

Tehlikeyi Önleme Yükümlülüğünün Sorumluluk Hukukundaki Yeri ve Önemi*

The Role and Significance of Duty of Care in Liability Law

Yrd. Doç. Dr. Hayriye Şen Doğramacı

Öz

Türk-İsviçre hukuk sisteminde öteden beri sorumluluk bahsi ikili bir ayırım çerçevesinde incelenmektedir. Bu ayırımın bir tarafında sözleşmesel sorumluluk, diğer tarafında ise sözleşme dışı sorumluluk yer alır. Her iki sorumluluk kaynağı kendine özgü koşul ve sonuçlara tabidir. Sorumluluğun ikili bir ayırım çerçevesinde incelenmesi, sosyal ve ekonomik hayatta yaşanan gelişmeler sonucunda kimi zaman adaletsiz sonuçları da beraberinde getirmiştir. Bu nedenle, öğretide söz konusu adaletsiz sonuçları bertaraf etmeye yönelik yeni kuramlar uygulama kazanmış ve bu sayede sözleşmesel sorumluluk ve sözleşme dışı sorumluluk ayırımının yarattığı nisbi adaletsizlik giderilmeye çalışılmıştır. Sorumluluk hukukunun temel ilkelerinden biri olan tehlikeyi önleme yükümlülüğü de bu kapsamda önemli görevler üstlenmiştir. Başkaları için tehlikeli bir durum yaratan kimşenin bu davranışlarından dolayı sorumlu tutulması, zarara mümkün olduğunca zarar verenlerin katlanması yönündeki eğilimle uyumludur. Öğretide tarafından sorumluluk hukukunun yazılı olmayan bu ilkesinin varlığı yadsınmamakla birlikte, söz konusu ilkesinin hukuki niteliği konusunda öğretide görüş birliği yoktur. Söz geçen çalışma tehlikeyi önleme yükümlülüğünün tanıtılması ve öğretideki görüşler çerçevesinde sorumluluk hukukundaki yerinin belirlenmesi amacını taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: Sorumluluk, Tehlikeyi Önleme Yükümlülüğü, Haksız Fiil Sorumluluğu, Sözleşmesel Sorumluluk

Abstract

In Turkish-Swiss legal system, the liability issue has always been analyzed within a twofold split. One part of the split is contractual liability and the other part is non-contractual liability. Both sources of liability have their own peculiar circumstances and consequ-

ences. The twofold analysis of the liability sometimes produces unjust results, as a consequence of the social and economic developments. Thus, within the doctrine new theories, aimed to eliminate the unjust results, are taking part and the relative injustice, resulted from the split between the contractual and non-contractual liabilities, are tried to be removed. Duty of care, which is an essential principle for the law of liability, assumes an important duty within that extent. The liability of the person, who causes a hazardous situation, for his/her acts, is consistent with the tendency that the maleficent should stand for the damages, as far as possible. Although the unwritten principle of the law of liability is not denied, still there is no consensus about the legality of the pointed principle within the doctrine. This paper aims to introduce the obligation of preventing the threat and to locate its place within the law of liability with regard to the perspectives of the doctrine.

Keywords: Liability, Duty of Care, Tortious Liability, Contractual Liability

Giriş

Sorumluluk kavramı hukuki bakımdan iki farklı anlamda kullanılır. Bir yönüyle sorumluluk kişinin ne ile sorumlu olacağına, diğer yönüyle neden dolayı sorumlu tutulacağına karşılık gelir. Bu bakımdan öğretide “-ile sorumluluk” ve “-den sorumluluk”tan söz edilir. Kişinin hangi davranışlarının sorumluluğa yol açacağı sorusu en basit şekliyle hukuka aykırı davranışları şeklinde karşılık bulur. Hukuka aykırılık, bünyesinde borca aykırılığı ve haksız fiilden sorumluluğu barındırır. Her iki sorumluluk kaynağı içerisinde birden fazla, farklı sorumluluk olgusu yer alır. Gün-

Yrd. Doç. Dr. Hayriye Şen Doğramacı, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, hayriyes@anadolu.edu.tr

* Bu makale AÜSBD hakem değerlendirme sürecinden geçmiştir.

delik hayattaki gelişmelere paralel olarak borca aykırılık ve haksız fiillerden sorumluluğun kapsamı zaman içerisinde gittikçe genişlemiştir. Her iki sorumluluk kaynağı bakımından genel eğilim zarara mümkün olduğunca zarar verenlerin katlanmasını sağlayamaya yönelik çareler bulunması yönündedir. Bunu sağlamak amacıyla kimi zaman kanuni düzenlemelerle yeni sorumluluk olguları ihdas edilmiş, kimi zaman da öğreti tarafından geliştirilen teorilerden yararlanılmıştır.

Tehlikeyi önleme yükümlülüğü, teknolojik ve bilimsel hayattaki gelişmelerle uyumlu bir sorumluluk düzeni sağlanmasında sözleşme dışı sorumluluk hukuku alanına dâhil edilen temel ilkelere dendir. Tehlikeyi önleme yükümlülüğü, sorumluluk hukuku alanında çok yönlü görevler yerine getirir. Bir yandan söz konusu ilkeye dayanılarak sorumluluk hukukunun sözleşme dışı sorumluluk-sözleşmesel sorumluluk hükümlerinin yarattığı nispi adaletsizliğin giderilmesi konusunda ara bir çözüm bulunmuş olacağı gibi diğer taraftan kusur ilkesi, unsurlarının geniş yorumlanmasıyla günümüz koşullarına uygun bir yapıya kavuşturulacaktır.

Sorumluluk Hukukunda Somut Durum Adaletini Sağlamaya Yönelik Çareler

Borçlar hukukunun önemli bölümlerinden birini oluşturan sorumluluk hukuku, her dönemde üzerinde önemli tartışmaların yapıldığı bir alan olma özelliğini korumuştur.

Sanayi devrimi sonrasında ortaya çıkan bilimsel ve teknolojik gelişmelerin ekonomik ve sosyal hayattaki yansımaları, sorumluluk hukuku alanında kabul edilen temel ilkelerin yeniden tartışılması gereğini doğurmuştur. Zaman içerisinde, sosyal ve ekonomik yaşamda meydana gelen değişiklikler sorumluluk hukukunun mevcut ilkeleri ile her durumda hakkaniyete uygun bir çözüme ulaşılmasını zorlaştırmıştır. Bunun aşılması ve adaletli sonuçlara ulaşılabilmesi amacıyla gerek münferit kanuni düzenlemelerle, gerek hukuk öğretisinde geliştirilen kuramlarla, zarar verenlerin sorumluluk kapsamı genişletilmiştir.

Bu hususta, sözleşme dışı sorumluluk alanında, hukuk düzenlerince münferit durumlara özgü kusursuz sorumluluk ilkeleri yaratılmıştır¹. Ancak kanunla her duruma ilişkin kusursuz sorumluluk hali düzenlenemediği için söz konusu uygulama, bir başka adaletsizliği beraberinde getirmiştir. Kusursuz sorumluluk kapsamında değerlendirilmesi gereken bir durum, sırf hakkında kanuni bir düzenleme bulunmadığından kusur sorumluluğuna ilişkin ilkelerle çözüme kavuşturulmuş, bu da benzer durumlarda birbirinden farklı hukuki sonuçlara ulaşılmasına neden olmuştur.

Sözleşme dışı sorumluluk hukukunun, teknolojik gelişmeler sonucunda kusursuz sorumluluk ilkelerinin benimsenmesiyle, yeni bir boyut kazanmasının yanı sıra, yukarıda sözü edilen adaletsizliğin giderilebilmesi için kusur sorumluluğu da unsurlarının geniş yorumlanmasıyla yeni bir içeriğe kavuşturulmuştur.

1 Hukukumuzda kusursuz sorumluluğa ilişkin düzenlemelere birbirinden farklı kaynaklarda rastlamak mümkündür. Kusursuz sorumluluk hallerinden bir kısmı Türk Medeni Kanunu'nda (TMK) bir kısmı Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) bir kısmı da özel kanunlarda düzenlenmiştir. TMK'da düzenlenen başlıca kusursuz sorumluluk halleri şunlardır. Kişisel durum sicilinin tutulmasından doğan zararlardan Devletin sorumluluğu (MK m. 38), Ev başkanının sorumluluğu (MK m.369), Vasi, kayyım ve yasal danışmanlara tazmin ettirilemeyen zararlardan Devletin sorumluluğu (MK m.468), Taşınmaz malikinin sorumluluğu (MK m.730), Tapu sicilinin tutulmasından doğan zararlardan Devletin sorumluluğu (MK.m.1007). Kusursuz sorumluluk halleri TBK'da, 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak üç üst başlık altında düzenlenmiştir. Bunlar sırasıyla, hakkaniyet sorumluluğu, özen sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu şeklindedir. TBK'da özen sorumluluğu başlığı altında TBK m. 66'da adam çalıştırmanın sorumluluğu, TBK m. 67'de hayvan bulduranın sorumluluğu, TBK m. 69'da yapı malikinin sorumluluğuna yer verilmiştir. Ayrıca TBK m. 71 ile tehlike sorumluluğuna ilişkin genel bir kural düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu dışında özel kanunlarda düzenlenen kusursuz sorumluluk hallerine örnek olarak, Karayolları Trafik Kanunu (KTK m. 85) ile düzenlenen motorlu taşıt araçlarını işletenlerin sorumluluğu, Türk Sivil Havacılık Kanunu (TSHK m. 134) ile düzenlenen sivil hava araçlarını işletenlerin sorumluluğu, Çevre Kanunu (ÇK m. 28) ile düzenlenen çevreyi kirletenlerin ve çevreye zarar verenlerin sorumluluğu, Biyogüvenlik Kanunu, (BiyogK m. 14) 'de düzenlenen genetiği değiştirilmiş organizmalar ve ürünlerden doğacak zararlardan sorumluluğu göstermek mümkündür. Kanunlarla getirilen kusursuz sorumluluk hallerinin yanı sıra kimi zaman mahkeme içtihatları ile de kusursuz sorumluluk halinin yaratıldığını söylemek mümkündür. Buna örnek olarak, iş kazası ve meslek hastalığından doğan zarardan işverenin sorumluluğu gösterilebilir.

Kusur sorumluluğu alanında objektifleştirilmiş kusur anlayışının benimsenmesi ve hukuka aykırılığın salt normun ihlali şeklinde değerlendirilmesi yukarıda sözü edilen gelişmeleri örnekler niteliktedir.

Sözleşme dışı sorumluluk alanındaki bu gelişmelerin yanı sıra, zarara mümkün olduğu kadar zarar verenlerin katlanmasını sağlamak ve bu sayede somut olay adaletini gerçekleştirmek amacıyla, sözleşmesel sorumluluk hükümlerinin sınırlarını genişleten öğretiler de uygulama kazanmıştır. *Edim yükümünden bağımsız borç ilişkileri* (Serozan, 1968, s. 117), *üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme*² ve *culpa in contrahendo*^{3,4} kuramları sayesinde bir başkasının mal veya kişi varlığına zarar vermemeyi emreden davranış normlarına aykırılık, sözleşmesel sorumluluk kapsamında değerlendirilmiştir (Akünel, 1988, s.226; Atamer, 1996b, s.102 vd; Serozan, 2002, s.212; Serozan, 1968, s. 116; Sungurbey, 1988, s. 118).

Borçlar Kanunu'nun sistematigi ile uyumlu bulunmayan bu kuramların gelişimi, sorumluluk hukukunun

- 2 İlk defa Alman Hukukunda Larenz tarafından kuramsal temellere oturtulmuş olan, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kuramı uyarınca, sözleşmeye taraf olmayan bazı kimseler de - ki öğreti tarafından bu kimselerin edime yakınlığı olan kimselerle, alacaklının çevresinde bulunup edim dolayısıyla en az alacaklı kadar tehlikeli durumda olanlar olduğu ifade edilmiştir- sözleşmeye aykırılıktan doğan zararlarını, zarar veren taraftan sözleşmesel sorumluluk hükümlerine göre isteyebilecektir. Borca aykırı davranan taraf, karşı tarafın yakınlarının da bundan zarar göreceğini sözleşme kurulurken düşünebilecek durumda ise bu kimselere karşı da sözleşmesel sorumluluk hükümleri uyarınca sorumlu tutulacaktır (Akünel, 1988, s. 227; Atamer, 1996b, s.109; Huber, 1997, s.37; Oğuzman ve Öz, 2012, C.I s.40; Serozan, 2002, s. 216; Serozan, 1968, s. 113).
- 3 Culpa in contrahendo, sözleşme öncesi kusurlu davranışlardan sorumluluğu ifade eder. Bu kuram, sözleşme görüşmelerine giren tarafların kaynağını dürüstlük kuralında bulan davranış yükümlülüklerine uygun davranmakla yükümlü tutulduğu esasına dayanır (Emmerich, 2005, s.74 vd; Huber, 1997, s.35; Oğuzman ve Öz, 2012, C.II s.38, 312; Schur, 2001, s. 232; Serozan, 1968, s. 110).
- 4 Sözleşme öncesi kusurlu davranışa bağlanacak sorumluluk yaptırımının dayanağı konusunda öğretilerde birbirinden farklı görüşler bulunmaktadır. Söz konusu yükümlülüğe aykırı davranışın sözleşme dışı sorumluluk kapsamında değerlendirileceği yolundaki görüşlere rastlanmakla birlikte (Tandoğan, 1961, s.16);Yargıtay ve öğretideki baskın görüş culpa in contrahendo'ya aykırı davranış, sözleşmesel sorumluluk kapsamında değerlendirmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. E. 2010/13-593, K. 2010/623, T. 1.12.2010 (www.kazanci.com.tr.05.01.2012); Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E. 2003/176, K. 2003/5376, T. 30.4.2003 (kazanci.com.tr.05.01.2013); (Tunçomağ, 1971, s.149; Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, 1993, s. 979; Serozan, 2002 s.213 vd; Sungurbey, 1988, s.118).

ikili yapısına birbirinden farklı sonuçlar bağlanmasından kaynaklanır (Atamer, 1996b, s.101). Borç ilişkisinin nispiliğinden hareketle, bu ilişkilerde güven ilişkisinin yoğunluğu gerekçe gösterilerek⁵, sözleşmesel sorumluluk hükümlerinin, sözleşme dışı sorumluluk hükümlerine kıyasla yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk, zamanaşımı ve zararı ispat yükü bakımından daha elverişli sonuçlara bağlanması bu nispi adaletsizliğin giderilmesi gereğini doğurmuştur (Ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, 1996b, s.101vd).

Sözleşme Dışı Sorumluluk Alanında Sorumluluğun Belirlenmesinde Kabul Edilen Temel İlkelerin Zamansal Devinimi

Sorumluluk kavramı, en geniş anlamıyla başkasının uğradığı zararı tazminle yükümlü olmayı ifade eder (Eren, 2009, s.444; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, s.18; Tandoğan, 1961, s.3). Tazmin borcunun kaynağı ya mevcut bir borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi ya da üçüncü kişiye verilen zarardır. Sorumluluğun kaynağı açısından ilk durumu sözleşmeden doğan sorumluluk ikinci durumu da sözleşme dışı sorumluluk şeklinde adlandırmak mümkündür. Her iki sorumluluk türünde zarardan kimin sorumlu olacağını belirlemek konusunda, zaman içerisinde birbirinden farklı kriterler benimsenmiştir. Tarihsel süreç içerisinde her dönemde, zarar verenin zarardan sorumluluğu belirli ilkelere dayandırılmıştır. Eski hukuklarda, sorumluluğun belirlenmesi konusunda çoğunlukla basit bir ilke olan objektif sorumluluk ilkesinden yararlanılmıştır⁶. Sebep sorumluluğu da denilen objektif sorumluluk ilkesine göre, sonucun meydana gelmesine veya zarara sebep olan kimse bundan sorumludur. Zarar görenin zarardan sorumlu tutulması için ayrıca söz konusu fiili işlerken kusurlu olması aranmaz (Söğütü Erişgin, 2002, s.13). Roma hukukunun eski devirlerinden farklı olarak Justinianus döneminde, subjektif sorumluluk ilkesi benimsenmiştir (Söğütü Erişgin, 2002, s.24; Tahiroğlu, 2000, s.38; Umur, 1968, s. 301). Kusur ilkesi şeklinde de ifade edilen bu ilke uyarınca,

- 5 Sanayi Toplumunun, kitlesel üretimin ve gitgide karmaşılaşan işbölümü riskinin bu gelişmeden yarar sağlayan kimselere yükletilmesi gereği mevcut sözleşme dışı sorumluluk kurallarının, borca aykırılık hükümleriyle paralel sonuçlar doğuracak biçimde değiştirilmesi gereğini doğurmuştur (Serozan, 2002, s. 212).
- 6 Roma ve Cermen hukukları gibi Ortaçağ Alman hukuklarında objektif sorumluluk ilkesi, genel sorumluluk ilkesi olarak kabul edilmiştir (Koçhisarlıoğlu, 1984, s.178 vd; İmre, 1949, s. 1; Rado, 1992, s.37; Tahiroğlu, 2000, s.38).

zarar verenin sorumlu tutulabilmesi için tek başına zararın doğumu yeterli değildir. Aynı zamanda zarar verenin kusurunun da bulunması gerekir (Tahiroğlu, 2000, s.37; Umur, Roma Hukuku Ders Notları,1987, s.210). Kusur ilkesi, Roma Hukukunun son dönemlerinde ve özellikle 18. ve 19. yy'da geniş uygulama alanı bulmuştur. Bu ilkeyle, kusurlu davranışlarıyla zarara neden olan kimsenin doğan zarara tümüyle katlanması gerektiği kabul edilmiştir (Oğuzman ve Öz, 2012, C.II s.2; Tandoğan, 1961, s.11).

Sorumluluğu belirleyen ilkelere verilen önem tarihsel süreç içerisinde sürekli değişiklik göstermiştir. Söz konusu değişim bugünde devam etmektedir. Zaman içerisinde objektif sorumluluk ilkesinden, subjektif sorumluluk ilkesine doğru yaşanan değişim, günümüzde, aksi yönde bir gelişme göstermiştir. Sosyal ve ekonomik koşullardaki değişim nedeniyle, objektif sorumluluk ilkesi subjektif sorumluluk ilkesinin yanında tekrar önem kazanmıştır.

Objektif sorumluluk ilkesinin, sorumluluk hukuku alanında tekrar önem kazanmasına neden olan en önemli toplumsal gelişme, sanayi devrimidir. Özellikle 18.yy'da İngiltere'de kendini gösteren sanayileşme hareketleri, başta ekonomi olmak üzere yaşamın her alanında önemli değişikliklere neden olmuştur. Sorumluluğun doğumu için sadece zarara sebep olmayı yeterli gören objektif sorumluluk ilkesi, sanayi devrimi ile birlikte yeni görünüşleriyle tekrar uygulanmaya başlamıştır. Bu dönemde, sorumluluğun doğumu için sadece zarar verici bir faaliyette bulunmak yeterli sayılmıştır (Deschenaux ve Tercier, 1983, s. 6vd; Eren, 2009, s.449; Tandoğan, 1961, s.91). Tehlike ilkesi denilen bu ilke gereğince, tehlikeli bir faaliyette bulunan veya tehlikeli işletmeye sahip olan kimse, bu faaliyet veya işletmenin neden olduğu zararları gidermekle yükümlüdür (Reisoğlu, 2012, s.197; Oğuzman ve Öz, C.II, 2012, s.186). Sorumluluğun doğabilmesi için zararın, tehlike yaratan faaliyetten doğması yeterli olup, failin kusurunun bulunması gerekli değildir (Feyzioğlu, 1976, s.462; Havutçu, 2005, s.94 Keller, 2002, s.51; Kılıçoğlu, 2011, s. 304; Koçhisarlıoğlu, 1984, s.183; İmre, 1949, s.62; Oğuzman ve Öz, 2012, C.II, s.187; Petek, 2009, s.96; Tandoğan, 1981, s. 26; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 1993, s.498; Tunçomağ, 1971, s.229). Objektif sorumluluk temeline dayanan tehlike sorumluluğu, olağan sebep sorumluluğu olarak adlandırılan diğer objektif sorumluluk hallerinden farklı, ağırlaştırılmış bir sebep sorumluluğu halidir. Tehlike sorumluluğunda kendisine sorumluluk yüklenen kimseye kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanınmamıştır (Feyzioğlu, 1976, s.463; Havutçu, 2005, s.96; Kılıçoğlu, 2011, s.304; Reisoğlu, 2012, s.199; Tandoğan, 1981, s.22; Tunçomağ, 1971, s.229).

Sorumluluk hukuku alanında zaman içerisinde meydana gelen değişiklik, yalnızca, subjektif sorumluluk ilkesinin uygulama alanının, objektif sorumluluk ilkesi lehine daralmasından ibaret değildir. Bunun yanında, subjektif sorumluluğun kurucu unsurlarının da geniş yorumlanmasıyla zarar verenin sorumluluk kapsamı genişletilmiştir. Kusurluluğun saptanmasında objektifleştirilmiş kusur kavramının benimsenmesi, hukuka aykırılık kavramının kapsamının genişletilmesi anlatılanları destekler niteliktedir. Bunun yanında günlük yaşamda ortaya çıkan değişiklikler, sorumluluk hukuku alanında hakkaniyete uygun çözümlere ulaşılabilmesi için yeni ilkelerin kabulünü gerektirmiştir. Çalışma konumuzu oluşturan tehlikeyi önleme yükümlülüğü de, sosyal ve ekonomik hayattaki gelişmelerin sorumluluk hukukuna kazandırdığı bir ilkedir.

Tehlikeyi Önleme Yükümlülüğü

Genel Olarak

Yukarıda da ifade edildiği gibi tehlikeyi önleme yükümlülüğü, toplumsal gelişmeler nedeniyle, sorumluluk hukuku alanında yaşanan değişimin bir sonucudur. Sorumluluk hukuku alanında zararı gidermenin yerine zararı önlemenin amaç edinildiği günümüzde, tehlikeyi önleme yükümlülüğü, sorumluluk hukukunun başlıca ilkeleri arasında yerini almıştır.

Tehlikeyi önleme yükümlülüğü, Alman hukukunda *Verkehrssicherungspflicht*, İsviçre hukukunda *Gefahrensatz* olarak adlandırılır (Huber, 1997, s.42; Honsell, 2005, s.59). Türk hukuk öğretilerinde, söz konusu ilkeyi adlandırma konusunda görüş birliği yoktur. Tehlike ilkesi, (Atamer, 1996a, s.24), tehlike kuralı (Eren, 2009, s.551; Havutçu, 2005, s.49), tehlikeyi önleme yükümlülüğü (Kırca, 2007, s.104), tehlikeyi bertaraf etme yükümlülüğü (Oğuzman ve Öz, 2012, C.II, s. 176) ya da tehlikeyi uzaklaştırma yükümlülüğü (Erişgin, 2005, s.183; Öztan, 1982, s.100, Petek, 2009, s.84; Tiryaki, 2007, s. 75), deyimini ile aynı hukuk ilkesi ifade edilir. Biz, çalışmamızda, ilkeyi daha iyi açıkladığımızı ve tehlike sorumluluğu ile farkını daha iyi ortaya koyduğumuzu düşündüğümüzden tehlikeyi önleme yükümlülüğü ifadesini kullanmayı uygun buluyoruz.

Tanım

Tehlikeyi önleme yükümlülüğü öğretide, izinli bir fiille tehlikeli bir durum yaratan kişinin başkalarının zarar görmemesi için gereken her türlü önlemi alması şeklinde tanımlanmıştır (Atamer, 1996a s.27; Eren, 2009, s.551; Erişgin, 2005, s. 184; Emmerich, 2005, s. 84; Huber, 1997, s.44; Schur, 2001, s. 25; Tandoğan, 1961, s. 16).

Sorumluluk hukukunun yazılı olmayan bu ilkesi uyarınca, başkalarına zarar verebilecek bir durum yaratan kimse, durumun gerektirdiği koruma önlemlerini almakla yükümlüdür; bu yükümlülüğe aykırı davranan kimse doğan zararı tazmin etmelidir (Abik, 2010, s. 373; Brehm, 2006, s. 43; Eren, 2009, s.551; Erişgin, 2005, s.184; Keller ve Schmid-Syz, 2001, s.48; Öztan, 1982, s. 103; Rey, 2003, s.169 Schur, 2001, s. 24; Tandoğan, 1961, s.15).

Bir başkasını zarardan korumak için davranışta bulunma yükümlülüğü getiren genel bir davranış kuralı yoktur. Tehlikeyi önleme yükümlülüğü getiren kuralar bazen kanun maddelerinde ifadesini bulur⁷. Bazen de böyle bir yüküm yargı kararları ile belirlenir⁸.

7 MK. m. 320'de ev reisleri için, TBK m. 70'de bina veya diğer yapı sahipleri için, KTK m. 49'da araç kullananlar için tehlikeyi önleme yükümlülüğü düzenlenmiştir.

8 İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilmiş olan aşağıdaki kararlarda tehlikeyi önleme yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmiştir: BGE 60II 38 – JdT 1934 I 290 – SJ 1939 366 yolda çukur açılması ile ilgili karar, 66II 114 – JdT I 502- benzin buşaklı boş bidonların meydana konulması ile ilgili karar, BGE 79II 66 – JdT 1954 I 86-yeterli koruyucu önlemler alınmadan yapılan hokey maçı ile ilgili karar. Federal Mahkeme'nin daha yeni kararlarında da söz konusu ilkeye aykırı davranıldığı hükme bağlanılmıştır. Yüksek mahkeme bir kararında, çukur, kuyu vb. açan kimselerin, gerekli koruyucu önlemler alması, örneğin çukurun etrafına parmaklık kapatması gerektiğine hükmetmiştir. (BGE 95 II 96); bir diğer kararda da içerisinde zehirli madde veya patlayıcı madde bulunan kapların bu özelliklerini belirtecek şekilde işaretlenmesini hükme bağlamıştır (BGE 96 II 108); Anılan kararlar için ayrıca bkz. Deschenaux ve Tercier, 1983, s.48; Eren 2009, s.551; Honsell, 2005, s.59. Alman Federal Mahkemesi tarafından verilen bir kararda da kamuya açık oyun alanlarında çocukların yaralanması halinde tehlikeyi önleme yükümlülüğünün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır BGH 01.03.1988 –VIZR 190/87). Yine Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin, 27.03.1995 Tarih, 1994/6256 Esas ve 1995/2596 Karar numaralı kararında, imalatçının sorumluluğu sırasında daha fazla özen göstermesi yükümlülüğünün imalatçının tehlikeyi önleme yükümlülüğünden kaynaklandığı ve bu nedenle zarar görenin zarar verenin kusurunu kanıtlamadaki sorumluluğunun hafiflediği kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır (www.kararevi.com. 26.02.2013). Yine Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 113.02.2002 Tarih, 2002/4-114 Esas ve 2002/84 Karar numaralı kararında kira konusu daireye monte edilen mutfak dolaplarının düşmesi nedeniyle meydana gelen yaralanmadan imalatçının sorumlu olduğu sonucuna varılmıştır. Sözü geçen kararda imalatçının sorumluluğuna tehlikeyi önleme yükümlülüğü uyarınca malulün üretimi ve düzgün olarak montajının da dâhil olduğu; akit dışı 3. kişilere verilen zarardan dolayı imalatçının sorumluluğunun akitten doğan bir yükümlülüğü yerine getirmediği için değil, piyasaya ayıplı bir mal sürdüğü ve/veya imal edilen ürünün kullanım amacına uygun olmayacak şekilde imalatçı tarafından hatalı monte edildiği için olduğu sonucuna varılmıştır (www.kazanci.com, 26.02.2013).

Öğretide bir kısım yazar tarafından tehlikeyi önlemeye yükümlülüğüne aykırı davranışın başlı başına bir sorumluluk kaynağı olamayacağı görüşü ileri sürülmüştür (Honsell, 2005, s. 59; Keller ve Schmid-Syz, 2001, s. 47). Bu görüşü savunanlar, tehlikeyi önleme yükümlülüğüne aykırı davranışın ancak hukukça korunan mutlak hakları ihlal ettiği durumda bir sorumluluktan söz edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

Tehlikeyi önleme konusunda üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmeyen kimsenin davranışının aynı zamanda bir (kusursuz) objektif sorumluluğa yol açtığı kabul ediliyorsa, kişinin sorumlu tutulabilmesi için ayrıca kusur sorumluluğunun şartlarının gerçekleşmesi aranmaz (Oğuzman ve Öz, 2012, C.II s.21).

Hukuki Niteliği

Tehlikeyi önleme yükümlülüğünün niteliği konusunda öğretilde, görüş birliği bulunmamaktadır. Öğretilde ileri sürülen bir görüş uyarınca, tehlikeyi önleme yükümlülüğünün ihlali, kusur sorumluluğu dışında objektif sorumluluk kaynağı olarak kabul edilmelidir⁹. Bu görüş taraflarınca, tehlikeyi önleme yükümlülüğüne aykırı davranan kimse, tehlikeli bir durum yarattığı için sorumludur.

Öğretilde çoğunluğu oluşturan karşıt görüşe göre ise tehlikeyi önleme yükümlülüğü, başlı başına bir objektif sorumluluğa vücut vermez. Tehlikeyi önleme yükümlülüğü, kusur sorumluluğu içerisinde değerlendirilmelidir. Bu son görüş taraftarları da tehlikeyi önleme yükümlülüğünün kusur sorumluluğundan

9 Öztan, 1982, s.281vd; Alman Federal Mahkemesinin uygulamalarında imalatçının sorumluluğu bahsi açıklanırken özellikle gelişim hataları ve imalat kaçakları bakımından tehlikeyi önleme yükümlülüğü çerçevesinde imalatçının özen yükümlülüğünün kapsamı genişletilerek ve kusuru ispat yükü tersine çevrilerek, haksız fiil alanında tehlike sorumluluğuna yaklaşan bir sorumluluk düzeni yaratılmaktadır (Havutçu, 2005, s.51; Öztan, 1982, s.220 vd.)Ürün sorumluluğunun gerçekleşebilmesi için ürünün ayıplı olması gerekir. Ürünün ayıplı olmasına sebep olan sorumlular, ürünün ayıpsız üretilmesi için kendilerine düşen davranış yükümlülüğünü ihlal etmişlerdir. Bu davranış yükümlülüğünün (tehlikeyi önleme yükümlülüğünün) ihlali doğrudan doğruya kusur oluşturmaz. Üreticinin ayıplı ürünü piyasaya sürmeme konusunda bir davranış yükümlülüğünün bulunduğundan bu sorumluluk olağan sebep sorumluluğu kategorisine girer (Kırca, 2007, s.121 vd). Karş. Erişgin, ispat yükünün ters çevrilmesiyle bağlantılı olarak tehlikeyi önleme yükümlülüklerine uyulmuş sayılmak için ağır koşullar aranacak olursa, uygulamada her meşru davranışı yaptırma bağlayan kusurdan ve sebepten bağımsız sorumluluk olguları yaratma tehlikesinin varlığına işaret etmekte, tehlikeyi önleme yükümlülüğünün bu şekilde yorumlanmasına karşı çıkmaktadır (Erişgin, 2005, s.195).

unsurlarından hangisi içerisinde değerlendirileceği noktasında kendi arasında ikiye ayrılır. İsviçre Federal mahkemesinin kararlarında bu nitelikle farklılığının etkisi görülür. Öyle ki, yüksek mahkeme adı geçen bu ilkedeki kimi zaman hukuka aykırılığı¹⁰ belirlemede kimi zaman da kusuru¹¹ tespitinde yararlanmıştı.

Tehlikeyi önleme yükümlülüğünü kusur sorumluluğu kapsamında değerlendirenlerin bir kısmı, tehlikeyi önleme yükümlülüğüne aykırı davranışı, hukuka aykırı bir davranış şeklinde nitelendirir (Abik, 2010, s.374; Deschenaux ve Tercier, 1983, s.75; Eren, 2009 s.552; Karahasan, 1989, s. 110 vd; Keller ve Schmid-Syz, 2001, s.48; Tandoğan, 1961, s.25; Tekinay, Altop, Burcuoğlu ve Akman, 1993, s. 480 ve 485). Bu görüş taraftarlarına göre, tehlikeli durum yaratan kimsenin gerekli tedbirleri alması yükümlülüğü, yazılı olmayan genel bir davranış kuralından kaynaklanır (Deschenaux ve Tercier, 1983, s.75; Tandoğan, 1961, s.25). Diğer bir görüşe göre ise, tehlikeli bir durum yaratmak yasaklanmış değildir, tehlikeyi önleme yükümlülüğüne aykırı davranan kimse hukuka aykırı davranmamıştır. Ancak tehlikeyi önlemek konusunda gerekli önlemleri almayan kimsenin kusurlu olduğundan söz edilebilir (Brehm, 2006, s.44; Havutçu, 2005, s. 50; Honsell, 2005, s. 59-60; Oğuzman ve Öz, 2012, C.II s.21; Öztan, 1982, s.103; Rey, 2003, s.198; Petek, 2009, s. 85; Tiryaki, 2007, s.76).

Kanımızca da tehlikeyi önleme yükümlülüğünü, ayrı bir sebep sorumluluğu şeklinde değerlendirmek yerine kusur sorumluluğu içerisinde kabul etmek gerekir.

10 İsviçre Federal Mahkemesinin anılan kararlarında tehlikeyi önleme yükümlülüğüne aykırı davranan kişinin davranışları hukuka aykırı olarak nitelendirilmiştir. Ağaç kütüklerinin yerleştirilmesi sırasında karşı tarafın uğradığı zararın tehlikeyi önleme yükümlülüğüne aykırılıktan kaynaklandığına ilişkin BGE'nin 31.03.2008 tarihli ve sayılı 4A_520/2007 kararı; Granit blokların neden olduğu bedensel yararlanmanın tehlikeyi önleme yükümlülüğünden kaynaklandığına ilişkin Federal Mahkemenin 3. Ağustos 2012 4A_104/2012 sayılı kararı; Federal Mahkemenin Yat kulübündeki su tesisatındaki bozukluk nedeniyle meydana gelen yaralanmada tehlikeyi önleme yükümlülüğüne aykırı davranıldığı yönündeki karar 2 Ocak 2000 tarih ve sayılı kararı 4C.119/2000/rnd.

11 İsviçre Federal Mahkemesinin 14 Mayıs, 2012 tarih ve 6B_518/2011 sayılı kararı ile kayak bölgesinde çığ düşmesini engelleyecek önlemleri almayarak, kusurlu bir şekilde yaralanma ve ölüme yol açan kayak bölgesi yöneticilerinin sorumluluğuna ilişkin karar. Kayak pistinde tehlikeyi önleme yükümlülüğü öngören (StGB 125/II) ilgili kanuna aykırı davranarak kusurlu bir şekilde bir kişinin yaralanmasına neden olan kayak pisti yönetimi ile ilgili İsviçre Federal Mahkemesinin 08.02.1985 tarih, BGE 111 IV 15 sayılı kararı.

Tehlikeyi önleme yükümlülüğüne aykırı davranışı, tehlike sorumluluğu kapsamında ya da daha da ileri giderek ayrı bir objektif sorumluluk kaynağı olarak kabul edilmesine iki yönden eleştiri getirilebilir. Her şeyden önce ülkemiz açısından konuya bakıldığında, mevcut kanuni düzenleme, tehlikeyi önleme yükümlülüğünün yeni bir objektif sorumluluk kaynağı olarak kabulüne engeldir. Tehlikeyi önleme yükümlülüğüne ilişkin Borçlar Kanunu'muzda bir hüküm yer almadığından yeni bir objektif sorumluluk halinin varlığından söz edebilmek, ancak bu konuda çıkarılmış münferit bir kanunun varlığını gerektirir. Tehlikeyi önleme yükümlülüğüne aykırı davranışı, tehlike sorumluluğu kapsamında değerlendirmek ise, zarar verenlerin sorumluluk kapsamını genişletme yönündeki eğilime ters düşer. Tehlike sorumluluğundan söz edebilmek için bir faaliyetin önemli ölçüde tehlike yaratıyor olması gerekir (Kılıçoğlu, 2011, s.304; Tandoğan, 1981, s.5; Oğuzman ve Öz, C.II, 2012, s.186; Petek, 2009, s.96). Tehlikeyi önleme yükümlülüğü ise her türlü izinli fiille başkaları için tehlike yaratılmasından sorumluluğu düzenler. Bu yönüyle tehlike sorumluluğundan daha geniş kapsamlıdır. Tehlikeyi önleme yükümlülüğünün kusur sorumluluğu içerisinde değerlendirilmesi, onun özel kanunlarla düzenlenmemiş benzer nitelikteki pek çok durumda uygulama bulmasını sağlamaktadır.

Tehlikeyi önleme yükümlülüğünü kusur sorumluluğu kapsamında değerlendiren görüşlerde yeknesaklık yoktur. Bunun nedeni, kusur sorumluluğunu oluşturan unsurların kanunda tanımlanmamış olmasıdır. Öğretide, söz konusu unsurların tanımı ve kapsamı hakkındaki farklı görüşler, tehlikeyi önleme yükümlülüğüne ilişkin nitelendirme farklılığına yol açmıştır. Tehlikeyi önleme yükümlülüğü ister hukuka aykırılık unsuru içerisinde değerlendirilsin ister kusur unsuru içerisinde değerlendirilsin her iki durumda da söz konusu unsurların kapsamı genişletilmiş olacaktır.

Hukuka Aykırılığın Belirlenmesinde Tehlikeyi Önleme Yükümlülüğüne Verilen Anlam

Borçlar Kanunumuzda kusur sorumluluğunun unsurları kanunda açıkça tanımlanmadığından, bu unsurların her biri hakkında öğretide farklı görüşlere rastlanmaktadır. Ancak öğretideki görüş çeşitliliği, kusur sorumluluğunun en muğlak kavramlarından biri olan hukuka aykırılık söz konusu olunca daha da artmaktadır. Türk-İsviçre Hukukunda, hukuka aykırılık kavramının içeriğini tespit konusunda en temel

ayrım sübjektif kuram ve objektif kuram çevresinde yapılmıştır¹². Fakat bu ayrım günümüzde eski önemini kaybetmiştir (Atamer, 1996a, s.25). Tartışmalar, artık daha çok objektif hukuka aykırılığı farklı açıdan yorumlayan iki görüş etrafında yapılmaktadır. Objektif hukuka aykırılık görüşünü benimseyenlerden bir kısmı, hukuka aykırılık için bir hakkın veya hukukun korunan bir menfaatin ihlal edilmesini ararken (Atamer, 1996b, s.101; Brehm, 2006, s. 29; Eren, 2009 s.546; Keller ve Schmied Syz, 2001, s. 46; Reisoğlu, 2012, s.164; Rey, 2003, s. 153; Tandoğan, 1961, s.18); diğer görüşü savunanlar, hukuka aykırılığı salt normun ihlali olarak görür (Feyzioğlu, 1976, s.484; Hatemi, 1976, s. 16).

Tehlikeyi önleme yükümlülüğüne aykırılığı hukuka aykırılık kapsamında değerlendiren görüş, dayanağını yukarıda sözünü ettiğimiz objektif hukuka aykırılıkta bulur. Objektif hukuka aykırılığı, salt normun ihlali şeklinde değerlendirenler hukuka aykırılıktan söz edebilmek için yazılı veya yazılı olmayan hukuk kurallarının ihlal edilmiş olmasını yeterli bulurlar (Deschenaux ve Tercier, 1983, s. 40). Bu görüş taraftarlarınca normun bir hakkı veya hukukça korunan bir menfaati himaye etmesi şart değildir. Objektif hukuka aykırılığı oldukça geniş yorumlayan bu görüş tehlikeyi önleme yükümlülüğüne aykırı davranışın da hukuka aykırı olarak değerlendirilmesine imkân verir.

Başkalarını koruma yükümlülüğü altına sokan, tehlikeli faaliyetleri önleme yükümlülüğü getiren, genel bir davranış kuralı yoktur. Ancak bazen, bazı kanun maddelerinde, bu tür yasaklara yer verildiği görülür ya da o hususta bir örf adet kuralı bulunabilir. Tehlikeyi önleme yükümlülüğüne aykırı davranmayı yasaklayan yazılı veya yazılı olmayan bir normun bulunduğu her durumda objektif hukuka aykırılık görüşü gereğince, buna aykırı davranışın hukuka aykırılık teşkil edeceği konusunda bir tartışma yoktur. Sorun, böyle bir normun bulunmadığı durumlarda tehlikeyi

önleme yükümlülüğüne aykırı davranışı hukuka aykırı olarak nitelendirme konusundadır. Bu hususta, yargı kararları ile münferit her durum için böyle bir yükümlülüğün olup olmadığının değerlendirileceği görüşü savunulabilir.

Alman sorumluluk hukukunda, mutlak hakların dolaylı ihlalinin koruma alanına dâhil edilmesi, bu hususta ihlali yasaklanan davranış yükümlerinin içtihatlar yoluyla belirlenmesi ile kabul edilmiştir¹³. Alman hukukunda yargıçların, kanun koyucu gibi davranarak, tarafların çıkarlarını, kamunun bu konuda sahip olduğu kanaati ve somut olayın özelliklerini dikkate alarak davranış kuralları ihdas etmeleri gerektiği kabul edilir. Alman hukukunda davranış normlarının en önemlisi *güvenlik önlemleri alma* yükümleridir (Atamer, 1996a, s.17).

İçtihatlar yoluyla davranış yükümleri getirilmesine ilişkin uygulamaların ilk örnekleri, hukuki değerlere hareketsiz kalınarak verilen zararları, haksız fiil hukuku kapsamına alabilmek için getirilmiş olanlardır (Atamer, 1996a, s.17). Bu anlamda toplumsal yaşamda bireylere, faaliyetlerinin doğuracağı tehlikeli sonuçları önleme ödevi yükleyen tehlikeyi önleme yükümlülüğünün bir ilke olarak kabulü, içtihatlarla davranış yükümleri getirilmesinin ilk örneklerindedir (Abik, 2010, s.374; Atamer, 1996a, s.17; Erişgin, 2005, s.185; Keller ve Schmeid Syz, 2001, s. 47-48; Havuçcu, 2005, s.49; Honsell, 2005, s.59-60; Tandoğan, 1961, s.15 vd). Yukarıda ifade edildiği gibi ne sözleşme, ne de yazılı ve yazılı olmayan hukuk kuralları bireyleri bir tehlikeyi önlemekle yükümlü kılma- mışsa, içtihatlar yoluyla böyle bir yüküm getirilebilir (Örnekler için bkz. yuk.dp.8).

Tehlikeyi önleme yükümlülüğü, kişiye her somut olaya özgü davranış yükümlerine uygun davranma ödevini yükler. Tehlikeyi önleme konusunda bireyden beklenen davranış yükümü, tehlikenin yoğunluğuna, ortaya çıkacak zararın büyüklüğüne göre de-

12 Türk İsviçre Öğretisinde hukuka aykırılığın belirlenmesinde esas alınan sübjektif kuram hukuka aykırılığı, zarar verenin zarar verici davranışta bulunmaya yetkili ve izinli olmaması şeklinde tanımlar, objektif kurama göre ise, hukuka aykırılık, zarar gören değeri korumak için hukuk düzeninin yasakladığı bir davranışta bulunmaktır. Bu iki görüş dışında hukuka aykırılığın fail esas alınarak belirlenmesi ile hukuk düzeni esas alınarak belirlenmesi arasında pratik bakımdan bir fark olmadığını kabul eden üçüncü bir görüş daha bulunmaktadır (Brehm, 2006, s.29 vd; Eren, 2009, s.545; Hatemi, 1976, s.16; Oğuzman ve Öz, 2012, C.II, s.14; Öztan, 1982, s.85-86; Tandoğan, 1961, s.17-18).

13 Alman hukukunda genel kabul gören görüş gereğince, hukuka aykırılıkta öncelikle iki alan belirlenmelidir. İlk alanda mutlak hakların doğrudan ihlali yer alır. Dar anlamda haksız fiil olgusunun gerçekleşmesi doğrudan hukuka aykırılığa işaret eder. Buna göre sonucun henüz o davranışın bir parçası olarak görülebildiği durumlarda sonuçtan hukuka aykırılık değer yargısı çıkarılabilir. Hukuka aykırılığın belirlenmesinde ikinci alanı mutlak hakların dolaylı ihlali oluşturur. Dolaylı ihlallerde zararlı sonuç hukuka aykırılık değer yargısı için yeterli değildir. Ancak bir davranış yükümüne aykırı davranılmışsa hukuka aykırılık yeterince gerekçelendirilmiş olur (Atamer, 1996a, s.15; Honsell, 2005, s.47).

gişir (Abik, 2010, s.373; Atamer, 1996a s.17; Huber, 1997, s.45; Tandoğan, 1961, s.16). Bu hususta genel bir prensip ortaya konulmamıştır. Sanayileşme sonucunda gittikçe karmaşıklaşan üretim teknikleri, her alana özgü risk faktörlerinin tespit edilip bunun sonrasında, davranış yükümlerinin belirlenmesi gereğini doğurmuştur.

Kaynağını dürüstlük kuralında bulan bu ilkenin kabulü ile Roma hukukunun *neminem leadere* ilkesine adeta yeniden uygulama kazandırılmış olmaktadır. Kişilerin üzerinde mutlak hak sahibi olduğu bedensel ve malvarlıksal değerlere kaçınılmaz olandan fazla zarar vermemeyi emreden bu hukuk ilkesinde sözü edilen kaçınılmaz olma ölçüsü, her somut olaya göre belirlenecek davranış yükümleri ile somutlaştırılacaktır (Atamer, 1996a, s.18; Eren, 2009, s.460).

Kusurluluğun Belirlenmesinde Tehlikeyi Önleme Yükümlülüğüne Verilen Anlam

Hukuka aykırılık kavramının içeriğinin belirlenmesinde olduğu gibi, failin kusurunu tespitinde de öğretide birbirinden farklı görüşler yer alır. Kusur sorumluluğunda önem arz eden durum ihmalin belirlenmesidir. Somut olayda kastın belirlenmesi güçlük arz etmez. İhmalin belirlenmesine ilişkin ilk görüş, subjektif kuram olarak isimlendirilir. Bu görüş taraftarlarınca, somut olayda failin bir ihmalinin bulunup bulunmadığının belirlenmesi hususunda onun kişisel özelliklerinden hareket edilmelidir (Feyzioğlu, 1976, s.482; Honsell, 2005, s.67; Oğuzman ve Öz, 2012, C.II, s.57; Tandoğan, 1961, s.50). Subjektif kurama karşı savunulan objektif kurama göre ise, failin kusurlu olup olmadığı örnek tipin davranışlarına göre belirlenmelidir (Eren, 2009, s.537; Feyzioğlu, 1976, s.482; Honsell, 2005, s.70; Keller, 2002, s.119; Kılıçoğlu, 2011, s.299; Reisoğlu, 2012, s. 172; Oğuzman ve Öz, 2012, C.II, s.58; Tandoğan, 1961, s.51 vd).

Kusur sorumluluğunun kapsamının, sorumluluğun unsurlarının geniş yorumlanması suretiyle genişletildiği günümüzde, kusurun objektifleştirilmesi de, yukarıda sözünü ettiğimiz eğilimin bir sonucudur. Günümüzde, sorumluluk hukukunun başlıca ilkeleri arasında olduğu kabul edilen, tehlikeyi önleme yükümlülüğü, öğretide bir kısım yazarlarca, ihlali hukuka aykırı bir davranışa değil, kusurlu davranışa yol açan bir ilke olarak kabul edilmiştir (Brehm,

2006, s.44; Havutçu, 2005, s. 50; Honsell, 2005, s. 59-60; Oğuzman ve Öz, 2012, C.II s.21; Öztan, 1982, s.103; Rey, 2003, s.198; Petek, 2009, s. 85; Tiryaki, 2007, s.76). Her somut olayda durumun gerektirdiği önlemleri almayan kimse, kusurlu davranmıştır.

Kusur sorumluluğunda failin kusurunu tespitinde, objektif tipin davranışlarını esas alan objektif kusur kuramı gereğince fail ile davranışları kıyaslanacak objektif tipin belirlenmesinde, bir takım kıstaslar göz önünde tutulur. Objektif tip, failin yaşadığı sosyal gruba dâhil, faille aynı şartlar altında yaşayan normal ve makul bir kimse olmalıdır (Eren, 2009, s.537; Keller, 2002, s.119; Oğuzman ve Öz, 2012, C.II, s. 57; Tandoğan, 1961, s.52). Tehlikeyi önleme yükümlülüğü yükleyen davranış normları da aynı durumdaki kimselerin uyması gerekli davranış kalıplarıdır. Bu davranış normlarına aykırı davranılması halinde fail kusurludur. Toplum halinde yaşama ve güven zorunluluğu herkesin fikri, mesleki ve fiziki yönden belirli bir düzeyde olmasını gerektirir. Bu nedenle tehlikeyi önleme yükümlülüğü objektif kusur anlayışına temel teşkil eder (Tandoğan, 1981, s.13).

Tehlikeyi önleme yükümlülüğüne aykırı davranışı kusurlu olarak nitelendirdiğimizde, hukuka aykırılığı anlamlandırmak önem taşır. Bu hususta Türk-İsviçre hukukunda pek tartışma konusu yapılmamış olan davranışın hukuka aykırılığı veya sonucun hukuka aykırılığı görüşlerinden birinin benimsenmesine göre yapılan değerlendirmeler önemli olacaktır. Hukuka aykırılığı sonucun hukuka aykırılığı görüşünden hareketle belirlediğimizde hukuka aykırılık ve kusur kavramı arasındaki sınır kesin olarak çizilmiş olacaktır. Bu görüş uyarınca, mutlak hak niteliğindeki malvarlıksal ve kişisel değerlerin zarara uğratılması hukuka aykırı olarak değerlendirildiğinden, özen yükümüne aykırı davranılıp davranılmadığı sadece kusurun belirlenmesinde önem taşıyacaktır (Atamer, 1996a, s.21; Honsell, 2005, s.47; Kırca, 2007, s.105, dp 449). Ancak hukuka aykırılığı, bir davranış yükümüne aykırılık olarak kabul eden davranışın hukuka aykırılığı görüşü benimsendiğinde, hukuka aykırılık ve kusur arasındaki sınır çizgisi oldukça silikleşir. Bu durumda hem hukuka aykırılık hem kusur aşamasında özen yükümüne uygun davranılıp davranılmadığı araştırması yapılacaktır (Atamer, 1996a, s. 21; Honsell, 2005, s.71).

Türk sorumluluk hukukunda genel kabul gören objektif sorumluluk ilkesini, Alman hukukundaki sonucun hukuka aykırılığı görüşüne yaklaşır biçimde yorumlayan yazarlarca, tehlikeyi önleme yükümlülüğüne aykırı davranan kimse kusurludur (Keller, 2002, s.120, s.134; Oğuzman ve Öz, 2012, C.II s.21; Öztan, 1982, s.103; Tiryaki, 2007, s.76). Hukuka aykırılığı zarar gören değeri korumak için hukuk düzeninin yasakladığı bir davranış olarak gören bu öğreti gereğince, tehlikeyi önleme yükümlülüğüne aykırı davranışın bir mutlak hakkın ihlali ile sonuçlanmasıyla fiilin hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmiş olur. Failin bu fiilden sorumlu tutulması, tehlikeyi önleme yükümlülüğüne aykırı davranmış olması ve bu konuda bir kusurunun bulunmasının sonucudur.

Görüşümüz

Sorumluluk hukukunun yazılı olmayan temel ilkelereinden biri olan tehlikeyi önleme yükümlülüğü, açıkça, özel veya genel nitelikte bir kanunla düzenlenmiş olmadıkça objektif bir sorumluluk kaynağı olarak değerlendirilmemelidir. Kanımızca, tehlikeyi önleme yükümlülüğünün ihlali, en geniş anlamıyla, davranışın hukuka aykırı olarak nitelendirilmesine yol açar. Hukuka aykırılığı yazılı veya yazılı olmayan bir hukuk normunun ihlali olarak değerlendiren objektif hukuka aykırılık görüşü böyle bir yorumu destekler niteliktedir. Gerçekten de, hukuka aykırılığı, doğrudan mutlak hakkın ihlalini yasaklayan normlarla sınırlandırmadan anlamlandıran, bu bakımdan hukuka aykırılığı salt bir hukuk normunun ihlali olarak kabul ederek mutlak hakların dolaylı ihlallerini de hiçbir tartışmaya ve yoruma gerek kalmadan kusur sorumluluğunun kapsamı içerisine dâhil eden bu anlayış, hukuka aykırılık kavramının kapsamını genişleterek, tehlikeyi önleme yükümlülüğüne aykırı davranışın bu çerçevede değerlendirilmesine yol açar. Objektif hukuka aykırılığı bu şekilde anladığımızda, tehlikeyi önleme yükümlülüğüne aykırı davranışın da hukuka aykırılık oluşturacağı konusunda hiçbir tereddüde yer kalmaz.

Somut olayda tehlikeyi önleme yükümlülüğüne aykırı davranışın hukuka aykırılığını bu şekilde gerekçelendirdikten sonra, kusur ilkesi çerçevesinde bu fiili faile yükleyebilmek için failin kusurluluğunu tespiti sıra gelir. Kusurlu davranışın belirlenmesi konusunda da öğretilerde birbirinden farklı görüşler bulunmaktadır (Bkz.yuk.s.11.) Kanımızca failin kusurunu belirlemede subjektif sorumluluk kavramından hareket

edilmelidir. Bu nedenle tehlikeyi önleme yükümlülüğü getiren bir davranış kuralına aykırı davranışı hukuka aykırı olarak nitelendirilen kimsenin bu fiilden sorumlu tutulması, ancak failin psikolojik ve moral şartlarına göre yapılacak değerlendirmeye göre kusurlu bulunması halinde mümkündür. Kusurun subjektif kriterlerden hareketle belirlenmesi, hukuku, failin iç dünyasını ile ilgilenme zorunda bırakması nedeniyle eleştirilse de kanımızca, kusur sorumluluğunun iki kavramı arasındaki sınır çizgisi, ancak bu şekilde kesinleşecektir. Ayrıca subjektif kusur ilkesine değer verilerek, kusur sorumluluğunun kusursuz sorumluluklardan farkı daha açık şekilde ortaya konulmuş olacaktır.

Sonuç

Tehlikeyi önleme yükümlülüğünün varlık ve önemi tartışılabilir. Kanımızca sorumluluk hukuku alanında tehlikeyi önleme yükümlülüğü, sorumluluk düzeninin yeknesaklaştırılması sırasında önemli bir görev yerine getirecektir. Sorumluluk hukuku alanında adalet gereksiniminin giderilebilmesi için yapılması gereken ilk iş, sorumluluk kaynakları arasında yapılan ayırımın giderilmesi, kanunda sözleşme dışı ve sözleşmesel sorumluluk ayırımı gözetilmeksizin sorumluluğun genel esaslarının düzenlenmesi olmalıdır. Bu yenileştirme hareketi içerisinde tehlikeyi önleme yükümlülüğü, sorumluluğun kurucu unsurları arasında yer alarak önemli bir görev üstlenecektir. Yeknesaklaştırılmış sorumluluk düzeni içerisinde, bir kimsenin başkaları için tehlikeli durum yaratmaktan kaçınmakla yükümlü olduğu kabul edilip, buna aykırılık, sorumluluğu doğuran genel unsurlardan biri olarak kabul edilince, en geniş anlamıyla hukuka aykırı davranışlara sorumluluk sonucu bağlanabilecektir. Ancak bu durumda söz konusu yükümlülüğe aykırı davranan kimsenin zarardan sorumluluğu yapılacak subjektif değerlendirmelerde kusurlu bulunmasına bağlıdır. Kanımızca bu görüşün aksinin kabulü zarar veren için sınırsız bir sorumluluk düzeni getirir.

Sözleşme dışı sorumluluk ve sözleşme sorumluluğunun gerek koşulları gerek sonuçları arasındaki farklılık giderildiğinde edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi, culpa in contrahendo üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kuramları ile sözleşmesel sorumluluk kapsamını genişletmek yerine, tüm bu davranışları kusur sorumluluğu çerçevesinde yaptırıma bağlamak mümkün olabilecektir.

Toplumsal yaşamda davranış yükümleri, bir kimse- nin kişivariyeti ve malvarlığını başka birisinin etki ve güven çevresine sokan, hukukten korunmaya değer amaca yönelmiş bir sosyal temasla doğar (Serozan, 2002, s.214). Bu şekilde bir sözleşme ilişkisi içerisinde bulunan taraflar arasında geçerli davranış yükümleri dışında, toplumsal düzenin gerektirdiği, genel, soyut, anonim güveni sağlamaya yönelik toplumda yaşayan tüm bireyleri kapsayan davranış yükümleri de vardır (Serozan, 2002, s.212). Bu davranış normları, düzenin varlık amacından doğar. Bu nedenle herhangi bir özel kuralda bulunmaları gerekmez (Hatemi, 1976, s.15).

Kanımızca davranış yükümlerinin borçlanıldığı kişiler çevresinin genişliği veya darlığı farklı hükümlere tâbi tutulmayı haklı kılmaz. Kaldı ki günümüzde sözleşmesel sorumluluk ve sözleşme dışı sorumluluk hallerini farklı koşul ve sonuçlara tabi kılma gerekliliği eski önemini kaybetmiştir.

Kaynakça

- Abik, Y. (2010). Normun Koruma Amacı Teorisi, *AÜHFD*, 59 (3), 345-448.
- Akünel, T. (1988). Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nisbiliği Prensibinin Aşılması, *YD*, 14 (3), 222- 236.
- Atamer, Y. (1996a). *Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması; Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramı*, İstanbul: Beta Basım Yayım.
- Atamer, Y. (1996b). Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararın Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini, *YD*, 22 (72), 99-130.
- Brehm, R. (2006). *Berner Kommentar, Bd. VI/1/3/1, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR*, Bern: Stämpfli Verlag AG, 3. Basım.
- Deschenaux H. ve Tercier P. Çev: Özdemir, S. (1983). *Sorumluluk Hukuku*, Ankara: Kadioğlu Matbaası.
- Emmerich, V. (2005). *Das Recht der Leistungsstörungen*, München: C.H. Beck Verlag.
- Eren, F. (2009). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: Beta Basım Yayın. 11. Basım.
- Erişgin, N. (2005). *Çevre Kirletenin Hukuksal Sorumluluğunda İliyet Bağı*, Ankara: İmaj Yayınevi.
- Feyzioğlu, F. N. (1976). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 2. Basım.
- Hatemi H. (1976). *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları*, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası.
- Havutçu A. (2005). *Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- Honsell, H. (2005). *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Zürich: Schultess Polygraphischer Verlag.
- İmre, Z. (1949). *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri*, İstanbul: Akgün Matbaası.
- Karahasan, M. R. (1989). *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C.I*, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım.
- Kılıçoğlu, A. (2011). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Keller, A. (2002). *Haftpflicht im Privatrecht Band I*, Bern: Staempfli Verlag.
- Keller, M. ve Schmieid-Syz, C. (2001). *Haftpflichtrecht*, Zürich: Schultess.
- Kırca, Ç. (2007). *Ürün Sorumluluğu*, Ankara. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Koçhisarlıoğlu, C. (1984). Objektif Sorumluluğun Genel Teorisi, *DÜHFD*, 2, 175-302.
- Oğuzman, K. ve Öz, T. (2012). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.I*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 3.Basım.
- Oğuzman, K. ve Öz, T. (2012). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.II*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 3.Basım.
- Öztan, B. (1982). *İmalatçının Sorumluluğu*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Petek, H. (2009). *İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Rado, T. (1992). *Roma Hukuku Dersleri; Borçlar Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi.

- Reisoğlu, S. (2012). *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükmümler*, İstanbul: Beta Yayınevi, 23.Basım.
- Rey H. (2003). *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, Zürich: Schulthess, 3. Basım.
- Schur, W. (2001). *Leistung und Sorgfalt*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Serozan, R. (1968). Culpa in Contrahendo, Akdin Müsbet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, *MHAD*, 2 (3), 108-129.
- Serozan, R. (2002). *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 3.Basım.
- Söğütü Erişgin, Ö. (2002). *Roma Hukukunda Haksız Fiil Benzerleri (Quasi Delicta)*, Ankara: İmaj Yayınevi.
- Sungurbey, A. K. (1988). *Yetkisiz Temsil*, İstanbul: Yasa Yayınları.
- Tahiroğlu, B. (2000). *Roma Borçlar Hukuku*, İstanbul: Der Yayınevi.
- Tandoğan, H. (1961). *Türk Mes'uliyet Hukuku*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Tandoğan, H. (1981). *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Halleri*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Tekinay, S., Akman, S., Burcuoğlu, H. ve Altop, A. (1993). *Borçlar Hukuku Genel Hükmümler*, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Tiryaki, B. (2007). *Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Tunçomağ, K. (1971). *Borçlar Hukukunun Genel Esasları*, İstanbul: İktisadi ve Ticari İlimler Yayınları.
- Umur, Z. (1968). *Justinianus Institutiones*, Çev. Ziya Umur, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Umur, Z. (1987). *Roma Hukuku Ders Notları*, İstanbul: Beta Kitabevi.
- <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>
- <http://www.kararevi.com/karars/668168#.US-7KKUv18E>