⁶ Reischauer/Spielbüchler/Welser, 30, 32-33.

a- Tehlike Sorumluluğunda Kıyas Yasağı Görüşü

Almanya, İsviçre ve Türkiye’de geçerli olan klasik anlayışa göre hakkında münferit bir düzenleme bulunmayan tehlike olguları için mevcut düzenlemeler kıyaslanamaz³²⁷. Söz konusu kıyas yasağı herhangi bir yasal metinde öngörülmuş değildir, buna karşın aksi ileri sürülemez bir kural gibi kabul edilmiştir³²⁸. Bunun sebebi olarak “istisnalar genişletilemez” anlamına gelen “singularia non sunt extendenda” ilkesi gösterilmekte³²⁹; İsviçre ve Alman öğretisi ve içtihadında daima geleneksel olarak kusur ve kusursuz sorumluluk arasında kural-istisna ilişkisi olduğu kabul edilmektedir³³⁰. Diğer yandan istisnai düzenlemelerin kural niteliğindeki düzenlemelerin aksine geniş yorumlanamayacağı da ileri sürülmektedir³³¹.

Widmer’e göre bu klasik yaklaşım çerçevesinde, yargıçlar katı sorumluluğun farklı hallerini genellikle çok daha dar bir bakış açısıyla değerlendirir; çünkü kendilerini kıyas yasağıyla bağlı hissederler³³². Örneğin Karayolları Trafik Kanununda motorlu taşıtlar için karadaki dolaşımları sırasında meydana gelen kazalar için öngörülen katı sorumluluğu bir göldeki motorlu taşıtın yol açtığı kazada uygulamayı reddeder ya da motorlu çim biçme makinesinin bıçaklarının yerinden çıkıp fırlaması sonucu meydana gelen kazanın Karayolları Trafik Kanununda

³²⁷ Schlüchter, 320; Will, 70. Belki bazı Avrupa ülkelerinde olduğu kadar katı değildir, ancak yine de Türkiye’de de kıyas yasağı dikkate değerdir. Ulsan, 2007, 84.

³²⁸ Schlüchter, 1.

³²⁹ Honsell, ZSR, 5-6; Fuchs, 235.

³³⁰ Schlüchter, 320; Yoon, 186-187.

³³¹ Honsell, ZSR, 6.

³³² Widmer, Strict Liability, 329; Yoon, 186.

öngörülen traktörün tipik rizikosuna dahil olmadığı gerekçesiyle bu yasanın öngördüğü katı sorumluluğa tabi olmadığına karar verirler³³³. Böylece, yasalarda hakkında tehlike sorumluluğu öngörülme, ancak hakkında düzenleme bulunan olgular ile en az aynı düzeydeki tehlikeli davranışlar, tehlike sorumluluğunun dışında kalır, örneğin paraşütle atlama, sürat teknesi ya da ateşli silah kullanımı. Almanya’da uygulama mevcut tehlike sorumluluklarını kıyasla uygulamayı reddetmiştir³³⁴.

Boşluk doldurma aracı olarak başvurulacak kıyasın sınırları, içerisinde boşluk bulunmayan hükümlerdir³³⁵. Tehlike sorumluluğu istisnai niteliği nedeniyle hiçbir boşluğu olamayan ve bu nedenle kıyasla genişlemenin olanaklı olmadığı yasal düzenleme olarak görülür, çünkü kusur sorumluluğu temel ilke, tehlike sorumluluğu genel kusur ilkesinin kırılması için açık bir yasal düzenlemeye ihtiyaç duyan istisna olarak görülür³³⁶. Buna karşılık kusur ve tehlike sorumlulukları arasında kural-istisna ilişkisi bulunduğu görüşünün geçerliliği bir yana, istisnaların kıyaslanamayacağı

³³³ Widmer, Strict Liability, 329.

³³⁴ Demiryolları hakkında öngörülen sorumluluk kayak çekiciler ya da telesiyeler için uygulanmaz. BGH, Urteil vom 29. 4. 1960 - VI ZR 113/59 (München), NJW, 1960, 1345. Başka bir olayda su tesisinin patlamasının kıyasla gaz ve elektrik tesisleri gibi ele alınamayacağına karar verilmiştir. BGH, 25.01.1971, III ZR 208/68, BGHZ 55, 229. Ayrıca bkz. Deutsch, Erwin/Ahrens, Hans-Jürgen: Deliktsrecht - Unerlaubte Handlungen, Schadenersatz, Schmerzensgeld, 5. völlig überarbeitete und erweiterte Auflage, Köln 2009, 162.

³³⁵ Yoon, 186; Friedrich, Hans Peter: “Die Analogie als Mittel der richterlichen Rechtsfindung”, ZSR, Band 71, Heft 2, 1952, 449.

³³⁶ Yoon, 186.

görüşü de tartışmalıdır. Öğretide istisnaların kıyasla uygulanamayacağı önermesinin metodik olarak modası geçmiş bir önerme olduğu belirtilmiştir³³⁷.

b- Tehlike Sorumluluğunda Kıyas Yasağının Aşılması

aa- Genel Olarak Görüşler ve Avusturya Örneği

Tehlike sorumluluğunun kusur sorumluluğu karşısında bir istisna olmadığı görüşü tehlike sorumluluğu hükümlerinin kıyası konusundaki engeli ortadan kaldırmaktadır³³⁸. Bu görüşe göre sorumluluk hukuku esasında iki katmanlıdır; yani tehlike sorumluluğu düzenlemeleri istisnai düzenlemeler değildir. Bu nedenle kıyasla uygulanmaları karşısında “singularia non sunt extendenda” (istisnalar dar yorumlanır) ilkesi ileri sürülemez³³⁹. Koziol ve Will, tehlike sorumluluğu hükümlerinin istisnai nitelikte olduğu kabul edilse bile bunların kıyasa elverişli olmadığının savunulamayacağını, normun temelindeki amacın dikkate alınması gerektiğini ileri sürer³⁴⁰. Bauer’e göre kıyas yasağını savunanlar metodik olarak yanlış bir yola başvurmaktadır, çünkü yasal düzenlemeler için bir kıyas yasağı bulunup bulunmadığı, ancak bir yasa boşluğu ya da hukuk boşluğu saptandığı takdirde gündeme gelir³⁴¹. Yani bir boşluk yoksa kıyas yasağı olup olmadığı tartışma konusu değildir, buna karşılık bir boşluk varsa kıyas yasağının olup olmadığı tartışılarak kıyas yasağının olmaması durumunda kıyasa başvurularak boşluk doldurulur. Tehlike sorumluluğunun genişlemesine bir gereksinim bulunduğu

³³⁷ Yoon, 187; Friedrich, 460-461.

³³⁸ Hehl, 214. Krş. Koziol, FS Wilburg, 178-179.

³³⁹ Bauer, 318.

³⁴⁰ Koziol, FS Wilburg, 179; Will, 105: “Yalnızca gerçek istisnalar kıyasın dışında tutulmalıdır.”

³⁴¹ Bauer, 318-319.

saptandığı takdirde ise hukuk düzeni bu noktada bir eksikliğe işaret eder³⁴². Hukukta eksiklik, bir üst kavram olarak hem –kıyas yasağı devreye girmediği sürece- yürürlükteki hukuka göre hukuk yaratma ile doldurulabilen yasal ve hukuksal boşlukları, hem de düzeltilmesi sadece olması gereken hukuk açısından yasal değişiklik ya da tamamlanması yoluyla olanaklı olan hukuk politikası hatasını kapsar³⁴³. Bu nedenle yazara göre öncelikle yürürlükteki hukukta bulunmayan tehlike sorumluluğu düzenlemelerinin boşluk mu hata mı olduğunu incelemek gerekir³⁴⁴. Tehlike sorumluluğu alanındaki yasa boşluğu, bir görüşe göre bilinçli olmayan bir eksiklik niteliğini taşır³⁴⁵. Bu görüşün gereği olarak bilinçli olmayan yani örtülü boşluk doldurulmalıdır. Diğer yandan kıyas yasağının ceza hukukunda bir değer taşıdığına, sorumluluk hukukunda ise bunun ne bir yasaya dayandırılabilirdiğine ne de hukuksal güvenlik savı dışında gerekçelendirilebildiğine işaret edilmektedir³⁴⁶. Ayrıca genel bir kıyas yasağının hukuksal açıdan eşitlik ilkesini sıklıkla ihlal ettiği, kıyas yapılıp yapılamayacağı konusunda normun ruhunun ve amacının dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir³⁴⁷.

³⁴² Bauer, 319.

³⁴³ Bauer, 319.

³⁴⁴ Bauer, 319.

³⁴⁵ Bauer, 319; Hehl, 213-214.

³⁴⁶ Honsell, ZSR, 6; Schlüchter, 321. Krş. Friedrich, 461. Honsell, tehlike sorumluluğunun temelinde dağıtıcı adalet bulunduğu bu konu bağlamında dikkat çekmektedir. Honsell, ZSR, 6.

³⁴⁷ Schlüchter, 321; Friedrich, 461, 467.

Avusturya, Danimarka ve Finlandiya’da, Almanya ve İsviçre’nin aksine tehlike sorumluluğu düzenlemeleri kıyasa elverişli görülmektedir³⁴⁸. Her üç ülkede de kıyasın yolunu mahkemeler açmıştır, yargıçlar özel tehlike sorumluluğu düzenlemelerini hakkında düzenleme bulunmayan tehlikeli olgular için kıyasla uygulamıştır³⁴⁹. Avusturya’nın kıyas uygulamasının çıkış noktası OGH’nin birinci dairesinin 1947 yılında verdiği bir karardır. OGH “yasa koyucu tarafından münferit hallerde kabul edilen özel işletme tehlikesi için işletenin önemli ölçüde genişletilmiş sorumluluğunun ilke olarak tüm tehlikeli işletmelerde uygulanması gerektiğini” belirtmiştir³⁵⁰. OGH’nin yerleşik içtihadı, özel yasaların kıyası yoluyla tehlikeli nesneler ve tesisler için genel bir kusursuz sorumluluk meydana getirmektedir³⁵¹. Bununla birlikte OGH’nin tehlike sorumluluğu normlarının kıyas edilebilir olmasını çok az durumda eylemli olarak kabul ettiğine dikkat çekilmelidir³⁵². OGH’nin genel olarak tehlikeli işletme faaliyetini sürdürenin, işletme faaliyetine bağlı olan tehlike için tehlike sorumluluğu düzenlemelerine kıyasla sorumlu olduğunu ilke olarak kabul ettiği çoğu kararında, sonuçta sorumluluk reddedilmiştir, çünkü tehlikeli bir işletmenin olayda söz konusu olmadığı sonucuna varılmıştır³⁵³.

³⁴⁸ Dietz, 166; Yoon, 187; Werro/Palmer/Hahn, 403-404. Ehrenzweig, Wolff ve Fenzl, Avusturya öğretisinde kıyasa destek veren yazarlar arasındadır. Koziol, FS Wilburg, 177-178.

³⁴⁹ Werro/Palmer/Hahn, 419-420; Koziol, FS Wilburg, 174; Schönerberger, 179.

³⁵⁰ Koziol, FS Wilburg, 174; Will, 80-81.

³⁵¹ Pfeiffer, 33.

³⁵² Pfeiffer, 33; Koziol, FS Wilburg, 177; Schilcher/Posch, 160.

³⁵³ Koziol, FS Wilburg, 177. Krş. OGH SZ 31/46, 20.02.1958, 7 Ob 13/58 sayılı karar (www.ris.bka.gv.at E.T.: 15.10.2012). Söz konusu karara konu olay çevredekiler için çok tehlikeli baca gazı çıkaran bir manyezit fabrikasını işleten işletmecinin sorumluluğuna ilişkindir. OGH baca

Avusturya öğretisinde Koziol'e göre ise kıyas, tehlike sorumluluğuna ilişkin genel bir kuralın varlığı halinde kuşkusuz meşrudur³⁵⁴. Yazara göre münferit yasalarda kapsam ve zamanaşımı yeknesak düzenlenmemiş olan tehlike sorumluluğu düzenlemeleri karşısında böyle bir olanak bulunmamaktadır³⁵⁵.

Sonuç olarak Avusturya hukukunda tehlike sorumluluğu alanında sosyal adalet, normun amacına uygunluk gibi gerekçelerle kıyas kabul edilmekle birlikte kıyasın sınırlarının çok belirgin olduğu söylenemez. Avusturya hukukunda tehlike sorumluluğu düzenlemelerinin eksikliği kıyas yoluyla aşılmaya çalışılsa da genel tehlike sorumluluğuna duyulan gereksinim öğretilde vurgulanmaktadır³⁵⁶.

bb-Bütüncül Kıyas ya da Münferit Hükümlerin Kıyası

Hukuk düzeninde saptanan bir hukuk boşluğunun kapsamlı bir hukuksal ilkenin tipleştirilerek ortaya konulması suretiyle doldurulması halinde bütüncül kıyastan söz edilir³⁵⁷. Sözü edilen kapsamlı hukuksal ilke çeşitli yasa ve özel düzenlemelerden elde edilir ve düzenlenmiş olguları olduğu kadar düzenlenmemiş

gazının “fabrika yönetimi tarafından kabul edilenin dışında, yıllar boyunca ormanlara ve çayırırlara, ortalama kalitedeki tekstil ürünlerine ya da canlılara zarar verdiğini, bunun modern yaşamda beklenen tehlikenin olağan ölçüsünün çok üstüne geçen biçimde başkalarının çıkarlarını sürekli olarak tehlikeye atma anlamına geldiğini” kabul etmiş ve bu karar emsal karar oluşturmuştur. Koziol, FS Wilburg, 183-184; Will, 84.

³⁵⁴ Koziol, FS Wilburg, 182.

³⁵⁵ Koziol, FS Wilburg, 182; Schilcher/Posch, 160.

³⁵⁶ Steininger, 102-103.

³⁵⁷ Strickler, 107; Will, 95; Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin und Heidelberg 1995 (Methodenlehre), 207.

olguları da kapsadığı kabul edilir³⁵⁸. Bütüncül kıyasa örnek olarak, telesiyej işletmesinde gerçekleşen bir kazada OGH “öngörülen özel tehlike sorumluluğunun kıyas yoluyla yaklaşık olarak aynı ölçüde tehlikeli tüm işletmelere uygulanması gerektiğine” karar vermiştir³⁵⁹. OGH söz konusu kararında ayrıca tehlikeli işletmenin yol açtığı zararlardan ötürü tehlike sorumluluğunu yardımcı kişilerin eyleminden bağımsız olarak savunmuştur³⁶⁰. Münferit kıyas ise bütüncül kıyasta olduğu gibi tümevarım ile bir hukuk ilkesine ulaşip bunu yasayla düzenlenmemiş tüm tehlike olgularına tümdengeline başvurarak uygulamak yerine, tek bir kuralın düzenlediği olguya benzer bir olgu için salt o kuralın kıyasla uygulanmasını ifade eder³⁶¹. Örneğin Alman Federal Mahkemesi kayak çekicinin yol açtığı zararın tazmini hakkında özel düzenleme bulunmaması nedeniyle somut olayda RHG §1’in uygulanıp uygulanamayacağını değerlendirmiş ve bu düzenlemenin kıyas yoluyla uygulanmasını demiryolları işletmesiyle benzer olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir³⁶². Burada münferit bir kıyas yapılıp yapılmayacağı tartışılmıştır. Münferit kıyasta bütüncül kıyasın aksine tümevarıma başvurulmaz, sadece somut olayda zarar meydana getiren tehlike olgusu için uygulanabilecek bir hüküm varsa bu hüküm kıyasla uygulanır. Strickler, münferit kıyasın önünde bir engel bulunmadığını

³⁵⁸ Strickler, 107.

³⁵⁹ Koziol, FS Wilburg, 176’dan naklen SZ 22/110; Hehl, 220.

³⁶⁰ Koziol, FS Wilburg, 176.

³⁶¹ Bauer, 321-322.

³⁶² Bauer, 322. Avusturya’da ise telesiyejin demiryolları sorumluluk yasasındaki tren ile benzer olduğu sonucuna varılarak kıyas yapılması kabul edilmiştir. Koziol, FS Wilburg, 176.

belirtmektedir, yeter ki kıyas edilecek düzenleme kesin, mutlak, tekil bir biçimde öngörülmüş olmasın³⁶³.

Tehlike sorumluluğunun özel yasalarla düzenlenme biçimi genel bir tehlike sorumluluğu ilkesinin plana aykırı düşen, yani istenmeyen bir eksikliği olarak değerlendirildiğinde bu hukuk boşluğu bütüncül kıyas yoluyla doldurulabilir ve genel bir tehlike sorumluluğu hukuk düzenine sokulabilir³⁶⁴. Bütüncül kıyas-münferit kıyas Will ve Koziol tarafından yasa kıyası-hukuk kıyası olarak ifade edilmektedir, yazarlara göre yasa kıyası tatmin edici olmayan asgari bir çözüm niteliğindedir, tehlike sorumluluğu düşüncesini kapsamlı olarak gerçekleştirebilecek olan ve Avusturya içtihadına da uygun düşen kıyas hukuk kıyasıdır³⁶⁵. Çünkü dar kapsamlı bir kıyas sadece tehlike sorumluluğunu somut olayın gerektirmesi halinde uygulanabilmektedir, buna karşılık tehlike sorumluluğu tüm tehlikeli nesneler için geçerli olmazsa makul bir gerekçe ile açıklanamayacak bir eşitsizlik ortaya çıkar³⁶⁶. Bütüncül kıyasa aslında yasa koyucunun tasarrufunda olan bir konuda içtihat ve öğretinin yasa koyucunun yerine geçerek genel tehlike sorumluluğunu kabul etmesi anlamına geldiği iddiasıyla karşı çıkılabilir. Nitekim Canaris genel tehlike sorumluluğu düzenlemesinin eksikliğini istenmeyen bir eksiklik olarak değil, hukuk politikasına ilişkin bir tutum olarak değerlendirmektedir ve bu nedenle ancak

³⁶³ Strickler, 112-113.

³⁶⁴ Strickler, 108; Kramer, 150. Ayrıca bkz. Larenz/Canaris, Methodenlehre, 208.

³⁶⁵ Will, 95-96; Koziol, FS Wilburg, 184-185; Kramer, 150; Strickler, 108. Genel tatmin edici büyük kapsamlı bir çözüme karşı duyulan kaygılar ilk olarak münferit hukuksal sonuçların belirlenmesinde ortaya çıkar. Koziol, FS Wilburg, 184 vd.; Strickler, 109-112.

³⁶⁶ Koziol, FS Wilburg, 184.

münferit kıyas yoluna başvurulabileceğini belirtmektedir³⁶⁷. Strickler de genel kural eksikliğinin yasa koyucunun bilinçli bir kararına dayandığını ve hukuk boşluğu olarak yorumlanamayacağını belirterek Koziol'e karşı çıkmaktadır³⁶⁸.

3- Tehlike Sorumluluğunu Genel Kural Yoluyla Düzenleme

Tehlike sorumluluğunun genel kural yoluyla düzenlenmesi, bu konuda, kanundaki yeri ne olursa olsun, türü bakımından genel nitelik taşıyan bir kural aracılığıyla düzenleme öngörülmesidir³⁶⁹. Genel kurallara örnek olarak TBK madde 49 ve madde 77 gösterilebilir³⁷⁰.

a- Genel Kural Lehinde ve Aleyhinde Görüşler

Tehlike sorumluluğunun genel kural yoluyla düzenlenip düzenlenmemesi hususundaki tartışmalar, genel kuralın avantajları ve dezavantajları noktasında yoğunlaşmaktadır. Bu nedenle öncelikle genel kural lehinde ve aleyhinde olan görüş sahiplerinin ileri sürdüğü iddialar ele alınacak, daha sonra TBK madde 71 açısından değerlendirme yapılacaktır.

³⁶⁷ Canaris, Claus-Wilhelm: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964 (Lücken), 80; Strickler, 108-109.

³⁶⁸ Strickler, 109.

³⁶⁹ Bkz. Edis, 248.

³⁷⁰ Krş. Edis, 249.

aa- Genel Kural Lehinde Görüşler

aaa- Eşit Risklere Eşit Muamele Yapılabilmesi

Genel tehlike sorumluluğu lehinde ileri sürülen argümanlardan birisi, eşit risklere eşit muamele yapılabilmesidir. Bu görüşe göre genel tehlike sorumluluğu sayesinde mahkemeler makul bir nedeni olmayan eşitsizlikleri giderip boşlukları doldurabilecek konuma kavuşturulabilir³⁷¹. Böylelikle anayasanın emrettiği yasa önünde eşitlik sorumluluk hukuku alanında gerçekleştirilebilir³⁷², çünkü genel kural bulunmadığında bazı tehlike olguları için düzenleme varken bunlara benzer tehlike olguları için düzenleme bulunmadığında zarar görenler arasında haksız biçimde eşitsizlik doğmaktadır³⁷³. Kötz'ün ifadesiyle genel ve soyut norm sayesinde aynı teknik risklere yasamanın farklı muamele etmesinin önüne geçilir ve böylece birtakım adaletsiz sonuçlar önlenir³⁷⁴. Nesnel sorumluluk halleri arasında normatif açıdan mevcut çelişkiler böylece engellenebilir³⁷⁵.

bbb- Keyfi ve Sistemsiz Yasamanın Önüne Geçebilmesi

Genel tehlike sorumluluğu lehine ileri sürülen bir diğer argüman, tehlike sorumluluğunda salt özel düzenlemeler öngörmek yasamada keyfiliğe yol

³⁷¹ Strickler, 123. Krş. Gassmann-Burdin, 21; Pfeiffer, 38-39. Aynı yönde bkz. Hehl, 214-215.

³⁷² Strickler, 123; Will, 265; Oftinger/Stark, II/2, 15.

³⁷³ Stark, ZSR, 1967, 157; Tiftik, 68. Larenz/Canaris, genel norma ve kıyasa karşı çıksa da salt özel düzenlemelere başvurma sonucunda eşitsizlikler meydana geldiğini kabul etmektedir. Larenz/Canaris, Schuldrecht, 602.

³⁷⁴ Kötz, Gutachten, 1790. Aynı yönde bkz. Erdem, 217-218.

³⁷⁵ Oertel, 315.

açmasıdır³⁷⁶. Bir tehlike olgusu için yasa çıkarılırken ona benzeyen diğer bir olgu için neden yasa çıkarılmadığı açıklanamamaktadır³⁷⁷. Yasa koyucu genellikle kamuoyunda artık rahatsızlık uyandıran tehlike olguları için düzenleme öngörmekle yetinmektedir³⁷⁸. Sorun, yasa koyucunun yargıçtan daha yavaş karar vermesi yanında günlük politik koşulların çeşitli zorlamaları nedeniyle daha da çetrefilli hale gelmektedir³⁷⁹. Yasa koyucunun tutarsız, gerekçesiz seçimleri ve çoğu kez anlaşılamayan biçimde birbirinden sapan düzenlemeleri keyfi sonuçların doğmasına yol açmaktadır³⁸⁰. Diğer bir ifadeyle salt özel düzenlemelere başvurmak yasamayı düzensiz kılmaktadır³⁸¹. Oysaki genel norm ile yasa koyucu sürekli yasa koyma yükünden kurtulmuş olur³⁸².

ccc- Kusur ve Olağan Sebep Sorumluluklarını Rahatlatması

Genel tehlike sorumluluğu lehine ileri sürülen bir başka argüman ise genel normun eksikliği sonucunda hakkında düzenleme bulunmayan olgular için kusur sorumluluğundan yararlanılarak tehlike sorumluluğunun sonuçlarını doğuracak biçimde sorumluluk geliştirilmiş olmasıdır³⁸³. Genel tehlike sorumluluğunun

³⁷⁶ Gassmann-Burdin, 19-20; Tiftik, 67-68.

³⁷⁷ Wilburg, 98; Steininger, 102; Tiftik, 67.

³⁷⁸ Wilburg, 98; Steininger, 102.

³⁷⁹ Schlüchter, 316-317; Tiftik, 67-68.

³⁸⁰ Will, 96; Steininger, 102; Schlüchter, 316; Tiftik, 67. Benzer biçimde bkz. Strickler, 122; Hehl, 125.

³⁸¹ Wilburg, 98.

³⁸² Kötz, Gutachten, 1790.

³⁸³ Hehl, Susanne: Das Verhältnis von Verschuldens- und Gefährdungshaftung, Regensburg 1999, 205.

öngörülmesi klasik haksız fiil hukukunda kusur ilkesinin yeniden ciddiye alınmasını sağlar, çünkü tehlike sorumluluğu kusur sorumluluğuna yabancı nitelikteki işlevlerinden kusur sorumluluğunu kurtarır, bu işlevi tehlike sorumluluğu yerine getirir³⁸⁴. Böylece kusur sorumluluğu ile tehlike sorumluluğu birbirinden daha net biçimde ayırt edilebilir³⁸⁵. Diğer yandan tehlike sorumluluğu genel normu, özel tehlike sorumluluğu düzenlemelerinde ya da kusur ve olağan sebep sorumluluğu düzenlemelerinde yerini bulamayan tehlike olguları için toparlayıcı bir hüküm olur³⁸⁶. Böylece hakkında düzenleme bulunmayan olgular teorik zorlamalarla başka düzenlemelerin kapsamına sokulmaz.

ddd- Hukukun Bilim ve Teknolojinin Gerisinde Kalmaması

Genel kural düzenlemesi lehine olarak, Alman ve İsviçre hukukunda, genel kuralın kazuistik yöntemin aksine esnek ve gelişmelere uyum sağlayabilen bir sorumluluk aracı oluşturacağı, yargıca belirli tipik koşulların varlığı halinde tehlike sorumluluğunu hakkında özel düzenleme bulunmayan durumlar için uygulama olanağını sağladığı ifade edilmektedir³⁸⁷. Çünkü yasa koyucunun özel durumlar için tek tek yasa çıkararak düzenleme yapması durumunda bilimsel ve teknolojik

³⁸⁴ Strickler, 123; Kötz, Gutachten, 1790; Honsell, ZSR, 11-12; Oertel, 315. Kötz, genel normun kusurun ispatı konusundaki usul uyumsuzluklarının azalacak olmasını da vurgulamaktadır. Kötz, Gutachten, 1790.

³⁸⁵ Strickler, 123; Oertel, 315. Esser, kusur ve tehlike ilkelerinin birbirine karışmasından söz ederek bu durumu eleştirmiştir. Esser, Josef: “Die Zweispurigkeit unseres Haftpflichtrechts”, JZ, 5, 1953, 129. Aksi görüş için bkz. Steininger, 138.

³⁸⁶ Will, 277.

³⁸⁷ Strickler, 122-123; Will, 265; Schlüchter, 316-317; Pfeiffer, 39; Oertel, 315.

gelişmelerin gerisinde kalması kaçınılmazdır³⁸⁸. Gassmann-Burdin ise genel normun kaleme alındığı dönemin tehlike algısına göre düzenlendiğini, bu algıyı yansıttığını, bu nedenle bilimsel ve teknik gelişmeler sonucunda söz konusu tehlike algısının ve buna bağlı olarak genel tehlike sorumluluğu düzenlemesinin gelişmelerin gerisine düşebileceğini ileri sürmektedir³⁸⁹. Gassmann-Burdin'in bu görüşünün temelinde yazarın genel tehlike sorumluluğunun salt belirli tehlike kaynaklarına dayanacağı görüşü bulunmaktadır. Kanımızca tehlike algısını genel normu etkisiz kılacak derecede değiştiren ilerlemeler, çok kısa bir süre içinde değil, belli bir sürenin sonunda gerçekleşebilir. Oysaki salt özel düzenlemelere başvurulduğunda neredeyse her yıl yeni bir tehlike sorumluluğu normu öngörmek gerekmektedir.

bb-Genel Kural Aleyhinde Görüşler

aaa- Yasama Erkinin Gaspı

Öğretide tehlike sorumluluğu genel kuralının öngörülmesi halinde yargıca çok geniş bir yetki verilmiş olacağı, adeta hukuku biçimlendirmenin genel silah ve aracının yargıca teslim edilmiş olacağı, bunun ucu açık bırakılmış bir yasama niteliğinde olduğu ifade edilmiştir³⁹⁰. Genel tehlike sorumluluğunun yasa koyucunun rolünün pratik olarak yargıçlara devredilmesi anlamına geldiği belirtilmektedir³⁹¹.

³⁸⁸ Tiftik, 68; Eren, Borçlar Hukuku, 668.

³⁸⁹ Gassmann-Burdin, 15.

³⁹⁰ Hedemann, Justus Wilhelm: Die Flucht in die Generalklauseln – Eine Gefahr für Recht und Staat, Tübingen 1933, 57-58; Strickler, 115. Aynı yönde bkz. Will, 243-244.

³⁹¹ Strickler, 125. Aksi görüş hakkında bkz. Ogorek, Regina: “Das Wortlaut des Gesetzes – Auslegungsgrenze oder Freibrief?”, Rechtsanwendung in Theorie und Praxis: Publikation über das

Bunun sonucunda yasa koyucunun pek çok konuda gevşek davranarak işi yargıya havale edebileceği dile getirilmektedir³⁹². Kanımızca bu iddialar isabetsizdir, çünkü hukukumuzda zaten yargıca geniş bir yetki tanıyan pek çok genel kural bulunmaktadır, örneğin TMK madde 1, madde 2, madde 3, TBK madde 49 (kusur sorumluluğu), TBK madde 77 (sebepsiz zenginleşme) gibi³⁹³. Ögörek, bu genel kuralların erkler ayrılığının bir yansıması olduğunu, yargıcın bu soyut genel ilkeleri, kuralları somut olaya uygulamaya yetkisiyle donatıldığını ifade etmektedir³⁹⁴.

bbb- Hukuksal Güvenlik Kaygısı

Genel tehlike sorumluluğunun hukuksal güvensizliğe yol açacağı kaygısının temelinde tehlikeye atma kavramının çok geniş ve kullanışsız görülmesi yatmaktadır³⁹⁵. Tehlike sorumluluğu genel kuralının esnekliğinin uygulamada istenmese de açıklanamayan farklılıklara, eşitsizliklere yol açabileceği ileri sürülmüştür³⁹⁶. Hukuksal güvenlik gerekçeleriyle genel kurala karşı çıkan Stark, her kazanın bir tehlikenin gerçekleşmesinin sonucu olduğunu, buradaki sorunun tehlike

Symposium zum 70. Geburtstag von Prof. Arthur Meier-Hayoz, Beiheft zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel 1993, 21-22.

³⁹² Bkz. Strickler, 116.

³⁹³ Bkz. Atamer, HPD, 24.

³⁹⁴ Ögörek, 21.

³⁹⁵ Larenz/Canaris, Schuldrecht, 601-602; Reischauer/Spielbüchler/Welser, 20; Yung, 140; Strickler, 124; Oertel, 315; Gassmann-Burdin, 16; Hehl, 216; Zöllner, Wolfgang: “Gefährdungshaftung wohin?”, Festschrift Heinz Krejci zum 60. Geburtstag, 2. Band, hrsg. Erwin Bernat, Elisabeth Böhler, Arthur Weilingner, Wien 2001, 1361-1362; Steininger, 138; Edlbacher, Oskar: “Gedanken zur Vereinheitlichung des Rechts der Haftung für Betriebsgefahren”, ZVR, 1956, 5; Will, 248, 267 vd.

³⁹⁶ Strickler, 125; Pfeiffer, 38.

sorumluluğunun genelleştirilmesinde hangi ölçüye başvurulması gerektiğinde yoğunlaştığını belirtmektedir³⁹⁷. Hukuksal güvenlik kaygısını ileri sürenlere göre genel tehlike sorumluluğu normunun belirsizliği karşısında potansiyel sorumlular kusur sorumluluğuna göre mi tehlike sorumluluğuna göre mi sorumlu olacağını önceden kestiremez³⁹⁸. Ancak Strickler, genel normun uzun vadede ne belirsiz olduğunu ne de katlanılamaz düzeyde hukuksal güvensizliği beraberinde getireceğini belirterek genel normu desteklemektedir³⁹⁹.

Lühn, herhangi bir olguda özel düzenleme bulunmadığında, tehlike sorumluluğunun sıklıkla yasal bir dayanak olmaksızın kusur sorumluluğu yardımıyla yargı aracılığıyla genişletildiğine ve yasa koyucunun sürekli yeni olgular için yeni düzenlemeler öngörmedikçe yargının bu yola daha çok başvurması nedeniyle hukuksal güvenliğin zedelendiğini ileri sürmüştür⁴⁰⁰. Yazara göre sorumlunun zarar olaylarının sınırlı bir alanı için kısmen hukuksal güvensizliği kabullenmek zorunda olması adaletsiz görünmemektedir, ayrıca genel norm sayesinde hukuksal güvensizlik giderek azalır⁴⁰¹. Kötz de genel normun hukuksal güvensizliği gidereceği

³⁹⁷ Stark, ZSR, 1967, 160; 168. Ayrıca bkz. Tiftik, 64.

³⁹⁸ Caemmerer, Reform, 17-18; Oertel, 315; Tiftik, Mustafa: Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural İle Düzenlenmesi Sorunu, 2. Baskı, Ankara 2005, 64. Bkz. Strickler, 125-126.

³⁹⁹ Strickler, 126-127.

⁴⁰⁰ Lühn, 107.

⁴⁰¹ Lühn, 107. Aynı yönde bkz. Gassmann-Burdin, 21.

kanısındadır, taraflar kusurun ispatı sorunlarıyla uğraşmaksızın kendilerini neyin beklediğini bilebilecektir⁴⁰².

ccc- Birey ve Girişim Özgürlüğünün Kısıtlanması

Tehlike sorumluluğunda salt özel düzenlemelerle yetinmek yerine genel bir normun öngörülmesinin birey ve işletmelerin girişim özgürlüğünü kısıtlayacağı ileri sürülmektedir⁴⁰³. Çünkü sorumluluk alanı genel normla birlikte daha da genişleyecektir⁴⁰⁴. Yürürlükte bulunan özel düzenlemelerin yanında pek çok tehlike olgusunun bu genel norma altlanarak tehlike sorumluluğuna tabi tutulması sonucunda, eskiden kusur sorumluluğuna göre sorumlu olanlar daha katı bir sorumluluğa tabi kılınmış olacaktır⁴⁰⁵. Genel normun sorumluluğu katılaştırdığı ve sorumluluk alanını genişlettiği bir gerçektir⁴⁰⁶. Ancak hukuk düzeni zarar görenin çıkarlarını göz ardı edemez, her iki tarafın çıkarlarını da gözetmek zorundadır. Giriştiği faaliyetlerle, kullandığı nesnelerle kendine ekonomik yarar sağlayan kişiler, bunun bedeline kusurdan bağımsız bir sorumluluğa tabi kılınarak katlanmalı ve böylece hızla endüstriyel hale gelen toplum içinde yoğun biçimde tehlikeye maruz kalan bireyler korunmalıdır. Schlüchter'e göre ise, genel norm keyfi uygulamaya izin vermeyecek biçimde kaleme alınarak potansiyel sorumluların çıkarı gözetilebilir⁴⁰⁷.

⁴⁰² Kötz, Gutachten, 1791. Aynı yönde bkz. Adams, 114; Üçışık, 142-143.

⁴⁰³ Tiftik, 66. Aynı yönde bkz. Reischauer/Spielbüchler/Welser, 20.

⁴⁰⁴ Steininger, 138.

⁴⁰⁵ Tiftik, 66.

⁴⁰⁶ Winiger, 94

⁴⁰⁷ Schlüchter, 320.

ddd- Ekonomik Katlanabilme Gücünü Zayıflatması

Almanya’da tehlike sorumluluğu düzenlemelerinin birçoğunda sorumluluk üst sınırı öngörüldüğünden potansiyel sorumlular sorumluluk riskini öngörebilmektedir, sigortacılar da öngörülebilir riske göre makul sigorta primleri belirlemektedir. Lühn’e göre genel tehlike sorumluluğu normu öngörüldüğü takdirde faaliyetlerin ya da nesnelerin niteliklerinin birbirinden farklı olması ve çok farklı nitelik ve nicelikte zararlara yol açması bakımından önceden bir üst sınır öngörmek neredeyse olanaksız olduğundan potansiyel sorumlular sınırsız olarak zarardan sorumlu tutulur⁴⁰⁸. Bu da potansiyel sorumluların sorumluluk sigortası yapması halinde ödemeleri gereken prim tutarını yükseltir ve sorumluların zarara ekonomik olarak katlanma gücünü düşürür⁴⁰⁹. Buna karşılık Kötz, genel normun öngörüldüğü başka ülke uygulamalarından söz ederek genel normun hesaplanamaz yükler doğurduğu iddiasına karşı çıkmaktadır⁴¹⁰.

Genel bir düzenlemenin pek çok işletme bakımından zorunlu sorumluluk sigortasını beraberinde getireceği göz önünde bulundurulmalıdır⁴¹¹. Gassmann-Burdin’e göre ise, zorunlu sigorta tehlike sorumluluğunun bünyesinde bulunan bir kurum değildir, bilakis sadece zarar görenin tatmin edilmesinin güvence altına alınmasına gereksinim duyulduğunda öngörülür⁴¹². Kanımızca zorunlu sorumluluk

⁴⁰⁸ Tiftik, 65-66. Bkz. Lühn, 96.

⁴⁰⁹ Lühn, 97-98; Tiftik, 65; Oertel, 315-316; Reischauer/Spielbüchler/Welser, 20.

⁴¹⁰ Kötz, Gutachten, 1791.

⁴¹¹ Bkz. Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Kurzkommentar, hrsg von Bundesamt für Justiz (Kommentar), 31.

⁴¹² Gassmann-Burdin, 181.

sigortası tehlike sorumluluğunun zarara yol açana getirdiği yükü hafifletir, bu nedenle genel tehlike sorumluluğu kapsamına giren bazı işletme faaliyetleri için zorunlu sigortanın öngörülmesi yerinde olur⁴¹³. Hangi işletmeler için zorunlu sigortanın öngörülmesinin uygun olacağı işletme faaliyetinin taşıdığı tehlikeliliğin ölçüsüne göre yasa koyucu tarafından takdir edilmelidir. Bu açıdan Çevre Kanunu madde 13'e dayanarak Resmi Gazete'de yayımlanan tüpgaz işletme faaliyeti için 20 Aralık 1991'de yürürlüğe giren Tüpgaz Zorunlu Sorumluluk Sigortası Genel Şartları ve tehlikeli maddeler için 11 Mayıs 2010'da yürürlüğe giren Tehlikeli Maddeler ve Tehlikeli Atık Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları örnek niteliğindedir⁴¹⁴.

B- TBK 71 Açısından Değerlendirme

Türk Borçlar Kanunu madde 71 ile Türk hukukunda yürürlüğe giren genel tehlike sorumluluğunun öncelikle genel tehlike sorumluluğu normu olduğu belirtilmelidir⁴¹⁵. Çünkü TBK madde 71'in ilk fıkrası şöyledir: "Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur." Bu zamana dek kabul edilen tehlike sorumluluğu düzenlemeleri belirli bir konuda, belirli bir faaliyet alanında ortaya çıkan yoğun tehlikeden ötürü sorumluluk öngörürken, bu düzenlemede böyle bir özelleştirme söz konusu değildir, aksine soyut, genel bir kural

⁴¹³ Aynı yönde bkz. Fuchs, 238. Ayrıca bkz. Eren, Borçlar Hukuku, 502, 511.

⁴¹⁴ RG T. 20.12.1991, RG T. 11.03.2010, RG T. 09.05.2010, www.resmigazete.gov.tr E.T.: 10.12.2012; http://www.anadolusigorta.com.tr/Files/pdf/site/Urunler/SR_503.pdf E.T.: 10.12.2012.

⁴¹⁵ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, 351.

söz konusudur⁴¹⁶. Normun hangi faaliyetleri kapsayıp kapsamayacağı konusunda tehlikenin yoğunluğunu belirleyen ölçütler belirlenerek yargıca yol gösterilmiş olsa da bu ölçütler normun genel ve soyut olma niteliğini ortadan kaldırmamaktadır. Bu saptamayı TBK madde 71’in gerekçesi de doğrulamaktadır: “Tasarının dört fıkradan oluşan 70. maddesinde, kusursuz sorumluluk türlerinden biri olan tehlike sorumluluğunun genel ilkesi düzenlenmektedir.”

TBK madde 71’deki gibi bir genel kural öngörmenin yararları ve sakıncaları öğretide ileri sürülen görüşler bağlamında yukarıda ele alınmış bulunmaktadır. Genel kural öngörmenin sakıncaları arasında kanımızca sadece hukuksal güvenlik kaygısı kayda değer ve üzerinde düşünülmesi gereken bir husustur. Ancak kusur sorumluluğu düzenlemesinin de genel ve soyut nitelikli olduğu ve yorum yoluyla sınırları çizildiği dikkate alındığında genel tehlike sorumluluğu bireylerin hukuksal güvenliğini tehlikeye düşürmeyecektir. Burada önemli olan, soyut kavramların anlam ve içeriklerinin belirlenmesi ve bu anlam ve içerik üzerinde öğretide ve uygulamada yaygın bir uzlaşma sağlanabilmesidir. TBK madde 71 açısından böyle bir uzlaşmanın varlığından henüz söz edilemez. Zira söz konusu düzenleme çok yenidir, düzenlemenin uygulamada meydana getirdiği sıkıntılara getirilecek çözümlerle birlikte hukuksal güvenlik kaygısının yerinde olup olmadığı anlaşılabacaktır.

II- Genel Kuralın İkincil Nitelikte Olması

TBK madde 71’de öngörülen genel tehlike sorumluluğunun genel olma niteliğini saptadıktan sonra bunun nasıl bir genel kural olduğunu incelemek gerekmektedir. Genel kuralın iki ayrı şekilde düzenlenme biçimi bulunmaktadır.

⁴¹⁶ Erdem, 220.

Aşağıda önce bu farklı düzenleme biçimleri ele alınacak, daha sonra durum TBK madde 71 açısından değerlendirilecektir.

A- Genel Kuralı Düzenleme Biçimleri

Genel tehlike sorumluluğu tek başına, herhangi bir özel tehlike sorumluluğu düzenlemesi bulunmaksızın öngörülebileceği gibi özel tehlike sorumluluğu düzenlemelerinin yanında, onlarla birlikte uygulanmak üzere de öngörülebilir. Aşağıda bunlar üzerinde durulacaktır.

1- Tehlike Sorumluluğunu Salt Genel Kural İle Düzenleme

Tehlike sorumluluğu genel kuralının halihazırda yürürlükte bulunan özel düzenlemelerin yerine mi geçeceği, yoksa sadece onları tamamlamak üzere mi hukuk düzenine getirilmesi gerektiği hususu Alman ve İsviçre hukukunda tartışılmıştır⁴¹⁷. Deutsch, tehlike sorumluluğu genel kuralını tüm özel düzenlemelerin yerine geçecek biçimde düşünerek kendi norm önerisini ortaya koymuştur⁴¹⁸. Bu yöntem, özel yasaları tamamlayıcı olmak üzere kabul edilen genel kurala, yani küçük çözüme karşıt olarak “büyük çözüm” biçiminde adlandırılmaktadır⁴¹⁹. Strickler’e göre, genel kural yürürlükte bulunan özel yasaların yerine geçerek tek başına tehlike sorumluluğunu düzenlediğinde, ihtiyaç duyuldukça getirilen, keyfi, tutarsız ve makul

⁴¹⁷ Strickler, 140.

⁴¹⁸ Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, 451-452; Yoon, 197-198; Will, 266, Strickler, 140 ve Kötz, AcP, 22-23’ten naklen Deutsch, Generalklausel für Gefährdungshaftung, Karlsruher Forum 1968 (Sözü edilen bildiri yayımlanmamıştır, bu nedenle tarafımızdan erişilememiştir).

⁴¹⁹ Schlüchter, 322; Strickler, 140; Kötz, AcP, 22-23; Will, 266; Deutsch, VersR, 1971, 5; Gerekçe, 138.

bir nedeni olmadığı halde birbirinden sapan özel düzenlemeler yerine tutarlı, adil, tekörnek bir tehlike sorumluluğu düzeni sağlar⁴²⁰. Münferit tehlike sorumluluğu düzenlemelerinde dayanak noktaları Honsell'e göre rastlantısal ve eksiktir, bu nedenle genel norm ile özel düzenlemelerin bir arada olması anlamlı değildir, yazara göre büyük çözüm daha makuldür⁴²¹. Buna karşılık bazı konularda yapılan uluslararası antlaşmalar genel normdan sapan bir tehlike sorumluluğu düzenlemesini gerekli kılabilir, bu durumda genel norm yanında münferit bir özel tehlike sorumluluğu düzenlemesi kaçınılmaz olmaktadır⁴²².

Tüm tehlike sorumluluğu hallerinin tek bir genel normda düzenlenip düzenlenemeyeceğine ya da genel normun mevcut tehlike sorumluluğu halleri yanında ikincil nitelikte olup olmayacağına verilen yanıt, genel tehlike sorumluluğu hakkında ileri sürülen hukuksal güvensizlik iddialarına verilecek yanıtı da etkilemektedir⁴²³. Zira hukuk düzeninde özel düzenlemelere yer verilmediği takdirde genel kuralın uygulanabilmesi için bu kuralın somut hale getirilmesine küçük çözüm olarak adlandırılan yönteme nazaran daha çok gereksinim duyulur.

2- Özel Düzenlemeler Yanında İkincil Nitelikte Genel Kural Öngörme

Alman ve İsviçre öğretisinde baskın olan görüşe göre, genel norm özel düzenlemelerin yerine geçmemeli, bilakis onları tamamlamalı, ikincil nitelikte, toparlayıcı bir genel düzenleme olmalıdır⁴²⁴. İkincil genel kuralın salt özel yasalarla

⁴²⁰ Strickler, 140-141.

⁴²¹ Honsell, ZSR, 12.

⁴²² Strickler, 141.

⁴²³ Lühn, 47.

⁴²⁴ Lühn 70; Kötz, AcP, 22-23; Kötz, Gutachten, 1799; Strickler, 141, 151-152; Will, 277.

tehlike sorumluluğunu düzenleme yönteminden genel norm öngörme yöntemine geçişi kolaylaştıracağı, hukuk düzenindeki değişimin getirdiği zorlukları en aza indireceği ileri sürülmüştür⁴²⁵. Lühn’e göre ise çok ağır ya da çok sık zararlara yol açan tehlike olguları için yasa koyucu özel düzenleme getirmelidir ve genel norm bu hallerde böylece uygulanmamalıdır, buna gerekçe olarak hukuksal güvenlik kaygısını göstermektedir⁴²⁶.

İkincil genel kural yönteminin uygulanması Kötz’e göre yürürlükteki özel düzenlemelere sıkı sıkıya bağlıdır, içtihat bu özel düzenlemelerdeki tehlike olgusuna benzer haller için genel normu uygulayarak tehlike sorumluluğunun uygulama alanını genişletir⁴²⁷. Özel tehlike sorumluluğu düzenlemeleri giderilmesi gereken zararları doğuran yeni tehlike olgularını değerlendirmede ölçü olarak yargıca yol gösterir⁴²⁸. “Küçük çözüm” olarak adlandırılan bu yöntem, mahkemeleri mevcut özel yasalarda öngörülmüş düzenlemeleri kıyaslamaya iter⁴²⁹. Böylece genel kural, hukuk düzenindeki tehlike sorumluluğu bakımından mevcut boşlukları giderme görevini üstlenerek “toparlama ve geçiş düzenlemesi” haline gelmektedir⁴³⁰. Widmer ve Wessner’in hazırladığı İsviçre tasarısında düzenlenen genel tehlike sorumluluğu ikincil nitelikte genel norm olarak biçimlendirilmiştir, diğer bir deyişle halihazırdaki özel düzenlemeler tasarısındaki bu genel kuralla yürürlükten kaldırılmamıştır⁴³¹. Bu

⁴²⁵ Kötz, Gutachten, 1799.

⁴²⁶ Lühn, 70-71.

⁴²⁷ Kötz, Gutachten, 1799.

⁴²⁸ Lühn, 71; Gerekçe, 138.

⁴²⁹ Gerekçe, 138; Schönenberger, 187; Honsell, ZSR, 12.

⁴³⁰ Gerekçe, 138; Schönenberger, 187; Honsell, ZSR, 12.

⁴³¹ Gerekçe, 139; Schönenberger, 186-187; Widmer/Wessner, Stellungnahme.

husus tasarıda açıkça ifadesini bulmuştur. Ne var ki bu tasarı İsviçre Adalet Bakanlığı tarafından geri çekilmiştir.

B- TBK 71 Açısından Değerlendirme

TBK madde 71'in nasıl bir genel norm olduğu konusunda madde dikkatle incelendiğinde bunun ikincil bir genel norm olarak düzenlendiği görülmektedir⁴³². Diğer bir deyişle özel tehlike sorumluluğu düzenlemeleri yürürlükten kaldırılmamıştır. Bu husus madde 71'in üçüncü fıkrasında açıkça öngörülmüştür. Söz konusu hüküm şöyledir: "Belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır." TBK 71/3'ün iki anlamı bulunmaktadır: Birincisi, yukarıda değinildiği gibi TBK'de öngörülen genel tehlike sorumluluğu ikincil bir genel normdur. İkincisi, hakkında özel bir düzenleme bulunan bir konuda genel kurala başvurulamaz, özel düzenleme uygulanır⁴³³.

Özel tehlike sorumluluğu düzenlemeleri genel normu somutlaştırma konusunda da işlev görür. Özel düzenlemelere yüklenen bu işlev ise TBK madde 71'in ikinci fıkrasında belirtilmiştir. Söz konusu ikinci fıkranın son tümcesi şöyledir: "Özellikle herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arz eden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arz eden işletme sayılır." Bu hükümle birlikte özel düzenlemeler karşılaştırma konusu yapılmıştır⁴³⁴. İsviçre öğretisinde böylece mahkemelerin kıyas yapma yolunun

⁴³² Eren, Borçlar Hukuku, 504.

⁴³³ Gerekçe, 139; Erdem, 220.

⁴³⁴ Gerekçe, 139.

açıldığı belirtilmektedir⁴³⁵. Belirtilmelidir ki sözü edilen kıyas yapma olanağı sadece tehlikenin yoğunluğu açısından açık bırakılmış, hatta kıyas yapılması salt bu bakımdan emredilmiştir. Bunun dışındaki hususlarda kıyas yapmanın olanaklı olup olmadığı hakkında yasa açık bir hüküm öngörmemekle birlikte kıyas yasağına gerekçe olarak tehlike sorumluluğunun istisnai nitelikte olduğu ileri sürüldüğü anımsandığında böyle bir kıyas yasağından artık söz edilemeyeceği kabul edilmelidir.

Kanımızca genel tehlike sorumluluğunun Türk Borçlar Kanunu'nda ikincil nitelikte genel kural olarak öngörülmesi mevcut ihtiyaçlara cevap verdiği kadar günümüzde öngörülemeyen ancak ileride ortaya çıkması olası sorunlar karşısında uygun çözümler bulmayı da kolaylaştırması bakımından isabetlidir. Çünkü tek başına genel norm öngörülmesi durumunda genel normun unsurları, koşulları bazı olgular bakımından uygun olmayabilir, bu durumda tehlike sorumluluğu kapsamında olması gereken olgular sırf genel normun kaleme alınış biçimi nedeniyle sorumluluğun kapsamının dışında kalabilir.

III- Yargıca Takdir Yetkisi Vermesi

TBK madde 71'de düzenlenen genel tehlike sorumluluğu yargıca geniş bir takdir yetkisi sunmaktadır. Genel tehlike sorumluluğuna getirilen eleştiriler de yukarıda değinildiği gibi sıklıkla bu takdir yetkisine dayanmaktadır. Çünkü yargıcın takdir yetkisi genişledikçe yasamanın görevinin yargıya bırakıldığı ve hukuksal güvensizliğin meydana geleceği ileri sürülmektedir⁴³⁶. Gerçekten de işletme faaliyeti

⁴³⁵ Gerekçe, 138; Schönerberger, 187; Honsell, ZSR, 12.

⁴³⁶ Lühn, 47; Gassmann-Burdin, 146.

kavramını uygulamada somutlaştıracak olan da hangi tehlike düzeyinin bu sorumluluk kapsamına sokulacağına karar verecek olan da yargıçlardır⁴³⁷. Böylece bu zamana kadar tehlike olguları somut biçimde yasa koyucu tarafından belirlenirken bundan sonra genel tehlike sorumluluğu kapsamında yer alacak tehlike olguları yargı aracılığıyla saptanacaktır. Genel tehlike sorumluluğu düzenlemesinin yargıca verdiği takdir yetkisi hukuk düzenimizde yargıca biçilen role ters düşmemektedir⁴³⁸.

Türk Medeni Kanunu’nun birinci maddesi gereği yargıç boşluğu doldurmada başvuracağı bir yazılı kaynak bulunmadığında kendisi yasa koyucu imiş gibi düzenleme yaparak boşluğu doldurabildiğine göre genel bir normu somutlaştırma görevini haydi haydi yerine getirebilir. Buna ek olarak Türk Medeni Kanunu’nun dördüncü maddesinde yargıcın takdir yetkisini nasıl kullanacağı şöyle açıklanmıştır: “Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.” Görüldüğü gibi somut olayın koşullarını dikkate almayı gerektiren hakkaniyet takdir yetkisinin kullanılmasında belirleyicidir⁴³⁹. Wilburg, hakkaniyet düşüncesinin düzenlemenin somut olaya uygunluğunun sağlanması, uyarlanması bakımından üstünlüğü bulunmakla birlikte güvensizlik, keyfîlik ve tembellik meydana getirme tehlikesinin de bulunduğu dikkat çekmektedir⁴⁴⁰.

⁴³⁷ Boller, belli bir olgu hakkındaki tehlike algısının zamanla, bilimsel ve teknolojik gelişmeler sonucunda değişebileceğine işaret eder. Boller, 72.

⁴³⁸ Kommentar, 3.

⁴³⁹ Wilburg, 22.

⁴⁴⁰ Wilburg, 22.

Ayrıca yargı tehlike sorumluluğu düzenlemelerindeki eksiklikleri, kusur sorumluluğunu zorlayarak, özen yükümünün nesnelleştirerek gidermeye çalışırken kusura dayalı sorumluluğun kapsamını genişletmiştir⁴⁴¹. Bu da hukuksal güvenlik kaygılarının salt özel tehlike sorumluluğu düzenlemeleri öngörme yöntemine başvurulduğunda da ortadan kalkmadığını gösterir⁴⁴². Gassmann-Burdin, yargıca takdir yetkisi veren bir hükmün, düzenlemenin ruhunu yani anlam ve amacını ortaya çıkarma olanağı sağlayacağı gerekçesiyle yararlı olduğunu belirtmektedir⁴⁴³. Örneğin bir makine üretildiği ve piyasaya sunulduğu sırada çok tehlikeli olduğu ve bu nedenle genel tehlike sorumluluğu düzenlemesine tabi tutulabildiği halde, aradan geçen uzun bir süre sonunda tehlike sorumluluğuna tabi kılınmayı gerektirecek bir yoğunlukta tehlike içermediği düşüncesi egemen olabilir⁴⁴⁴. Böyle bir durumda yasanın anlam ve amacından hareketle yargıcın bu olguyu düzenleme kapsamından çıkarması yargıca verilen takdir yetkisi ile olanaklıdır⁴⁴⁵.

Takdir yetkisinin ne kadar geniş olması gerektiği sorusuna verilen yanıtlar değişmektedir⁴⁴⁶. Sorumluluk hukukunu yeni baştan tasarlayan ve özgün bir sistem geliştiren Wilburg'a göre bir olayda kusurun, tehlikenin vs. ölçüsüne göre yargıç tazminat ödenip ödenmeyeceğini, ödenecekse ne kadar ödeneceğini serbestçe takdir etmelidir. Wilburg'un salt tehlike sorumluluğu için değil, aksine sözleşme dışı

⁴⁴¹ Kommentar, 3; Widmer, Strict Liability, 321.

⁴⁴² Widmer, Strict Liability, 321.

⁴⁴³ Gassmann-Burdin, 104.

⁴⁴⁴ Boller, 72.

⁴⁴⁵ Aynı yönde bkz. Wilburg, 37.

⁴⁴⁶ Bkz. Edis, 208.

sorumluluk hukukunun tümünü kapsar biçimde genel olarak önerdiği norm şöyledir⁴⁴⁷: “Bir başkasının hukuk alanını ihlal eden kimse mahkemenin takdirine göre yol açtığı zararı gidermekle yükümlüdür. Tazminatın varlığı ve büyüklüğü şunlara göre belirlenir: 1. Zarar verenin işletmesi aracılığıyla başkasına müdahale etmesi ya da onun hukuksal değerlerini tehlikeye atması, 2. İhlale yol açan koşulların zarar verenin tarafında bulunması, 3. İhlalde zarar verenin tarafına bir eksiklik (Mangel) isnadı yöneltilmesi.” Hareketli sistem olarak adlandırılan bu sistemde yargıca geniş bir takdir yetkisi tanınırken tazminatı etkileyen unsurlar ağırlığına göre rol oynar⁴⁴⁸. Diğer bir ifadeyle yazara göre ayrı ayrı kusur sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu gibi kategoriler öngörmek yerine somut olaydaki unsurların ağırlığına göre sorumluluğun var olup olmadığı yargıç tarafından takdir edilmelidir. Wilburg’un yargıca tanınmasını önerdiği geniş takdir yetkisi keyfiliğe ve adaletsizliğe yol açma tehlikesini bünyesinde barındırır. Öyle ki bunun takdir yetkisi olarak ifade edilmesi dahi yerinde olmayabilir. Wilburg’un bu görüşleri tehlike sorumluluğunda genel norm öngörme konusundaki tartışmaları etkilemiştir. Genel norm öngörülmesinden yana olan bazı yazarlar, genel normu Wilburg’un görüşleriyle desteklemiştir. Lühn de Wilburg’a benzer biçimde yargıca geniş bir takdir yetkisi tanıyan bir genel tehlike sorumluluğu normu önerisinde bulunmuştur⁴⁴⁹. Buna karşılık Türk Borçlar Kanunu madde 71’de öngörülen genel

⁴⁴⁷ Wilburg, 101.

⁴⁴⁸ Wilburg, 57, 101.

⁴⁴⁹ “1. Bir nesne ya da bir tesisin etkileri dolayısıyla bir kimse ölür, yaralanır ya da bir kimsenin sağlığı bozulur ya da bir nesne zarar görürse o zaman nesnenin ya da tesisin işleteni mahkemenin takdir yetkisine göre mevcut tehlike sorumluluğu hallerine göre tazminat ile yükümlü tutulabilir.

2. Tazminat yükümlülüğü aşağıdaki unsurların derecesine göre belirlenir:

tehlike sorumluluğu normu yargıca böylesine geniş bir takdir yetkisi vermemektedir, yalnızca kural içi boşluğun doldurulması hususunda takdir yetkisi sunmaktadır. Yani Türk hukukunda takdir yetkisinin kullanımı normda öngörülen ölçütlere bağlıdır.

TBK madde 71'in ikinci fıkrası şöyledir: "Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arz eden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arz eden işletme sayılır." Görüldüğü gibi TBK 71/2'de işletme faaliyetinin tehlikeliliğini belirlemede başvurulacak ölçütler açıklanmıştır. Yargıç işletme faaliyetinin niteliğine, kullanılan şeylere göre sık ya da ağır zararlar doğurup doğurmadığına bakarak madde kapsamına girip girmediğini takdir eder. Bu takdirde sık ya da ağır zararların doğmasının özenli bir davranışa dayanıp dayanmadığının önemi yoktur. TBK 71/2'de ayrıca yargıcı tehlikelilik unsuru konusunda kıyas yapmaya yönlendiren bir ölçüt daha yer almaktadır, o da benzer bir tehlike için özel bir düzenlemenin

-
- a. Nesnenin ya da tesisin kendisinin olağanüstü derecede tehlikeli olması ya da bunun işletilmesinin önemli ölçüde tehlikeye yol açması,
 - b. Nesnenin ya da tesisin kusurlu olması,
 - c. Zarar görenin nesne ya da tesise önemli ölçüde bağımlı olması ya da nesnenin ya da tesisin işletilmesini kabul etmek zorunda bırakılması,
 - d. Sorumlunun etki alanından kaynaklanan bir nedenle kazanın gerçekleşmesi." Lühn, 91-92.

bulunmasıdır. Burada kıyas karşımıza bir yorum aracı olarak çıkmaktadır⁴⁵⁰. Kıyas, hukuk yaratma yanında klasik yorum metodunda yorumda kullanılan mantık araçlarından birini oluşturur⁴⁵¹.

Yukarıda açıklanan nedenlerle TBK madde 71, yargıca tehlikeliliğin takdiri bakımından belli ölçütlerin sınırını çizdiği bir takdir yetkisi vermiştir. Ancak aşağıda üzerinde duracağımız gibi işletme faaliyeti kavramının belirlenmesi konusunda herhangi bir ölçüt bulunmamaktadır. Bu hususta hukuksal güvenlik ve keyfilik kaygılarını uyandırabilecek ölçüde yargıca geniş bir takdir yetkisi verilmiş olduğu söylenebilir.

IV- Kusur ve Sözleşme Sorumlulukları İle İlişkisi

A- Kusur Sorumluluğu İle İlişkisi

Yukarıda açıklandığı gibi kusur sorumluluğu ile tehlike sorumluluğu birbirinden bağımsız isnat temellerine dayanmaktadır⁴⁵². Bu nedenle kusur sorumluluğu ile tehlike sorumluluğunun yarışıp yarışmadığını ortaya koymak gerekir. Her ikisi de sözleşme dışı sorumluluk hukukuna ilişkin ve fakat farklı isnat temellerine dayanan sorumluluklardır⁴⁵³. Bununla birlikte “specialis derogat legi generali” ilkesi gereği daha özel bir isnat temeli içeren sorumluluk münhasır olarak

⁴⁵⁰ Yorum aracı olarak kıyas hakkında bkz. Honsell, Heinrich: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB, Herausgeber Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser, 3. Auflage, Basel Genf München 2006 (Basler Kommentar ZGB), Art. 1 N. 35.

⁴⁵¹ Gözler, Kemal: Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, Ankara 1998, 172-173; Güriz, Adnan: Hukuk Başlangıcı, 9. Baskı, Ankara 2003, 87-88.

⁴⁵² Yoon, 30.

⁴⁵³ Gürsoy, 172-175.

uygulanır⁴⁵⁴. Bu nedenle daha özel bir olguyu yani önemli ölçüde tehlikeyi bünyesinde taşıyan bir olayda, zarar gören, tehlike sorumluluğuna dayanır. Bu husus tehlike sorumluluğunun kusur sorumluluğu karşısında istisna olduğu anlamına gelmez, nasıl ki KTK hükümleri TBK madde 71 karşısında istisna değil özel hüküm niteliğindedir, TBK madde 71 de TBK madde 49 karşısında istisna değil özel hüküm niteliğini taşır⁴⁵⁵. Öğretide baskın görüş, kusur ve tehlike sorumluluklarının birbiriyle yarışmadığını, tehlike sorumluluğunun koşulları varsa tehlike sorumluluğunun uygulanacağını, koşulları yoksa kusur sorumluluğunun uygulanacağını kabul etmektedir⁴⁵⁶. Bu kabul genellikle zarar görenin çıkarlarına ters düşmez, çünkü kusur sorumluluğundan farklı olarak zarar gören, davalının kusurunu kanıtlamak zorunda olmaz, sadece tehlike olgusunu, zararı ve nedensellik bağıını kanıtlamak zorundadır. Bununla birlikte öğretide ileri sürülen ve bizim de kabul ettiğimiz görüşe göre münhasırlık ilkesinin söz konusu olduğu durumlarda dahi eğer genel hüküm zarar

⁴⁵⁴ Oftinger, Karl/Stark, Emil: Schweizerisches Haftpflichtrecht Allgemeiner Teil, Band I, Zürich 1995, 670; Oğuzman/Öz, 2012, 280; Gürsoy, 172-174; Gerekçe, 160.

⁴⁵⁵ Bkz. Buz, Vedat: “Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu”, BATİDER, C. XXIX S. 2, 2013, 44.

⁴⁵⁶ Oğuzman/Öz, 2012, 280; Oftinger/Stark, Band I, 670; Buz, 44. Bkz. Gerekçe, 160-161. İsviçre Federal Mahkemesinin bu yönde bir kararı bulunmaktadır: BGE 106 II 75, K.T.: 11.03.1980, Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, 77, www.swisslex.ch E.T.: 01.11.2012. İzin verilen risk bakımından bu görüşün bir değeri olabileceğini belirtmek gerekir. Deutsch, izin verilen risklerin doğurduğu zararlarda kusur sorumluluğuna başvurulamayacağını ileri sürer. Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, 142. Fuchs ise tehlike sorumluluğunun kusur sorumluluğu ve diğer kusursuz sorumluluklarla yarıştığı düşüncesindedir. Fuchs, 238.

görenin lehine ise zarar görenin dilerse genel hükme de dayanabileceği, daha doğrusu yargıcın kararını buna dayandırabileceği kabul edilmelidir⁴⁵⁷.

Bu durumda sorumluluk sebeplerinin yarışmasına ilişkin olarak TBK madde 60'ta yeni bir hüküm öngörülmüştür⁴⁵⁸: “Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilirse hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.” Madde gerekçesinde bu düzenlemenin yeni olduğu ve dolayısıyla yürürlükten kalkan Borçlar Kanunu'nda bunun karşılığı olmadığı belirtilirken şu ifadeler yer verilmektedir: “Maddede, öğreti ve uygulamadaki çağdaş gelişmeler göz önünde tutularak, bir kişinin sorumluluğunun birden çok hukukî sebebe dayandırılabilmesi durumunda, hâkimin, kanunda aksine bir hüküm yoksa, zarar görene en iyi giderim olanağı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar vermesi öngörülmektedir.” Belirtmek gerekir ki Widmer tasarısından ufak bir değişiklikle⁴⁵⁹ alınan bu hükmün ne anlama geldiği açık değildir. Widmer tasarısında salt malvarlığı zararı açıkça tehlike sorumluluğunda sorumluluğun kapsamı dışında bırakıldığından münhasırlık ilkesinin yol açacağı adaletsizliği önleyebilmek adına dürüstlük kuralı bir koruma normu olarak kabul edilmiş ve tasarının 53. maddesine (TBK madde 60) göre münhasırlık ilkesinin bir yana bırakılabileceği öngörülmüştür⁴⁶⁰. Böylece salt malvarlığı zararının başka bir sorumluluk sebebine, koruma normuna dayanarak giderilebilmesi olanaklı hale getirilmiştir. Oysaki TBK'de bu düzenlemeler

⁴⁵⁷ Krş. Gerekçe, 161.

⁴⁵⁸ Kaynak tasarı madde 53'te zarar görenin aksini istememiş olması koşuluna yer verilmemiştir. Kommentar, 16.

⁴⁵⁹ Kaynak düzenlemede “zarar gören aksini istemiş olmadıkça” gibi bir ibare bulunmamaktadır. TBK madde 60 hükmünde yapılan bu ilaveye getirilen haklı eleştiri için bkz. Buz, 50-53.

⁴⁶⁰ Buz, 45-46.

getirilmeksizin madde 60'ta öngörülen hükmün uygulama alanı sınırlı olacaktır⁴⁶¹. Buz'un belirttiği gibi bu hüküm ancak birden çok sorumluluk sebebinin koşullarının gerçekleştiği ve bunlardan biri bakımından tazmini talep edilebilen zarar türlerine sınırlama getirildiği ya da tazminat talebinin daha ağır koşullara bağlandığı durumlarda uygulama bulabilecektir⁴⁶².

Bunun dışında belirtmek gerekir ki tehlike sorumluluğu genel normunun kusur sorumluluğunu etkileyeceği öğretide sık sık ifade edilmektedir⁴⁶³. Bunun temelinde, münferit tehlike sorumluluğu düzenlemelerinin eksikliğinin, yani bazı olguların tehlike sorumluluğuna tabi olmamasının sonucunda yargının kusur sorumluluğunu zorlayarak özen yükümünün standardını çok yükseltmesinin, nesnel hale getirmesinin bulunduğu ileri sürülmüştür⁴⁶⁴. Oysaki sözleşme dışı sorumluluk hukuku alanında kusurun sübjektif ya da objektif nitelikte olması hususu, tehlike sorumluluğunun gelişiminden bağımsızdır⁴⁶⁵. Bu ikisi arasında sadece bir şekilde bağlantı kurulabilir: Kusurun objektifleştirilmesi de tehlike sorumluluğu da bilim ve teknolojinin ilerlemesi ve toplumsal ilişkilerin karmaşıklaşması sonucunda kabul edilmiştir.

⁴⁶¹ Buz, 46-47.

⁴⁶² Buz, 47.

⁴⁶³ Schöenberger, 190; Gerekçe, 133-134; Wilburg, 18. Ayrıca bkz. §4/VII/A. Krş. Buz, 40.

⁴⁶⁴ Gerekçe, 119. Aksi görüş için bkz. Schöenberger, 191. Bu bağlamda tehlike sorumluluğunun kusuru hukuka aykırılıktan açıkça ayırt ettiği de ifade edilir. Wilburg, 18-19.

⁴⁶⁵ Sübjektif kusur teorisi ve objektifleştirilmiş kusur teorisi hakkında bkz. Eren, Borçlar Hukuku, 570-571.

B- Sözleşme Sorumluluğu İle İlişkisi

Sözleşme dışı sorumluluk türlerinden biri olan tehlike sorumluluğu ile sözleşme sorumluluğunun koşulları bir olayda bir araya gelirse, zarar görenin hangisine dayanabileceği sorusu, yani bu sorumluluklar arasında yarışma ilişkisinin bulunup bulunmadığı, tehlike sorumluluğunda olağan sebep sorumluluğu hallerine göre daha fazla önemlidir⁴⁶⁶. Çünkü tehlike sorumluluğunda sorumluluğa yol açan olay, sıklıkla karakteristik rizikoyu bünyesinde bulunduran tesiste çalışan kişileri ya da nesneyi kendi adına ya da başkası adına elinde bulunduran kimseleri de etkiler, yani işletenin çalıştırdığı kişileri ya da işletenin koruma alanında bulunan kişileri zarara uğrattır. Örneğin bir nükleer santralde meydana gelen patlama ya da bir tren kazası, o nükleer santralde çalışan işçileri, nükleer santrale iş görüşmesi yapmak üzere gelmiş bir kişiyi ya da trende bulunan yolcuları, tren makinistini ve trende çalışan diğer kişileri de etkiler.

İşletenle arasındaki sözleşme ilişkisinin ihlal edilmiş olmasından dolayı zarar gören kişi, genel tehlike sorumluluğu ya da özel tehlike sorumluluğu düzenlemesine mi yoksa sözleşme ilişkisine mi dayanacaktır? Öğretide baskın görüş sözleşme sorumluluğu ile sözleşme dışı sorumluluk arasında bir talep yarışması ilişkisi bulunduğunu kabul eder, yani zarar gören istediğine dayanarak zararının tazmin edilmesini isteyebilir⁴⁶⁷. Kanımızca da sözleşme sorumluluğu ile sözleşme dışı sorumluluk arasında bir öncelik-ikincillik ilişkisi bulunmamaktadır, zarar gören kendisi için hangisini daha avantajlı görüyorsa ona dayanabilir. Türk Borçlar

⁴⁶⁶ Bkz. Oftinger/Stark, Band I, 682.

⁴⁶⁷ Oftinger/Stark, Band I, 683-684; Oğuzman/Öz, 2012, 278. Bu konuda farklı görüşler için bkz. Oğuzman/Öz, 2012, 278.

Kanunu'nun 60. Maddesi bu konuda önceki yasada karşılığı olmayan şöyle bir hüküm öngörmektedir: “Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilirse hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.” Dolayısıyla zarar gören kendi lehine olana dayanmış olmasa da yargıç aksine bir hüküm ve talep bulunmadıkça zarar görene en iyi giderim olanağı sağlayan nedene dayanarak karar verir. Bu bakımdan salt malvarlığı zararı yönünden sözleşme sorumluluğuna, kişi ve eşya zararları yönünden tehlike sorumluluğuna dayanarak karar verilmesi olanaklıdır. Fakat belirtmek gerekir ki bu hüküm olmasaydı da sonuç değişmezdi, yargıç kararının dayandığı olgunun hukuki niteliğini yapmakta özgürdür. Dahası Buz, kaynak tasarıdaki düzenlemenin sistematik yorumundan hareketle TBK madde 60'ın sözleşme sorumluluğu ile sözleşme dışı sorumluluk sebeplerinin yarışması meselesine değil, sadece sözleşme dışı sorumluluk sebeplerinin kendi içindeki yarışma sorununa bir çözüm getirmeyi amaçladığını ortaya koymaktadır⁴⁶⁸.

§4- Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel Tehlike Sorumluluğunun Koşulları

I- İşletme Faaliyetinin Varlığı

TBK madde 71'de sorumluluğa yol açan bağlantı noktası, yani sorumluluğun konusu “işletme faaliyeti”dir⁴⁶⁹. “İşletme sahibi” ve “işleten” ise sorumluluğun özneleridir. Türk Borçlar Kanunu'nda madde 71'de geçen işletme kavramından ne

⁴⁶⁸ Buz, 49-50.

⁴⁶⁹ Bkz. Akkayan Yıldırım, 208.

anlaşılması gerektiğini açıklığa kavuşturan herhangi bir hüküm bulunmamaktadır⁴⁷⁰. Öncelikle belirtilmelidir ki sorumluluğun işletme kavramına dayandırılması eleştirilere uğramaktadır⁴⁷¹. Bu eleştirinin temelinde işletme kavramının çeşitli sorumluluk türlerinde birbirinden farklı anlamlara gelmesi bulunmaktadır⁴⁷². İşletme kavramının sorumluluk bağlamında ne ifade ettiğinin belirsiz olduğu, bu nedenle bir düzenlemenin uygulama alanını belirleyemediği ileri sürülmektedir⁴⁷³. Strickler’e göre de işletme sözcüğünün temelinde hiçbir kavramsal içerik bulunmamaktadır, bu nedenle sorumluluk temeli olarak başvurmaya uygun değildir⁴⁷⁴. Ulsan’a göre hukuk politikası açısından sadece tehlikeli işletmeyi biricik tehlike kaynağı olarak görmek yanlıştır; çünkü faaliyetlerin pek çoğu bir endüstri girişiminin işletilmesine ya da bir tesisin ya da makinenin işletilmesine dayanmasa da çoğunlukla niteliği gereği sık ya da ağır zararlar doğurmaya elverişlidir⁴⁷⁵. Kanımızca her ne kadar yasada “faaliyet” yerine “işletme faaliyeti” ibaresi kullanılmış olsa da burada ekonomik ve mesleki bir amaçla yürütülen bir faaliyet organizasyonu anlamında bir işletmenin varlığı şart koşulmamıştır⁴⁷⁶. Bu açıdan yasa koyucunun bu ifadesinin bilinçli olmadığı kanısındayız. Tehlikeli işletme faaliyetinin yerine getirilmesi,

⁴⁷⁰ Atamer, HPD, 22.

⁴⁷¹ Atamer, HPD, 22; Ulsan, 2007, 85; Akkayan Yıldırım, 209

⁴⁷² Oftinger/Stark, II/2, 6; Wilburg, 32; Gassmann-Burdin, 146. Gassmann-Burdin, işletmesel olmayan sorumlulukların sorumluluk dışında bırakılması nedeniyle de işletme kavramını eleştirir. Gassmann-Burdin, 147.

⁴⁷³ Gassmann/Burdin, 146-147; Oftinger/Stark, II/2, 6.

⁴⁷⁴ Strickler, 143. Nitekim Avusturya’daki yasa komisyonu işletme ölçütünü kullanmaktan vazgeçmiştir. Strickler, 143.

⁴⁷⁵ Ulsan, 2007, 85. Aynı yönde bkz. Atamer, HPD, 22.

⁴⁷⁶ Krş. Gerekçe, 147.

örneğin motorlu bir aracın kullanımı sadece bir pazar kaçamağı için olsa bile tehlike sorumluluğuna tabi kılınmak için yeterlidir.⁴⁷⁷ Çünkü burada minimum düzeyde de olsa teknik anlamda bir organizasyon bulunmaktadır⁴⁷⁸. Bu durum avcılık ya da tehlikeli bir sporla uğraşılması durumunda da geçerlidir⁴⁷⁹.

Türk Borçlar Kanunu'na temel oluşturan yasa tasarısının ilk halinde genel tehlike sorumluluğunun Widmer tasarısı madde 50'deki gibi "tehlikeli faaliyetleri" esas olarak düzenlendiği dikkat çekmektedir⁴⁸⁰. Tasarının ilk halindeki biçimiyle tehlike sorumluluğu hakkındaki madde 66/1 şöyleydi⁴⁸¹: "Özel bir tehlike içeren bir faaliyetten zarar doğarsa bu nedenle faaliyeti yürüten kişi hukuk düzenince tahammül edilen bir faaliyet söz konusu olsa bile sorumlu olur." Böyle bir değişikliğe gidilmesinin temelinde "tehlikeli faaliyetler" kavramının çok geniş kapsamlı olduğu düşüncesinin bulunduğu ifade edilmektedir⁴⁸². Fakat esasen "tehlikeli faaliyet" ifadesinin kullanıldığı Widmer tasarısında da tehlikeli faaliyet sözü ile kast edilen, Türk Borçlar Kanunu'ndaki mevcut düzenlemeden farklı değildir⁴⁸³. İsviçre'de olduğu gibi Türkiye'de de yasa koyucuda bu kavramın hekimlik, avukatlık, mimarlık gibi serbest meslek faaliyetlerinin de genel tehlike sorumluluğuna tabi kılınması sonucunu doğurma tehlikesi içerdiği kaygısı egemen

⁴⁷⁷ Gerekçe, 147.

⁴⁷⁸ Gerekçe, 147.

⁴⁷⁹ Gerekçe, 147.

⁴⁸⁰ Bkz. Ulsan, 2007, 82.

⁴⁸¹ Ulsan, 2007, 82; Akkayan Yıldırım, 209.

⁴⁸² Ulsan, 2007, 85. Ayrıca bkz. Atamer, HPD, 22; Erdem, 221 .

⁴⁸³ Gerekçe, 139.

olmuştur⁴⁸⁴. Widmer tasarısının gerekçesinde tehlikeli faaliyet kavramıyla ticari ya da iktisadi işletme anlamındaki işletmenin kast edilmediği ise şöyle vurgulanmaktadır⁴⁸⁵: “Örneğin tüketim mallarının kitlesel üretiminde ya da belirli hizmet edimlerinde (örneğin medya, bankalar vs.) gerçekleşen organizasyon rizikosu Tasarının 50. maddesi kapsamında dikkate alınmaz.” Organizasyon sorumluluğu, tehlike sorumluluğuna yaklaşan ancak sorumluluğun ağırlığı ve dayanak noktası bakımından ondan ayrılan bir sorumluluktur⁴⁸⁶.

TBK madde 71 anlamında “işletme faaliyetleri” ile kast edilenin, maddi ve belirli bir alana özgü risk içeren faaliyetler olduğu kanısındayız. Şüphesiz bu faaliyetlerin tehlike sorumluluğuna tabi olabilmesi için aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağı gibi TBK madde 71/2’de belirtildiği üzere mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araç ya da güçler göz önünde tutulduğunda önemli ölçüde tehlikeli olması, yani sıkça ya da ağır zararlar doğurmaya elverişli olması gerekir.

Bunun dışında işletme faaliyeti kavramının açıklığa kavuşturulmasında TBK madde 71’den yararlanılabilecek bir başka ibare daha bulunmaktadır: “Özellikle herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arz eden işletmeler için özel bir tehlike

⁴⁸⁴ Büyüksağış, Erdem: “Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler”, DEÜHFD, C. 8, S. 1, 2006, 6 vd. Ayrıca bkz. Ulsan, 2007, 85. Ulsan, bu kaygıyı yersiz bulmaktadır, yazara göre bu tür faaliyetlerde niteliği ya da kullanılan gereçler nedeniyle söz konusu olan tehlikenin gerçekleştiği kazalar nadirdir, genel değil bilakis görecelidir ve esasen bu tür faaliyetlerde sözleşme sorumluluğuna başvurulur. Ulsan, 2007, 85. Üçışık ise tehlike sorumluluğu düzenlemeleri arasında noterin sorumluluğuna yer vererek bu kaygıyı haklı kılmaktadır. Bkz. Üçışık, 133. Krş. Korkusuz, 192.

⁴⁸⁵ Gerekçe, 139.

⁴⁸⁶ Türkmen, 278-279.

sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arz eden işletme sayılır.” Özel tehlike sorumluluğu düzenlemelerinde öngörülen tehlike olguları işletme faaliyeti kavramını somutlaştırmaya yardımcı olur⁴⁸⁷. Örneğin motorlu taşıtlar hakkındaki tehlike sorumluluğu düzenlemesinden yola çıkarak trenlerin, trolleybüslerin, tramvayların, teleferiklerin, asansörlerin, yürüyen merdivenlerin, uzay araçlarının çalıştırılmasının da işletme olduğu kabul edilebilir⁴⁸⁸. Petrol Kanunu’ndaki tehlike sorumluluğundan hareketle altın gibi madenleri, bor gibi mineralleri arama ve çıkarma işlerinin, elektrik santrallerinin, nükleer santrallerin işletilmesinin, patlayıcı madde üretiminin, arkeolojik kazı işlerinin, baraj, metro, kanal işlerinin işletme faaliyeti olduğu kabul edilebilir⁴⁸⁹. İşletme faaliyetinde teknik anlamda bir organizasyonun varlığı dikkat çeker⁴⁹⁰.

Öğretide faaliyetlerin yol açtığı zararlar kapsanırken nesnelerin bağlantı noktası olarak kabul edilmemesi hususu da eleştirilere uğramıştır⁴⁹¹. Winiger, “faaliyet” kavramına dayanmanın failin zarar olayıyla bağlantısını kurmayı kolaylaştırmasına karşın, faaliyet kavramının tanımında güç sorunlarla karşılaşılacağını, örneğin evinde mühimmat depolayan bir kimsenin mühimmatın patlaması sonucunda doğan zarardan sorumlu tutulabilmesinin “faaliyet” kavramı bağlantı noktası olarak kabul edildiğinde sıkıntılı olduğunu belirtmiştir⁴⁹². Bu açıdan

⁴⁸⁷ Ulsan, 2007, 87.

⁴⁸⁸ Gerekçe, 144-145.

⁴⁸⁹ Gerekçe, 144-145.

⁴⁹⁰ Gerekçe, 147.

⁴⁹¹ Ulsan, 2007, 85; Winiger, 99; Büyüksağış, 10.

⁴⁹² Winiger, 99-100. Ayrıca bkz. Widmer/Wessner, Stellungnahme.

Winiger, “faaliyet” kavramının yorumlanmasında, PETL şerhinde önerilmiş olan, içerisinde bir zararın gerçekleştiği “etki alanı” kavramına işaret etmektedir⁴⁹³. Böylece “faaliyet” kavramının içeriği yorum yoluyla genişletilebilecektir⁴⁹⁴. AİHM’nin çöplükte meydana gelen metan gazı patlaması olayına ilişkin verdiği kararda da AİHM, kamu makamlarının bir alanı kalıcı atık toplama yerine dönüştürmesini “tehlikeli bir faaliyet” olarak tanımlayarak “faaliyet” kavramını dar yorumlamaktan kaçınmıştır⁴⁹⁵.

Kanımızca TBK madde 71 açısından işletme faaliyeti kavramı, ister tek seferlik yapılsın ister süreklilik taşınsın, maddi (cismani) ve belirli bir alana özgü (teknik) bir risk içerir biçimde bir aletin kullanımı, doğal bir kaynağın işletilmesi ya da bir düzeneğin çalıştırılması suretiyle gerçekleştirilen faaliyetler anlamına gelir. TBK madde 71/2 anlamında önemli ölçüde tehlikeliliğin değerlendirilmesinde

⁴⁹³ Winiger, 100. Winiger’in etki alanına ilişkin olarak atıfta bulunduğu PETL şerhinde bu görüş şöyle ifade edilmektedir: “‘Faaliyet’ terimi bu maddenin kapsamını riskli davranışla sınırlandırmak için kullanılmamaktadır. Belirli şeylere sahip olmanın kendisi ne kadar özen gösterildiğine bakılmaksızın başkaları için belirli bir tehlike yaratır. Diğer yandan şeyle sorumlu kişi arasında sorumluluk için bir bağlantı kurulması gerekir. Bu ise ‘onun etki alanında’ olarak ifade edilebilir. İsviçre tasarısının 50. maddesindeki terminolojiyi izlemeye karar vermiş bulunuyoruz, çünkü ‘faaliyet’ sözcüğünün belirtmeye çalıştığımız anlamı karşıladığı kanısındayız. PETL Commentary, 106.

⁴⁹⁴ Winiger, 100; Widmer/Wessner, Stellungnahme. Tehlikeli faaliyet kavramının yorumlanmasında Lugano Sözleşmesi hükümleri de göz önünde tutulabilir. Bkz. §4/IV/C.

⁴⁹⁵ AİHM Öneryıldız/Türkiye Davası, Başvuru No: 48939/99, 30.11.2004, www.kazanci.com E.T.: 10.12.2012.

dikkate alınacak olan ise bu faaliyetin bizatihi kendisi ya da yukarıdaki örnekte olduğu gibi⁴⁹⁶ bu faaliyet sonucu meydana gelen şeydir.

II- İşletme Faaliyetinin Önemli Ölçüde Tehlikeli Olması

Tehlike sorumluluğunun uygulanabilmesi için işletme faaliyetinin önemli ölçüde tehlikeli olması gerekir. TBK madde 71/2’de ise işletmenin önemli ölçüde tehlikeliliğinden bahsedilmektedir. TBK madde 71/2’deki bu ifadenin hükmün amacına uygun yorumu suretiyle “işletme faaliyeti” olarak anlaşılması gerekir. Bu nedenle aşağıdaki açıklamalarımız işletme değil işletme faaliyeti kavramı doğrultusunda yapılacaktır.

A- Genel Olarak Tehlikelilik

1- Tehlike ve Risk/Riziko Kavramları

Tehlike sorumluluğunun dayandığı tehlikelilik kavramı, “tehlike” kavramından türetilmiş bir kavramdır⁴⁹⁷. Tehlike sorumluluğu, Almanca “Gefährdungshaftung” sözcüğünün karşılığıdır. Yani tehlike sorumluluğunda sorumluluğa yol açan şey hukuksal değerleri “tehlikeye atmak, tehlikeye düşürmektir”. Tehlike sorumluluğunu ifade etmek üzere “Handeln auf Gefahr” ya da “Gefahrtragung” ifadeleri de kullanıldığı olmuştur⁴⁹⁸. Bugün öğretide yerleşmiş olan

⁴⁹⁶ Bkz. dipnot 489’a ilişkin metin.

⁴⁹⁷ Krause, 9; Steininger, 25.

⁴⁹⁸ Deutsch, Jura 1983, 617; Krause, 9. “Handeln auf eigene Gefahr” ya da “Gefahrtragung” gibi ifadelerin tutmadığı ifade edilmektedir. Krause, 9.

“Gefährdungshaftung” tabirini Max Rümelin teknik riskler için nesnel sorumluluğu ifade etmek amacıyla türetmiş ve bu tabir hukuk dilinde yerleşmiştir⁴⁹⁹.

Tehlike ve risk ya da riziko kavramları günlük dilde birbirinin yerine kullanılabilen, benzer şeyleri çağrıştıran ve keskin biçimde birbirinden ayırt edilemeyen sözcüklerdir⁵⁰⁰. Türkçe Sözlükte “tehlike” sözcüğünün iki anlamı bulunmaktadır⁵⁰¹: “1. Büyük zarar ya da yok olmaya yol açabilecek durum, çekince, muhatara. 2. Gerçekleşme olasılığı bulunan fakat istenmeyen durum.” Fransızca bir sözcük olan risk ise aynı sözlükte şu anlama gelmektedir⁵⁰²: “Bir zarara uğrama olasılığı, zarar görme tehlikesi, çekince, dokunca, riziko.” Risk sözcüğünün İtalyanca bir sözcük olan riziko ile ise eşanlamlı olduğu görülmektedir. Riziko sözcüğünün kökeni antik çağlara uzanmaktadır, “risicare” deyiminin Latin dilinde kayalıkların etrafından geçmek yani sorunları önlemek, güçlüklerle baş etmek anlamına geldiği belirtilmektedir⁵⁰³. Türkçe Sözlükteki tanımlardan hareket edilirse tehlike ile risk sözcükleri arasındaki ilişkiye bakıldığında tehlike riskli durum olarak tanımlanabilir.

Hukuk dilinde tehlike, ağır sonuçları olan bir zarar olayının gerçekleşmesi bakımından mevcut olan görece yakın olasılık olarak tanımlanmaktadır⁵⁰⁴. Riziko

⁴⁹⁹ Krause, 8-9; Deutsch, Jura 1983, 617.

⁵⁰⁰ Yoon, 72; İmre, Zahit: “Tehlikeli Şeylerden Doğan Mesuliyet”, Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı, İstanbul 1968, 422; Mädrich, Matthias: Das allgemeine Lebensrisiko, Berlin 1980, 35.

⁵⁰¹ Türkçe Sözlük, 1543.

⁵⁰² Türkçe Sözlük, 1328.

⁵⁰³ Mädrich, 35.

⁵⁰⁴ Lühn, 19, 23; Stark, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 197. Oftinger’e göre tehlike kavramında iki unsur bulunmaktadır: 1. Zararın ortaya çıkması konusunda görece belirgin bir eğilim; 2. İlgili

kavramı belirli bir faaliyetin yürütülmesi ya da belirli bir durumun meydana getirilmesi nedeniyle zararın gerçekleşmesi olasılığı olarak tanımlanabilir⁵⁰⁵. Tehlike risk içeren durumdur, yani zarar gerçekleşme olasılığının bulunduğu bir durumu ifade eder. Tehlike kavramı göreceli ve değişken nitelikte olduğundan bu kavramın sorumluluğun kurucu unsuru olarak kullanılması halinde tehlikenin hangi düzeye erişmesi durumunda sorumluluğa yol açacağını belirleme ve bu bağlamda tehlike kavramının içeriğini daha açık hale getirme görevi yasa koyucuya aittir⁵⁰⁶.

2- Soyut-Somut Tehlikelilik

Tehlikenin ya da tehlikeliliğin somut ya da soyut oluşu tehlikenin yakınlığına, hissedilirliğine bağlı olarak yapılan bir ayırmadır. Somut tehlikelilikte belirli bir hakkın, hukuksal değerın ya da çıkarın bir tehlike kaynağı aracılığıyla tehlikeye atılması durumu öne çıkarken soyut tehlikelilikte o anda eylemli olarak bir hak ya da çıkarın tehlikeye düşüp düşmediğine bakılmaksızın bir tehlike kaynağının genel ve tipik bir zarar verme potansiyeli söz konusudur⁵⁰⁷. Örneğin geceleyin ıssız bir sokakta hız sınırının aşılması somut olarak bir hukuksal değeri tehlikeye düşürmese de soyut olarak tehlikelidir, yani zarar verme riskini artırmaktadır⁵⁰⁸. Benzer durum

tesisat ya da faaliyette gerçekleşen bir anormalliğin niceliksel ya da niteliksel ağır sonuçlar meydana getirme olasılığı. Oftinger, Karl: “Gefahr für die Gefährdungshaftung”, SJZ, Heft 1, 1956, 3.

⁵⁰⁵ Schlüchter, 95; Schlumprecht, 29.

⁵⁰⁶ Lühn, 19; Boller, 70; Kılıçoğlu, 354. Bununla birlikte bu sorumluluğun bağlantı noktası olarak tehlike kavramının seçilmesi pek çok eleştirinin hedefi olmuştur. Steininger, 25; Gassmann-Burdin, 8; Stark, ZSR, 1981, 374; Will, 281.

⁵⁰⁷ Steininger, 28-29; Krause, 9.

⁵⁰⁸ Steininger, 29.

radioaktif malzeme ya da patlayıcı madde depolama durumunda da söz konusudur⁵⁰⁹. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında benzinin salt satımının somut tehlike meydana getirmediği, somut tehlikenin ilk kez yanıcı temizlik maddesi yanındaki elektrikli çamaşır makinesine konulmuş sıvılardan birindeki kıvılcım nedeniyle patladıktan birkaç ay sonra gerçekleştiği hükmüne varmıştır⁵¹⁰.

Tehlike sorumluluğunun isnat nedeni olan tehlike ilkesi bakımından somut tehlikeden çok soyut tehlike önem taşır⁵¹¹. Deutsch, kusur sorumluluğunun da tehlikeye dayandığını, ancak kusur sorumluluğunun tehlike sorumluluğundan farklı olarak soyut tehlikeye değil, somut tehlikeye, hukuksal değer ihlali olgusuna dayandığını belirtmektedir⁵¹². Tehlike sorumluluklarında bağlantı noktası, hukuksal değeri tehlikeye düşüren somut bir eylem değil, soyut tehlikenin varlığıdır⁵¹³. Örneğin tren işletenin, motorlu taşıt işleteninin (tutucusunun), hava aracı işleteninin (tutucusunun) tehlike sorumluluğunun temelinde “yüksek hız rizikosu”, gen teknolojisi alanına ilişkin olarak işletenin sorumluluğunun temelinde “gen tekniği rizikosu”, eczacılık işletmesinin tehlike sorumluluğunun temelinde “ilacın tahammül edilemez yan etki ve etkileşim rizikosu” bulunmaktadır⁵¹⁴. Öte yandan insan

⁵⁰⁹ Steininger, 29; Oğuzman/Öz, 2012, 186.

⁵¹⁰ BGE 96 II 108, Schlüchter, 292.

⁵¹¹ Steininger, 30; Krause, 9; Boller, 73; Gassmann-Burdin, 33.

⁵¹² Deutsch, VersR 1971, 1. Aynı yönde bkz. Schlüchter, 318; Steininger, 29.

⁵¹³ Yoon, 71; Oğuzman/Öz, 2012, 186; Krause, 14; Deutsch, Jura 1983, 618; Steininger, 29-30. Schlumprecht, yasa koyucunun kullandığı “tehlikeye düşürme”, “tehlike”, “yaşam riski”, “tehlikeyi doğuran ya da risk tehdidi taşıyan nitelik” ifadelerinin somut tehlikeye işaret ettiğini ileri sürmektedir. Schlumprecht, 33.

⁵¹⁴ Yoon, 71.

davranışının ilke olarak tehlike sorumluluğu anlamında soyut bir tehlike oluşturmadığı, bilakis sadece belirli nesnelerin kullanımıyla ilişkili olarak soyut tehlike oluşturduğu belirtilmektedir⁵¹⁵.

Öğretide baskın görüşe göre soyut tehlike kavramı zarara yol açma konusunda görece açık bir eğilim ya da niceliksel ya da niteliksel ağır sonuçların gerçekleşme olasılığını içerir⁵¹⁶. Bu olasılık nesnel nitelikte olmalıdır⁵¹⁷. Soyut tehlike Deutsch’a göre ya kaçınılmaz, olağanüstü, zor hâkim olunabilir ya da ondan beklenen zararın olağanüstü yüksek ya da sık olması biçiminde tanımlanabilir⁵¹⁸. Soyut tehlike Federal Mahkeme tarafından “gizli işletme tehlikesi” olarak da tarif edilmektedir⁵¹⁹. Federal Mahkemenin “gizli işletme tehlikesi” olarak tabir ettiği soyut tehlike niceliksel bir derecelendirme içermez, bilakis maddi bir ölçüte dayanır⁵²⁰. Somut tehlike denildiğinde nedensellik zinciri akışı içinde korkulan sonucun gerçekleşmesi ya da gerçekleşmemesine yönelik olarak fail tarafından yaratılan durum anlaşılır⁵²¹. Olası hukuksal çıkar ihlalinin gerçeklik kazanıp kazanmadığı belli olana değin bu risk sürer. Söz konusu olayın olanaksızlığı ya da mutlaklığı bilinebilir hale geldiğinde somut risk sona erer⁵²². Soyut-somut tehlikelilik ayrımı tehlike sorumluluğunda hangi risklerin, hangi tehlike olgularının sorumluluğa

⁵¹⁵ Gassmann-Burdin, 42.

⁵¹⁶ Gassmann-Burdin, 34; Krause, 14.

⁵¹⁷ Deutsch, Jura 1983, 618.

⁵¹⁸ Schlüchter, 318; Gassmann-Burdin, 10.

⁵¹⁹ Gassmann-Burdin, 34; Krause, 14.

⁵²⁰ Gassmann-Burdin, 34, 77.

⁵²¹ Schlumprecht, 32.

⁵²² Schlumprecht, 32.

yol açtığını tespit etme hususunda yol göstericidir. Çünkü riskin somutlaşması aranmaksızın belirli bir yoğunluğa varmış olması tehlikenin sorumluluğa tabi kılınmasını sağlar.

B- Önemli Ölçüde Tehlikelilik ve Unsurları

Tehlikenin büyüklüğüne göre yapılan önemli ölçüde tehlikelilik ile herhangi büyüklükteki tehlikelilik ayrımının yapılma amacı, sorumluluğun çerçevesini oluşturmak, kapsamını sınırlandırmaktır⁵²³. Tehlikeli faaliyetlerin ya da nesnelerin taşıdığı rizikonun gerçekleşmesi durumunda tehlikeye yol açana sorumluluk yüklenmek istendiğinde bu sorumluluk her türlü tehlike için geçerli olduğu takdirde neredeyse herkesin her eyleminden kusurdan bağımsız sorumlu olması gibi kabul edilemez bir sonuç ortaya çıkar⁵²⁴. Oysaki tehlike sorumluluğunun temelinde her tehlike değil, sadece önemli ölçüde tehlike bulunmaktadır⁵²⁵.

Önemli ölçüde tehlikelilik kavramı bakımından karşılaştırmalı hukuka bakıldığında öğretide ve diğer ülkelerdeki yasa metinlerinde ya da yasa tasarılarında

⁵²³ Lühn, 39. Buna karşılık Dietz, özel ya da önemli ölçüde tehlikelilik gibi hukuksal kavramların sorumluluğu belirsiz hale getirdiği görüşündedir. Dietz, 156. Aynı yönde bkz. Werro/Palmer/Hahn, 20. Bu kavram hakkında eleştiriler için ayrıca bkz. Strickler, 149 vd.

⁵²⁴ Erdem, 218: “... Genel bir düzenlemenin sınırları ve temel unsurları çok net olarak ortaya konulmalı, özellikle tehlike unsuru çok dikkatli bir biçimde belirlenmelidir.”

⁵²⁵ Deutsch, Jura 1983, 618; Yoon, 73; Boller, 29; Canaris, Claus-Wilhelm: “Geschäfts- und Verschuldensfähigkeit bei Haftung aus “culpa in contrahendo”, Gefährdung und Aufopferung”, NJW, Heft 43, 1964, 1990.

birbirine benzer ifadeler bulunmaktadır⁵²⁶: “besondere Gefahr” (özel tehlike), “special danger” (özel tehlike), “erhöhte Gefahr” (yüksek tehlike), “ultrahazardous” ya da “abnormally dangerous” (olağanüstü tehlikeli), “especially dangerous” ya da TBK’deki gibi “önemli ölçüde tehlikeli” (besonders gefährlich). İsviçre Medeni Kanunu Ön Tasarısının 50. maddesinde önemli ölçüde tehlikeli bir faaliyetin karakteristik rizikosunun gerçekleştiğinden söz edilmektedir⁵²⁷. Avusturya Tasarısının 1302. maddesi ise zarar meydana getiren “yüksek tehlike kaynağı” kavramını öngörmektedir. Fransız Tasarısının 1362. maddesi İsviçre tasarısının Fransızca biçimiyle aynı şekilde zarara yol açan bir “olağanüstü tehlikeli eylemden” söz eder ve PETL (Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri) 5:101 hükmü “eylemin taşıdığı riskin karakteristik zararını doğuran” “olağanüstü tehlikeli eylem” ifadesini kullanır. Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 70. maddesi (TBK m. 71) sadece “önemli ölçüde tehlikenin söz konusu olduğu bir işletme faaliyetinden” söz eder. Yani burada anılan tüm tasarılar normal düzeyi aşan tehlike halinde sorumluluğun doğacağı öngörülmüş bulunmaktadır⁵²⁸.

Tehlikenin “önemli” ölçüde olabilmesi için bünyesinde taşıdığı zarar rizikosu öyle olmalıdır ki tehdit edici zarar önemli ölçüde ağır, olağanüstü ya da sıktır ya da gerçekleşmesinin önüne sorumlu kişi tarafından çok güç ya da her tür özenin

⁵²⁶ Winiger, 100-101; Dietz, 174; Strickler, 149; Will, 280, 282; Lühn, 91; Weitnauer, Hermann: “Entwicklungslinien des Haftungsrechts”, JJ, Band 4, 1963/64, 230; Kötz, Gutachten, 1833; Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, 452; Oertel, 274-276; The Law Commission, 4-5, 10; Werro/Palmer/Hahn, 17, 20.

⁵²⁷ Winiger, 96.

⁵²⁸ Winiger, 96.

gösterilmesine karşın tümüyle geçilemez ya da tehlikeye atılan kişi tehlikeden çok yetersiz biçimde korunabiliyor ya da hiç korunamıyordur⁵²⁹. Honsell'e göre istatistiki sıklık ve ağır zararlar yasa koyucunun müdahalesi için ancak bir vesile olabilir, tehlikeliliğin hukuksal tanımı açısından pek uygun değildir ve tehlikeliliği doğan zararlara dayandırmak kötü bir göndermedir⁵³⁰.

Önemli ölçüde tehlikelilik kavramı, tehlikenin büyüklüğüne işaret etmek suretiyle hangi eylem ya da faaliyetlerin sorumluluğa yol açacağını gösterir⁵³¹. Bu nedenle özel tehlike sorumluluğu hallerine ilişkin yasal düzenlemelerde bu ölçüte başvurulmaz⁵³². Çünkü özel tehlike sorumluluğuna yol açan olguyu yasa koyucu zaten önemli ölçüde tehlikeli olarak nitelendirmiş, kabul etmiştir⁵³³. Bunu TBK madde 71'deki şu hüküm de doğrular: "Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arz eden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arz eden işletme sayılır." Önemli ölçüde tehlike ibaresi her zaman genel tehlike sorumluluğu düzenlemelerinde ya da düzenleme taslaklarında karşımıza çıkar⁵³⁴.

⁵²⁹ Deutsch, Jura 1983, 618; Lühn, 92; Oertel, 321-322.

⁵³⁰ Honsell, ZSR, 15.

⁵³¹ Erişgin, Nuri: "Tehlike Bağı", AÜHFD, C. XLIX S. 1-4, 2000 (Tehlike Bağı), 148.

⁵³² Bkz. Strickler, 150.

⁵³³ Zweigert/Kötz, Gutachten, 60; Will, 280.

⁵³⁴ Bkz. Nipperdey, Hans Carl: "Erster Arbeitsbericht des Unterausschusses für Schadenersatzrecht (Leitsätze)", Grundfragen der Reform des Schadenersatzrechts, I. Arbeitsbericht des Ausschusses für Personen-, Vereins- und Schuldrecht der Akademie für deutsches Recht, Unterausschuß für Schadenersatzrecht, vorgelegt von H. C. Nipperdey, München und Berlin 1940 (Reform), 12. Aynı yönde bkz. Katzenmeier, vor §§ 823 ff, 4448.

Önemli ölçüde tehlikeliliğin ölçütleri yasa koyucu tarafından önceden genel ve soyut bir biçimde belirlenir ancak somut olaydaki faaliyetin bu ölçütlere göre önemli ölçüde tehlikeli olup olmadığını yargıç takdir eder⁵³⁵. Schönerberger, yargıcın bunu takdir ederken mevcut özel yasalardaki tehlike sorumluluklarına bağlanan risklerle kıyaslama yapabileceğini belirtmektedir⁵³⁶.

TBK madde 71’nde öngörülen genel tehlike sorumluluğuna herhangi düzeyde tehlikeli bir faaliyet değil, belirli düzeyde, belirli nitelikte tehlikeli faaliyetler tabi tutulur⁵³⁷. Bu düzeyi yasa koyucu belirler, çünkü yasa koyucu sorumluluk hukuku politikasını belirleyen organdır. TBK madde 71’e göre işletme faaliyetinin “önemli ölçüde tehlike” taşıması gerekmektedir. Önemli ölçüde tehlikeliliğin nesnel ve öznel olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır⁵³⁸. Nesnel unsur tehlikenin yoğunluğu olarak ifade edilebilir⁵³⁹. Öznel unsur ise tehlikenin kaçınılmazlığı ile ilgilidir.

⁵³⁵ Ulsan, 2007, 86; Gerekçe, 141; Schlüchter, 320. Krş. Lühn, 41. Ulsan, tüketici nitelikte olmayan bir sayımın kavramın somutlaştırılmasında yargıca yol göstereceğini belirtmiştir. Ulsan, 2007, 86.

⁵³⁶ Schönerberger, 187.

⁵³⁷ Gerekçe, 141; Widmer, Strict Liability, 332-333; Strickler, 149; Stark, ZSR, 1981, 160; Erdem, 221. Esser, olağanüstü ya da özel tehlikelilik kavramına karşı çıkmaktadır, yazara göre tehlikenin olağanüstülüğünü belirleme çabaları faydasız kalmıştır, sadece belli tipte riskler sorumluluk kapsamına alınmıştır. Esser, Gefährdungshaftung, 9-11.

⁵³⁸ Gerekçe, 140; Widmer, Strict Liability, 333; Kommentar, 14; Strickler, 151; Will, 283.

⁵³⁹ Strickler, 149; Erdem, 222.

1- Nesnel Unsur: Yoğun Tehlike

Önemli ölçüde tehlikeliliğin nesnel unsuru, “olağan rizikoyu” açık biçimde aşan, yoğun bir tehlikeliliğin bulunmasıdır⁵⁴⁰. Bu yoğunluk niteliksel ya da niceliksel etkenlere ya da her ikisinin birleşimine dayanabilir⁵⁴¹. Bir faaliyetin önemli ölçüde tehlikeli olma niteliği, ancak genel ve soyut bir yolla takdir edilebilir⁵⁴². Genel olarak tehlikeden ancak zarar gerçekleşme olasılığı belli bir ölçüye eriştiğinde söz edilir⁵⁴³. Tehlikenin gerekli yoğunluğunun nasıl belirleneceği konusunda yasa koyucumuz bazı ölçütler öngörmüştür. Buna göre sık ya da ağır zararlara yol açmaya elverişlilik tehlikenin yoğun olduğunu gösterir. Sık zararlara yol açmaya elverişlilik nicel ölçütü ifade ederken ağır zararlara yol açmaya elverişlilik nitel ölçütü ifade eder.

Amerikan hukukunda Restatement of Torts⁵⁴⁴ olarak adlandırılan düzenlemede tehlikeliliğin olağanüstü olup olmadığı, düzenlemede açıkça öngörülen ölçütler temel alınarak belirlenmektedir. Bunlar arasındaki nesnel ölçütler

⁵⁴⁰ Gerekçe, 140; Schlüchter, 128.

⁵⁴¹ Gerekçe, 141; Kommentar, 14; Tunçomağ, 529.

⁵⁴² Gerekçe, 141; Will, 280.

⁵⁴³ Steininger, 27.

⁵⁴⁴ Amerikan hukukunda yasal bir genel tehlike sorumluluğu olmamasına karşın American Law Institute tarafından hazırlanan Restatement of Torts’un 519. maddesinde genel tehlike sorumluluğu öngörülmektedir. Sözü edilen genel kural madde 519’da şöyle öngörülmektedir : “Olağanüstü tehlikeli bir faaliyeti yürüten kişi, faaliyeti olağanüstü tehlikeli kılan ve en üst düzeyde özen gösterilmesine karşın önüne geçilemeyen kaza yüzünden taşınmaz ya da taşınır malları zarar gören kişiye karşı sorumludur.” Amerikan mahkemeleri de bu metnin herhangi bir bağlayıcılığı olmamasına karşın kararlarına temel almaktadır, böylece genel tehlike sorumluluğu yargı aracılığıyla Amerikan hukukuna girmiştir.

şöyledir⁵⁴⁵: 1-Kişi ve eşya zararları doğurma yönünden yüksek bir tehlike taşıyor mu? 2-Beklenen zararın yüksekliği bakımından belirli bir olasılık söz konusu mudur? 3-Tehlikeli faaliyetin gerçekleştirilmesi olağan mıdır? Tehlikenin yoğunluğunu belirlemede bazı somut verilere başvurulması keyfilikten kaçınmak için zorunlu hale gelmektedir. Yoksa yoğunluk gibi soyut bir kavram ile sorumluluğu takdir etmek çok güç olurdu⁵⁴⁶. Türk Borçlar Kanunu madde 71’de de buna uygun olarak tehlikenin yoğunluğunu belirlemede başvurulması gereken ölçütler öngörülmüştür.

2- Özel Unsur: Önüne Geçilemez Derecede Tehlike

Özel unsur tehlikenin tümüyle önüne geçilemez derecede olmasını ifade eder. Yani tehlike kısmen savılabilse de tümüyle önüne geçilebilir değildir⁵⁴⁷. Bu unsur, tehlikeye hâkim olamama, kaçınılmazlık, “gerekli özen gösterilse bile ...” gibi ifadelerle de ortaya konulmaktadır⁵⁴⁸. Önüne geçilemez derece tehlikeliliğe özel unsur denilmesinin nedeni, işletenin kişisel yeteneklerinin dikkate alınması değil, tersine en üst düzeyde özen gösterilse bile bu özenin sorumluluktan kurtulmaya herhangi bir etkisinin olamayacağının kabul edilmesi yani tehlikenin kaçınılmaz

⁵⁴⁵ Dietz, 174.

⁵⁴⁶ Will, 280.

⁵⁴⁷ Gerekçe, 141.

⁵⁴⁸ Schöenberger, 176; Winiger, 101; The Law Commission, 8; Wilhelmi, 361; Ulusan, 2007, 80-81. Bu açıdan Deutsch’un genel norm önerisi okunmaya değerdir: “Her kim özel bir risk meydana getirir ya da tasarrufunda bulundurursa başka kişilere ya da eşyalara riskin gerçekleşmesi yoluyla verdiği zararı tazminle sorumlu olur. Risk özellikle kaçınılmaz, olağanüstü, çok güç hâkim olunabilen ya da büyüklüğünün ya da ondan beklenen zararın riske iş ilişkilerinde ancak zararın tazmin edilmesi koşuluyla izin verilebilir görünen derecede fazla ya da sık olması halinde özel sayılır.” Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, 452.

olmasıdır⁵⁴⁹. Öğretide tehlikenin takdirinde nesnel unsur yanında tehlikeye hâkim olabilmenin, yani zarar rizikosunun gerekli özen ile ne ölçüde denetlenebilir olduğunun da dikkate alınması gerektiğine işaret edilmektedir⁵⁵⁰. Bir tehlikeye ne kadar kolay hâkim olunabiliyorsa tehlikelilik o ölçüde düşük düzeyde değerlendirilir⁵⁵¹. Örneğin bir inşaatın işletilmesinin taşıdığı risk, yani yayanın temel çukuruna düşmesi ve yaralanması riski “özel risk” olarak görülemez, çünkü böyle kazalar özenli bir yapı üstlenicisinin uygun önlemlerle önüne geçebileceği niteliktedir⁵⁵². Aynı üstlenicinin bir yük asansörü ya da döner kule işletmesi halinde durum farklıdır, en üst düzeyde özen gösterilse dahi ortaya çıkarılamayan bir arıza nedeniyle zarar meydana gelebilir⁵⁵³.

Tehlike sorumluluğunun haklılık kazanabilmesi için tehlikenin ilgili faaliyetle yakından ilişkili olması ve beklenebilir nitelikteki her tür özen gösterilse ve mükemmel biçimde güvenlik önlemleri alınsa bile tümüyle savılamayan, tam olarak önüne geçilemeyen nitelikte olması gerekir⁵⁵⁴. Tasarının 50. maddesinin ikinci fıkrası

⁵⁴⁹ Bkz. Winiger, 101; Erdem, 222.

⁵⁵⁰ Steininger, 27; Strickler, 151; Widmer, Strict Liability, 319-320; Kommentar, 14; Will, 283-284; Weitnauer, Hermann: “Der haftungsfreie Raum des Menschen ist eng”, Tutzinger Studien, hrsg von Evangelische Akademie Tutzing, I. Halbjahresband, München Wien 1969 (Tutzinger Studien), 122. Blaschczok kaçınılmaz olayın tehlike sorumluluğunda sorumluluğu sona erdirmediğini, bilakis bunun tehlikeliliğin unsuru olduğuna dikkat çekmektedir. Blaschczok, Andreas: Gefährdungshaftung und Risikozeuweisung, Köln, Berlin, Bonn, München 1993, 86-87. Krş. Dietz, 195.

⁵⁵¹ Steininger, 28; Will, 283-284.

⁵⁵² Kötz, 29.

⁵⁵³ Kötz, 29.

⁵⁵⁴ Eren, Borçlar Hukuku, 501.

bu bağlamda kusur sorumluluğunun yani sübjektif sorumluluğun dış sınırlarından hareket etmektedir, çünkü “uzman bir kişiden (ilgili faaliyet alanında) beklenebilen özen” standardını kabul etmektedir. Söz konusu faaliyetin zarar doğurmadan –çok dikkatli ve ilgili alanda uzman bir kişinin gösterdiği büyük özene karşı- yerine getirilemediği istatistiki verilerle kanıtlanırsa ya da büyük olasılıkla yerine getirilemediği saptansa dahi faaliyet meşrudur ve faaliyetin tehlike sorumluluğuna tabi tutulması gereklidir.

Öğretide özel unsurun doğrudan nesnel unsura bağlı olduğu da ileri sürülmektedir⁵⁵⁵. Fakat Steininger, haklı olarak, nesnel unsurun güçlü biçimde öne çıktığı bir olguda, örneğin zarar olasılığının yüksekliğinin kusurlu bir davranışa dayanabileceğine işaret etmektedir, böyle durumlarda tehlikeye hâkim olup olamama gerekli özenin gösterilmesine bağlıdır⁵⁵⁶. Özel unsurun önemi şuradadır: Ancak bir tehlike üzerinde tam olarak hâkimiyet kurulabildiğinde özen yükümü öngörülür ve bunun ihlali nedeniyle sorumluluk doğar. Buna karşılık tehlike üzerinde tam olarak hâkimiyet kurulamıyorsa söz konusu faaliyet ya da nesneden yararlanma genel olarak yasaklanabilir ya da bu etkinlik ya da nesneden yararlanma bakımından baskın gelen bir çıkar bulunduğu takdirde tehlikeliliğe dayanan bir sorumluluk öngörülür⁵⁵⁷. Bu açıdan özel unsur tehlike sorumluluğu ile kusur sorumluluğunun ayırt edilmesini sağlamaktadır⁵⁵⁸. Çünkü kusur sorumluluğunda öngörülebilir ve önüne geçilebilir bir zarar giderildiği halde, tehlike sorumluluğunda öngörülebilir bir zarar, önüne

⁵⁵⁵ Gerekçe, 141; Schlüchter, 128-129. Ayrıca bkz. Dietz, 174; Steininger, 28.

⁵⁵⁶ Steininger, 28.

⁵⁵⁷ Steininger, 28; Schönenberger, 176; Gerekçe, 141.

⁵⁵⁸ Gerekçe, 141.

geçilemez olduğu durumda tazmin edilmektedir⁵⁵⁹. Öznel unsurun bir işlevi daha vardır, o da gelişim rizikosunu⁵⁶⁰ sorumluluk dışında bırakmasıdır⁵⁶¹. Şöyle ki, uzman bir kişiden beklenebilen özen, tehlikeli faaliyetin başladığı sırada bilim ve teknolojinin durumuna göre bilinen, bilinebilen rizikolara göre belirlenebilir⁵⁶²; yasa koyucu o anda bilinemeyen, sonradan anlaşılabilen bir rizikodan işleteni sorumlu tutmak isteseydi, öngörülen düzenlemelerde yer alan tehlikeliliğin öznel unsurunun, yani tüm özenin gösterilmesine rağmen tehlikenin varlığını sürdürmesinin hiçbir önemi olmazdı.

Öznel unsur, genel tehlike sorumluluğu düzenlemelerine ilişkin önerilerin çoğunda yer alır, öyle ki Fransız tasarısı dışında tüm tasarılar ve TBK, “olanakların elverdiği bütün önlemlere karşın tehlikeliliğin varlığını sürdürmesi” unsurunu içerir⁵⁶³. TBK madde 71 ve onun kaynağı olan Widmer tasarısında “bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile” tehlikeliliğin nesnel unsurunun kendini göstermesi halinde sorumluluk öngörülmektedir⁵⁶⁴. PETL’de (Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkelerinde) “gerekli bütün özen gösterilse bile”, Avusturya tasarısında ise “gerekli özenin gösterilmesine karşın” ifadeleri kullanılmaktadır⁵⁶⁵. Restatement of Torts’un 520. maddesine göre de zarar

⁵⁵⁹ Winiger, 102-103; Üçışık, 128.

⁵⁶⁰ Gelişim rizikosu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yoon, 76 vd.; Schlüchter, 239 vd.; Erişgin, Çevre Kirleninin Sorumluluğu, 63-64.

⁵⁶¹ Gerekçe, 141. Aksi yönde bkz. Korkusuz, 202.

⁵⁶² Gerekçe, 141.

⁵⁶³ Winiger, 101.

⁵⁶⁴ Erdem, 222. Ayrıca bkz. Widmer, Strict Liability, 333.

⁵⁶⁵ Winiger, 101.

rizikosunun gerekli özenin gösterilmesi yoluyla giderilip giderilemediği olağanüstü bir tehlikenin bulunup bulunmadığını belirlemede başvurulacak ölçütler arasındadır⁵⁶⁶.

C- Önemli Ölçüde Tehlikeliliğin Ölçütleri

Tehlikenin yoğunluğu, yani nesnel unsur nicel ya da nitel ölçütlerle belirlenebilecektir⁵⁶⁷. Aşağıda nicel ve nitel ölçütlere geçmeden önce TBK madde 71'e göre önemli ölçüde tehlikeliliğin takdirinde yine bu maddeye göre göz önüne alınması gereken diğer hususlardan söz etmek gerekir. Önemli ölçüde tehlikelilik, bir faaliyetin niteliğine (hızına, gerekli olan özel güçlerin kullanımına, önemli ölçüde güç ya da tehlikeli koşullar altında gerçekleşmesi) ya da maddelerin tehlikeli özelliklerine (zehirli, yanıcı, patlayıcı, aşındırıcı vs.) ya da yerine getirilmesinde gerekli olan aletler ve enerjilere dayanabilir⁵⁶⁸.

TBK madde 71/2'ye göre önemli ölçüde tehlikelilik şu hususlar göz önüne alınarak belirlenir: “işletmenin mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler”. Her ne kadar “işletmenin mahiyeti” biçiminde ifade edilse de, TBK madde 71'e göre işletme faaliyetinin tehlikeliliği önemli olduğundan, bunu işletmenin ya da “işletme faaliyetinin” mahiyeti olarak anlamak daha doğru olur⁵⁶⁹. İşletmenin ya da işletme faaliyetinin niteliği nedeniyle tehlikeliliğe örnek olarak maden arama çıkarma faaliyeti gösterilebilir. Mühimmat ya da nükleer atık deposu kullanılan malzeme nedeniyle, asansör, kullanılan araç ve güçler nedeniyle, elektrik

⁵⁶⁶ Dietz, 174.

⁵⁶⁷ Dietz, 173; Gerekçe, 140; Lühn, 23, 93; Schlüchter, 318; Oftinger/Stark, II/2, 9; Will, 283-284; Üçışık, 128.

⁵⁶⁸ Gerekçe, 141.

⁵⁶⁹ Bkz. Schlüchter, 131.

tesisatı, nükleer santral de kullanılan araç ve güçler nedeniyle tehlikelidir. Dolayısıyla tehlikenin yoğunluğunun belirlenmesinde başvuru olan ölçütler kadar bu ölçütlerin takdirinde gözetilmesi gereken bu unsurlar da önemlidir. Tehlikeliliğin o olgunun zarara yol açtığı ana hâkim olan koşullara dayandığı açıktır; bu koşullar değişirse tehlikeliliğin takdiri de bu koşullara göre değişir⁵⁷⁰.

Öğretide tehlikenin yoğunluğunun tespitinde yargıcın genel yaşam deneyimine ve makul bir kişi gibi yapacağı değerlendirmenin TBK madde 71’de sayılan işletmenin (işletme faaliyetinin) niteliği, faaliyette kullanılan araç unsurları yanında, faaliyetin yürütüldüğü çevre, olanaklı güvenlik önlemlerindeki teknolojik ilerleme, faaliyete ilişkin yasal düzenlemeler, kaza istatistiği gibi TBK’de belirtilmeyen bazı unsurların da dikkate alınarak yapılabileceği belirtilmiştir⁵⁷¹. Kanımızca da TBK madde 71/2’de bunların tümünün yasada sayılması gerekli değildir, bazıları yargıca yol göstermek amacıyla örnekleyici surette açıkça belirtilmiştir⁵⁷².

1- Sıkça ya da Ağır Zararlar Doğurmaya Elverişlilik

a- Sıkça Zarar Doğurmaya Elverişlilik

Belirli bir riskin belli bir zaman dilimi içinde diğer risklere göre açıkça daha sık biçimde gerçekleşmesi halinde tehlikenin yoğunluğunun belirlenmesinde nicel ölçüte başvurulur⁵⁷³. Bazı riskler öyle çok tekrarlanır ki yasa koyucuyu bu konuda

⁵⁷⁰ Schlüchter, 131; Strickler, 151.

⁵⁷¹ Schlüchter, 131.

⁵⁷² Aynı yönde bkz. Strickler, 151.

⁵⁷³ Strickler, 151.

zarar göreni korumak için özel yasal düzenlemeler yapmaya sevk eder. Özel tehlike sorumluluğu düzenlemelerinin temelinde yatan saik aynı zamanda genel tehlike sorumluluğu düzenlemesine tabi kılınacak riski de belirlemektedir⁵⁷⁴. Bu sıklık istatistik sonuçlarına göre belirlenir. Ancak bir riskin “sık” biçimde gerçekleşebileceğini ya da sıklığın hangi derecesinin sorumluluğa yol açması gerektiğini takdir etmek yine de görecelidir, yere, zamana, toplumsal algılara göre değişebilir⁵⁷⁵. Honsell’e göre ise, istatistik verileri ya da zararın ağırlığı yasa koyucuyu düzenleme yapmaya sevk edebilir, ancak tehlikeliliğin belirlenmesinde gönderme yapılan ölçütler olarak öngörülmesi isabetli değildir⁵⁷⁶. Kanımızca sık ya da ağır zararlara yol açmaya elverişlilik tehlikenin yoğunluğunu tespit etme bakımından en elverişli, pratik ölçütlerdir. Elbette örneğin sık biçimde zararlara yol açmaya elverişlilik tek başına tehlikenin önemli ölçüde olduğunu göstermez, ancak yapılacak değerlendirmede dikkate alınması gereken bir husustur.

Genel tehlike sorumluluğu düzenlemesi genel ve soyut nitelikte olduğundan nicel ölçüt TBK madde 71’de “sıkça zarar doğuran” biçiminde değil, “sıkça zarar doğurmaya elverişli” biçiminde öngörülmüştür. Böylece yeni bir riskin şimdiye dek sadece birkaç kez gerçekleşerek zarara yol açması, yargıcın sık zarar doğurmaya elverişli olduğu değerlendirmesinde bulunmasına engel değildir⁵⁷⁷. Önemli olan riskin söz konusu olduğu işletme faaliyetinin özellikleri dikkate alınarak değerlendirme yapmaktır. Bu değerlendirmede, bir olguyu tehlikeli kılan şeyin ne

⁵⁷⁴ Honsell, ZSR, 14-15.

⁵⁷⁵ Winiger, 101; Gassmann-Burdin, 37; Ullmann, 2007, 86.

⁵⁷⁶ Honsell, ZSR, 15.

⁵⁷⁷ Gerekçe, 141.

olduğu saptanır⁵⁷⁸. Aynı gerekçeyle olağanüstü koşullar altında büyük bir kazaya yol açmış bir tehlikenin bir daha gerçekleşmesi tesadüfi ise, tehlike ağır nitelikte zarar doğurmaya elverişli olmadığı sürece, genel tehlike sorumluluğuna tabi kılınmaz⁵⁷⁹. Sıkça zarar doğurmaya elverişli risklere örnek olarak motorlu taşıt kazaları, çevreyi kirletme, elektrik tesisatlarındaki arızalar, asansör arızaları, lunapark tesisindeki teknik arızalar gösterilebilir⁵⁸⁰. Bununla beraber belirtmelidir ki, bazı riskler hem sık gerçekleşmeye hem de ağır zararlar doğurmaya elverişlidir⁵⁸¹. Buna örnek olarak tren ve uçak kazaları gösterilebilir. Tren ve uçak kazaları otomobil kazaları kadar sık olmasa da pek çok riske göre daha sık gerçekleşmeye elverişli niteliktedir⁵⁸².

b- Ağır Zarar Doğurmaya Elverişlilik

Tehlikenin yoğunluğunu belirlemede başvurulacak diğer ölçüt nitel ölçüttür⁵⁸³. Bu ölçüte göre bir risk ağır zararlar doğurmaya elverişli ise, TBK madde 71'e göre önemli ölçüde tehlikeli sayılır. Bir riskin ağır zararlar doğurmaya elverişli olup olmadığını takdir etmek için riskin gerçekleşmesini beklemeye gerek yoktur. Başka bir ifadeyle şimdiye dek hafif zararlara yol açmış olması bu riskin ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğunu takdir etmeye engel değildir⁵⁸⁴. Örneğin bir nükleer santralde gerçekleşecek bir patlama ya da nükleer sızıntısının ne kadar büyük çaplı ve

⁵⁷⁸ Gerekçe, 141.

⁵⁷⁹ Gerekçe, 141.

⁵⁸⁰ Bkz. Gerekçe, 141; Kommentar, 14.

⁵⁸¹ Gerekçe, 140.

⁵⁸² Gerekçe, 141.

⁵⁸³ Strickler, 151.

⁵⁸⁴ Gerekçe, 141.

ağır zararlara yol açabileceği herkesçe bilinmektedir. Böylesine nitelikli bir risk tehlike sorumluluğuna tabi kılınmayı gerektirmektedir, bu nedenle genel tehlike sorumluluğu düzenlemesinin kapsamındaki önemli ölçüde tehlikelilik kategorisine uygun görülür⁵⁸⁵. Nükleer atık deposunda gerçekleşmesi olası bir nükleer sızıntı, doğalgaz boru hattında, mühimmat deposunda ya da bir benzin istasyonunda gerçekleşmesi olası patlama da yine aynı şekilde ağır zararlara yol açmaya elverişlidir⁵⁸⁶.

Öğretide bir görüşe göre, tehlike sorumluluğunun gerçek uygulama alanı ağır zarar doğurmaya elverişli büyük teknik risklerdir⁵⁸⁷. Yani ciddi düzeyde zarar doğurmaya elverişli olmayan, ancak çok sık gerçekleşen risklerin tehlike sorumluluğuna değil kusur sorumluluğuna tabi olması gerektiği ileri sürülmüştür⁵⁸⁸. Buna dayanak olarak Anglosakson-Amerikan hukukunda otomobil sürmenin kendisinin tehlikeli görülmediği belirtilmektedir⁵⁸⁹. Kanımızca salt ağır zararlar doğurmaya elverişlilik ölçütüne başvurmak genel tehlike sorumluluğu düzenlemesinin oldukça yetersiz kalmasına yol açardı, bu nedenle TBK madde 71’de hem nicel hem de nitel ölçüte yer verilmesi isabetlidir. Diğer yandan ağır zararlara yol açabilen risklerin sık biçimde gerçekleşmeye elverişli olmasına gerek yoktur. Ancak bazı riskler hem sık gerçekleşmeye hem de ağır zararlar doğurmaya elverişlidir. Örneğin tren ve uçak kazaları, nükleer sızıntı riskine göre daha sık

⁵⁸⁵ Gerekçe, 141.

⁵⁸⁶ Bkz. Gerekçe, 141; Kommentar, 14.

⁵⁸⁷ Schönerberger, 191; Gassmann-Burdin, 35-37. Ayrıca bkz. Will, 317. Krş. Strickler, 151.

⁵⁸⁸ Schönerberger, 191.

⁵⁸⁹ Schönerberger, 191.

gerçekleşmekle birlikte daha ağır zararlara yol açmaya elverişlidir⁵⁹⁰. Belki nükleer bir felaketin getirdiği sonuçlar uçak kazasına göre daha ağırdır, ama bir otomobil kazasının ya da elektrik çarpmasının sonuçlarına göre uçak kazasının doğurmaya elverişli olduğu zarar daha ağırdır⁵⁹¹.

2- Özel Tehlike Sorumluluğu Düzenlemelerindeki Tehlikeye Benzerlik

TBK madde 71’de bir işletme faaliyetinin önemli ölçüde tehlikeli olup olmadığının belirlenmesi için yasa koyucu yargıca özel düzenlemelere başvurma olanağı tanımıştır. TBK madde 71/2’nin son cümlesine göre “Özellikle herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arz eden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arz eden işletme sayılır.” Bu hükümden çıkarılacak ilk anlam, özel düzenlemelerin yürürlükten kaldırılmaması iken, ikinci anlamı genel normun uygulanması kapsamında yargıca kıyas yapma olanağını sunmasıdır. Belirtmek gerekir ki, bu hükümde yargıca tanınan kıyas yapma olanağı ve hatta emri, boşluk doldurma aracı olarak değil bir yorum aracı olarak tanınmıştır⁵⁹². Bu nedenle genel normda öngörülen tehlikeliliğin takdiri konusunda özel düzenlemelere başvurup benzerlik saptama anlamında söz edilen kıyas, hukuk

⁵⁹⁰ Gerekçe, 140.

⁵⁹¹ Gerekçe, 140.

⁵⁹² Aynı yönde bkz. Korkusuz, 201. Kıyasın bir boşluk doldurma aracı olduğu ve yorumla ilgili olarak kıyastan söz edilemeyeceği hakkında bkz. Friedrich, 450-451. Aksi yönde bkz. Honsell, Basler Kommentar ZGB, Art. 1 N. 35.

terminolojisinde boşluk doldurma aracı anlamına gelen kıyastan farklıdır, yani TBK madde 71’de teknik bir kıyastan söz edilmemektedir⁵⁹³.

Bununla birlikte TBK madde 71 yürürlüğe girmeden öncesine kadar tehlike sorumluluğu kusur sorumluluğu karşısında istisna olarak nitelendirilerek kıyas yolu kapatılırken, genel kuralın kabulüyle birlikte kıyas yasağı iddialarının temeli ortadan kalkmıştır⁵⁹⁴. Dolayısıyla yargıç genel kuralda tehlikeliliğin takdiri dışında boşluk bulunması halinde TMK madde 1 çerçevesinde kıyas yapma olanağını elinde bulundurmaktadır. Bu suretle, tehlikeliliğin takdiri dışındaki meselelerde de yasada açıkça belirtilmese de özel tehlike sorumluluğu düzenlemelerinden genel kurala ilişkin boşlukların doldurulmasında yararlanılabilecek, bu düzenlemeler kıyasla uygulanabilecektir. Dolayısıyla Türk hukukunda genel tehlike sorumluluğu düzenlemesinin kabulüyle birlikte bütüncül kıyasa değil ama münferit kıyasa yol açılmıştır. Bütüncül kıyasa ise yer yoktur; çünkü genel normun düzenlediği konularda özel tehlike sorumluluğu düzenlemeleri kıyasla uygulanamaz.

a- Özel Tehlike Sorumluluğu Düzenlemelerindeki Tehlike Kaynakları

Önemli ölçüde tehlikeliliğin takdir edilmesinde başvurulabilecek tehlike kaynaklarının gözden geçirilerek belirli kategorilerde toplanması genel kuralın uygulanmasında yargıca kolaylık sağlayabilir. Türk hukukunda taşıtlar arasında motorlu karayolları taşıtları ve hava araçları için tehlike sorumluluğu öngörülmesine

⁵⁹³ Krş. Serozan, Rona: Medeni Hukuk Genel Bölüm, 2. Baskı, İstanbul 2008, 123 vd.; Honsell, Basler Kommentar ZGB, Art. 1 N. 35; Edis, 143 vd.; Meier-Hayoz, Arthur: Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch Einleitung Art. 1-10 ZGB, herausgegeben von Arthur Meier-Hayoz, Bern 1966, Art. 1 N. 346-350.

⁵⁹⁴ Aksi yönde bkz. Akkayan Yıldırım, 211.

rağmen, demiryolları taşıtları ve su taşıtları için ya da teleferik, telesiyej, kayak çekici, yük asansörü gibi taşıtlar için herhangi bir özel tehlike sorumluluğu düzenlemesi bulunmamaktadır. Petrol Kanunu'na göre petrol arama ve sondaj faaliyetleri özel tehlike sorumluluğu düzenlemesine tabi kılınırken maden arama çıkarma faaliyetleri böyle bir sorumluluğa tabi kılınmamıştır. Askeri tatbikatlar için özel tehlike sorumluluğu bulunurken sivil tatbikatlar için böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Bunların yanında Çevre Kanunu'na göre çevreyi kirletme de tehlike sorumluluğuna tabi bir tehlike kaynağıdır⁵⁹⁵.

Öyleyse tehlikeliliğin takdir edilmesinde başvurulacak tehlike kaynakları Türk hukukunda şu kategorilerde toplanabilir: 1-Motorlu karayolları taşıtları 2-Hava taşıtları 3-Sondaj faaliyetleri 4-Çevreyi kirletme 5-Patlayıcı madde ve araçlar kullanma. Bu çerçevede örneğin demiryolları taşıtlarının meydana getirdiği tehlike kendine özgüdür. Buna karşılık su taşıtları arasında motorlu su taşıtları bakımından motorlu karayolları taşıtlarının doğurduğu tehlike benzerdir.

TBK madde 71'in kaynağını oluşturan İsviçre Medeni Kanunu Ön Tasarısı madde 50, "tehlikeli faaliyetleri" bağlantı noktası olarak belirlemesine karşın, faaliyeti yerine getiren anlamında olmak üzere "işleten" kişi sorumlu özne olarak öngörülmüştür. Gerekçe metninde yukarıda değinildiği gibi, maddi ve teknik bir tehlikenin bulunması gerektiği belirtildiğine göre teknik yanı olmayan tehlikeli faaliyetler bu genel kuralın kapsamının dışında bırakılmaktadır. İsviçre Medeni Kanunu Ön Tasarısı madde 50'yi örnek alan Türk yasa koyucusu Türk Borçlar

⁵⁹⁵ Üçışık, baz istasyonlarının verdiği zarardan ötürü mahkemelerin hükmettiği sorumluluğu içtihadın geliştirdiği bir tehlike sorumluluğu gibi sunmakta ise de (Üçışık, 137), baz istasyonları Çevre Kanunu kapsamında sorumluluk doğuran bir testistir.

Kanunu madde 71’i öngörürken “tehlikeli faaliyet” ifadesi yerine “tehlikeli işletme faaliyeti” ifadesini öngörerek tümüyle bu tartışmanın dışında kalmıştır.

Tehlike kaynakları kavramından ne anlaşılması gerektiği ve Türk hukukunda tehlike kaynakları belirlendikten sonra aşağıda tehlikeliliğin takdiri konusunda kıyasın nasıl yapılması gerektiği, nelerin dikkate alınması gerektiği ele alınacaktır.

b- Benzerliğin Takdir Edilmesi

TBK madde 71’e göre belirli bir tehlike olgusunun özel tehlike sorumluluğu düzenlemelerindeki tehlike olgularına benzer olması bunun önemli ölçüde tehlikeli sayılmasına yeterli sayılmaktadır. Ancak ilgili tümcedeki “özellikle” ibaresi, bu benzerliğin takdir edilmesinde önemli ölçüde tehlikeliliğin unsurlarının ve ölçütlerinin dikkate alınması gerektiğini ortaya koyar. Diğer bir ifadeyle özel bir düzenlemedeki tehlike olgusuna benzerlik bu tehlike olgusunun sık ya ağır zararlara yol açmaya elverişli olduğuna ve gerekli özen gösterilse dahi önüne geçilemeyen nitelikte olduğuna delalet oluşturmaktadır. Öyleyse özel tehlike sorumluluğu düzenlemelerinde hakkında herhangi bir düzenleme bulunmayan bir tehlike olgusunun hakkında düzenleme bulunan bir olguya benzer olup olmadığını takdir ederken olgunun niteliği, kullanılan araçlar, güçler, malzemeler dikkate alındığında sık ya da ağır zararlara yol açmaya elverişli olup olmadığına ve önüne geçilebilir olup olmadığına bakılması gerekir.

Örneğin motorlu kara taşıtları sık biçimde zarara yol açmaya elverişlidir, yani motorlu kara taşıtlarındaki karakteristik riziko sık gerçekleşmeye elverişlidir, bu riskin önüne tümüyle geçmek de olanaklı değildir. Çünkü motorlu bir taşıtın idaresi basit değildir, üstelik insanların, hayvanların, bitkilerin ve eşyaların bulunduğu bir

yerde çok sayıda motorlu taşıtın her gün dolaşım halinde olması olağanın üstünde bir risk meydana getirmektedir. Deniz, göl, ırmak vs. suda yüzen taşıtlar da tıpkı karayollarında hareket eden taşıtlar gibi motorlu ve motorsuz olarak ikiye ayrılabilir. Motorsuz bir karayolları taşıtı olan bisiklet ve at arabası tehlike sorumluluğuna tabi tutulmamıştır, çünkü taşıdığı risk sık biçimde zararlara yol açmaya elverişli değildir, gerekli özen gösterildiğinde zararın gerçekleşmesinin önüne geçmek olanaklıdır. Suda yüzen taşıtlardan yelkenli, sal, kano, deniz bisikleti de aynı şekilde gerekli özen gösterildiğinde önüne geçilebilen, sık biçimde zarara yol açmaya elverişli olmayan bir risk taşır. Oysaki motorlu su taşıtları yani vapurlar, feribotlar, deniz otobüsleri, deniz taksileri, yatlar tıpkı motorlu karayolları taşıtları gibi taşıdığı güç yani akaryakıt ve gücü dönüştüren motor nedeniyle tümüyle önüne geçilemeyen yoğun bir risk taşır, sık biçimde zarara yol açmaya elverişli niteliktedir⁵⁹⁶. Dolayısıyla KTK'ye kıyasla sözü edilen motorlu su taşıtlarının önemli ölçüde tehlikeli olduğu sonucuna varılabilir.

Başka bir örnek askeri tatbikatlar hakkındaki düzenlemeye ilişkin verilebilir. Askeri tatbikatlarda yoğun tehlikeliliği meydana getiren şey bu tatbikatlarda ateşli silahların ya da mayın gibi patlayıcı maddelerin kullanılmasıdır. Uzman bir kişiden beklenen özen gösterilse dahi gerçekleşebilecek zararın önüne geçmek olanaklı değildir. Sık değilse bile ağır zararlara yol açmaya elverişli nitelikte bir risk taşır. Bu düzenlemeye kıyasla benzer sivil tatbikatların, avcılığın, patlayıcı maddelerle ilgili bilimsel deneylerin de aynı şekilde risk taşıdığı saptanabilir. Hava taşıtlarının yolcular dışındaki kişilere verdiği zarardan ötürü tehlike sorumluluğu düzenlemesinde hava taşıtlarının sık ve ağır zararlara yol açmaya elverişli olan ve

⁵⁹⁶ Bkz. Gerekçe, 373.

önüne geçilemeyen bir risk sorumluluğa tabi tutulmuştur. Bu düzenlemeye kıyasla yük asansörlerinin, teleferiklerin, telesiyelerin, uzay araçlarının da kullanılan araç ve güçlerin benzerliği ile havadan yeryüzüne iniş sırasında gerçekleşebilecek yoğun riskin benzerliği nedeniyle önemli ölçüde tehlikeli olduğu belirtilebilir ve böylece genel tehlike sorumluluğu düzenlemesine tabi tutulur. Yani tehlikenin benzerliği takdir edilirken aslında karakteristik rizikoların birbiriyle karşılaştırıldığı anlaşılr.

Ancak hava taşıtları bakımından şöyle bir fark doğmaktadır: Genel düzenlemeye tabi hava ve uzay taşıtları yönünden bu araçlarda taşınan yolcular da tehlike sorumluluğuna göre tazminat alacaklısı olurken özel düzenlemeye tabi araçlar yönünden sadece üçüncü kişiler tehlike sorumluluğuna göre tazminat alacaklısı olabilmektedir. Kanımızca özel düzenlemeden sonra yürürlüğe giren genel normun Sivil Havacılık Kanunu'nun bu hükmünü örtülü olarak yürürlükten kaldırdığı kabul edilmelidir, aksi halde gerekçesi açıklanamayan bir eşitsizlik meydana gelir. Buna karşılık özel tehlike sorumluluğu düzenlemeleri tehlikeliliğin takdiri dışındaki meselelerde ancak genel düzenlemede bir boşluk bulunması halinde kıyasla uygulanabilir.

III- Karakteristik Rizikonun Gerçekleşmesi

Türk Borçlar Kanunu'na göre genel tehlike sorumluluğunun bir diğer şartı karakteristik rizikonun gerçekleşmesidir. Karakteristik riziko kavramı tipik riziko, spesifik riziko ya da işletme faaliyetine/şeye özgü riziko olarak da ifade edilir⁵⁹⁷. Karakteristik riziko tehlikeli bir olgunun özel zarar potansiyeli anlamına gelir⁵⁹⁸. Bu

⁵⁹⁷ Werro/Palmer/Hahn, 405; Mädrich, 110-112; Gassmann-Burdin, 144-145; Schlüchter, 98.

⁵⁹⁸ Mädrich, 110-111.

kavram aracılığıyla sorumluluğun nesnel olgu bağlamında sınırlandırılması sağlanabilir⁵⁹⁹. Karakteristik riziko kavramı bu nedenle tehlike sorumluluğunda yaşamsal değerdedir⁶⁰⁰. İsviçre Medeni Kanunu Ön Tasarısı Gerekçesinde tehlike sorumluluğunun tehlikeli bir faaliyetten doğabilecek her zararı karşılamadığı belirtilmektedir ve Tasarının 50. maddesinin ilk fıkrası tehlike sorumluluğunun sadece “karakteristik rizikonun gerçekleşmesi” yoluyla doğan zararlar için geçerli olduğunu açıklığa kavuşturmaktadır. Karakteristik rizikodan söz konusu faaliyetin “özel tehlikesi” için tipik olan şey anlaşılır. Widmer/Wessner, “karakteristik riziko” kavramının içtihatteki “işletme tehlikesine” karşılık geldiğini, özellikle karayolları hukukunda araç tutucusunun tehlike sorumluluğunun sadece “motorlu aracın çalıştırılmasından” kaynaklanan zararlar için geçerli olduğunu ifade eder⁶⁰¹.

Karakteristik riziko yasanın koruma amacıyla, zarar ile tehlikeye atan şey ya da faaliyet arasındaki nedensellik bağı ile ilgilidir⁶⁰²; öyle ki karakteristik riziko dışında kalan rizikolar tehlike sorumluluğunu doğurmaz⁶⁰³. Deutsch’a göre sorumluluğu kuran nedensellik, tehlike sorumluluğunda “uygunluk” kuramı ile

⁵⁹⁹ Mädrich, 112; Gassmann-Burdin, 144-145; Schlüchter, 98: “Sorumluluğun sınırlandırılması ancak işletenin sorumlu olduğu tipik rizikonun bu sorumluluk alanı dışında kalan atipik rizikodan ayırt edilmesiyle sağlanabilir.”

⁶⁰⁰ Mädrich, 110.

⁶⁰¹ Gerekçe, 142.

⁶⁰² Mädrich, 110.

⁶⁰³ Sprau, Einf v § 823, 1303; Fuchs, 236. Federal Mahkeme’nin demiryolları işletmelerinin sorumluluğu hakkındaki içtihadı Oftinger’in eleştirilerine karşın bu görüşün aksine olmuştur. Gassmann-Burdin, 145.

sınırlandırılmaz⁶⁰⁴. Nedenselliği sınırlandırma işlevi tehlike sorumluluğunda normun koruma alanından kaynaklanan riziko ilişkisine yerini bırakır⁶⁰⁵. Larenz ve Canaris'e göre tehlike sorumluluğunda uygun nedensellik ölçütü bir yana bırakılıp yerine spesifik tehlike ölçütü getirilmektedir, bunun nedeni tehlike sorumluluğunun temelinde davranış yükümünün olmamasıdır⁶⁰⁶. Çünkü uygun nedensellik teorisi, beraberinde getirdiği genel öngörülebilirlik ölçütüyle sadece davranış yükümlerinin ihlali halinde ve hukuka aykırılık sorumluluğu alanında uygulanabilir durumdadır⁶⁰⁷, oysaki tehlike sorumluluğunda kural olarak davranışın hukuka aykırılığından söz edilemez⁶⁰⁸. Tehlike sorumluluğu normlarının bünyesinde bulunan koruma amacı kapsamında kalan zararlar, karakteristik rizikonun gerçekleşmesi sonucu doğan zararlardır⁶⁰⁹.

Karakteristik riziko, uğruna tehlike sorumluluğunun öngörüldüğü rizikodur. Örneğin atom santrallerinin verdiği zarardan sorumluluğun öngörülmesinin nedeni nükleer santrallerde nükleer sızıntı ya da patlama tehlikesidir. Nükleer santrallerde başka zarar rizikoları da vardır ancak nükleer santrale izin verilip verilmeyeceği, nükleer santrallere özgü sorumluluk öngörülüp öngörülmeyeceği hakkında verilen kararların ardında nükleer santrallere özgü riziko bulunmaktadır. Bu nedenle normal şartlarda mücbir neden olarak görülebilecek bir olay olsa bile eğer karakteristik

⁶⁰⁴ Yoon, 24.

⁶⁰⁵ Yoon, 24; Fuchs, 236.

⁶⁰⁶ Yoon, 24.

⁶⁰⁷ Yoon, 24-25.

⁶⁰⁸ Aynı yönde bkz. Yoon, 25.

⁶⁰⁹ Widmer, Strict Liability, 341; Fuchs, 236; Eren, Borçlar Hukuku, 503. Normun koruma amacı öğretisi hakkında bkz. Mädrich, 77.

riziko zarara yol açmışsa sorumluluk doğar⁶¹⁰. Buna karşılık olayda karakteristik riziko gerçekleşmemişse mücbir nedenin varlığı sorumluluk açısından bir sonuç doğurmaz⁶¹¹. Önemli ölçüde tehlikeli bir kaynağın karakteristik rizikosu büyüdükçe rizikoya yabancı olası başka etmenlerin hareket sahası ve dolayısıyla etkisi daralır, buna örnek olarak hava taşımacılığı ya da atom santralleri gösterilebilir⁶¹². Mücbir neden ya da zarar görenin ya da üçüncü kişinin kusuru, belirli bir eylemin tipik riski ile zarar arasında nedensellik bağı kesilmiş görülecek kadar yoğun ya da ağır ya da olağanüstü olmalıdır⁶¹³. Buna örnek olarak zihinsel engelli bir kadının rayında giden ve tam hızlı bir trenden treni terk etmesini uyarayan sesler işittiği için atlaması gösterilebilir⁶¹⁴.

Karakteristik riziko kavramı tazmin edilmeye elverişli zararın dar kapsamlı olmasının temelini de oluşturur, tasarıya göre bu tüm tehlike sorumluluğu halleri için geçerlidir. Tasarının 45. maddesinin ikinci fıkrası belirli bir hüküm açıkça aksini öngörmedikçe (bunun için yasa koyucunun makul nedenleri olmalıdır) sadece kişi, eşya ve çevre zararlarının kapsandığını öngörmektedir⁶¹⁵. Çünkü bu zararlar genel kuralın ve özel yasaların dağıtık hükümlerinin öngördüğü karakteristik riziko için tipiktir⁶¹⁶.

⁶¹⁰ Will, 298-299.

⁶¹¹ Will, 299.

⁶¹² Will, 303.

⁶¹³ Widmer, Strict Liability, 342.

⁶¹⁴ Widmer, Strict Liability, 342.

⁶¹⁵ Gerekçe, 142.

⁶¹⁶ Gerekçe, 142-143.

A- Tehlike Kaynaklarında Karakteristik Rizikonun Belirlenmesi

Tehlike sorumluluğu tehlikeli bir faaliyetten doğabilecek her zararı karşılamaz⁶¹⁷; Widmer tasarısının 50. maddesinin ilk fıkrası, sorumluluğun sadece “karakteristik rizikonun gerçekleşmesi” yoluyla doğurduğu zararlar için geçerli olduğunu açıklığa kavuşturmuştur⁶¹⁸. Eren’in belirttiği gibi zarar, tipik tehlike sonucu değil de başka bir nedenle örneğin zarar görenin kusuru sonunda meydana gelirse işletmeci ilke olarak sorumlu olmaz⁶¹⁹. Soyut tehlikeye dayanan bir düzenlemenin uygulama alanı, uğruna düzenlemenin meydana getirildiği karakteristik tehlikenin gerçekleşmesiyle daha yakından belirlenir⁶²⁰. “Karakteristik riziko” denildiğinde söz konusu faaliyetin “özel tehlikesi” için tipik olan şey anlaşılır⁶²¹. Yukarıda karakteristik rizikonun ne olduğu açıklandığından bu başlık altında tehlike kaynaklarında karakteristik rizikonun nasıl belirleneceği üzerinde durulacaktır.

Karakteristik riziko, söz konusu faaliyet ile zarar arasında tipik bir nedensellik bağı olup olmadığı ve ne ölçüde olduğunu kanıtlamak için belirleyici bir etken ortaya koyar⁶²². Bu sayede bir faaliyetin genel tehlike sorumluluğunun kapsamına girip girmediği de saptanabilir, çünkü karakteristik riziko tehlike sorumluluğunun saikini oluşturur. Ayrıca bu etkene dayanarak özel tehlike ile zarar

⁶¹⁷ Schlüchter, 128; Widmer, Strict Liability, 341; Atamer, HPD, 22; Eren, Borçlar Hukuku, 502.

⁶¹⁸ Gerekçe, 142.

⁶¹⁹ Eren, Borçlar Hukuku, 502.

⁶²⁰ Gassmann-Burdin, 36; Tholl, 51-52.

⁶²¹ Gerekçe, 142; Widmer, Strict Liability, 341; Boller, 29.

⁶²² Gerekçe, 142; Gassmann-Burdin, 36.

arasında hukuksal nedensellik bağıını kesmek için herhangi bir sorumluluktan kurtulma nedeninin yeterli yoğunlukta olup olmadığı hakkında karar verilmesi gerekir⁶²³.

Demiryolu trafiğinin karakteristik özelliği, yüksek hızda ağır kütlelerle hareket etmesi ve gerçekleşmesi olası kazaların çok sayıda kişi ve nesneye ciddi biçimde zarar verebilecek olumsuz sonuçlarına duyulan korkudur. Avusturya ve Polonya’da platformdaki kazalar, yani hızın getirdiği tehlikenin yol açmadığı kazalar da karakteristik riziko kapsamında kabul edilmektedir, bunun nedeni öncelik kazanmaya çalışan insanların yığılmasının yarattığı telaş ve karmaşadan ileri gelir. İngiltere ve Güney Afrika ise sadece lokomotiflerden çıkan kıvılcımların yol açtığı yangın tehlikesini karakteristik riziko olarak kabul eder. Bu farklı yaklaşımlar karakteristik riziko kavramından her zaman aynı şeyin anlaşılmadığını gösterir. Kanımızca öncelik kazanmaya çalışan insanların yarattığı panik halinin karakteristik riziko olarak kabul edilmesine olanak yoktur, ancak ağır kütlelerin hızlı biçimde hareket etmesi ve lokomotiflerin fazla ısınan demirlerinin meydana getirdiği yangın tehlikesi demiryollarına özgü niteliktedir, bu risklerin tehlike sorumluluğu kapsamında kabul edilmesi gerekir.

Patlayıcı madde yüklü bir kamyonun boşaltılması sırasında patlayıcı madde fabrikasının bir işçisi dinamit sandığını içeriği patlamaksızın yoldan geçen bir yayanın ayağına düşürürse, işverenin sorumluluğu tehlike sorumluluğuna dayandırılmaz⁶²⁴. Çünkü yayanın sandığın düşmesi nedeniyle uğradığı zarar

⁶²³ Gerekçe, 142; Widmer, Strict Liability, 342.

⁶²⁴ Schöenberger, 186; Widmer, Strict Liability, 341.

patlayıcı maddenin ya da piroteknik aletlerin kullanımındaki karakteristik rizikoyla ilgisizdir⁶²⁵. Hekimlik sanatının yerine getirilmesi sırasında hastanın uğradığı zarar hekimliğin bünyesinde taşıdığı risk olan komplikasyona dayanıyorsa tehlikeyi meydana getiren hekimin bundan hasta aleyhine bir yarar sağlamak amacıyla olmadığı, dolayısıyla da tehlike sorumluluğunun amaçlarının ve temelindeki düşüncelerin burada karşılığını bulmadığı dikkate alındığında bu zarar tehlike sorumluluğuna dayandırılmaz⁶²⁶. Eğer zarar hekimlik sanatının doğrudan riskine değil de tehlikeli bir aletin kullanımının beraberinde getirdiği riske dayanıyorsa burada aletin taşıdığı riskin önemli ölçüde olup olmadığına göre hekim tehlike sorumluluğuna göre sorumlu tutulabilir⁶²⁷.

Karakteristik riziko sorunu özellikle İsviçre ve Türkiye’de motorlu karayolları taşıtları hakkında öngörülen sorumluluk hükümlerinde geçen “motorlu taşıtın işletilmesi sırasında” ifadeleri nedeniyle tartışma konusu olmuştur⁶²⁸.

⁶²⁵ Schöenberger, 186.

⁶²⁶ Adams, Michael: Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung, Heidelberg 1985, 203-205; Widmer/Wessner, Stellungnahme. Ayrıca bkz. Schöenberger, 180. Krş. Gerekçe, 145. Aksi yönde bkz. Korkusuz, 201.

⁶²⁷ Aynı yönde Adams, 205; Widmer/Wessner, Stellungnahme; Gerekçe, 145; Stahlberg, 99. Fransız içtihadında ise aksi yönde kararlar bulunmaktadır. Stahlberg, 98-99; Esmein, 167: “... Bununla beraber bir hekim tarafından kullanılan radyoaktif bir cihaz bir hastaya zarar verdiği zaman, 1384’üncü madde uygulanamaz. Mahkemeler, bu hususta, hastanın tepkilerine ve özel duyarlılığına bağlı tehlikelerin hekime isnat olunamayacağı kanısındadırlar. Bu halde sorumluluk için, mutlaka hekimin kusurunu ispat etmek gerekir.”

⁶²⁸ Bkz. Kötz/Wagner, 207-208: “Kazanın mutlaka “tren işletmesinin kendisindeki bir tehlike yüzünden gerçekleşmesi” gerekmez, bilakis “doğrudan dışarıdan –yersel ve zamansal- bir bağlantının

İşletilmesi sırasında doğan zararın ne anlama geldiğini belirlemek, karakteristik rizikonun ayırt edilmesini sağlamak zorunlu olmuştur. Bu bağlamdaki tartışmalarda motorlu taşıtın motoru çalışmaz haldeyken bile karakteristik rizikonun gerçekleşebileceği ileri sürülmüştür, nitekim Alman hukukunda işletme hali aracın hareket halinde bulunması şartına bağlanmamıştır⁶²⁹. Buna karşılık İsviçre Federal Mahkemesi motorlu bir taşıtın buzlu bir yolda patinaj yapıp ağaca çarpması sonucunda doğan zararın motorlu taşıtın karakteristik rizikosundan kaynaklanmadığına karar vermiştir⁶³⁰. “İşletme sırasında” ibaresinin içerdiği belirsizlik, sorumluluğun uygulama alanını belirsizleştirmektedir, bu nedenle sorumluluğun anlam ve amacına işaret eden “karakteristik riziko” koşulunun aranması isabetli olur⁶³¹.

B- TBK Madde 71 Açısından Karakteristik Riziko Koşulunun Değerlendirilmesi

Türk Borçlar Kanunu madde 71’de tehlike sorumluluğunun sonuçlarının doğması için karakteristik rizikonun gerçekleşmesi koşulu öngörülmemiştir. TBK madde 71’in kaynak düzenlemesini oluşturan Widmer tasarısının 50. maddesinde ise önemli ölçüde tehlikeli faaliyetin karakteristik rizikosunun gerçekleşmesi zarara yol

kaza ile trenin belirli bir işletme süreci ya da belirli bir işletme donanımı arasında bulunması” yeterlidir, o zaman tehlike sorumluluğunun normatif temeli gerçekleşir.”

⁶²⁹ Eren, Borçlar Hukuku, 695.

⁶³⁰ Widmer, Strict Liability, 342. Ayrıca bkz. Gassmann-Burdin, 144-145. Kararın eleştirisi için bkz. Caemmerer, Reform, 22.

⁶³¹ “İşletme tehlikesi” ifadesinin eleştirisi hakkında bkz. Gassmann-Burdin, 146-148. Gassmann-Burdin, “karakteristik görüngüler” ifadesini önermektedir. Gassmann-Burdin, 148-149.

açtığı takdirde sorumluluğun doğduğu açıkça öngörülmektedir⁶³². PETL (Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri) 5:101’de de karakteristik riziko koşulu açıkça öngörülmüştür⁶³³: “Olağanüstü tehlikeli bir eylem sürdüren bir kişi eylemdeki riskin karakteristik olarak doğurduğu zarardan dolayı katı sorumluluk çerçevesinde sorumludur.” TBK madde 71’in gerekçesinde neden karakteristik riziko koşulundan söz edilmediğine ilişkin herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Kanımızca kaynak düzenlemeden çeviri yaparken unutulmuş ya da ihmal edilmiştir, diğer bir ifadeyle yasa koyucunun bu tutumu bilinçli değildir⁶³⁴. Diğer yandan karakteristik rizikonun tehlike sorumluluğunun öngörülmesinin nedeni, anlamı ve amacı olduğu dikkate alındığında yasada açıkça söz edilmemesi bunun aranmasının zorunlu olduğu sonucuna varmamıza engel değildir⁶³⁵. Ayrıca aksi bir sonuca varmak tehlike sorumluluğunun uygulama alanının amacına aykırı biçimde genişlemesine yol açardı⁶³⁶. Yasa koyucu özel tehlike sorumluluğu düzenlemelerine kıyasla genel tehlike sorumluluğu düzenlemesinde karakteristik riziko koşulunun açık biçimde zorunluluğunu hissettirdiğini göz ardı etmiş olsa da bu sorun yorum yoluyla aşılabilecek niteliktedir⁶³⁷.

Yargıç önüne gelen bir somut olayda madde 71’i uygulayıp uygulamayacağına öncelikle işletme faaliyetinin karakteristik rizikosunu

⁶³² Bkz. Ulsan, 2007, 84; Winiger, 96.

⁶³³ Pfeiffer, 31.

⁶³⁴ Aynı yönde bkz. Atamer, HPD, 22; Erdem, 224.

⁶³⁵ Aynı yönde bkz. Akkayan Yıldırım, 207, 210; Üçışık, 141. Bkz. Widmer, Strict Liability, 341.

⁶³⁶ Akkayan Yıldırım, 210-211.

⁶³⁷ Erdem’e göre ise düzenlemede bu konuda örtülü boşluk bulunmaktadır. Bkz. Erdem, 224.

belirleyerek, daha sonra da olayda karakteristik rizikonun gerçekleşip gerçekleşmediğini ve zarara bunun yol açıp açmadığını saptayarak karar vermekle yükümlüdür. Eğer zarara karakteristik rizikonun gerçekleşmesi yol açmamış ise olası sorumluluğun dayanağı tehlike sorumluluğu olmaz⁶³⁸. Örneğin bir nükleer santralde gerçekleşen nükleer sızıntı nedeniyle civardaki tarım ürünleri kanserojen madde içermektedir. Bu tarım ürünlerini tüketen bir kişi kanserojen madde nedeniyle değil de tarım ürününün zehirli olması nedeniyle hastalandığında, karakteristik riziko gerçekleşmekle birlikte hastanın zararının sebebi karakteristik rizikonun gerçekleşmesi değildir. Bu nedenle tehlike sorumluluğuna dayanarak nükleer santral işletenine yönelttiği dava reddedilir.

IV- İşletme Faaliyetine Bağlı Karakteristik Rizikodan Doğan Zarar

A- Genel Olarak

Genel tehlike sorumluluğu düzenlemesine tabi kılınan bir işletme faaliyetinden doğan zararların hangilerinin tazmin edileceği konusunda TBK’de özel bir düzenleme bulunmamaktadır⁶³⁹. Bu nedenle haksız fiiller hakkında öngörülen genel hükümler sözleşme dışı sorumluluk türlerinden biri olan tehlike sorumluluğu hakkında aksi öngörülmedikçe uygulanır. Bu genel hükümler TBK madde 49-58 arasında düzenlenmiştir. Ölüm ve bedensel yaralanma halinde maddi zarar kalemleri ayrıca öngörülmüştür. “Çevre zararı” biçiminde bir zarar türü ne önceki yasada ne de TBK’de öngörülmüştür. Manevi zararın tazmini madde 56 ve madde 58’de ayrıca düzenlenmiştir. TBK madde 56’da bedensel bütünlüğün ihlali ve ölüm halinde doğan

⁶³⁸ Akkayan Yıldırım, 207.

⁶³⁹ Erdem, 220-221.

manevi zararın tazmini, madde 58’de kişilik haklarının zedelenmesinden doğan manevi zararın tazmini düzenlenmiştir. Salt malvarlığı zararı hakkında ise ne önceki yasada ne de TBK’de herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır⁶⁴⁰. Salt malvarlığı zararının sözleşme sorumluluğu kapsamında giderilen bir zarar kalemi olduğu kuşkusuzdur⁶⁴¹. Buna karşılık öğretinin ve yargının benimsediği objektif hukuka aykırılık kuramının ileri sürdüğü görüşe göre⁶⁴² salt malvarlığı zararının giderilmesini emreden özel bir düzenleme bulunmadıkça salt malvarlığı zararı, sözleşme dışı sorumluluğun kapsamı dışında kalır⁶⁴³. Bu açıdan sözleşme dışı

⁶⁴⁰ Bkz. Schwenzer, Ingeborg/Schönenberger, Beat: “Civil Liability for Purely Economic Loss in Switzerland”, Rapports suisses présentés au XVème Congrès international de droit comparé Swiss Reports Presented at the XVth International Congress of Comparative Law, Bristol, 27 juillet au 1er août 1998, Publications de l’Institut suisse de droit comparé 34, Zürich 1998, 355.

⁶⁴¹ Schwenzer/Schönenberger, 353-354; Buz, 37. Zarar kavramı yürürlükteki Avusturya Medeni Kanunu’nda kazanç kaybından ayrı tutulduğundan tazminat hukuku reformu kapsamında zarar kavramındaki bu parçalanmışlığa son verilmesi amaçlanmaktadır. Reischauer/Spielbüchler/Welser, 15-16.

⁶⁴² Bkz. Reinhardt, Rudolf: “Die Billigkeitshaftung im künftigen Schadenersatzrecht”, Grundfragen der Reform des Schadenersatzrechts, I. Arbeitsbericht des Ausschusses für Personen-, Vereins- und Schuldrecht der Akademie für deutsches Recht, Unterausschuß für Schadenersatzrecht, vorgelegt von H. C. Nipperdey, München und Berlin 1940, 76-77; Şenocak, Zarife: İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat, Ankara 2009, 106; Steininger, 44.

⁶⁴³ Schwenzer/Schönenberger, 355-358; Deutsch, Erwin: “Der Ersatz reiner Vermögensschäden”, Civil Liability for Pure Economic Loss, Edited by Efstathios K. Banakas, Proceedings of the Annual International Colloquium of the United Kingdom National Committee of Comparative Law held in Norwich, September 1994, Bodmin 1996 (Civil Liability), 63-64, 68; Stark, Emil W.: “Gedanken zur Widerrechtlichkeit als Haftungsvoraussetzung bei den Gefährdungshaftungen”, Festschrift für Erwin Deutsch: Zum 70. Geburtstag, hrsg. von Hans Jürgen Ahrens u.a., Köln 1999 (FS Deutsch), 350;

sorumluluk kapsamında giderilmesi kabul edilen zararlar, yasada açıkça belirtilmese de, mutlak değerlerin ihlali olarak kabul edildiği için, eşya zararları, kişi zararları ve kişilik haklarının ihlalinden doğan diğer zararlardır⁶⁴⁴. Tehlike sorumlulukları esas olarak vücut bütünlüğünün ve eşyaların korunmasına hizmet eder⁶⁴⁵. Diğer bir açıdan karakteristik riziko kavramı tazmin edilmeye elverişli zararın dar kapsamlı olmasının temelini oluşturur⁶⁴⁶, çünkü tehlike kaynağı için tipik olan risk ve risk için tipik olan zarar tazmin edilir. Özel tehlike sorumluluğu düzenlemelerinde olduğu gibi genel tehlike sorumluluğu bakımından da salt malvarlığı zararı kural olarak sorumluluğun kapsamı dışında bırakılmalıdır⁶⁴⁷. Burada belirleyici olan, normun korumak istediği

Widmer/Wessner, Stellungnahme; Buz, 33-34; Atamer, HPD, 26. Werro ise aksi görüştedir, öğretideki baskın görüşü eleştirerek mutlak bir hakkın da koruma normunun da ihlal edilmediği hallerde de sözleşme dışı sorumlulukta türm zararların ve bu arada salt malvarlığı zararının tazmin edilmesini savunur. Werro, Franz: “Tort Liability for Pure Economic Loss: A Critique of Current Trends in Swiss Law”, Civil Liability for Pure Economic Loss, Edited by Efstathios K. Banakas, Proceedings of the Annual International Colloquium of the United Kingdom National Committee of Comparative Law held in Norwich, September 1994, Bodmin 1996, 188-196. İsviçre Federal Mahkemesi’nin verdiği Swissair kararı ise bu baskın görüşle çelişen bir karardır. Bkz. Schwenzer/Schönenberger, 363.

⁶⁴⁴ Dietz, 309; Schönenberger, 184; Tholl, 23; Stark, FS Deutsch, 355; Schwenzer/Schönenberger, 356-357; Akçura Karaman, 563 vd.; Şenocak, 107.

⁶⁴⁵ Schönenberger, 185; Caemmerer, Reform, 21; Tholl, 23; Stark, FS Deutsch, 355; Schwenzer/Schönenberger, 360.

⁶⁴⁶ Gerekçe, 142.

⁶⁴⁷ Kötz, 35; Schönenberger, 185; Oertel, 198-199; Deutsch, Civil Liability, 68; Schilcher/Posch, 161-162. Bu konuda Alman hukukunda suyun kirletilmesi hakkında WHG’de yer alan düzenleme istisna oluşturur, söz konusu düzenlemeye göre salt malvarlığı zararı tazmin edilir. Kötz, 35; Deutsch, Civil Liability, 68.

değerlerin belirlenerek sınırlandırılmasıdır⁶⁴⁸. TBK madde 71'in kaynağı olan Widmer tasarısında zarar türlerini düzenleyen madde 45 bu hususu açıkça belirtir.

Widmer tasarısının 45. maddesinin üçüncü fıkrasına göre “Tehlike sorumluluğu alanında, aksini öngören bir düzenleme bulunmadıkça, sadece ölüm, beden bütünlüğünün ihlali ya da manevi bütünlüğün ihlali yoluyla doğan ya da eşyada ya da çevrede meydana gelen zararlar tazmin edilebilir.”⁶⁴⁹ Söz konusu maddenin gerekçesinde bu hükmün hem genel tehlike sorumluluğu hem de özel tehlike sorumlulukları için geçerli olduğu ifade edilmektedir⁶⁵⁰. Sözü edilen tasarının tehlike sorumluluğu genel kuralını düzenleyen 50. maddesinin gerekçesinde de sadece kişi, eşya ve çevre zararlarının kapsandığı, çünkü bu zararların genel kuralın ve özel yasaların öngördüğü karakteristik riziko için tipik olduğu belirtilirken, yasa koyucunun aksini öngören bir düzenleme yapması için inandırıcı, makul nedenlerinin olması gerektiğine işaret edilmektedir⁶⁵¹. Böyle bir sınırlandırma yapılmasının temelinde salt malvarlığı zararlarının dışlanması bulunduğu da gerekçede açıkça belirtilmektedir⁶⁵². Çünkü salt malvarlığı zararı tehlike sorumluluğu için tipik bir

⁶⁴⁸ Aynı yönde bkz. Üçışık, 128. Bu yönde yüksek mahkeme kararları için bkz. Atamer, Yeşim: Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması: Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, İstanbul 1996 (Sorumluluğun Sınırlandırılması), 81-83. Schwenzer/Schönenberger, Werro'nun eleştirilerine atıf yaparak sonucun hukuka aykırılığı kuramına takılıp kalmamak gerektiğini, salt malvarlığı zararının tazmini konusunda daha esnek bir yaklaşım getirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Schwenzer/Schönenberger, 376-381.

⁶⁴⁹ Gerekçe, 76.

⁶⁵⁰ Gerekçe, 76, 142-143.

⁶⁵¹ Gerekçe, 142-143.

⁶⁵² Gerekçe, 142-143.

zarar değildir⁶⁵³. Schönenberger, tehlike sorumluluğu cisimleşmiş tehlike kaynaklarına dayandığında salt malvarlığı zararlarının dışarıda bırakılmasının daha anlaşılır olduğunu, tehlikeli faaliyetlerde ise örneğin denetçilerin faaliyetlerinin doğurduğu salt malvarlığı zararı bakımından böyle anlaşılır olmadığına işaret eder⁶⁵⁴. Yine de tehlikeli faaliyetler için tehlike sorumluluğu hallerinde de kişi ve eşya zararının öne çıktığı belirtilmektedir⁶⁵⁵. Esasında hangi zararın tazmin edileceği meselesi tehlike sorumluluğu kapsamında hangi tehlike kaynaklarının kabul edilmesi gerektiği meselesiyle doğrudan ilgilidir. Salt malvarlığı zararına yol açan bankacılık, denetçilik, muhasebecilik gibi faaliyetlerin “önemli ölçüde tehlikeli” olarak nitelendirilerek tehlike sorumluluğuna tabi tutulması tehlike sorumluluğunun sınırlarını belirsiz hale getirecek denli genişletirdi.

B- Manevi Zarar

Tehlike sorumluluğunda manevi tazminatın istenip istenemeyeceği, istenebilirse kusurun aranıp aranmayacağı Türk ve İsviçre hukukundan ziyade Alman hukukunda çok tartışılmıştır⁶⁵⁶. Çünkü Alman hukukunda 2002’de yürürlüğe giren

⁶⁵³ Gerekçe, 76-77, 142-143. Bkz. Schönenberger, 184.

⁶⁵⁴ Schönenberger, 184.

⁶⁵⁵ Schönenberger, 184-185; Oertel, 198.

⁶⁵⁶ Yoon, 43, 52-53: “Almanya diğer Avrupa ülkeleriyle karşılaştırıldığında anlaşılıyor ki şimdiki durum yani tehlike sorumluluğunda manevi tazminatın dışlanması son derece tatmin edicilikten uzaktır. Aslında kusurdan bağımsız tehlike sorumluluğu kapsamında şu ülkelerde manevi tazminat tanınmaktadır: İsviçre, Avusturya, Hollanda, Fransa, Polonya, Portekiz, İsveç ve Türkiye. İsviçre hukukunda manevi tazminat talepleri tatmin olarak tarif edilir ve tehlike sorumluluğuna dayansa bile tanınır. Kore ve Japonya’da manevi tazminat hem kişi zararlarında hem de eşya zararlarında tanınır. Manevi tazminat talebi Japonya’da tazminat talebinin bir kısmı olarak algılanır. Dikkate değer Itai-Itai

değişiklik öncesinde tehlike sorumluluğu hallerinde manevi tazminat hakkı zarar görene tanınmıyordu, sadece hayvan tutanın sorumluluğu ve hava aracının tutucusunun sorumluluğu bakımından manevi tazminat istemek olanaklıydı⁶⁵⁷. Söz konusu değişiklik ile BGB §253’e bir fıkra eklenerek özel düzenlemelerde öngörülme de beden bütünlüğünün, sağlığın, özgürlüğün, cinsel özgürlüğün ihlali halinde doğan manevi zararın tazmininin istenebileceği kabul edilmiştir.

Türk ve İsviçre borçlar hukukunda, bedensel yaralanma ve ölüm halinde manevi tazminat ile kişilik haklarının ihlalinden dolayı manevi tazminat olmak üzere iki ayrı madde halinde manevi tazminat düzenlenmiştir. TBK madde 56’ya göre “Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir.

Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.”

TBK madde 58’e göre ise “Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.

hastalığı olayında bir maden işletmecisi kadmiyum içeren kanalizasyon suyuyla meydana gelen hastalıktan dolayı sorumlu olmuştur. Kanalizasyon Jintsu’dan akan alanda çevreye bulaşmış ve gıda maddelerini de etkilemiştir. Özellikle kemik yumuşamasından hastalanan mağdurlara ya da akrabaları ve mirasçılarına manevi tazminat tanınmıştır.” Ayrıca bkz. Stark, ZSR, 1967, 78-80.

⁶⁵⁷ Yoon, 43-45, 52. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Yoon, 43-45, 52 vd.

Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir.”

1983'te İsviçre Borçlar Kanununda, 1988'de ise Türk Borçlar Kanununda yapılan değişiklik sonrasında kişilik haklarının ihlali dolayısıyla manevi tazminat için kusurun hususi ağırlığı aranmaktan vazgeçilmiştir⁶⁵⁸. Böylece hem bedensel yaralanma ve ölüm halinde hem de kişilik hakkı ihlali halinde doğan manevi zararın tazmini bakımından kusurun hususi ağırlığı bir koşul olmaktan çıkmıştır⁶⁵⁹. Bunun kusursuz sorumluluk hallerine yansımaları, kusurun manevi tazminatı koşulu olmaktan çıkmış olması biçiminde kendini göstermiştir, kusur bu açıdan kusursuz sorumluluk hallerinde sadece tazminatın tutarının takdir edilmesinde dikkate alınması gereken bir husustur⁶⁶⁰. Eren, kusursuz sorumluluk hallerinde kusur şartı aranmadığı için, tazminat yükümlüsünün kusur olmasa bile manevi zarardan sorumlu olduğunu ifade etmektedir⁶⁶¹.

Tehlike sorumluluğunun temelinde bağımsız makul bir isnat nedeni bulunduğu ve bu isnat temelinin kusur sorumluluğu ile eşdeğerde olduğu kabul

⁶⁵⁸ Gereke, 86-87. Ayrıca bkz. Ünal, Mehmet: “Manevi Tazminat ve Kusur”, AÜHFD, Cilt 35, Sayı 1-4, 1978, 419 vd.; Kılıçoğlu, Ahmet: “5846'daki Hatalı Bir Değişiklik Açısından Manevi Hakların İhlalinden Doğan Zararın Tazmini”, FMR, C. 1 S. 3, 2001, 27-28; Stark, ZSR, 1967, 79-80.

⁶⁵⁹ Yoon, 53; Sirmen, 28-29. Buna karşılık kusur sorumluluğu hallerinde manevi tazminat için kusurun aranması yönünde bkz. Çetiner, Bilgehan: “Haftung des Motorzeughalters nach dem türkischen Recht unter besonderer Berücksichtigung der Gefälligkeitsfahrt”, Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, Cilt 41, Sayı 58, 2009, 177-178.

⁶⁶⁰ Yoon, 55.

⁶⁶¹ Eren, Borçlar Hukuku, 795.

edildikten sonra artık tehlike sorumluluğu manevi tazminattan vazgeçme bedeli karşılığında sağlanması gereken bir sorumluluk ayrıcalığı olmaktan çıkmıştır⁶⁶². Dolayısıyla bu iki sorumluluk biçimi arasında manevi tazminat bakımından fark yaratılmasının bir sebebi de yoktur⁶⁶³. Tehlike sorumluluğunda manevi tazminat tatmin işlevini değilse de denkleştirme işlevini yerine getirir⁶⁶⁴. Buna karşılık Alman öğretisinde tehlike sorumluluğunda manevi tazminata karşı olarak bunun sorumluluk yükünü çok ağırlaştırdığı ileri sürüldüğünden manevi tazminatin üst tutarla sınırlandırılması tartışma konusu olmaktadır, bu bağlamda Kötz Alman hukukunda yapılan değişiklikten önce, 1982 yılında yayımladığı makalesinde tehlike sorumluluğunda manevi tazminatin bir üst tutarla sınırlandırılarak tanınmasından yana tavır almıştır⁶⁶⁵.

C- Çevre Zararı

Çevre zararı kavramı, günümüzde gelişmekte olan çevre hukukuna ilişkin özgün bir kavramdır. Çevre hukuku kamu hukuku ile özel hukukun iç içe geçtiği, çok disiplinli bir bakış açısı gerektiren bir alandır⁶⁶⁶. Özellikle çevreyi kirletenlerin özel hukuktan doğan sorumluluğu, Türkiye’de üzerinde durulmamış, kapsamlı

⁶⁶² Yoon, 53. Krş. Kötz, Hein: “Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung”, VersR, 33. Jg., Heft 25, 1982, 625.

⁶⁶³ Yoon, 53.

⁶⁶⁴ Yoon, 54-55.

⁶⁶⁵ Kötz, VersR, 627-628; Yoon, 55.

⁶⁶⁶ Bkz. Ertaş, Şeref: “Die Haftung des Umweltverschmutzers nach türkischem Umweltgesetz”, Festschrift für Erwin Deutsch: Zum 70. Geburtstag, hrsg. von Hans Jürgen Ahrens u.a., Köln 1999, 152.

biçimde işlenmemiş bir konudur. Türk Borçlar Kanunu’nda “çevre zararı” kavramına kaynak tasarıdan farklı olarak yer verilmemiştir⁶⁶⁷. Çevre Kanunu’nda ise “çevre zararı” kavramına rastlanmazken “çevre kirliliği” kavramına yer verildiği ve bu kavramın yasanın ikinci maddesinde şöyle tanımlandığı görülmektedir⁶⁶⁸: “Çevrede meydana gelen ve canlıların sağlığını, çevresel değerleri ve ekolojik dengeyi bozabilecek her türlü olumsuz etki”. Çevre hukukunun kamusalılığı tam da bu noktada belirgin hale gelir, çünkü böyle bir zarar tek bir bireyi değil tüm toplumu etkiler⁶⁶⁹. Söz konusu zarar çevreye yönelik müdahalelerin ilk ortaya çıkan etkisi olduğu için birincil zarar olarak adlandırılmaktadır⁶⁷⁰. Ancak sorumluluk hukuku bağlamındaki çevre zararından asıl anlaşılması gereken bu değildir⁶⁷¹. Saf çevre zararının mağduru dünyadaki tüm canlılar olduğundan, söz konusu zarar, bireysel talep hakkının, çevre yasalarının uygulama alanı dışında tutulmaktadır⁶⁷².

⁶⁶⁷ Kommentar, 31.

⁶⁶⁸ Krş. Jarosch, Milan J.: Haftung bei Umweltschäden – Gefahrtragung und mögliche Versicherungsprodukte, Hamburg 2011, 32-33.

⁶⁶⁹ Möller, Hans: “Zum Begriff der Umweltschäden insbesondere im öffentlichen Sektor”, Probleme des Industrialismus in Ost und West – Festschrift für Hans Raupach, hrsg von Werner Gumpel und Dietmar Keese, München-Wien 1973, 450; Oertel, 199.

⁶⁷⁰ Bkz. Reischauer/Spielbüchler/Welser, 21; Pelloni, Giovanni: Privatrechtliche Haftung für Umweltschäden und Versicherung, Zürich 1993, 14-28; Oertel, 199; Ertaş, 163; Erişgin, Çevre Kirleninin Sorumluluğu, 41-42, 48.

⁶⁷¹ Bkz. Erişgin, Çevre Kirleninin Sorumluluğu, 47. Bu tür zararlar saf çevre zararı ya da ekolojik zarar olarak adlandırılmaktadır. Erişgin, Çevre Kirleninin Sorumluluğu, 47.

⁶⁷² Pelloni, 14; Erişgin, Çevre Kirleninin Sorumluluğu, 55.

Çevrenin sorumluluk hukuku aracılığıyla korunabilmesi, özel hukukça korunabilir bir hak ya da çıkar olarak kabulüne bağlıdır⁶⁷³. Bu nedenle tazminat sorumluluğuna yol açan çevre zararı, çevrede meydana gelen ve Çevre Kanunu'nda "çevre kirliliği" olarak tanımlanan birincil zararı takip eden ikincil zarardır⁶⁷⁴. Örneğin atıkların çöplük tepesinde yığılması sonucunda ortaya çıkan basınçtan dolayı meydana gelen metan gazı patlaması yüzünden havanın, toprağın kirlenmesi birincil zararı, bu patlama sonucunda evlerin yıkılması, canlıların ölmesi ise ikincil zararı oluşturur⁶⁷⁵. AIHM'ye yapılan bir başvuruda çöplükte meydana gelen metan gazı patlaması sonucunda dokuz yakını kaybeden Öneriyıldız'a manevi tazminat ödenmesi yönünde Türkiye aleyhine verilen mahkumiyet kararının gerekçesinde şu tümcelere yer verilmiştir⁶⁷⁶: "Bu belgelerden anlaşılıyor ki, evsel atıkların temel sorumluluğu, Hükümetlerin mali ve teknik destek sağlamak zorunda olduğu yerel makamlara aittir. Kamu makamlarının bir alanı kalıcı atık toplama yerine dönüştürmesi "tehlikeli bir faaliyet" olarak tanımlanmaktadır, çünkü böyle bir alanda atıkların toplanması, kamu makamlarının neden olduğu bir "zarar" olarak görülmektedir (bkz. inter alia, Lugano Sözleşmesi, Madde 2 §§ 1 (c)-(d) ve 7 (a)-(b))."

⁶⁷³ Erişgin, Çevre Kirletenin Sorumluluğu, 44.

⁶⁷⁴ Pelloni, 14-28; Oertel, 199; Ertaş, 163; Erişgin, Çevre Kirletenin Sorumluluğu, 41-42, 48.

⁶⁷⁵ Reischauer/Spielbüchler/Welser, 21. Çöplükte meydana gelen metan gazı patlaması nedeniyle doğan zararın iç hukuk yollarıyla giderilmemesi nedeniyle AIHM Türkiye'yi tazminata mahkum etmiştir. Bkz. AIHM Öneriyıldız/Türkiye Davası, Başvuru No: 48939/99, 30.11.2004, www.kazanci.com E.T.: 10.12.2012.

⁶⁷⁶ AIHM Öneriyıldız/Türkiye Davası, Başvuru No: 48939/99, 30.11.2004, www.kazanci.com E.T.: 10.12.2012.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin bir kararında ise ikincil çevre zararı şöyle açıklanmaktadır⁶⁷⁷: "İncelemekte olduğumuz olay, çevre kirliliği sonucu yaşanan olaylar ve verilen zararlar ilgilidir. Somut olayda, davacının da yaşadığı bölgede meydana gelen gaz sızıntısı sonucu önemli ölçüde bir çevre kirlenmesinin olduğu açıktır. Davacının da bu ortamda yaşadığı ve bu kirlilikle karşı karşıya geldiği kesin bir olgudur. Halbuki kişi, sağlıklı ve doğanın sağladığı olanaklardan yararlanmak hakkına sahiptir. Ancak bu halde, kişinin mutluluğundan ve sağlıklı yaşamından söz edilebilir. Kişi, ancak bu halde kendini geliştirebilir, sağlıklı düşünebilir ve üretici konumuna gelebilir. Kişi bu değerleri, sağlıklı olmayan bir çevrede elde edemez. Çünkü çevre, insanı etkileyen dış koşulların bütünüdür. Her canlı varlık, hatta cansız varlıklarda, çevredeki fiziksel ve kimyasal ortama göre biçimlenirler, sağlıklı ya da sağlıksız olurlar. Bunun içindir ki, Stockholm Konferansında; "insan, onurlu ve iyi bir yaşam sürmeye olanak veren nitelikli bir çevrede, özgürlük, eşitlik ve yeterli yaşam koşulları temel hakkına sahiptir" ilkesini kabul etmiştir. Bu bildiri bağlayıcı olmasa da, önemli bir belge olarak gözönünde tutulması gereklidir. Çünkü bütün insanlar, özellikle doğanın sağladığı olanaklardan yararlanma hakkına sahiptir. Bu bir çevre hakkıdır. Bu hakkın varlığı için, mutlaka bir yasal düzenlemenin varlığı bir koşul olarak düşünülmemelidir. İnsanın varoluşu ile, doğada var olan çevre hakkı da varlık kazanmaktadır. Çevre hakkının varlığı, insan haklarının temelini oluşturur. İnsanın değerine, onuruna ve gelişmesine engel teşkil etmeyecek bir çevrede yaşaması, yaşamın vazgeçilmez bir unsurudur. Böyle bir olumsuzluğun, kişinin ruhsal fiziki ve bedensel bütünlüğünü bozacağı doğaldır. Bu hak, salt insanlar için değil, doğadaki tüm canlı ve cansız varlıklar için gereklidir. Bu tanımdan, doğanında

⁶⁷⁷ Y. 4. HD E. 2003/12540 K. 2004/7006 T. 01.06.2004, www.kazanci.com E.T.: 20.12.2012.

bizatihi kendi hakkı olduğu, kendini yaşatma ve koruma hakkı bulunduğu kabul edilmek gerekir. Diğer bir anlatımla çevre, hem tüm varlıkların üzerinde hak sahibi olduğu bir ortam hem de çevrenin bizzat kendini koruma ve geliştirme hakkı vardır. Çevreye karşı yapılan saldırıların, bizzat ve yine çevre tarafından karşılık verildiği ve bunun sonucunda yine çevre ile birlikte insanın zarar gördüğu bilinen, yaşanan bir olgudur. Çevrenin ve çevre hakkının, ne denli önemli ve vazgeçilmez bir hak olduğu giderek daha iyi anlaşılmakta ve korunması için, son derece etkin çabalar harcanmaktadır. Bunun içindir ki çevre hakkı, giderek önem kazanmıştır.Çevre Kanununun 28. maddesi, çevreyi kirletenler ve çevreye zarar verenler sebep oldukları kirlenme ve bozulmadan doğan zararlardan dolayı kusur şartı aranmaksızın sorumlu oldukları kuralını getirdikten sonra, kirletenin meydana gelen zararlardan ötürü genel hükümlere göre de tazminat sorumluluğunun saklı olduğunu düzenleme altına almıştır. Şu düzenleme itibariyle, doğayı kirletenin ve bozanın kusursuz sorumlu olduğu kuralı getirilmiş ve ayrıca verilen zararında genel hükümlere göre ödetilmesi gerektiği açıklanmıştır. Bundan şu ilkeler çıkarılabilir. Kirleten öder ilkesi ve önleyicilik ilkesidir. Dinlenen tanık anlatımları ve dosya içeriğinden davacının; oturmakta olduğu o bölgeden deprem nedeniyle değil, salt gaz sızması sonucu ortaya çıkan tehlike nedeniyle bölgeden uzaklaşmak ve doğa koşullarında ihtiyaçlarını karşılamak zorunda kaldığı belirgindir. ... Gelecekteki etkileri belli olmayacak şekilde kimyasal bir gaz solumanın insanda yaratacağı sıkıntı, yaşadığı ortam ve evi bir süre terk etme zorunluluğu, çevresel kirlenmenin özel yaşama müdahale niteliği oluşturması gözetildiğinde davacının manevi zarara uğradığı anlaşılmaktadır.” Yargıtay çevre zararını ayrıntılı biçimde açıkladıktan sonra davacının manevi zarara uğradığını belirtse de uğranan zarar sorumluluk hukuku bağlamındaki çevre

zararıdır. Doğaldır ki çevre zararı maddi bir zarar olarak ortaya çıkabileceği gibi manevi bir zarar biçiminde de kendini gösterebilir.

Öğretide çevre zararı şöyle tanımlanmaktadır⁶⁷⁸: “Sorumluluk hukuku anlamında çevre zararı, fiziksel, kimyasal ya da biyolojik değişikliklere yol açan, maddelerin, ışımların, ısıların, şokların ve benzeri olguların çevre ortamlarına, yani suya, havaya ve toprağa kamusal bir zarara yol açmaya elverişli biçimde yayılmasının sonucunda gerçekleşen kişi, eşya ya da malvarlığı zararıdır.” Görüldüğü gibi Çevre Kanunu’ndaki “çevre kirliliği” kavramı birincil zararı ifade etmektedir⁶⁷⁹; buna karşılık ikincil zararı açıklayan bir kavrama Türk hukukundaki herhangi bir yasal düzenlemede yer verilmemiştir. Bununla birlikte sorumluluk hukuku anlamındaki çevre zararı, Çevre Kanununun 28. maddesinde öngörülen düzenleme çerçevesinde giderilebilir nitelikte kabul edilmiştir⁶⁸⁰. Hatta bu zararın kapsamı sözü edilen düzenlemede sınırlandırılmadığı için yoksun kalınan kazanç türünden salt malvarlığı zararı kalemlerinin dahi tazminini istemek olanaklıdır⁶⁸¹. Çevre zararında salt malvarlığı zararı normun koruma amacı çerçevesinde tazmin

⁶⁷⁸ Pelloni, 28.

⁶⁷⁹ Bkz. Sirmen, 26.

⁶⁸⁰ Sirmen, 28. İkincil zararın birincil zarardan farklı olmasına dayanarak Avusturya hukukunda çevre zararları için tehlike sorumluluğu düzenlemesi önerilmiştir. Bkz. Reischauer/Spielbüchler/Welser, 21.

⁶⁸¹ Sirmen, 28; Schwenzer/Schönenberger, 375-376; Erişgin, Çevre Kirlitenin Sorumluluğu, 52-53. Salt malvarlığı zararının hukuka aykırılığı konusundaki tartışmalar için bkz. Akçura Karaman, 570-577.

edilebilir görünmektedir⁶⁸². Bu açıdan çevre zararı tehlike sorumluluğu kapsamında tazmin edilen zararlar karşısında farklıdır⁶⁸³.

Çevre zararı bağlamında Widmer tasarısında öngörülen “çevre zararı” hakkındaki düzenlemelerin dayanağı olan “Çevre Zararlarının Önlenmesi ve Arındırılmasına Yönelik Çevre Sorumluluğu Hakkında 30.04.2004 tarihli 2004/35/EG Sayılı Yönerge”den söz etmek gerekir⁶⁸⁴. Söz konusu Avrupa Birliği Yönergesinin gereklerini yerine getirmek üzere üye devletler birtakım yasal düzenlemeler yapmıştır⁶⁸⁵. Yönerge kişi, eşya ve salt malvarlığı zararları hakkındaki tazminat taleplerinin durumunu üye devletlerin hukuk düzenlerine bırakmaktadır, “kirleten (yol açan) sorumlu olur” ilkesine dayanan yönergenin temel yaklaşımı (birincil) çevre zararlarının önlenmesi ve arıtılmasını sağlamaktır⁶⁸⁶. Bu açıdan yönergede baskın biçimde kamu hukukunun etkileri görülür⁶⁸⁷. Bu yönergenin yanında çevre zararlarının sınır tanımadığını göz önüne alan Avrupa Konseyi’nin imzaya açtığı Lugano Sözleşmesinden de bahsedilmelidir⁶⁸⁸. Sözleşmenin tam adı

⁶⁸² Bkz ve krş. Buz, 42.

⁶⁸³ Widmer, Strict Liability, 348.

⁶⁸⁴ Kommentar, 31; Jarosch, 29-30; Dietz, 310; Erişgin, Çevre Kirletenin Sorumluluğu, 58.

⁶⁸⁵ Koch/Koziol, Comparative Conclusions, 405-406.

⁶⁸⁶ Dietz, 309, 317; Reischauer/Spielbüchler/Welser, 20-21; Erişgin, Çevre Kirletenin Sorumluluğu, 21-24. Çevrenin korunması da nihayetinde çevre zararlarının önlenmesi ve giderilmesi, arıtılması demektir. Möller, 440. “Yol açan”, Türkçede “kirleten” olarak da ifade edilmektedir. Bkz. Korkusuz, 174; Erişgin, Çevre Kirletenin Sorumluluğu, 22. Ancak kanımızca ikincil çevre zararını da kapsamı bakımından “yol açan” ifadesi daha isabetlidir. Erişgin de “kirleten” ögesinin kavramsal açıdan belirsizlikler taşıdığına işaret etmektedir. Erişgin, Çevre Kirletenin Sorumluluğu, 25 vd.

⁶⁸⁷ Dietz, 317; Reischauer/Spielbüchler/Welser, 20-21.

⁶⁸⁸ Pelloni, 136; Erişgin, Çevre Kirletenin Sorumluluğu, 58.

şöyledir⁶⁸⁹: “Çevreyi Tehlikeye Sokan Faaliyetler Sonucunda Doğan Zararlardan Hukuksal Sorumluluk Hakkında Avrupa Sözleşmesi”. 21.06.1993 tarihli bu sözleşmeye Türkiye henüz taraf değildir⁶⁹⁰. Sözleşmede tehlikeli maddeleri üretme, işleme, depolama, kullanma, insan, çevre ya da şeyler için önemli bir tehlike meydana getiren genetiği değiştirilmiş organizmalar üretme, besleme, depolama, kullanma, elden çıkarma, salıverme, tahrip etme, insan, çevre ya da şeyler için tehlike meydana getirdiği takdirde atıkların yakılması, yeniden değerlendirilmesi, işlenmesi, çöplüğün işletilmesi gibi faaliyetler tehlikeli faaliyet olarak tanımlanmıştır⁶⁹¹. Böyle tehlikeli faaliyetlerin yol açtığı zarardan ötürü kusurdan bağımsız bir sorumluluk ve bunun da ötesinde eski haline getirme önlemleri hakkında düzenlemeler öngörülmüştür⁶⁹². Bu nedenle sözleşme “tehlikeli faaliyet” ölçütüne başvurarak çevre sorumluluğu öngörmesi bakımından genel tehlike sorumluluğu düzenlemeleriyle bağdaşan, benzeşen bir yaklaşımı bünyesinde barındırır⁶⁹³. Bununla birlikte Sözleşmede öngörülen sorumluluk meslek olarak

⁶⁸⁹ Kommentar, 31.

⁶⁹⁰ Sözleşme ve sözleşmeye taraf devletler hakkında bilgi için bkz. Kommentar, 31; Pelloni, 136-138; Bernasconi, Christophe: “Civil liability resulting from transfortier enviromental damage: a case fort he Hague Conference?”, 12-15, http://www.hcch.net/upload/wop/gen_pd8e.pdf E.T.: 11.11.2012.

⁶⁹¹ <http://conventions.coe.int/treaty/ger/Treaties/Html/150.htm> E.T.: 11.11.2012.

⁶⁹² Pelloni, 136-137.

⁶⁹³ Kommentar, 31. Kirlenenin sorumluluğunda diğer olgulardan farklı olarak ayrıca bir de çevre müdahalesi ögesi eklenmektedir. Erişgin, Çevre Kirlenenin Sorumluluğu, 16.

yerine getirilen faaliyetleri kapsamaktadır, oysaki genel tehlike sorumluluğu ya da Çevre Kanunu böyle bir sınırlandırma getirmemiştir⁶⁹⁴.

Sonuç olarak kısaca ifade etmek gerekirse çevre zararı, çevrede meydana getirilen olumsuz değişikliklerin yol açtığı kişi, eşya ya da salt malvarlığı zararidir. Bu zarar, “kirleten öder” ilkesi gereğince çevrede meydana gelen olumsuz değişikliklere sebebiyet veren tarafından tazmin edilir⁶⁹⁵. Çevre zararının TBK madde 71 çerçevesindeki genel tehlike sorumluluğu kapsamında tazmin edilebilir olduğu kanısındayız. Ancak özel tehlike sorumluluğu düzenlemeleri saklı tutulduğundan Çevre Kanunu madde 28, TBK madde 71’e göre öncelikle uygulanır.

V- Karakteristik Rizikonun Gerçekleşmesi ile Zarar Arasında Nedensellik Bağı

A- Nedensellik Bağının Belirlenmesi

Nedensellik bağı, kusursuz sorumluluk hallerinde kusur sorumluluğuna göre daha fazla önem taşır; çünkü bunlarda nedensellik bağı ön plana geçmekte ve sorumluluk bir ölçüde belirli bir olgu ile gerçekleşen zarar arasındaki sebep sonuç bağıını ifade etmektedir⁶⁹⁶. Zararın sorumluya yüklenebilmesi için nedensellik bağının⁶⁹⁷ kanıtlanması tehlike sorumluluğunda özel bir önem ve ayrıca güçlük

⁶⁹⁴ Pelloni, 136-137; Fuchs, 233. Bkz. <http://conventions.coe.int/treaty/ger/Treaties/Html/150.htm>
E.T.: 11.11.2012.

⁶⁹⁵ “Kirleten öder” ilkesi hakkında bkz. Turgut, Nükhet: “Kirleten Öder İlkesi ve Çevre Hukuku”, AÜHFD, C. 44 S. 1-4, 1995, 617 vd.

⁶⁹⁶ Erişgin, Tehlike Bağı, 138.

⁶⁹⁷ Nedenselliğin unsurları, nedensellik hakkındaki çeşitli görüşler için bkz. Weber, Helmut: Kausalitätsbeweis im Zivilprozess: Kausalität, Beweiswürdigung und Beweismass,

taşımaktadır⁶⁹⁸. Çünkü teknik risklerin yapısı gereği karmaşık nitelikte olması nedeniyle kazaların nedeni zaman zaman aydınlatılamaz, aydınlatılabilir olduğunda ise zarar ile karakteristik riziko arasındaki bağlantıyı kurmak kimi zaman kolay değildir⁶⁹⁹. Özellikle çevre sorunlarından doğan tazminat istemlerinde uzun bir zaman içinde yavaş yavaş ortaya çıkan, toplamalı zararlar veya mesafeli zararlar nedensellik bağının kurulmasını zorlaştırmaktadır⁷⁰⁰. Bu nedenle tehlike sorumluluğunda nedensellik bağının belirlenmesi çok tartışılır ve bu yüzden farklı teoriler ortaya atılır. Tartışma özellikle uygun nedensellik bağı kuramının isabetli olup olmadığı, bunun yerine normun koruma amacı kuramının geçirilip geçirilmemesi noktasındadır. Tehlike sorumluluğunda nedensellik bağı hakkında yanıtlanması gereken sorular şunlardır: 1-Nedensellik bağı kim kanıtlamak zorundadır, yani ispat yükü kimdedir? 2- Olayın nedeni aydınlatılamadığında sorumluluk ortadan kalkar mı? 3-Nedensellik bağının belirlenmesinde tabii nedenselliğin sınırlandırılması gerekli midir?⁷⁰¹ 4- Gerekliyse hangi ölçüte ya da

Beweiserleichterungen vornehmlich im Blick auf den Schadenersatzprozess wegen unerlaubter Handlungen, Tübingen 1997, 68 vd.; Atamer, Sorumluluğun Sınırlandırılması, 39 vd.

⁶⁹⁸ Eren, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975 (Uygun İlliyet Bağı), 2. Nedensellik bağı kavramı ve teorileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, Uygun İlliyet Bağı, 1 vd.

⁶⁹⁹ Bkz. Atamer, Sorumluluğun Sınırlandırılması, 89.

⁷⁰⁰ Erişgin, Çevre Kirletenin Sorumluluğu, 3-4.

⁷⁰¹ Epistemolojik sebep kavramı ile şart teorisinin getirdiği tabii sebep kavramı sorumluluk hukukunda adil bir sonuca ulaşılmasında yetersiz kaldığı için olayın şartlarını oluşturan olgular arasında en uygun olanını bulmaya çalışarak sorumluluğu sınırlandırmak gerekmiştir. Bkz. Atamer, Sorumluluğun Sınırlandırılması, 40-41.

kurama dayanarak bu sınırlandırma gerçekleştirilmelidir? 5-Karakteristik riziko ile nedensellik bağı arasındaki ilişki nedir?

İlk sorunun yanıtı açıktır, aksine bir düzenleme olmadığına göre genel kural çerçevesinde nedensellik bağına kanıtlama yükü zarar görene düşer⁷⁰². Teknik karmaşıklığı nedeniyle olayın nedeni tam olarak aydınlatılamadığında yani nedensellik bağı kanıtlanamadığında şüpheden zarar gören mi zarar veren mi yararlanır, bu soruya yanıt vermek gerekir⁷⁰³. Sorumluluk hukuku ceza hukukunun aksine kesin delillere dayanmak zorunda değildir, yargıç var olan delilleri vicdani kanısına göre takdir ederek karar verdiği için somut olayın özelliklerine göre zarar vereni sorumlu kılabilir⁷⁰⁴. Öğretide baskın görüş ve içtihat “ya hep ya hiç” ilkesini kabul eder, kısmi bir nedensellik düşünülemez, oysaki bu kabul Tholl ve Wilburg’a

⁷⁰² Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. §6/III/B.

⁷⁰³ Bkz. Lühn, 2; Schlüchter, 136, 162-164; Zweigert/Kötz, 23. İsviçre hukukunda şimdiye dek yasalarla da kural olarak yargı aracılığıyla da hatta tıbbi sorumluluk ya da çevrede meydana gelen zararlar nedeniyle sorumlulukta dahi hiçbir nedensellik karinesi tanınmamıştır. Bununla birlikte Federal Mahkemenin bir alüminyum fabrikasının flor emisyonlarıyla kayısı kültürlerinin olası zehirlenmesi hakkında nedenselliği varsaydığı bir kararı bulunmaktadır. Widmer, Strict Liability, 340.

⁷⁰⁴ Eren, Uygun İlliyet Bağı, 61-62. Şüpheden zarar gören yararlanır. Schlüchter, 136; Zweigert/Kötz, 23.

göre somut olay adaletine uygun bir denkleştirmeyi sağlamaz⁷⁰⁵. Widmer tasarısında bu görüşe uygun bir düzenleme öngörülmüştür⁷⁰⁶.

Zararla tabii nedensellik ilişkisi içinde bulunan her neden yani her olgu sorumluluk doğuramaz, nedenselliğin sınırlandırılması gerekir⁷⁰⁷. Aksi halde herkes her şeyden sorumlu olurdu⁷⁰⁸. Oysaki sorumluluğun amacı bu değildir. Ancak nedenselliğin neye dayanarak, neye göre sınırlandırılması gerektiği tartışma konusudur⁷⁰⁹. Almanya, İsviçre ve Türkiye’de hem öğretinin hem de yargının kabul etmiş olduğu “uygun nedensellik bağı” kuramı tehlike sorumluluğuna uygun mudur, bu sorunun yanıtı aşağıda verilmeye çalışılacaktır. Tehlike sorumluluğunda karakteristik riziko dışındaki risklerin sorumluluğa yol açmaması ya da meydana

⁷⁰⁵ Tholl, 60-61; Wilburg, 3, 242; Eren, Uygun İlliyet Bağı, 101; Koziol, Helmut: “Austria – Causation under Austrian Law”, Unification of Tort Law: Causation, ECTIL, J. Spier (Editor), The Hague 2000 (Causation), 13. Benzer biçimde bkz. Widmer, Strict Liability, 340; Gerekçe, 243 vd .; Weber, 240.

⁷⁰⁶ Widmer tasarısının 56d maddesi şu hükümleri öngörmüştür : “Zarar ve nedensellik davacı tarafından kanıtlanmak zorundadır. Eğer bu kanıt kesinlik taşıyan biçimde getirilemezse ya da bu kanıt üretme olanağına sahip kişiden haklı nedenle bunu yerine getirmesi istenemezse mahkeme salt ikna edici olasılıkla yetinebilir; ayrıca tazminatın tutarı da olasılığın derecesine göre belirlenir.” Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. §6/III/C.

⁷⁰⁷ Dietz, 218; Kılıçoğlu, 291; Oğuzman/Öz, 2012, 43-44; Gerekçe, 111; Magnus, Ulrich: “Germany – Causation in German Tort Law”, Unification of Tort Law: Causation, ECTIL, J. Spier (Editor), The Hague 2000, 64; Atamer, Sorumluluğun Sınırlandırılması, 41; Erişgin, Çevre Kirlenenin Sorumluluğu, 81.

⁷⁰⁸ Eren, Uygun İlliyet Bağı, 28-30. Eren, şart teorisinin özellikle kusursuz sorumluluğa uygun düşmediğine işaret eder. Eren, Uygun İlliyet Bağı, 30; Erişgin, Çevre Kirlenenin Sorumluluğu, 78.

⁷⁰⁹ Kılıçoğlu, 291 vd. Nedensellik bağı teorileri hakkında bkz. Eren, Uygun İlliyet Bağı, 21 vd.

gelen sorumluluğun başka hukuksal temellere dayandırılması nedensellik bağı ile karakteristik rizikonun tehlike sorumluluğunda çok önemli bir bağlantısı olduğunu gösterir⁷¹⁰. Tehlike sorumluluğunda gerçekleşen zararın tazminat sorumluluğunun tanındığı tehlikenin tipik sonucu olup olmadığına bakılır⁷¹¹. Bu durum aynı zamanda nedenselliğin sınırlandırılmasında dayanılması gereken kuramın belirlenmesinde de etkili olmaktadır.

1- Uygun Nedensellik Bağı Kuramı

Türk, Alman ve İsviçre hukukunda baskın biçimde kabul gören uygun nedensellik bağı kuramına göre zarardan sorumlu tutulabilecek olgunun saptanmasında yaşam deneyimlerine ve olayların akışına göre en uygun olanın araştırılması gerekir⁷¹². “Conditio sine qua non” olarak açıklanan şart teorisine göre bir eylem, olgu olmasaydı zarar doğmazdı diyebildiğimiz durumlarda zararın ardındaki her zorunlu olgu sorumluluğa yol açarken uygun nedensellik bağı kuramına göre bunlardan zarara yol açmaya yaşamın olağan akışına göre en elverişli olanı sorumluluk doğurur⁷¹³. Nedensellik bağının belirlenmesinde salt mantık

⁷¹⁰ Boller, 123-124; Gerekçe, 142; Will, 301; Schlüchter, 133-134; Tholl, 22-23, 48; Deutsch, NJW, 76.

⁷¹¹ Tholl, 51-52; Esser, Gefährdungshaftung, 20.

⁷¹² Kılıçoğlu, 291; Dietz, 218; Schlüchter, 162; Boller, 123-124; Oğuzman/Öz, 2012, 44; Eren, Uygun İlliyet Bağı, 52-53; Atamer, Sorumluluğun Sınırlandırılması, 43; Erişgin, Çevre Kirletenin Sorumluluğu, 85.

⁷¹³ Kılıçoğlu, 291; Oğuzman/Öz, 2012, 43; Şenocak, 119. Krş. Bauer, 313; Eren, Uygun İlliyet Bağı, 21-27, 59: “Uygun illiyet teorisinin hareket noktası, aynen şart teorisinde olduğu gibi, zorunlu şart kavramı, başka bir deyimle tabii illiyet bağıdır.”

kuralları yeterli olamaz⁷¹⁴. Söz konusu kurama göre belirli bir sonucun zorunlu şartını oluşturan bir olgu ancak bu sonucun gerçekleşme olasılığını genel ve nesnel olarak artırıyor ve kolaylaştırıyorsa “sebebe” olarak nitelendirilebilir⁷¹⁵. Böylece bu kuram çerçevesinde uygun nedensellik bağı kuramı sorumluluğun sınırlandırılmasında rol oynar⁷¹⁶. Uygun nedensellik bağı kuramına göre nedenselliğin saptanması pek çok olayda güçlükler taşıdığı için kuram öğretide çeşitli eleştirilere uğramış ve tartışılmıştır⁷¹⁷. Bu eleştiriler arasında yaygın biçimde nedensellik belirlenirken Türk-İsviçre hukukunda egemen olan “sonradan değerlendirme teorisi” çerçevesinde zarara yol açan olaydan geriye doğru nesnel bir gözle bakılmasının bunu şart teorisine yakınlaştırdığı saptaması bulunmaktadır⁷¹⁸. Uygun nedensellik bağı kuramının uygulanmasında “önceden tahmin teorisi” izlendiğinde ise kusur kavramıyla ilişkili öngörülebilirlik ölçütü etkili olmaktadır, objektif bir gözle yaklaşarak ideal bir insanın öngörebileceği şartlar dikkate alınsa

⁷¹⁴ Kılıçoğlu, 292-293; Oğuzman/Öz, 2012, 43. Aynı yönde bkz. Gerekçe, 111-112.

⁷¹⁵ Atamer, Sorumluluğun Sınırlandırılması, 41.

⁷¹⁶ Eren, Uygun İlliyet Bağı, 54. Krş. Atamer, Sorumluluğun Sınırlandırılması, 73, 105. Sorumluluğu kuran illiyet, sorumluluğu sınırlandıran illiyet ayrımı hakkında bkz. Eren, Uygun İlliyet Bağı, 54; Atamer, Sorumluluğun Sınırlandırılması, 23-24. Ayrıca bkz. Will, 301.

⁷¹⁷ Eren, Uygun İlliyet Bağı, 97 vd.; Will, 300-301; Deutsch, NJW, 76; Tholl, 24 vd. Uygun nedensellik bağı kuramının korunması yönünde bkz. Oftinger/Stark, II/2, 2; Gassmann-Burdin, 133; Koch, Bernhard A.: Die Sachhaftung, Berlin 1992, 11; Nipperdey, Reform, 16; Boller, 123-124; Atamer, Sorumluluğun Sınırlandırılması, 41-42.

⁷¹⁸ Eren, Uygun İlliyet Bağı, 92-102; Kılıçoğlu, 293; Atamer, Sorumluluğun Sınırlandırılması, 55; Boller, 123; Kötz/Wagner, 206; Oğuzman/Öz, 2012, 45-46; Erişgin, Çevre Kirleninin Sorumluluğu, 89; Şenocak, 119.

bile⁷¹⁹ “öngörülebilirlik” tehlike sorumluluğuna uyan bir nedensellik kuramı değildir⁷²⁰.

Sebepe sonuç ilişkisinin saptanmasında şartlar arasından zarara yol açmaya yaşamın olağan akışına göre en elverişli olanını saptamak her zaman yeterli değildir. Bu husus eski Alman içtihadında demiryolları sorumluluğu ile ilgili olarak yasada geçen “işletmede” ibaresinden sadece yersel ve zamansal bağlantının yani dışsal nedenselliğın aranmasında açıkça görülür, içsel nedenselliğın aranmaması yani zararın işletme tehlikesine dayanıp dayanmadığı üzerinde durulmayıp sonuca varılması haklı olarak eleştiriye uğramıştır⁷²¹.

Bundan başka Alman Federal Mahkemesi’nin bir başka kararına konu olayda bir çiftlikte beslenen gümüş tilkiler çiftliğın üzerinden alçak uçan uçağın gürültüsü yüzünden zarar görmüştür, mahkeme uçağın uçuş gürültüsünün “normal konumdaki hayvanlar” için tehlikesiz olduğu, ancak gümüş tilkilerin özel duyarlılıkları nedeniyle zarar gördüğü gerekçesiyle nedenselliğın uygun olmadığına hükmetmiştir⁷²².

Widmer tasarısının TBK’ye alınmayan “Nedensellik Bağı” başlıklı 47. maddesine göre ise “Bir kişi ancak kendisine isnat edilen olgu zarar ile hukuksal

⁷¹⁹ Bkz. Atamer, Sorumluluğın Sınırlandırılması, 55-59.

⁷²⁰ Eren, Uygun İlliyet Bağı, 87-92; Magnus, 65; Dietz, 218-219; Boller, 123; Yoon, 24-25; Tholl, 24; Wilburg, 42; Oğuzman/Öz, 45-46; Atamer, Sorumluluğın Sınırlandırılması, 52-53. Ayrıca bkz. Will, 301. Salt tehlike sorumluluğunda değil, genel olarak uygun nedensellik bağıının isabetli olmadığı hakkında görüşler için bkz. Tholl, 41-45; Kötz/Wagner, 206; Dietz, 184, 219.

⁷²¹ Boller, 125-131; Kötz/Wagner, 207-208; Wilburg, 43; Esser, Gefährdungshaftung, 21-22; Atamer, Sorumluluğın Sınırlandırılması, 68-69. Bkz. Dietz, 185-186.

⁷²² Tholl, 39-40, 53; Kötz/Wagner, 206.

olarak önemli bir nedensellik bağı içinde bulunduğu takdirde zararı gidermekle sorumlu olur.” Madde gerekçesine bakıldığında hukuksal nedensellik bağında zarara yol açmaya yaşamın olağan akışına göre en elverişli olan olgunun sorumluluğa yol açıp açmayacağı hususunda hukuksal açıdan değerlendirilerek sonuca varılır⁷²³. Hukuksal olarak yapılması öngörülen değerlendirme, normun koruma amacı ortaya çıkarılarak tazminat isteminin buna uygunluğunu denetleme anlamına gelir, tehlike sorumluluğunda söz konusu hukuksal bağ, “risk ilişkisi” bakımındandır⁷²⁴, bu husus öğretide tehlike bağı olarak adlandırılmaktadır⁷²⁵. Bu açıdan tasarıdaki düzenlemenin uygun nedensellik bağı kuramını korumakla birlikte sorumluluğu kurucu illiyet ile sorumluluğu sınırlandırıcı illiyeti birbirinden ayırt ettiği görülmektedir⁷²⁶.

2- Normun Koruma Amacı Kuramı

Uygun nedensellik bağı kuramı nedenselliğin belirlenmesinde yetersiz kaldığından, sorumluluğun sınırlandırılabilmesini sağlamak için öğretide “hukuka aykırılık bağı” ya da “normun koruma amacı” olarak bilinen⁷²⁷ başka bir kuram geliştirilmiştir⁷²⁸. Bu kurama göre sebep-sonuç ilişkisinin saptanmasında mantık kuralları yanında ahlâka, adalete dayanan değerlendirmelere de gereksinim

⁷²³ Gerekçe, 111. Bu açıdan Widmer tasarısında öngörülen nedensellik bağı kuramı normun koruma amacı kuramıyla birebir örtüşmez.

⁷²⁴ Widmer, Pierre: “Switzerland – Causation under Swiss Law”, Unification of Tort Law: Causation, ECTIL, J. Spier (Editor), The Hague 2000 (Causation), 109.

⁷²⁵ Erişgin, Tehlike Bağı, 144 vd.

⁷²⁶ Widmer, Causation, 105-106. Ayrıca bkz. Magnus, 63; Koziol, Causation, 12.

⁷²⁷ Terminolojideki kavram kargaşası hakkında bkz. Atamer, Sorumluluğun Sınırlandırılması, 73.

⁷²⁸ Kılıçoğlu, 292; Tholl, 56-57; Eren, Uygun İlliyet Bağı, 98-100; Magnus, 65; Adams, 197-200; Atamer, Sorumluluğun Sınırlandırılması, 30, 62-69; Erişgin, Tehlike Bağı, 141-143.

bulunmaktadır. Buna göre zararı sorumluluğun dayandığı davranış ya da olaya dayandırmanın adil olup olmadığı, ilgili normun amacına uygun düşüp düşmediği değerlendirilmelidir⁷²⁹.

Gerçi her iki kuram sıklıkla bizi aynı sonuca ulaştırır; ancak bazı durumlarda normun koruma amacı kuramı uygun nedensellik bağı içinde görülen zararları sorumluluğun dışında bırakırken, bazı durumlarda uygun nedensellik bağının bulunmadığı beklenmedik zararlar normun koruma amacı kapsamında olduğu için sorumluluğa yol açar⁷³⁰. Bilim ve tekniğin yarattığı yeni, atipik olgular bakımından uygun nedensellik bağı kurulamadığından zarar görenin uğradığı zarara bizzat katlanması normun amacına uygun düşmediği gibi dağıtıcı adalet ilkesi ile de çelişir⁷³¹.

Normun koruma amacı kuramına Almanya uygulamasında sıkça başvurulmuştur⁷³². Tholl, “hukuka aykırılık bağı” teriminin tehlike sorumluluğunda kullanılmasının tehlike sorumluluğunda hukuka aykırılık unsurunun eksikliği nedeniyle isabetli olmayacağı gerekçesiyle “normun koruma amacı” terimini

⁷²⁹ Kılıçoğlu, 292-293; Eren, Uygun İlliyet Bağı, 98-100.

⁷³⁰ Tholl, 61. Krş. Eren, Uygun İlliyet Bağı, 122-125.

⁷³¹ Erişgin, Çevre Kirletenin Sorumluluğu, 91.

⁷³² Kılıçoğlu, 292; Tholl, 55, 57. Bu kararlardan birine konu olan olayda henüz 14 yaşında olmayan bir oğlan çocuğu bir bovlng salonunda saat 20.00’den sonra çocuk çalıştırma yasağına karşı bovlng konilerini yerleştirme işiyle uğraşır. Erken fırlatılan top yüzünden çocuk yaralanır. Salon işletenine karşı açılan dava reddedilmiştir, çünkü işleten çocuk çalıştırma yasağına uymamış olsa da bu zararın çocuk gündüz çalışıyor olsaydı da gerçekleşebileceği, zararın işin ağırlığıyla, zahmetiyle bir ilgisi olmadığı belirtilmiştir. Tholl, 55.

yeğlemektedir⁷³³. Tehlike sorumluluğunda hukuka aykırılık unsurunun eksik olduğu görüşüne katılmamakla birlikte biz de “normun koruma amacı” teriminin kuramı daha iyi açıkladığı kanısındayız.

Normun koruma amacı kuramına göre tehlike sorumluluğunda sadece sorumluluğa ilişkin yasal düzenlemenin işaret ettiği ve tehlike sorumluluğunun yasa koyucu tarafından kabulüne vesile oluşturan, uğruna sorumluluğun öngörüldüğü özel tehlikenin yol açtığı zararlar tazmin edilebilir⁷³⁴. Özel tehlike sorumluluğu düzenlemelerine normun koruma amacı kuramının şu sınırlamalarla yansıdığı görülür: “işletilmesi sırasında”, “bir hayvan aracılığıyla”, “nükleer olay” ya da “bir organizmanın özellikleri” vs.⁷³⁵ Dogmatik olarak bir normun koruma amacının bulunup ortaya çıkarılmasında teleolojik bir yasa yorumu söz konusudur⁷³⁶. Bu kuramı uygularken bir normun özel bir çıkarı koruyup korumadığını, zarar görenin değerinin korunup korunmadığını ve bu zararı önlemek için normun çıkarılmış olup olmadığını saptamak gerekir⁷³⁷. Yani aslında tehlike sorumluluğunda normun koruma amacı kuramının dayanağı genel davranış yükümleri, diğer bir ifadeyle bir tehlikenin yaratılmış olması karşısında zarar gören kişinin haklı bir korunma beklentisinin bulunmasıdır⁷³⁸. Sözü edilen kuram gereğince sadece normun

⁷³³ Tholl, 58.

⁷³⁴ Dietz, 184-185; Tholl, 24; Kötz/Wagner, 206; Boller, 123-124; Gerekçe, 142; Will, 301; Schlüchter, 133-134; Deutsch, NJW, 76. Sorumluluk dışında bırakılan rizikolar öğretide “genel yaşam rizikosu” olarak anılmaktadır. Tholl, 85; Kötz/Wagner, 206.

⁷³⁵ Dietz, 185.

⁷³⁶ Tholl, 59; Dietz, 219; Koziol, Causation, 12; Atamer, Sorumluluğun Sınırlandırılması, 86.

⁷³⁷ Tholl, 58-60.

⁷³⁸ Atamer, Sorumluluğun Sınırlandırılması, 76-77.

engellemek istediği bir tehlikenin gerçekleşmesi biçiminde meydana gelen zarar denkleştirilir⁷³⁹. Alman Medeni Kanunu madde 823/2’de normun koruma amacı kuramı açıkça ifadesini bulmuştur, çünkü sözü edilen fıkra göre bir koruma normunun ihlali halinde de ilk fıkroda öngörülen kusurlu tazminat sorumluluğu gerçekleşir⁷⁴⁰.

Tehlike sorumluluğu düzenlemelerinde normun özel bir çıkarı koruduğu kuşkusuzdur, bu bakımdan ayrıca bir değerlendirme yapmaya sıklıkla gerek kalmaz⁷⁴¹. Ancak tehlike sorumluluğunda normun koruma amacı kuramının önemi tazmin edilmesi gereken zararın saptanmasında ortaya çıkar⁷⁴². Herhangi biçimde tehlikeli nesnenin işletilmesi, tutulması vs. ile ilişkili tüm zararlar için sorumluluğun kabulü halinde çok ileri gidilmiş olacağı dikkate alındığında, hangi zararların tazmin edileceği konusunda ağırlıklı olarak “işletme tehlikesinin”, daha doğrusu işletme faaliyetine, şeye özgü tehlikenin, karakteristik rizikonun gerçekleşmesi sonucu meydana gelip gelmediği ölçütüne dayanılır⁷⁴³.

3- Değerlendirme

Tehlike sorumluluğunda meydana gelen zarardan zarar verenin sorumlu tutulabilmesi için zararın tipik rizikodan kaynaklanmasının şart olması, tehlike sorumluluğunda nedensellik bağının belirlenmesini diğer sorumluluk hallerinden

⁷³⁹ Tholl, 60.

⁷⁴⁰ Tholl, 59.

⁷⁴¹ Tholl, 62.

⁷⁴² Tholl, 62.

⁷⁴³ Tholl, 26, 62-63; Dietz, 219; Kötz/Wagner, 206; Atamer, Sorumluluğun Sınırlandırılması, 81-83.

farklı kılmaktadır⁷⁴⁴. Öyle ki beklenmedik karşılanan, yaşamın olağan akışına göre olağanüstü görülebilecek zararlar normun koruma amacı kapsamında yer aldığı, yani tipik rizikonun gerçekleşmesi halinde tazmin edilmesi yasa koyucu tarafından emredildiği için sorumluluğa yol açar⁷⁴⁵. Uygun nedensellik bağı kuramı çerçevesinde zararın en uygun nedeni olarak görülen olgu ise karakteristik riziko ile ilgisiz olduğu takdirde uygun nedensellik bağı bulunmasına karşın sorumluluk doğurmaz ya da ilgili tehlike sorumluluğu düzenlemesi çerçevesinde değil de başka bir isnat temeli çerçevesinde sorumluluk doğurur. Bu nedenle diğer sorumluluk alanlarında değilse de tehlike sorumluluğunda normun koruma amacı kuramı, tehlike sorumluluğunun amacına daha uygun biçimde sorumluluğun sınırlarının çizilmesini sağlamaktadır⁷⁴⁶.

B- Nedensellik Bağının Kesilmesi⁷⁴⁷

Nedensellik bağı ortadan kaldıran nedenler, TBK’de ayrıca düzenlenmiş olmamakla birlikte⁷⁴⁸, öğretide ve yargıda kabul gören görüşe göre mücbir neden,

⁷⁴⁴ Aynı yönde bkz. Magnus, 67-68.

⁷⁴⁵ Bu yönde yüksek mahkeme kararları için bkz. Atamer, Sorumluluğun Sınırlandırılması, 84-85.

⁷⁴⁶ Koziol, normun koruma amacı kuramının gerekli esnekliği de sağladığını belirtmektedir. Koziol, Causation, 13. Kuramın eleştirisi için bkz. Adams, 198-200.

⁷⁴⁷ Nedensellik bağının kesilmesi terimi isabetli değildir, çünkü nedensellik bağı ya vardır ya da yoktur, nedensellik bağının kesilmesi ancak mecaz anlamda kullanılabilir. Eren, Uygun İlliyet Bağı, 174. Aynı yönde bkz. Gerekçe, 112.

⁷⁴⁸ Will, tehlike sorumluluğu genel kuralı için kaleme alınan önerilerin hiçbirinde mücbir neden kurtuluş nedeninininden bahsetmenin unutulmadığına dikkat çeker. Will, 285. Stark, belirtilmese bile mücbir nedenin daima sorumluluktan kurtuluş nedenleri arasında olduğuna dikkat çeker. Stark, ZSR, 1967, 30.

zarar görenin kusuru ile üçüncü kişinin kusuru olarak üçe ayrılır⁷⁴⁹. Bunlar hem tehlike sorumluluğu ve olağan sebep sorumluluğu hallerinde hem de kusur sorumluluğunda kabul edilir⁷⁵⁰. Bunlardan zarar görenin kusuru ile üçüncü kişinin kusurunun tehlike sorumluluğunda sorumluluğu ortadan kaldırıp kaldırmadığı ya da hangi durumda sorumluluğu ortadan kaldırdığı tartışmalıdır. Öte yandan mücbir nedenin kavramsal olarak olduğu kadar tehlike sorumluluğunda sorumluluğu ortadan kaldıran neden olarak başvurulması bakımından da sorunlu olduğu ileri sürülmektedir⁷⁵¹. Mücbir neden öğretide en çok tartışma yaratan, hakkında öğretilerin ileri sürüldüğü sorumluluktan kurtulma nedenidir⁷⁵².

1- Mücbir Neden ya da Önüne Geçilemez Olay

Arapça bir kavram olan mücbir neden, Türkçeye “zorlayıcı neden” olarak çevirilebilir⁷⁵³. Mücbir neden kavramının çağrıştırdığı şeyler beklenmedik olma, umulmayan bir hal, önüne geçilemez olma, olağanüstülüktür⁷⁵⁴. Mücbir neden salt

⁷⁴⁹ Eren, Uygun İlliyet Bağı, 174 vd.; Will, 285; Stark, ZSR, 1967, 19-21; Lühn, 53; Stoll, 19; Widmer, Strict Liability, 338; Koziol, FS Wilburg, 182; Schlüchter, 136; Schlumprecht, 66; Zweigert/Kötz, 9; Strickler, 152. Bunun dışındaki kavramlar sıklıkla genel değildir, bu açıdan yerinde görülmez. Kötz, Gutachten, 1810-1811.

⁷⁵⁰ Eren, Uygun İlliyet Bağı, 174-175; Strickler, 152; Will, 285; Gassmann-Burdin, 132; Üçışık, 128-129; Stobbe, Ulrich: Höhere Gewalt – eine rechtshistorische Untersuchung, Göttingen 1963, 72 vd.; Erişgin, Çevre Kirleninin Sorumluluğu, 123-130. Dar ve geniş anlamda tehlike sorumluluğu ayırımına göre mücbir nedenin sorumluluğa etkisi hakkında bkz. Dietz, 236-237.

⁷⁵¹ Will, 286-293. Bkz. Dietz, 193.

⁷⁵² Eren, Uygun İlliyet Bağı, 175; Will, 102, 286 vd.; Stobbe, 72-73.

⁷⁵³ Türkçe Sözlük, 1156.

⁷⁵⁴ Lühn, 53.

sözleşme dışı sorumluluk hallerinde değil, sözleşme sorumluluğunda da sorumluluğu ortadan kaldıran bir haldir. Konumuz açısından önemli olan, sözleşme dışı sorumlulukta mücbir nedenden ne anlaşıldığı ve özellikle tehlike sorumluluğunda ne anlama geldiği olmalıdır. Mücbir neden öğretide şöyle tanımlanır: Sorumlunun faaliyeti ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun ihlaline mutlak ve kaçınılmaz biçimde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması olanaksız olağanüstü bir olaydır⁷⁵⁵. Öyleyse mücbir neden oluşturan bir olayın özellikleri şunlardır: dışsallık, kaçınılmazlık, öngörülemezlik, olağanüstülük⁷⁵⁶. Bu unsurlardan dışsallık ve olağanüstülük tehlike sorumluluğunda özellikle önem taşır⁷⁵⁷. Çünkü bir olayın öngörülemez olup olmadığı sorumlunun kusuruna ya da yapabileceklerine ilişkin bir unsurdur, oysaki tehlike sorumluluğunda bunun hiçbir önemi yoktur⁷⁵⁸.

Mücbir neden ile umulmayan hal kavramları birbirinden farklıdır⁷⁵⁹. Umulmayan hal her zaman sorumluluğun ortadan kalkmasına yol açmaz, daha ziyade

⁷⁵⁵ Eren, Uygun İliyet Bağı, 176; Esser, Gefährdungshaftung, 112; Zweigert/Kötz, 39; Lühn, 53-54; Widmer, Strict Liability, 338; Will, 290-291; Dietz, 190-191; Kötz, Gutachten, 1807; Kötz/Wagner, 209-210; BGH VersR 1986, 92, Deutsch/Ahrens, 161; Yoon, 37; Tholl, 79. Dışsallık ve önüne geçilemez olma unsurları objektif ve sübjektif görüşe dayanarak bir araya getirilmiş, Alman Federal Mahkemesi ise olağanüstülük unsurunu eklemiştir. Will, 290-291.

⁷⁵⁶ Eren, Uygun İliyet Bağı, 177-184; Lühn, 37-38, 53-54; Dietz, 190-191; Zweigert/Kötz, 15; Yoon, 37-38; Widmer, Strict Liability, 342; Dietz, 190-191; Wilburg, 93, 209-210.

⁷⁵⁷ Pfeiffer, 47; Kötz, Gutachten, 1804-1806; Lühn, 53-54; Wilburg, 214-217; Yoon, 82-83.

⁷⁵⁸ Bkz. Eren, Uygun İliyet Bağı, 183-184; Dietz, 194; Pfeiffer, 49; Will, 211-213; Yoon, 38; Widmer, Strict Liability, 338; Esser, Gefährdungshaftung, 113. Aynı yönde bkz. Stobbe, 76. Krş. Lühn, 54.

⁷⁵⁹ Bkz. Pfeiffer, 49. Krş. Schlüchter, 160. Bunların yanında Alman hukukuna özgü “kaçınılmaz olay” kavramı da bulunmakla birlikte artık geçmişte kalmış bir kavramdır. Pfeiffer, 46, 49; Stobbe, 74.

sorumlunun ya da borçlunun kusuru olmadığına işaret eder⁷⁶⁰. Bir olayın umulmayan hal mi mücbir neden mi olduğu değerlendirilirken dışsalılık unsuru mutlaka dikkate alınır. Çünkü umulmayan hal işletme faaliyetine yabancı olmayan bir olay da olabilir, oysaki mücbir neden mutlaka işletme faaliyetine yabancı, onunla ilgisiz bir olaydır⁷⁶¹. Önüne geçilemez olay kavramı ise mücbir nedenin yerine “mücbir neden” kavramının sorumluluğa etkilerini hafifletmek amacıyla kullanılmıştır⁷⁶². Fakat belirtmek gerekir ki önüne geçilemez olma mücbir nedenin unsurlarından biridir, yani mücbir neden salt önüne geçilemez olmaktan ibaret değildir, bu nedenle “önüne geçilemez olay” kavramı Alman içtihadında tutunamamıştır⁷⁶³. Dolayısıyla mücbir neden ya da zorlayıcı neden kavramı tercih edilmelidir.

Mücbir nedeni meydana getiren olay olağanüstü olmalıdır. Ancak olağanüstülük faaliyete, şeye, duruma göre değişebilen göreceli bir kavramdır⁷⁶⁴. Bu açıdan bir olay her zaman, her koşulda olağanüstü sayılamaz. Örneğin bir otomobile düşen yıldırım mücbir neden oluştururken bir elektrik şebekesine, atom santraline ya

Ayrıca bkz. Kötz, Gutachten, 1804; Kötz/Wagner, 209; Deutsch, NJW, 75; Yoon, 39; Tholl, 78; Eren, Uygun İlliyet Bağı, 209-210.

⁷⁶⁰ Bkz. Dietz, 194-196.

⁷⁶¹ Eren, Uygun İlliyet Bağı, 176; Schlüchter, 54.

⁷⁶² Will, 296.

⁷⁶³ Will, 296-297; Kötz/Wagner, 209. Krş. Schlüchter, 160-161.

⁷⁶⁴ Schlüchter, 161; Esser, Gefährdungshaftung, 112-113; Eren, Uygun İlliyet Bağı, 178; Dietz, 191-192; Zweigert/Kötz, 39; Wilburg, 210-211. Art. 7:102 PETL’ye (Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkelerine) göre her somut durumda mücbir nedenin sorumsuzluğa yol açıp açmadığı değerlendirilir. Pfeiffer, 46.

da uçağa düşen yıldırım mücbir neden oluşturmaz⁷⁶⁵. Bir tramvay bir sel felaketi sırasında deprem dalgası nedeniyle raydan çıkarsa dışarıdan kaynaklanan bir olay söz konusu olur, ancak raylı sistem oluklarındaki metal çivilerden biri nedeniyle raydan çıkarsa dışarıdan kaynaklanmış olmaz⁷⁶⁶. Mücbir nedeni oluşturan olay yıldırım düşmesi, deprem, kasırga gibi tabii bir olay olabileceği gibi isyan, savaş, terör faaliyeti gibi sosyal bir olay ya da ölüm gibi hukuksal bir olay olabilir⁷⁶⁷. Mücbir nedende dışsallık yersel anlamda değil işlevsel anlamda yani normun koruma amacıyla ilişkili olarak anlaşılmalıdır, bir başka ifadeyle olay işletme ya da faaliyetle ilgisiz olmalıdır⁷⁶⁸.

Burada tehlike sorumluluğu bakımından işaret edilmesi gereken husus, karakteristik riziko gerçekleşmediğinde mücbir nedenin var olup olmadığının sorgulanmasına gerek olmamasıdır⁷⁶⁹. Mücbir neden karakteristik rizikonun gerçekleştiği hallerde bir önem taşır⁷⁷⁰. Zaten karakteristik riziko önüne geçilemeyen bir riziko olduğu için tehlike sorumluluğu öngörüldüğünden mücbir nedeni bundan ayırt etmek gerekir⁷⁷¹. Bu nedenle gelişim rizikosu tehlike sorumluluğu dışında bırakıldığı takdirde bunun mücbir neden oluşturup oluşturmadığını sorgulamaya

⁷⁶⁵ Eren, Uygun İlliyet Bağı, 178.

⁷⁶⁶ BGH VersR 1963, 1050, Deutsch/Ahrens, 161.

⁷⁶⁷ Eren, Uygun İlliyet Bağı, 177-178; Kötz/Wagner, 210; Esser, Gefährdungshaftung, 113.

⁷⁶⁸ Eren, Uygun İlliyet Bağı, 179-180; Dietz, 191; Kötz, Gutachten, 1803, 1807; Kötz/Wagner, 210; Schlumprecht, 66.

⁷⁶⁹ Will, 298.

⁷⁷⁰ Will, 298. Ayrıca bkz. Dietz, 193. Krş. Yoon, 38; Deutsch, NJW, 75.

⁷⁷¹ Kötz, Gutachten, 1805; Gerekçe, 141; Gassmann-Burdin, 85.

gerek yoktur⁷⁷². Mücbir nedeni oluşturan olayın gerçekleşmesi sorumluluğun ortadan kalktığına hüküm vermek için yeterli olmaz, özellikle tehlike sorumluluğu hallerinde karakteristik riziko ile zarar arasındaki nedensellik bağına kesecek yoğunlukta, böylesine olağanüstü bir olay olup olmadığı değerlendirilmelidir⁷⁷³. Öte yandan sorumlunun ek kusuru da sorumluluğu ağırlaştırıcı bir rol oynadığından mücbir nedenin sorumluluğu ortadan kaldırdığı sonucuna varılamaz. Bunların yanında mücbir nedenin sorumluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak tanınmadığı yasal düzenlemelerle de karşılaşılabılır⁷⁷⁴. Fakat münferit yasalarda ve bu arada TBK’de nedensellik bağına kesen haller ayrıca düzenlenmemiş olsa da nedensellik bağı sorumluluğun bir unsuru olduğu için bunu ortadan kaldıran nedenlerin sorumluluğu ortadan kaldırması gerektiği kuşkusuzdur⁷⁷⁵.

Önemli ölçüde tehlikeli işletme faaliyetlerinin karakteristik rizikosunun gerçekleştiği hallerde işletme faaliyetine, işletme faaliyetinin tehlikesine yabancı,

⁷⁷² Yoon, 77.

⁷⁷³ Widmer, Strict Liability, 342; Deutsch/Ahrens, 163. Bu konudaki farklı görüşler için bkz. Will, 299. Karayolunda çiviler ya da ışiksiz engellerin, fark edilemeyen ani buzlanmaların ya da yağ birikintilerinin, yayaların yola öngörülemeyen biçimde atlaması, yoldaki çocuklar ya da hayvanlar, diğer araçlar tarafından atılan taşların ön cama isabet etmesi nedeniyle görememenin yol açtığı kazalar hep karayolları trafiğinin tipik riskleridir ve kaçınılmaz olaylar olarak sorumluluğun dışında bırakılamaz. Caemmerer, Reform, 22; Kötz, Gutachten, 1805.

⁷⁷⁴ Yoon, 39; Pfeiffer, 46; Kötz, Gutachten, 1808-1809; Will, 285; Dietz, 197-198: “Yasa koyucu beklenen zararın önemli ölçüde büyük ya da riziko potansiyelinin hiç bilinmediği hallerde zarar gören kimseleri en iyi şekilde korumaya çalışmaktadır.” Bu konuda Dietz, yasa koyucunun keyfi hareket ettiğini ileri sürer. Dietz, 193.

⁷⁷⁵ Pfeiffer, 48; Lühn, 53. Bkz. Dietz, 190; Deutsch, NJW, 75.

olağanüstü, kaçınılmaz bir olay gerçekleştiğinde bunun sorumluluğa etkisi değerlendirilirken işletme faaliyetinin karakteristik rizikosunun yoğunluğu önemlidir⁷⁷⁶. Öyle ki ağır zararlara yol açmaya elverişli rizikolar bakımından bir mücbir nedenin nedensellik bağıını ortadan kaldırması çok güç, neredeyse olanaksızdır⁷⁷⁷. Örneğin bir nükleer santralde gerçekleşen nükleer patlama ya da nükleer sızıntı bakımından buna deprem ya da kasırganın ya da terör faaliyetinin yol açmasının sorumluluk bakımından bir önemi yoktur, çünkü nükleer santral işletme faaliyetinin karakteristik rizikosu ağır zararlara yol açmaya elverişli nükleer felaketlerdir⁷⁷⁸. Buna karşılık bir uçağın korsanlarca kaçırılması ve bu yüzden uçağın düşmesi nedeniyle gerçekleşen zararlar bakımından havayolları işletmesi sorumlu tutulamaz, çünkü terör faaliyeti havayolları işletme faaliyetinin karakteristik rizikosuna yabancı, olağanüstü bir olay olarak karakteristik riziko ile zarar arasındaki nedensellik bağıını ortadan kaldırabilecek niteliktedir⁷⁷⁹. Fakat örneğin açık hava türbülansı yüzünden uçağın düşmesi halinde hava şartları karakteristik rizikonun zararlar nedensellik bağıını kesmeye elverişli değildir⁷⁸⁰. Mücbir nedenin tehlike sorumluluğunda nedensellik bağıını kesip kesmediğini saptamak her zaman kolay

⁷⁷⁶ Will, 300; Pfeiffer, 30; Widmer, Strict Liability, 342. Aynı yönde bkz. Yoon, 204.

⁷⁷⁷ Will, 303.

⁷⁷⁸ Will, 303.

⁷⁷⁹ Terör faaliyetlerinin mücbir neden olarak kabul edilmesi meselesi hakkında bkz. Dietz, 192; Kötz/Wagner, 210: Alman içtihadında terörist saldırının mücbir neden olarak kabul edilmeyip sorumluluğun doğduğu bir karar bulunmaktadır.

⁷⁸⁰ Dietz, 192. Böyle bir durumda tipik riziko mücbir neden kavramına dahil olabilecek olayları da kapsar. Dietz, 192.

değildir⁷⁸¹. Bu güçlükler nedeniyle yurtdışındaki bazı düzenlemelerde, Avusturya tasarısı madde 1304/4'te ve PETL (Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri) madde 7:102'de, mücbir neden halinde sorumluluğun hafifletilmesi ya da ortadan kaldırılması hususunda yargıca takdir yetkisi tanınmıştır⁷⁸², bu düzenlemelerde Wilburg'un görüşlerinin etkili olduğu anlaşılmaktadır. TBK'de böyle bir düzenleme yoktur, dahası genel tehlike sorumluluğuna ilişkin sorumluluğu ortadan kaldıran nedenler özel olarak düzenlenmemiştir, kanımızca buna gerek de bulunmamaktadır⁷⁸³.

2- Zarar Görene İsnat Edilebilen Eylem ya da Olgu

Zarar görenin eyleminin ya da zarar görenin etki alanındaki bir rizikonun nedensellik bağıını etkilemesinin sorumluluk bakımından ne gibi sonuçlara yol açacağı hakkında öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmüş ve yargıda farklı sonuçlara varan kararlar verilmiştir⁷⁸⁴. Bunun temelinde tehlike sorumluluğunun temelindeki karakteristik rizikonun yoğunluğunun başka etmenlerin nedensellik bağıını etkisini çok sınırlı düzeyde bırakması bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle mücbir nedende olduğu gibi zarar görene isnat edilebilecek eylem ya da olgunun zarar verenin

⁷⁸¹ Dietz, 191.

⁷⁸² Pfeiffer, 31, 49-50; Kötz, Gutachten, 1808. Deutsch ve Yoon, böyle bir düzenlemeden yanadır. Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, 445; Yoon, 208-209. Pfeiffer, bu yoldan vazgeçilmesi gerektiğini savunmaktadır. Pfeiffer, 50.

⁷⁸³ Krş. Kötz, 32-33; Will, 285; Schlüchter, 325-334; Üçışık, 128-129.

⁷⁸⁴ Bkz. Dietz, 191; Kötz, Gutachten, 1808; Will, 295-296; Yoon, 40: "Tehlike sorumluluğunda ortak kusur olduğunda sorumluluğu ortadan kaldıran bir nedenden değil, bilakis sorumluluğun sınırlandırılma nedeninden söz edilir."

sorumluluğunu ortadan kaldırabilmesi için karakteristik riziko ile zarar arasındaki nedensellik bağıını kesecek düzeyde yoğun olması gerekir⁷⁸⁵. Kusur sorumluluğundan farklı olarak tehlike sorumluluğunda zarar verenin meydana getirdiği riski göze almasının, kabullenmesinin sorumluluğa etkileri de tartışma konusudur. Bu nedenle sorunu iki ayrı alt başlık altında incelemek gerekir.

a- Zarar Görenin Etki Alanındaki Ağır Kusur ya da Karakteristik Riziko

Zarar görenin kendisinin ya da eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin davranışı ya da zarar görene isnat edilebilen, onun etki, müdahale alanında bulunan bir karakteristik riziko zarar verenin etki alanındaki karakteristik rizikonun⁷⁸⁶ yol açtığı zararın meydana gelmesine ya da artmasına, ağırlaşmasına yol açtığı, katkıda bulunduğu takdirde zarar verenin sorumluluğunun varlığı ve kapsamı bu husus dikkate alınarak değerlendirilir⁷⁸⁷. Widmer tasarısının 47a maddesine göre “Zarar verene isnat edilemeyen bir olgu, yani mücbir neden ya da zarar görenin ya da üçüncü kişinin bir davranışı ya da zarar gören ya da üçüncü kişiye isnat edilebilen bir karakteristik riziko, zararın gerçekleşmesine ya da artmasına açıkça baskın biçimde

⁷⁸⁵ Stark, ZSR, 1967, 40.

⁷⁸⁶ Her karakteristik riziko değil hakkında tehlike sorumluluğunun öngörüldüğü ya da genel tehlike sorumluluğuna bağlanan bir riziko, sorumluluğun sınırlandırılmasında ya da ortadan kalkmasında dikkate alınabilir. Yoon, 40-41.

⁷⁸⁷ Wilburg, 218; Eren, Uygun İlliyet Bağı, 187 vd.; Kötz, Gutachten, 1808; Schlüchter, 84-85; Dietz, 198; Tholl, 68-69. Zarar görenin kusuru ifadesi doğru değildir, burada aslında kendisine zarar vermeme yönünde bir külfetten söz edilebilirse de sonuç farksızdır. Tholl, 70-72; Eren, Uygun İlliyet Bağı, 189.

katkıda bulunduğu takdirde kişi sorumluluktan kurtulur.”⁷⁸⁸ Her ne kadar maddenin düzenlenme biçiminden açıkça anlaşılmasa da madde gerekçesinde sorumluluğun sona erip ermeyeceğı ya da sorumluluğun kapsamı duruma göre yargıç tarafından takdir edilir, bunda zarar verene yüklenemeyen nedenin ne derece yoğun olduğu dikkate alınır⁷⁸⁹.

Kusur sorumluluğunda olduğu gibi zarar görenin kusuru ancak ağır olduğunda sorumluluk bakımından dikkate alınabileceğini belirtmek gerekir⁷⁹⁰. Bununla birlikte zarar görenin ağır kusurunun sorumluluğa etkisi tehlike sorumluluğu hallerinde karakteristik rizikonun yoğunluğuna bağılı olarak değerlendirilmelidir⁷⁹¹. Örneğin bir nükleer santralde çalışan bir kişinin kusuru yüzünden gerçekleşen nükleer patlama sonucunda kusurlu çalışan öldüğü takdirde nükleer santral işleteninin bu zarardan sorumlu tutulmaması kabul edilemez, karakteristik riziko öylesine yoğundur ki zarar görenin ağır kusuru zarar ile karakteristik riziko arasındaki nedensellik bağıını kesmeye yetmez⁷⁹². Zarar görenin ağır kusurunun ya da zarar görene isnat edilen karakteristik rizikonun nedensellik bağıını kesmediğı durumlarda TBK madde 52/1’e göre tazminattan indirim yapılabileceğı kabul edilir, burada yargıç somut olayın koşullarına göre adalet ve

⁷⁸⁸ Bkz. Wilburg, 63.

⁷⁸⁹ Gerekçe, 112-113; Dietz, 199.

⁷⁹⁰ Bkz. Kötz, Gutachten, 1820-1822; Wilburg, 64. Stark aksi görüştedir. Bkz. Eren, Uygun İlliyet Bağı, 192.

⁷⁹¹ Kötz/Wagner, 210-211; Boller, 79, 82.

⁷⁹² İtalya’da kabul edilen nükleer sorumluluk yasası da görüşümüze paralel olarak zarar görenin kusurunu sorumluluktan kurtulma nedenleri arasında saymamıştır. Bkz. Schlüchter, 57. Krş. Rylands v. Fletcher, Zweigert/Kötz, 38.

hakkaniyete göre tazminattan yapılacak indirimi takdir eder⁷⁹³. Buna karşılık iki motorlu deniz taşıtının çarpışması halinde zarar görenin etki alanındaki karakteristik riziko zararın doğumuna katkıda bulunduğu takdirde burada yargıç sorumluluğun tümüyle ortadan kalktığına hükmedebilir, çünkü karşılıklı karakteristik rizikolar aynı yoğunluktadır⁷⁹⁴.

Sıklıkla karşılaşılan bir örnek olarak bir kimsenin intihar amacıyla bilerek ve isteyerek seyir halindeki trenin önüne atlaması ve trenin altında kalması sonucu ağır yaralanması ya da ölmesi halinde trenin aniden durmasının olanaksızlığına bağlı karakteristik riziko gerçekleştiği halde zarar görenin eylemi karakteristik riziko ile zarar arasındaki nedensellik bağına kesecek kadar olağanüstüdür⁷⁹⁵. Buna karşılık şehirde rayların üzerinde ya da kenarında yürürken dikkatsizlik sonucunda gelen trenin fark edilmemesi halinde gerçekleşen zararda zarar görenin kusuru karakteristik riziko ile zarar arasındaki nedensellik bağına kesmeye yeterli yoğunlukta değildir. Dolayısıyla aslında zarar görenin kusuru ya da etki alanındaki karakteristik rizikonun

⁷⁹³ Kötz/Wagner, 210-211; Tholl, 27; Stark, ZSR, 1967, 40; Fuchs, 236. Krş. Oertel, 225. TBK madde 52’de ve eski BK madde 44’te “ağır kusur” gibi bir ifade kullanılmadığı için zarar görene isnat edilen olgunun kusur mu karakteristik riziko mu olduğu önemli değildir. BGB § 254’te ise “kusur” ifadesi kullanıldığından zarar görene isnat edilebilen karakteristik rizikoyla ilgili bir fıkra eklenmesi önerilmektedir. Bkz. Kötz, Gutachten, 1820.

⁷⁹⁴ Wilburg, 59-60; Dietz, 199.

⁷⁹⁵ Dietz, 191; Kötz/Wagner, 210; Eren, Uygun İlliyet Bağı, 187; Yoon, 41. Buna karşılık Alman Federal Mahkemesi bir kararında çocuğun tramvayın önüne koşmasını olağanüstü saymamış ve nedensellik bağına kesilmediğine hükmetmiştir. Dietz, 191. Will, bu karara katılmamaktadır. Will, 295-296.

nedensellik bağıını kesip kesmediği değerlendirilmeli, nedensellik bağıını kesmediği takdirde tazminattan indirim yapıp yapılmayacağı takdir edilmelidir⁷⁹⁶.

b- Zarar Görenin Riski Göze Alması

Tehlike sorumluluğunda sorumluluğu ortadan kaldırıp kaldırmayacağı hakkında en çok tartışılan meselelerden biri zarar görenin riski göze alması, kabullenmesi, riske razı olmasıdır⁷⁹⁷. Buna dayanarak bazı tehlike sorumluluğu düzenlemelerinde sorumluluğu ortadan kaldıran nedenler öngörülmüştür⁷⁹⁸. Örneğin motorlu karayolları taşıtları hakkında öngörülen tehlike sorumluluğu düzenlemelerinde, yani Karayolları Trafik Kanunu'nda madde 87 ile hatır için taşıma ya da hatır için ödünç verme halinde zarar görenin uğradığı zarardan sorumluluk genel hükümlere tabi kılınarak özel tehlike sorumluluğunun dışında bırakılmıştır⁷⁹⁹. Türk Sivil Havacılık Kanunu'nda hava taşıtının tutucusu, yasanın deyimiyle işleteni hava taşıtının yol açtığı zararlardan yolculara karşı değil, üçüncü kişilere karşı sorumlu kılınmıştır. Bu düzenlemelerin temelinde hatır için taşınan ya da hatır için ödünç verilen kişinin ya da hava taşıtı yolcularının karakteristik rizikoyu bilerek kabullendiği düşüncesi bulunmaktadır. Hatır için ödünç verilen kişiye karşı işletenin

⁷⁹⁶ Schlüchter, 85; Boller, 79, 82; Eren, Uygun İlliyet Bağı, 187; Tholl, 75-76.

⁷⁹⁷ Bkz. Widmer, Strict Liability, 339; Wilburg, 58; Dietz, 200; Deutsch/Ahrens, 165; Koch/Koziol, Comparative Conclusions, 423.

⁷⁹⁸ Bkz. Pfeiffer, 52; Dietz, 201.

⁷⁹⁹ Belirtmek gerekir ki bu ve benzeri düzenlemelerde genel hükümlere yapılan yollamalar bakımından 1 Temmuz 2012'den itibaren genel tehlike sorumluluğu dikkate alınır, genel tehlike sorumluluğunun koşullarına uymayan tehlikeli faaliyetlerin meydana getirdiği zararlar kusur sorumluluğu ya da olağan sebep sorumluluğu hükümlerine göre tazmin edilir.

kusursuz sorumluluğunun hakkaniyete aykırı düştüğü kabul edilebilirse de yolculara karşı sorumluluğun tehlike sorumluluğunun dışında bırakılması adil değildir⁸⁰⁰.

Zarar gören kişiler sosyal hayata girmekle, örneğin otobüse binmekle, telefon, bilgisayar kullanmakla belli bir riski göze alır; ancak sonuçlarını kabullenmiş değildir, zaten böyle bir kabulün bir hükmü de bulunmamaktadır. Kişiler ancak mallarına gelecek zararı baştan kabullenebilir, ancak beden bütünlüğüne gelecek zararı kabullenmek hukuksal olarak olanaklı değildir⁸⁰¹. Hukuk önünde tanınmayan bir kabullenmeye dayanarak sorumluluk konusunda ayırım yaratmak kabul edilemez⁸⁰². Bu nedenle genel tehlike sorumluluğu çerçevesinde tehlikeli işletme faaliyetlerinin karakteristik rizikosunun yol açtığı zararlar, salt zarar görenin riski göze aldığı gerekçesiyle sorumluluk dışında bırakılamaz⁸⁰³. Bu noktada TBK madde 52 dikkate alınmalıdır: “Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.” Öyleyse zarar görenin zarara değilse de zararı doğuran olguya razı olması yargıcı hakkaniyet gerektirirse tazminatta indirim yapmaya sevk edebilir⁸⁰⁴. Örneğin lunaparkta dönme dolaba binen bir kişi bir arıza sonucunda havadayken yere düştüğü için zarar gördüğü takdirde zarar görenin riski göze aldığı ileri sürülerek sorumluluğun ortadan

⁸⁰⁰ Aynı yönde bkz. Wilburg, 60; Schlüchter, 150.

⁸⁰¹ Krş. Wilburg, 60-61.

⁸⁰² Krş. Widmer, Strict Liability, 339.

⁸⁰³ Pfeiffer, 52. Olası durumların çeşitliliği genel bir ilkenin öngörülmesini olanaksız kılar. Wilburg, 64. Dietz ise şimdiye dek “kendi eylemiyle tehlike yaratma” ya da “riski göze alma” hukuksal figürünün dogmatik açıdan sağlam temellere dayandırılmadığına dikkat çeker. Dietz, 201.

⁸⁰⁴ Wilburg, 58, 64-65. Krş. Deutsch/Ahrens, 165.

kalkması ya da hafiflemesi kabul edilemez, bilakis lunaparkın karakteristik rizikosu lunapark kullanıldığında potansiyel haline gelir, aksi takdirde böyle bir rizikodan da söz edilemez⁸⁰⁵. Bununla birlikte hatırla ödünç aldığı bir deniz motoruyla tek başına denizde açılan bir kişi, başkasına ait bir ata hatırla binen bir kişi, karakteristik rizikonun gerçekleşmesi nedeniyle zarara uğradığında ödünç veren kişi yani “işleten” ne taşıt üzerinde hâkimiyet kurabilecek durumdadır ne de bundan yarar sağlamaktadır⁸⁰⁶. Yani böyle durumlarda tehlike sorumluluğunun temelindeki başlıca düşünceler ortadan kalkmakta ve dolayısıyla bu hallerde işletenin tümüyle sorumlu kılınması tehlike sorumluluğu normunun amacına aykırı düşmektedir⁸⁰⁷. Bu takdirde yargıç takdir yetkisini kullanarak tazminatın hiç ödenmemesine ya da daha düşük tutarda tazminat ödenmesine karar verebilir⁸⁰⁸.

⁸⁰⁵ Dietz, 201: “Sorumluluğu kurucu normun anlam ve amacı, özgür iradesiyle ve bilinçli olarak tehlikeye maruz kalanları korumak olduğunda “riski göze alma” nedeniyle sorumluluğun ortadan kalktığı sonucuna varılamaz.” Buna örnek niteliğindeki Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGH, 20.12.2005 - VI ZR 225/04, BGH VersR 2006, 416, Deutsch/Ahrens, 165.

⁸⁰⁶ Wilburg, 11, 58; Pfeiffer, 53. Bkz. ve krş. Schlüchter, 202-203. Ayrıca bkz. Tholl, 76-77.

⁸⁰⁷ Deutsch/Ahrens, 165. Ayrıca bkz. Pfeiffer, 53, 58. Krş. Dietz, 200-202. Dietz’e göre, zarar görenin olağan düzeyi aşan bir kapsamda risk göze alması halinde, örneğin açıkça yabani bir hayvanı sahiplenmesi, işletene kendisinin daha iyi bir binici olduğunu kanıtlamak için at binmesi ya da at yarışlarına katılması gibi durumlarda “kendi eylemiyle tehlike yaratma” ilkesine başvurulabilmelidir. Dietz, 202. Bu görüşü Deutsch/Ahrens, içtihadı atfetmektedir. Deutsch/Ahrens, 165-166.

⁸⁰⁸ Wilburg, 59-60, 62-63. Ayrıca bkz. Dietz, 331. Aksi yönde görüş için bkz. Pfeiffer, 53.

3- Üçüncü Kişinin Etki Alanındaki Ağır Kusur ya da Karakteristik Riziko

Sorumluluktan kurtuluş nedenleri arasında geleneksel olarak üçüncü kişinin ağır kusurunun da sayıldığı yukarıda belirtilmişti. Öğretide ve yargıda tehlike sorumluluğu hakkında genel düzenleme öneren ya da tehlike sorumluluğu hakkında sorumluluktan kurtulma nedenlerini tartışan yazarlar ve mahkemeler sıklıkla mücbir neden ve zarar görenin kusuru yanında üçüncü kişinin kusurunu da saymaktadır⁸⁰⁹. Kanımızca üçüncü kişinin kusuru da zarar görenin kusurunda olduğu gibi mücbir neden konusunda belirtilen ölçütlere göre değerlendirilerek karakteristik riziko ile zarar arasında nedensellik bağına kesip kesmediğine bakılmalıdır⁸¹⁰. Nedensellik bağının kesilmediği hallerde ise yani karakteristik riziko ile zarar arasındaki nedensellik bağına kesmeye yeterli yoğunlukta, böylesine olağanüstü bir davranış söz

⁸⁰⁹ Lühn, 53; Wilburg, 93-94, 216; Zweigert/Kötz, 5, 9; Widmer, Strict Liability, 338; Strickler, 152; Schlüchter, 329. Ayrıca bkz. Eren, Uygun İliyet Bağı, 201 vd.

⁸¹⁰ Gerekçe, 150; Widmer, Strict Liability, 342; Dietz, 191; Pfeiffer, 30; Kötz, Gutachten, 1806. Bkz. Zweigert/Kötz, 20; Wilburg, 93-94: “Alman Otomobil Yasası şöyle bir hüküm öngörür: ‘Kazaya ne motorlu taşıtın niteliklerindeki bir eksikliğin ne de sevkindeki bir hatanın yol açtığı önüne geçilemez bir olay yol açtığı takdirde tazminat sorumluluğu ortadan kalkar. Bir olay özellikle zarar görenin davranışına ya da işletmeyle ilgisi olmayan bir üçüncü kişinin ya da hayvanın davranışına dayandığında ve hem işletenin hem de sürücünün somut koşullara göre gerekli özeni göstermiş olduğu durumda kaçınılmaz sayılır.’ ... Yasa zarar görenin ya da üçüncü kişinin davranışını bağımsız sorumsuzluk şartları haline getirmeksizin bunlara yollama yapmaktadır.” Aynı yönde bkz. Pfeiffer, 30.

konusu olmadığında tazminatta indirim yapıp yapılmayacağı sorunu gündeme gelir⁸¹¹.

Türk Borçlar Kanunu'nda zarar görenin davranışı ayrı bir maddede tazminattan indirim yapılabilmesi ya da tazminatın hiç ödenmemesi hakkında yargıca takdir yetkisi veren bir hükümle düzenlenmiş olduğu halde üçüncü kişinin nedensellik bağıını etkileyen davranışı hakkında böyle bir hüküm öngörülmemiştir⁸¹². Bununla birlikte TBK madde 51'de şöyle bir hüküm bulunmaktadır: "Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler." Buna göre üçüncü kişinin nedensellik bağıını kesmeyen davranışı tazminatın kapsamının belirlenmesinde yargıç tarafından göz önüne alınabilir⁸¹³.

Belirtilmelidir ki "üçüncü kişi" denildiğinde ne tehlikeli işletme faaliyetini yürüten kişi ya da kişilerin davranışlarından sorumlu olduğu kişiler ne de zarar görenin davranışlarından sorumlu olduğu kişiler anlaşılır⁸¹⁴. Bu kişi çevresinin dışında yani sorumluluk ilişkisinin taraflarının ve tarafların etki alanındaki kişilerin dışındaki bir kişi "üçüncü kişi" sayılabilir⁸¹⁵. Örneğin terör faaliyeti gerçekleştiren

⁸¹¹ Zweigert/Kötz, 20; Widmer, Strict Liability, 342; Koch/Koziol, Comparative Conclusions, 421; Pfeiffer, 31; Boller, 82.

⁸¹² Wilburg, bu tutumu olumlu bulmaktadır, yazara göre üçüncü kişinin kusurunun sorumluluğu ortadan kaldıran nedenler bağlamında pek önemi yoktur. Wilburg, 95, 97. Aynı yönde bkz. Gassmann-Burdin, 133. Eren ise üçüncü kişiye yükletilen sebep kavramının kaldırılmasını, bunun yerine "kaçınılmaz olay" kavramının getirilmesini önermiştir. Eren, Uygun İlliyet Bağı, 209-210.

⁸¹³ Boller, 82; Zweigert/Kötz, 25.

⁸¹⁴ Zweigert/Kötz, 16.

⁸¹⁵ Dietz, 191; Zweigert/Kötz, 16, 53.

kişiler üçüncü kişi sayılabilir⁸¹⁶. Üçüncü kişinin etki alanında bulunan, hakkında tehlike sorumluluğu öngörölmüş bir karakteristik rizikonun gerçekleşmesi ya da üçüncü kişinin davranışlarından sorumlu olduğu kişilerin davranışı da üçüncü kişinin ağır kusuru ile aynı sonucu doğurur⁸¹⁷. Yeniden belirtmek gerekir ki üçüncü kişinin davranışının sorumluluğu etkileyebilmesi için ağır bir kusur olması gerekir⁸¹⁸.

VI- İşletmeye Hukuk Düzenince İzin Verilip Verilmemesinin Sorumluluğa Etkisi

A- İzin Verilen Riskin Doğurduğu Zarardan Sorumluluk

Tehlike sorumluluğunun kabul edilmesinin temelinde aslında izin verilmemesi gereken tehlikeli faaliyetlerin toplumsal, ekonomik yararları nedeniyle vazgeçilmezliği nedeniyle izin verilmesi ve zarar riskinin bu faaliyeti yürütmesine izin verilen kişiye yüklenmesi fikri yatar⁸¹⁹. Diğer bir ifadeyle tehlike sorumluluğu gibi bir sorumluluğa gereksinim duyulmasının nedeni hukuka aykırı bir zarar doğuran işletme faaliyetlerine hukuk düzeninin birtakım gerekçelerle tahammül etmesidir⁸²⁰. Hukuk düzeni böyle tehlikeli işletme faaliyetlerine tahammül etmeseydi, bunlar hukuka aykırı eylemler olarak kusurlu haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde sorumluluk doğururdu. İzin verilmeyen bir işletme faaliyetini yürütmenin kendisi kusurlu bir davranış sayılacağından zararın doğumunda kusurlu

⁸¹⁶ Bkz. Kötz/Gutachten, 1807.

⁸¹⁷ Schlumprecht, 72; Wilburg, 216; Eren, Uygun İlliyet Bağı, 209.

⁸¹⁸ Dietz, 310; Pfeiffer, 31; Eren, Uygun İlliyet Bağı, 203; Widmer, Strict Liability, 338; Kötz, Gutachten, 1806; Schlüchter, 280. Krş. Schlüchter, 164.

⁸¹⁹ Korkusuz, 156-157.

⁸²⁰ Bkz. Erişgin, Çevre Kirletenin Sorumluluğu, 15-16.

hareket edilip edilmediğinin bir önemi kalmazdı. Ne var ki zarar gören kişilerin tehlikeli faaliyetler karşısında yeterli düzeyde korunabilmesinin yanında teknolojik, bilimsel, ekonomik ve toplumsal gelişmelerin önünün tıkanmamasının yolu, tehlikeli faaliyetlere izin verirken onları kusursuz katı bir sorumluluğa tabi kılmaktan geçer⁸²¹. Yani tehlike sorumluluğunun amacı hukuk politikaları gereğince toplum yararına izin verilen işletme faaliyetlerine karşı bireyleri korumaktır.

Tehlike sorumluluğu hakkında çıkarılmış özel düzenlemelere bakıldığında görülecektir ki örneğin karayollarında motorlu taşıt sürmeye belli koşullarda izin verilmektedir, maden arama faaliyetlerine belli koşullarda izin verilmektedir, havayollarında yolcu ve yük taşımaya belli koşullarda izin verilmektedir⁸²². Sıklıkla tehlike sorumluluğuna tabi tutulan faaliyetler için idari makamlar ruhsat koşulunu getirir ve ruhsatı belli yeterliklerin varlığına bağlı tutar⁸²³. Böylece ciddi ölçüde risk içeren ve hukuk düzeninin izin verdiği faaliyetler “ruhsat” düzenlemeleriyle belli bir disiplin içine sokulur. Genel tehlike sorumluluğu düzenlemeleri de esasen izin verilen işletme faaliyetlerini katı bir sorumluluğa tabi tutmak amacıyla hazırlanır⁸²⁴. Bu doğrultuda Biyogüvenlik Kanunu madde 14’te öngörülen tehlike sorumluluğuna ilişkin hüküm şöyledir: “GDO ve ürünleri ile ilgili faaliyetlerde bulunanlar, bu

⁸²¹ Eren, Borçlar Hukuku, 502.

⁸²² Ulsan, 2007, 88. Bkz. Dietz, 216: “Bir tehlike sorumluluğu düzenlenmesinden kendiliğinden tehlikeye izin verildiği sonucuna varılamaz.”

⁸²³ Deutsch ise farklı görüştedir. Deutsch, NJW, 74: “Aşırı tehlikeli ya da özellikle yasaklanmış olduğu için izin verilmeyen bir işletme faaliyeti aynı zamanda tehlike sorumluluğunun kabul edilmesine yol açabildiğinden tehlike sorumluluğunun yasal olarak kabul edilmesi bir işletme için buna izin verildiği anlamına gelir.”

⁸²⁴ Tholl, 50-51; Wilburg, 30-31; Dietz, 217. Krş. Deutsch, NJW, 74.

Kanun kapsamında izin almış olsalar dahi, insan, hayvan ve bitki sağlığı ile çevrenin ve biyolojik çeşitliliğin korunması, sürdürülebilirliğinin sağlanmasına karşı oluşan zararlardan sorumludur. Bu sorumluluk, GDO ve ürünlerinin, başvuru ve kararda yer alan koşulları sağlamadığının anlaşılması durumunda zarar oluşmasa dahi geçerlidir.” Genel tehlike sorumluluğu hakkında yurtdışındaki yasal düzenlemelerin ya da önerilerin hiçbirinde izin verilen işletme faaliyetleri ve izin verilmeyen işletme faaliyetleri gibi bir ayırım yapılmamıştır. Buna karşılık Türk Borçlar Kanunu’nun genel tehlike sorumluluğu hakkındaki “Tehlike Sorumluluğu ve Denkleştirme” başlıklı 71. maddesinin dördüncü fıkrasında oldukça garip, nedeni anlaşılamayan, gerekçesi belirtilmeyen bir hüküm öngörülmüştür: “Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler.” Söz konusu fıkra ilk kez 2005’te yetkili komisyonca tamamlanan ve Adalet Bakanlığı tarafından bakanlıkların, üniversitelerin, derneklerin görüşlerine sunulan tasarının ilk halinde bulunmuyordu⁸²⁵. 2006 yılı başında yeniden düzenlenip madde numaraları

⁸²⁵ Tasarının ilk halindeki düzenleme şöyleydi: “Madde 66 – Tehlike Sorumluluğu

Özel bir tehlike içeren bir faaliyetten zarar doğarsa bu nedenle faaliyeti yürüten kişi hukuk düzenince tahammül edilen bir faaliyet söz konusu olsa bile sorumlu olur.

Faaliyet niteliği ya da faaliyette kullanılan maddelerin, aletlerin ya da güçlerin türü bakımından uzman bir kişiden beklenen tüm özen gösterilmesi durumunda dahi sık ya da ağır zararlara yol açmaya elverişli olduğu takdirde önemli ölçüde tehlikeli kabul edilir. Özel tehlike özellikle benzeri (karşılaştırılabilir) tehlikeli faaliyetler için önceden bir yasada özel bir tehlike sorumluluğu öngörüldüğü takdirde var sayılır.

Belirli bir tehlike sorumluluğu hakkındaki özel sorumluluk hükümleri saklıdır.” Ulusan, 2007, 82-83.

değiştirilen tasarıya sözü edilen fıkra eklenirken “Tehlike Sorumluluğu” biçimindeki madde başlığı da “Tehlike Sorumluluğu ve Denkleştirme” olarak değiştirildi⁸²⁶.

Maddeye eklenen dördüncü fıkra da öngörülen söz konusu hükümde “hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile” ve “uygun bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler” ifadeleri oldukça kafa karıştırıcıdır. Madde başlığında da kullanılan “denkleştirme” kavramı öğretide kimi zaman zararın giderimi, sorumluluk hukukunun amaçlarından biri olarak ifade edilmekle⁸²⁷ birlikte daha ziyade fedakârlığın denkleştirilmesi kurumunu çağrıştırmaktadır⁸²⁸, bu nedenle isabetli değildir⁸²⁹. Öte yandan bazı yazarlar ise denkleştirme ifadesini birbirine karşıt çıkarların dengelenmesi anlamında, aslında yasaklanması gereken bir faaliyete izin verilmesinin bedeli anlamında kullanmaktadır⁸³⁰. Bu yazarlar arasında tehlike sorumluluğunu “esnek bir hakkaniyet sorumluluğu aracı” olarak nitelendirenler tehlike sorumluluğunu isabetsiz biçimde fedakârlığın denkleştirilmesiyle bir tutuyor izlenimini uyandırmaktadır⁸³¹.

⁸²⁶ Ulsan, 2007, 82; Atamer, HPD, 22.

⁸²⁷ Koch, 47; Lühn, 2; Dietz, 219-220; Wilburg, 31, 51; Esser, Gefährdungshaftung, 41-42, 73; Schöenberger, 172; Schlumprecht, 62; Pfeiffer, 54; Widmer, Strict Liability, 319-320; Kötz, 6; Weitnauer, Tutzinger Studien, 118; Schlüchter, 8; Tholl, 21; Bauer, 318.

⁸²⁸ Ulsan, 2007, 88. Ayrıca bkz. Korkusuz, 202-204.

⁸²⁹ Atamer, HPD, 22.

⁸³⁰ Lühn, 5; Wilburg, 30-31; Pfeiffer, 54; Widmer, Strict Liability, 292; Schlüchter, 98-99; Kötz/Wagner, 199; Tholl, 50-51, 61; Oftinger/Stark, II/2, 9-10; Gassmann-Burdin, 56-59; Nipperdey, Hans Carl: “Die Generalklausel im künftigen Recht der unerlaubten Handlungen”, Grundfragen der Reform des Schadenersatzrechts, I. Arbeitsbericht des Ausschusses für Personen-, Vereins- und Schuldrecht der Akademie für deutsches Recht, Unterausschuß für Schadenersatzrecht, vorgelegt von H. C. Nipperdey, München und Berlin 1940 (Generalklausel), 48.

⁸³¹ Tholl, 61; Nipperdey, Generalklausel, 48.

Tehlike sorumluluğunun temelinde hakkaniyet düşüncesinin bulunması onu hukuka uygun zararların denkleştirildiği bir sorumluluk haline getirmez⁸³².

“Uygun bedelle denkleştirme” ifadesinden hareketle tehlike sorumluluğunun fedakârlığın denkleştirilmesiyle karıştırıldığı anlaşılmaktadır⁸³³. Oysaki fedakârlığın denkleştirilmesi, hukuka uygun zararların tümüyle zarar görene yıkılmamasını sağlamak amacıyla öngörölmüş bir hukuksal kurumdur⁸³⁴. Örneğin hukuka uygunluk nedenlerinde zarar gören kural olarak sözleşme dışı sorumluluk hükümlerine göre tazminat hakkına sahip olamadığı halde yasada zararın uygun bir denkleştirme ile kısmen giderilebileceği öngöröldüğünde zarar hakkaniyet düşünceleriyle zarar gören ile zarar veren arasında paylaştırılmaktadır. Tehlike sorumluluğunda ise herhangi bir hukuka uygunluk nedeni bulunmamaktadır, işletme faaliyetine hukuk düzenince izin verilmesi, yaratılan riski hukuka uygun kılar, riskin gerçekleşmesi halinde doğan

⁸³² Aynı yönde bkz. Pfeiffer, 54; Atamer, HPD, 22; Gassmann-Burdin, 59; Ulsan, 2007, 89. Ayrıca bkz. ve krş. Lühn, 5; Nipperdey, Generalklausel, 48; Tholl, 21, 61.

⁸³³ Atamer, HPD, 22-23; Ulsan, 2007, 88-89: “Yürürlükteki hukuk fedakârlığın denkleştirilmesi konusunda genel bir düzenleme öngörmemektedir. Komisyon tasarıda tehlike sorumluluğu için genel kural yanında fedakârlığın denkleştirilmesi için genel bir düzenleme öngörseydi bu olumlu karşılanırdı. Önerilen fıkra hem lafzına hem de ruhuna bakıldığında fedakârlığın denkleştirilmesi ya da müdahale sorumluluğu olarak tarif edilemez.” Krş. Korkusuz, 204. Dietz, tehlike sorumluluğu düzenlemelerinin bulunmadığı olgularda kıyasla fedakârlığın denkleştirilmesi kurumuna örneğin komşuluk hukuku düzenlemelerine başvurulmasını isabetsiz bulmaktadır. Dietz, 235-236. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ulsan, Fedakârlığın Denkleştirilmesi, 267 vd.

⁸³⁴ Dietz, 234-235; Ulsan, 2007, 89. Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi hakkında bkz. Ulsan, Fedakârlığın Denkleştirilmesi, 8 vd.

zarar ise hukuka aykırı kalmaya devam etmektedir⁸³⁵. Bunun temelinde İsviçre-Türk hukukunda kabul gören, sonucun hukuka aykırılığı kuramıyla⁸³⁶ büyük ölçüde örtüşen objektif hukuka aykırılık görüşünün izinli bir fiil ile tehlike yaratan kişinin başkalarının zarar görmemesi için her türlü önlemi alması gerektiği ilkesi olarak açıklanan tehlike ilkesini hukuka aykırılığın bir unsuru olarak kabul etmesi bulunmaktadır⁸³⁷. Çünkü bu görüşe göre failin fiilinin hukuka aykırı sayılması için başkasına zarar vermeyi yasaklayan genel bir davranış kuralını ihlal etmiş olması gerekir⁸³⁸. Dolayısıyla tehlike sorumluluğunun fedakârlığın denkleştirilmesi anlamına gelmediği ve fedakârlığın denkleştirilmesi kurumunun kavramlarının ve çözümlerinin tehlike sorumluluğuna uygun düşmediği belirtilmelidir⁸³⁹, TBK 71/4'teki bu garip hükmün nasıl yorumlanması gerektiği aşağıda daha ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

⁸³⁵ Ulsan, 2007, 89; Dietz, 234-235; Esser, Gefährdungshaftung, 75-76; Oftinger/Stark, II/2, 12; Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, 142; Eren, Borçlar Hukuku, 507; Akçura Karaman, 555-556; Erdem, 220. Aynı yönde bkz. Widmer/Wessner, Stellungnahme. Krş. Yoon, 30; Schlüchter, 99; Fuchs, 234.

⁸³⁶ Sonucun hukuka aykırılığı kuramı ve davranışın hukuka aykırılığı kuramı hakkında ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. Atamer, Sorumluluğun Sınırlandırılması, 10 vd.; Kırca, Ürün, 124.

⁸³⁷ Atamer, Sorumluluğun Sınırlandırılması, 27. Aynı yönde bkz. Erdem, 220.

⁸³⁸ Akçura Karaman, 555; Buz, 33.

⁸³⁹ Pfeiffer, 54; Dietz, 234-236. Schlüchter ise tehlikeli faaliyetten vazgeçilmemesi için faaliyetin desteklenmesi ve sorumluluğun bir kısmından işletenin kurtarılması gerektiğini ileri sürerek tehlike sorumluluğunu fedakârlığın denkleştirilmesi kurumuna yaklaştırmaktadır. Schlüchter, 99.

B- İzin Verilmeyen Riskin Doğurduğu Zarardan Sorumluluk

İzin verilmeyen tehlikeli işletme faaliyetlerinin meydana getirdiği zararlar için zarar vereni sorumlu kılmak için tehlike sorumluluğuna sıklıkla gereksinim duyulmaz. Tehlikeli işletme faaliyetinin izinsiz olmasının iki nedeni olabilir: Ya işletme faaliyetini yürütenler gerekli yeterliğe sahip olmadığı için, başvuru yapmadığı ya da başvurusu sonuçlanmadan faaliyeti yürütmeye başladığı için ruhsatsız olarak işletme faaliyetini yürütmüştür ve böylece ruhsatsız biçimde risk yaratmıştır ya da yasa koyucu böyle bir işletme faaliyetine hiçbir şekilde izin vermemektedir, bu konuda gerekli hukuksal altyapı bulunmamaktadır⁸⁴⁰.

Herhangi bir nedenle hukuk düzenince izin verilmeyen bir tehlikeli işletme faaliyetini yürüten kişi, izinsiz yani hukuka aykırı bir risk yaratmakla kusurlu davranmış olur⁸⁴¹. Bu, aynı zamanda davranış normunun ihlali anlamına gelir ve davranışın hukuka aykırılığı kuramına göre böyle bir riskin yaratılması hukuka

⁸⁴⁰ Kötz, 21. Bu bağlamda Çevre Kanunu'nun "Çevresel Etki Değerlendirmesi" başlıklı onuncu maddesi dikkate alınması gereken hususlardan biridir:

"Gerçekleştirmeyi plânladıkları faaliyetleri sonucu çevre sorunlarına yol açabilecek kurum, kuruluş ve işletmeler, Çevresel Etki Değerlendirmesi Raporu veya proje tanıtım dosyası hazırlamakla yükümlüdürler.

Çevresel Etki Değerlendirmesi Olumlu Kararı veya Çevresel Etki Değerlendirmesi Gerekli Değildir Kararı alınmadıkça bu projelerle ilgili onay, izin, teşvik, yapı ve kullanım ruhsatı verilemez; proje için yatırıma başlanamaz ve ihale edilemez.

Petrol, jeotermal kaynaklar ve maden arama faaliyetleri, Çevresel Etki Değerlendirmesi kapsamı dışındadır. ..."

⁸⁴¹ Gerekçe, 148-149.

aykırıdır⁸⁴². Yaratılan risk gerçekleşir ve zarara yol açarsa zarar gören kişiler kusur sorumluluğu çerçevesinde maddi ve manevi zararlarının tazminini isteyebilirler. Böyle bir durumda zarar görenler, zarar verenin kusurunu izin verilmeyen bir işletme faaliyetini yürüttüğünü ortaya koyarak kanıtlar ve elbette bu faaliyet ile zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunduğu da kanıtlanmalıdır.

Zarar görenin zararı öğretide bizim de katıldığımız baskın görüşe göre TBK madde 71 çerçevesinde yani genel tehlike sorumluluğu hükümlerine göre de giderilebilir⁸⁴³. Çünkü genel tehlike sorumluluğu temel olarak hukuk düzeninin izin verdiği işletme faaliyetleri için öngörülmüş olmakla birlikte tehlike sorumluluğunun temelinde yatan pek çok düşünce ve isnat temeli, özellikle tehlike ilkesi, “denetleyebilen sorumlu olur” ilkesi, hakkaniyet düşüncesi, hukuka aykırı olarak yürütülen tehlikeli faaliyetler için de geçerlidir⁸⁴⁴. Karayolları Trafik Kanunu’na göre motorlu taşıtların karayoluna çıkarılabilmesi için ruhsatlı olması gerekir, ancak ruhsatsız bir motorlu taşıt karayollarında kaza yaptığında işleten katı sorumluluğa, yani tehlike sorumluluğuna göre sorumlu tutulur, aksine bir sonuç adaletle aykırı

⁸⁴² Stark, FS Deutsch, 349.

⁸⁴³ Steininger, 33-34; Gerekçe, 146, 148-149; Kötz, 21; Wilburg, 31, 204; Wilhelmi, 378-379; Dietz, 216-217: “Tehlike sorumluluğu düzenlemelerinin öncelikle izin verilmeyen tehlikede uygulanacağına işaret edilmelidir.” Krş. Lühn, 15-16; Deutsch, NJW, 74. Lühn, meseleyi hukuk politikası sorunu olarak değerlendirirken kesin bir yanıt vermekten kaçınmaktadır. Lühn, 16.

⁸⁴⁴ Steininger, 33-34; Kötz, 21; Dietz, 216-217; Wilhelmi, 378-379. Buna karşılık “nimetinden yararlanan külfetine katlanır” ilkesi özel bir haktan yararlanmaya, dolayısıyla iznin varlığına bağlıdır, bu açıdan sadece izin verilen işletme faaliyetlerine uygun düşen bir savdır. Steininger, 33; Lühn, 17.

düşerdi. Önemli olan, önemli ölçüde bir riskin meydana getirilmesidir⁸⁴⁵. Widmer tasarısının gerekçesinde bu husus şöyle açıklanmaktadır⁸⁴⁶: “... ‘Gereksiz biçimde tehlikeli’ faaliyetler ise kusur sorumluluğuna tabidir ... Aynısı gerekli izinler alınmaksızın yerine getirilen, ancak aslında izin verilen bir faaliyet için ya da bir makamın işletene dayattığı belirli koşulların ya da gereksinimlerin yerine getirilmemesi halinde de geçerlidir. Fakat faaliyetin hukuka aykırı olduğu ve bu nedenle zarar görenin zarar verenin kusurunu kanıtlamaya zorlandığı (bu koşullarda kanıtlamak çok zor olmasa dahi) bir halde bu bahaneye sığınarak sebep sorumluluğunun reddedilmesi adalet duygusunu incitir. Bunun için tasarının 50. Maddesinin ilk fıkrasında genel kuralın “hukuk düzenince izin verilen bir faaliyet söz konusu olsa bile” uygulanacağı açık hale getirilmiştir. İzin verilmeyen bir faaliyette bunun uygulanması haydi haydi haklıdır.”

Öyleyse hukuk düzenince izin verilmeyen önemli ölçüde tehlikeli bir işletme faaliyetinin karakteristik rizikosundan dolayı zarar gören kişiler, kusur sorumluluğu yanında tehlike sorumluluğuna da dayanabilir. Burada sorumluluk nedenlerinin yığılması söz konusudur⁸⁴⁷, TBK madde 60 gereğince yargıç zarar görene en iyi giderim olanağı sağlayan sorumluluk nedenine dayanarak kararını verir. Öte yandan izin verilmeyen bir işletme faaliyetini sürdürmek “kusur” kabul edildiğinden tehlike sorumluluğuna dayanıldığında bu husus ek kusur olarak dikkate alınır⁸⁴⁸.

⁸⁴⁵ Strickler’in genel kural önerisinin ilk fıkrası şöyledir: “Her kim yüksek tehlikeli bir kaynak aracılığıyla birine zarar verirse tazminle sorumludur.” Strickler, 152.

⁸⁴⁶ Gerekçe, 146.

⁸⁴⁷ Gerekçe, 149; Widmer, Strict Liability, 344. Krş. Gassmann-Burdin, 72.

⁸⁴⁸ Gerekçe, 148-149; Widmer, Strict Liability, 339, 344.

VII- Aranmayan Koşul: Kusur

A- Tehlike Sorumluluğunda Kusur Kavramı

Tehlike sorumluluğunun kusursuz sorumluluk hallerinden biri olduğu ilk bölümde anlatılmıştı. Kusursuz sorumluluk, sorumluluğun doğmasında kusurun rol oynamadığı sorumluluk anlamına gelir. Kusursuz sorumluluk hallerinde de failin kusuru bulunabilir, ama önemli olan kusura bakılmaksızın failin sorumlu tutuluyor olmasıdır⁸⁴⁹. Bunun pratik sonucu ise zarar görenin failin kusurunu kanıtlama külfetinden kurtulmasıdır. Tehlike sorumluluğu bu açıdan diğer kusursuz sorumluluk hallerinden yani olağan sebep sorumluluğundan ya da üreticinin sorumluluğundan farksızdır. Buna karşılık olağan sebep sorumluluklarında özen ya da denetim yükümüne dayanan kurtuluş kanıtı getirilebildiğinde sorumluluktan kurtulmak olanaklı iken tehlike sorumluluğunda böyle bir kurtuluş kanıtı bulunmamaktadır, bu açıdan tehlike sorumluluğun kusurun tümüyle devre dışında bırakıldığı, “katı” bir sorumluluk biçimidir⁸⁵⁰. Kusurun objektif teoriye ya da sübjektif teoriye dayanmasının da bir önemi yoktur, çünkü işleten kendisinden beklenebilen her tür özeni yerine getirse bile sorumlu tutulur⁸⁵¹. Kusuru hukuka aykırılık unsurundan ayırt etmek gerekir, izin verilen bir riskin gerçekleşmesi sonucu doğan zarar hukuka aykırıdır ama bunun kusurlu olması şart değildir⁸⁵². Riske hukuk düzenince izin

⁸⁴⁹ Tholl, 7; Dietz, 238; Winiger, 95; Gerekçe, 148; Oftinger/Stark, II/2, 6; Koch, 3.

⁸⁵⁰ Gerekçe, 134-135.

⁸⁵¹ Wilhelmi, 380; Eren, Borçlar Hukuku, 501.

⁸⁵² Bkz. Schlüchter, 24; Akçura Karaman, 555-556. Krş. Adler, Karl: Unverschuldetes Unrecht, Rektoratsrede gehalten in der Aula der K. K. Franz-Josephs-Universität in Czernowitz am 2. Dezember 1909, Wien 1910, 12-13. Ayrıca bkz. Wilburg, 18.

verilmesi halinde sırf bu faaliyeti yürütmenin kendisi yani tehlikenin yaratılması hukuk düzenince kınanabilir olmaktan çıkarılmış olur⁸⁵³. Kusurun önemi işletenin kusurlu davranması halinde bunun sorumluluğu ağırlaşmasına yol açmasında bulunmaktadır. Ayrıca zarar gören kusurlu işletene karşı nedensellik bağıını kanıtlamanın güçlük oluşturduğu hallerde kusur sorumluluğuna dayanabilecek, zarar gören bunu tazminat talebinde açıkça belirtmese de yargıç TBK madde 60 gereğince kusur sorumluluğu hükümlerine dayanarak karar verebilecektir.

Widmer tasarısında kusur kavramının yeniden düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Bugün Almanya’da, İsviçre ve Türkiye’de öğretilde baskın olan görüşe göre kusur “ideal kişi” ve onun yetenekleri, özellikleri dikkate alınarak belirlenen gerekli özenin gösterilmemesi olarak anlaşılır⁸⁵⁴. Kusur kavramının öğretisi ve yargı aracılığıyla biçimlendirilmiş içeriğinde yapılan değişikliğin temelinde daha ziyade genel tehlike sorumluluğu düzenlemesi bulunmaktadır⁸⁵⁵. Tehlike sorumluluğunun genel norma bağlanması sonucunda “kusur” kavramından beklentilerin azalması gerektiği varsayılmıştır⁸⁵⁶. Sözü edilen Widmer tasarısının 48.

⁸⁵³ Gerekçe, 146, 148-149; Gassmann-Burdin, 59; Oftinger/Stark, II/2, 10, 15.

⁸⁵⁴ Bkz. Gerekçe, 119; Wilburg, 18; Pfeiffer, 22-24. Krş. Wilburg, 53-54. Buna karşılık Avusturya Medeni Kanunu madde 1294 ise öznel bir kusur kavramı öngörür, buna göre ihmalin değerlendirilmesinde failin öznel yeterlikleri ve bilgileri esastır. Pfeiffer, 23.

⁸⁵⁵ Bkz. Schönerberger, 190; Gerekçe, 133-134. Organizasyon kusurundan dolayı sorumluluk, üreticinin sorumluluğu gibi düzenlemelerin de kusur kavramından beklentilerin azalmasını sağladığı söylenebilir. Schlüchter, 24-25.

⁸⁵⁶ Schlüchter, 24. Schönerberger, tehlike sorumluluğu ile nesnelleştirilmiş kusur sorumluluğu arasındaki ilişkinin salt diyalektik değerlendirilemeyeceğini belirterek tehlike sorumluluğu ve diğer

maddesinde kusur sorumluluğu şöyle öngörülmüştür⁸⁵⁷: “Bir başkasına kusurlu davranışıyla zarar meydana getiren kişi, ister kasıtlı ister ihmalle olsun, zararı tazmin ile sorumludur.” Kusur kavramından ne anlaşılması gerektiği “İhmal” başlıklı 48a maddesinde açıklığa kavuşturulmaktadır: “Somut olayın koşulları ve kişisel ilişkileri dikkate alındığında göstermekle yükümlü olduğu özeni göstermeyen kişi ihmalli davranmıştır. Gerekli özen, yaş, eğitim, beceri ve zarara yol açan kişinin diğer yetenek ve niteliklerine göre takdir edilir.” Söz konusu hükümden anlaşıldığı gibi kusur kavramı kusur sorumluluğu bağlamında Widmer tasarısında öznel kusur olarak düzenlenmiştir⁸⁵⁸. Ne var ki kusur kavramındaki böyle bir değişiklik tehlike sorumluluğunu etkilemez, her halükârda tehlike sorumluluğu kusurdan bağımsızdır⁸⁵⁹. Diğer yandan tehlike sorumluluğunun kusurun öznelleştirilmesinin doğuracağı boşluğu doldurmaya yeterli olmayacağı ileri sürülerek kusur kavramında yapılan bu değişiklik eleştirilmiştir⁸⁶⁰.

B- Ek Kusur ve Sonuçları

Öğretide “munzam kusur” olarak da ifade edilen ek kusur kavramı, kusurdan bağımsız sorumluluk hallerinde değer taşır. Çünkü kusur sorumluluğunda kusur zaten sorumluluğun doğumunun koşuludur, bu nedenle “ek” kusurdan söz edilemez. Kusurun varlığından bağımsız olarak doğan sorumluluk hallerinde ise sorumlu

kusursuz sorumluluk hallerinin yetersiz kalabileceği hususlarda nesnelleştirilmiş kusur sorumluluğuna gereksinim olabileceğini ileri sürmektedir. Schöenberger, 175-176.

⁸⁵⁷ Bkz. Gerekçe, 117 vd.

⁸⁵⁸ Gerekçe, 119-120.

⁸⁵⁹ Krş. Wilhelmi, 380.

⁸⁶⁰ Schöenberger, 190.

tutulan kişinin kusuru, sorumluluğun temelindeki isnat temeline “ek” olan bir unsur olduğundan “ek kusur” biçiminde ifade edilir. Ek kusur kusursuz sorumluluk hallerinden biri olan tehlike sorumluluğunda da önem taşır⁸⁶¹. Tehlike sorumluluğunda özellikle hukuk düzeninin uygun bulmadığı işletme faaliyetlerini yürütmek “ek kusur” sayılır⁸⁶². Hukuk düzenince uygun bulunan işletme faaliyetlerinin yürütülmesi esnasında gerekli önlemlerin alınmamış olması, kasıtlı biçimde zarara yol açılması gibi eylemler de “ek kusur” oluşturur⁸⁶³.

Ek kusur, sorumluluğu ağırlaştırıcı bir etkiye sahiptir. Ancak bu zararın üstünde bir tazminat ödeneceği anlamına gelmez, tazminatın üst sınırı zarar tutarıdır⁸⁶⁴. Bununla birlikte örneğin hakkaniyet gereği tazminatta indirim yapılabilecek hallerde ek kusurun varlığı tazminatta indirim yapılmasını engeller⁸⁶⁵. Zarar görenin kusuru tazminatın kapsamının belirlenmesinde dikkate alınabilecek iken ek kusurun varlığı halinde dikkate alınmayabilir⁸⁶⁶. Ek kusur birden çok kişi birbirine zarar verdiğinde tazminatın takdirinde ya da zarardan sorumlu kişilerin birden çok olması halinde sorumluluğun iç ilişkide paylaşılması hususunda ek kusur sorumluluk isnat edilen kişilerin durumunu ağırlaştırır⁸⁶⁷. Tehlike sorumluluğu için de geçerli olan TBK madde 62/1’ye göre “Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaşılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle

⁸⁶¹ Gerekçe, 148-149.

⁸⁶² Aynı yönde bkz. Gerekçe, 146, 148-149; Gassmann-Burdin, 59; Oftinger/Stark, II/2, 10.

⁸⁶³ Gerekçe, 146.

⁸⁶⁴ Gerekçe, 149.

⁸⁶⁵ Aynı yönde bkz. Gerekçe, 149; Widmer, Strict Liability, 344-345; Gassmann-Burdin, 79-80.

⁸⁶⁶ Gerekçe, 149; Widmer, Strict Liability, 336-337, 344-345.

⁸⁶⁷ Gerekçe, 149; Gassmann-Burdin, 79-80; Widmer, Strict Liability, 339, 344-345.

onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur.” Bu hükümle birlikte ek kusur, tehlikenin yoğunluğu gibi diğer koşullar gibi tazminatın takdirinde dikkate alınacak unsurlardan biri olarak kabul edilmiştir⁸⁶⁸.

Karayolları Trafik Kanunu’na göre nedensellik bağıını kesebilen yoğunlukta bir mücbir nedenin varlığı halinde normal şartlarda sorumluluk ortadan kalktığı halde ek kusurun varlığı halinde sorumluluk ortadan kalkmaz. Yani sorumluluktan kurtulmak için nedensellik bağıının kesilmesi Karayolları Trafik Kanunu’na göre yeterli değildir, zarar veren kişinin kusurunun bulunmaması gerekir. Oysaki Türk Borçlar Kanunu’nda sorumluluktan kurtulma nedenleri ne kusur sorumluluğu ne de kusursuz sorumluluk halleri için düzenlenmiştir, herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle TBK madde 71’e göre sorumlu olduğu ileri sürülen kişi, sorumluluktan kurtulabilmek için, KTK madde 86’da olduğu gibi, hem kendisine ve eylemlerinden sorumlu olduğu kişilere isnat edilebilecek bir kusur olmadığını ve tehlikeli işletmedeki herhangi bir arızanın zarara yol açan olayı etkilemediğini hem de nedensellik bağıını kesen bir sebep bulunduğunu kanıtlamak zorunda değildir. Açıkçası Türk hukukunda diğer özel tehlike sorumluluğu düzenlemelerinde de KTK’de olduğu gibi sorumluluğun ortadan kalkması için böylesine ağır şartlar öngörülmemiştir. Bu açıdan KTK’de bu hususta bir değişiklik

⁸⁶⁸ Widmer tasarısında ek kusur 51a maddesinde tazminatın belirlenmesinde dikkate alınacak hususların öngörüldüğü 52. maddeden ayrıca düzenlenmiştir. Bkz. Gerekçe, 150; Kommentar, 15. Krş. Gassmann-Burdin, 80.

yapılmaması, genel tehlike sorumluluğuna tabi sorumlular ile KTK hükümlerine tabi arasında ayırım yapılmasına yol açacaktır⁸⁶⁹.

⁸⁶⁹ Aynı yönde bkz. Gerekçe, 150.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE GENEL TEHLİKE SORUMLULUĞUNDA TAZMİNAT, MÜTESELSİL SORUMLULUK, İSPAT VE İSPAT YÜKÜ İLE SORUMSUZLUK ANLAŞMALARI

§5- Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel Tehlike Sorumluluğunda Tazminat

I- Tazminatın Belirlenmesi

A- Genel Olarak

TBK madde 71'in ilk ve son fıkralarında genel tehlike sorumluluğu bağlamında tazminat konusu düzenlenmiştir. Genel tehlike sorumluluğu bağlamında tazminat dışında eski halin iadesi ya da önleyici tedbir gibi seçenekler yasada öngörülmemiştir⁸⁷⁰. TBK madde 71'in ilk fıkrasına göre "Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur." Maddenin son fıkrası ise şöyledir: "Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler." Önemli ölçüde tehlikeli bir işletme faaliyetinin karakteristik rizikosunun gerçekleşmesinin sonucunda zarar doğduğu takdirde bu zarar işletme sahibine ve işletene yüklenir, diğer bir ifadeyle genel tehlike sorumluluğunun koşulları gerçekleştiğinde doğan sonuç tazminat sorumluluğudur. Tazminatın takdiri hakkında Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülen genel hükümler, aksine bir hüküm bulunmadıkça, genel

⁸⁷⁰ Bkz. Dietz, 311.

tehlike sorumluluğu bağlamındaki tazminat için de geçerlidir. Bu açıdan “Tazminat” üst başlığı altında yer alan madde 50-52 ile tazminatın belirlenmesinde özel durumları düzenleyen madde 53-59, “Tazminat Hükümünün Değiştirilmesi” başlıklı madde 75 ile tümüyle yeni bir hüküm olan “Geçici Ödemeler” başlıklı madde 76 dikkate alınır⁸⁷¹.

TBK madde 71’de öngörülen genel tehlike sorumluluğu özel hukuktan doğan bir tazminat sorumluluğudur. Diğer bir ifadeyle mahkeme TBK madde 71’e göre tazminat ödemek yerine durumun eski haline getirilmesine hükmedemez, genel tehlike sorumluluğu zarar görenin zararını gidermek amacıyla öngörülmüştür. Alınması gereken diğer önlemler hakkında diğer yasal düzenlemeler saklıdır. TBK madde 71’in son fıkrasındaki hüküm tazminatın tutarının belirlenmesinde kafa karıştırıcı niteliktedir, bu husus aşağıda daha ayrıntılı olarak ele alınmaktadır.

B- Tazminat Tutarına Üst Sınır Getirme Tartışması

1- Öğretideki Tartışma

Tehlike sorumluluğu düzenlemelerinde tazminat tutarını bir üst sınır getirerek sınırlandırma konusu özellikle Alman hukukunda çok tartışılmıştır⁸⁷². Çünkü Will’in de belirttiği gibi Roma hukukunda da Ortak Hukukta da Japonya, İsveç ve İsviçre gibi ülkelerde de böyle bir götürü ya da hesap yoluyla üst tutar öngörme yöntemine

⁸⁷¹ Geçici ödemeler hakkında bkz. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, 420 vd.

⁸⁷² Will, 305 vd.; Lühn, 96-104; Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, 146; Koch/Koziol, Comparative Conclusions, 428-429; Kötz, 36-40; Kötz, Gutachten, 1825 vd.

rastlanmaz⁸⁷³. Tehlike sorumluluğuna ilişkin birçok yasal düzenlemede ve uluslararası antlaşmada yasa koyucu ya da antlaşmacı devletler üst sınır getirmesine karşın bazılarında ise böyle bir üst sınır bulunmamaktadır⁸⁷⁴. Yani üst sınır hakkındaki kafa karışıklığı yasa koyucuyu da etkilemektedir. Üst sınır getirmenin başlıca iki temel dayanağı vardır: Birincisi tehlike sorumluluğu nedeniyle zarar veren yani tazminat borçlusunun aşırı bir yük altına girdiği kaygısıyla borçlunun ekonomik özgürlüğü korunmaya çalışılmaktadır⁸⁷⁵. İkinci neden ise tehlike sorumluluğunun temelindeki düşüncelerden biri olan “nimetinden yararlanan külfetine katlanır” ilkesinin bugün pek çok alanda geçerliğini kısmen yitirdiği ileri sürülmektedir. Bu görüşü ileri sürenlere göre pek çok tehlikeli faaliyetten zarar veren yanında zarar görenler de yarar sağlamaktadır, öyleyse zararın tümünü zarar verene yıkmamak gerekir⁸⁷⁶.

Bunların yanında üst sınır getirildiğinde sorumluluk rizikosunun sigorta edilebilir olacağı, çünkü hiçbir sigorta ortaklığının miktar bakımından sınırı olmayan tehlikeli bir girişimin riskini üstlenmeyeceği, bunun da tazminatın ödenmesini tehlikeye düşüreceği ileri sürülmektedir⁸⁷⁷. Ancak bu sav yerinde değildir⁸⁷⁸, çünkü

⁸⁷³ Will, 307; Dietz, 303; Caemmerer, Reform, 23; Zweigert/Kötz, 64. Widmer, Strict Liability, 343: “İsviçre hukuku genel olarak üst ve alt sınırlara karşıdır ve yerel yasa koyucuya bu tür kuralları dayatan uluslararası hukuk kuralı olmadığı sürece bunun önüne geçer.”

⁸⁷⁴ Bkz. Will, 306-308; Pfeiffer, 33, 53; Deutsch/Ahrens, 163; Yoon, 209; Dietz, 203, 313-314, 339; Kötz, 36-37.

⁸⁷⁵ Will, 309-310; Lühn, 98.

⁸⁷⁶ Will, 310.

⁸⁷⁷ Bkz. Will, 311-312; Lühn, 98.

⁸⁷⁸ Krş. Kötz/Wagner, 213.

kusur sorumluluğunda ya da sıklıkla sözleşme sorumluluğunda bir üst sınır bulunmadığı halde sorumluluk sigortalarının yapılmasında bir sorun gözlenmez⁸⁷⁹, sigortacı için riskin sınırsızlığı önemli değildir, sigortacı sigorta edeceği risk büyüklüğünü kendisi belirler⁸⁸⁰. Ayrıca sorumluluk sigortası zorunlu hale getirildiğinde zarar görenin tazminat alacağı da güvence altına alınmış olur. Zarar görenin de tehlikeli faaliyetten yararlandığı gerekçesiyle zararın bir kısmını ona yükleme düşüncesi de yersizdir⁸⁸¹, aynı mantıkla sözleşme sorumluluğunda da zarar gören zarar verenin ediminden yararlanır ama gördüğü zararın tazminini isteyebilmektedir. Öğretide de belirtildiği üzere tazminata üst sınır getirme eğilimindeki yasa koyucunun hangi ölçütlere dayandığı pek de saydam değildir, bu açıdan hukuk devleti ilkesine uygun düşmemektedir⁸⁸². Öte yandan tehlike sorumluluğunda üst sınır öngörmenin mahkemeleri kusur sorumluluğu hükümlerine başvurmaya yönlendirdiği belirtilmektedir⁸⁸³.

2- Türk Hukukundaki Durum

Türk hukukunda ne özel tehlike sorumluluğu düzenlemelerinde ne de genel tehlike sorumluluğu düzenlemelerinde tazminat için bir üst sınır öngörülmüştür. Tazminat üst tutarını yasada öngörmek Türk hukukunda rastlanan bir yöntem değildir. Bununla birlikte Türkiye'nin de taraf olduğu Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıslara Karşı Hukuki Sorumluluğa İlişkin Paris Sözleşmesinin 7/a

⁸⁷⁹ Will, 312; Pfeiffer, 54; Kötz, 38; Kötz, Gutachten, 1828.

⁸⁸⁰ Pfeiffer, 54.

⁸⁸¹ Aynı yönde bkz. Will, 310.

⁸⁸² Will, 311; Dietz, 205-206.

⁸⁸³ Will, 318.

maddesinde bunun aksine bir hüküm bulunmaktadır⁸⁸⁴: “Bir nükleer kazanın sebep olduğu hasar sebebiyle ödenmesi istenen tazminat bedeli, işbu madde mucibince tesbit olunan, azami mesuliyetten fazla olamaz.” Paris Sözleşmesinde belirlenen üst sınır belirli aralıklarla güncellenerek tazminat tutarı artırılmaktadır.

Genel tehlike sorumluluğuna ilişkin TBK madde 71’in dördüncü fıkrasında ise şöyle bir hüküm öngörülmüştür: “Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler.” TBK madde 71’in kaynağı olan Widmer tasarısının 50. maddesinde böyle bir hüküm bulunmamaktadır. Kaynak düzenlemeden neden sapıldığı da gerekçede açıklanmamaktadır, bu nedenle söz konusu fıkranın mahkemelerce nasıl yorumlanacağı henüz belirsizdir. Bu konu aşağıda daha ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Burada yalnızca yasa koyucuyu üst sınır öngörmeye iten saiklerin “uygun

⁸⁸⁴ Ulsan, 2007, 79. “Ülkemiz bu Sözleşmeyi 29 Temmuz 1960 yılında imzalamış ve 13 Mayıs 1961 tarih ve 10806 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Bakanlar Kurul Kararı ile onaylamıştır. Hemen hepsi Batı Avrupa ülkelerinden oluşan, Sözleşmeye taraf 15 ülke bulunmaktadır. (Belçika, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Almanya, Yunanistan, İtalya, Hollanda, Norveç, Portekiz, İspanya, İsveç, Türkiye, UK, Slovenya). Bu Sözleşmenin Sekreteryası OECD tarafından yürütülmektedir. Paris Sözleşmesi 29 Temmuz 1960’ta imzaya açılmış, 1964’te bazı değişiklikler yapılmış ve 1968’te yürürlüğe girmiştir. 1982’de revize edilmiş hali şu an yürürlükte olan halidir. Bununla birlikte, beliren ihtiyaçlar ve değişen şartlar ışığında 1999 yılında yeni bir revizyon çalışması başlatılmış, bu çalışma 2003 yılının başında sonuçlanmış ve 12 Şubat 2004 tarihinde tüm Taraf ülkelerce imzalanmıştır. Bu revizyonun ülkemiz açısından yürürlüğe girmesi için TBMM tarafından onaylanması gerekmektedir, bu konudaki çalışmalar Dışişleri Bakanlığımız tarafından yürütülmektedir.” Türkiye Atom Enerjisi Kurumu, <http://www.taek.gov.tr/uluslararası/cok-terafli-anlasmalar-sozlesmeler/140-nukleer-enerji-alaninda-ucuncu-sahislara-karsi-hukuki-sorumluluga-iliskin-paris-sozlesmesi.html> E.T.: 12.11.2012.

bedelle denkleştirme” gibi garip bir hükmü getirmeye yasa koyucu iten saiklerle örtüştüğü saptanabilir⁸⁸⁵. Yani yasa koyucu tazminat borçlusunu korumak, onu ekonomik olarak yıkmamak amacıyla böyle bir hüküm öngörmüş olabilir. Buna karşın düzenlemede zararın bir kısmının ya da belli bir tutarın üstünün zarar görene yıkılmasını emreden bir hüküm bulunmamaktadır. Yasa koyucu tazminat borçlusunu yıkıma uğratmayacak bir çözüm bulmak adına öğretide kimi yazarların da önerdiği gibi yargıca somut olayın gereklerine göre tazminat tutarını indirme yetkisi sunabilirdi⁸⁸⁶. Böyle bir çözüm tehlike sorumluluğunun isnat temellerine ve sorumluluk hukukunun ilkelerine daha uygun düşerdi.

C- “Uygun Bedelle Denkleştirme” Ölçütü

1- İzin Verilen Risk-İzin Verilmeyen Risk Ayrımı

TBK madde 71’in son fıkrasında “... bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler” ifadesinden hareketle yasa koyucunun genel tehlike sorumluluğunda izin verilen riskler ile izin verilmeyen riskler arasında zararın tazmini bakımından fark yaratıldığı düşünülebilir. İzin verilen risklerden doğan zararların fedakârlığın denkleştirilmesini çağrıştırır biçimde “uygun bedelle denkleştirilmesi” ne anlama gelmektedir, yasa koyucu ne maksatla, hangi saikle böyle bir ifade kullanmıştır, izin verilen risklerle izin verilmeyen riskler

⁸⁸⁵ Will, 320: “Denkleştirme düşüncesi, kusur dogmasının tek başına üstünlüğü algısına dayanır ve tehlike ilkesine yapılan göndermeyi yanlış değerlendirir.” Aynı yönde bkz. Pfeiffer, 55.

⁸⁸⁶ Lühn, 97; Will, 319; Pfeiffer, 58; Caemmerer, Reform, 23; Kötz, Gutachten, 1830.

arasında ayırım yaratmak mı istemiştir, tüm bunlar açık değildir⁸⁸⁷. Bu nedenle düzenlemenin yorumlanarak açıklığa kavuşturulması zorunludur. Madde gerekçesinde ya da tartışmalarda neden böyle bir fıkra eklendiğine ilişkin en ufak bir ipucu bulunmamaktadır⁸⁸⁸. Oğuzman/Öz, burada fedakârlığın denkleştirilmesi görüşünün kabulüyle izin verilen-izin verilmeyen risk ayırımı yaratılarak izin verilen risklerde tazminatta indirim hükmü şeklinde yorum yapılması arasında teorik ve pratik açıdan pek fark görmemektedir⁸⁸⁹. Kılıçoğlu ise yasa koyucunun TBK madde 71/4'te fedakârlığın denkleştirilmesi esasını kabul ettiği görüşündedir⁸⁹⁰.

Oysaki yasa koyucunun tehlike sorumluluğunu fedakârlığın denkleştirilmesi ile karıştırdığı düşünülünce aslında bu fıkrayla izin verilen riskler için uygun bedelle denkleştirme, izin verilmeyen riskler için tam tazminat gibi bir ayrıma gitmek gibi bir niyet taşımadığı sonucuna varılmaktadır⁸⁹¹. İlk fıkroda ya da diğer fıkralarda izin verilmeyen risklerle ilgili hiçbir açık hüküm bulunmadığına ve son fıkroda yer alan hükümde “hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile” ifadesi kullanıldığına göre yasa koyucu böyle bir ayırım meydana getirmeyi hesaba katmaksızın ne anlama geleceğini pek de düşünmediği “uygun bedelle denkleştirme” ifadesini kullanmıştır⁸⁹². Yasa koyucu dördüncü fıkra ile hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile sorumluluğun

⁸⁸⁷ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, 352.

⁸⁸⁸ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, 352.

⁸⁸⁹ Oğuzman/Öz, 2012, 188-189.

⁸⁹⁰ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, 335.

⁸⁹¹ Aksi yönde bkz. Oğuzman/Öz, 2012, 188-189; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, 335.

⁸⁹² Korkusuz'un tehlike sorumluluğunu fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulaması olarak ifade etmesi de bu kafa karışıklığını yansıtmaktadır. Bkz. Korkusuz, 207.

doğacağına vurgu yapmak istemiştir⁸⁹³. Bu bakımdan kanımızca TBK madde 71’de genel tehlike sorumluluğu izin verilen verilmeyen tüm önemli tehlikeli işletme faaliyetleri için aynı sonucu öngörür⁸⁹⁴. Burada bize düşen “uygun bedelle denkleştirme” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini açıklığa kavuşturmadır.

2- Örtülü Kanun Boşluğu Görüşü

TBK madde 71/4’te geçen “uygun bedelle denkleştirilmesi” ifadesinin ne amaçla, nasıl bir düşünceyle öngörüldüğü açık değildir. Genel tehlike sorumluluğunun öngörüldüğü TBK madde 71 bütün fıkralarıyla birlikte okunduğunda yasa koyucunun iki farklı genel tehlike sorumluluğu düzenlemesi öngörmediği, “uygun bedelle denkleştirme” ifadesini bilinçli olarak kullanmadığı anlaşılmaktadır. Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanan olgularda zararın tümüyle zarar görene yıkılmamasını sağlamak amacıyla hukuka uygun zararın kısmen zarara yol açana yüklenerek zararın zarar gören ile zarara yol açan arasında paylaştırılması kabul edildiğinden bu olgularda sıklıkla “uygun bedelle denkleştirme” ifadesine başvurulur.

Tehlike sorumluluğunda hukuk düzeni tehlikeli işletme faaliyetine izin vermiş olsa bile riskin gerçekleşmesini hukuka uygun bulmamaktadır, riskin gerçekleşmesi sonucu doğan zarar bu nedenle hukuka aykırıdır. Dolayısıyla tehlike sorumluluğunda hukuka uygun bir zararın kısmen zarar verene yüklenmesinden kesinlikle söz edilemez, tehlike sorumluluğu kusursuz sözleşme dışı sorumluluk hallerinden biridir. Tehlike sorumluluğunda hukuka uygunluk nedeni söz konusu değildir, bu nedenle

⁸⁹³ Erdem, 226.

⁸⁹⁴ Aynı yönde bkz. Erdem, 226.

fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden ve ona dayanan önermeler, hükümler tehlike sorumluluğuna uygun düşmez. Burada amaçsal yönden norm içinde bir çatışma, çelişme söz konusudur⁸⁹⁵. Dolayısıyla yasa koyucu isabetsiz biçimde ve bilinçli olmayan bir tarzda “uygun bedelle denkleştirilmesi” ifadesini kullanmakla örtülü bir yasa boşluğunun meydana gelmesine yol açmıştır⁸⁹⁶.

Örtülü yasa boşluğu, Canaris’in belirttiği üzere yürürlükteki hukukta plana aykırı olarak söz konusu olan bir eksiklik⁸⁹⁷. Hukuk düzeni bütün olarak ele alındığında böyle bir düzenlemeyi gerektirdiği halde yürürlükteki hukuktaki düzenlemenin lafzının olası anlamından çıkarılamayan bir düzenleme bulunduğu boşluktan söz edilir⁸⁹⁸. Buna karşılık kural içi boşluk ve açık boşluktan farklı bir kavramdır, örtülü yasa boşluğunda somut olaya uygun gibi görünen bir düzenleme bulunmakla birlikte yasanın amacı ve ruhu gözetildiğinde bu düzenleme uygun düşmemektedir, düzenleme amaca uygun biçimde sınırlandırılmaya muhtaçtır⁸⁹⁹. Anlamı açık olmayan, yorumlanmaya muhtaç hukuksal kavramlar sıklıkla kural içi boşluğa örnek oluşturur, yani yasa koyucu bilinçli olarak yargıca takdir yetkisi

⁸⁹⁵ Normda mantıksal ve amaçsal çelişkilerle meydana gelen boşluklar hakkında bkz. Canaris, Lücken, 65-70.

⁸⁹⁶ Atamer de başlıktaki “denkleştirme” ibaresinin ve son fıkranın maddeden çıkarılması gerektiğini savunmuştur. Bkz. Atamer, HPD, 22-23.

⁸⁹⁷ Larenz/Canaris, Methodenlehre, 194; Canaris, Lücken, 16, 30, 39; Kırca, Çiğdem: “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, AÜHFD, C. 50 S. 1, 2001 (Örtülü Boşluk), 93; Kramer, Ernst: Juristische Methodenlehre, Bern 1998, 137.

⁸⁹⁸ Canaris, Lücken, 39.

⁸⁹⁹ Larenz/Canaris, Methodenlehre, 210; Kırca, Örtülü Boşluk, 96. Ayrıca bkz. Ogorek, 26-27.

tanıyarak geniş bir hüküm öngörür⁹⁰⁰. Oysaki TBK madde 71/4'te durum böyle değildir. Yasa koyucunun yol açtığı yasa boşluğu bilinçli değildir⁹⁰¹, söz konusu fıkranın yer aldığı maddenin öngördüğü tehlike sorumluluğunun öngörülme amacına uygun değildir, bu açıdan TBK madde 71/4'te örtülü bir boşluk vardır.

Örtülü ya da gizli boşluk, yasanın çok geniş kapsamlı, gerekli istisnalara yer vermemiş olan kelime anlamının, kanunun amacı ve negatif eşitlik ilkesi (eşit olmayana eşit şekilde davranmama) esas alındığında bir sınırlandırmayı gerektirmesi durumunda ortaya çıkan bir boşluktur⁹⁰². Edis'in tanımıyla ise, kanunda bir hüküm bulunmakla beraber, kuralın sözü ile özünün bağdaştırılması mümkün görülüyorsa, bir kural aynı değerde ve güçte başka bir kural ile çatışma halinde ise veya bir kuralın yorumundan elde edilen anlamda uygulanmasının doğruluk ve güven ilkesiyle bağdaşmaması nedeniyle hakkın kötüye kullanımı olarak nitelendirilebiliyorsa burada örtülü boşluktan söz edilir⁹⁰³. Yasaya hâkim olan amacın bir düzenlemeyi gerektirip gerektirmediği yani bir boşluk bulunup bulunmadığının saptanması yasanın kendisine değil, eşitlik ve adalet ilkelerine dayanır⁹⁰⁴. Örtülü boşluğu içeren düzenleme gerekli biçimde sınırlandırılmadan uygulandığında adalete aykırı sonuçlar doğurur⁹⁰⁵. TMK madde 1 yasadaki boşlukların doldurulmasında yargıca yetki verir, yargıç uygulanabilecek bir

⁹⁰⁰ Canaris, Lücken, 26-29.

⁹⁰¹ Bilinçli-bilinçsiz boşluk ayrımı hakkında bkz. Canaris, Lücken, 134-135.

⁹⁰² Kırca, Örtülü Boşluk, 96; Canaris, Lücken, 82 vd.; Kramer, 143-144.

⁹⁰³ Edis, 134.

⁹⁰⁴ Canaris, Lücken, 34, 37.

⁹⁰⁵ Edis, 134.

düzenleme bulunmadığında kendisi yasa koyucuymuş gibi hukuk yaratır, örtülü boşluk da yargıç tarafından TMK madde 1'e göre doldurulması gereken bir boşluktur⁹⁰⁶. Burada dikkat edilmesi gereken husus, yargıcın örtülü boşluğu doldurmada pozitif hukukun sınırlarıyla, yasanın amacıyla sınırlı olması ve böylece hukuk politikasına ilişkin meselelerde karar veren konuma geçmemesi yani keyfî davranmamasıdır⁹⁰⁷.

Örtülü yasa boşluğu bunu gerçek bir boşluk olarak kabul eden görüşe göre teleolojik redüksiyon aracılığıyla doldurulur⁹⁰⁸. Teleolojik redüksiyon, amaca uygun sınırlandırma anlamına gelir⁹⁰⁹. Örtülü boşluklarda düzenleme amaca uygun değerlendirildiğinde olaylara uymayacak şekilde geniş tutulduğundan olaya açıkça uygun görünen normun uygulanması reddedilir⁹¹⁰. Bunun tersi de olanaklıdır, yani düzenleme öylesine dardır ki normun amacına uygun biçimde uygulanması için genişletilmesi gerekir, böylece normdaki örtülü boşluk doldurulur⁹¹¹. Bu nedenle Canaris'in belirttiği gibi "amaca uygun biçimlendirme" daha uygun bir tabir olur⁹¹². Ne var ki Kramer'in de işaret ettiği üzere örtülü boşlukların giderilmesinin tek yolu teleolojik redüksiyon değildir, teleolojik redüksiyon düzenleme ilke olarak makul

⁹⁰⁶ Kırca, Örtülü Boşluk, 101; Edis, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Bası, Ankara 1989, 136.

⁹⁰⁷ Canaris, Lücken, 84-86; Kramer, 138; Ogorek, 28-29. Ayrıca bkz. Edis, 136 vd.

⁹⁰⁸ Canaris, Lücken, 83-84; Kırca, Örtülü Boşluk, 99-101.

⁹⁰⁹ Bu isimlendirme Larenz'e dayanır. Canaris, Lücken, 83.

⁹¹⁰ Kırca, Örtülü Boşluk, 99.

⁹¹¹ Canaris, Lücken, 89-91; Larenz/Canaris, Methodenlehre, 216-218.

⁹¹² Canaris, Lücken, 91-92.

olmakla birlikte bazı hallerde amaca uygun düşmediğinde uygulama bulur⁹¹³. Oysaki norm salt bazı hallerde değil, ilke olarak keyfi, yanlış anlaşılmaya uygun olduğunda teleolojik redüksiyona başvurulmaz, norm yargıç tarafından görmezden gelinir ve yerini amaca uygun norm alır⁹¹⁴. TBK madde 71/4'te de durum böyledir, genel tehlike sorumluluğunun amacı izin verilmiş olsa bile tehlikeli işletme faaliyetlerinin zararını gidermek olduğuna göre düzenleme lafzıyla değil, amacına uygun düşen anlamıyla uygulanmalıdır. Böylece “uygun bedelle denkleştirme” ifadesi, tehlike sorumluluğunun anlam ve amacına ve düzenlemenin genel ruhuna, yapısına uygun olarak “giderilme” olarak anlaşılır. Böylece TBK madde 71/1 ve 71/4 birlikte uygulanır⁹¹⁵. Yani TBK madde 71/4 şöyle anlaşılmalıdır: “Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının giderilmesini isteyebilirler.” Böylelikle aynı durumda olan zarar gören kişilere aynı muamele, aynı durumda olmayanlara farklı muamele yapılabilmesi olanaklı olur⁹¹⁶.

D- Tazminatın Genel Kurallar Çerçevesinde Sınırlandırılması

TBK madde 71 kapsamında genel tehlike sorumluluğuna göre tazminat talebi ileri sürüldüğünde tazminatın saptanabilmesi için öncelikle zararın hesaplanması ve kanıtlanması gerekir. Zarar tutarı tazminatın üst sınırını oluşturur. Bununla birlikte

⁹¹³ Kramer, 167- 168.

⁹¹⁴ Kramer, 167.

⁹¹⁵ Erdem, 226.

⁹¹⁶ Ogorek de hukuk güvenliği ve adalet, hakkaniyet için normun anlam ve amacı ile çelişen sonuçlara varılmasını önlemek için yargıcın çözümü lafzın dışında araması gerektiğine işaret ederek aynı yönde görüş belirtmektedir. Ogorek, 30-31.

tazminat her zaman zarar tutarına denk değildir. Yargıç somut olayda zarar gören ya da zarar verenle ilgili çeşitli unsurları dikkate alarak tazminat tutarını belirler. Bu bağlamda sorumluluk hukukuna ilişkin genel kurallar tehlike sorumluluğunun niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanır. Tazminat tutarının belirlenmesinde ve sınırlandırılmasında özellikle TBK madde 51 ve 52 dikkate alınır.

TBK madde 51'e göre "Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler. Tazminatın irat biçiminde ödenmesine hükmedilirse, borçlu güvence göstermekle yükümlüdür." Söz konusu maddede geçen "durumun gereği" ibaresi somut olayın koşullarına işaret eder, kural içi boşluğa örnektir, diğer bir deyişle yargıca bu bağlamda takdir yetkisi tanınmıştır. "Özellikle kusurun ağırlığı" ifadesinden ise kusurun ağırlığının somut olayın dikkate alınması gereken koşullarından biri olduğu anlaşılmaktadır. Madde gerekçesinde "özellikle" sözcüğünün yürürlükten kaldırılan yasada bulunmazken yeni yasadaki düzenlemeye eklendiğine dikkat çekilmektedir. Tehlike sorumluluğu bakımından özellikle riskin yoğunluğu, büyüklüğü, yakınlığı vs. dikkate alınır, buna karşılık elbette varsa kusurun ağırlığı, taraflar arasındaki hukuksal ilişkiler, tarafların ekonomik güçleri de tazminatın saptanmasında rol oynar⁹¹⁷.

TBK madde 52'ye göre "Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde

⁹¹⁷ Bkz. Stark, ZSR, 1967, 48-52.

yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.” TBK madde 51, tazminat tutarının genel olarak nasıl saptanacağını düzenlerken TBK madde 52, tazminat tutarında indirim yapılmasını gerektiren halleri ortaya koymaktadır. Zarar görenin rızası yani tehlike sorumluluğunda riski göze almasının sorumluluğa etkileri ile zarar görenin kusuru yukarıda ele alınmış olduğundan burada tekrarlanmayacaktır. Söz konusu maddenin ikinci fıkrası kusurun hafif olması halinde tazminatta indirim yapılabileceğinden söz eder. Kanımızca tehlike sorumluluğunda ancak hakkaniyetin gerektirdiği hallerde tazminatta indirim yapılabilmesi kabul edilmelidir⁹¹⁸.

II- Tazminat Talebinin Tarafları

A- Tazminat Borçlusunun Belirlenmesi

1- Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Bağlantı Noktaları

a- Ayni Hâkimiyet İlişkisi

Tazminat borçlusunun belirlenmesinde ayni hâkimiyet ilişkisi sıklıkla tehlike sorumluluğunun faaliyete değil şeye, cisme odaklandığı hallerde esas alınır. Ayni hâkimiyet ilişkisinden kast edilen, zilyetlik, mülkiyet, lisans, sınırlı ayni hak sahibi olma gibi şeyle doğrudan ilişkili hâkimiyet ilişkisidir⁹¹⁹. Tehlike sorumluluğu düzenlemelerinin bazıları ayni hâkimiyet ilişkisine dayanır. Bu bağlamda Fransız Medeni Kanunu (Code civil) madde 1384 özel bir önem taşır. Çünkü Fransız içtihadının yorumuyla genel tehlike sorumluluğu olarak yorumlanan madde 1384

⁹¹⁸ Will, 325.

⁹¹⁹ Bkz. Esmein, 170 vd.; Koch/Koziol, Comparative Conclusion, 415-416; Schlüchter, 138; Tholl, 74-75.

bağlantı noktası olarak “garde”, “gardien” sözcüklerine başvurur. “Gardien” Özsunay’ın Türkçeye çevirisinde “şeyi gözetimi altında bulunduran şahıs” olarak ifade edilmiştir⁹²⁰. Türk Hukuk Kurumu’nun sözlüğünde “garde”, “gardien” “korucu, bekçi” olarak, “gardien de la chose” “işletici” olarak Türkçeye çevrilmiştir⁹²¹. “Garde”, “gardien” sözcükleri Almancaya da benzer biçimde “Obhut, Verwahrung, Wache, Halter, Wächter, Vorsteher” yani koruyucu, tutucu, bekçi, yönetici olarak çevrilmektedir⁹²². Gardien zilyet kavramından farklıdır, zilyet kavramının bünyesinde taşıdığı hukuksal korunmadan yoksundur. Haksız zilyet gibi bir kavram bulunmasına karşılık haksız gardien’den söz edilmez⁹²³. Diğer yandan kimin “gardien” olduğunun belirlenmesinde hukuksal olarak kimin hak sahibi olduğunun da bir önemi yoktur, olgusal, eylemli hâkimiyet ilişkisi belirleyicidir⁹²⁴. Özsunay’ın çevirisinin Code civile madde 1384’teki “gardien” kavramına doğrudan karşılık oluşturduğu kanısında olmakla birlikte “gardien”, en çok “tutucu, işletici” anlamlarına gelen “Halter” kavramına yakın olduğundan Almancaya “Halter” olarak çevrilmesi isabetlidir. Nitekim hayvan tutanın kusursuz sorumluluğunun

⁹²⁰ Esmein, 165.

⁹²¹ Türk Hukuk Lügâtı, Türk Hukuk Kurumu, 3. Baskı, Ankara 1991, 450.

⁹²² Köbler, Gerhard: Rechtsfranzösisch – Deutsch-französisches und französisch-deutsches, 4. Auflage, München 2004, 263; Lindbergh, Ernest: Internationales Rechtswörterbuch: Deutsch, Englisch, Französisch, Neuwied, Kriftel, Berlin 1993, 217.

⁹²³ Bkz. Esmein, 171.

⁹²⁴ Esmein, 171-172. Ne var ki Fransız Yargıtayı Hukuk Dairesi aracı çalan hırsız bulunamadığı ya da ödeme gücüne sahip olmadığı hallerde, araç sahibinin “aracı gözetim altında bulunduran şahıs” olarak kabul edileceğini belirtmiştir. Bununla birlikte Fransız Yargıtayı Genel Kurulu 2.12.1944 tarihli bir kararı ile şey üzerinde herhangi bir gözetim olanaksızlığı karşısında bulunan bir kimsenin sorumlu kılınmasına olanak bulunmadığını belirtmiştir. Esmein, 171.

düzenlendiği OR madde 56'nın Fransızca metninde “gardien”, Almanca metninde “Halter” kavramlarına başvurulmuştur⁹²⁵.

“Halter” kavramının Alman ve İsviçre hukukunda ulaşım araçlarının ve hayvanların meydana getirdiği zararlardan ötürü kusursuz sorumluluk düzenlemelerinde kullanıldığı görülür⁹²⁶. Öyle ki “Halter” kavramının “Betreiber” kavramından farklı bir anlam kazandığı izlenimi uyanmaktadır, çünkü nesne üzerinde hâkimiyete odaklanmış tüm tehlike sorumluluğu düzenlemeleri sorumlu kişi olarak daima “şeyi gözetim altında bulunduran” kişi anlamına gelebilecek terimlere başvurmuştur: “Tierhalter”, “Kraftfahrzeughalter”, “Flugzeughalter” vs. Türk hukukunda olağan sebep sorumluluğu olarak düzenlenen hayvan tutanın sorumluluğunda sorumluluk eski Borçlar Kanunu'nda “hayvanın idaresini elinde bulundurana” yüklenirken TBK'de madde 67'ye göre “hayvan bulundurana” yüklenmiş ve madde gerekçesinde de belirtildiği üzere eski yasadan farklı olarak yeni yasada madde 67/1'de sorumlunun kim olduğu yani hayvan bulunduran tanımlanmıştır: “Bir hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişi, hayvanın verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.” Hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli ya da geçici olarak üstlenmek, onu yönetme, tabiri caizse işletme anlamına gelmeye elverişli görünse de niteliği gereği nesne üzerinde doğrudan hâkimiyet kurma, onu gözetimi altında bulundurma anlamına gelmektedir⁹²⁷. Karayolları Trafik Kanunu'nda ise taşıt tutan yani “Kraftfahrzeughalter” “işleten” terimiyle ifade edilmiş olsa da işleten teriminin

⁹²⁵ <http://www.admin.ch/ch/f/rs/220/a56.html> E.T.: 06.12.2012.

⁹²⁶ Tholl, 74-75; Wilburg, 193.

⁹²⁷ Fuchs, 241-242, 248.

tanımı KTK madde 3'te şöyle yapılmıştır: “Araç sahibi olan veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alıcı sıfatıyla sicilde kayıtlı görülen veya aracın uzun süreli kiralama, ariyet veya rehni gibi hallerde kiracı, ariyet veya rehin alan kişidir. Ancak ilgili tarafından başka bir kişinin aracı kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işlettiği ve araç üzerinde fiili tasarrufu bulunduğu ispat edilirse, bu kimse işleten sayılır.” Tanımdan anlaşılabacağı üzere sorumlu ayni hâkimiyet ilişkisine göre belirlenmiştir, malik, ayni hak sahibi ya da zilyet olan kişi sorumlu kılınmıştır. Buna karşılık zilyet yardımcısı sorumlu tutulmaz ya da daha doğrusu ancak kusurundan ötürü sorumlu tutulabilir. Aracı kendi hesabına işlettiği ve araç üzerinde fiili tasarrufu bulunduğu kanıtlandığında hırsız da haksız bir zilyet olarak işleten sayılır⁹²⁸. Esas olan, fiili tasarrufun, gözetim altında bulundurma olanağının ve ekonomik açıdan karar verme yetkisinin kimde bulunduğu⁹²⁹. Görüldüğü gibi Türk hukukunda yasa koyucu terimler konusunda kafa karışıklığı yaşamaktadır, işleten ve elinde bulunduran, gözetici, tutucu gibi terimler birbiriyle karıştırılmaktadır⁹³⁰.

b- İşletme ya da Yürütme İlişkisi

Tazminat borçlusunun belirlenmesinde tehlike sorumluluğu “faaliyete”, “işletmeye”, “işletme faaliyetine” odaklandığında işletme ilişkisi bağlantı noktası olarak kullanılmaktadır⁹³¹. Yani sorumluluk faaliyeti yürüten, işletmeyi işletene yüklenmektedir. Buna tipik örnek olarak İtalyan Medeni Kanunu’nda madde 2050 ile

⁹²⁸ Widmer, Strict Liability, 336.

⁹²⁹ Gassmann-Burdin, 183-185; Fuchs, 248.

⁹³⁰ Benzer biçimde bkz. Gerekçe, 146. Ayrıca bkz. Gassmann-Burdin, 182 vd.

⁹³¹ Winiger, 98.

öngörülen genel tehlike sorumluluğu gösterilebilir. Codice civile madde 2050’de “bir faaliyetin yürütülmesi sırasında” verilen zarardan sorumluluk öngörülmüştür. Faaliyetin yürütülmesi yasada madde başlığında “esercizio” terimiyle, madde metninde “svolgimento” terimiyle ifade edilmiştir⁹³². “Esercizio”, yürütme, yerine getirme, işletme anlamlarına gelirken “svolgimento”, akış, geçiş, gelişim, bir işin başarılmaması anlamlarına gelir⁹³³. Öğretide bir görüş madde metninin madde başlığına üstünlüğü savını ileri sürerek bunun “işletme” kavramına karşılık geldiğini savunsa da Schlüchter’in isabetli olarak belirttiği gibi düzenlemeden böyle bir anlam çıkarılamaz, düzenleme sorumlunun belirlenmesinde “faaliyeti yerine getirmeyi, yürütmeyi” esas alır⁹³⁴. Ne var ki işleten kavramı tehlike sorumluluğu bağlamında kullanıldığında sıklıkla faaliyeti yürüten anlamına gelir, başka bir anlam taşımaz. Widmer tasarısında “Betreiber” sorumlu kişi olarak belirlenmiştir. “Betreiber” terimi işleten, işletmen, operatör olarak Türkçeye çevrilebilir. Bu açıdan bu terim, yerine getirme, yürütme anlamlarına gelen “Ausübung” terimine göre daha dar kapsamlıdır, teknik bir çağrışımı bünyesinde bulundurmaktadır. “Betreiber” teriminin tercih edilmesinin nedeni de esasen tehlike sorumluluğunun teknik risklerden ötürü kusursuz sorumluluk düşüncesine dayanmasıdır. Bu bağlamda “Betrieb” kavramından ne anlaşılması gerektiği hakkında yukarıdaki açıklamalarımıza bakılabilir.

⁹³² Schlüchter, 126.

⁹³³ Conte, Giuseppe: Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache, Teil 1: Italienisch-deutsch, 2. Auflage, München 1971, 144, 324; Köbler, Gerhard: Rechtsitalienisch – Deutsch-italienisches und italienisch-deutsches, 2. Auflage, München 2004, 293, 410.

⁹³⁴ Bkz. Schlüchter, 126-127.

İşleten ya da yürüten, sonuçta faaliyete, organizasyona odaklanılmış bir tehlike sorumluluğu düzenlemesinde aynı hâkimiyet ilişkisine dayanılmaktan açıkça kaçınılmaktadır⁹³⁵. Bu husus Widmer tasarısının 50. maddesinin gerekçesinde açıkça şöyle belirtilmektedir⁹³⁶: “Çalışma komisyonu “nesneler için sorumluluğun” beraberinde getirdiği güçlükleri önlemek istemiştir. Nesneler için sorumluluk, yasa koyucuyu (ve içtihadı) ya aynı bir hakka (mülkiyet, zilyetlik) başvurarak –bu uygun bir isnat için çok sık yapılan bir yollamadır- ya da Code civil madde 1384’teki “garde” gibi ne olduğu belirsiz bir kavram kullanarak nesne ve sorumlu kişi arasında sübjektif bağlantı kurmaya zorlar. ... “Halter” kavramında da aynı sorunlarla karşılaşılır. Gerçi içtihat bu kavramı Strassenverkehrsgesetz (Karayolları Trafik Kanunu) bakımından doğru yorumlamıştır. Ancak OR 56 (hayvan bulunduranın sorumluluğu) bağlamında aynı şey söylenemez. ... Burada nesne üzerinde cismani olarak doğrudan güç sahibi olan kişiyi “Halter” ve dolayısıyla sorumlu görme yönünde açık bir eğilim vardır, ama bu sebep sorumluluğu için uygun bir ölçüt değildir. Çünkü bir faaliyetin tehlikeli niteliği temel olarak hâkim olunması çok güç olan “maddelerin, aletlerin ya da güçlerin” kullanılmasından kaynaklansa dahi, madde ya da makineyle çalışan bir işçi değil⁹³⁷, bilakis işletmenin kumandasını

⁹³⁵ Çevre Kanunu’nda da sorumlu kişi “kirleten” olarak belirlenerek aynı hâkimiyet ilişkisinden ziyade faaliyete odaklanılmış bir hâkimiyet, denetim tercih edilmiştir. Krş. Ertaş, 158-160.

⁹³⁶ Gerekçe, 140. Ayrıca bkz. Koch/Koziol, Comparative Conclusions, 415.

⁹³⁷ Widmer tasarısının 51. maddesinin ilk fıkrasında önemli ölçüde tehlikeli faaliyeti işletenin rızasıyla faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin eylemleri için işleten sorumlu tutulur. İkinci fıkrada ilk fıkradaki hükmün diğer kusursuz sorumlu kişiler için de geçerli olduğu öngörülmüştür. Bkz. Widmer/Wessner, Stellungnahme; Gerekçe, 147-148. Böyle bir hüküm TBK’de bulunmamakla birlikte ifa yardımcısının eyleminden sorumluluk hakkındaki düzenleme aynı sonucu doğurmaktadır.

elinde bulunduran kişi sorumlu olmalıdır. Bu kişi tehlikeli faaliyeti organizasyon açısından ve ekonomik yönden denetler ve esasen ondan yarar sağlar⁹³⁸. Tasarı bu açıdan “bir faaliyeti işleten kişi” diyerek söz etmektedir.” Anlaşılacağı gibi Türk hukukunda KTK’de kullanılan “işleten” kavramını Widmer doğrular görünmektedir, Türk hukukunda olduğu gibi İsviçre hukukunda da hayvan bulunduranın sorumluluğunun aynı hâkimiyet ilişkisine dayanmasını ise eleştirmektedir. Yazara göre bir şey üzerinde hâkimiyet kurmaktan ziyade bir faaliyetin organizasyon açısından ve ekonomik olarak denetlenerek ondan yarar sağlanması sorumlu kişiyi belirlemelidir⁹³⁹. Bir şeyi denetleyerek ondan yarar sağlamak da esasında şey ya faaliyet üzerinde hâkimiyet kurmaktır. Bu açıdan çoğu kez malik ya da zilyet “işleten” sayılır, ama bunun böyle olması şart değildir⁹⁴⁰. Aynı hâkimiyet ilişkisi tehlikeli faaliyetlerin doğurduğu zarardan ötürü sorumlu olacak kişinin belirlenmesini güçleştirmektedir. Öte yandan aynı hâkimiyet ilişkisine dayanmaktan kaçınılması işletmenin, şeyin, faaliyetin dayandığı organizasyonun maliki ile işleteni, yani kendi hesabına denetleyip ondan yarar sağlayan kişi birbirinden farklı kişiler olduğunda malikin kusursuz sorumluluğun dışında bırakılması anlamına da gelmektedir.

⁹³⁸ Bu nedenle bir buz pistinde çarpışan iki sporcu birbirine karşı tehlike sorumluluğu gereğince tazminat talebi hakkına sahip değildir. Aynı yönde bkz. Stahlberg, 52-53.

⁹³⁹ Aynı yönde bkz. Wilburg, 188-189; Gassmann-Burdin, 185-186.

⁹⁴⁰ Widmer, Strict Liability, 336; Koch/Koziol, Comparative Conclusions, 415-416; Wilburg, 193-194. Aynı yönde bkz. Lühn, 50-51.

2- TBK Madde 71’de Esas Alınan Bağlantı Noktaları

TBK madde 71/1’e göre “Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur.” Dolayısıyla Türk Borçlar Kanunu’nda genel tehlike sorumluluğu bakımından sorumluluk hem işletme sahibine hem de işletene yüklenmektedir⁹⁴¹. Örneğin A’ya ait bir santral B tarafından kira, intifa ya da üst hakkına dayanarak işletiliyorsa hem A hem de B santralin karakteristik rizikosunun meydana getirdiği zarardan sorumlu olur⁹⁴². TBK Tasarısının ilk halindeki genel tehlike sorumluluğuna ilişkin madde 66’da sorumluluk sadece “faaliyeti yürüten kişiye” yüklendiği halde düzenleme daha sonra değiştirilmiştir⁹⁴³. Bu açıdan yasa koyucu hem örnek aldığı Widmer tasarısındaki düzenlemeden hem de karşılaştırmalı hukukta mevcut genel tehlike sorumluluğu düzenlemeleri ve önerilerinden sapmıştır⁹⁴⁴. Örneğin İspanyol hukuku çeşitli terimler kullanmasına karşın hep tehlikeli şey ya da faaliyet üzerinde denetime sahip olan kişiye işaret eder, maliklikten salt iki hükümde söz edilir⁹⁴⁵. Polonya ve Çek hukuku ise eylemli denetimi vurgular, ancak çok defa Çek sistemi maliki de sorumlu tutar⁹⁴⁶. ABD’de Restatements of Torts’ta genelde “zilyetten” söz edilir. Türk hukukunda da özel tehlike sorumluluğu düzenlemeleri bakımından da işletme sahibi ilk kez açıkça

⁹⁴¹ Bkz. Koch/Koziol Comparative Conclusions, 414.

⁹⁴² Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, 335.

⁹⁴³ Uluşan, 2007, 82; Atamer, HPD, 22.

⁹⁴⁴ Winiger, 98. Bkz. Lühn, 17; Dietz, 183-184; Widmer, Strict Liability, 336; Koch/Koziol, Comparative Conclusions, 413-418; Schlüchter, 323; Wilburg, 193.

⁹⁴⁵ Koch/Koziol, Comparative Conclusions, 415.

⁹⁴⁶ Koch/Koziol, Comparative Conclusions, 415.

sorumlu tutulan özne sayılmaktadır⁹⁴⁷. Winiger, bu genişlemeyi olumlu karşılamaktadır, böyle bir düzenleme zarar görenin korunmasını daha güvenceli hale getirmektedir⁹⁴⁸. Dietz de sorumluluğun salt işletene yüklenmesini, malikten söz edilmemesini eleştirir, yazara göre bunun nedeni geçmişte malikle işleten sıfatının daima aynı kişide birleşmesidir, ancak bu günümüz koşullarına uygun düşmemektedir⁹⁴⁹. TBK’ye göre işletme sahibi ile işletenin birlikte sorumluluğu müteselsil sorumluluk olarak öngörülerek zarar görene sağlanan güvence daha da perçinlenmiştir. Müteselsil sorumluluğa aşağıda daha ayrıntılı olarak değinilecektir.

İşletenin ya da işletme sahibinin kamu otoritesi, kamu kurumu, devlet ya da özel olması önemli değildir, kamusal egemen gücün kullanılmadığı hukuksal ilişkiler bakımından özel hukuk düzenlemeleri geçerlidir⁹⁵⁰. Bu konuda KTK madde 106 aynı doğrultuda bir hüküm öngörür: “Genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelere, il özel idarelerine ve belediyelere, kamu iktisadi teşebbüslerine ve kamu kuruluşlarına ait motorlu araçların sebep oldukları zararlardan dolayı, bu Kanunun işletenin hukuki sorumluluğuna ilişkin hükümleri uygulanır. Bu kuruluşlar, 85 inci

⁹⁴⁷ İsviçre hukukunda da özel tehlike sorumluluğu düzenlemelerinde *custodian/keeper/holder* (Halter/tutucu), operatör (Inhaber/işleten) ya da “*person who practises hunting*” (avcı) farklı terimler kullanılmış olsa da sorumlu kılınan kişi ekonomik olarak ve organizasyon açısından sorumluluğun bağlı bulunduğu eylemi denetleyen kişidir. Aynı düşünce söz konusu eylem kimin hesabına ve riskine olmak üzere yürütülüyorsa (ya da taşıt çalıştırılıyor ya da madde kullanılıyorsa) o kişinin sorumlu olduğunu söylerken de kendini gösterir. Widmer, *Strict Liability*, 336. Ayrıca bkz. Lühn, 51.

⁹⁴⁸ Winiger, 98. Krş. Atamer, HPD, 22. Gassmann-Burdin ise hukuk güvenliği açısından biçimsel ölçütü olumlu bulur. Gassmann-Burdin, 182-183.

⁹⁴⁹ Dietz, 200. Aynı yönde bkz. Erdem, 225.

⁹⁵⁰ Widmer, *Strict Liability*, 337.

maddenin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere 101 inci maddedeki şartları haiz milli sigorta şirketlerine mali sorumluluk sigortası yaptırmakla yükümlüdürler.” Sorumlunun ayırt etme gücü ya da reşit olup olmadığı önem taşımaz⁹⁵¹, velayet ya da vesayet altındaki kişinin sorumlu olarak tazminat ödemek zorunda kalması halinde veli ya da vasinin ehliyetsiz kişiye sorumluluğu saklıdır. Ayırt etme gücü kusura ilişkin bir kavramdır, tehlike sorumluluğunda sorumluluğun doğması ise kusura bağlı değildir⁹⁵².

TBK madde 71/1’e göre sorumlu olarak kılınan öznelerden “tehlikeli işletme faaliyeti işleten” tehlike sorumluluğunun esasını, ruhunu ortaya koyup vurgular⁹⁵³. Çünkü sorumluluk tehlikeli faaliyeti hem organizasyon açısından hem de ekonomik bakımdan denetleyen (tabii ya da tüzel) kişiye isnat edilmek zorundadır⁹⁵⁴. Bu aynı zamanda sorumlunun belirlenmesinde maddi ölçüte üstünlük tanındığı anlamına gelir⁹⁵⁵. Tehlike sorumluluğu “işletene” zararı önlemeyi teşvik ederek ve güvenlik aracı ortaya koyarak tehlikeyi asgari düzeye indirmek için bir araç ve yetki verir⁹⁵⁶. İşletmenin sahibinin işletenden ayrı bir kişi olduğu hallerde işletme sahibinin işleten kadar hâkimiyet, denetim olanakları bulunmamasına karşın zarar görenin daha iyi

⁹⁵¹ Widmer, Strict Liability, 349; Koch/Koziol, Comparative Conclusions, 419.

⁹⁵² Bkz. TBK B. Kusursuz sorumluluk I. Hakkaniyet sorumluluğu Madde 65 – Hakkaniyet gerektiriyorsa; hâkim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir.

⁹⁵³ Gerekçe, 145.

⁹⁵⁴ Gerekçe, 145.

⁹⁵⁵ Gassmann-Burdin, 183-184.

⁹⁵⁶ Gerekçe, 145.

korunabilmesi amacıyla o da sorumlu kılınmıştır⁹⁵⁷. Bu açıdan tehlikeli işletme faaliyetine konu olan şey çalındığında, gasp edildiğinde ya da işgal edildiğinde işleten “işleten olma” sıfatını yitirebilir, ama işletme sahibi “işletme sahibi” olarak kalmaya devam eder. Bu durumda kendi hesabına, tehlikesini kendisi üstlenerek faaliyeti yürüten “haksız” işleten yanında işletmenin sahibi tehlikeli işletme faaliyetinin karakteristik rizikosunun doğurduğu zarardan birlikte sorumlu olur⁹⁵⁸. İşletenin “işleten olma” sıfatını yitirmesi ise ancak işgal ya da gasp ekonomik olarak ve organizasyon açısından denetim, karar verme, yönetme olanağının, gücünün yitirilmesi halinde söz konusu olabilir, buna yer bırakmayacak kadar kısa süreli bir yoksunluk halinde işleten sıfatının kaybedildiği ileri sürülemez. Öte yandan öğretide işletene, işleten olma sıfatını “haksız” işletene kaptırmada kusur yüklenebiliyorsa eski işletenin de haksız işleten gibi sorumlu tutulacağı kabul edilmektedir⁹⁵⁹. Bu husus KTK madde 107/1’de şöyle düzenlenmiştir: “Bir motorlu aracı çalan veya gasbeden kimse işleten gibi sorumlu tutulur. Aracın çalınmış veya gasbedilmiş olduğunu bilen veya gereken özen gösterildiği takdirde öğrenebilecek durumda olan aracın sürücüsü de onunla birlikte müteselsilen sorumludur. İşleten, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerden birinin, aracın çalınmasında veya gasbedilmesinde kusurlu olmadığını ispat ederse, sorumlu tutulamaz. İşleten, sorumlu olduğu durumlarda diğer sorumlulara rücu edebilir.”

⁹⁵⁷ Atamer, faaliyeti icra edenlerin tümünün sorumlu kılınması gerektiğini belirtmekte ve işletme kavramına odaklanan “işleten ve işletme sahibi” ifadeleri yerine “faaliyeti icra eden” ifadesinin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. Atamer, HPD, 22.

⁹⁵⁸ Krş. Widmer, Strict Liability, 336-337.

⁹⁵⁹ Koch/Koziol, Comparative Conclusions, 419; Wilburg, 205; Fuchs, 249.

B- Tazminat Alacaklısının Belirlenmesi

TBK madde 71’de genel tehlike sorumluluğu bağlamında tazminat talebinde bulunma hakkının kime tanındığı hakkında sadece son fıkrada bir hüküm bulunmaktadır: “Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler.” Bu hükümde “zarar görenler” tazminat alacaklısı olarak kabul edilmiştir. Ancak “zarar görenler” deyiminden ne anlaşılması gerektiği açık değildir⁹⁶⁰. Bu konuda TBK’deki genel hükümlere başvurulması gerekir⁹⁶¹. İlke olarak tazminat alacaklısı olan kişi doğrudan zarar gören hukuksal çıkarın sahibi olan kişidir⁹⁶². Bu açıdan doğrudan zarar görenin belirlenmesinde normun amacı esas alınmalıdır⁹⁶³. Bir mühimmat deposunda meydana gelen patlama sonucunda çevredeki kişiler, hayvanlar yanında o depoda çalışan işçiler de zarar gördüğünde normun koruduğu hukuksal çıkar salt çevredeki kişilere değil, o karakteristik rizikodan etkilenen herkese aittir, yani depoda çalışan işçiler de “zarar gören” sıfatını taşır.

Diğer yandan zarar görenin insan olması şart değildir, tüzelkişiler de zarar görebilir. Ancak salt malvarlığı zararının sorumluluğun kural olarak dışında kalması karşısında tüzelkişiler ancak manevi zarara uğrayabilir. Tüzelkişiler Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 23. maddesinde tüketici örgütlerine tanınan dava

⁹⁶⁰ Genel kuralın “zarar görenlerin” kim olduğunun belirlenmesini güçleştireceği görüşü hakkında bkz. Yoon, 195.

⁹⁶¹ Krş. Koziol, FS Wilburg, 175.

⁹⁶² Dietz, 187.

⁹⁶³ Bu konuda bkz. ve krş. Honsell, 16.

açma hakkının yanında 2011’de kabul edilen yeni HMK ile de topluluk davası açma hakkına sahip kılınmıştır⁹⁶⁴. HMK’nin “Topluluk Davası” başlıklı 113. maddesi şöyle bir hüküm öngörür: “Dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilir.” Bu açıdan tüzelkişiler tazminat davası değilse de önleme, eski halin iadesi, hukuka aykırılığın saptanması ya da ilgililerin hakkının saptanması istemlerini ileri sürebilecektir. Örneğin çevre dernekleri nükleer santrallerin kurulmasının önüne geçmek için, kurulmuş santrallerin kapatılması ya da meydana getirdikleri zararın hukuka aykırılığının saptanması için dava açabilirler.

Zarardan doğrudan etkilenen kişi, yani yaralanan, ölen kişi yanında başka kişiler de zarar görür. TBK madde 53, ölüm halinde uğranılan zarar kalemlerini örnekleyici biçimde sayar, bunlar arasında üçüncü bentte “ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar” da bulunmaktadır. Dolayısıyla ölüm halinde destekten yoksun kalanlar tazminat alacaklıları arasındadır. TBK’de manevi tazminatın düzenlendiği madde 56/2 ise şöyle bir hüküm öngörür: “Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.” Bu hüküm bedensel zarar yani yaralanma bakımından yürürlükten kalkan BK’de bulunmayan, yeni bir hükümdür. Bu düzenlemeyle birlikte ölüm ya da ağır yaralanma halinde zararın

⁹⁶⁴ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Madde 23 - Bakanlık ve tüketici örgütleri münferit tüketici sorunu olmayan ve genel olarak tüketicileri ilgilendiren hallerde bu Kanunun ihlali nedeniyle kanuna aykırı durumun ortadan kaldırılması amacıyla tüketici mahkemelerinde dava açabilirler.

doğrudan hedefi olan kişi yanında onun yakınlarına da tazminat hakkı tanınmıştır. Madde gerekçesinde de belirtildiği gibi yürürlükten kaldırılan BK madde 47’de ölünün ailesine manevi tazminat hakkı tanındığı halde TBK’de “aile” yerine “yakınları” sözü kullanılarak içtihadın bu konudaki eğilimine uygun ve modern bir yaklaşım gösterilmiştir. Çünkü eski yasa döneminde içtihat ölenin nikâhsız birlikte yaşadığı eşine ya da teyzesine de tazminat hakkı tanıyarak maddenin lafzını aşan bir yorum getiriyordu⁹⁶⁵. Sadece Yargıtay değil, AİHM de Türkiye aleyhine açılan tazminat davasında nikahsız birlikte yaşadığı eşinin ölümünden dolayı uğradığı manevi zararın giderilmesi istemini kabul etmiştir⁹⁶⁶. Yargıtay 1975 yılında verdiği bir kararında şu saptamalarda bulunmuştur⁹⁶⁷: “... BK. m. 47’e göre, “ölenin ailesi” de manevi tazminat isteyebilir. Bu yasa hükmündeki “ailesi” sözünün, ölenin yakınları diye yorumlanması için, ölen ile eylemli aile ve sevgi bağlarının varlığı gereklidir. Burada önemli olan, aile hukuku çevresinde yakınlık değil, duygusal yakınlıktır.” Buna karşılık ağır yaralanma halinde yaralananın aile üyelerine ya da yakınlarına kural olarak böyle bir tazminat hakkını içtihat tanımıyordu, buna gerekçe olarak yaralananın yakınlarının uğradığı zararın yansıma zarar olduğunu ve bunun BK madde 47’de tazminat kapsamına alınmadığını ileri sürüyordu⁹⁶⁸. Yargıtay’ın

⁹⁶⁵ Y. 4. HD E. 2011/159 K. 2012/3755 T. 08.03.2012, www.kazanci.com E.T.: 10.12.2012; Y. 15. HD E. 1975/2313 K. 1975/3366 T. 02.07.1975, www.kazanci.com E.T.: 10.12.2012. Aksi yönde karar için bkz. Y. 4. HD E. 2009/14285 K. 2010/11605 T. 9.11.2010, www.kazanci.com E.T.: 10.12.2012.

⁹⁶⁶ Bkz. AİHM Öneriyıldız/Türkiye Davası, Başvuru No: 48939/99, 30.11.2004, www.kazanci.com E.T.: 10.12.2012.

⁹⁶⁷ Y. 15. HD E. 1975/2313 K. 1975/3366 T. 02.07.1975, www.kazanci.com E.T.: 10.12.2012.

⁹⁶⁸ Y. 21. HD E. 2010/6121 K. 2012/1133 T. 06.02.2012, www.kazanci.com E.T.: 10.12.2012: “Borçlar Kanununun 47. maddesine göre manevi tazminat isteme hakkı doğrudan doğruya cismani

bazı kararlarında ise yaralananın yakınlarına da manevi tazminat talep hakkı tanınmıştır, buna gerekçe olarak yakınların gördüğü zararın da yansıma zarar değil, başlı başına kişilik hakkı ihlalinin sonucunda meydana gelen bir zarar olduğu belirtilmiştir⁹⁶⁹.

TBK madde 56/2 sayesinde bu tartışmalar büyük ölçüde son bulmuştur, hem ölüm hem de ağır yaralanma halinde ölenin ya da yaralananın aile bağları aranmaksızın yakınlarına manevi tazminat hakkı tanınmıştır. Sonuç olarak genel

zarara uğrayan kişiye aittir. Yansıma yoluyla aynı eylem nedeniyle manevi üzüntü duyanlar manevi tazminat isteyemezler. Ancak cismani zarar kavramına (BK 46 ve 47) ruhsal bütünlüğün ihlali sinir bozukluğu veya hastalığı gibi hallerin girdiği bu maddelerde sadece maddi sağlık bütünlüğünün değil ruhsal ve sinirsel bütünlüğünde korunduğu öğretiler ve Yargıtay kararlarında kabul edilmektedir. Öyleyse bir kişinin cismani zarara uğraması durumunda, onun (ana, baba, eş, çocuk gibi) çok yakınlarından birinin de aynı eylem nedeniyle ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğü ağır şekilde bozulmuşsa (örneğin eyleme uğrayan yakın kişi %100 işgöremez duruma gelmişse) onların manevi tazminat isteyebilecekleri kabul edilmelidir. Bu durumda olanların zararları ile haksız eylem arasında uygun illiyet bağı mevcut olduğundan yansıma yoluyla değil, doğrudan zarara uğrama sözkonusudur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 26.4.1995 gün ve 1995/ 11-122, 1995/430 23.9.1987 gün ve E.1987/9-183 K.1987/655 sayılı kararlarında aynı esaslara dayanmaktadır.”

⁹⁶⁹ Y. HGK E. 1995/11-122 K. 1995/430 T. 26.04.1995, Y. HGK E. 2010/4-77 K. 2010/82 T. 17.02.2010, Y. 3. HD E. 1997/5127 K. 1997/5664 T. 09.06.1997, Y. 4. HD E. 2010/8689 K. 2011/10308 T. 11.10.2011, www.kazanci.com E.T.: 10.12.2012: “Kişilik hakları, kişinin yaşamı, sağlığı, vücut ve ruh bütünlüğüyle toplum içindeki yerini koruyan haklar olup bunlar fiziki, duygusal ve sosyal kişilik değerlerini içerir. Sosyal kişilik değerleri, kişinin toplum içindeki yeri, birlikte yaşadığı ailesi ve yakınlarının değer alanı içine giren haklardır. Kişinin bizzat değil de yakınlarının (karı koca, ana-baba ve çocuklar) yaralanması gibi somut olayın kendisine özgü ağırlığının ve özelliğinin zorunlu kıldığı olguların kanıtlanması halinde sosyal kişilik değerlerinin saldırıya uğradığı bozulduğu, böylece aile birliği içinde korunması gereken bağlılığın zarar gördüğünün kabulü gerekir.”

tehlike sorumluluğu bakımından tazminat alacaklısı olan kişiler şöyle sayılabilir: Ölen ya da yaralanan kişi, ölenin desteğinden yoksun kalan kişiler, manevi tazminat bakımından ölen ya da ağır yaralanan kişinin yakınları. KTK madde 97’de olduğu gibi, sigortacıya karşı doğrudan tazminat talebinin tanındığı yasal düzenlemeler kabul edildiği takdirde, genel tehlike sorumluluğuna göre tazminat alacaklısı olarak belirlenen kişiler sigorta sözleşmesinden doğan talep hakkına da sahip olur ve dahası böyle bir durumda önce sigortacıya başvurulması konusunda bir defa hakkı öngörülebilir⁹⁷⁰. Widmer tasarısında madde 54 ile genel bir hüküm olarak zarar görene doğrudan talep hakkı tanındığı halde bu düzenleme yasa koyucu tarafından TBK’ye alınmamıştır⁹⁷¹. Son olarak belirtmek gerekir ki tazminat alacağı alacaklının ölümüyle mirasçılara geçer⁹⁷².

III- Zamanaşımı

TBK madde 71’de düzenlenen genel tehlike sorumluluğundan doğan tazminat taleplerinin bağlı olduğu zamanaşımı süresi ayrıca düzenlenmediğine göre haksız fiillerden doğan tazminat taleplerinin bağlı olduğu zamanaşımı süresi genel tehlike sorumluluğu için de geçerlidir⁹⁷³. Çünkü TBK madde 72-73’te düzenlenen

⁹⁷⁰ Gassmann-Burdin, 181. Böyle bir durumda zarara yol açan kişi zarar gören kişiler için ikincil önemde olsa da sigorta bedelinin aşıldığı hallerde ve sigortacının rücuunda başvurulacak kişi yine zarara yol açandır. Gassmann-Burdin, 181.

⁹⁷¹ Kommentar, 6. Sadece TBK madde 130/1 iş ilişkisi bakımından böyle bir hüküm öngörür: “Başkasını çalıştıran kişi, çalıştırdığı kişiye karşı hukuki sorumluluğunu güvence altına almak üzere sigorta yaptırmışsa, sigortadan doğan haklar doğrudan doğruya çalışana ait olur.”

⁹⁷² Oğuzman/Öz, 2012, 67.

⁹⁷³ Eren, Borçlar Hukuku, 830; Tunçomağ, 521.

zamanaşımı genel hükümler arasında yer alır. Rücu isteminin bağlı olduğu zamanaşımını düzenleyen TBK madde 73'e rücu konusunda değinilecektir.

TBK madde 72'ye göre "Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır. Haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir."

Önceki Borçlar Kanunu'nda zamanaşımı süreleri bir ve on yıl olarak öngörülmüşken yeni yasada bir yıl iki yıla çıkarılmıştır⁹⁷⁴. Böylece TBK'deki zamanaşımı ile KTK'deki zamanaşımı düzenlemeleri arasında bir fark kalmamıştır⁹⁷⁵. Esasında on yılın da yirmi yıla çıkarılması düşünülmüş ve madde gerekçesinde bu hususa BGB 852'de haksız fiiller nedeniyle öngörülen on ve otuz yıllık zamanaşımı sürelerine gönderme yapılarak işaret edilmişse de daha sonra tasarı yasalaşırken yirmi yıldan vazgeçilerek on yıllık zamanaşımı süresi korunmuştur⁹⁷⁶.

⁹⁷⁴ Bkz. Eren, Borçlar Hukuku, 830-834.

⁹⁷⁵ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, 465; Eren, Borçlar Hukuku, 721-722. KTK madde 109 - Motorlu araç kazalarından doğan maddi zararların tazminine ilişkin talepler, zarar görenin, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve herhalde, kaza gününden başlayarak on yıl içinde zamanaşımına uğrar.

⁹⁷⁶ Avusturya Medeni Kanunu'nda ise üç ve otuz yıllık ve bazı durumlarda kırk yıllık zamanaşımı süresi öngörülmekle birlikte bu düzenlemenin reforma ihtiyacı olduğu belirtilerek 2005 yılında Adalet Bakanlığınca hazırlanması istenen tasarıda uzun süre on yıla indirilirken bilim komisyonu ise

2010'da yürürlüğe giren Biyogüvenlik Kanunu'nda öngörülen GDO ve ürünleri ile ilgili faaliyetten doğan tehlike sorumluluğu ise sözü edilen yasanın madde 14/7 hükmüne göre iki ve yirmi yıllık zamanaşımı sürelerine tabidir.

TBK madde 72'de öngörülen iki yıllık süre zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü (zarara yol açanı) öğrendiği andan itibaren işler⁹⁷⁷. Zararın öğrenilmiş sayılması için zararın varlığını, niteliğini, temel unsurlarını belirleyecek bilgilerin dava açabilecek derecede öğrenilmesi yeterlidir⁹⁷⁸. Eğer zararın kapsamı, gelişen bir durum nedeniyle genişliyorsa bu gelişme sona ermeden zamanaşımı işlemeye başlamaz⁹⁷⁹. On yıllık süre ise fiilin işlendiği tarihten başlayarak işler⁹⁸⁰. Önceki BK'de on yıllık sürenin ne zaman işlemeye başladığı “zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren” biçiminde belirtilirken yeni yasada “fiilin işlendiği tarihten başlayarak” biçiminde değiştirilmiştir. Bu değişikliğin nedeni madde gerekçesinde şöyle ifade edilmektedir: “Ayrıca, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda on yıllık uzun zamanaşımı süresi için kullanılan "zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren" şeklindeki ibarenin, haksız fiilin "zarar" unsuru gerçekleşmedikçe, fiilin işlendiği tarihten itibaren kaç yıl geçerse geçsin, haksız fiil nedeniyle tazminat isteminin zamanaşımına uğramayacağı şeklinde yorumlanmasını önlemek amacıyla, bu ibare

zamanaşımının yeniden düzenlenmesi gerekmele birlikte bunun keyfi biçimde yapılmaması gerektiğini savunmaktadır. Reischauer/Spielbüchler/Welser, 22-27.

⁹⁷⁷ Tunçomağ, 522; Oğuzman/Öz, 2012, 70; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, 466-467; Eren, Borçlar Hukuku, 831.

⁹⁷⁸ Tunçomağ, 522; Oğuzman/Öz, 2012, 70; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, 466-467; Eren, Borçlar Hukuku, 831.

⁹⁷⁹ Bu konuda bkz. Tunçomağ, 524; Eren, Borçlar Hukuku, 831.

⁹⁸⁰ Tunçomağ, 524.

"her hâlde, fiilin işlendiği tarihten başlayarak" şeklinde değiştirilmiş ...". Yasa koyucu böylece hukuksal güvenliği korumak istemiştir, ancak bu düzenlemenin münferit durumlarda, özellikle uzun süre sonra ortaya çıkan zarar olgularında, adaletsizliklere yol açabileceği de bilinmektedir⁹⁸¹.

Tehlike sorumluluğunda fiilin değil işletme faaliyetinin bünyesindeki karakteristik rizikonun gerçekleşmesinin zarara yol açtığı hesaba katıldığında "fiilin işlendiği" ibaresinin "karakteristik rizikonun gerçekleştiği" biçiminde yorumlanması gerekir⁹⁸². Bu yorum KTK'de zamanaşımının düzenlendiği madde 109'daki şu hükme de uygun düşmektedir: "Motorlu araç kazalarından doğan maddi zararların tazminine ilişkin talepler ... kaza gününden başlayarak on yıl içinde zamanaşımına uğrar." Trafik kazası KTK madde 3'te şöyle tanımlanmıştır: "Karayolu üzerinde hareket halinde olan bir veya birden fazla aracın karıştığı ölüm, yaralanma ve zararlar sonuçlanmış olan olaydır." Karayolları motorlu taşıtlarına ilişkin tehlike sorumluluğunda karakteristik riziko tam da bir ya da birden çok motorlu aracın kaza yapmasıdır. Bu açıdan KTK'de olduğu gibi TBK çerçevesinde genel tehlike sorumluluğu bakımından zamanaşımı zarar görenin zararı ve sorumluyu öğrendiği günden başlayarak iki yıl, karakteristik rizikonun gerçekleştiği günden başlayarak on yıldır.

⁹⁸¹ Däppen, Robert K.: Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529 OR, Herausgeber Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, 3. Auflage, Basel Genf München 2003, Art. 60 N. 9.

⁹⁸² Aynı yönde bkz. Oğuzman/Öz, 2012, 73; Eren, Borçlar Hukuku, 833: "Örneğin nükleer bir santralden sızan radyasyona (radyo aktif ışınlar) maruz kalan bir kimse, 15 yıl sonra kanser hastalığına yakalanmışsa, bu maddeye göre tazminat davası açamaz."

Ceza yasalarının daha uzun bir zamanaşımı öngörmesi halinde bu sürenin esas alınacağına ilişkin hüküm eski yasa döneminde olduğu gibi geçerliğini sürdürmektedir⁹⁸³. Bu hükmün amacı, suç oluşturan bir haksız fiil nedeniyle açılacak tazminat davalarında zarar göreni daha iyi koruyabilmektir⁹⁸⁴. İkinci fıkrada öngörülen zamanaşımı def'i de eski yasada olduğu gibi geçerliğini korumaktadır, sadece bazı ifadelerde değişiklik yapıldığı dikkat çekmektedir. Zarar gören, kendisine bu düzenlemeyle tanınmış olan zamanaşımı def'ini haksız fiil dolayısıyla sorumlu karşısında borçlu olursa kullanabilir⁹⁸⁵. Yani tazminat davası açmamış olur da daha sonra tazminat borçlusu zarar görenden haksız fiilin zarar gören aleyhine meydana getirdiği bir borcun ifasını isterse zarar gören haksız fiil zamanaşımı def'ini ileri sürerek borcun ifasından kaçınabilir. Bu nedenle zamanaşımı def'i “sürekli def'i” olarak anılır⁹⁸⁶. Bu hükmün özellikle aldatma ya da korkutmayla yapılmış sözleşmelerin ifasında uygulanacağı kabul edilir⁹⁸⁷. Zamanaşımının kesilmesi ve durması hakkında TBK madde 153, 154 ve 155 uygulanır⁹⁸⁸. TBK 155'e göre müteselsil borçlulardan birine karşı zamanaşımı kesilirse diğerlerine karşı da kesilmiş olur. Bu hüküm eksik-tam teselsül ayrımı kaldırıldığı için tüm müteselsil

⁹⁸³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, 2012, 73-76; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, 470 vd.; Eren, Borçlar Hukuku, 834-836.

⁹⁸⁴ Bkz. Tunçomağ, 525-526.

⁹⁸⁵ Eren, Borçlar Hukuku, 837.

⁹⁸⁶ Oğuzman/Öz, 2012, 77; Eren, Borçlar Hukuku, 837; Däppen, Art. 60 N. 15. Hükmün eleştirisi için bkz. Tunçomağ, 527.

⁹⁸⁷ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, 482; Eren, Borçlar Hukuku, 837; Däppen, Art. 60 N 15; Tunçomağ, 527.

⁹⁸⁸ Oğuzman/Öz, 2012, 76; Däppen, Art. 60 N. 16.

borçlar bakımından ve bu arada TBK 71/1'deki genel tehlike sorumluluğunda müteselsil sorumluluk için de geçerlidir⁹⁸⁹.

§6- Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel Tehlike Sorumluluğunda Müteselsil Sorumluluk, İspat ve İspat Yüğü ile Sorumsuzluk Anlaşmaları

I- Müteselsil Sorumluluk Esası

TBK madde 162 gereğı müteselsil borçluluk, borçluların müteselsil borçlu olduklarını kabul ettiklerini bildirmeleri hali dışında ancak yasada öngörülen durumlarda doğar⁹⁹⁰. Çünkü müteselsil borçluluk borç ilişkilerinde ticari borç ilişkileri dışında kural değil istisnadır⁹⁹¹. Bunun nedeni ise müteselsil borçluluğun TBK 163'e göre alacaklıya borcun tamamı ödeninceye dek istediğı borçluya ya da tüm borçlulara birden başvurabilme gibi imtiyazlı bir konum sağlamasıdır⁹⁹². Müteselsil sorumluların her biri zararın tümünden sorumludur.

TBK madde 71/1'e göre "... işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur." Genel tehlike sorumluluğuna göre sorumlu tutulan kişiler arasında müteselsil sorumluluk doğduğu öngörülmüştür. TBK madde 71 olmasaydı da TBK madde 61 şu hükmü öngörmektedir: "Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır." Dolayısıyla TBK

⁹⁸⁹ Oğuzman/Öz, 2012, 290.

⁹⁹⁰ Eren, Borçlar Hukuku, 809.

⁹⁹¹ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, 436.

⁹⁹² Oğuzman/Öz, 2012, 287-289.

madde 71, TBK madde 61'i yinelemiştir. Çünkü işleten ve işletme sahibi ayrı gerekçelerle ama aynı isnat temelinde aynı zarardan sorumlu tutulmaktadır⁹⁹³. TBK madde 71/1'de müteselsil sorumluluk açıkça belirtilmeseydi de yine işletme sahibi ve işleten TBK madde 61 gereğince müteselsil olarak sorumlu tutulurdu⁹⁹⁴. Oğuzman/Öz, bu ilişkiyi bir zarardan birden çok kişinin kusursuz sorumluluğu biçiminde nitelendirmektedir⁹⁹⁵. Zarar gören isterse sadece işletene ya da işletme sahibine dava açabileceği gibi her ikisine birden de davasını yöneltebilir, her ikisine de dava açtığı takdirde işleten ile işletme sahibi arasında HMK madde 57 ve 58 gereği ihtiyari dava arkadaşlığı bulunur.

Müteselsil sorumluluk hakkında TBK madde 163 ve devamındaki düzenlemeler uygun düştüğü ölçüde uygulanır, bu düzenlemelerden sorumlular arasındaki iç ilişki (rücu) hakkındaki hükümlerin çoğu sözleşme dışı sorumluluk alanında TBK 62 karşısında uygulama bulmazken dış ilişki hakkındaki hükümlerin uygulanabilir olduğu görülür⁹⁹⁶. TBK 164 gereği müteselsil borçlulardan biri, alacaklıya karşı, ancak onunla kendi arasındaki kişisel ilişkilerden veya müteselsil borcun sebep ya da konusundan doğan def'i ve itirazları ileri sürebilir⁹⁹⁷. Ayrıca müteselsil borçlulardan biri ortak def'i ve itirazları ileri sürmezse, diğerlerine karşı sorumlu olur. Bu düzenleme müteselsil sorumluların birbirinin durumunu ağırlaştırmama yükümlülüğünün gereğidir. TBK madde 165 bu yükümlülüğü açıkça

⁹⁹³ Bkz. Eren, Borçlar Hukuku, 816.

⁹⁹⁴ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, 436.

⁹⁹⁵ Oğuzman/Öz, 2012, 292.

⁹⁹⁶ Eren, Borçlar Hukuku, 817 vd.

⁹⁹⁷ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, 440.

belirtmiştir. Dış ilişkide borcun sona ermesi hakkında TBK madde 166’da bazı hükümler bulunmaktadır: “Borçlulardan biri, ifa veya takasla borcun tamamını veya bir kısmını sona erdirmişse, bu oranda diğer borçluları da borçtan kurtarmış olur. Borçlulardan biri, alacaklıya ifada bulunmaksızın borçtan kurtulmuşsa, diğer borçlular bundan, ancak durumun veya borcun niteliğinin elverdiği ölçüde yararlanabilirler. Alacaklının borçlulardan biriyle yaptığı ibra sözleşmesi, diğer borçluları da ibra edilen borçlunun iç ilişkideki borca katılma payı oranında borçtan kurtarır.”

II- Rücu Düzeni

TBK madde 62’de TBK 61’e göre müteselsil sorumlu tutulan kişiler arasındaki iç ilişki düzenlenmiştir⁹⁹⁸. Bu hüküm genel tehlike sorumluluğuna göre sorumlu tutulan işleten ve işletme sahibi arasındaki iç ilişki için de geçerlidir.

TBK madde 62 şöyledir: “Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur. Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur.” Bu düzenleme yürürlükten kalkan Borçlar Kanunu’nda daha farklıydı, mülga düzenlemede farklı sebeplerden dolayı birlikte sorumluluk halinde, iç ilişkideki zarar paylaşımı yargıcın takdirine değil, tehlike sorumluluğundan kusur sorumluluğuna doğru giden belirli bir sıra esasına dayandırılmıştı⁹⁹⁹. TBK’de bu esas

⁹⁹⁸ Bu hükmün eleştirisi hakkında bkz. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, 442.

⁹⁹⁹ Oğuzman/Öz, 2012, 282.

madde gerekçesinde de belirtildiği gibi ortadan kaldırılmış¹⁰⁰⁰ ve KTK madde 88/2’dekine çok benzer bir hüküm getirilmiştir¹⁰⁰¹. Dolayısıyla TBK 71’de düzenlenen genel tehlike sorumluluğu çerçevesinde sorumlu tutulan işletenler ve işletme sahipleri arasındaki iç ilişkide zararın paylaşımı, sorumluların yarattıkları tehlikenin yoğunluğu ve sorumlulara yüklenebilen kusurun ağırlığı ile olayın koşulları dikkate alınarak yargıcın takdirine göre gerçekleştirilir¹⁰⁰². TBK 62/2’de öngörülen halefiyet kuralı da önceki BK’de müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler olan madde 50 ya da 51’de düzenlenmemiştir, TBK 168’e karşılık gelen 147. maddede genel olarak öngörülmüştü¹⁰⁰³. TBK 62/2 bu açıdan TBK 168/1’i yinelemiştir¹⁰⁰⁴.

Halefiyetin düzenlendiği TBK 168, TBK 62/2’ye ek olarak başka bir hüküm daha içerir. TBK 168/2’ye göre “Alacaklı diğerlerinin zararına olarak borçlulardan birinin durumunu iyileştirirse, bunun sonuçlarına katlanır.” Bu hüküm sözleşme dışı sorumluluk hallerindeki ve bu arada genel tehlike sorumluluğundaki müteselsil

¹⁰⁰⁰ Oğuzman/Öz, 2012, 283; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, 436.

¹⁰⁰¹ KTK madde 88/2 - Birden fazla kişinin sorumlu olduğu durumlarda, bunlar arasındaki ilişki bakımından zarar, olayın bütün şartları değerlendirilerek paylaştırılır. Özel durumlar ve özellikle araçların işletme tehlikeleri, zararın iç ilişkide başka türlü paylaştırılmasını haklı göstermedikçe, işletenler ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahipleri kusurları oranında zarara katlanırlar.

¹⁰⁰² Aynı yönde bkz. Oğuzman/Öz, 2012, 290; Eren, Borçlar Hukuku, 824.

¹⁰⁰³ Kılıçoğlu, rücu ve halefiyet konusunun sadece madde 162 ve devamında düzenlenmesi gerektiğini belirterek bu hükmü eleştirmektedir. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, 442.

¹⁰⁰⁴ Oğuzman/Öz, 2012, 292. Oğuzman/Öz, burada yanlışlıkla 168/2 yazmışsa da 168/1’i kast ettiği kanısındayız.

sorumluluk için de geçerlidir¹⁰⁰⁵. Bu düzenlemenin anlamı alacaklıya halef olan müteselsil borçlu diğer borçlulara karşı alacak hakkını ileri sürdüğünde alacaklı tarafından durumu iyileştirilen borçlu, örneğin borçtan ibra edildiğini halefe karşı ileri süremeyecektir.

Sözleşme dışı sorumluluk hallerinden ve bu kapsamda genel tehlike sorumluluğundan doğan rücu alacağının bağlı olduğu zamanaşımı, tüm rücu talepleriyle ilgili TBK madde 73'te düzenlenmiştir¹⁰⁰⁶: “Rücu istemi, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Tazminatın ödenmesi kendisinden istenilen kişi, durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere bildirmek zorundadır. Aksi takdirde zamanaşımı, bu bildirimin dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlar.” Bu düzenleme önceki BK’de yer almayan, tümüyle yeni ve bu açıdan önceki yasa dönemindeki tartışmalara son veren bir düzenlemedir¹⁰⁰⁷. Rücu alacağının bağlı olduğu zamanaşımı süresi de tazminat alacağında olduğu gibi iki ve on yıl olarak belirlenmiştir¹⁰⁰⁸. İki yıllık zamanaşımı süresi esasında tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten itibaren işler, ancak tazminatı ödeyen yani rücu alacaklısı olan kişi durumu birlikte sorumlu olduğu

¹⁰⁰⁵ Eren, Borçlar Hukuku, 826.

¹⁰⁰⁶ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, 483-484; Oğuzman/Öz, 2012, 292.

¹⁰⁰⁷ Oğuzman/Öz, 2012, 291-292.

¹⁰⁰⁸ Bu süreler sözleşme dışı sorumluluktan doğan rücu alacakları için geçerli olup sözleşme ilişkisinden doğan bir rücu alacağının bağlı olduğu zamanaşımı süresi o ilişkiye göre belirlenir. Oğuzman/Öz, 2012, 292; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, 484.

kişilere bildirmediği takdirde bu süre bildirimin dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlar. Bu hükmün sebebi rücu alacaklısının zamanaşımının işlemeye başladığı anı dürüstlük kuralına aykırı olarak geciktirmesini önlemektir.

III- İspat ve İspat Yüğü

A- İspatın Konusu

Tazminat sorumluluğuna hükmedilebilmesi için söz konusu sorumluluğun unsurlarının ortaya konularak kanıtlanması gerekir, aksi takdirde yargıç tazminat ödenmesine karar veremez. Genel tehlike sorumluluğunun unsurları işletme faaliyeti, faaliyetin önemli ölçüde tehlikeliliğı, zarar ve zararın tutarı, zarar ile faaliyetin bünyesindeki karakteristik rizikonun gerçekleşmesi arasındaki nedensellik bağı ve bulunduğu takdirde ek kusurdur. Genel tehlike sorumluluğunda salt malvarlığı zararının sorumluluğun dışında kaldığı belirlendiğine göre zararın hukuka aykırılığının kanıtlanmasına gerek yoktur. Diğer yandan tehlike sorumluluğu kusursuz sorumluluk hallerinden biri olduğu için kusurun kanıtlanmasına da gerek yoktur¹⁰⁰⁹, ek kusurun kanıtlanması ise belirli durumlarda sadece sorumluluğun hafiflemesine engel olur. Bu açıdan ek kusurun kanıtlanması, sorumluluğu kurucu bir ispat konusu değil, zarar görenin konumunu güçlendiren bir külfettir. Zararın gerçekleştiğı olayda TBK madde 71 anlamında bir işletme faaliyetinin bulunup bulunmadığı, sorumlu olduğu ileri sürülen kişinin bu işletme faaliyetiyle bağlantısı yani işleyen ya da işletme sahibi olup olmadığı, bu faaliyetin bünyesindeki karakteristik rizikonun gerçekleşip gerçekleşmediğı, faaliyetin TBK madde 71

¹⁰⁰⁹ Dietz, 245.

anlamında önemli ölçüde tehlikeli olup olmadığı ortaya konulmak zorundadır¹⁰¹⁰. Diğer yandan tüm sorumluluk istemlerinde olduğu gibi zarar ve zararın tutarının, nedensellik bağının kanıtlanması da gerekir¹⁰¹¹. Öte yandan zarar gören ya da üçüncü kişiye yüklenebilen bir kusur bulunduğu takdirde bunların da kanıtlanması gerekir¹⁰¹². Nedensellik bağını kesen bir mücbir neden olduğu ileri sürülüyorsa mücbir neden oluşturan olayın ve bunun zararlar işletme faaliyetinin karakteristik rizikosunun gerçekleşmesi arasındaki nedensellik bağını kestiği ortaya konulmak zorundadır¹⁰¹³.

B- İspat Yükünün Bağlı Olduğu Kurallar

İspat yükü, tarafların ileri sürdüğü iddiaları kanıtlama külfetinin yasaya göre kime, daha doğrusu hangi tarafa düştüğü ile ilgili bir mesele olup hem maddi hukuka ilişkin hem de aynı zamanda usule ilişkindir¹⁰¹⁴. İspat yükü kuralları, somut olaya ilişkin bir iddianın kanıtlanamaması, belirsizliklerin giderilememesi nedeniyle yargıcın olayın gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda hüküm vermeye yetecek derecede kanaat edinmemesi durumunda hangi taraf lehine hüküm vereceği

¹⁰¹⁰ Zweigert/Kötz, 24.

¹⁰¹¹ Koch, 9, 11.

¹⁰¹² Bkz. Dietz, 245.

¹⁰¹³ Wilburg, 16.

¹⁰¹⁴ İspat yüküne ilişkin kurallar öğretide kısmen usul meselesi kısmen maddi hukuka ilişkin bir mesele olarak görülür, tartışmalıdır. Steininger, 80. İspat yükü kavramı ve bu konuda ileri sürülen teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Steininger, 73 vd.

sorusuna yanıt veren, belirsizlik durumunun aşılmasına yardım eden, olay hakkında hâkime belirli bir yönde karar verme yükü yükleyen kurallardır¹⁰¹⁵.

Talepte bulunan, talebinin dayandığı olguları kanıtlamak zorundadır; bu husus aksi öngörülmedikçe genel bir kuraldır¹⁰¹⁶. TMK madde 6 bunu şöyle öngörür¹⁰¹⁷: “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.” Örneğin sözleşme sorumluluğu kusur bakımından ispat yükü tersine çevrilmiş bir sorumluluktur¹⁰¹⁸. Önceki yasada yer almayan HMK madde 190 da aynı anlamda olmak üzere şu hükümleri öngörür: “İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir. Kanuni bir karineye dayanan taraf, sadece karinenin temelini oluşturan vakıaya ilişkin ispat yükü altındadır. Kanunda öngörülen istisnalar dışında, karşı taraf, kanuni karinenin aksini ispat edebilir.” TBK’de haksız fiillerden doğan borç ilişkileri başlıklı ikinci ayrımda ispata ilişkin bir hüküm yer almaktadır, bu hükümde eski yasaya bakıldığında bir değişiklik yoktur. TBK madde 50’nin ilk fıkrasına göre “Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır.” TBK madde 50/1 genel ispat yükü kuralını yinelemiştir. Türk hukukunda genel tehlike sorumluluğu kusurun aranmadığı ve kusursuzluğun ispatının gerekmediği, ispat yükü konusunda genel kuraldan sapan

¹⁰¹⁵ Başözen, Ahmet: Medeni Usûl Hukukunda İlk Görünüş İspatı, Ankara 2010 (İlk Görünüş İspatı), 86.

¹⁰¹⁶ Deutsch, NJW, 75; Schlüchter, 57-58; Steininger, 72, 74; Dietz, 237.

¹⁰¹⁷ Avusturya hukukundaki genel kural da neredeyse aynı hükmü öngörür. Steininger, 78.

¹⁰¹⁸ Wilburg, 16. İspat yükünün tersine çevrilmesi hakkında bkz. Steininger, 81 vd.

bir hüküm getirmeyen bir sorumluluktur¹⁰¹⁹. Bu nedenle tazminat istemini ileri süren kişi ya da kişiler, işletme faaliyetini, faaliyetin taşıdığı riskin önemli ölçüde olduğunu, karakteristik rizikonun gerçekleştiğini, bununla zarar arasında nedensellik bağı bulunduğunu, zararı ve zararın tutarını, davalının işleten ya da işletme sahibi olduğunu kanıtlama yükü altındadır¹⁰²⁰.

Tazminat istemini ileri süren kişi ispat yükü altında bulunduğu hususları ispatladığı takdirde sorumlu olduğu ileri sürülen kişi yani davalı ise sorumluluktan kurtulabilmek için işletme faaliyetiyle herhangi bir ilgisi olmadığını, işletme faaliyetinin TBK 71 anlamında bir işletme faaliyeti olmadığını ya da bu faaliyetin TBK 71 anlamında önemli ölçüde tehlikeli olmadığını kanıtlamalıdır¹⁰²¹. Aynı şekilde nedensellik bağı kesen bir mücbir nedenin varlığını ve bunun nedensellik bağı kestğini, zarar görene ya da üçüncü bir kişiye yüklenebilir bir kusur bulunduğunu da sorumlu olduğu ileri sürülen kişi kanıtlama yükü altındadır¹⁰²². İşletme faaliyetine verilen izin zarara izin verildiği, yani zararın hukuka aykırı olmadığı anlamına gelmediğinden davalı bunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz ya da sorumluluğun hafifletilmesini isteyemez¹⁰²³. Aksine işletme faaliyetine hukuk düzenince izin verilmemesi ek kusur oluşturur ve istemde bulunan kişi tarafından kanıtlandığı takdirde sorumluluğun ağırlaşmasına yol açar.

¹⁰¹⁹ Wilburg, 16.

¹⁰²⁰ Dietz, 309; Deutsch, NJW, 75; Widmer, Strict Liability, 340; Schlüchter, 57-58; Steininger, 79.

¹⁰²¹ Yoon, 210.

¹⁰²² Dietz, 300, 310; Kötz, Gutachten, 1821; Yoon, 210.

¹⁰²³ Dietz, 310.

Fransız hukukunda nesnelerin yol açtığı zarardan ötürü sorumluluğun ve İtalyan hukukundaki genel tehlike sorumluluğunun esasında yasaya göre ispat yükü tersine çevrilmiş bir özen sorumluluğu olduğu belirtilir¹⁰²⁴. Yani nesneyi gözetimi altında bulunduran ya da tehlikeli faaliyeti yürüten kişi zararı önlemek için gerekli tüm önlemleri aldığını kanıtladığı takdirde sorumluluktan kurtulur¹⁰²⁵. Ancak her iki hukuk düzeninde de böyle bir ispatın yerine getirilmesi olağanüstü derecede zordur, bu nedenle söz konusu kurtuluş kanıtının uygulamada hiçbir anlam taşımadığı kabul edilir, bu nedenledir ki söz konusu kurtuluş kanıtı kusur karinesi değil sorumluluk karinesi olarak anılır¹⁰²⁶. Kurtuluş kanıtının öngörüldüğü kusursuz sorumluluk halleri Türk hukukunda olağan sebep sorumluluğu olarak anılır. Buna karşılık tehlike sorumluluğunu olağan sebep sorumluluğundan ayırt eden husus, kurtuluş kanıtına yer olmaması, sorumluluğun özen, denetim, bakım gibi yükümlülöklere dayandırılmayıp bilakis tehlikenin kendisine dayandırılmasıdır¹⁰²⁷. Bu açıdan Türk hukukundaki genel tehlike sorumluluğunda kurtuluş kanıtının söz konusu olmaması isabetlidir.

C- İspat Kolaylıkları

Başta zarar ve nedensellik bağının kanıtlanması olmak üzere sorumluluğun dayandırıldığı olguları kanıtlama yükü zarar görene düşmekle beraber tehlikeli faaliyetlerin meydana getirdiğı zararın daha sonra ortaya çıkması, karakteristik rizikonun gerçekleştiğı esnada zararın ve nedeninin bilinmemesi, tehlikeli

¹⁰²⁴ Wilburg, 16; Zweigert/Kötz, 24-25.

¹⁰²⁵ Zweigert/Kötz, 24; Wilburg, 16.

¹⁰²⁶ Zweigert/Kötz, 24-25; Wilburg, 16.

¹⁰²⁷ Aynı yönde bkz. Lübn, 2; Korkusuz, 151; Eren, Borçlar Hukuku, 501.

faaliyetlerin teknik açıdan karmaşık süreçler ve işlemler içermesi, tehlikeli faaliyetle ilgili ayrıntılara ve dolayısıyla faaliyetin taşıdığı rizikonun olası sonuçlarına tehlikeli faaliyeti işleten kişinin zarar gören kişiye göre çok daha hâkim olması zarar görenin ispat yükü altında ezilmesine yol açabilmektedir¹⁰²⁸. Zarar görenin tehlikeli faaliyet işleten karşısındaki konumu maddi hukuk açısından güçlendirilse bile usul yönünden zayıf kalmaktadır¹⁰²⁹. Örneğin radyoaktif maddelerin kullanımından dolayı meydana gelebilecek zararlar sıklıkla zarar gerçekleştiği anda bilinemez, bir süre sonra bilinebilir hale gelir¹⁰³⁰. Çevre zararlarında da durum farklı değildir, zarar genellikle nedensellik bağının kanıtlanmasını güçleştiren derecede uzun bir zaman diliminde etkisini gösteren olaylara dayanır¹⁰³¹. Çünkü zararın ardında zarara yol açması olası başka kişiler de bulunabilir, bu kişilerle zarar olayı arasındaki ilişki hesaba katılmaksızın bir sonuca varmak sorumluluk hukukunun sınırlarını zorlar¹⁰³². Bu nedenlerle ispatı kolaylaştırmaya yönelik çeşitli çözüm önerileri ileri sürülmüştür¹⁰³³. Usul hukukuna ilişkin zarar görenin konumunu güçlendirmeye yönelik çözüm önerilerinin temelinde maddi hukuk yönünde sorumluluğu sıkılaştırma hedefinin ya

¹⁰²⁸ Schlüchter, 57-58; Koch, 9; Lühn, 2; Taşpınar, 558; Fuchs, 235; Başözen, 2010, <http://www.e-akademi.org/makaleler/abasozen-2.htm> E.T.: 19.12.2012; Erişgin, Çevre Kirletenin Sorumluluğu, 154-158.

¹⁰²⁹ Schlüchter, 58; Lühn, 2; Steininger, 90-91. Ayrıca bkz. Dietz, 236-238.

¹⁰³⁰ Schlüchter, 58.

¹⁰³¹ Koch, 9; Erişgin, Çevre Kirletenin Sorumluluğu, 3. Ayrıca bkz. Widmer, Strict Liability, 340.

¹⁰³² Koch, 10-12.

¹⁰³³ Bkz. Erişgin, Çevre Kirletenin Sorumluluğu, 6 vd.; Dietz, 305; Taşpınar, 533 vd.; Caemmerer, Reform, 25; Wilburg, 17; Deutsch, NJW, 75; Weber, 211 vd.; Başözen, İlk Görünüş İspatı, 101-103.

da gerçeğinin bulunduğu, bu açıdan ispatı kolaylaştıran önerilerin maddi hukuktan ayrı tutulamayacağı dikkat çeker¹⁰³⁴.

Zarar görenin zararın tutarını kanıtlamakta güçlük çektiğinde ne yapılması gerektiği konusunda TBK’de bir düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenleme eski Borçlar Kanunu’nda da bulunuyordu, bu bakımdan bir değişiklik bulunmamaktadır. Zararın ispatını düzenleyen TBK madde 50’nin ikinci fıkrasında öngörülen söz konusu hüküm şöyledir: “Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.” Zarar tutarının özellikle haksız fiillerde kanıtlanmasının bazı hallerde çok güç olacağını dikkate alan yasa koyucu yargıca takdir yetkisi tanımıştır. Yargıç var olan bilgilere, ortaya konulan delillere göre yaşamın olağan akışını dikkate alarak zarar tutarını varsayımsal olarak belirler¹⁰³⁵. Bu hüküm zarar tutarı yönünden aşağıda açıklayacağımız ilk görünüş kanıtı ya da emarelere dayalı ispata¹⁰³⁶ yasal bir örnek oluşturur¹⁰³⁷.

¹⁰³⁴ Steininger, 90-91.

¹⁰³⁵ Y. 4. HD E. 2003/14540 K. 2004/7006 T. 01.06.2004, www.kazanci.com E.T.: 20.12.2012: “Bu nedenle davacının temel ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla ve depremzedelerden farklı olarak bazı maddi harcamalar yapması yaşamın gereğidir. Olay zamanındaki koşullar itibariyle bu harcamaların belgeli olması da olanaksızdır. Bu itibarla davacının maddi zararının incelenip belirlenmesi, net olarak belirlenememesi durumunda BK.nun 42. maddesi gereğince takdir edilerek hüküm altına alınması gerekir.”

¹⁰³⁶ İlk görünüş kanıtı çoğu durumda emare ispatının mahkeme kararlarıyla geliştirilmiş özel bir türü olarak karşımıza çıkar. Her ikisi de kendilerine temel oluşturan tecrübe kuralları aracılığıyla delillerin gösterilmesine hizmet eder. Fakat ilk görünüş ispatı ilke olarak tipik yaşam olaylarını kendisine temel

Zarar görenin nedensellik bağıını kanıtlamakta güçlük yaşadığını göz önünde bulunduran Alman yargısı zaman zaman “ilk görünüş kanıtını”, yani olgular yaşam deneyimlerine, eşyanın tabiatına göre değerlendirildiğinde nedensellik bağının bulunduğu kanısının uyanmasını yeterli saymıştır, ilk görünüş kanıtının esas olarak Alman hukukunda geliştirildiği ifade edilmektedir¹⁰³⁸. İlk görünüş kanıtı, tam ispattan farklı olarak, yaşam deneyimlerinden hareketle “somut olayda da böyle olmuştur” varsayımına dayanmaktadır¹⁰³⁹. Bu ispat türünde olayların tipik akışından hareketle mahkeme önüne getirilen olaylar, hayatın olağan gidişine, alışılmışı uygun düşen akışından hareketle ve yargıcın delilleri değerlendirme yetkisi çerçevesinde ispat edilmiş olarak kabul edilmektedir¹⁰⁴⁰. İsviçre Federal Mahkemesi, kayısı ağacı kültürlerinin zehirlendiği bir olayda bir alüminyum fabrikasından yayılan flor emisyonlarının bu zehirlenmeyle arasındaki nedensellik bağıını “de facto” yani ilk

alırken emare ispatı tipik olmayan olaylarla da nedensellik bağının ispatında uygulama alanı bulur. Başözen, İlk Görünüş İspatı, 59.

¹⁰³⁷ Bkz. Erişgin, Çevre Kirleninin Sorumluluğu, 160 vd.

¹⁰³⁸ Taşpınar, Sema: “Fiili Karinelerin İspat Yükü Dağılımındaki Rolü”, AÜHFD, C. 45 S. 1-4, 1996, 541-542, 557-558; Wilburg, 17; Steininger, 85; Esser, Gefährdungshaftung, 2; Başözen, İlk Görünüş İspatı, 64. Bir yüzme havuzunda derinliğin değiştiği yer iple işaretlenmediğinden yüzme bilmeyen bir kişinin boğulduğu kabul edilmiştir, burada tam olarak nedensellik bağı kanıtlanamasa da Yüksek Mahkeme ipin işaretlenmemesini ilk görünüş kanıtı olarak kabul etmiştir. Taşpınar, 560.

¹⁰³⁹ Taşpınar, 542; Başözen, İlk Görünüş İspatı, 17-18; Başözen, Ahmet: “Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Tazminat Davalarında İspat Sorunları”, E-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S. 119, Ocak 2012, 8, <http://www.e-akademi.org/makaleler/abasozen-6.pdf> E.T.: 19.12.2012; Erişgin, Çevre Kirleninin Sorumluluğu, 162.

¹⁰⁴⁰ Başözen, İlk Görünüş İspatı, 17.

görünüş kanıtı yoluyla kabul etmiştir¹⁰⁴¹. İsviçre’de Widmer tarafından hazırlanan ancak daha sonra yasalaşmasından vazgeçilen sorumluluk hukukunu gözden geçirmeye ilişkin yasa tasarısında içtihadın kabul ettiği “ilk görünüş kanıtı” yasal hale getirilmek istenmiştir¹⁰⁴². Widmer tasarısının 56d maddesi şu hükümleri öngörmüştür¹⁰⁴³: “Zarar ve nedensellik davacı tarafından kanıtlanmak zorundadır. Eğer bu kanıt kesinlik taşıyan biçimde getirilemezse ya da bu kanıt üretme olanağına sahip kişiden haklı nedenle bunu yerine getirmesi istenemezse mahkeme salt ikna edici olasılıkla yetinebilir; ayrıca tazminatın tutarı da olasılığın derecesine göre belirlenir.” Maddenin ikinci fıkrasında öngörülen hüküm Türk Borçlar Kanunu’na alınmamıştır. Türk hukukunda da var olan delillerden hareketle yargıç vicdani kanısına göre tazminat kararı verebilir¹⁰⁴⁴, ancak öğretilde ilk görünüş kanıtının emarelere dayalı ispattan farklı olduğu ileri sürülerek Türk hukukunda ilk görünüş kanıtının bulunmadığı görüşü kabul edilmektedir¹⁰⁴⁵. İlk görünüş kanıtı ile

¹⁰⁴¹ Widmer, Strict Liability, 340; BGE 109 II 304, Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeleitentscheide/Band_109_1983/BGE_109_II_304.html

E.T.: 17.12.2012.

¹⁰⁴² Widmer, Strict Liability, 340.

¹⁰⁴³ Bkz. Kommentar, 6; Widmer, Strict Liability, 340; Gerekçe, 243 vd.: “Eğer bu kanıt kesinlik taşıyan biçimde getirilemezse ya da bu kanıt getirme olanağına sahip kişiden haklı bir nedenle bunu yerine getirmesi istenemezse mahkeme salt ikna edici olasılıkla yetinebilir; ayrıca tazminatın tutarı da olasılığın derecesine göre belirlenir.” Ayrıca bkz. Erişgin, Çevre Kirlenenin Sorumluluğu, 151-152.

¹⁰⁴⁴ Vicdani kanı ve şüphe hakkında bkz. Weber, 22-25.

¹⁰⁴⁵ Taşpınar, 541, 557: “Her iki ispat da tecrübe kurallarından yararlanır. İlk görünüş ispatı da emare ispattır. Ancak konusu bir hukuki ilişkidir. Ayrıca yüksek mahkemeye göre emare ispatta boşluk (belirsizlik-non liquet) olmaz, ancak ilk görünüş ispatı kural olarak belirsizlik (non liquet) içerir.”

yargıcın delilleri serbestçe değerlendirmesi arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır¹⁰⁴⁶, bu konuda HMK madde 198 şunu öngörür¹⁰⁴⁷: “Kanuni istisnalar dışında hâkim delilleri serbestçe değerlendirir.” Türk hukukunda ispat ölçüsü hakkında açık ve kesin bir görüş, kural bulunmamakla birlikte genellikle tam ispat aranır¹⁰⁴⁸. Buna karşılık ilk görünüş kanıtı ile kesine yakın ispat ölçüsünün altında ispat arandığı belirtilir¹⁰⁴⁹.

Yasa koyucunun bir adım daha atarak zarar görenin nedensellik bağıını kanıtlamakta içine düştüğü güçlüğü hafifletebilmek amacıyla bazı düzenlemelerde “nedensellik karinesi” öngördüğü görülür¹⁰⁵⁰. Bu, aslında nedensellik bakımından ispat yükünün tersine çevrilmesi anlamına gelir¹⁰⁵¹. Alman hukukunda buna örnek olarak BBergG 120/1, GenTG 34, UmweltHG 6 gösterilmektedir¹⁰⁵². GenTG 34’te öngörülen nedensellik karinesi gereği zararını ve genetiği değiştirilmiş organizmayı kullandığını ve bu kullanımın ardından zararın gerçekleştiğini kanıtlayan zarar gören,

¹⁰⁴⁶ Başözen, İlk Görünüş İspatı, 113. İlk görünüş kanıtının delilleri serbestçe değerlendirme özgürlüğüne sınırlama getirip getirmediği hususundaki tartışma için bkz. Bloomeyer, Arwed: “Medeni Usul Hukukunda Delillerin Takdiri”, çev. Turgut Akıntürk, AÜHFD, C. 25 S. 3-4, 1968, 172.

¹⁰⁴⁷ Stark, ZSR, 1967, 99-100. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Bloomeyer, 167 vd.; Weber, 25-28.

¹⁰⁴⁸ Başözen, İlk Görünüş İspatı, 114.

¹⁰⁴⁹ Erişgin, Çevre Kirlenenin Sorumluluğu, 163-164.

¹⁰⁵⁰ Dietz, 238. İsviçre hukukunda şimdiye dek yasalarla da yargı aracılığıyla da tıbbi sorumluluk ya da çevrede meydana gelen zararlar nedeniyle sorumlulukta dahi hiçbir nedensellik karinesi kabul edilmemiştir. Widmer, Strict Liability, 340.

¹⁰⁵¹ Bkz. Steininger, 83-84; Erişgin, Çevre Kirlenenin Sorumluluğu, 182.

¹⁰⁵² Deutsch, NJW, 76; Dietz, 238-239; Başözen, 2010, <http://www.e-akademi.org/makaleler/abasozen-2.htm> E.T.: 19.12.2012.

ayrıca organizmanın bu zarara elverişli olup olmadığını ya da organizmanın gerçekten genetiği değiştirilmiş olduğunu kanıtlamak zorunda değildir¹⁰⁵³. İsviçre hukukunda GDO’lu ürünler bakımından nedensellik karinesi yerine ispat yükünün belli ölçüde hafifletildiği görülür¹⁰⁵⁴. Türk hukukunda ise Çevre Kanunu’nda Biyogüvenlik Kanunu’nda ispata ilişkin herhangi bir kurala yer verilmemiştir, bu açıdan nedensellik karinesi söz konusu değildir¹⁰⁵⁵. Nedensellik karinesine dayanan zarar gören, zarar ile karakteristik rizikonun gerçekleştiği olay arasında nedensellik bağına kanıtlamak zorunda değildir. Aksini iddia eden davalı bu nedensellik bağına bulunmadığını kanıtlayarak karineyi çürütebilir¹⁰⁵⁶. Böylece tehlikeli faaliyeti işleten karşısında usul açısından zayıf durumda olan zarar gören korunur. Bu nedenle nedensellik karinesinin öngörüldüğü bir sorumluluk tehlike sorumluluğunun “ilerlemiş biçimi” olarak tanımlanır¹⁰⁵⁷. Deutsch’a göre yasa koyucu GenTG’de nedensellik bağına ilişkin değil, isnat bağlantısına ilişkin bir karine öngörmüştür¹⁰⁵⁸.

¹⁰⁵³ Deutsch, NJW, 76-77; Başözen, 2010, <http://www.e-akademi.org/makaleler/abasozen-2.htm> E.T.: 19.12.2012.

¹⁰⁵⁴ Başözen, 2010, <http://www.e-akademi.org/makaleler/abasozen-2.htm> E.T.: 19.12.2012: “İsviçre Gen Teknik Kanunu’na, İsviçre Federal Mahkemesi’nin ispat ölçüsüne yönelik kararları temel teşkil etmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi’nin bir kararına göre, ‘...somut olayın özelliği gereği doğrudan ispatlanılmasının beklenilemeyeceği durumlarda nedenselliğin ispatında hâkimin ağır basan ihtimale (überwiegende Wahrscheinlichkeit) kanaat getirmesi durumunda nedensellik ispatlanmış sayılmalıdır. Somut olaya yönelik olarak diğer ciddi ihtimallerin bulunması durumunda ise, nedenselliğin varlığı konusunda ciddi sorunların bulunduğu da kabul edilmelidir...”

¹⁰⁵⁵ Bkz. Erişgin, Çevre Kirleninin Sorumluluğu, 182.

¹⁰⁵⁶ Başözen, 2010, <http://www.e-akademi.org/makaleler/abasozen-2.htm> E.T.: 19.12.2012.

¹⁰⁵⁷ Dietz, 238; Kötz, 31.

¹⁰⁵⁸ Deutsch, NJW, 76-77.

Ancak kanımızca böyle bir ayrımın çok haklı bir temeli yoktur, bir defa GDO'nun tazmini istenen zarara elverişli olması halinde zararın nedeninin GDO faaliyetiyle ilgisiz olduğunu kanıtlamak neredeyse olanaksızdır. Sorumlu olduğu iddia edilen kişi, ancak GDO'nun böyle bir zarara elverişli olmadığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Bu açıdan GenTG'de öngörülen karinenin UmweltHG'de ya da BBergG'de olduğu gibi nedensellik karinesi olduğu kanısındayız.

IV- Sorumsuzluk Anlaşmaları

Sorumluluk anlaşması, tazminat sorumlusu ile zarar görenin zarar gerçekleşmeden önce sorumluluğun hafifletilmesine ya da tümüyle ortadan kaldırılmasına yönelik olarak yaptığı bir sözleşmedir. Zarar gören ile tazminat sorumlusu arasında zarar gerçekleşmeden önce böyle bir sözleşme yapılabilmesi için aralarında önceden beri süregelen bir hukuksal ilişki bulunması gerekir. Bu nedenle haksız fiillerden ziyade sözleşme sorumluluğu alanında sorumsuzluk anlaşmalarına rastlanır. Sözleşme dışı sorumluluk hallerinden biri olan tehlike sorumluluğunda da dolayısıyla sorumsuzluk kayıtlarına ya da anlaşmalarına pek rastlanmaz. Bu nedenle öğretide çoğunluğun aksine sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin düzenlemelerin sözleşme dışı sorumluluk bakımından uygulanamayacağını ileri süren bir görüş de bulunmaktadır¹⁰⁵⁹. Ancak tehlikeli işletme faaliyetini işleten kişi, bu faaliyetin yerine getirilmesi için çalıştırdığı kişilerin bu tehlikeli faaliyetin karakteristik rizikosunun gerçekleşmesi durumunda görebileceği zarardan sorumlu olmamak için önceden sorumsuzluk anlaşması yapabilir. İşte bu durumda sorumsuzluk anlaşmalarının geçerliliği tehlike sorumluluğunda önem taşımaktadır. Öğretide baskın görüşe göre

¹⁰⁵⁹ Bu konudaki görüşler için bkz. Gerekçe, 258-259.

sözleşme sorumluluğu ilişkisine bağlı olarak yapılan sorumsuzluk anlaşmaları sorumluluk nedenlerinin yarışması halinde sözleşme dışı sorumluluk için de geçerli olur¹⁰⁶⁰. Tehlikeli işletme faaliyetinin işletenin çalıştırdığı kişiler karşısındaki gücünü kötüye kullanarak sorumsuzluk anlaşması yapması kaçınılmazdır¹⁰⁶¹. Böyle bir durumda hukuk düzeni bu anlaşmaları ne ölçüde geçerli sayabilir, buna yanıt vermek gerekir¹⁰⁶².

Widmer tasarısında sorumluluğu sınırlandırıcı anlaşmalar madde 57 ve 58’de düzenlenmiştir. Madde 57/1’e göre sorumluluğu ölüm, bir kişinin bedensel ya da manevi bütünlüğünün ihlali ya da çevrenin olumsuz etkilenmesi halinde ortadan kaldıran ya da sınırlandıran anlaşmalar geçersizdir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre zarar verenin kusurunun ağır olduğu hallerde, zarar görenin sorumlu kişinin hizmetinde bulunması halinde, sorumluluğun ilgili makamlarca izin ya da ruhsat verilen bir faaliyetten dolayı doğması halinde ya da sorumsuzluk kaydının önceden kaleme alınan genel işlem koşullarında yer alması halinde bu sorumsuzluk anlaşmaları yine geçersizdir. Madde 58’de sorumsuzluk anlaşmasının hata nedeniyle iptali düzenlenmiştir¹⁰⁶³. Görüldüğü gibi sorumsuzluk anlaşmaları Widmer tasarısına göre çok sınırlı hallerde meşrudur¹⁰⁶⁴.

Sorumsuzluk anlaşmaları hakkında Borçlar Kanunu’nda yer alan hükümler Türk Borçlar Kanunu’na alınırken kısmen değiştirilmiştir. TBK madde 115 ve 116

¹⁰⁶⁰ Gerekçe, 258.

¹⁰⁶¹ Aynı yönde bkz. Gerekçe, 258.

¹⁰⁶² Bkz. Gerekçe, 257.

¹⁰⁶³ Gerekçe, 262 vd.

¹⁰⁶⁴ Kommentar, 7; Gerekçe, 257-266.

sorumsuzluk anlaşmalarının geçerliğini düzenlemektedir. Sözleşme özgürlüğünü belli ölçüde sınırlandıran bu hükümler emredici niteliktedir, bu açıdan tarafların aksini kararlaştırması olanaklı değildir¹⁰⁶⁵. TBK madde 115'e göre "Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür."

Eski yasada bu maddeye karşılık gelen düzenlemede borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan sorumsuzluk kayıtları ya da yasa ya da yetkili makamlarca verilen izinle yürütülebilen işler için sorumsuzluk anlaşmaları takdirî geçersizlik yaptırımına bağlanmıştı. Yani yargıç takdir yetkisini kullanarak bu sorumsuzluk anlaşmalarının geçersizliğine hükmedebilirdi. Yeni yasada takdirî geçersizlik yerine butlan yani kesin geçersizlik kabul edilmiştir. Bu husus tehlike sorumluluğunun ve tabii TBK 71 genel tehlike sorumluluğunun kapsamına giren faaliyetler bakımından özel önem taşır. Çünkü tehlike sorumluluğuna tabi faaliyetler ancak yasa ya da yetkili makamlarca verilen izinle yürütülebilen faaliyetlerdendir. Bu açıdan tehlike sorumluluğuna tabi faaliyetlerden doğan zararlar için sorumsuzluk anlaşmaları geçersizdir. Öte yandan tehlikeli işletme faaliyetinin işletenin bu faaliyetin yürütülmesi için çalıştırdığı kişilerle arasında yaptığı sorumsuzluk anlaşmaları da geçersizdir.

¹⁰⁶⁵ Gerekçe, 257.

TBK madde 116'nın ikinci ve üçüncü fıkraları yardımcı kişinin eyleminden dolayı sorumlulukta sorumsuzluk anlaşmalarını düzenlemektedir: “Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir. Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.” Eski BK'de yasa ya da yetkili makamlarca verilen izinle yürütülebilen faaliyetlerde yardımcı kişinin hafif kusurundan dolayı meydana gelen zararlardan sorumsuzluk anlaşmaları geçerli kabul edilirken yeni yasada bu hususta değişiklik yapılmıştır. TBK 116/3'ten anlaşıldığı gibi tehlike sorumluluğuna tabi faaliyetler ancak yasa ya da yetkili makamlarca verilen izinle yürütülebildiğinden işleten ya da işletme sahibinin yardımcı kişilerin eylemlerinden sorumlu olmayacağına yönelik yapacağı anlaşmalar geçersizdir.

SONUÇ

Çalışmamızın konusunu oluşturan genel tehlike sorumluluğunu Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeyi esas alarak incelemeye, bu sorumluluğun niteliğini, koşullarını ve sonuçlarını, bu sorumluluk için önem taşıyan sorumluluk hukuku meselelerini ele alarak ortaya koymaya çabalamış bulunuyoruz. Genel tehlike sorumluluğu, geleneksel dogmaları yıkan, hiç değilse değiştiren, sosyal devlet ve dağıtıcı adaletin gereklerini yerine getirme eğilimini taşıyan ve aslında endüstri ve teknoloji çağının vazgeçilmezi olan “tehlike” olgusunun hukuk düzeninde hak ve adaleti yerine getirmek anlamında bir yansımasını oluşturan, kusurdan bağımsız ve kurtuluş kanıtı olanağının tanınmadığı katı bir sözleşme dışı sorumluluktur. Tehlike sorumluluğu ne kusura ne özen ve denetim yükümüne ne de bir şeye sahip olmaya dayanır. Esas olarak dayandığı olgu, başkaları tarafından katlanılması beklenebilen ya da beklenemeyen, yani hukuka uygun ya da hukuka aykırı biçimde, olağanüstü ya da özel bir tehlike yaratmaktır. Yaratılan bu tehlike bir faaliyet ya da bir şeyin kendisinden kaynaklanabilir. Tehlike sorumluluğunu diğer katı sorumluluklardan ayıran şey, bu tehlike yaratma olgusudur. Üreticinin sorumluluğu özen ve denetim yükümüne dayanan bir kusursuz sorumluluk, taşınmaz malikinin sorumluluğu mülkiyetin taşkın kullanımına dayanan bir kusursuz sorumluluk, yapı eseri malikinin sorumluluğu bakım ve denetim yükümüne dayanan bir kusursuz sorumluluk olduğu halde tehlike sorumluluğu doğrudan tehlike yaratma olgusuna dayanan bir kusursuz sorumluluktur. Bu olgunun tek başına sorumluluk için isnat temeli haline gelmesinin nedeni, yaratılan “özel” tehlikenin önüne geçilemeyen ve önüne geçilemeyeceği bilindiği halde izin verilen, tipik bir tehlike olması ve bu tehlikelerin günümüz toplumunda sık ve her yerde karşılaşılan, herkesi etkileyen, sonuçlarıyla hem yararlı

olan hem de zararlı olabilen nitelikte olduğu için kendine özgü özellikleri bulunan bir sorumluluğu gerekli kılmasıdır. Bu sorumluluk öyle ya da böyle modern hukuk düzenlerinde yer almaktadır. Kimi ülkelerde yargı kararları aracılığıyla, kimi ülkelerde belli tehlikeli faaliyetler için çıkarılan özel düzenlemeler aracılığıyla, kimi ülkelerde genel bir düzenleme aracılığıyla kusur sorumluluğunun yanında tehlike sorumluluğu kendini göstermektedir. Tehlike sorumluluğunun uygulanmasında hangi yönetime başvurulacağı bir hukuk politikası sorunu olduğu kadar hukuk felsefesi sorunudur. Kanımızca bu mesele sadece yasa koyucunun takdirine bırakılamaz. Çünkü salt özel düzenlemelerle düzenleme ile genel düzenleme öngörmenin hak ve adalet üzerinde çok belirgin, birbirinden ayrılan sonuçları vardır.

Salt özel düzenlemeler öngörmeyi ve kıyası yasaklayan görüş, kusur sorumluluğunu liberal hukuk anlayışının etkisinde temel ilke ve kusurun dışında kalan sorumluluk ilkelerini sınırlandırılması gereken istisnalar olarak kabul eder. Oysaki günümüz sorunlarına sosyal olmayan liberal hukuk anlayışıyla çözüm bulunamamaktadır. Hukuk çağın gereksinimlerine ayak uydurabilmelidir. Esasında pek çok tehlike sorumluluğu düzenlemesi ve kusursuz sorumluluk halinin hukuk düzeninde öngörülmesi, bu anlayışın eylemli olarak aşıldığını gösterir. Eylemli olarak değişen hukuksal durum karşısında kuramların yerinde sayması düşünülemez. Kural ve istisna ilişkisi zaten eylemli olarak sona ermişken bu değişen düzene uyum sağlayan “genel kuralın” tüm hukuk düzenini alt üst edeceği düşüncesi, bir korku ve değişim karşısında duyulan şaşkınlık olarak kabul edilmelidir. Hukuk düzenlerinde çok sayıda genel kural bulunmaktadır ve hiçbir hukuk düzenini alt üst etmemiş, aksine hukukun yetersiz kaldığı noktalarda içtihadın yolunu açarak adaletin gerçekleştirilmesine hizmet etmiştir. Bu nedenle genel kural aracılığıyla tehlike

sorumluluğunu düzenlemek “tehlikeler” dünyasında bireylerin gereksindiği hukuksal korumayı sağlayabilecektir. Günümüzde esasen artık genel tehlike sorumluluğunun kabul edilip edilmemesinden ziyade genel tehlike sorumluluğunun nasıl düzenlenmesi gerektiği tartışılmaktadır. Bizim de tezimize temel olan husus, Türk hukukundaki genel tehlike sorumluluğunun irdelenerek somutlaştırılması ve bu tartışmalar karşısında mevcut ihtiyaçlara cevap verip vermediğini araştırmaktır.

Türk Borçlar Kannunu’nda öngörülen genel tehlike sorumluluğu ikincil nitelikte genel bir norm niteliğini taşır. TBK madde 71’in üçüncü fıkrası bu hususu özel tehlike sorumluluğu düzenlemelerinin saklı olduğunu belirterek açıkça öngörmüştür. Yani genel tehlike sorumluluğu özel tehlike sorumluluğu düzenlemelerinin kapsamına girmeyen tehlikeli olgular için uygulama bulacaktır, bu açıdan özel norm genel normun önünde gelir ilkesi geçerliliğini korumaktadır. Diğer bir deyişle TBK madde 71, özel tehlike sorumluluğu düzenlemelerini yürürlükten kaldırmamıştır.

TBK’de düzenlenen genel tehlike sorumluluğu tüm tehlike yaratma olgular için değil, düzenlemede belirtilen belirli nitelikleri taşıyan olgular için sorumluluk doğurur. Bu noktada hem olgu konusu şey hem de tehlikenin derecesi bakımından düzenlemenin uygulama alanına sınırlandırma getirilmiştir. Olgu konusu şey “tehlikeli işletme faaliyetleridir”. İşletme faaliyeti, maddi ve belirli bir alana özgü risk içerir biçimde bir aletin kullanımı, doğal bir kaynağın işletilmesi, bir düzeneğin çalıştırılması suretiyle gerçekleştirilen faaliyetlerdir. İşletme faaliyeti olarak nitelendirilemeyecek faaliyetler, örneğin dalgıçlık gibi bireysel spor faaliyetleri genel tehlike sorumluluğunun dışında kalmaktadır. Buna karşılık bir yüzme havuzunun işletilmesi “tehlikeli işletme faaliyeti” olarak kabul edilebilir.

Sorumluluğun kaynağı açısından işletmenin kendisi değil, işletme faaliyeti esas alınmaktadır. İşletme faaliyetinin bünyesindeki karakteristik riziko genel tehlike sorumluluğuna yol açar. Tehlike derecesi de ayrıca ve özel olarak belirlenmiştir. Her düzeyde tehlikeli işletme faaliyeti değil, önemli ölçüde tehlikeli olan işletme faaliyetleri genel tehlike sorumluluğunun doğumuna yol açar. Ayrıca her tür riziko değil, sadece karakteristik riziko genel tehlike sorumluluğunu doğurur. Karakteristik riziko koşulu kaynak düzenlemeden farklı olarak açıkça anılmamış olsa da tehlike sorumluluğunun niteliği gereği uğruna sorumluluğun öngörüldüğü ya da genel tehlike sorumluluğunun kapsamına girdiği kabul edildiği riziko bu sorumluluğu doğurur, diğer rizikolar ancak diğer sorumluluklar için tartışılabilir. Önemli ölçüde tehlikeliliğin ne anlama geldiği TBK madde 71'in ikinci fıkrasında açıklanmış ve birtakım ölçütler ortaya koyulmuştur. İşletme faaliyeti ya özen gösterilse bile sık sık zararlara yol açmalı, yani karakteristik riziko sık gerçekleşiyor olmalı, ya ağır zararlara yol açmalı ya da özel bir tehlike sorumluluğu düzenlemesine tabi bir tehlike olgusunun bünyesindeki tehlikeye benzerlik söz konusu olmalıdır. Yani tehlikeliliğin takdirinde nesnel iki ölçüt ortaya konulmuş ve bunun yanında yargıca tehlikeliliğin takdiri hususunda kıyas yapma ve bu şekilde genel tehlike sorumluluğunun uygulama alanını biçimlendirme yetkisi verilmiştir. Öte yandan kusur sorumluluğu ile tehlike sorumluluğu arasında kural-istisna ilişkisi artık söz konusu olmadığına göre yargıcın genel tehlike sorumluluğu kapsamındaki bir işletme faaliyeti için uygulanacak sorumluluk hukuku kuralları konusunda kıyas yapmasına bir engel kalmamıştır.

Tehlike sorumluluğunun ayrı ve kusurdan bağımsız bir sorumluluk olarak hukuk düzenlerinde yer almasının politik nedeni tehlikeli işletme faaliyetlerine

hukuk düzenlerince izin verilmesidir. Hal böyle iken TBK madde 71'in son fıkrasında buna aykırı düşen ve tehlike sorumluluğunun niteliği konusunda kafa karıştırıcı bir hüküm öngörülmüştür. Bu hükme göre işletme faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile zarar görenler zararın uygun bedelle denkleştirilmesini isteyebilir. Bu hükümden hareketle sanki hukuk düzeninin izin vermediği işletme faaliyetleri ile hukuk düzeninin izin verdiği işletme faaliyetleri için iki ayrı genel tehlike sorumluluğu normu bulunduğu fikri uyanmıştır. Oysaki yasa koyucu sadece tehlike sorumluluğu ile fedakârlığın denkleştirilmesi kurumlarını karıştırmıştır. Fedakârlığın denkleştirilmesi hukuka uygun bir zararın hakkaniyetin gereği olarak tümüyle zarar görene yıkılmaması için kısmen de olsa zarara yol açan tarafından karşılanması anlamına gelirken tehlike sorumluluğu hukuk düzenince izin verilmiş bir işletme de olsa meydana gelen hukuka aykırı zararın tehlike ilkesine dayanarak sorumluluk hukuku kuralları ve ilkeleri çerçevesinde zarar verence karşılanmasıdır. Yani tehlike sorumluluğunda karşılanan zarar hukuka aykırı bir zarardır. Yasa koyucu bu iki kurumu karıştırarak bilinçsiz biçimde örtülü bir boşluk meydana getirmiştir, bu boşluğun amaca uygun yorumla doldurulması gerekmektedir. Yani hukuk düzenince izin verilsin verilmesin, önemli ölçüde tehlikeli işletme faaliyetlerinin karakteristik rizikosunun gerçekleşmesinden doğan zarar, zarar veren tarafından karşılanır.

Yasa koyucu sorumlu kişinin belirlenmesinde ilerici bir tutum ile hem işleteni hem de işletme sahibini sorumlu kılmış ve bu kişilerin birbirinden farklı olması halinde müteselsil olarak sorumlu olduklarını açıkça belirtmiştir. Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında genellikle işletme sahibinin değil, işletenin sorumlu kılındığı görülür. İşleten fiili anlamda işletme faaliyeti üzerinde tasarruf gücünü elinde

bulunduran kişi iken işletme sahibi işletme faaliyetine konu şey üzerinde aynı hak sahibi olan kişidir. Tırkiye’de yasa koyucu zarar görenin daha iyi korunabilmesi için her ikisini de sorumlu kılmıştır. Tazminat talebini ileri sürme hakkına esas olarak zarar gören kişi ve belli durumlarda ise zarar görenin yakınları sahiptir. Zarar kavramında herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Salt malvarlığı zararının sonucun hukuka aykırılığı gereği genel tehlike sorumluluğunun kapsamı dışında kaldığı kabul edilmeli, ancak evre zararında salt malvarlığı zararının normun koruma amacına uygun düşmesi nedeniyle sorumluluğun kapsamında olduğu ifade edilmelidir. Kişi, eşya zararları ile manevi zarar karşılanması gereken zarar türleridir. evre zararında ise ikincil zarar tazminat talebi hakkı verirken birincil zarar kamu hukuku önlemlerine başvurmayı gerektiren türden bir zarardır. İspat, zamanaşımı, sorumsuzluk anlaşmaları gibi konularda genel tehlike sorumluluğuna özgü bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu gibi konularda sorumluluk hukukunun genel kuralları uygulanır.

Genel tehlike sorumluluğunun Türk hukuku için yararlı olacağı, eksikleri gidereceği ve böylece var olan eşitsizlikleri, adaletsizlikleri gidereceği kanısındayız. Bununla birlikte tezimizde açıklandığı üzere düzenlemede pek çok aksaklık bulunduğu görülmektedir. Bu aksaklıkların yorum ve boşluk doldurmaya başvurarak öğreti ve yargı tarafından giderilmesi gerekmektedir. Bu açıdan tezimizde getirilen yorum, öneri ve eleştirilerin düzenlemenin uygulanmasında yol göstermesi umulmaktadır.

ÖZET

“Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel Tehlike Sorumluluğu” başlığını taşıyan çalışmamızda 1 Temmuz 2012’de yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu madde 71’de öngörülen genel tehlike sorumluluğunun niteliği, koşulları ve sonuçları ele alınmıştır. Genel tehlike sorumluluğu ifadesi ile kast edilen, tehlike esasına dayanan kusursuz sorumluluğun bir hukuk düzeninde genel bir norm olarak öngörülmesidir. Tehlike sorumluluğunun genel kural yoluyla öngörülmesinin olumlu ve olumsuz yönleri genel tehlike sorumluluğunun hukuk düzenlerindeki yerini etkilemiş ve ciddi tartışmalara yol açmıştır. Türkiye’de yasa koyucu genel tehlike sorumluluğunu İsviçre’de hazırlanan bir yasa tasarısındaki düzenlemeden esinlenerek öngörmüş bulunmaktadır. Tezimizin ilk bölümünde tehlike sorumluluğunun sorumluluk hukuku içindeki gelişimi ve temelinde yatan ilkeler ve isnat nedenleri ile yabancı hukuk düzenlerinde ve Türk hukukunda tehlike sorumluluğu düzenlemeleri ele alınmıştır. İkinci bölümde ise TBK madde 71’de öngörülen genel tehlike sorumluluğunun hukuksal niteliği ile sorumluluğun doğması için gerekli şartlar incelenmiştir. Bu bölümde özellikle “tehlikeli işletme faaliyeti” kavramının içeriği somut hale getirilmeye çalışılmış ve karakteristik riziko unsuru üzerinde durulmuştur. İzin verilen işletme faaliyetlerinin sorumluluğa etkisi tartışılarak TBK madde 71’in son fıkrası eleştirilmiş ve burada örtülü bir boşluğun olduğu görüşüne varılmıştır. Son olarak üçüncü bölümde TBK madde 71’de öngörülen genel tehlike sorumluluğunda tazminat ve müteselsil sorumluluk, ispat ve ispat yükü ile sorumsuzluk anlaşmalarının geçerliliği incelenmiştir. Çalışmamızda TBK madde 71’de öngörülen genel tehlike sorumluluğu düzenlemesinin genel olarak olumlu ve yerinde olduğu ancak pek çok belirsizliği ve karışıklığı bünyesinde barındırdığı, bazı

yönleriyle isabetsiz ifadeler içerdği sonucuna varılmıştır. Söz konusu olumsuzlukların aşılmasında çalışmamızda ortaya koyulan görüş ve önerilerin yararlı olabileceği kanısındayız, bu konuda yargıya da önemli bir iş düştüğünü belirtmek gerekir.

ABSTRACT

In our thesis which is named as “General Clause for Strict Liability according to the Turkish Code of Obligations”, the legal nature, conditions and results of general clause for strict liability, which is provided in the article 71 of the Turkish Code of Obligations. This code came into force on July 1st, 2012. General clause for strict liability means that liability without negligence, based on risk-theory, is regulated as a general clause within a certain law system. The advantages and disadvantages of general clause for strict liability affected various law systems and caused significant discussions. Turkish legislator has provided the general clause for strict liability originating from a Swiss draft. In the first part of the thesis, the development of strict liability in the context of the law of liability and principles of strict liability and reasons of attribution for strict liability and then legal regulations about strict liability prescribed in foreign law systems and Turkish law. In the second part the legal nature and the conditions required for liability for the general clause for strict liability are analysed. In this part especially the meaning of concept of “dangerous undertaking activity” is clarified and the element of characteristic risk is focused. The influence of licence for undertaking activities to the liability is discussed and the last paragraph of article 71 of the Turkish Code of Obligations is criticized. In my opinion there is a latent legal gap. Lastly in the last part of thesis, compensation and joint liability, proof and burden of proof and the validity of non-liability agreements about general clause for strict liability prescribed in the article 71 of the Turkish Code of Obligations. In my thesis I have concluded that the general clause for strict liability is generally positive and appropriate, however the general clause for strict liability includes many uncertainties and some inappropriate

expressions. In order to overcome these problems, the views and suggestions presented in the thesis may be useful. In this sense the justice has an important function.