

TEHLİKE SORUMLULUĞU ÜSTÜNE

Asis. İlhan ULUSAN

I) KUSUR VE KUSURSUZLUK İLKELEERİNİN TOPLUMSAL VE TARİHSEL AŞAMA İÇİNDEKİ YERİ

Ana uğraşı alanımız kusursuz sorumluluk ve onun bir türü olan Tehlike Sorumluluğu konularına değinmeden önce, kusur ve kusursuzluk ilkelerinin tarihin çeşitli dönemlerinde toplum yapısına bağlı olarak geçirdikleri değişiklikler ve karşı karşıya kaldıkları aşamaları belirtmek yararlı olacaktır.

1) İlkel Toplumda

İlkel toplumlarda özellikle sosyolojik gelişim çizgisinin başlarında yer alan ,toprağa bağlı olmayan gezgin aşiretlerde, toprağa bağlı olmakla birlikte, her biri diğerinden ayrı boy ve klânlarda, kendi kendine yeterlik ilkesinin ve bu topluluklara özgü otonom yaşayış düzeninin sonucu olarak bugünkü anladığımız anlamda bir hukuk ve devlet düzeninden söz etme olanağı yoktur. Bu tür toplumlarda ailelerden birinin diğerine ve komşu toplulukların birbirlerine karşı işledikleri haksız eylemlerin giderilmesi cezaî sayılabilecek bazı yaptırımlar aracılığı ile sağlanmaktaydı. Yargılayıcı bir hukukî otoritenin yokluğu, belirttiğimiz cezaî görünümdeki yaptırımların doğrudan doğruya bireylerin veya uyumsuzluk boylar arasında çıktığında, tüm boyun yerine getirmesi zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır.

Bu konuda bizim için önemli olan nokta, bireyin haklılığı veya haksızlığı açısından hiçbir ölçünün gözetilmemesidir. Gerçekten uyumsuzluk nedeni olan eylemin kastla veya ihmalle veya hiçbir kusura dayanmaksızın yapılması eyleme hedef olan kişi açısından hiçbir etkiye sahip değildi. Zarar gören açısından önemli olan, doğrudan doğruya eylemin varlığı ve bunun yarattığı acı sonucu zihinde beliren intikam fikriydi. Acının ve öcün ölçüsünü teşkil ettiği haksız eylem ve buna karşı zarar görende beliren tepki bugünkü hukuk

düşüncemize göre bu açıdan çok ilkel bir nitelik taşır. Ancak toplumların gelişmesiyle eylemlerin haklılığı ve beliren tepkinin ölçüsü olarak yeni bir kavram zamanla gittikçe daha da gelişerek kendini belli etmiştir. Bu kavram kusur ilkesidir ve hukuk alanındaki varlığını toplumsal gelişmelere paralel olarak daha da arttırarak bugüne dek koruyabilmiştir.

2) Roma Hukukunda

Özellikle Kara Avrupası Hukuk sistemlerinin hemen hepsine farklı düzeylerde olmakla birlikte büyük etkilerde bulunmuş olan Roma Hukuku bakımından dahi yukarda çizdiğimiz manzara bu hukukun başlangıç devrelerinde varlığını göstermiştir. Gerçekten bu eski çağlarda kusur ilkesi, Roma toplumunda cezaî yaptırımın uygulanması açısından değer ifade etmemiş, bu konuda haksız eylemin doğurduğu gazap mutlak ölçü olarak görülmüştür. Bu gazabın sonucu olarak düzenden yoksun toplumda, kişinin kendi hakkını kendinin yerine getirmesi (Selbsthilfe) ve öc (Rache) kavramları birbirleriyle karışık bir görünüm kazanmış nihayet bu ikisi, bir kavram olarak «Vindicta» adı altında toplanmıştır (1).

Roma Hukukunda sözleşme dışı ilişkilerde kusur kavramının, ölçü niteliğinde olarak ilk kez ne zaman belirdiğini kesin olarak saptamak olanağı bulunmamakla birlikte, sözleşme dışı ilişkilerde kusur kavramının açık seçik kullanıldığı varsayım olarak M.Ö. 286 yılında düzenlendiği sanılan Lex Aquilia akla gelir. Haksız eylemler sonucu başkasının mallarına verilen zararın giderilmesi amacını taşıyan bu kanuna göre, köle veya hayvanlara karşı yapılan eylemin çok hafif bir ihmale dayanması halinde dahi haksız eylemi işliyen kişi açısından giderim yükümü doğmaktaydı. (2). Özellikle Pön savaşlarından sonra yani M.Ö. III. yüzyıla değin çeşitli toplumsal karışıklıklara sahne olmakla birlikte güttüğü emperyalist siyaset ve topladığı sermaye birikiminin yardımıyla, çiftçi devleti niteliğini yitirip emperyalist devlet haline gelen Roma'da (3) diğer bütün üst yapı kurumları gibi hukuk bilimi de çok gelişmiş ve bu bilim dalı içinde sözleşme içi ve dışı ilişkiler açısından kusur ilkesi Roma toplumunun ve hukukunun

1) Jhering Rudolf von, Geist des Römischen Rechts, Easel, 1954, s. 128.

2) Marzo Salvatore, Roma Hukuku, İstanbul, 476.

3) Kaser Max, Römische Rechtsgeschichte, Göttingen, 1950, s. 48

bireysel (individuell) yanını yansıtır bir nitelik olarak daima baskın durumunu korumuştur.

Roma Hukukunda kusur ilkesinin baskınlığı görülürse de, bazı kusura dayanmayan sorumluluk türlerini görmekte mümkündür. Gerçekten zarar yapan dört ayaklı hayvanın tutucusuna karşı yöneltilen *Actio de Pauperie*, bir binadan geçilmesi âdet olmuş bir yere dökülen veya atılan şeylerden zarara uğrayan kişiye tanınan *Actio de efusis et dejectis*, sebep sorumluluğunun uygulama hallerinden başka bir şey değildir. Bu konuya ilişkin açıklamaları tamamlamak için kökü eski Yunan sitelerine uzanan deniz taşıma sırasında telef olan mallar sonucu doğan zararın, hiçbir kusurları bulunmamasına karşın malları kurtarılan kimseler arasında paylaşılması amacını taşıyan *Lex Rhodia* da, kusursuz sorumluluk halleri arasında zikredilebilir (4). Tamamen sebep sorumluluğuna dayanan bu tiplerin yanı sıra, çok hafiflemiş kusur sorumluluğuna (*culpa levissima*) ve doğrudan doğruya özen ve nezaret yükümüne (*custodia*) bağlı kılınan; gemicilerin, hancıların, ahır sahiplerinin sorumluluğunu hatırlamak yerinde olur.

3) Germen Hukukunda

Kusur ilkesinin durumu açısından Roma devetine komşu bir kavime Germenlere göz attığımız zaman bu kavmin hukuk sisteminin esas itibariyle kusur ilkesine dayanmadığı ortaya çıkar. Bunda Germenlerin Roma toplumuna göre daha basit bir toplum yapısına sahip olmaları önemli rol oynamaktadır. Bununla birlikte Germen Hukukunun kusursuz sorumluluğa verdiği önem, özellikle dâvalarda ispat sorununun çözüm yolu olarak görülmüştür. Bunun yanısıra kusura dayanmayan, raslantı şeklinde görülen eylemler, mistik ve kaderci bir dini görüşün etkisinde Tanrıların dileği sonucu oluşmuş olaylar şeklinde nitelendirilmiş ve bu bakımdan bu, hukuk sisteminde kusur Roma Hukukunun aksine büyük önem taşımamıştır. Daha çok kuramsal açıklamalar niteliğindeki bu görüşlerin yanı sıra ağaç kesimi, harman ateşi, aletler, hayvanlar ve ev halkı gibi özne ve nesnelerin doğurduğu tehlike fikri çerçevesinde belirmiş gerçek anlamda kusursuz sorumluluk daha doğrusu tehlike sorumluluğu tiplerinin Germen hukukunda bulunduğunu da belirtmek gerekir (5).

4) Esser Josef, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung*, Münih ve Berlin, 1941. s. 47

5) Esser, *Grundlagen* s. 46-47.

Roma Hukukunda en hafif türüyle dahi, giderim yükü doğuran kusur ilkesinin gelişmesinde, özellikle insancıl niteliği dolayısıyla Hıristiyanlığın da etkisi olmuş ve kusur, dayanağını Tanrı'nın koyduğu yasalarda bulan, ahlâkî yükümün ihlâli olarak görülmeye başlanmıştır. Böylelikle kusur, Tanrı'nın kurmayı amaçladığı düzen ve tanrısal iradeye karşı davranış biçiminde yorumlanmış ve bu haliyle günahla eş anlamda tutulmuştur (6). Bu anlayışın özellikle hukuk bilimi konusunda da uzman kişiler olarak gözüken Kilise Babaları aracılığıyla etkisini Orta Çağ boyunca da sürdürdüğünü kabul etmek gerekir.

4) Aydınlanma Çağı, Pandektler Sistemi ve Çağımızda

Aydınlanma Çağında, doğal hukuk öğretisinin etkisiyle lâik bir taban üstüne oturtulan kusur ilkesi egemenliğini sürdürmüş ve özellikle onu izliyen 19. yüzyılda Müsterek Hukuk bakımından büyük önem kazanmıştır. Gerçekten Roma Hukuku ilkelerini işleyip, bu ilkeleri yeniden canlandırıp yöresel hukukla bağdaştırmaya çalışan Müsterek Hukuk devrinde, kusur ilkesi hemen ayrıksız biçimde hukuk sistemine egemen olmuş ve kusursuz giderim olmaz «nulla indemnitas sine culpa» özdeyişi, kusur ilkesinin (Culpaprinzip) mutlak görünüm şekli olarak bu devrin özelliğini teşkil etmiştir. Böylelikle kusursuz olarak verilen zararların yani rastlantının hiçbir giderim yükümü doğurmayacağı doğal olarak belirir. Gerçekten bu ikinci fikirde pek ünlü «Casum Sentit Dominus» özdeyişi ile dile getirilmiştir. Bu özdeyişin anlamı çerçevesinde, rastlantı sonucu meydana gelen zararların giderilme olanağı yoktur, bu zararlar, rastlantıya maruz kalanlar tarafından katlanıp çekilmek gerekir (7).

Bilindiği gibi endüstrileşme çağının başlangıcı olan ve olağan üstü tehlikeli faaliyet ve işletmelerin varlığını gerekli kılan bu yüzyılda antik temellere dayanan, soyut ve bireysel nitelik taşıyan kusur ilkesi, mutlak ve katı görünümü ile özellikle oluşan iş kazaları nedeniyle emekçi ve işletme dışında kalan dar gelirli kazazedelerin tepkisi ile karşılandı ve böylece kusurun yüzyıllar boyu süren egemenliğine gölge düşürülmüş olundu. Böylece demir yolları, fabrikalar, elektrik işletmeleri gibi belli başlı endüstri kollarına ilişkin olmak

6) Philosophisches Wörterbuch, Schuld sözcüğü

7) Oftinger Karl, Der soziale Gedanke im Schandenersatzrecht, SJZ 39, s. 543

üzere, 19. yüzyılın sonlarından itibaren kusursuz sorumluluk ilkesine dayanan özel yasalar Almanya ve İsviçre de yayımlanıp yürürlüğe konuldu ve özellikle çağımızda Sovyet Rusya, Macaristan, Çekoslovakya gibi sosyalist ülkeler, tehlikeli faaliyet ve işletmelerin sorumluluğunu bu konuda daha ileri bir aşama sayılabilecek yolla, Medeni Kanuna genel bir hüküm konulması aracılığı ile, sağlama yöntemini izlediler.

Buraya kadar kusur ve kusursuzluk ilkelerinin geçirmiş oldukları gelişime göz atarsak, bu gelişimin diyalektik bir nitelik taşıdığını görürüz. Gerçekten, İlk Çağların yerleşme ve davranış düzeni gereği kusura gerek duyulmazken; kusur, toplumun ekonomik ve sosyal eğilimine paralel olarak önem kazanmış ancak özellikle toplumcu görüşlerin etkisi ile 19. yüzyıldan itibaren etkinlik dereceleri farklı olmak üzere çeşitli ülkeler mevzuatında kusurdan sapılıp kusursuzluk ilkesine de yer verilmiştir.

II) KUSURSUZ SORUMLULUĞUN VARLIK NEDENLERİ

1) Ekonomik ve Sosyal Neden

19. yüzyıl özellikle İngiltere, Almanya, Fransa gibi Avrupa ülkelerinde Endüstrileşme çağının belirlediği ve hızla geliştiği devirdir. Bu gelişim, bir taraftan işletmelerin büyük sermaye sahibi sınıfın elinde bulunması nedeniyle bu kişilerin daha da zenginleşip, yeni yatırım alanlarına atlamalarını sağlarken, diğer taraftan emeği ile geçinmek zorunda olan kitlenin aldığı yetersiz ücret sonucu ekonomik bakımdan güçsüz duruma düşmesine yol açıyordu. Bu ekonomik ve sosyal dengesizlik, özellikle İktisat Bilimi alanında yeni teorilerin doğumuna yol açarken, bir toplum bilim dalı olan Hukuk da çağının devrimci niteliğinden ötede kalamazdı. Gerçekten muazzam sermaye ve makine karşısında ekonomik bakımdan güçsüz kimselerin korunması Sosyalist ve Sosyal Adaletçi görüşlerin etkisiyle giderim hukukunda da büyük önem kazanmıştır (8). Kusura dayanmayan bir sorumluluk fikrinin gelişmesinde genellikle kusur olmaksızın doğan işletme kazaları sonucu ekonomik düzeyleri çok sınırlı olan kişile-

8) İmre Zahit, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul, 1949, s. 44

rin düştükleri acı durumun da büyük rolü bulunduğunu kabul etmek gerekir. Gerçekten basit bazı iş kollarının çalışmasına dayanan eski çağlarda zarar verici öge olarak genellikle insan, bazan hayvan söz konusu olurken, 19. yüzyıldan itibaren kurulan demiryolu işletmeleri ve çeşitli sanayii malları üreten fabrikalarda, insan yerine artık makine veya mekanik ya da kimyasal bazı eylem ve olaylar zarar verici nitelik kazanmışlardır (9). Böyle olunca hukuk düzeni farklı çeşitli ülkelerin benimsedikleri hukukî ve iktisadî sisteme göre, sosyal yönden yetersiz durumda olan emekçi ve geniş halk yığınlarının işletme sahiplerine karşı destekliyebilmek ve sosyal dengeyi yaratabilmek amacıyla, devlet müdahaleci bir nitelik kazanmış ve bu konuya ilişkin olmak üzere kusursuz sorumluluğa dayanan özel yasalar çıkarılmaya başlanmıştır.

2) Felsefi Neden

Roma Hukukundan 19. yüzyılın ikinci yarısına değin dinî ve özellikle Aydınlanma Çağında salt mantıkî düşünce tarzının ve Doğal Hukuk Öğretisinin etkileriyle beslenip gelişen kusur ilkesi bireyci bir görüşün ürünüdür.

Gerçekten özellikle 1789 Fransız Devrim hareketinden sonra kişi somut varlığından arık soyut bir nitelik taşımış ve kişiler arasındaki eşitlik ve kişinin soyut özgürlüğü 18 ve 19. yüzyılların siyasal hayatında vazgeçilmez kavramlar olarak belirmiştir. Eşitlik ve özgürlük kavramlarının hukuk bilminde bıraktıkları yankılar özel hukuk alanında sözleşme ve haksız eylem (Delikt) kurumları şeklinde birbirlerinden bağımsız bir biçimde belirmişlerdir (10). Gerçekten sözleşme kavramı, kişilerin irade özgürlüklerin olumlu bir biçimde dilediklerince kullanabileceklerini dile getirirken; haksız eylem (Delikt) ise bu özgürlüğün kötüye kullanılmasını önlemek amacını taşıyan bir hukuksal kurum niteliğini taşıyordu. Bundan çıkan sonuç; kişinin doğal hukuk öğretisi nazarında hukukî özne niteliğini taşıyabilmesi, onun çevresi ile kurduğu ilişkilerde irade taşıyıcısı sıfatı ile belirmesi veya başka bir iradeyi kabule ehil olmasıdır. Böylesine öznel ve bireysel bir nitelik taşıyan hukuk ortamında kusursuz ve

9) Oftinger, Makale s. 546

10) Esser/Grundlagen s. 51 vd.

iradeden soyut olarak oluşan kazalardaki zararın toplum içinde diğer fertlere yansıtılması ve dağıtılması olanağından söz edilemez.

Doğal Hukuk ilkelerinin yanısıra ekonomi alanında etkileri büyük olmuş olan Liberalizm akımı da iktisadî hayatın serbestçe gelişimi ve bu gelişimin hiçbir şekilde engellenmemesi fikrini savunarak, kusursuz sorumluluk ilkesine karşı çıkmıştır. Hatta Liberal akım taraftarları iktisadî teşebbüs ve işletmelerin varlıklarını koruyup geliştirebilmeleri için kusur sorumluluğundan dahi fedakârlık edebileceğini belirtmekten sakınmamışlardır (11). Böyle olunca bir kişiye isnat edilebilme olanağı bulunmayan zarara, buna maruz kalan kişinin endüstrileşme akımının hedefine ulaşabilmesi için katlanma zorunluluğu, sağlam bir sınaî gelişimin garantisi olarak doğal karşılanıyordu.

19. yüzyıl boyunca egemenliğini duyuran bu bireyci liberal fikirlere karşı kusursuz sorumluluğun savunusunu yapan yazarlar, bu konuda kökleri Aristoteles'e değin inen dağıtıcı adalet (Justitia Distributiva) ilkesini toplumun koşullarına uyarlayarak kendi görüşlerine dayanak yapmışlardır. Böylelikle kusur ilkesiyle kusursuzluk varsayımı arasında uzlaştırıcı bir formül gibi gözüken dağıtıcı adalet ilkesine göre, zarar öznel bir biçimde ele alınmayıp, zarar kavramı, tekniğin gelişimi ile modern toplumun ve iktisadî düzenin birlikte getirdiği kollektif niteliği ile incelenmek gerekir. Kollektif sorumluluk ön plâna alınınca, kusur ilkesinin gerileyip bunun yerine toplumun; kusursuz sorumluluk etkenleri olan taşıt araçlarının, tehlikeli faaliyet ve işletmelerin doğurduğu zararlara katlanması ve bunlara cevaz verir şekilde düzenlenmesi gereği belirgin hale gelecektir. Böyle olunca; taşıt araçları, tehlike doğurucu işletme ve diğer faaliyetlerden doğan zararların, bu işletmeleri işletene veya genel yollara bakımla yükümlü olanlara yüklemek gerekir (12). Bunun nedeni bu kişilerin kusurları olmayıp, toplumun bütünüyle düzenlenmesinde, (Gesamtorganisation) bu düzenlemenin zarar verme ihtimali taşıyan kesimini idare etmeleri nedeniyle pay sahibi olmalıdır (13). Böylelikle kusursuz olarak oluşan zararlar eski anla-

11) Esser/Grundlagen s. 54

12) Oftinger/makale s. 550

13) Oftinger Karl, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2. Bası, Zurich, 1958, 30

yaşın aksine dair bir kadercilik felsefesine bağlı olarak buna rastlıyanın üstünde kalmıyor, bilâkis bu zararların sonuç olarak buna yol açan etkenleri yöneten ve bu yoldan topluma katkıda bulunanlara dağıtıcı adalet ilkesi çerçevesinde yüklenmiş bulunuyor (14).

3) Hukuki Neden

Yukardan beri yapılan açıklamalar çerçevesinde 18. yüzyılın sonundan itibaren beliren tehlikeli girişim (teşebbüs), işletme ve faaliyetler nedeniye, Roma hukukundan bu yüzyıla değin egemenliğini sürdüren kusur ilkesinin mutlak geçerliliği gölgelenmiştir. Gerçekten özellikle işletme kazaları, buna sebep olan işletmelerin izledikleri karmaşık teknik yöntem nedeniyle bir kimsenin kusuruna bağlanabilme olanağından yoksundu. Böyle olunca, oluşan kazaların yarısından fazlası tesadüfi nitelikte görüleceğinden, kazaya uğrayan ve genellikle dar gelirli olan halk kitlelerinin acılarını giderim yolu ile dindirebilme olanağı da, saplanılan kusur ilkesi ve bunun sonucu tesadüfi eylemlerin giderilememesi (casum sentit dominus) nedeniyle ortadan kalkmış bulunuyordu. Tehlike arzeden büyük işletmelerde kusuru tanıtlamanın güçlüğü yanı sıra özellikle trafik kazaları bakımından sırf kusur ilkesine bağlanmak, birçok somut durumda zarar göreni giderimden yoksun bırakmak anlamına gelecektir (15).

Teknik gelişmeler karşısında kusur ilkesinin değerinin azaldığını gösteren bir diğer neden de eskiye nazaran tehlike ihtimali çok artmış bulunan işletme ve tehlikeli faaliyetler sonucu doğan zararların nicelik ve nitelik olarak etkinliği ve yüksekliğidir.

Gerçekten demiryolu yapımı ile başlayan işletme hareketleri, yeni itici güçlerin, ham maddelerin ve bunların işlenmesi için gerekli fabrikaların ve doğa bilimlerin gelişimi sonucu bulunan kimyasal ve fiziksel enerji kaynaklarının sanayiye uygulanmasıyla oluşan kazaların yarattığı sonuçların, bir atelyede usta ve onun etrafında çalışan birkaç kalfa veya çırağın zamanına göre tehlikeli nitelik gösterse dahi oluşturduğu tehlike yaratma ihtimali ile bir tutulması ne mantıken ne de hukuken imkânsızdır. Zira bir kaç kişinin birlikte

14) Esser'de Justitia distributivanın bu şekli ile anlaşılması gerektiğini ve bu dağıtımın haklı olduğu kanısındadır. s. 222

15) İmre s. 42

iş gördüğü bir atelyede veya iş yerinde oluşan kazaya sebebiyet vereni bulmak zor olmazsa da, büyük bir işletmede özellikle işletme dışında zarara uğrayanlar açısından, kusurlu kişiyi bulmak, sözü geçen faaliyetlerin ve kişinin bir yerde lokalize olmamalarından dolayı genellikle imkânsız olacaktır (16).

Sosyal ve ekonomik koşulların ve felsefi düşüncelerin büyük etkisini kabul etmekle birlikte, özellikle kusur ilkesinin somut durumlar karşısındaki yetersizliği, kusursuz giderim yükümünden söz edilemeyeceğini belirten «nulla indemnitas sine culpa» ve raslantı sonucu oluşan zararlara katlanma zorunluluğunu dile getiren «casum santit dominus» ilkelerinden uzaklaşmayı daha 19. yüzyılın sonlarına doğru gerekli kılmış ve bu nedenle özellikle Almanya ve İsviçre'de önceleri sınırlı daha sonraları tamamen objektif nitelik taşıyan ayrı yasalar meydana getirilmiştir. Bu konuda ilk çaba 1871 de Almanya'da demiryollarından doğan sorumluluk hallerine ilişkin yasa ile görülmüş ve bunu başta İsviçre olmak üzere diğer ülkeler izlemişlerdir. Gerçekten İsviçre 1 Temmuz 1875 de Demiryolları Kazalarına ilişkin sorumluluk hallerini kapsıyan yasayı (Eisenbahnhaftpflichtgesetz) bu alanda ilk çaba olarak yayımlamış bunu 25 Haziran 1881 de fabrikalara ilişkin sorumluluk hallerine ayrılan yasa (FHG) izlemiş, 24 Haziran 1902 de kuvvetli ve zayıf elektrik akımlarının doğurduğu kazalara ilişkin yasa (EIG) ve 1932 de Motorlu Taşıtlar Kanunu (MFG) çıkarılmış ve nihayet teknik gelişimlere paralel olarak 23 Aralık 1959 da Atom Enerjisinin barışçı amaçlarla kullanılması ve Atom Işınlardan korunulmasına ilişkin bir federal yasa çıkarılıp yürürlüğe konulmuştur.

Tehlikeli girişim ve işletmelerin doğurduğu zararlar üzerine kusur ilkesine dayanmayan özel yasaların düzenlenip yayımlanması, kusur ilkesinin mutlak niteliğinden sıyrılıp, hukuk bilimini zamanın koşullarına sokma çabası biçiminde görülebilir.

Bunun yanı sıra diğer bazı ülkeler tehlike yaratan faaliyet ve işletmelere ilişkin olmak üzere Medeni Kanunlarına genel hüküm koyma yoluna gitmişlerdir ki, bu kusursuz sorumluluk ilkesini genel bir hukuk ilkesi anlamına yükseltme eğilimi taşıdığından bu alanda

yapılmış bir aşama olarak kabul edilip onaylanması gereken bir tutumdur.

III) TEHLİKE SORUMLULUĞUNUN KUSURSUZ SORUMLULUK İÇİNDEKİ YERİ

Kusursuz Sorumluluk kavramı ilk bakışta oldukça soyut ve dayanaktan yoksun gibi gözükür. Sadece sebep olma olayının bu gün dahi egemenliğini tam olarak yitirmemiş etik kusur kavramının yanında yeterli bir dayanak olmadığını gören (17), pek çok hukukçu, yasa içi ve yasa dışı kusursuz sorumluluk tiplerini sistematize etmek için büyük çaba harcamışlar ve harcamaktadırlar. Bu çaba kusursuz sorumluluk tiplerinin tümüne özgü kusur gibi tek bir ilke yaratmak yerine, esas itibariyle birbirlerinden küçük farklarla ayrılan, ortak noktaları da bulunan ve birbirlerini kesen çeşitli ilkeler yaratmak şeklinde gelişmiştir (18). Bu ilkeleri biraz aşağıda incelemek üzere kusursuz sorumluluğun bağlı kılınmak istendiği sisteme göz atarsak, kusursuz sorumluluğu meydana getiren alt türlerin çeşitli yazarlar tarafından farklı biçimlerde düzenlediklerini görürüz. Bunlardan özellikle Oftinger, kusursuz sorumluluk halleri içinde tehlike sorumluluğunun önem ve değerini açıkça ortaya koyar bir biçimde, kusursuz sorumluluğu esas itibariyle tehlike fikrine davandı- rıp, diğer kusursuz sorumluluk türlerini ise, özen yükümünün ana gerekçe olarak kullanıldığı olağan sebep sorumluluğu (gewöhnliche Kausalhaftung) kavramı altında toplamıştır (19). Böyle bir düzenleme yöntemi izerken; Oftinger, tehlike sorumluluğunun dışında kalan BK. 55, BK. 56, BK. 58 ve MK. 320 ve MK. 656'ı bu yazar olağan sebep sorumluluğu olarak görmekte ve bunları özen yükümü ilkesine bağlı kılmaktadır (20). Diğer bir yazar, Von Tuhr da tehlike sorumluluğunu avrı bölüm olarak incelemiştir. Bu yazar kusura dayanmayan sorumluluk halleri olarak, tehlike sorumluluğu ve özen yükümünün yerine getirilmemesinden doğan sorumluluk şeklinde bir ayırım yapmış olup, tehlike sorumluluğu kavramını bina sahibinin ve

17) Guhl Theo, Das Obligationenrecht. 5. Band. Zürich, 1956, s. 148

18) Oftinger s. 29 Esser/Grundlagen s. 65

19) Oftinger s. 16-19

20) Oftinger s. 21-22

taşıma sahibinin sorumluluğunu da kapayacak biçimde geniş bir çerçevede içinde kabul etmiştir (21).

Tehlike sorumluluğu fikrini kusursuz sorumluluğun bir diğer görünümü olan hakkaniyet sorumluluğundan bağımsız olarak ayrı bir bölümde inceliyen bir diğer yazarda Andreas Bertalan Schwarz olmuştur (22).

Bu ünlü hukuk düşünürlerinin ayırımlarından da anlaşılacağı gibi, özellikle tehlikeli girişim, işletme, tesis ve şeyin somut kusursuz sorumluluk durumlarının dayanağa kavuşturulmasında başrolü oynadıkları meydana çıkmaktadır. Gerçekten sırf özel tehlike ilkesine dayanan sorumluluğun yukarıda belirttiğimiz gibi bazı Kara Avrupa devletleri ve Genç Afrika devletleri Medeni Kanunlarında ayrı bir hüküm olarak yansımaları da bu iddiayı doğrular niteliktedir.

Kusursuz sorumluluk için ana dayanak ve ölçü tehlike ilkesi olmakla birlikte bunun yanı sıra B.K. 54. madde de yasal örneğini bulan hakkaniyet ilkesi de kusursuz sorumluluğun gelişiminde pay sahibi olmuştur (23). Hakkaniyet ilkesinin yanısıra kusursuz sorumluluğa dayanak yapılmak istenen bir diğer prensip de çıkar ilkesidir (Haftung aus Interesse). Buna göre, kendi çıkarı için başkasının hukuki alanına kusursuz müdahale eden kişi, çıkarı sonucu yarattığı zararı ve tehlikeli durumu gidermek zorundadır. Bu konuda yasal örnek olarak akla B.K. 52. madde gelir. Gerçekten yasa iztirar halinde bulunan kişiye kendi çıkarı için başkasının hukukî çevresine müdahale olanağı tanımış ve bu konuda müdahale eden açısından kusurun varlığını şart koşmamıştır.

Kusursuz sorumluluğa temel oluşturan bir diğer düşünce de Yarar ve Zararlarda Eşitlik (Nimet ve Külfette Eşitlik) ilkesine dayanır. Kökünü Roma Hukukundaki «Cujus Commoda Ejus Incommoda» esasında bulan bu ilkeye göre bir şeyin veya kişinin nimetlerinden yararlanan kişi kusuru bulunmasa dahi bu şey ve kişinin yarattığı zararlardan sorumlu tutulmalıdır. Bu ilke özellikle tehlike

21) Tuhr Andreas von, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Tübingen, 1924, s. 59 v.d.

22) Schwarz Andreas Bertalan, Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul, 1948, S. 101 vd.

23) İmre s. 84-93 Tandoğan s. 94

ilkesini destekler biçimde yorumlanıp, son yıllarda sosyal nitelikte bir kapsamda kazanmıştır. Gerçekten tehlikeli işletme ve faaliyete özgü olan tehlike yaratma olayının yanı sıra, tehlikeli faaliyetlerin doğurduğu zararlardan istifade eden kimselerin, yine bu araçlar nedeniyle oluşan zararları kusurları bulunmasalar dahi giderme zorunda buldukları tehlike sorumluluğu konusunda gerekçe olarak iler sürülmüştür (24). Bu ilkeye ilişkin yasal örnek olarak BK. 100. maddedeki adam çalıştırmanın sorumluluğu verilebilir. Gerçekten adam çalıştırmak yoluyla bir çıkar edinen kişi, bunun sonucu olarak bu kişilerin yarattıkları zararları bu konuda hiçbir kusurları olmasına karşın giderme yükümü, sözü edilen ilke açısından haklılık kazanmış olur.

Sözü edilen sebep olma olayının bu şekilde dört ayrı dayanak çerçevesinde incelenmesinin özellikle didaktik açıdan büyük önemi bulunduğu açıktır. Böylece biraz yukarıda belirttiğimiz gibi salt sebep olma olayının sorumluluk doğuran etken olarak görülmesi ve bunun sonucu anlamsız ve yetersiz nitelendirilme ihtimali de ortadan kalkmış olmaktadır. Bunun yanı sıra tehlike ilkesinin özel bir yeri olan bu ilkeler özellikle yasa koyucuyu tehlike sorumluluğu konusuna yaklaştırma, ona bu konuda gerekli gerekçeleri sağlama açısından da büyük önem taşımaktadırlar.

IV) TEHLİKE SORUMLULUĞUNUN ÖGELERİ

1) Genel Olarak

Bu bölümde, öğretilerde tehlike sorumluluğu kavramı altında beliren fikirleri kısaca açıkladıktan sonra bu konuda bir tanım vermeye çalışıp, tehlike sorumluluğunun öğelerini ayrı ayrı belirtmeğe çalışacağız.

Özellikle İsviçre öğretisi, tehlike sorumluluğu konusunda Oftinger'in tehlike kavramına verdiği anlamdan esilenmiş gözükmektedir. Gerçekten Oftinger, belirli tesis ve faaliyetlerin varlıkları ve icra edilmeleri sonucu çevre için tehlike oluşturmaları gözleminden hareketle tehlike kavramını açıklamaya uğraşmıştır (25). Yazara

24) Esser Josef, Schuldrecht, Karlsruhe, 1960, s. 933; İmre s. 64

25) Oftinger s. 16-17.

göre tehlike kavramı çerçevesinde iki görünüş şekli (Erscheinungsform) belirir. Bunlardan ilki, sözü edilen tehlikeli tesis ve faaliyetin bir zarar doğurmaya yönelmiş nisbeten açık ve kesin bir eğilimi taşıması gereğidir. Bunun yanı sıra sözü geçen tesis ve faaliyette oluşan bir anormallik, nitelik ve nitelik açısından ağır sonuçlar doğurma ihtimalini yansıtmalıdır.

Oftinger'in iki parçanın bir araya getirilmesiyle ortaya koyduğu tehlike kavramı, birbirleriyle ortak nitelikleri bulunan tehlikeli tesis ve faaliyetlerin mukayeseleri halinde, birinin diğerinden daha tehlikeli olduğu fikrine dayanır. Gerçekten kuvvetli akımı nakleden tellerin yarattığı tehlike zayıf akım nakledenlere göre daha büyüktür.

Yine yazarın, tanımının dayandığı mukayese fikrini desteklemek üzere verdiği bir diğer örnekte, Demiryolu ile yolculuğun atlı araba ile yolculuğa nisbetle daha tehlikeli olması ve doğan anormalliğin demiryolu yolculuğunda gerek nicelik gerek nitelik olarak daha ağır sonuçlar doğurmaya uygun bulunmasıdır.

Böyle bir mukayese fikrine dayanan tehlike sorumluluğu kavramı fikirlerini özetlediğimiz yazara göre, varlık nedenini, toplum için yararlı ve vazgeçilmez olmasında bulur (26). İşte tehlikeyi görmezlikten gelerek varlıkları toplum için gerekli olan bu faaliyet ve tesislerin, birey açısından doğurduğu tehlike ve zararları giderme yükümü toplum ve birey çıkarları arasındaki dengeyi kurma bakımından zorunludur. Başka bir deyişle devletin zaman zaman desteklediği bu faaliyetler, birey açısından tehlike esas çerçevesinde sert sorumluluk hükümlerine bağlı kılındığı için, bir dengeye kavuşturulmuş olmaktadır.

Oftinger'in tehlike kavramı ve tehlike sorumluluğunun denge fonksiyonuna ilişkin olmak üzere aktardığımız fikirlerine göz atarsak, bunların özünde, tehlike kavramının dar kapsamlı bir görünüm kazanmış olduğunu görürüz. Gerçekten ortak nitelikler taşıyan tesis ve faaliyetlerin birbirleriyle karşılaştırılması, yazarı özel tehlike kavramına yöneltmiş, tehlike sorumluluğu, yasada bulunan ve tehlike ilkesine dayanan bazı sorumluluk halleri hiç nazara alınmaksızın,

26) 1 inci düzeltmeye bakınız.

taşıt araçları, uçak, sınaî işletmelere (elektrik, gaz ve atom işletmeleri gibi) özgü bir nitelik kazanmıştır. Böylelikle işletme tehlikesi (Betriebsgefahr) ve bunun doğurduğu sonuçlar tehlike sorumluluğunun tek konusu haline getirilmiş bulunmaktadır.

Tehlike sorumluluğunun kapsamını, tehlikenin dışı karşı belirlediği (Manifestation der Gefahr) işletme tehlikesi ile sınırlı saymak, sorumluluk hukukunun çeşitli alanlarında çalışmış olan İsviçreli hukukçuları etkilemiş, pek çoğu böyle bir ayırımın mantıklı ve yerindelik ilkeleri açısından çok açık ve seçik olduğu gerekçesi ile bu dar kapsamlı tehlike sorumluluğu ilkesini benimsemişlerdir (27).

Özel tehlike fikrine dayanan bu inceleyiş tarzı tehlike sorumluluğunun kapsamını daralttığı gibi tehlike kavramı olarak Oftinger tarafından verilen tanım, yani tehlikeli tesis ve faaliyetin açık bir zarar yaratması ve doğurduğu sonuçların ağır olması ihtimali çerçevesinde ,yasada düzenlenmiş bulunan bazı hükümleri tehlike sorumluluğu kavramı altında inceleme olanağı ortadan kalkmaktadır.

Gerçekten Oftinger, yasadaki tehlike ilkesine dayanan kusursuz sorumluluk hallerini olağan sebep sorumluluğu altında diğer kusursuz sorumluluk halleriyle birlikte incelemektedir.

İsviçre öğretisinde Oftinger'in tehlike sorumluluğuna ilişkin fikrine bir diğer İsviçre'li hukukçu Von Waldkirch karşı çıkmıştır (28). Waldkirch'e göre Oftinger'in yaptığı tehlike sorumluluğu ve olağan sorumluluk ayırımı gereksizdir; işletme tehlikesi dışında kalan diğer kusursuz sorumluluk halleri dahi yazarın tehlike sorumluluğuna ilişkin olmak üzere yaptığı nitelendirmeye uygundur ve bu nedenle olağan kusursuz sorumluluk yerine, bunların daha yüksek zarar doğurma ihtimali göz önünde tutulursa, tehlike sorumluluğu kavramı adı altında toplanması mümkündür.

Görülüyor ki bu görüş çerçevesinde tehlike sorumluluğu, ilk fikrin aksine bu kez çok geniş bir kapsam kazanmakta, sebep sorumluluğu kavramı ile eş anlamda tutulup genel bir nitelik taşımaktadır.

27) Lüchinger Verena, Die Tierhalterhaftung nach schweizerischem, deutschem, französischem und österreichischem. Recht, Winterthur, 1962, s. 4.

28) Waldkirch Hans von, Kausalhaftung und Kausalität im Verkehr, Basel, 1943, s. 4, d.n. 1.

Tehlike sorumluluğu konusunda Alman Hukukunda Esser, bu kavramdan, özünde olağanüstü bir tehlike yatan tesisin, aracın veya diğer bir şeyin hiçbir kusur aranmaksızın yarattığı sözleşme dışı sorumluluk halinin anlaşılması kanısındadır (29). Görülüyor ki Esser tehlike sorumluluğunun gelişiminde vazgeçilmez öge olarak kabul edilen işletme tehlikesini kabul ederken bunun yanısıra, tehlike sorumluluğunun genişletilebilmesine uygun bir tanımlama yolu izlemiştir.

Bu açıklamaların sonucu edinilen izlenime göre özellikle İsviçre öğretisindeki kapsamı ile tehlike sorumluluğu kavramı çok dar bir nitelik taşımaktadır. Buna karşı Waldkirch'in önerdiği tehlike sorumluluğu kavramının ise kusursuz sorumluluk tiplerinin hepsini kapsar bir görünüm taşıdığı için çok geniş kapsamlı ve sistematikten uzak olduğu görüşümdedir. Gerçekten yukarıda belirttiğim gibi, tehlike ilkesinin kusursuz sorumluluk çeşitlerinin gelişiminde katkısı büyük olmakla birlikte, bu konuda tek ilke niteliği taşımaz; bu bakımdan yasal bazı kusursuz sorumluluk durumlarının dayandığı diğer ilkeleri de gözetmek gerekir.

Böyle olunca, özellikle B.K. da bulunan arık tehlike sorumluluğu niteliği taşıyan bazı hükümleri de kapsıyacak şekilde tanımlanmış, geniş kapsamlı bir tehlike sorumluluğu kavramına varma gereği kendini duyurur. Bu düşüncenin ışığı altında, özellikle tehlike sorumluluğuna ait hemen hiç bir yasal düzenleme bulunmayan yurdu-muzda, tehlike sorumluluğu konusunda şöyle bir tanım vermenin doğru olacağı kanısındayım.

Buna göre, tehlike sorumluluğu, toplum yaşantısının zorunlu koşulları sonucu kurulması, yapılması ekonomik ve sosyal açıdan gerekli bulunan işletme, girişim tesis ve şeylerin kullanılması veya işletilmesiyle beliren, tehlikeli mahiyetinden doğan zararlardan, bu tehlikeli nesnelere üzerinde egemen olan kimselerin kusurları bulunmasa ve tehlikenin önlenmesi amacıyla her türlü özeni göstermiş olsalar dahi, sorumlu tutulmaları olaydır. Görülüyorki bu haliyle tehlike sorumluluğu, sadece tehlikeli işletme durumuna özgü kılınmayacak bunun yanı sıra varlığı zorunlu olmakla birlikte çevredeki

29) Esser/Grundlagen s. 1 ve s. 77

kişiler için tehlike arzeden girişim, tesis ve şeylerin işletilmeleri veya kullanılmalari gereği doğan zararlarda tehlike sorumluluğu kavramına girip giderilebilmeleri için bunlar üzerinde egemen olanların kusuru aranmayacaktır.

2) Özel Olarak

a. — Tehlike Doğurucu Etkenler

Özellikle modern toplumda tehlike yaratıcı nitelik taşıyan etkenler yoğunlaşmış ve çoğalmıştır. Oftinger ve onu izleyenlerde örneğini gördüğümüz gibi, modern toplumda tehlikeli etken olarak genellikle, sadece işletilmeleriyle topluma ekonomik ve sınıai katkıda bulunan işletmeler akla gelmektedir. Bunun nedeni hiç kuşkusuz bu kurumların tehlike yaratma ihtimali bakımından, daha uygun bir nitelik taşımaları ve yarattıkları zararın daha çarpıcı bir şekilde belirmesidir. Ancak tehlike yaratan etkenleri, sadece bu açıdan incelemek, onun kapsamını daralttığı gibi, tehlike sorumluluğu açısından sözü geçen işletmeler ortaya çıkmadan önceki devirlerde gözükken bazı tipleri de görmezlikten gelmeye yol açacaktır. Gerçekten ileride inceleneceği gibi B.K. 58 de düzenlenmiş bulunan yapıt sahibinin sorumluluğu B.K. 478 inci maddede düzenlenmiş bulunan Otel sahibinin sorumluluğunu tehlike sorumluluğu kavramı altında incelemek yukarıki görüş açısı altında zorlaşacaktır. Bu bakımdan sadece işletme etkeninin tehlike yaratma yoğunluğu veya olağanüstü niteliği gözönünde tutulmayarak oluşan tehlikenin onu yaratan etkene yani tesise, girişime, faaliyete özgü bir nitelik taşıması tehlike sorumluluğunun kurulması için yeterli sayılmak gerekir (30).

Özellikle tehlike yaratan işletmelerin genellikle sınıai nitelik taşıdığı, örneğin Atom Reaktörleri; Fabrikalar Elektrik işletmeleri ve taşıt araçları gibi ve devlet tarafından desteklendiği düşünülecek olursa bu tehlike kaynaklarının varlığındaki gerekliliğin doğal ve olağan nitelik taşıdığı ortaya çıkar. Ancak tehlike yaratan bazı diğer etkenler veya kaynaklar vardır ki, bunlara ilişkin olan gereklilik devletin yaratıcı ve destekleyici müdahalesi olmaksızın doğrudan sosyal gereksinmelerin sonucu olarak doğmuştur.

30) Esser s. 934

Buna örnek olarak, barınmak için yapılan inşa faaliyetleri veya içinde oturulan ve kullanılma sırasında çevredekiler için tehlikeli sayılabilecek bazı sonuçların doğumuna yol açan bina ve imal olunan diğer şeyler verilebilir. Bu son açıdan gereklilik yüzyıllar boyu süren bir sosyal zorunluluğa, barınma ihtiyacına dayanmaktadır. Bu bakımdan buna bağlanan saike (itgeye) sınaî işletmelere özgü ekonomik gereklilik yerine sosyal gereksinme denmesinde bir sakınca olmamak gerekir.

Tehlike sorumluluğunu diğer kusursuz sorumluluk hallerinden ayıran en önemli etken, bunun arık bir nitelik taşımasıdır. Bir başka deyişle tehlike yaratıcı etkenin varlığının bilinmesi bu sorumluluğun doğması ve uygulanması için yeterli olup, bu konuda bu etkenler üzerinde egemen olan kişinin tehlikenin meydana gelmesi için yaptığı özen ve çaba nazara alınmaz. Bu nedendir ki özellikle özene dayandırılan kurtulma nedenlerine veya tanıtlarına (Exzeptionsbeweis oder-grund) dayanan objektif sorumluluk hallerinin dayanağı tehlike ilkesi olamaz (31).

b.— Zarar

Kusursuz sorumluluğun bir alt çeşidi olarak beliren tehlike, sorumluluğu kusuru gerektirmemesi bakımından haksız fiil sorumluluğundan ayrılırken, zarar kavramı her iki sorumluluğun ortak yönünü oluşturur. Bu bakımdan zarar kavramına ilişkin bilgi ve alt ayımlar kural olarak kusursuz sorumluluk daha somut olarak tehlike sorumluluğu içinde geçerliliğini korur.

Kısaca zarar kavramı üzerinde durmak gerekirse dar anlamda zarar bir kimsenin mal varlığında iradesine karşıt olarak oluşan bir eksilmedir (32). Geniş anlamda zarar da ise eksilen mal varlığına sadece para, diğer şeyler, nisbî ve mutlak haklar dahil olmayıp, bunların yanı sıra vücut, yaşantı, kişilik, namus, kredi gibi kavramlar da dahildir (33). Böyle olunca geniş anlamda zarar, hukuken korunan maddî ve manevî varlıkların bunlara yapılan zarar verici eyle-

31) Stark Emil w. Probleme der Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, ZSR 86, II. Halbband, 1967, s. 164, aynı kanıdadır.

32) Tandoğan Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara, 1961, 43

33) Oftinger s. 41

min vukuundan önceki ve sonraki durumları arasındaki farklar denebilir (34).

Zararın ayırımlarına da göz atarsak bunların üç grup halinde düzenlendiğini görürüz. Gerçekten zarar ilk olarak mal varlığının zarar verici olaydan önceki durumundan sonraki durumu diye tanımlanabilecek fiilî zararlar, yine zarar verici eylem olmasaydı mal varlığının alacağı biçim varsayımına dayanan yoksun kılınmış kâr veya kazanç şeklinde bir ayırıma bağlı kılınmıştır.

Bunun yanı sıra bir diğer ayırım da doğrudan doğruya ve dolayısıyla zarar biçiminde olup, dolayısıyla zarar oluşan ilk zarar verici eylemin sonucu olmayıp, bu olay nedeniyle oluşan diğer bir eylem sonucu meydana gelir. Nihayet sonuncu ayırım tarzı ise kişiye, şeye ve diğer şeylere ilişkin zarar biçiminde olup, kişiye ilişkin zarar yaralanma ve ölüm hallerinde belirirken, şeye ilişkin zarar ise bozma, tahrip, kayıp gibi olaylarla meydana gelir; diğer şeyler kavramına ise ticarî itibar gibi hususlar girer (35).

Maddî zarar bakımından açıklanan yukarıki hususlar ve maddî zararın giderilmesine ait ilkelerin, kusur olmaksızın tehlikeli işletme, faaliyet, girişim, tesis ve şeyin işletilmesi veya kullanılması sonucu bir zarar doğmuşsa, uygulama alanı bulacakları doğaldır. Ancak manevî zararın giderilmesi açısından incelediğimizde, maddî zararlarla birlikte veya ondan ayrı olarak meydana gelen manevî zararın (immaterielle Unbill) daha doğru bir deyimle manevî haksızlığın giderim aracılığı ile dindirilebilmesi için kusurun varlığı manevî giderimin koşulu olarak ileri sürülmüştür (36). Böyle olunca tipik bir kusursuz sorumluluk hali olan tehlike sorumluluğunda manevî tazminattan söz etme olanağı kalmıyacaktır. Yasal dayanağını özel ağırlığa sahip kusuru arıyan B.K. 49 maddede bulan bu görüşün karşısında olmak üzere bazı yazarlar, Federal Mahkeme ve Yargıtay İçtihatları kusur olmaksızın dahi manevî giderime hükmedilebileceğini belirtmişlerdir. (BGE 60 TT 49 ve BGE 33 II 587). Zira burada açıktır ki hayattan zevk alma veya faaliyetlerin kısıtlanması şeklinde sonuçlarını doğuran yaralama veya ölümden örneğin haysiyete karşı işlenen eylemden farklı olarak suçu gerektirmeyen bir

34) İmre s. 9 Tandoğan s. 43

35) Oftinger s. 42-46

36) İmre s. 17 Oftinger s. 262

nitelik vardır. Öğretide bu görüşü Oser Schönerberger maddî zararın giderilmesine ilişkin hükümlerin örneksime yoluyla BK. 47 nci maddede içinde uygulanması gerektiğini belirterek paylaşmaktadır (37). Becker de B.K. 47 nin gerek yasa içi ve gerek özel yasalarla düzenlenmiş bulunan sorumluluk hallerinde dahi uygulanabileceği görüşünde olup özellikle otomobil kazalarında yaralananın hafif kusuru halinde dahi manevî giderim verilebileceğine ilişkin Federal Mahkeme kararını (BGE 55 II 317 ve devamı) görüşüne dayanak yapmaktadır (38). Türk öğretisinde Tandoğan, manevî giderimin amacının ceza vermek olmayıp, zarar görenin ızdıraplarını biraz olsun dindirmek olduğundan, sebep sorumluluğu hallerinde dahi kusuru zikretmeyen B.K. 47 nci maddenin uygulanması gerektiği kanısındadır (39).

Durumu özellikle İsviçre'de tehlikeli işletme kavramına dayanan demiryolları, motorlu taşıt araçları, elektrik işletmelerine ilişkin olarak çıkarılan yasalar açısından incelersek bunların manevî giderim için kusuru zorunlu koşul olarak kabul ettiklerini görürüz. Gerçekten Demiryolu Sorumluluğuna ilişkin yasanın (EHG) 8 inci maddesine göre «Demiryolu işletmesine veya 1. paragrafın 2. fıkrasında anılan kişilere kusur isnat edilebildiği takdirde, yargıç kast, ağır ihmâl gibi özel halleri de gözeterek, tanıtlanmış zararın giderilmesini nazara almaksızın; yaralıyan veya bu kimse ölmüşse yakınlarına uygun bir para tutarının verilmesine hükmedebilir» Bu kapsam aynı şekilde Motorlu Taşıtlar Yasasının 42 nci paragrafında da vardır. Elektrik işletmelerinin sorumluluğuna ilişkin Federal Yasa ise (ELG) 36/1 paragrafında zararların ölçülmesinde B.K. hükümleri esastır demek suretiyle kusur esasına yaklaşır bir görünümündedir. Özellikle ilk iki yasada kast, ağır ihmalden söz ediliyorsa da özellikle yargıcın gözeteceği somut duruma ilişkin diğer koşullar uygunsa, hafif bir ihmâl dahi gönül almanın verilmesi için yeterlidir (40). Kusuru saptarken yargıç, bir idarî makamın kararıyla bağlı olmaksızın hükmeder ve yaralının veya ölünün kusuru çok ağır nitelikte olmadıkça manevî giderim talebini ortadan kaldırmayıp tutarının indirilmesini sağlayabilir (41).

37) Öser/Schönerberger, Das Obligationenrecht, Zurich, 1929, s. 334.

38) Becker H. Obligationenrecht, 1941, s. 257

39) Tandoğan s. 339

40) Schärer Max, Haftpflicht und Schadenersatzrecht, Bern, 1940, s. 189; Oftinger, s. 262 ve BGE 54 II 457.

41) Schärer s. 190-191

Görülüyor ki tehlike sorumluluğuna ilişkin özel yasalar kusuru manevi giderimin bir koşulu olarak kabul etmektedirler. Bana kalırsa, tehlikeli işletme, faaliyet, girişim, tesis ve şeyin ekonomik ve sosyal zorunluluk olarak kullanılıp işletildiği çağımızda, zarara uğrayan kişiye özgü somut durumlar manevi giderimi gerekli kılmakta ise, bu giderim tarzının amacını da gözönünde tutarak bu amacı gerçekleştirmek üzere yargıcın uygun bir giderim şekli saptamasında bir sakınca yoktur. Kaldı ki tehlike sorumluluğunun kapsamına giren girişim, şey, faaliyet ve işletme kazalarının genellikle ölüm ve yaralanma biçiminde belirlediği gözönünde tutulursa kusurdan söz etmiyen B.K. 47. madde çerçevesinde yasal bir dayanağa da kavuşturulabileceğini sanırım.

c.— Hukuka aykırılık

Haksız eylemlerin zorunlu ögesi olan hukuka aykırılığın kusura dayanmayan tehlike sorumluluğu halinde kabul edilip edilmeyeceği tartışılabilir. Kusur kavramı ile hukuka aykırılığı birbirine karıştıran veya Fransız Hukukunda olduğu gibi hukuka aykırılığı kusurun objektif ögesi olarak gören bir öğretiyi kusursuz sorumlulukta hukuka aykırılık ilkesini görmezlikten gelir. Halbuki öznel bir kavram olan kusurdan ayrı olarak objektif bir nitelik taşıyan hukuka aykırılık ögesi bu haliyle sadece kusurlu sorumluluk hallerinde değil, onun dışında kusursuz sorumluluk hallerinde de uygulanabilir (42). Böyle bir görüş hukuka aykırılık ögesinin objektif bir nitelik taşıdığına kabulü ile daha aydınlığa kavuşur. Hukuka aykırılığın objektifliğinden maksat, zararın hukuka karşıt olan veya olmayan bir eylemle oluşturulması olayı gözetilmeksizin, yapılan eylemin zarara uğrayan kimselerin çıkarlarını zedelemiş olmasıdır (43). Böyle bir düşünce tarzı özellikle tehlike sorumluluğu açısından yerindedir. Zira tehlike yaratan etkenleri göz önünde tutarsak, bunların yarattığı kazaların çoğunlukla subjektif anlamda hukuka karşıt olmadığı, işletmeye ilişkin normlara uyulduğu görülür ve bunun sonucu olarak ölü ve yaralılarla dolu bir ka-

42) İmre, s. 14; Aksi kanıda: Homberger A, Haftpflicht ohne Verschulden, ZSR 49, 1930, s. 30 a vd.

43) Becker s. 212-213

zada hukuka aykırılıktan söz etme olanağı kalmaz (44). Böylelikle objektif hukuka aykırılık olgusu dayanağını bir yandan oluşan eylem sonucu kişilerin çıkarlarının zedelenmesi olayında bulurken, anlamı kimseye zarar vermeyeceksin olan «neminem laedere» ilkesi de bu olguyu destekler.

Bu konudaki açıklamalara son vermezden önce Nipperdey'in Sosyal Uygunluk İlkesine değinmek gerekir. Sosyal Uygunluk (sozialadaquanz) ilkesine göre özünde tehlikeli nitelik taşıyan girişimlerin yarattığı tehlike, birlikte yaşamadan doğan sosyal düzenin bir gereği olduğu için sosyal açıdan uygundur yani izinli bir faaliyetin izinli tehlikeleridir ve oluşan zararın tazmini için hukuka aykırılık ilkesine dayanılmaz; bu konuda tehlike sorumluluğu, hukuka uygun olmasına karşın oluşan zararın karşısında bir denge görevi yüklenmiş bulunmaktadır (45).

d.— Kusursuzluk

Haksız eylem hukukunun aksine sebep sorumluluğunun en önemli ve belirgin özelliği, fail bakımından kusura gerek duyulmamasıdır. Bu ilke bütün kusursuz sorumluluk türleri için geçerli olduğu gibi, özellikle tehlike sorumluluğu için büyük önem taşır. Gerçekten, tehlike sorumluluğunun varlık nedenlerinden söz ederken belirttiğimiz gibi, bu sorumluluğun konusu için de önemli bir bölümü kaplıyan ve tamamen mekanik, kimyasal, hattâ nükleer güç ve araçlar aracılığıyla işletilen sanayii teşebbüslerinde, otomatizasyon ve teknik karmaşıklık nedeniyle kişinin eylemde payı olan kusurunu saptamak her zaman kolay olmamaktadır. Bu hukuksal nedenin yanısıra kusursuzluk ilkesinin doğumunu gerekçeliyen ekonomik, sosyal ve felsefi nedenleri makalenin başlarında ayrıntılarıyla açıkladığım için, tekrarda yarar görmüyorum.

Tehlike Sorumluluğu kusura gerek duymazsa da tehlike ilkesine dayanan faaliyet, girişim, işletme, tesis ve şeylerin kullanılması ve işletilmesinde işleten veya kullananın kusurlu bir davranışı söz

44) Oftinger s. 117 bu kanıdadır.

45) Nipperdey H.C., Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Farhlässigkeit, Schuld im Zivilrecht, NJW, 1957, s. 1778.

konusu olabılır. Kusurlu kullanışın varlığı, zarar ögesinde belirttiğimiz gibi, İsviçre'deki özel yasalar ve bazı yazarlar bakımından manevî giderime hükmedilebilmesi için gerekli sayılmaktadır. Yine her ikisi de tehlike ilkesine dayanan işletme, girişim, faaliyet olmasına rağmen oluşan eylem sonucu birinde veya her ikisinde de kusur bulunduğu taktirde, tehlike sorumluluklarının çatışması (Kollision von Gefährdungshaftungen) söz konusu olur ve yalnız taraflardan birinin kusurlu olduğu bir çatışmada, bu tarafın işletme veya kullanma tehlikesinin sonucu olarak gidermek zorunda olduğu zarara kusur nedeniyle bir miktar daha eklenir (46). Tarafların her ikisi de kusurlu ise, tehlike ilkesine dayanan kaynakları kullanan veya işleten tarafların her ikisi için de çkzüm şekli budur.

e.— Sebep Sonuç İlişkisi

aa) Genel olarak

Meydana gelen zararın giderilebilmesi için bu zarara yol açan etken (sebep) ile oluşan zarar arasında sebep sonuç ilişkisi bulunmak yani zararın bu etkenin sonucu olarak ortaya çıkması gerekir (47). Olaylar arasında bir sebep sonuç bağı kurma yaşamak ve karşılıklı ilişkilerde bulunmak zorunda olan insan mantığının ortaya çıkardığı bir sonuçtur ve diğer bilim dallarında da uygulanan bir yöntemdir. Yukardaki tanımı esas alırsak tehlike sorumluluğu açısından denebilir ki ekonomik ve sosyâl açıdan gerekli olan işletme, girişim, faaliyet, tesis ve şey gibi etkenlerle bunların kullanılması veya işletilmesi sonucu doğan zarar arasında bir sebep sonuç ilişkisi, sorumluluğun kurulabilmesi için, bulunmak gerekir.

Ayrıca sebebin alışılmış (mutad) olması da gerekmez. Böyle olunca tren gürültüleri nedeniyle kişide önceden mevcut bulunan ruhsal bozuklukların su yüzüne çıkması sonucu uğranılan zararı da demir yolu işletmesi bu geniş sebep sonuç kavramı çerçevesi içinde gidermek zorundadır (52).

Tehlike sorumluluğundaki sebep kavramı üzerine biraz daha eğilirsek tehlikeli girişimin faaliyetin, işletmenin veya tesis ve şeyin

46) Oftinger s. 284 vd.

47) Oftinger, s. 56; Esser s. 232; Meier Ernst Theophil, Schadensaustragung bei Kollson von Gefährdungshaftungen, Aarau, 1945, s. 132.

52) Esser s. 950 Schärer s. 179

işletilmesi ya da kullanılması sırasında başlıca iki etkenin; insan eyleminden arınmış nitelik taşıyan rastlantının veya doğrudan doğruya insan eyleminin, rol oynadığı görülür. Özellikle kullanmada kişi eylemlerinin çoğunlukla büyük payı olabileceği düşünülürse de elektrik tellerinin rüzgâr nedeniyle birbirine değmesi ve bunun sonucu oluşan kısa devrenin yarattığı zararda etken insan eylemiyle ilişkisi bulunmayan bir rastlantıdır (53).

bb — Sebep Sonuç İlişkisini Kesen Durumlar

Sebep ile sonuç arasındaki uygunluk, bazan illî seriye yeni katılan ve uygun nitelikteki önceki nedeni bir kenara iten diğer bir etken aracılığı ile ortadan kaldırılabilir. Bu durumda, uygun olan sebep sonuç bağına yeni neden dolayısıyla kesildiğinden söz edilir. İllî seriye katılan bu yeni nedenin etkisiyle sebep sonuç ilişkisinin kesilebilmesi için, bu nedenin belirli bir yoğunluğa (Intensität) ulaşmış olması gerekir (54). Ancak bu yoğunluğun varlığı ile «post factum» neden gerileyip sonucu oluşturması için gerekli uygun niteliği ortadan kalkabilir. Sözü edilen yoğunluğun derecesi hakkında genel bir ölçü vermek olanağı olmayıp bu konuda yargıcın her somut durumun özelliklerini gözeterak vereceği değer hükmü yoğunluğu belirleyici bir nitelik taşır (55). Bununla birlikte özellikle tehlike ilkesine dayanan girişim işletme faaliyet tesis ve şeyler konusunda hukuk politikası ve yerindelik ilkeleri açısından toplumu korumak amacıyla uygun sebep sonuç bağına kesen yeni nedenin çok yüksek bir yoğunluk göstermesi gerektiği kabul edilmelidir.

Sebep sonuç bağına tehlike sorumluluğu açısından kaldıran etkenler esas itibariyle üç tanedir. Bunlar da zarara uğrayanın kusuru, üçüncü kişinin kusuru ve mücbir sebep olarak somutlaştırılabilir.

Önce mücbir sebep kavramı üzerinde kısaca durulmak istenirse; mücbir sebep, tehlikeli, işletme girişim, tesis ve şey'den sorumlu olan kimseyle bağlantılı olmayan, önceden görülmeyen, olağan üstü nitelikte, karşı konulmaz bir güçle dışardan gelen bir olaydır (56).

53) Oftinger s. 68

54) Stark s. 23

55) Oftinger s. 94

56) Esser s. 951 Oftinger s. 101

Böylelikle dışardan tabii veya elementar bir güç ile ya da üçüncü kişiler tarafından doğurulan bu olay mümkün olan her türlü özen gösterilmiş olan dahi önlenemeyecek nitelikte olmalıdır. Bir başka deyişle mücbir sebep önceden tahmin edilebilir bir nitelik taşımayacaktır.

Genel olarak değinildiği gibi mücbir sebep kavramı tehlike taşıyan etkenlerin çeşitlerine ve beliren her somut olaya göre değişken bir nitelik taşır ve özellikle tehlike sorumluluğu hallerinde topiumu bu tehlikelere karşı koruma dolayısıyla tehlikeli etkenler üzerinde egemen olan kişileri daha rahatlıkla sorumlu kılmak için bu kavramı dar yorumlamak gerekir. Sebep sonuç ilişkisini kesen etken olarak mücbir sebep Almanya ve İsviçre'de yayımlanan özel yasalarda da düzenlenmiştir. İsviçre Motorlu Taşıt Araçları Yasasının 37. paragrafında; Elektrik işletmelerinin Sorumluluğuna İlişkin Yasasının 1. paragrafında ve İsviçre Askerî Teşkilât Kanununun 27. paragrafında mücbir sebep, sorumluluktan kurtarıcı etken olarak düzenlenmiştir. Teorik nitelik taşıyan bu açıklamaların uygulamadaki durumuna birkaç örnek aracılığı ile göz atmak faydalıdır. Buna göre alışılmış nitelik taşımamakla birlikte eldeki teknik olanak ve güçlerle giderilmesi mümkün olan dış etkenler örneğin mutadın dışında sayılan sağnak yağmurlar nedeniyle oluşan taşımalar sonucu doğan su baskınlarında (BGE 46 II 236 ve devamı) veya kar temizleme çalışmaları sırasında yuvarlanan çığın varlığı, mücbir sebep sayılmamıştır. (BGE 16 412 ve devamı). Gerçekten bu son anılan Federal Mahkeme kararında belirtildiği gibi mücbir sebep olarak davalı tarafından sunulmak istenen çığ olayı, tehlikeli işletmenin veya girişimin bu niteliğinin bir sonucu olarak beliren bir olgudur. Bu bakımdan girişim veya işletme üzerinde egemen olan kişilerin çığ sonucu oluşan bu tür tehlikeleri kabullenip, bundan doğan zararı gidermeleri gerekir. Yine yoğun sis nedeniyle tramvay raylarının nemlenip kaygan bir nitelik kazanması ve bunun sonucu kazanın doğması halinde de bu olay mücbir sebep olarak değerlendirilmemiştir (57).

Oluşan zarardan sorumlu olan kişiyi bu sorumluluktan kurtaran dolayısıyla sebep ile sonuç arasındaki uygun ilişkiyi kesen bir

57) Schärer s. 180

diğer etken de özel yasalarda da ifadesini bulan zarar görenin kusurudur. Bazı yasalar tehlikenin «akut» niteliğinden dolayı zarar görenin ağır (grob) kusurunun varlığını aramışlardır. Örneğin Elektrik İşletmelerine İlişkin Özel Yasa 27/1 inci paragramında, Motorlu Taşıt Araçları Kanunu 37/2 nci paragrafında bu yolu izlemişlerdir. Buna karşılık Demiryollarının Sorumluluğuna İlişkin Yasa ise ağır kusur aramamış böylelikle hafif kusur halinde dahi demiryolu işletmesinin sorumluluktan kurtulmasını sağlayacak bir nitelik kazanmıştır. Bununla birlikte Federal Mahkemeye göre, demiryollarına ilişkin bu son durumda zarar görenin kusuru, oluşan kazanın tek sebebi (alleinige Ursache) olmalıdır. Bu tek sebep, ancak mutazarrırın davranışının olayların alışılmış seyrine ve yaşantı deneylerine göre, işletme sırasında hesaplanamayacak, beklenemeyecek bir türde olması halinde kabul edilebilir (BGE 53 II 86). Zarar görenin kusuruna örnek olarak uygulamada, hareket halinde bulunan tramvay, tren veya diğer taşıt araçlarından atlama, yine aynı durumda olan araçlara binme teşebbüsleri, trenin düdükle uyarmalarına karşın kişinin demiryolu geçitinden karşıya geçme teşebbüsü, yaklaşan arabanın farlarının gözükmesine rağmen karşıdan karşıya geçme eylemi verilmektedir. Hatta demiryollarında o zaman aralığı içinde tarifeye göre tren geçmeyeceği gösterilmiş olsa dahi, sebep sonuç ilişkisini kesen etkenin varlığını kabul etmek gerekir (58).

Üçüncü kişinin kusuru da sözünü ettiğimiz yasalarda, tanıtıldığı takdirde, sorumlu olan kişiyi bu sorumluluğundan kurtarıcı ve sebep sonuç bağı kesici etken olarak tanınmıştır. Bu konuya ilişkin olmak üzere, üçüncü kişinin kusurunun tehlikenin yaratılmasına yönelmiş yani zarar doğurucu illî serinin harekete geçirilmesi sırasında belirmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Oftingerin de dediği gibi böyle mutlak bir düşüncenin yeri olmasa gerekir. Böyle olunca, sebep sonuç bağı yalnız tehlikenin belirlediği yerde değil, illî serinin her yerinde meydana gelebilir (59). Üçüncü kişinin kusuruna ilişkin olmak üzere, tren kompartımanlarından birine başkası tarafından konulan bir bombanın, yolculardan biri tarafından uzaklaştırılması çabası sonucu patlayan bombanın doğurduğu kazadan demiryolu işletmesi tehlike sorumluluğuna göre sorumlu tutulmamıştır.

58) Schärer s. 183

59) Schärer s. 181

Şimdiye değin yaptığım açıklamalarla tehlike sorumluluğunun tanımını ve öğelerini belirtmeye çalıştım. Bu açıklamalardan sonra konuyu Türk Hukukuna aktararak Hukukumuzda öngörölmüş tehlike sorumluluğu ilkesine dayanan düzenlemeleri ele almak yararlı olacaktır.

V) YAZILI HUKUKUMUZDA ÖNGÖRÖLMÜŞ TEHLİKE SORUMLULUKLARI

1) Genel olarak

Yukardan beri açıkladığım gibi çeşitli yöntemler aracılığıyla ilk kez 1838 tarihli Prusya Devleti Demiryolları İşletmesinin Sorumluluğuna ilişkin yasa ile Roma Hukukundan bu çağa değin süren kusur ilkesinden uygarlığın gelişimi sonucu, uzaklaşmış ve bu durum özel hukukun sosyal ve devrimci yanını en iyi belirleyen bir olgu olarak günümüze değin gelmiştir. Bu süreci izlerken, bunun özellikle Ekonomik bakımdan gelişmiş ölkelerde kendini gösterdiğini diğerlerinde ise bu konuya ilişkin olmak üzere son yıllardaki birkaç yeni medeni kanun bir yana bırakılırsa, esas itibariyle yasal bir çaba gösterilmediği derhal gözlenebilmektedir. Bu gözlem bu haliyle tehlike sorumluluğu konusunda bu kurumu yasal dayanak sayarak ciddi bir yasama faaliyetine girişmemiş olan yurdumuz içinde geçerlidir. Ancak hemen belirtmek gerekirken yurdumuzun ekonomik gelişim açısından yüksek bir düzeye ulaşmadığı olgusu kolaylıkla kabul edilirse de böyle bir düşünce, yurdumuzda ve bunun yanı sıra az gelişmiş diğer ölkelerde tehlike yaratıcı bazı girişim işletme, tesis ve şeylerin örneğin demiryolları, barajlar, elektrik işletmeleri, tehlikeli sanat ve tehlikeli eşyaların yapılması kullanılması ve işletilmesi karşısında tehlike sorumluluğunun görmezlikten gelinmesini sağlamaz. Hele her yıl çok sayıda yurttaşın ölümüne sebep olan taşıt araçlarının varlığı düşünülürse tehlike sorumluluğuna dayanan yasal çalışmaların Türkiyemiz için ne denli kaçınılmaz bir gereksinme olduğu tartışmasız ortaya çıkar. Bütün bu gereksinmeye karşılık yasa koyucu inceleyebildiğim kadarıyla bu konuda çok kayıtsız kalmış ve bu nedenle Türk Mahkemeleri ve Türk Yargıtayı çaresizlik içinde B.K.nun 58 inci veya 55 inci maddelerine yönelerek İsviçre ve Almanya'da özel yasalarla düzenlenmiş tehlike kaynağına dayanan tesis ve işletmelere ilişkin kazalardan doğan zararların giderilmesi

için sözü geçen hükümleri geniş yorumlayıp, taşıt aracına, elektrik tesisine uygulayarak bir sonuca varmaya çalışmıştır.

Türk Yasa Koyucusunun bu konuda bu denli kayıtsız kalmasının nedenleri olarak, Medenî Hukuka girmiş olan sosyal düşünceyi görmezlikten gelmesi veya tehlike ilkesi konusunda yeterince bilince varmamış olması söylenebilir. Bu konuda aşağıda inceleyeceğimiz gibi çeşitli ülkelerinin izledikleri yöntemler farklı olmakla birlikte, Türk Kanun Koyucusunun da bunlardan birini seçerek nükleer silâhlanma yarışı ile artık uluslar arası nitelik kazanmış olan tehlike ilkesinin bilincine varıp, bunu yurt içinde uygulaması zamanının çoktan gelmiş olduğu kanısındayım.

2) Borçlar Kanununda Düzenlenmiş Tehlike Sorumluluğu Durumları

Borçlar Kanununda öngörülmüş kusursuz sorumluluk hallerinden ancak Borçlar Kanununun 58 ve 478. maddelerinde düzenlenmiş bulunan Yapı Sahibi ve Otelcinin sorumlulukları tehlike sorumluluğu niteliğinde kabul edilebilir. Bunun aksine genişletici bir çaba kendini özellikle B.K. 54 ve B.K. 56 bakımından göstermektedir. Özellikle B.K. 56 da düzenlenen hayvan tutucusunun sorumluluğu tehlike ilkesine dayanır gibi görünmekte ise de maddenin düzenleniş tekniği bakımından bu hükmün özen yükümüne dayanan bir kusursuz sorumluluk tipini yansıttığı Oser/Schönenberger ve Becker'in (60) aksi kanıda olmalarına rağmen derhal belirir (61). Zira tehlike sorumluluğuna dayanan olaylarda sebep sonuç ilişkisini kesen etkenler dışında gerekli özenin gösterilmiş olması olgusu sorumlu kişiyi bu sorumluluğundan kurtarmaz.

(a.) Yapıt Mâlikinin Sorumluluğu (B.K. 58)

Sözü geçen madde düzenleniş tekniği bakımından tipik bir tehlike sorumluluğu niteliğini yansıtır. Gerçekten, sözü geçen madde gerekli özenin harcanmış olduğu olgusuna dayanan bir hafifletici kurtuluş beyyinesine dayanmadığı gibi binanın ve özellikle özünde çeşit-

60) Oser/Schönenberger s. 399; Becker s. 303

61) Oftinger s. 21; Lüchinger s. 3

lilik taşıyan asansör, sabit makine, şantiyeler, motorlar, inşaat malzemesi gibi araç ve gereçlerin yapıt kavramı içine girdiği ve yine kişilerin her gün üzerinden gelip geçtikleri veya girip dinlendikleri eğlendikleri, çalıştıkları köprü, sinema salonları, stadyumların bina kavramı olarak yorumlandıkları gözönünde tutulursa, bina ve yapıtların (Buna tesis ve şeylerinde denilebilir) doğurduğu zararlardan dolayı sorumluluğun tehlike ilkesine dayanması gerekir ve gerçekten verdiğimiz gerekçelere yakın diğer bazı gerekçelerle öğretideki baskın fikirde budur (62).

Ayrıca Türk Hukukunda yabancı hukukların aksine özel yasalardaki hükümler yerine tehlikeli girişim ve şeyler için bu hükmün uygulandığı hatırlanırsa, bu görüşün hukukumuz açısından özel bir önem taşıdığı belirir.

Bu görüşe karşılık Oftinger, yukarda belirttiğim dar nitelikli tanımına uygun olarak bina ve diğer yapıtların özlerinde tehlike yaratılma olgusunun tipik olmadığı ve bu nedenle özen yükümüne dayanan olağan kusursuz sorumluluk kavramı içinde incelenmesini savunmaktadır (63).

b.) Otel ve Han İşletenin Sorumluluğu (B.K. 478).

Kökünü Roma Hukukunda bulan ve otel, han işletilmesinin tehlikeli bir faaliyet olduğuna dayanan otelci ve hancıların sorumluluğu tipik bir tehlike sorumluluğu niteliğini taşır. Gerçekten BK. 478 de BK. 58 gibi, objektif özen yükümünün yerine getirildiğine ilişkin bir kurtuluş beyyinesi öngörmediği ve ancak sebep sonuç ilişkisini kesen etkenleri kabul ettiği gibi, otel işletmesinin verdiğimiz tanıma uygun tehlikeli faaliyet sayılacağı da doğaldır (64). Ancak BK. 478 deki tehlike ilkesi sonucu doğan sorumluluk belirli bir tutarla yüz lira ile sınırlı olup bunun üstünde olan değerdeki eksikliğin giderilmesi için kusurun da tanıtlanması gerekmektedir.

3) Diğer Yasalar İle Düzenlenmiş Tehlike sorumluluğu Durumları ve Eleştirileri :

a) İş Kazalarından Doğan Sorumluluk

Özellikle tehlikeli işletme, faaliyet, girişim sonucu oluşan ka-

62) İmre s. 168; Tandoğan 183; von Tuhr s. 360

63) Oftinger s. 21

64) Rinck Gerd, Gefährdungshaftung, Göttingen, 1959, 12.

zaları kapsıyan bir yasanın iş kazalarına ilişkin olmak üzere tehlike sorumluluğunu kabul etmesi gerekirdi. Durumu bu açıdan inceleyince, son yıllara değin yürürlüğünü korumuş olan 4772 sayılı İş Kazalarıyla Meslek Kazaları ve Analık Sigortaları Kanunununda bu sorumluluğu yansıtır bir hükme rastlanamaz (65). Gerçekten fabrika ve madenlerde çalışan işçilerin mecburî sigortanın ötesinde kalan ve haklı olabilecekleri zararları genel hükümlere göre istiyebilecekleri gözönünde tutulursa, yasanın bu açıdan eksikliği daha açık olarak belirir. Yasanın aksıyan bir diğer yanı da kapsamının İş Kanunu ile İşçi sıfatını edinmiş bulunan kimselerle sınırlı kılınmış olmasıdır (66).

Halbuki özellikle yurdumuzda tür ve düzenlenişleri gereği İş Kanununun hükümlerinin uygulanması için gerekli niteliğe sahip bulunmayan, fakat tehlikeli nitelik taşıyan girişim ve faaliyetlerin bulunduğunu da gözden uzak tutmamak gerekir. Böylelikle yasanın kendi amacı çerçevesinde dahi yeterli düzenlemeyi getirmediği sonucuna varılabilir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki halen 506 sayılı yasaya göre İş Kazasına uğrayan veya meslek hastalığına tutulan işçiye Sosyal Sigortacılarca ödenen miktar, zararı tamamen karşılamadığı takdirde, işverene başvurma olanağı sınırsız olarak kabul edilmekle birlikte, eski kanun gözönünde tutulursa, sosyal gereklere daha uygun olan bu aşamanın tehlike ilkesinin sonucu olmayıp B.K. 97, B.K. 332/1 ve BK. 41. maddelerinin çerçevesinde dayanağa kavuşturulacağı ileri sürülmektedir (67).

Yukarda değindiğimiz 4772 sayılı kanunun hükümleri 6370 sayılı Deniz İş Kanunu ile gemi adamları için de uygulanmakta ve bu kişiler de mecburî sigortanın içine alınmış bulunmaktadırlar.

Sigortaya ilişkin olmak üzere 232 sayılı Trafik Kanununun 51. maddesine göre ,motorlu taşıt vesairenin sahiplerine bunların kullanılmasından doğan üçüncü kişiler aleyhine doğacak zararlar için malî sigorta yaptırma yükümünü koymuştur (68).

65) Tandoğan s. 104; İmre s. 213

66) İmre s. 212

67) Tekinay Selâhattin Sulhi, İş Kazalarından ve Meslek Kazalarından Dolayı İşverenin Sorumluluğunun Sınırlanması Meselesi, MHAD, Yıl 1, No. 3

67a) Oğuzman Kemal, İş Kazası veya Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan İşverenin Sorumluluğu, İHFM, Cilt XXXIV., Sayı 1-4.

68) Tunçomağ Kenan, Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul, 1967, 307

Görüldüğü gibi, sözkonusu sigortalar Trafik Kanunu ayırık olmak üzere belirli meslek gruplarına yönelmeleri ve dolayısıyla üçüncü kişilerin zararlarını gözetmemeleri nedeniyle, yetersiz bir nitelik taşımaktadırlar. Bu bakımdan tehlike ilkesine dayanan ve tehlikeli işletme üzerinde egemen olan kişinin kusursuz sorumluluğunu kabul eden bir yasanın çıkarılması gerekli ve zorunlu sayılmak gerekir (69).

b) Devletin Manevra ve Atışlar Dolayısıyla Sorumluluğu

Tehlike sorumluluğunun tipik örneklerinden biri de askerî amaçlara yönelmiş olan faaliyetlerdir. Gerçekten bu konuya ilişkin olmak üzere daha 1902 yılında «İsviçre Konfederasyonunun Askerî Örgütlenmesine» ilişkin yasanın 27. paragrafında kusursuz sorumluluk kabul edilmiştir. Sözügeçen paragrafta, sebep sonuç ilişkisini kesen etkenler dışında bir kurtuluş beyyinesi öngörülmemiştir.

Türk Hukuku hiç olmazsa somut konu bakımından yeterli sayılabilecek 3634 sayılı «Millî Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu» aracılığı ile manevralar sırasında doğacak zarar ve hasarların devlet tarafından giderileceğini, belirtmektedir ve İsviçre Hukukuna uygun olarak sebep sonuç ilişkisini kesen durumlar dışında bir kurtuluş beyyinesi de öngörmemektedir. Türk Hukukunda bu yasanın İdare Hukukundaki Hasar Teorisinden esilenilerek yapıldığı belirtilmekteyse de (70), yasanın ardında saklı olan gerekçenin tehlike ilkesi olduğunu belirtmek yerinde ve doğru olur.

c) Motorlu Taşıt Aracı Sahibinin Sorumluluğu

Türk Hukuku bakımından durumu incelediğimizde, bu konuda 6085 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 232 sayılı yasa ile değişik 50. maddesinin uygulama alanı bulduğunu görmekteyiz. Sözügeçen 50. madde değişiklikten önce kusur ilkesine dayanmayan bir nitelik taşıyorsa da madde metninden de anlaşılabilirdiği gibi sevkinde ve rol oynayan hukukî etken, İsviçre ve Almanya'daki benzerlerinin aksine, tehlike ilkesi olmayıp, örneğin hayvan tutucusunun sorumluluğunda olduğu gibi, özen yükümünün yerine getirilmemesi olmuştur. Gerçekten sözügeçen 50/1 maddeye göre, Motorlu nakil vasıta-

69) İmre s. 213; Tandoğan s. 105; Tunçomağ s. 308.

70) Tandoğan s. 102.

larının veya bu vasıta veya makinaları kullananlar, zararın vukua gelmemesi için hal ve maslahatın gerektirdiği bütün dikkat itinada bulduklarını veya bu dikkat ve itina gösterilmiş olsa bile zararın önlenemeyeceğini ispat etmeden anlaşıldığına göre, taşıt aracı kullananın (71) sorumluluktan kurtulması için özen yükünün yerine getirilmediğine ilişkin olan birinci karineyi ve zarar ile zorunlu tedbirlerin alınmaması ile özen yükünün yernie getirilmemesi arasında sebep sonuç bağı bulunduğuna ilişkin ikinci karinenin aksini tanıtlaması gerekir (72).

232 sayılı yasa ile değişik 50. madde ise, bu durumuyla değişiklikten önce söz konusu olan kusursuz sorumluluk kategorisinden çıkıp, kanunun dayandığı felsefeye tamamen zıt bir şekilde kusur sorumluluğunu yansıtır bir görünüm kazanmıştır. Böylelikle yetersiz olmakla birlikte kusursuz sorumluluğa dayanan maddenin değişiklikten önceki hali, kusur ilkesine tekrar dönülmek suretiyle, daha gerilere, çağının gereklerine uymayan bir biçime dönüştürülmüştür. Gerçekten sözügeçen değişik maddede motorlu taşıt aracı sahibi, zararın mücbir sebepten veya kazazedenin ya da üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini veyahut kendisinin veya ef'al ve harekâtından sorumlu olduğu kimselerin kusurunun bulunmadığını ispat ederse, sorumluluktan kurtulur, denilmektedir. Bu maddenin bir kusur karinesi içerdiği ve kusursuzluk ilkesinden geriye giderek kusur sorumluluğunu yansıttığı açıktır.

Motorlu taşıt aracı tutucusunun (Halter) sorumluluğunun teknik düzenleniş yönünden ikelliği özellikle Alman ve İsviçre Kanunları ile karşılaştırılırsa, daha kolayca anlaşılır. Gerçekten 15 Mart 1932 tarihli İsviçre Motorlu Taşıtlar Kanununun 37. paragrafında, Motorlu Taşıtların işletilmesi, bir insanın ölümü, yaralanması veya şeye ilişkin zararın doğumuna yol açmışsa, oluşan zarar için tutucu sorumlu olur» denildikten sonra ikinci fıkrasında sorumluluktan kurtulma nedenleri olarak mücbir sebep, tutucunun veya eyleminden sorumlu olduğu kimsenin kusuru olmaması koşulu ile, zarar görenin veya üçüncü kişilerin kusurları kabul edilmiştir. Almanya'da bu alanda uygulanmakta olan 19.12.1952 tarihli Trafik Kanununa (Strassenverkehrsgesetz) göre de motorlu taşıt aracı üzerin-

71) Kullanan sözcüğü yerine Alman ve İsviçre'de olduğu gibi tutucu (Halter) denilmesi gerekir.

72) Tandoğan s. 218

de egemen olan kimse, kusuruna bakılmaksızın aracın işlemesi sırasında oluşan kişiye ve şeye ilişkin zararlardan sorumludur (paragraf 7/1). Sözügeçen paragrafın ikinci fıkrasında ise kurtuluş nedeni olarak, taşıta özgü bir nitelik taşımayan ve araç ve gereçlerin yetersizliğine bağlanması mümkün olmıyan, önlenmesi imkânsız olaydan sözedilmektedir.

Gerek İsviçre ve gerek Almanya'daki motorlu taşıt araçlarına ilişkin olan yasalara hukuken dayanak oluşturan fikir «Tehlike ilişkisi» olmuş ve somut sorumluluk her iki ülke öğretisinde de tehlike sorumluluğunun açık görünümü olarak kabul edilmiştir (73).

Bu durum karşısında, bir taraftan mecburî sigorta zorunluluğunu diğer yandan ilişkin olduğu somut alan için yetersizliği doğal olan kusur ilkesini benimseyen 6085 sayılı yasanın bu durumıyla teknik düzenleme açısından da uygun bir nitelik taşımadığını belirtmek gerekir. Bu konuda Türk öğretisinde Tandoğan 50. madde metnindeki «veyahut» sözcüğünün «ve» şeklinde kalmasını öğütlemektedir. Böylece kusur karinesinin aksini tanıtlamakla, tutucusunun sorumluluktan kurtulma olanağı giderilip bunun yanısıra zararın mücbir sebep, mağdurun yahut üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini tanıtlama yükümü ile Türk Hukuku açısından da gerçek bir tehlike sorumluluğu doğmuş olacaktır (74).

Bütün bu eksikliklerin yanısıra 6085 sayılı yasa aracın, işletenin bilgi ve rızası dışında kullanılması varsayımını hiç düzenlememiştir ki bunun da büyük bir eksiklik olduğu açıktır (75).

d) Hava Taşıtlarından Doğan Sorumluluk

Hava taşıtları ile taşınan eşya ve kişilere ilişkin olan zararın giderilmesi için 12 Ekim 1929 yılında Varşova Anlaşması imzalanmış olup, bu konuda uçak işletenin sorumluluğu bakımından kusur karinesi öngörülmüştür. Bunun yanısıra Hava Gemilerinin yeryüzünde üçüncü kişilere verdiği zararlardan dolayı 29 Mayıs 1933 de hükû-

73) Esser s. 942; Oftinger s. 17; Meier s. 1.

74) Tandoğan s. 224.

75) Özsunay Ergun, Çalınan ya da Araç Sahibinin İzni Dışında Kullanılan Motorlu Taşıtlarının Sebep Olduğu Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluk, İ.Ü.H.F. 1964, s. 827 vd.

metimizin de katılıp imzaladığı Roma Anlaşması yapılmıştır. Tipik bir kusursuz sorumluluk durumunu düzenliyen ve kurtuluş sebebi olarak üçüncü maddesinde sadece zarar görenin kusurunu yeterli gören Roma Anlaşmasına temel oluşturan fikrin, hava alanında veya kentler üzerinde oluşan hava kazalarının doğuracağı acı sonuçlar düşünülürse, tehlike ilkesi olduğu ortaya çıkar. Gerçekten tehlike ilkesinin somut durumda yoğunluğunu gözönüne alan İsviçre yasa-koyucusu 1948 yılında yürürlüğe koyduğu Hava Taşıt Araçları Kanununda sebep sonuç ilişkisini kesecek nitelikte etkenleri kabul dahi etmemiş ve böylece anılan 1933 tarihli Roma Anlaşmasını da geride bırakmıştır.

VI) Tehlike Sorumluluğunun Kurulmasında İzlenebilecek Yöntemler

Çeşitli ülkelerin durumları gözönünde tutulursa, tehlike sorumluluğunun kurulması ve uygulanmasını sağlayacak belli başlı üç yöntem göze çarpar :

1.— Mahkeme İçtihatları,

Bu konuda izlenen yöntemlerden biri, sorunun çözümünü her somut durumun koşullarına göre karar verecek yargıcın hükmüne mahkeme içtihatlarına bırakmaktır. Fransa'da bu yöntemin uygulandığı bilinmektedir (76). Yine İngiliz ve Amerikan mahkemeleri kusurun (neglience) ön plânda tutulduğu ülkelerinde, gerekli özenin gösterilmesi halinde dahi sonuçlarını doğuracak nitelikte olan, olağanüstü tehlikeli faaliyetler (ultrahazardous activities) kavramını başarıyla uygulamaktadırlar (77).

2.— Özel Yasalar

Özellikle İsviçre ve Almanya'da uygulama alanı bulmuş bir yöntemdir. Sözügeçen ülkelerin bu yolu izlemelerinin nedeni kusur ilkesinin halâ önemli olması olgusunun yanısıra bütün tehlike sorumluluklarını içine alabilecek kapsam ve esneklikte bir genel hükmün yaratılmasındaki güçlüktür (78). Özel kanunların varlığı, ilişkin ol-

76) Oftinger s. 98

77) İmre s. 210.

78) Stark s. 183.

dukuları alanları ayrıntılarına değin inceleyebilmeleri ve bu alanın teknik gereklerine uygun hükümler koyabilmeleri açısından, haklı gözükebilir. Ancak sebep sonuç ilişkisini kesen durumlar gibi ortak hükümlerin bazan birbirlerinden farklı düzenlemelere bağlı kılınması farklı uygulamalara yol açması bu yöntemin aksıyan yanını oluşturmaktadır.

3.— Medeni Kanuna Konulan Genel Hüküm

Nihayet tehlike sorumluluğunun kurulmasında izlenen üçüncü yöntem, Medenî Kanun veya Borçlar Kanununda bu sorumluluğa ilişkin genel bir hükmün öngörülmesidir. Bu uygulamaya özellikle Sovyet Rusya, Çekoslovakya, Macaristan gibi sosyalist ülkelelerin Medenî Kanunlarında rastlamak mümkündür (79). Gerçekten S.S.C.B. Medeni Kanununun 404. paragrafına göre «faaliyetleri çevreleri için özel bir tehlike arzeden kişiler ve girişimler, ezcümle demiryolları, tramvaylar, fabrikalar, tutuşabilecek malzeme tacirleri vahşi hayvan besliyenler bina vesair tesisat vücuda getirenler v.s. büyüyen tehlike kaynağının doğurduğu zararlardan sorumludurlar, meğer ki zararın mücbir sebepten zarar görenin kastından ve ağır ihmalden ileri geldiğini tanıtılsınlar». Maddede sözügeçen kaynaklar örnek niteliğinde olup bu genel hüküm otomobil gemi ve atış alanlarının doğurduğu zararlara da yaydırılmıştır (80).

1959 tarihli Macar Medeni Kanunu ise hiç örnek vermeksizin 345. paragrafında «Yüksek bir tehlike ile bağlantısı bulunan bir faaliyeti icra eden kimse, bundan doğan zararı gidermek mecburiyetindedir» diyerek tehlike yaratan bütün kaynakları faaliyet kavramı altında toplamayı uygun bulmuştur. Sebep sonuç ilişkisini kesen durumların yani mücbir sebep ve zarar görenin kusurunun, sorumluluğu kaldırıcı niteliği paragrafın ikinci ve üçüncü bentlerinde açıklanmıştır. Çekoslovak Medeni Kanunu ise 351. paragrafında tehlike yaratan kaynak olarak girişimi (teşebbüsü) kabul etmiş ve girişim üzerinde tasarruf edenin (managing the undertaking) kusursuz sorumluluğunu kabul ederek işletme tehlikesi eğilimine girmiştir.

İzlenen bu üç yöntemin yararları ve zararları bulunduğu açıktır. Gerçekten özel kanunların tehlikeli kaynağın gereklerine uygun ola-

79) Stark s. 160

80) Rinck s. 6

rak hazırlanabilmesinin imkân dahilinde olduğu, buna karşılık genel bir hükmün bazan zorlayıcı yorumlara yol açabileceği düşünülebilir. Ancak özel yasaların doğurduğu en büyük tehlike «*numerus clausus*» ilkesi sonucu, kusursuz sorumluluğa ilişkin olması gerekirken sırf özel bir yasanın düzenlenmesine bağlı olmıyan tehlike yaratıcı kaynakların doğurdukları zararların görmezlikten gelinip ihmal edilmesi ve kusurun ispatındaki güçlük nedeniyle doğan zararın giderilmeme durumudur. Böylelikle özel yasalar yolu seçildiğinde sürekli, yoğun dikkatli bir yasama faaliyetinin zorunluluğu belirlemektedir ki bu yolda ancak yasa yapma tekniği ve hukuksal düşünce düzeyi bakımından belirli aşamaları geçirebilmiş uluslarda uygulanabilir. Belirttiğimiz tehlikenin önlenmesi bakımından hemen hiçbir özel yasa bulunmayan yurdumuzda, tehlike sorumluluğuna ilişkin olmak üzere bir genel hükmün konulmasının yerinde olacağı kanısındayız. Gerçekten Medeni Kanunlarına yeni kavuşmuş olan Habeşistan ve Madagaskar gibi Afrika ülkeleri de bu yolu izlemişlerdir. Kusursuz sorumluluğu kusur sorumluluğundan ayrı olarak bir genel hükümle kuran bir iki ülkenin yanısıra Hollanda, İsviçre gibi Avrupa ülkelerinde hazırlanan tasarılar da bu konuda genel bir hükme yer verme biçimindeki eğilim de böyle bir görüşün doğruluğunu tanıtılar nitelikte sayılabilir (81).

81) İmre/makale s. 85-86