

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU DÜZENLEMELERİ ÇERÇEVESİNDE KUSURSUZ SORUMLULUĞUN ÖZEL BİR TÜRÜ OLARAK TEHLİKE SORUMLULUĞU

Yard. Doç. Dr. Ayça Akkayan - Yıldırım *

GİRİŞ

Sorumluluk hukukunun temel taşıını “kusur ilkesi” teşkil etmekle birlikte, zaman içinde kusur yoksa sorumluluk da ortaya çıkmaz görüşü geçerliliğini kaybetmiş, kusursuz sorumluluk halleri de tanınmaya başlanmıştır. Gerek 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun (*bundan sonra “BK” olarak anılacaktır*) gerekse 01.07.2012 tarihi itibarıyla yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun (*bundan sonra “TBK” olarak anılacaktır*) düzenlemelerinde de, arz edilen bu gelişim çizgisine paralel bir yapı ile karşılaşmaktadır. Bu yapıda haksız fiil sorumluluğu, kural olarak, fiilin hukuka aykırılığına ve failin kusurlu olmasına dayandırılmış; bunun yanı sıra gerek Borçlar Kanunu hükümleri, gerekse başka kanun hükümlerinde, kusur aranmaksızın sorumluluğun söz konusu olabileceği haller de düzenlenmiştir. Bu haller “objektif sorumluluk” ya da “sebepl sorumluluğu” halleri olarak adlandırılmaktadır. Olağan sebep sorumluluğu halleri dışında, ekonomik ve sosyal gelişmelerin etkisi ile tehlike esasına dayanan sorumluluk hallerinin de ortaya çıkmış olduğu görülmektedir. Bazı durumlarda ise zarar, hukukun cevaz verdiği bir eylem veya olay neticesinde doğsa dahi, bu zararların hakkaniyete uygun şekilde tazmin edilmeleri öngörülmüştür. Buradaki tazminat yükümlülüğü ise fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanmaktadır.

TBK’nın Genel Hükümler başlıklı birinci kısmının borç ilişkisinin kaynaklarına ilişkin birinci bölümünün ikinci ayrımı haksız fiilden doğan borç ilişkilerini düzenlemektedir. Haksız fiilden doğan borç ilişkilerinin düzenlendiği ikinci ayrımın dört kenar başlık altında düzenlemelere yer verdiği ve ikinci kenar başlığın “Kusursuz Sorumluluk” olduğu görülmektedir. Böylelikle, BK’da da kusursuz sorumluluk halleri düzenlenmiş olmasına karşılık “kusursuz sorumluluk” kenar başlığı kullanılmamış olmasından kaynaklanan sistematik eksiklik giderilmiş, TBK md. 65 hükmünün gerekçesinde de bu husus vurgulanmıştır.

6098 sayılı TBK’nın, çalışmamızın konusunu teşkil eden “Tehlike Sorumluluğu ve Denkleştirme” başlıklı md. 71 hükmü, “Kusursuz Sorumluluk” kenar başlığı altında, “Hakkaniyet Sorumluluğu” ve “Özen Sorumluluğu”nun yanı sıra kusursuz sorumluluk hallerinden biri olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD Öğretim Üyesi

Anılan hüküm dört fıkradan oluşmakta ve hükmün gerekçesinde, hükmün kusursuz sorumluluk türlerinden biri olan tehlike sorumluluğunun genel ilkesini düzenlemekte olduğu ifade edilmektedir. Hükmün başlığının “Tehlike sorumluluğu ve Denkleştirme” şeklinde kaleme alınmış olması ve hükmün dördüncü fıkrasında “...uygun bir denkleştirme bedeli talep edilebileceği” ifadelerinin yer alıyor olması nazara alındığında, hükmün fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi çerçevesinde sorumluluğa da yer vermiş olduğu anlaşılmaktadır.

Hükmün getirdiklerinin değerlendirilebilmesi için, öncelikle tehlike sorumluluğunun Türk Hukuku’ndaki düzenlenme tarzı ele alınacaktır. Takiben yeni ihdas edilen hükmün içeriği irdelenecek ve nihayet hükmün ilk fıkrası ile dördüncü fıkrası düzenlemelerinin arz ettikleri farklılıklar, özellikle tehlike sorumluluğu ve fedakârlığın denkleştirilmesi esasları beraberce göz önünde bulundurularak tespit edilmeye, değerlendirilmeye çalışılacaktır.

I- TEHLİKE SORUMLULUĞU KAVRAMI VE TBK DÜZENLEMELERİ ÖNCESİNDE TÜRK HUKUKU’NDA TEHLİKE SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Sanayi ve teknoloji alanlarındaki gelişmelerin bir sonucu olarak nitelenen¹ tehlike sorumluluklarının kabulünde, giriştikleri faaliyetle ya da işlettikleri bir teşebbüs ile çok sayıda kazaya (zarara) veya sayı ya da nitelik bakımından büyük zararlara yol açma ihtimali bulunanların, bu çerçevede doğabilecek zararlı sonuçlara katlanmaları gerektiği düşüncesi etkili olmuştur².

Tehlike sorumluluğunun temel taşıını “tehlike” kavramı teşkil etmektedir³. Tehlike kavramının kapsamına ise, zarara yol açma ihtimalinin yüksek olması ile gerçekleşmesi muhtemel zararın nicelik ya da nitelik bakımından ağır sonuçlar doğurabilecek olması hususlarının girmekte olduğu kabul edilmektedir⁴. Bu hususlardan birinin söz konusu olması tehlikenin varlığını kabul edebilmek bakımından yeterli olup; her ikisinin bir arada söz konusu olabilmesi de mümkündür.

Tehlike olgusunun varlığının kabulü halinde, tehlike sorumluluğunun hangi yöntemle düzenleneceği ise kanun koyucunun tercihi doğrultusunda farklılık arz edebilmektedir. Tehlike sorumluluğunun düzenlenmesinde tercih

¹ Zahit İmre, **Kusursuz Mesuliyet Halleri**, İstanbul, 1949, s. 41; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 10. Bası, İstanbul, 2008, s. 631; Mustafa Tiftik, **Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu**, 2. Bası, Ankara, 2005, s. 26.

² Haluk Tandoğan, **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku (Sözleşme Dışı Sorumluluk)**, Ankara, 1981, s. 5 / s. 26; Tiftik, s. 21; İmre, s. 42.

³ Tiftik, s. 31. Tehlikenin, tehlike sorumluluğunun sorumluluk şartı olmayıp, tehlike sorumluluğunun düzenlenmesi bakımından bir saik niteliği arz ettiği yönünde bkz. Karl Oftinger / E.W. Stark, **Schweizerisches Haftpflichtrecht Band II/1**, 4. Bası, Zürich, 1987, s. 5; Tiftik, s. 34; Oftinger’in tehlike kavramına ilişkin görüşlerinin değerlendirilmesi için bkz. İlhan Ulusan, “Tehlike Sorumluluğu Üstüne”, **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, S. 6, Y. 4, 1970, s. 34 vd.

⁴ Max Keller / Sonja Gabi-Bolliger, **Das Schweizerische Schuldrecht Band II – Haftpflichtrecht**, Basel-Frankfurt am Main, 1988, s. 206; Tandoğan, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s. 26; İmre, s. 67 vd.; Tiftik, s.23.

edilen yöntemlerden ilki, hukuk düzenince izin verilmiş olan, varlığı ve/veya işletilmesi tehlike arz eden bir tesisin (işletmenin) ya da tehlikeli faaliyetin kendine özgü tehlikesi ağırlığını hissettirmeye başladığında yeni bir sorumluluğu öngören özel bir kanunun çıkarılması olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu yöntemin tercih edildiği İsviçre Hukuku'nda, tehlike sorumluluğunun öngörüldüğü birçok özel kanunla karşılaşılmaktadır. İsviçre Hukuku'nda tehlike sorumluluğunu düzenleyen özel kanunlar ile motorlu kara araçlarının, hava taşıma araçlarının, deniz ve iç sularda gemilerin, demiryollarında demiryolu araçlarının işletilmesinden kaynaklanan zararlar bakımından sorumluluğun düzenlendiği; bunların yanı sıra işletme sahibinin elektrik teçhizatından kaynaklanan zararlardan sorumluluğu, atom tesislerinin boru hatlarının işletilmesinden kaynaklanan zararlar bakımından sorumluluğun, patlayıcı maddelerin depolanması ve kullanılmasından kaynaklanan zararlardan sorumluluğun düzenlendiği görülmektedir. Sayılan işletme sorumlulukları dışında, işletme sorumluluğu olmamakla birlikte tehlike sorumluluğu olarak düzenlenmiş bulunan avcıların sorumluluğu ve devletin askeri zararlardan sorumluluğu da özel olarak düzenlenmiş bulunmaktadır⁵.

Medeni Kanun ya da Borçlar Kanunu'nda, tehlike sorumluluğuna ilişkin genel bir hüküm öngörülmek suretiyle tehlike sorumluluğunun düzenlenmesi ya da meselenin çözümünün somut olayın özelliklerine göre karar vermek üzere yargı kararlarına bırakılması ise tercih edilebilecek diğer yöntemler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Türk Hukuku'nda, TBK düzenlemelerine dek, tehlike sorumluluğunun tipki İsviçre Hukuku gibi özel kanunlarla düzenlenmesi yolunun benimsendiği, ancak bu kanunların sayısı itibarıyla oldukça az olduğu görülmektedir. Bu bağlamda Türk Hukuku'nda özel kanunlar ile düzenlenmiş tehlike esasına dayanan sorumlulukların tipik örneklerini:

- Motorlu (kara) araçlarını işletenlerin hukuki sorumluluğu (2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu)
 - Sivil hava araçlarını işletenlerin hukuki sorumluluğu (2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu)
 - Petrol hakkı sahiplerinin sorumluluğu (6326 sayılı Petrol Kanunu)
 - Devletin manevra ve atışlar dolayısıyla ortaya çıkan zararlardan sorumluluğu (3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu)
- düzenlemeleri teşkil etmektedir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, tehlike sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin yeni tehlike olgularının ortaya çıkması halinde sorumluluklar için özel kanunlar çıkarılması yoluyla gerçekleştirilebilmesi mümkündür. Ancak bu yolun izlenmesi halinde, yeni kanunun kabulü ile yeni tehlike olgusunun, bir başka ifade ile bu olguya kaynaklık eden tehlikeli işletme ve/veya faaliyet tipinin, ortaya çıkışı arasında zaman geçmesi ve çeşitli kanunlar arasında uyumsuzluk baş gösterebilmesi gibi sakıncaların ortaya çıkabileceği vurgulanmaktadır⁶.

⁵ İsviçre Hukuku'nda özel kanunlar ile öngörülmüş tehlike sorumluluklarının listesi için bkz. **Keller / Gabi-Bolliger**, s. 207.

⁶ Haluk Tandoğan, "**Tehlike Sorumluluğu Kavramı ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Düzenlenmesi Sorunu**", BATİDER, C. X, S. 2, Aralık 1979, s.318.

TBK düzenlemeleri bakımından, tehlikeli işletme ve/ya faaliyetlerden kaynaklanabilecek zararlardan sorumluluğa ilişkin yeterli yasal düzenlemenin bulunmaması ve yukarıda anılan sakıncaları göz önünde bulunduran kanun koyucunun iradesini, tehlike sorumluluğuna ilişkin genel hüküm ihdas etme yönünde kullanmış bulunduğu görülmektedir⁷.

II- TBK'NİN TEHLİKE SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN DÜZENLEMESİ

A- Genel Hüküm Niteliğindeki TBK md. 71 Hükümünün Uygulama Alanı

TBK md. 71 hükmü, tehlike sorumluluğuna ilişkin genel hüküm niteliğinde olup çeşitli tehlike sorumluluğu hallerini düzenleyen özel nitelikli kanunlar karşısındaki uygulama durumu belirlenmelidir.

Bilindiği üzere, aynı hukuki durumu düzenleyen kanunlardan birinin genel diğerinin özel kanun niteliğinde olması halinde hangi düzenlemenin uygulanacağına ilişkin olarak bir ayırımı gidilmektedir. Buna göre, genel kanunun daha eski tarihte, özel kanunun daha sonraki bir tarihte yürürlüğe girdiği hallerde, özel kanunun uygulanacağı, ancak genel kanunun da özel kanunu tamamlayıcı bir işlev görebileceği kabul edilmektedir⁸.

⁷ Genel hüküm ihdasının isabeti yönünde bkz. Cevdet Yavuz, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre Kusursuz Sorumluluk Halleri ve İlkeleri", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Roma Hukukundan Modern Hukuka Sorumluluk (Sempozyum Özel Sayısı), C. 14, S. 4, Y. 2008, s. 61; Gökhan Antalya, "Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Roma Hukukundan Modern Hukuka Sorumluluk (Sempozyum Özel Sayısı), C. 14, S. 4, Y. 2008, s. 78-79; Güzin Üçışık, "Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural ile Düzenlenmesi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Ankara, 2009, s. 142-143; Süleyman Yılmaz, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 59 (3) 2010, s. 572-573; Hükümün ihdası öncesinde de, bazı yazarların Türk Hukuku bakımından tehlike sorumluluğuna ilişkin genel nitelikli bir kural getirilmesinin isabetli olacağını savunmuş oldukları görülmektedir. Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 458. İsviçre ve Alman Hukuklarında değişik zamanlarda çıkarılmış kanunlar ile bunların uygulamalarından yararlanılarak çeşitli tehlike sorumluluklarına ait ortak genel kuralların tek bir kanunda toplanması yönündeki fikir için bkz. Tandoğan, s. 319. Genel nitelikli hüküm ihdasının yerinde olmadığı yönünde bkz. "...içeriği gayet soyut ve de belirsiz bir şekilde "Tehlike Sorumluluğu" ile ilgili özel hüküm eklenmesi yerinde olmamıştır." Nami Barlas, "Yeni Borçlar Kanunu Tasarısının Getirdikleri", **Güncel Hukuk Dergisi**, S. 17, Mayıs 2005, s. 20-22. Hakkaniyet sorumluluğunun genel ilke haline getirilmesinin, buna karşılık tehlike sorumluluğunun ise özel kanunlarla düzenlenmesinin daha isabetli olacağı yönünde bkz. Hatemi / Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul, 2011, s. 142. Ayrıca TBK md. 71 hükmünün yapılandırılmasına yönelik eleştiriler için bkz. Cengiz Koçhisarhoğlu / Özlem Erişgin, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Haksız Fiiller", **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, İstanbul, 2010, s. 1265 vd. Tehlike sorumluluğunun genel kurala bağlanması halinde sorumluluk sigortası yaptırmak için önceden sınırları belli risklerin belirlenememesini genel hüküm ihdasının bir sakıncası olarak vurgulayan görüş için bkz. Tandoğan, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s. 41.

⁸ Kemal Oğuzman / Nami Barlas, **Medeni Hukuk – Giriş/Kaynaklar/Temel Kavramlar**, İstanbul, 2011, s. 81- 82; Jale Akipek / Turgut Akıntürk / Derya Ateş Karaman, **Türk Medeni Hukuku – Birinci Cilt – Başlangıç Hükümleri/Kişiler Hukuku**, İstanbul,

Diğer taraftan özel kanunun daha eski tarihte, genel kanunun ise daha yeni tarihte yürürlüğe girdiği durumlarda belirleyici olan, kanun koyucunun genel kanunu kabul ederken daha eski tarihli olan özel kanunu bertaraf etmeyi amaçlamış olup olmadığı⁹.

Genel hüküm niteliğindeki TBK md. 71 hükmü yürürlüğe girdikten sonra tehlike sorumluluğuna ilişkin özel kanunla bir düzenleme yapılır ise, özel nitelikli sonraki tarihli düzenlemenin uygulanacağı; ancak genel nitelikli TBK md. 71 hükmünün de özel kanunu tamamlamak ve daha kapsamlı koruma sağlamak üzere özel kanunun yanı sıra uygulanabileceği söylenebilir. Diğer taraftan kanun koyucu, genel hüküm niteliğindeki TBK md. 71 hükmünün yürürlüğe girmesi öncesinde var olan tehlike sorumluluğuna ilişkin özel düzenlemelerin akıbetine ilişkin iradesini TBK md. 71/3 düzenlemesinde ortaya koymuş; belirli bir tehlike hali için öngörülen özel sorumluluk hükümlerinin saklı olduğunu hükme bağlamıştır. Bu çerçevede, TBK md. 71 hükmünün yürürlüğe girmesi öncesinde var olan tehlike sorumluluğuna ilişkin özel düzenlemeler bakımından da, özel düzenlemeye tabi duruma özel nitelikli düzenlemenin uygulanacağı söylenebilir¹⁰.

B- TBK md. 71 Hükümüne Göre Sorumluluğunun Şartları

1- Genel Olarak

TBK md. 71 hükmü çerçevesinde sorumluluğun söz konusu olması için öncelikle bir zarar doğmuş olmalıdır. Düzenlemeye göre zararın, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden kaynaklanması gereklidir. Tehlike sorumluluğu bağlanan olgudaki tipik tehlikenin gerçekleşmesiyle zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmadığı hallerde TBK md. 71 hükmü uyarınca sorumluluk söz konusu olmayacaktır¹¹.

Sorumlu tutulmak istenen şahsın da, zararın faaliyetinden kaynaklandığı önemli ölçüde tehlike arz eden işletmenin maliki ve/veya işleteni olması aranmaktadır. Hüküm ile kusursuz sorumluluk ihdas edilmiş olduğundan, kusur şartı aranmayacaktır. Diğer taraftan, hukuka aykırılığın değerlendirilmesi ise hükmün içerdiği farklı esasların uygulanma hallerinin tespiti bakımından önem arz etmektedir.

2009, s. 102; Seyfullah Edis, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Ankara, 1997, s. 181-182; Şener Akyol, **Medeni Hukuka Giriş – Prof. Dr. Bülent Köprülü Anısına Armağan**, İstanbul, 2006, s. 193; Adnan Güriz, **Hukuk Başlangıcı**, Ankara, 2001, s. 137.

⁹ Oğuzman / Barlas, s. 82; Akipek / Akıntürk / Ateş Karaman, s. 102-103; Edis, s. 182-183; Akyol, s. 194; Güriz, s. 137.

¹⁰ Özel hükmün kusur esasına dayanan sorumluluk ya da özen yükümlülüğünün ihlaline dayanan sorumluluk gibi daha basit bir sorumluluk esasını öngördüğü hallerde genel nitelikteki TBK md. 71 hükmünün uygulama alanı bulmasının uygun olacağı yönünde bkz. Haluk N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 10. Bası, İstanbul, 2011, s. 114 (özellikle dipnot 207).

¹¹ Tehlike sorumluluğu bağlanan olgudaki tipik tehlikenin gerçekleşmesiyle zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasına ilişkin değerlendirme ve tartışmalar için bkz. Tiftik, s. 35 vd.; Murat Aydoğdu, **Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin ve Nükleer Madde Taşıyanın Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, 2009, s. 240 vd.

Bu bağlamda, TBK md. 71 hükmüne göre sorumluluğun söz konusu olabilmesi için bulunması gereken şartlardan özellik arz eden, zararın önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden kaynaklanması şartı öncelikle ayrıntılı olarak ele alınacak, sorumlulara kısaca değinilecek, takiben de TBK md. 71 hükmünün ilk ve son fıkraları ile getirilen düzenlemelerin farklılıkları, hukuka aykırılık bağlamında ortaya konulmaya çalışılacaktır.

2- Zararın Önemli Ölçüde Tehlike Arz Eden İşletmenin Faaliyetinden Kaynaklanması

a- Zararın Bir İşletmenin Faaliyetinden Kaynaklanması

TBK md. 71 hükmünün ilk fıkrasında, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde bu zararlardan sorumluluğun söz konusu olacağı düzenlenmiştir. Hükmün gerekçesi incelendiğinde, bu ilk fıkra bakımından, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetlerini yürüten kişilerin, bu faaliyetlerin gerektirdiği izni veya ruhsatı¹² almış olsalar bile, tipik tehlike olgusunun doğurduğu tipik zararlardan sorumlu olmaktan kurtulamayacaklarının belirtildiği görülmektedir. Anılan fıkra hükmüne konu edilen işletme kavramı içine faaliyetlerinin gerektirdiği izni almış olan işletmelerin gireceğinden şüphe duymamak gerekir¹³.

Sorumluluğun gerçekleşmesi için önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden doğan bir zarar aranmıştır. Bu çerçevede zararın, önemli ölçüde tehlikeli arz eden bir faaliyetten değil, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin¹⁴ faaliyetinden doğması şarttır. Tehlike sorumluluğunun, bir işletmenin tesisatının işletilmesi faaliyetine bağlandığı haller “işletme sorumluluğu” olarak ifade edilmektedir¹⁵. Bu bağlamda TBK md. 71 hükmü bir işletme sorumluluğu olarak öngörülmüş bulunmaktadır.

¹² TBK md. 71 hükmünün gerekçesinde “İzin ve “Ruhsat” sözcüklerinin beraberce kullanıldığı görülmektedir. “İzin”, Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük’te “*Bir şey yapmak için verilen veya alınan özgürlük, müsaade, ruhsat, icazet, mezuniyet.*” şeklinde tanımlanmıştır. Diğer taraftan “*Ruhsat*” ise “*İzin, müsaade.*” olarak tanımlanmış bulunmaktadır. Bkz. www.tdk.gov.tr Bu tanımlamalar beraberce nazara alındığında her iki sözcüğün bir arada kullanılmasının yerinde olmadığı düşünülmektedir.

¹³ Kılıçoğlu, kanun koyucunun, işletme faaliyetinin izinle yapılmış olup olmaması bakımından ikili bir ayırım yapıldığını, işletme faaliyetinin izinsiz olarak yapılması halinde doğan zararların tamamından sorumluluğun söz konusu olacağını ifade etmektedir. Bkz. Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, Ankara, 2011, s. 355.

¹⁴ İşletme kavramının, “*gelir sağlama amacıyla ya da ideal bir hedef doğrultusunda devamlı ve bağımsız şekilde faaliyet yürüten birimler*” olarak ifade edilebileceğine ilişkin bkz. Nomer, s. 114. İşletme kavramının genellikle ticari işletme olarak karşımıza çıktığı ve ancak TBK md. 71 hükmünün sadece “işletme”den söz etmesi sebebiyle hükmün uygulanması açısından ticari olmayan işletmelerin de bu kapsamda değerlendirilmeye elverişli olduğu yönünde bkz. Kılıçoğlu, s. 352-353.

¹⁵ Keller / Gabi-Bolliger, s.206.

TBK'nın hazırlık aşamasındaki tasarıya¹⁶ bakıldığında, hükmün ilk fıkrasının, “önemli ölçüde tehlike arz eden bir faaliyetten zarar doğduğu takdirde, faaliyette bulunan kişinin, hukuk düzeni tarafından böyle bir faaliyete katlanılması öngörülmüş olsa bile, doğan zararlardan sorumludur.” şeklinde kaleme alınmış olduğu görülmektedir. O halde tasarının ilk hali ile karşılaştırıldığında, TBK md. 71 düzenlemesi ile tehlike sorumluluğunun sınırlandırılmış olduğu söylenebilecektir. Kanun koyucunun tercihi tehlike sorumluluğuna ilişkin genel kural ihdas etmek olduğuna göre, sorumluluğu doğuracak önemli ölçüde tehlike arz eden faaliyetin sadece işletmelerin faaliyetlerine özgülenmesi yerine, önemli ölçüde tehlike arz edecek her tür tehlikeli faaliyet, tesis ve işletmeleri kapsayacak biçimde ele alınsa idi, kanaatimizce yapılan bu tercihe daha çok hizmet ederdi¹⁷.

b- İşletmenin Önemli Ölçüde Tehlike Arz Eder Nitelikte Olması

Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin ne zaman söz konusu olacağı, başka deyişle hükümde öngörülen “tehlike”nin ölçütü de tespit edilmelidir. Bu tespit bakımından, TBK md. 71/2 hükmünde iki ölçüt öngörülmüştür: Bir işletmenin yürüttüğü faaliyetin niteliği göz önünde bulundurulduğunda, bir uzmandan beklenen tüm özen gösterilse bile işletmenin sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılabiliyor ise ya da söz konusu işletmenin faaliyetini yürütmesi esnasında kullanılan malzemeler/araçlar/güçler göz önünde bulundurulduğunda, bir uzmandan beklenen tüm özen gösterilse bile işletme sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli ise, o işletmenin önemli

¹⁶ Burada TBK Tasarısı'nın 2005 yılındaki durumu söz konusu edilmektedir. Anılan tasarıda yer alan hüküm “Tehlike Sorumluluğu” kenar başlığı altında düzenlenmiş ve üç fıkradan ibaret idi. Hükmün, o haliyle, İsviçre’de henüz yasalasamış bulunan “Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts” (Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Yeknesaklaştırılmasına İlişkin Kanun Tasarısı)’nın 50. maddesi göz önünde bulundurularak hazırlanmış bulunduğu anlaşılmaktadır. İsviçre’de yasalasamış olan tasarıya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. www.ejpd.admin.ch/ref_haftpflicht.html, Erişim: 10.10.2011. TBK Tasarısı revize edilecek hâlihazırda yasalasamış olan şekli verilirken, madde metni ve kenar başlıkta değişiklikler yapılmıştır. “Tehlike sorumluluğu” olan kenar başlık “Tehlike Sorumluluğu ve Denkleştirme” olarak değiştirilmiştir. Hükmün ilk fıkrasında yer alan “faaliyet” ibaresi, “işletmenin faaliyeti” olarak değiştirilmiştir. Bu bağlamda ikinci fıkra da yer alan “bir faaliyetin önemli ölçüde tehlike arz etmesinden ne anlamak gerektiği” – “bir işletmenin önemli ölçüde tehlike arz etmesinden ne anlamak gerektiği” şeklinde değiştirilmiştir. Madde metnine bir dördüncü fıkra eklenerek, “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 isteyebilir” hükmü düzenlenmiştir. Anılan bu hüküm İsviçre Tasarısında yer almamaktadır.

¹⁷ Zararın bir işletmeden kaynaklanmadığı, önemli ölçüde tehlike arz eden bir faaliyetten kaynaklandığı hallerde de tehlike sorumluluğunun varlığının kabul edilmesinin isabetli olacağı yönünde bkz. Üçışık, s. 143; Tehlike sorumluluğunun genel bir ilke olarak kabul edilmek istendiğine göre, tehlike arz eden faaliyetin bir işletmenin faaliyeti olarak sınırlandırılmasının doğru gözükmediği yönünde ayrıca bkz. Yeşim Atamer, “Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirme ve Teklifler”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S. 6, Mayıs 2006, s. 22. Aynı yönde bkz. Yılmaz, s. 574.

ölçüde tehlike arz eden bir işletme olduğu kabul edilebilecektir. O halde tehlikenin ölçütleri, “sıkça zarar doğurmaya elverişlilik” ya da “ağır zararlar doğurmaya elverişlilik” olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu iki durumdan birinin mevcudiyeti tehlikenin mevcudiyetini kabul için gerekli ve yeterli olup her iki durumun bir arada bulunabilmesi de mümkün olabilecektir.

Hükümde, tüm özenin gösterilmesi durumunda dahi sıkça veya ağır zararlar oluşturmaya elverişli işletme faaliyetleri örnekseme yoluyla dahi sayılmamıştır¹⁸. O halde hükmün uygulanma şartlarının somut olay bakımından oluşup oluşmadığı yargı organlarınca belirlenecektir. Hangi işletmelerin önemli ölçüde tehlike arz ettiğinin önceden kesin olarak belli olmamasının ve hâkimin takdirine kalmış bulunmasının, hukuk güvenliğini zedeleyici nitelikte olacağına doktrinde vurgulandığı görülmektedir¹⁹.

c- Önemli Ölçüde Tehlike Arz Eden İşletmenin Faaliyetinden Kaynaklanan Zararların Sınırlandırılması

Önemli ölçüde tehlike arz ettiği kabul edilen bir işletmenin faaliyetinden kaynaklanan hangi tür zararlardan sorumlu olunacağı hususunun da netleştirilmesi önem arz etmektedir.

Ancak TBK md. 71/1 hükmünde, önemli ölçüde tehlike arz eden işletmenin maliki ve/veya işletenin, bu işletmenin faaliyetinden doğan zararlardan sorumlu olacağı ifade edilmekle birlikte, önemli ölçüde tehlike arz eden işletmenin faaliyetinden kaynaklanan zararların sınırı net olarak belirlenmemiştir.

İsviçre Sorumluluk Hukuku'nun Revizyonu ve Yeknesaklaştırılmasına İlişkin Kanun Tasarısı'nın²⁰ 50. madde hükmü incelendiğinde “*tehlikeli faaliyetin (tipik risklerinden) karakteristik rizikosundan kaynaklanan zararlar*” ifadesi kullanılarak hangi zararların bu çerçevede değerlendirileceğinin daha belirli hale getirilmiş olduğu görülmektedir. TBK md. 71/1 hükmü bu yönde bir açıklık içermemektedir. Hükmün gerekçesi incelendiğinde “...tipik tehlike olgusunun doğurduğu tipik zararlar...”dan sorumlu olunacağı ifadelerine yer verildiği görülmektedir. Hükmün gereken açıklıkta olmaması eleştiriye açık olup; önemli ölçüde tehlike arz eden işletme malikinin ve/veya işletenin, bu düzenleme çerçevesinde sorumlu tutulabileceği zararların, tehlikeli faaliyetin tipik risklerinden kaynaklanan zararlar olarak anlaşılması isabetli olacaktır²¹. Aksi tak-

¹⁸ Nükleer tesisler, barajlar, gaz ve yüksek gerilim taşıyan hatlar, patlayıcı fabrikaları ve depoları, demiryolu işletmeleri, maden işletmeleri, elektromanyetik dalga enerjisi yayılımı gerektiren telefon baz istasyonları, sıkça ve/veya ağır zararlar oluşturmaya elverişli işletme faaliyetleri olarak sayılabilir.

¹⁹ Nomer, s. 114. TBK md. 71 / f. II hükmünün “önemli ölçüde tehlike” kavramının soyutluğundan hareketle ve somutlaştırma sağlama amacıyla ölçütler getirmeye çalışmış bulunduğu, ancak getirilen ölçütlerin de soyut kavramlar içeriyor olması sebebiyle düzenlemenin başarılı olmadığı yönünde bkz. Kılıçoğlu, s. 354. Ayrıca hangi işletmeler bakımından tehlike sorumluluğunun söz konusu olacağına önceden bilinmemesinin hukuki güvensizliğe yol açacağı yönünde bkz. Tandoğan, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s. 41.

²⁰ Bkz. dipnot 16.

²¹ Aynı yönde bkz. Üçışık, s. 141.

dirde, tehlike arz eden işletme faaliyetinin tipik riskleri dışında kalan birtakım risklerin gerçekleşmesi ihtimallerinin de bu hüküm çerçevesinde değerlendirilmesi söz konusu olur ki, kanun koyucunun amacının bu olmadığı düşünülmektedir.

Kusur sorumluluğunun esas, kusursuz sorumluluğun ise istisna olduğu göz önünde bulundurulduğunda; istisna nitelik arz eden tehlike sorumluluğunun şartlarının ve bu bağlamda sınırlarının net şekilde belirlenmeye elverişli olarak düzenlenmesinin önemi bu noktada bir kez daha vurgulanmalıdır²².

3- Sorumlu Tutulmak İstenen Şahsın, Zararın Kaynaklandığı Faaliyeti Gerçekleştiren İşletmenin Maliki ve/veya İşleteni Olması

TBK md. 71/1 hükmüne göre, önemli ölçüde tehlike arz eden işletme faaliyetinden kaynaklanan zararlardan, gerçek kişi veya özel ya da kamu tüzel kişisi olabilecek işletme sahibi ve varsa tehlikeli işletmeyi kendi hesabına, tehlikesi kendine ait olmak üzere, işletme üzerinde fiili tasarrufta bulunmak suretiyle işleten²³, müteselsilen sorumlu olacaktır.

Tehlike sorumluluklarının ihdasında, dış çevrede tehlike yaratan faaliyetlerden yararlananların ya da bu faaliyetleri kendi hâkimiyet alanlarında yürütenlerin sorumlu tutulmaları gerektiği düşüncesi hâkim olmuştur²⁴. Bu düşünce gözetilerek, TBK md. 71 hükmüyle, tehlikeli işletme faaliyetini kendi hâkimiyet alanlarında yürüten ve yürütülen bu tehlikeli işletme faaliyetinden fayda sağlayan kişilerin sorumlulukları esasının kabul edilmiş bulunduğu söylenebilecektir. O halde, işletmenin, sahibi dışında bir gerçek ya da tüzel kişi tarafından işletiliyor olması ihtimalinde hem işletme sahibinin hem de işletmeyi fiilen işleten kişinin müteselsilen sorumlu olacaklarının yerinde olarak düzenlenmiş bulunduğu söylenebilecektir²⁵.

4- Hukuka Aykırılık ve Bu Bağlamda TBK md. 71/1 ile TBK md.71/4 Hükümlerindeki Düzenlemelerin Farkları

Topluma yararlı olmaları bakımından faaliyetlerine izin verilen tehlikeli işletmelerin işletenlerinin sorumluluğunun hukuka aykırılığa dayandırılması tartışmalıdır. Doktrinde, tehlike sorumlulukları ile fedakârlığın denkleştirilmesi

²² Tehlike sorumluluğunu, sınırları ve koşulları belirsiz bir sorumluluk halinde getirmenin bu sorumluluğu kural haline getirme sonucunu doğurabileceği ve haksız fiil sorumluluğundan “kusuru” bir koşul olmaktan çıkarma tehlikesini de beraberinde getireceği yönünde görüş için bkz. Kılıçoğlu, s. 351-352.

²³ İşletmeyi idari izinle işleten / işletmeyi kiralayan / işletme üzerinde intifa hakkına sahip olan kişi de işleten olarak sorumlu olacaktır. Bkz. bu yönde Üçışık, s. 141. İşçiye Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Yeknesaklaştırılmasına İlişkin Kanun Tasarısı'nda, tehlikeli faaliyeti işleten kimse kavramı ile kastedilenin, faaliyeti hem organizasyon hem de ekonomik açıdan kontrolü altında bulunduran kimse olduğu anlaşılmaktadır.

²⁴ Selim Kaneti, **Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru**, İstanbul, 2007, s. 5-6.

²⁵ Kılıçoğlu, s. 355. Yazar, bu duruma ilişkin olarak şu örneği vermektedir: “A’ya ait olan fabrikanın B tarafından kiracı ya da intifa hakkı sahibi sıfatıyla işletiliyor olması halinde, doğan zarardan A ve B müteselsilen sorumlu olacaktır”. Kılıçoğlu, s. 355.

hallerinde hukuka uygun fiillerden sorumluluğun söz konusu olduğu vurgulanmakta ve Türk-İsviçre hukukunda hukuka aykırılık unsurunun sorumlu kişinin fiiline yönelik olduğundan hareketle, hukuka aykırılığın, tehlike sorumluluğunda zorunlu unsur olmadığı ileri sürülmektedir²⁶. Buna karşılık, kanunen izin verilen bir faaliyet neticesinde de olsa hukuk düzenince korunan malvarlığı ve/veya kişi varlığı haklarının ihlal edilmesi durumunda, bu gibi ihlaller hukuka aykırıdır²⁷. Bu bakış açısıyla çalışmamızın bu bölümünde, ihlal edilen varlık bakımından değerlendirme yapılmak suretiyle TBK md. 71/1 ile md.71/4 hükümlerindeki düzenlemelerin farkları ortaya konulmaya çalışılacaktır.

TBK md. 71/1 hükmünde, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar görenlerin, bu işletmenin maliki ve/veya işletenin sorumluluğuna gidebileceği düzenlenmiştir. Diğer taraftan TBK md. 71/4 hükmünde ise, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenlerin, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebileceği hükme bağlanmıştır.

TBK Tasarısı üzerinde değerlendirme yapan bazı yazarların, bu son fıkrada yer alan “denkleştirme” teriminin fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesini çağrıştırdığını ifade ettikleri görülmektedir²⁸. Bazı yazarlar ise, tehlike sorumluluğu ile fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin farklı esaslara dayandığı noktadan hareket ederek, bu son fıkra düzenlemesinin isabetli olmadığı yönünde eleştiriler getirmişlerdir²⁹. Bu çerçevede maddenin kenar başlığının değiştirilmesi ve son fıkra düzenlemesinin ise kaldırılması gerektiğinin ileri sürüldüğü de görülmektedir³⁰. Diğer taraftan son fıkra düzenlemesinin isabetli olduğunu ifade eden yazarlar da bulunmaktadır³¹.

Fedakârlığın denkleştirilmesi prensibine dayanan talep ile tehlike ilkesine dayalı olarak yürütülen işletmelerin, faaliyetlerin ve tehlikeli nesnelerin meydana getirdikleri zararların giderilmesine yönelik talep birbirlerinden oldukça farklı temellere dayanmaktadır. Tehlike sorumluluğu içinde yer alan zarar verici etkenler ile fedakârlığın denkleştirilmesi prensibi kapsamında yer alan müdahaleler birbirlerinden farklı nitelikler arz edip; tehlike sorumluluğunda, hayat tecrübelerine göre zarar verme ihtimali yüksek etkenler söz ko-

²⁶ Tandoğan, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s. 9; Tiftik, s. 41 vd.; Aydoğdu, s. 259 vd.

²⁷ Zarar verenin zarar görenin mutlak hakkını ihlal eden her fiilin, hukuka aykırılığı engelleyen bir sebep bulunmadıkça, hukuka aykırı olduğu yönünde bkz. Eren, s. 547; Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2009, s. 495.

²⁸ Koçhisarlıoğlu / Erişgin, s. 1265. Anılan fıkra düzenlemesinde, işletme faaliyetini yürüten kimselerin fedakârlığın denkleştirilmesi esasına göre de sorumlu olacakları şeklinde anlaşılabilir bir ifadeye yer verildiği yönünde ayrıca bkz. Nomer, s. 114.

²⁹ Atamer, s. 22.

³⁰ Atamer, s. 23.

³¹ Yılmaz, s. 572-573; Refik Korkusuz, “Hukukumuzda Tehlike Sorumluluğu Uygulaması ve Yani Borçlar Kanunu Tasarısındaki Düzenlenmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk Hukuku ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Ankara, 2009, s. 203.

nusu iken, fedakârlığın denkleştirilmesi prensibine dayanan sorumlulukta esasen hukuk düzenince varlığına cevaz verilen zarar verici müdahaleler söz konusudur³². Bu farklılıktan ötürü, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanan sorumlulukta, üstün çıkar sahibinin müdahalelerinin bilinerek ve istenerek yürütüldüğü ve cevaz verilen müdahalenin doğuracağı zararların öngörülebilme olanağının mevcut bulunduğu hallerde ise, bu etkenlerin zarar verme ihtimali bulunduğu bilgi dâhilinde olmakla birlikte, zararın hangi zaman parçasında ve ne suretle ortaya çıkacağını öngörebilmek mümkün olamamaktadır³⁴.

Somut olaylarla karşılaşıldığında, fedakârlığın denkleştirilmesi prensibine dayanan sorumluluğun mu tehlike sorumluluğunun mu söz konusu olduğunun tespiti her zaman kolay olmamakla birlikte, zarar gören kişinin zararı sonuçlayan fiil / müdahale karşısında savunma imkânına sahip olup olmaması bakımından da değerlendirme yapıldığı görülmektedir. Buna göre, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanan sorumluluğun söz konusu olduğu hallerde, zarar gören esasen müdahalelere karşı bir savunma imkânına sahip olmakla birlikte, kişinin bu hakkı hukuk düzenince elinden alınmıştır³⁵. Tehlike sorumluluğunun söz konusu olduğu hallerde ise zararı sonuçlayan fiil / müdahale ile karşılaşan kişi –tehlikenin kaynağını teşkil eden faaliyetin yürütülmesine / işletilmesine karşı- ya baştan itibaren hiçbir savunma imkânına sahip değildir veya bu hak kişinin elinden hukuk düzenince alınmıştır ancak zarara uğrayan kişinin müdahalenin somut etkilerine karşı savunma imkânını fiilen kullanabilmesi mümkün değildir³⁶.

Esasen gerek tehlike sorumluluğunda, gerekse fedakârlığın denkleştirilmesinde tehlikeli işletmenin işletme faaliyeti, verilen izinle yürütülmektedir. Ancak, ihlal edilen varlık bakımından, tehlike sorumluluğunu gerektiren durumlardan çıkan sonuç hukuka aykırıdır. Bu hukuka aykırılık, mülkiyet hakkının ya da vücut bütünlüğü/yaşam gibi kişilik hakkı çerçevesindeki unsurların ihlal edilmesi şeklinde tezahür edebilir. Diğer taraftan fedakârlığın denkleştirilmesinin söz konusu olduğu hallerde zararlı sonuç dahi hukuka aykırı sayılmamaktadır³⁷. Bir başka ifade ile tehlike sorumluluğunun söz konusu olduğu hallerde, işletme faaliyeti hukuka uygun yürütülmekte ortaya çıkan sonuç hukuka aykırı nitelik taşımaktayken; fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanan sorumluluğun söz konusu olduğu hallerde ise hem tehlikeli addedilen işletme faaliyeti hem de bu müdahale neticesinde

³² İlhan Ulsan, **Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı**, İstanbul, 1977, s. 56-57.

³³ Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine bağlı sorumluluk durumlarında üstün çıkar gereği başkasının hukuk alanına müdahalede bulunan failin, doğacak olumsuz sonucu bilmesine karşılık müdahalesini sürdürmekte olduğu yönünde bkz. Ulsan, **Fedakârlığın Denkleştirilmesi**, s. 57 - 59.

³⁴ Ulsan, **Fedakârlığın Denkleştirilmesi**, s. 58; İmre, s. 66.

³⁵ Karl Larenz, **Lehrbuch des Schuldrechts - Band II/2 Besonderer Teil**, München, 1994, s. 611 (Prg. 84/1/3/c).

³⁶ Larenz, s. 611.

³⁷ Tandoğan, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s. 50.

ortaya çıkan sonuç hukuka uygun sayılmaktadır³⁸. Bu bağlamda, fedakârlık sorumluluğunun hukuka aykırılığın sınırlandırılmasını, tehlike sorumluluğunun ise ihmalin sınırlandırılmasını dengede tutmak için öngörülmuş bulunduğunu vurgulayan yazarlar; olağan işletme zararları için fedakârlığın denkleştirilmesine dayanan sorumluluğun, işletme kazaları için ise tehlike sorumluluğunun kabul edilmiş olduğunu belirtmişlerdir³⁹.

Tüm bu açıklamalardan hareketle TBK md. 71/1 ve md. 71/4 hükümlerinde yer alan düzenlemeler bakımından öncelikli olarak vurgulanması gereken hususlar aşağıdaki gibi sıralanabilecektir:

- TBK md. 71/1 hükmünde tehlike sorumluluğu; TBK md. 71/4 hükmünde ise fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine bağlı sorumluluk öngörülmuş bulunmaktadır.
- Bu itibarla maddenin kenar başlığının, her iki esası kapsar biçimde yapılandırıldığı anlaşılmaktadır.
- Her iki hükmün uygulanması bakımından da tehlikeli işletmenin faaliyeti verilen izinle yürütülmektedir; TBK md. 71/4 hükmünde yer alan “faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olması” ifadesinin, tehlikeli işletmenin faaliyeti neticesinde ortaya çıkacak olağan birtakım olumsuz sonuçlara da hukuk düzenince izin verilmiş olması şeklinde anlaşılması uygun olacaktır.
- Bu bağlamda, tehlikeli işletmenin faaliyetleri esnasında vuku bulacak işletme kazaları neticesinde ortaya çıkan zararlı sonuçların giderimi bakımından ilk fıkrada düzenlenen tehlike sorumluluğu söz konusu olacaktır.
- Tehlikeli işletmenin faaliyetleri esnasında ortaya çıkacak, işletmeye faaliyetine izin verilirken de öngörülmuş bulunan, olağan, kaçınılmaz işletme zararlarının giderimi bakımından ise son fıkrada düzenlenen fedakârlığın denkleştirilmesine dayanan sorumluluk söz konusu olacaktır.

Buraya kadar yapmış olduğumuz tespitlerin bir örnekte somutlaştırılması, düzenlemenin uygulama alanının değerlendirilebilmesi açısından fayda sağlayacaktır.

Gerekli işletme izinleri bulunan ve bu çerçevede faaliyetini yürüten tehlikeli bir işletmenin, faaliyeti kapsamında belirli miktarda dumanı atık olarak çıkarmasının olağan olduğunu; anılan işletmeye işletme izni verilirken de, olağan işletim faaliyeti neticesinde çıkacak bu dumana ilişkin miktar ve içerik bakımından sınırların belirlendiğini kabul edelim. Anılan tehlikeli işletmenin faaliyeti esnasında da aşağıdaki olayların vuku bulunduğunu varsayalım:

- Tehlikeli işletme, verilen iznin sınırları dâhilinde faaliyet göstermekte iken, beklenmeyen şekilde gelişen gaz sıkışması nedeniyle işletme bünyesinde bir patlama gerçekleşmesi.
- Tehlikeli işletme, verilen iznin sınırları dâhilinde duman salınımı yapmakta iken, dumanın içeriğindeki maddeler sebebiyle yakında bulunan tarlanın verimli tarım yapılamaz şekilde zarar görmesi.

³⁸ Ulusan, **Fedakârlığın Denkleştirilmesi**, s. 59.

³⁹ Erwin Deutsch, **Allgemeines Haftungsrecht**, München, 1996, s. 463; Eren, s. 460; Tandoğan, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s. 50-51; Ulusan, **Fedakârlığın Denkleştirilmesi**, s. 58.

- Tehlikeli işletmenin iznin sınırları dâhilinde çıkardığı dumanın içeriğindeki maddelerin yakında bulunan arazisinde yaşayan çiftçinin akciğer kanserine yakalanmasına sebep olması.

Şimdi de her bir ihtimal bakımından hangi hukuki esasların uygulama alanı bulacağını yukarıdaki tespitlerimiz çerçevesinde değerlendirelim:

- Gaz sıkışması nedeniyle işletme bünyesinde bir patlama gerçekleşmesi bir işletme kazası niteliği arz etmektedir. Burada, tehlikeli işletmenin faaliyetinden kaynaklanan zararın doğumuna yol açan etkenin varlığına izin verilmiş ve ancak ihlal yaşağı varlığını sürdürmektedir. Öngörülemez nitelikte bir zarar ihtimalinin söz konusu olduğu bu gibi durumlarda gerçekleşecek zararlar bakımından ise TBK md. 71/1 hükmüne dayanılarak giderim talep edilebilecektir⁴⁰. Zira burada doğan zarar bir rastlantının (kaza) sonucu olup, doğan zararlı sonuç yönünden ihlal yaşağına uyulmadığından hukuka uygunluk ortadan kalkmaktadır⁴¹.

- İzin sınırları dâhilinde belirli miktar ve içerikte duman salınmasının yürütülen tehlikeli işletme faaliyetinin bir sonucu olduğu ve sınırları da belirle-nerek gerekli işletme izinlerinin verilmiş olduğu olguları beraberce değerlendirildiğinde, bu salınımın çevreyi etkilemesinin de olağan olduğu ve işletme izni verilirken bu durumun öngörülmüş bulunduğu söylenebilecektir. Dumanın içeriğindeki maddeler sebebiyle yakında bulunan tarlanın verimli tarım yapılamayacak derecede etkilenmesi taşınmaz malikinin mülkiyet hakkına yönelmiş bir zarar niteliğindedir. Tehlikeli işletmenin çıkarları ile diğer bir malvarlığı değerine ilişkin çıkarın çatışması halinde, ortaya çıkan zararlı sonucun hukuk düzenince olağan olarak kabul edildiği ve verilen işletme izni kapsamında öngörüldüğü kabul edilir ise, bu zarara ilişkin talebin TBK md. 71/4 hükmünde temellenen fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi ve hukuka uygun sayılan bu müdahalenin yol açtığı zararın denkleştirme ile karşılanmasının talep edilebilmesi yerinde olacaktır.

- Tehlikeli işletmenin iznin sınırları dâhilinde çıkardığı dumanın içeriğindeki maddelerin yakında bulunan arazisinde yaşayan çiftçinin akciğer kanserine yakalanmasına sebep olması ihtimalinde ise, duman salınımının işletmenin olağan işleyişinin bir parçası olduğu ve çevreyi etkilemesinin de olağan olacağı olguları değerlendirildiğinde, öngörülebilir nitelikteki bu sonuç bakımından da TBK md. 71/4 hükmünde temellenen fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi çerçevesinde değerlendirilme yapılması düşünülebilir. Zira TBK md. 71/4 hükmünde yer verilen fedakârlığın denkleştirilmesi esası sonuç zararlarına ilişkin herhangi bir ayırım gözetmemiştir. Hükmün lafzı, tehlikeli addedilen işletme faaliyetinden kaynaklanan gerek mülkiyet hakkı gerekse vücut bütünlüğü/yaşam gibi kişilik hakları ihlalleri⁴² bakımından ortaya çıkan, kaçı-

⁴⁰ Tehlike sorumluluğunda, zarar verme olgusuna değil, sadece soyut tehlikeye izin verilmiş olduğu yönünde bkz. Eren, s. 459.

⁴¹ Karl Michaelis, "Betiraege zur Gleiderung und Weiterbildung des Schadenrechts", **Festschrift der Leipziger Juristenfakultaet für Heinrich Siber**, Band III, Leipzig, 1943, s. 93; Ulusan, **Fedakârlığın Denkleştirilmesi**, s. 225 özellikle dipnot 144.

⁴² Buradaki ihlaller, tehlikeli addedilen işletme faaliyetinden kaynaklanan kaçınılmaz, olağan işletme zararları olarak anlaşılmalıdır.

nılmaz, olağan nitelikteki zararlı sonucun hukuka uygun addedilerek denkleştirme öngörülmüş olduğunu düşündürmektedir. Ancak, kişinin vücut bütünlüğüne ilişkin zararlar söz konusu olduğunda bu tip bir değerlendirmenin bizi, adalet duygusunu zedeleyici sonuçlara yönleneceği açıktır. Bu bakımdan, tehlikeli işletmeden kaynaklanan olağan zararların vücut bütünlüğüne yönelmiş ihlalleri sonuçlaması durumunda da TBK md. 71/4 hükmü düzenlemesinin uygulanmasının yerinde olup olmayacağı özel olarak değerlendirilmelidir.

Tehlikeli işletmeye, topluma ekonomik, sınai vs. açılardan faydalı olması sebebiyle işletme izni verilmiştir. Bu tehlikeli işletmenin çıkarları ile çatışan çıkarlar bulunması da söz konusu olabilecektir. Bazı durumlarda hukuk düzeni çatışan çıkarlardan birini ekonomik ve/veya sosyal etkenlerle diğerine göre daha üstün tutmakta ve bu üstün çıkar uğruna diğer çıkar sahibini özel ve belirli bir fedakârlığa zorlamaktadır. Belirtilen fedakârlığın sonucu itibarıyla kişinin malvarlığında oluşan zarar, esasen üstün çıkara hizmet eden bir müdahaleden kaynaklanmakta olup; hem müdahale hem de doğurduğu sonuç hukuka uygun kabul edilmektedir⁴³. Bu çerçevede fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi de, hukuken korunan bir varlığa üstün çıkar sahibi tarafından yapılan hukuka uygun müdahale neticesinde zarar görenin hukuk düzeninin sağladığı koruma yetkilerinden yararlanamayarak katlanmış olduğu fedakârlığın üstün çıkar sahibi tarafından ödenecek tazminatla giderilmesi, denkleştirilmesi gereğini ifade etmektedir⁴⁴. İhlal edilen varlığın üstün çıkar karşısında feda edilme olduğu ve ancak bu fedakârlığın bir tazminatla karşılandığı göz önünde bulundurularak, tehlikeli işletmeler bakımından istisnai olarak başkasının hukuk alanına müdahale edebilme imtiyazı söz konusu olabileceği değerlendirilmelidir. Ancak tehlikeli işletmenin çıkarları ile çatışan çıkarın kişi varlık ve bütünlüğüne ilişkin olması halinde, ortaya çıkan zararlı sonucun olağan ve kaçınılmaz olduğu, hukuk düzenince öngörülmüş ve izin verilmiş bir sonuç niteliği arz ettiği kabul edilerek, sağlık, yaşam, vücut bütünlüğü gibi değerlerin işletme çıkarları karşısında feda edilmesi adalet duygusunu zedeleyici niteliktedir. Gerçekten de, sağlık, yaşam, vücut bütünlüğü gibi değerlere yönelmiş zararlarla yol açan müdahaleler yerel adetle bağdaşır nitelik arz etseler, bu müdahaleler ile korunan çıkar ekonomik yönden korunmaya değer olsa bile, kişilik haklarının önemli bir bölümünün zedelenmesi söz konusu olduğunda, söz konusu müdahalelerin hukuka aykırı olduklarının kabulü gerekir⁴⁵.

Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin medeni hukuktaki en tipik uygulama hallerine ilişkin iki başlığa kısaca temas etmek yol gösterici olacaktır. Bu başlıklardan ilki zorunluluk durumları olup, bunlar arasındaki en tipik durumu ıztırrar hali teşkil etmektedir. Fedakârlığın denkleştirilmesi esas çerçevesinde hukuka aykırı olmayan bir fiilden sorumluluğun söz konusu olduğu ıztı-

⁴³ Larenz, Prg. 78, s. 561 vd.; Ulusan, **Fedakârlığın Denkleştirilmesi**, s. 92.

⁴⁴ Ulusan, **Fedakârlığın Denkleştirilmesi**, s. 8 vd.; Tandoğan, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s. 48; Deutsch, s. 455 vd.

⁴⁵ Ulusan, **Fedakârlığın Denkleştirilmesi**, s. 323. Aynı yöndeki tespitler için bkz. Horst Konzen, **Aufopferung im Zivilrecht**, Berlin, 1969, s. 205-206. Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine uygun olarak girilen müdahaleler sonucunda kişilik haklarına gelen zararların da denkleştirme ile karşılanmasına yönelik görüşler için bkz. Michaelis, s. 170; Ulusan, **Fedakârlığın Denkleştirilmesi**, s. 321 dipnot 65'te anılan yazarlar.

rar halinde, bir kimsenin kendisinin veya bir başkasının şahsını veya mallarını bir zarardan ya da derhal vuku bulacak bir tehlikeden korumak için bir üçüncü kişinin “mallarına” zarar vermesi söz konusu olmaktadır. BK md. 52/2 (TBK md. 64/2) ile TMK md. 753 hükümlerinde düzenlenmiş olan ıztırar halinde, zarar veya tehlike dolayısıyla üçüncü bir kişinin sadece “malına” zarar verilmiş olması gereği açıkça ortaya konulmuştur. O halde, ıztırar hali ancak başkasının malına zarar veren fiiller bakımından söz konusu olup; üçüncü kişinin şahsına zarar veren fiiller hukuka aykırı nitelik arz etmektedir⁴⁶.

İkinci başlık altında komşuluk hukukundan doğan hukuka uygun zarar verme halleri ile karşılaşılmaktadır. Bir kişinin mülkiyet hakkı kapsamında hareket ederken, yerel âdete uygun, kaçınılmaz nitelikte taşkınlıkta bulunur ise hukuka aykırılık söz konusu olmayacaktır. Ruhsatlı (resmi izne dayalı) yapılan bir inşaatın, komşuya, komşular arasında hoş görülecek ölçüyü aşan fakat önlenmesi mümkün olmayan şekilde zarar vermesi halleri bu durumun bir yansımasıdır. İsviçre Federal Mahkemesi, ruhsatlı inşaat işlerinin, yöresel örfü uygun, kaçınılmaz, zorunlu şekilde yol açtığı taşkınlıktan zarar gören komşunun, bu zararının tazminini inşaat sahibinden talep edemeyeceği hususunda yaptığı değerlendirmede, varlığı zorunlu, kaçınılmaz taşkınlıklara katlanılması gerektiğini, ancak bu taşkınlıklara bir denkleştirme talep etmesizin katlanılmasını beklemenin komşuluk hukukuna ilişkin yasal düzenlemelerin sistemiyle çelişeceğini vurgulayarak, hukuka uygun sayılan bu müdahalelerin yol açtığı zararların denkleştirme suretiyle karşılanmasının talep edilebileceği yönünde karar vermiştir⁴⁷. Federal Mahkeme'nin, başkasının hukuk alanına, uygun bir denkleştirme karşılığı müdahale edilebilmesine ilişkin anılan kararında ıztırar haline kıyasen bir çözüm benimsediği görülmektedir⁴⁸. İsviçre'de içtihatla ihdas edildiği görülen bu sorumluluk hali, bir haksız fiil sorumluluğu olmayıp burada hukuka uygun bir fiilden sorumluluk söz konusudur⁴⁹. Türk Hukuku'nda ise 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (*bundan sonra “TMK”*

⁴⁶ Bu yönde bkz. Oğuzman/Öz, s. 507-508; Eren, s. 570; Nomer, s. 106. ıztırar halinde müdahalede bulunanın sorumluluğuna yol açan başlıca olgunun failin başkasının malvarlığına zarar verici bir müdahalede bulunması olduğu yönünde bkz. Ulusan, **Fedakârlığın Denkleştirilmesi**, s. 106. Tehlikeyi etkisiz kılan kimsenin ancak başkasının malına zarar verebileceği, ıztırar halinin başkasının şahsına zarar vermeyi haklı göstermeyeceği yönünde bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 1993, s. 487 vd.

⁴⁷ BGE 91 II 100. Kararda fedakârlığın denkleştirilmesi kavramının açık şekilde yer almadığı, ancak fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin somut görünüm biçimlerine değinilmiş olduğu yönündeki tespit için bkz. Ulusan, **Fedakârlığın Denkleştirilmesi**, s. 209. Karara ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. Honsell/Vogt/Geiser, **Basler K. / Zivilgesetzbuch II**, 2003. Kararın geniş şekilde özetlenmiş hali için bkz. Suat Bertan, **Aynı Haklar**, Cilt I, Ankara, 1976, md. 661, N. 10. Ayrıca bkz. Oftung/Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, Band II/1*, Zurich, 1987, Prg. 16 N. 183; Oğuzman / Öz, s. 676; Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2009, s. 480; Hasan Petek, **Taşınmaz Malikin Hukuka Uygun Taşkınlıklardan Sorumluluğu**, Ankara, 2005, s. 314.

⁴⁸ Bu yöndeki tespit için bkz. Ulusan, **Fedakârlığın Denkleştirilmesi**, s. 209; Tandoğan, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s. 199.

⁴⁹ Bkz. Oğuzman / Öz, s. 676.

olarak anılacaktır) yapılması esnasında, yukarıda arz edilen İsviçre'deki gelişmenin göz önünde bulundurulduğu ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi (*bundan sonra "MK" olarak anılacaktır*) md. 656 hükmüne karşılık gelen, "Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu" kenar başlıklı 730. maddesi düzenlemesine ikinci fıkra eklenerek, taşınmaz malikinin hukuka uygun taşkınlıklarına maruz kalan komşuların, denkleştirme talebine olanak sağlandığı görülmektedir. Maddenin gerekçesinde, MK md. 656 hükmünde mevcut olan boşluğun fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi doğrultusunda doldurulmuş olduğu ifade edilmektedir. Burada, varlığı zorunlu kaçınılmaz taşkınlıklar (müdahaleler) hukuka uygun kabul edilmekte olup taşkınlık neticesinde zarar, komşu taşınmaz üzerinde maddi etki yapmak, komşuları (gürültü – koku vs. etkenlerle) rahatsız etmek, komşu taşınmazın satış değerini ve/veya gelirini azaltmak gibi çeşitli şekillerde ortaya çıkabilecektir⁵⁰. Bu anlamda denkleştirmeye konu zararın umumiyetle mülkiyet hakkına yönelik olduğu, kişiye yönelik gürültü, koku gibi etkenlerle rahatsızlık yaratma hallerinin ise, kişinin yaşam, sağlık, vücut bütünlüğü değerlerinin önemli bir bölümünü zedeleyici nitelik arz etmediği söylenebilecektir. Tehlikeli işletme faaliyetinin niteliği göz önünde bulundurulduğunda ise, bu faaliyetin kaçınılmaz, olağan bir takım sonuçlarından kaynaklanarak anılan değerlere yönelebilecek ihlallerin, gürültü, koku gibi etkenlerle rahatsızlık yaratmanın ötesinde, kişi varlığı değerlerinin önemli bir bölümünün zedelenmesini sonuçlayabilecek nitelik arz edeceği düşünülmektedir.

Tüm bu açıklamalarımız ve tespitlerimiz beraberce değerlendirildiğinde, tehlikeli işletme menfaati karşısında kişinin yaşam, sağlık, vücut bütünlüğü değerlerinin feda edilmesinin mümkün bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır⁵¹. Eren'e göre de, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanan sorumluluğu, tehlike sorumluluğundan ayıran husus, fedakârlığın denkleştirilmesine dayanan sorumlulukta kanun koyucunun zarar vermeye de izin vermiş bulunmasıdır⁵². Kanun koyucunun TBK md. 71/4 hükmünü ihdas ederken amacının, kişinin yaşam, sağlık, vücut bütünlüğü değerlerine yönelik ihlallere de izin verme yönünde olduğu düşünülemez⁵³.

Bu çerçevede, tehlikeli işletmenin izin verilmiş faaliyetinden kaynaklanan ve izin verilirken öngörülmüş olan olağan, kaçınılmaz zararların kişinin yaşam, sağlık, vücut bütünlüğü değerlerine yönelmiş olmaları ihtimalinde, giderim talebinin TBK md. 71/4 hükmünde temellenen fedakârlığın denkleşti-

⁵⁰ Ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Tandoğan, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s. 201; Petek, s. 314 vd.

⁵¹ İstanbul Bilgi Üniversitesi tarafından düzenlenen Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu'nda yürütülen tartışmalar esnasında, Doç. Dr. Yeşim Atamer'in de, fedakârlığın denkleştirilmesinde gözden kaçan noktanın asla insana zarar verilmesi imkânı tanınamaması olduğu hususunu vurgulayarak TBK md. 71/4 hükmüne eleştiri yöneltmiş olduğu görülmektedir. Bkz. **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu / Makaleler-Tebliğler**, (Derleyen: Doç.Dr. Murat İnceoğlu), İstanbul, 2012, s. 84-85.

⁵² Eren, s. 459. Ayrıca bkz. Uslan, **Fedakârlığın Denkleştirilmesi**, s. 60-61.

⁵³ 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 17. maddesinin ilk fıkrasında, herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu hükme bağlanarak, bu değerlerin anayasal güvence altına alınmış bulunduğu da vurgulanmalıdır.

rilmesi ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi kanaatimizce yerinde olmayacaktır. Bu kapsamdaki bir talebin TBK md. 71/1 hükmüne dayandırılması ve daima ortaya çıkan sonucun hukuka aykırı nitelik arz ettiğinin kabulü daha uygun olacaktır. Olağan işletme zararlarının fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanılarak tazmin ettirilebileceği şeklinde yorumladığımız TBK md. 71/4 hükmünde temellenen düzenlemenin ise sadece “şeye” ilişkin, olağan, kaçınılmaz işletme zararları bağlamında ele alınmasının, hükmün amacına daha uygun olacağı düşünülmektedir.

SONUÇ

TBK md. 71 hükmüyle getirilen düzenlemede hem tehlike sorumluluğu esasına dayanan hem de fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanan sorumluluklar bir arada düzenlenmiş olup, bu sebeple maddenin kenar başlığı “tehlike sorumluluğu ve denkleştirme” olarak revize edilmiştir.

Tehlike sorumluluğunda, tehlikeli faaliyet bakımından işletmenin yol açtığı zararlı sonuçlara ilişkin olarak ihlal yasağı geçerliliğini korurken, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulanmasında, girilen müdahalenin yanı sıra ika edilen zarar bakımından da bu yasak ortadan kalkmaktadır. Bu esasları göz önünde bulunduran kanun koyucunun, TBK md. 71/4 hükmünü, tehlike sorumluluğuna ilişkin genel kuralı tamamlamak üzere ihdas ettiği anlaşılmaktadır⁵⁴.

Tehlike sorumluluğu ile fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanan sorumluluk hallerinin aynı maddede düzenlenmiş olmasının kanun yapma tekniği açısından sorgulanması mümkündür. Paralel olarak, hükmün yukarıda ayrıntılı olarak ele alınan bazı hususlar bakımından gerekli açıklığı içermiyor olması da değerlendirilmeye muhtaçtır. Ancak çalışmamızın asıl amacı TBK md. 71 hükmüyle düzenlenen sorumluluğun esaslarının ortaya konulması olduğundan, hükmün nasıl uygulanabileceği üzerinde yoğunlaşmıştır.

TBK md. 71 hükmü bütün olarak değerlendirildiğinde, önemli derecede tehlike arz eden işletmelerin, hükmün tümü bakımından hukuk düzeni tarafından verilmiş izin çerçevesinde faaliyet gösteren işletmeler olarak anlaşılması gerektiği kabul edilmelidir. Ancak, TBK md. 71/1 hükmünde yer alan düzenleme bakımından, işletme faaliyeti izin ile yürütülmekte iken, işletmenin yol açtığı zararlı sonuçlara ilişkin olarak ihlal yasağı geçerliliğini korumakta; bir başka ifade ile burada tehlikeli işletmenin faaliyetinden kaynaklanan zararlı sonuç hukuka aykırı nitelik arz etmektedir. Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme bünyesinde gerçekleşen, bu çerçevede değerlendirilebilecek işletme kazaları bakımından tehlike sorumluluğunun söz konusu olacağı ve TBK md. 71/1 hükmünün uygulama alanı bulacağı söylenebilecektir.

Diğer taraftan, TBK md. 71/4 hükmünde düzenlenen fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulanmasında ise, yürütülen işletme faaliyetinin izinli olmasının yanı sıra, bu faaliyet neticesinde ortaya çıkan olumsuz durum bakımından da hukuka uygunluk söz konusudur. Buna göre, faaliyetini verilmiş izinle ve bu iznin esaslarına uygun olarak yürüten önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinin doğasından kaynaklanan, işletme izni verilirken

⁵⁴ Bu yönde bkz. Yavuz, s. 61.

de öngörülebilmiş olan ve fakat önlenmesi de mümkün olmayan olağan etkenlerin zarara sebep olması halinde son fıkra düzenlemesi uygulanacaktır. Kanun koyucu burada, kaçınılmaz nitelikteki olağan sonuç zararları bakımından bir ayırım yapmamış olmakla birlikte, tehlikeli işletme faaliyetinin “şeye ilişkin (olağan) zararlara” sebep olması halinde, bu durumlara maruz kalan kimselerin uğramış buldukları bu tip zararların TBK md. 71/4 hükmü düzenlemesine göre fedakârlığın denkleştirilmesi esaslı uyarınca denkleştirilmesini talep edebilecekleri düşünülmektedir. Bir başka ifade ile önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin kaçınılmaz şekilde yol açtığı, sadece mala yönelik olağan işletme zararları bakımından fedakârlığın denkleştirilmesine dayanan sorumluluğun söz konusu olacağını kabul etmek hükmün uygulanması açısından daha yerinde olacaktır. Fedakârlığın denkleştirilmesinde, zararın, zarar verenle zarar gören arasında hakkaniyete uygun olarak paylaştırılması söz konusu olacağından, tam tazminatın söz konusu olmayacağı; hâkimin hal ve şartları değerlendirerek zarar verenin ne ölçüde fedakârlığa katlanması gerektiğini hakkaniyet esasları dâhilinde belirlemesinin söz konusu olacağı da vurgulanmalıdır⁵⁵.

Buna karşılık, tehlike arz eden bir işletmenin doğasından kaynaklanan, işletme faaliyetine izin verilirken de öngörülebilmiş olan ve fakat önlenmesi de mümkün olmayan etkenlerin “kişinin sağlığına, yaşamına ve/veya vücut bütünlüğüne ilişkin zararlara” sebep olması halinde ise, anılan tür zararlara ilişkin olarak denkleştirme esasının uygulanamayacağı ve daima ortaya çıkan sonucun hukuka aykırı nitelik arz ettiğinin kabulü ile TBK md. 71/1 hükmüne dayanılarak talepte bulunulabileceği sonucuna varılması isabetli olacaktır. Zira, tehlikeli işletmenin çıkarları ile çatışan çıkarın kişi varlık ve bütünlüğüne ilişkin olması halinde, ortaya çıkan zararlı sonucun olağan ve kaçınılmaz olduğu, hukuk düzenince öngörülmüş ve izin verilmiş sonuç niteliği arz ettiği kabul edilerek kişinin yaşam, sağlık, vücut bütünlüğü değerlerinin feda edilmesi, adalet duygusunu zedeleyici niteliktedir. Bu bakımdan, kanun koyucunun, işletme menfaati karşısında kişinin yaşam, sağlık, vücut bütünlüğü değerlerinin feda edilmesi yönünde düzenleme getirdiğini kabul edebilmek uygun görünmemektedir.

⁵⁵ Hakkaniyete uygun tazminatın tam tazminat olmayacağı, zararı paylaşma oranının hakim tarafından hakkaniyete göre belirleneceğine ilişkin olarak bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 488. Aynı yönde ayrıca bkz. Tandoğan, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s. 51; Oğuzman / Öz, s. 630; Ulusan, **Fedakârlığın Denkleştirilmesi**, s. 8 vd.; Eren, s. 571.