

YENİ TEHLİKE SORUMLULUKLARI YARATILMASINDA YARGICIN ROLÜ

Prof.Dr.TEOMAN AKÜNAL
M.Ü. Hukuk Fakültesi

I. Giriş

Sorumluluk hukukuna egemen olan klasik yaklaşım çerçevesinde, sorumluluk "haksız fiil sorumluluğu" ve "borca aykırılıktan doğan sorumluluk" olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Borçlar Kanunumuz da bu klasik ayırma paralel olarak BK.nun 41-60. maddelerinde haksız fiilden doğan sorumluluğu, BK.nun 96 vd. maddelerinde ise, daha önce yüklenilmiş bir borca aykırı davranıştan doğan, daha yaygın tanımlanması ile sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğu düzenlemiştir.

Sorumluluk Hukukunun "sözleşme dışı sorumluluk" olarak da adlandırılan haksız fiil sorumluluğunu konu edindiği; borca aykırılıktan doğan sorumluluğun Sorumluluk Hukukunun dışında kaldığı ifade edilmektedir¹.

Haksız fiil sorumluluğu ile ilgili olarak Borçlar Kanunu'nun 41. maddesinde failin hukuka aykırılığına ve failin kusurlu olmasına dayanan genel bir sorumluluk normuna yer verilmiştir. Haksız fiil sorumluluğunu dar anlamda haksız fiil kavramı altında BK.nun 41.maddesi çerçevesinde düzenlenen kusur ilkesi ile sınırlandırma eğilimleri çerçevesinde, failin kusurlu olmamasına rağmen sorumlu tutulduğu "kusursuz sorumluluk" hallerinin de "haksız fiil" olarak nitelendirilmeyeceği ileri sürülmektedir².

Kara Avrupası hukuklarında kusur sorumluluğu genel bir norm ile düzenlenmesine karşın, kusursuz sorumluluk halleri -tarihsel nedenlerin de etkisi ile- kazuistik metotla, her somut durum için ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bu düzenlemede belli bir teorik yaklaşımdan değil, günlük hayatın pratik ihtiyaçlarından hareket edilmiş olmasına rağmen, kusursuz sorumluluk hallerini genel bir ayırım ile hakkaniyet prensibine dayanan kusursuz sorumluluk halleri; hakimiyet ve yararlanma esasına dayanan kusursuz sorumluluk halleri ve tehlike esasına dayanan kusursuz sorumluluk halleri olmak üzere üç ayrı gruba ayırmak mümkündür. Temyiz kudretinden yoksun olduğu için haksız fiili işlerken kusuru bulunmayan failin verdiği

¹ Eren Fikret, Borçlar Hukuku, C.1 (6.Bası), sh. 457

² Tandoğan Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, sh. 9; Hatemi Hüseyin, Borçlar Hukuku, cilt 2 : Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1998, sh.12.

zarardan sorumlu tutulması hali ile sınırlı olan ve istisnai bir nitelik taşıyan "hakka-niyet sorumluluğu" (BK.md.54) bir tarafa bırakılacak olursa; kusursuz sorumluluğun iki yaygın türü "hakimiyet ve yararlanma" esasına dayanan kusursuz sorumluluk halleri ile, "tehlike" esasına dayanan kusursuz sorumluluk halleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

"Olağan sebep sorumlulukları" (gewöhnliche Kausalhaftungen) adı verilen birinci grup kusursuz sorumluluk hallerinde, sorumluluk hakimiyet sahibine hakimiyeti altındaki kişiler veya mallar bakımından yükletilmiş objektif bir özen yükümünün yerine getirilmediği ve zararın da bu yüzden doğmuş olduğu hususundaki iki karineye dayandırılmaktadır. Bu nedenle, olağan sebep sorumluluklarında sorumlu tutulan kişiye "gerekli özeni gösterdiğini" veya "zararın özenin gösterilmemesinden ileri gelmediğini" ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulma olanağı tanınmaktadır (BK.md.55, 56, MK.md.320).

"Tehlike" esasına dayanan kusursuz sorumluluk hallerinde ise (Gefährdungshaftungen), sorumlu kişiye sorumluluktan kurtulması için herhangi bir olanak tanınmamaktadır. Bu nedenle, tehlike sorumlulukları için ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu (scharfe Kausalhaftungen) deyimini de kullanılmaktadır³.

Son günlerini yaşamakta olduğumuz XX. yüzyılın başları, teknik gelişme ve makineleşmenin yaygınlaşmasına paralel olarak "tehlike sorumluluğu" fikrinin ortaya atıldığı ve tehlike sorumluluğu hallerinin kazuistik metotla özel kanunlar çerçevesinde düzenlendiği bir dönem olmuştur.

Batı Avrupa hukuklarında XX. yüzyılın başlarından itibaren demiryolu; elektrik ve enerji hatları; teleferik ve trolleybüs işletmeleri; hava araçları; motorlu taşıt araçları; nükleer enerji ile çalışan tesisler; gaz ve sıvı gaz tesisleri; patlayıcı madde üretim ve depolama tesisleri gibi çeşitli alanlarda tehlike sorumluluğunu içeren özel düzenlemelere yer verilmiştir⁴.

Aynı yoğunlukta olmamasına rağmen, ülkemizde de tehlike sorumluluklarına ilişkin özel düzenlemelere yer veren kanunlar çıkarılmıştır⁵. Bu konudaki yasal düzenlemelerin yetersiz kalması karşısında, doktrinde yargıcın MK.nun 1. maddesi çerçevesinde kanun koyucu gibi davranmak suretiyle yeni tehlike sorumlulukları yaratabileceği ileri sürülmüş ve Yargıtay'ın bu yöndeki çabaları - özellikle işverenin iş kazası ve meslek hastalığından doğan sorumluluğu ile ilgili içtihatları çerçevesinde - desteklenmiştir⁶.

³ Söz konusu ayırım ve deyimler için bkz. *Tandoğan Haluk*, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, sh.22 vd.(Kısaltılışı: *Tandoğan*, Kusursuz Sorumluluk).

⁴ Batı Avrupa hukuklarındaki yasal düzenlemelerle ilgili olarak bkz. *Oftinger Karl*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I./ 1 III C; *Kozioł*, Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd. II Kapitel 4; *Duetsch Erwin*, Unerlaubte Handlungen und Schadensersatz, 23/24. Ayrıca bkz. *Tandoğan*, Kusursuz Sorumluluk, sh. 26.

⁵ 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu , 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyetleri Kanunu (md.62-63), 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu

⁶ Türk doktrininde işverenin iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle sorumluluğu çok sayıda araştırmaya konu olmuştur. Bu konu ile ilgili literatür ve Yargıtay uygulaması için bkz. *Esener*, La responsabilite de l'employeur en cas d'accident de travail, BATİDER cilt 5, sh. 155-171; *Eren Fikret*, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 25.9.1997 tarih, Es. 1997/4787, Ka.1997/8679 sayılı yeni bir kararında :

"Dava hukuki nedeni itibariyle tüpgaz imalatçısının sorumluluğu esas alınarak açılmıştır. Olağan sebep sorumluluğu hallerini düzenleyen BK.nun 55, 56, 58 ve MK.nun 320 ve 656. maddeleri sorumlu kişiye, sorumluluğun kaynaklandığı kişi veya şey üzerinde bir denetim ya da gözetim ödevi yüklemiştir. Sebep sorumluluğunun ikinci bir türü olan tehlike sorumluluğunda ise sorumluluk koşulları, sorumlu aleyhine ağırlaştırılmıştır.

İşletme veya faaliyet ya da nesneye özgün tipik tehlikenin gerçekleşmesiyle sorumluluk doğar. Hukukumuzun kaynağını oluşturan ülkelerde demiryolu, gemi, posta, sivil hava aracı, motorlu araç, atom tesisi, elektrik, gaz, patlayıcı madde üreten, depolayan veya kullanan tesis ve işletmelerin işleticileriyle sahiplerinin bu tür sorumlulukları yasalarla belirlenmiştir. Ülkemizde ise yasal düzenleme, motorlu ve sivil hava araçları işletenlerle askeri manevra ve atışlar nedeni ile Devletin sorumluluğunda duralamış; ötesi için yasa koyucu gecikmede kalmıştır. Bu durum karşısında gecikme MK.nun ilk maddesi uyarınca doldurulmalıdır..."⁷ denilmek suretiyle, bu alanda oldukça çarpıcı bir görüşe yer verilmiştir.

1961/62 ders yılında Ankara Hukuk Fakültesi birinci sınıfında öğrencisi olmaksızın gurur duyduğum, daha sonraki tüm akademik yaşantımdaki olumlu katkıları ve övgüleri için minnettar olduğum ve profesörlük yaşantımın ilk günlerinden itibaren Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde beraber çalışma mutluluğuna eriştiğim *Prof. Dr. Turhan Esener'e* armağan edilen bu incelemede, tehlike sorumluluğu alanında karşılaşılan yasal eksikliğin aşılmasına yönelik Mukayeseli Hukuk uygulamaları Yargıtay ve Avusturya Yüksek Mahkemesi kararlarına dayanılarak yansıtılmaya çalışılacaktır.

II. Tehlike Sorumluluğu Alanındaki Yasal Boşlukların Doldurulması İle İlgili Çabalar:

1. Genel Olarak

Kara Avrupası hukuklarında hala etkinliğini sürdüren tehlike sorumluluklarının kazuistik metotla ve özel nitelikteki bir kanunla düzenlenmesi modeli çerçevesinde, belli bir işletme tipinin toplum yaşantısında özel bir tehlike oluşturmaya başlaması halinde yasa koyucu bu alanı düzenlemek üzere yeni bir kanun çıkarmak suretiyle yeni bir tehlike sorumluluğu yaratmaktadır. Bu metodun sakıncaları üzerinde çok durulmuş olmasına rağmen, önerilen diğer önlemlerin uygulama alanı bulamaması nedeniyle, tehlike sorumluluğu ile ilgili alanların yeni kanunlar çıkarılmak suretiyle düzenlenmesi hususundaki klasik yaklaşım hala etkinliğini sürdürmektedir.

Sorumluluğu, Ankara 1974 (Kısaltılışı: *Eren, İşverenin Sorumluluğu*); *Ulusan İltihan*, Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1990.

⁷ YKD .1997, sayı 11, sh. 1710/1711.

Söz konusu yasal düzenlemeler bir yandan çok farklı zamanlarda çıkarıldığından, diğer yandan birbirinden çok farklı alanları düzenlediklerinden, tehlike sorumluluğu halleri arasında uygulamada bir uyum sağlanamamıştır. Bu nedenin de etkisi ile, doktrinde tehlike sorumluluğunu düzenleyen genel bir kuralın konulması görüşü giderek geniş taraftar toplamıştır. Böyle bir genel kural, tehlike sorumluluğu ile ilgili kazuistik düzenlemelerdeki farklılıkları giderecek ve aynen kusur sorumluluğu alanında olduğu gibi tehlike sorumluluğu hallerinin tamamını kapsayacaktır.

Tehlike sorumluluklarının, kusura dayalı sorumlulukta olduğu gibi genel bir kural ile düzenlenmesi düşüncesi, doktrinde oldukça geniş ilgi uyandırmış ve etkin taraftarlar bulmuş olmasına rağmen; teorik ve pratik zorluklar nedeniyle henüz yaygın bir yöntem olarak uygulama alanı bulamamıştır. Bu eğilimlere paralel olarak 60'lı yıllardan itibaren Avrupa'nın eski sosyalist blok ülkelerinin çoğunun Medeni Kanunlarında ve İtalyan Medeni Kanunu'nun 2050. maddesinde tehlike sorumluluğu ile ilgili genel bir kurala yer verilmiş; Fransa'da ise cansız şeylerin sebep oldukları zararlardan bu şeyleri muhafaza edenin sorumluluğunu düzenleyen Fransız Medeni Kanunu'nun 1384. maddesi mahkeme içtihatları tarafından tehlike sorumluluğuna ilişkin genel bir kural olarak yorumlanmak suretiyle aynı sonuca ulaşılmıştır⁸.

Ülkemizde de, Medeni Kanun veya Borçlar Kanunu'nda bütün tehlike sorumluluklarını içerecek genel bir kurala yer verilmesi; bu yöntemle tehlike sorumlulukları ile ilgili özel düzenlemeler alanında kanun koyucunun bugüne kadar göstermiş olduğu ihmali ve gecikmenin giderilebileceği ileri sürülmüştür⁹.

Ne var ki, tehlike kavramını tehlike sorumluluğu ile ilgili tüm alanları kapsayacak genel bir kural çerçevesinde tanımlayabilmek oldukça zordur. Bu nedenle, tehlike sorumluluğunu her somut durum için ayrı ayrı düzenleyen mevcut yasal düzenlemelerin muhafaza edilmesini ve gelişen ihtiyaçlara paralel olarak yeni tehlike sorumluluklarının özel kanunlar ile kazuistik metoda uygun olarak düzenlenmeye devam olunmasını savunan görüşler de etkinliğini sürdürmektedir¹⁰.

Gerek kazuistik metolla yeni tehlike sorumluluğu alanlarının belirlenmesinde gerekse tehlike sorumluluğunun genel bir hükümlerle düzenlenmesinde yasama organının kendisine düşen görevi zamanında ve eksiksiz olarak yerine getirememesi, sorunun çözümünde yargının rolünü ve etkinliğini arttırmaktadır. Bu husus, ülkemize özgü bir özellik de değildir. Aksine, çok farklı sosyal ve hukuki yapıya sahip iki ayrı ülkede, Türk Yargıtay'ı ve Avusturya Yüksek Mahkemesi (Obergerichtshof) tehlike sorumlulukları ile ilgili yasal düzenleme eksikliklerini aşma

⁸ Tandoğan, Kusursuz Sorumluluk, sh.39 vd.; Tiftik Mustafa, Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural İle Düzenlenmesi Sorunu, (2.Bası), 1997, sh.65 vd.

⁹ Eren, Borçlar Hukuku, c.1, sh.470.

¹⁰ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Tiftik, sh. 65 vd.

konusunda benzer yöntemlerle etkin bir çabayı sürdürmekte ve durum Mukayeseli Hukuk açısından ilginç bir örnek oluşturmaktadır.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin yukarıda anılan 25.9.1997 tarih ve Es:1997/4787, Ka:1997/8679 sayılı kararı, Türk Yargıtay'ı ile Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin tehlike sorumluluklarının içtihat yolu ile oluşturulmasındaki katkılarını mukayeseli olarak inceleyip değerlendirmek için ilginç bir vesile oluşturacaktır.

2. Türk Hukuk Uygulamasında İşverenin Hukuki Sorumluluğunun Yargıtay İctihatları İle Kusursuz Sorumluluk İlkeleri Çerçevesinde Oluşturulması

Uygulamada işverenin işkazası ve meslek hastalığı nedeniyle sorumluluğu Yargıtay'ın kusursuz sorumluluk ilkesini benimsemesine kadar başlangıçta kusur ilkesine dayandırılmıştır. 1967 yılından itibaren bu alandaki içtihadını "risk" esasına dayandıran Yargıtay, bu deyimden bazen Fransız hukukundaki anlamı ile kusursuz sorumluluk ile eş anlamlı olarak kullanmış, bazı kararlarında ise işverenin üretim faaliyetlerinden en önde yararlanması olgusunu (çıkar ilkesi) kusursuz sorumluluk ilkesinin dayanağı olarak ön plana çıkarmış, giderek tehlike ilkesini kusursuz sorumluluğun temel ilkesi olarak benimsemiştir.

Doktrinde geniş yankılar uyandıran ve zengin bir literatüre neden olan Yargıtay'ın bu alandaki içtihadının kronolojik gelişimi ve teorik dayanakları 18.3.1987 tarihli bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında, başka bir açıklamaya gerek bırakmayacak şekilde özetlenmiştir:

"İşyerlerinde meydana gelen iş kazaları nedeniyle işverenin hukuki sorumluluğunun niteliği sorunu, İsviçre ve Türk Hukuklarında tartışmalar ve birbirleriyle bağdaştırılması olanağı bulunmayan farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Yargıtay'ın önceki kararlarında da benimsediği bir görüşe göre, işverenin bu açıdan sorumluluğu kusura dayanmaktadır. Çünkü İsviçre ve Türk Hukuklarında özel bir düzenleme sözkonusu olmadıkça asıl olan kusur sorumluluğudur.

Sanayi gelişmesi ve yurt düzeyine yayılması sonucunda işyerlerinde kullanılan teknik ve motorlu araçların her geçen gün daha fazla artması ve bu nedenle de alınabilecek her türlü önlemlerle dahi önüne geçilmesi olanağı bulunmayan tehlikelerin ortaya çıkması, dolayısıyla iş kazaları ve meslek hastalıklarının büyük artışlar göstermesi karşısında, kusura dayanan sorumluluk ilkesinin yetersiz kaldığı, modern toplum hayatının ihtiyaçlarına cevap vermediği görülmüştür.

İşte son zamanlarda kendisini yoğun bir biçimde hissettiren teknik ve teknolojik alanlardaki bu gelişmeler, kusursuz sorumluluğun bir türü olan tehlike sorumluluğu kavramını ortaya çıkartmıştır. Tehlike sorumluluğunu savunan bilim adamları, işverenin özen borcunu ideal ölçüler içinde yerine getirmesi halinde dahi, meydana gelen zarardan yine de sorumlu tutulması gerektiğini savunmaktadır.

Yargıtay, ilk kararlarında işverenin iş kazalarından doğan sorumluluğunun haksız fiile dayandığını kabul etmişken, zamanla işçinin daha yararına olan akdi sorumluluk esasını benimsemiştir. Sosyal, ekonomik ve kültürel alanda meydana gelen gelişmeler nedeniyle akdi sorumluluğun da yetersiz kalması üzerine Yargıtay son uygulamalarında istikrarlı şekilde tehlike sorumluluğunu kabul etmektedir."

(HGK'nun 18.3.1987 tarih, Es:1986/9-722, Ka: 1987/203 sayılı kararı)¹¹.

Kusursuz sorumlulukların ancak kanun ile yaratılabileceği; MK.nun 1. Maddesine dayanılarak yargıç tarafından tehlike sorumluluğu yaratılmasının sakıncalı olacağı şeklindeki olumsuz eleştirilere rağmen¹², Yargıtay, anlatım ve gerekçelendirmedeki farklılıklarla da olsa, işverenin iş kazası ve meslek hastalığından doğan sorumluluğunu kusursuz sorumluluk ilkesi çerçevesinde değerlendiren tutumunu sürdürmüştür. Yargıtay'ın bu tutumu doktrinde de destek bulmuştur. Bu çerçevede, kanun boşluğunun bulunduğu yerlerde MK. md. 1 uyarınca kanunkoyucu gibi hareket etme yetkisine sahip olan hakimin yeni bir sorumluluk sebebi yaratmaya veya mevcut bir sorumluluk türünü başka bir sorumluluk türüne dönüştürmeye yetkili olacağı doktrinde ifade edilmiştir¹³.

Bu suretle, aslında ortada bir kanun boşluğu bulunup bulunmadığı tartışmasına girilmeksizin, Yargıtay'ın MK.nun 1. maddesi uyarınca kanun boşluğunu kanunkoyucu gibi doldurmak suretiyle tehlike sorumluluğu esasına dayalı yeni bir kusursuz sorumluluk hali yaratabileceği kabul edilmiştir¹⁴. Yargıtay'ın bu konudaki tutumu, Türk hukukunda tehlike sorumluluklarını düzenleyen bir kısım özel kanunların hala çıkarılamamış olmasına da bağlanmıştır¹⁵.

Oysa, *Tandoğan*'ın da haklı olarak belirttiği gibi, tehlike sorumluluklarının yasa koyucu tarafından kazuistik metotla düzenlenmesi ancak "özel ve tipik tehlike" taşıyan bazı işletmeler için söz konusu olmakta; bütün işyerlerini kapsamaktadır. İşyerlerinin çoğunluğu özel ve tipik tehlike taşıyan işletme niteliğinde sayılamayacağından, bütün işyerleri bakımından tehlike sorumluluğu getirmek isabetli sayılmaz¹⁶.

Aslında, meslek hastalığı ve işkazası nedeniyle işverenin kusursuz sorumluluğu bazı Yargıtay kararlarında "işyerlerinin arzettiği tehlike" kriterine dayandırılmakta ise de; bu alandaki Yargıtay içtihatları kronolojik olarak yakından incelendiği zaman kusursuz sorumluluk düşüncesinin temelinde tüm işletmelerin tipik

¹¹ YKD. 1988, sayı 5, sh. 598-603.

¹² *Oğuzman Kemal*, İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Doğan Zararlardan İşverenin Sorumluluğu, İHFM. cilt XXXIV (1969), sayı 1-4, sh. 322 (337); *Tekinay S. Sulhi*, İş Kazasından ve Meslek Hastalıklarından Dolayı İşverenin Sorumluluğunun Sınırlanması Meselesi, MHAD. 1968, sayı 3, sh.91; *Tandoğan*, Kusursuz Sorumluluk, sh. 44.

¹³ *Gürsoy Kemal Tahir*, İşverenin Sorumluluğu, AHFD. cilt XXI, (1974), sayı 1-4, sh. 185 (195); *Eren*, İşverenin Sorumluluğu, sh.92.

¹⁴ *Eren*, İşverenin Sorumluluğu, sh. 92.

¹⁵ *Gürsoy*, AHFD XXXI, sy. 1-2, sh. 195-197; *Eren*, İşverenin Sorumluluğu, sh. 92; *Eren*, Borçlar Hukuku, C.1, sh.470. Bu incelememize vesile teşkil eden Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin yukarıda değindiğimiz 25.9.1997 tarihli kararında da aynı hususa işaret edilmiş olması, bu görüş ve değerlendirmelerin Yargıtay'ın son tutumunu etkilemiş olduğunu göstermektedir.

¹⁶ *Tandoğan*, Kusursuz Sorumluluk, sh. 38.

birer tehlike odağı sayılması düşüncesinden çok, nimet-külfet dengesine dayanan bir hakkaniyet düşüncesinin yattığı görülür¹⁷. Nitekim, bu konuya ilişkin Yargıtay kararlarında başlangıçta işverenin kusursuz sorumluluğu risk esasına dayandırılmış ise de, bu deyim genellikle kusursuz sorumluluk ile eş anlamlı kullanılmıştır¹⁸. Diğer bazı kararlarda işverenin üretim faaliyetinde menfaati bulunduğu olgusu, hizmet akdinde işçinin işverene bağımlı durumu, ekonomik yönden güçsüzlüğü ve zayıf durumda olan işçi kitlesinin sosyal yapı içindeki ekonomik ilerlemeye feda edilmemesi düşünceleri ön plana çıkarılmıştır¹⁹.

Diğer taraftan, işverenin iş kazası ve meslek hastalığından doğan sorumluluğuna ilişkin Yargıtay kararlarında işyerleri arasında tehlikelilik farkına dayanan bir tutum ve içtihat farklılığına da rastlanmamaktadır. Doktrinde ise, işyerinin arzettiği tehlike ister az ister çok olsun, kusursuz sorumluluğun söz konusu olacağı; aksi takdirde işçiler arasında objektif olarak bulunması gereken eşitlik ilkesinin bozulacağı ifade edilmiştir²⁰. Bu yaklaşım da, söz konusu sorumluluğun temelinde "tehlike" kriterinin değil; "hakkaniyet" düşüncesinin yattığını göstermektedir.

Nimet-külfet dengesi çerçevesinde hakkaniyet gereği olarak işverenin kusursuz sorumluluğu prensibini benimseyen Yargıtay uygulaması, işyerleri "tehlikeli" sayıldıkları için değil; işverene herhangi bir kurtuluş kanıtı getirmek suretiyle söz konusu sorumluluktan sıyrılabilme olanağı tanımadığı için ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluk, diğer deyişle "tehlike sorumluluğu" sayılır.

Hakkaniyet düşüncesi, kaçınılmazlık halinde işverenin sorumluluğunu belirlerken de etkin bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel

¹⁷ Nitekim, *Kaneti* Yargıtay'ın hakseverlik ve denkleştirici adalet düşünceleriyle yasa hükümlerini kusursuz sorumluluk yönünde yorumladığını ifade etmiştir (Haksız Filil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu I, Ankara 21-22 Ekim 1977, İstanbul 1980, sh.66. *Hatemi* (İş Kazasından doğan Maddi Tazminat takdiri, İHU 1976, İş K. md. 73 No :2) ve *Tuncay* da., (İş Kazasının unsurları ve İşverenin iş kazasından doğan sorumluluğu, İHU 1982/1, SSK. 11 No:2) işverenin iş kazası ve meslek hastalığından doğan sorumluluğunun hakkaniyet düşüncesine dayandığı görüşündedir.

¹⁸ Yarg. HGK. 25.11.1970 tarih, E. 864, K. 650 : " ..davacı işçinin davalı işletmeye ait işi gördüğü sırada yaralandığı, tarafların tamamıyla kusursuz oldukları mütalaa olunmuştur. Kazaya uğrayan işçinin ve hak sahiplerinin açacakları tazminat davalarının hukuki nedeni risk nazariyesine yani kusursuz sorumluluk esasına dayandığından, 27.3.1957 gün ve 1/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının uygulanması gerekir." Aynı nitelikteki başka kararlar için bkz. *Ulusan*, İşverenin Sorumluluğu, sh. 116 dip not 167.

¹⁹ Yarg. HGK. 25.5.1968 tarih, E. 9-110, K. 343 : "...meseleyi sosyal plan üzerinden inceleyen risk nazariyesi bütün sosyeteyle faydalandıran bir ilerleme hamlesine, elleriyle çalışanları feda etmenin en ilkel adalet fikrine karşı olacağı görüşünü savunur. Bu nazariyeden ilham alınarak, iş kazalarında klasik sorumluluk kurallarının iktibası yoluna gidilmiştir...27.3.1957 günlü ve 1/3 sayılı içtihadı birleştirme kararı da bu istikamettir" ; Yarg. 9. HD. 9.10.1970 tarih E. 8754, K. 10827 : "...kazanın iş kazası olduğu, davacı ve davalı işverende kusur bulunmadığı taraflar arasında uyumsuzluk konusu değildir. Ancak, gelişen sanayileşmenin muhtemel tehlikeleri içinde, işin yürütümü ve işverenin talimatı altında iş kazasına uğrayıp çalışma gücünü yitiren kusursuz bir işçiyi de zararları ile başbaşa bırakmak hukukun en ilkel kurallarına aykırı düşer " (Kararlar için bkz. *Oğuzman*, Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri,(Olaylar-Kararlar) 5.Bası, sh. 350-354).(Kısaltılışı: *Oğuzman* , İşçi-İşveren İlişkileri) ; Yargıtay uygulamasının bu açıdan değerlendirilmesi ile ilgili olarak bkz. *Esener*, sh. 170.

²⁰ *Eren*, İşverenin Sorumluluğu, sh.93

Kurulu'nun 25.5.1968 tarih ve E.110, K.343 sayılı kararında belirtildiği gibi: " Dava konusu olan olayda davacı tamamıyla kusursuz olmakla beraber davalı tarafta da hiç bir kusur bulunamamış ve kaza gayri kabil-i ihtinap bir olay olarak nitelen-dirilmiştir. Burada davalı kurumu tam kusurlu, ağır ihmali, kasıtlı hallerde olduğu gibi, zararın tamamından sorumlu tutmaya imkan olmadığı, hak ve nesafet kural-larının da bunu gerektirdiği ve hakimın Borçlar Kanununun 43 üncü maddesinin birinci bendi hükmü gereğince tazminatın suret ve derece-i şumulünü hal ve mevkiin icabına ve hatanın ağırlığına göre tayin edeceği hususundaki mahkemenin görüşü Hukuk Genel Kurulunca da benimsemiştir." ²¹.

Ne var ki, bu ölçütler aracılığıyla sorumluluk saptandığında, yargıç takdir yet-kisine dayanarak ve BK.nun 43. maddesini göz önünde tutmak suretiyle zararın üstlenilmesinde ekonomik yönden güçsüz olan işçinin payını daha az, zararı oluş-turan faaliyetten yararlanan işverenin payını daha fazla olarak belirleyecektir. Bu denkseverliğin de gereğidir ²².

Tehlike sorumluluğu alanında zarar görenin ağır kusurunun illiyet bağıını kesen bir neden olarak sorumluluğun doğumuna engel olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle, iş kazası veya meslek hastalığının oluşumunda kusurun tümü işçiye ait ise, işçinin uğrayacağı maddi zarardan işverenin sorumlu tutulması söz konusu olmaz²³.

Üçüncü kişinin kusuru da, tehlikeli faaliyet veya işletmeye özgü tehlikenin gerçekleşmesiyle meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağıını kesecek yoğunluğa ulaştığı takdirde, sorumluluktan kurtulma nedenidir²⁴. Ancak, işin görülmesi sırasında ortaya çıkan tehlike, işverenin ilişkisi olmayan üçüncü bir kişi tarafından yaratılmış olsa dahi, işveren kusursuz sorumluluk esasına göre sorumlu olur²⁵.

²¹ Karar için bkz. *Oğuzman, İşçi-İşveren İlişkileri*, sh. 350/351; ayrıca bkz. *Ulusan*, sh.109 dip not 141.

²² Bu konudaki çeşitli Yargıtay kararları için bkz. *Ulusan*, sh 111 dip not 150.

²³ *Ulusan*, sh. 155

²⁴ Yarg. 9.HD. 25.5.1973 tarih, E. 1972/46219, K. 1973/18047 : "Davacılar, iş kazası nedeniyle uğranılan zararlarının ödetilmesini istemişlerdir. Mahkeme, davalı işverenin ve kazalı işçinin kusurları yoksa da, risk nazariyesine göre, davalı işverenin sorumlu olacağından söz ederek davayı kabul etmiş, davalı da hükmü temyiz etmiştir. Gerçekten, davacıların murisi (..), işverene ait kamyonunda şoför muavini olarak çalışmakta olup, hadise günü yolun sağında nizami bir şekilde durmakta iken, arkadan gelen damperli bir kamyonun çarpması ile yere düşerek öldüğü anlaşılmıştır. Gerek ceza davasında, gerek bu dava meyanında yaptırılan kusur tesbitinde, kusurun % 100 damperli kamyon şoföründe olduğu kabul edilmiştir... O halde, zararlandırıcı olayın tam bir sorumlusu vardır. İşverenin ise zarar yaratan tehlike ile hiçbir bağlantısı yoktur. Bu nedenle olayda risk nazariyesinin uygulama olanağı bulunmadığından davanın kabulü, yasalara ve uygulamalara aykırıdır." (Karar için bkz. *Oğuzman, İşçi-İşveren İlişkileri*, sh.356/357); ayrıca bkz. Yarg. HGK. 18.3.1987 tarih, E. 1986/9-722, K. 1987/203 (YKD. 1988, sayı 5, sh. 598).

²⁵ Yarg. 9.HD. 1.6.1982 tarih, E. 4695, K. 1982/5343 : " Olay bir iş kazasıdır. Bu durumda işverenin akde aykırı hareket nedeniyle işçisine karşı sorumluluğu, kendisinin ve istihdam ettiği kişilerin kusurlu hareketlerinden başka, işin görülmesi sırasında meydana gelen tehlikelerin yarattığı sorunları da kapsar. Diğer bir deyişle işveren tehlike nazariyesine göre, işin görülmesi sırasında ortaya çıkan tehlikelerden doğan zararlardan da kusursuz sorumluluk esasına göre sorumludur. Bu tehlike, işverenin ilişkisi olmayan üçüncü bir kişi tarafından yaratılmış olsa dahi durum değişmez." (Karar için bkz. *Oğuzman, İşçi-İşveren İlişkileri*, sh. 357/359).

Mücbir sebebin varlığı halinde de illiyet bağının kesileceği, dolayısı ile işverenin kusursuz sorumluluğunun söz konusu olmayacağı tabiidir. Ancak, çoğunlukla mücbir sebep çağırışımı yapan olaylar, işyerinin yarattığı tehlikeler yönünden önceden görülmeyen ve karşı konulamayan nitelikte sayılmazlar. Mücbir sebebin işletmeye yabancı bir dış olay olması gerekir. İşyerinin işletilmesine yabancı bir dış olay niteliğinde olmayan; aksine işyerindeki teknik arızalardan kaynaklanan olaylar (kazan patlaması, elektrik kontağı ...vs.) mücbir sebep değil, umulmayan hal olarak kabul edilebilir. Yargıtay, iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde taraflara herhangi bir kusur isnat edilemese ve her türlü tedbir alınsa dahi zararın meydana gelmesinin önüne geçilemeyeceği hallerde de, işyerindeki olumsuz sonuçların işverene yükletilmesi gerektiği yolundaki tehlike esasına dayalı kusursuz sorumluluk prensibini uygulamaktadır, ancak tazminattan belli bir indirim yapılmasını öngörmektedir²⁶

3. Avusturya Örneği: Tehlike Sorumluluğu İçeren Kuralların Örnekseme (Kıyas) Yolu İle Uygulanması

Tehlike sorumluluğunu içeren kazuistik düzenlemelerin kusur sorumluluğuna dayanan genel kurala istisna oluşturdukları kabul edilmekte; uygulama alanlarının genişletilerek, benzer tehlike yaratan ilişkilere örnekseme yolu ile uygulanmalarına genellikle kuşku ile yaklaşılmaktadır²⁷. Buna rağmen, Mukayeseli Hukukta Avusturya uygulaması bu alanda karşılaşılan yasal boşlukların yol açacağı adaletsiz sonuçların önlenmesi bakımından, tehlike sorumluluğu içeren hükümlerin örnekseme yolu ile uygulanması konusunda başarılı bir mukayeseli hukuk örneği oluşturmaktadır.

Avusturya Hukukunda da, Alman ve İsviçre hukuklarında olduğu gibi kusursuz sorumluluk alanı kazuistik düzenlemeleri içermektedir. Ancak, Avusturya Yüksek Mahkemesi (OGH) daha 50'li yılların başlarından itibaren tehlike sorumluluğu içeren hükümleri örnekseme yolu ile benzer tehlikeli faaliyet ve işletmelere uygulamak suretiyle yasa koyucunun henüz düzenlemediği alanlarda tehlike sorumluluğuna dayanan çözümlerin uygulanabilmesine olanak sağlamıştır. Avusturya Yüksek Mahkemesi bu uygulamasını günümüzde de sürdürmektedir.

Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin bu alandaki uygulaması Avusturya hukuk doktrini tarafından da desteklenmiştir. Başta *Ehrenzweig* olmak üzere, Avusturya doktrinindeki ağırlıklı görüş özel kanunların da örnekseme yolu ile benzer ilişkilere uygulama alanı bulabileceğini kabul etmektedir²⁸. Avusturya doktrinine

²⁶ Yarg. 9.HD. 31.10.1983 tarih, E. 1983/6805, K. 1983/8720 : "...burada kötü tesadüf olarak tanımlanan husus kaçınılmazlık olup, kusursuz sorumluluk esasının uygulanmasını gerektirir. Böyle olunca davalı işvereni kusursuz sorumluluktan mahkum etmek, en çok sorumluluğun tamamını davalıya yüklememek, tesbit edilecek maddi ve manevi zarardan BK.nun 43. maddesi uyarınca hakkaniyet ölçüsünde indirim yapmak icap eder." (YKD. 1984, sayı 4, sh.582/583).

²⁷ *Oftinger / Stark*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II/1 (4.Aufl), sh.14; *İmre Zahit*, Doktrin ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, sh. 70.

²⁸ *Ehrenzweig Armin*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. II/1 : Das Recht der Schuldverhältnisse (1928), sh. 652, 690 ; *Kozioł*, Haftpflichtrecht, sh. 484; *Kozioł*, Umfassende

göre, örnekseme engeli ancak özel kanunda belli ilişkiler açıkça belirtilmek suretiyle ayırık tutulmuşsa söz konusu olmaktadır. Doktrindeki bu görüşün de etkisi ile, Avusturya Yüksek Mahkemesi 1953 tarihli bir kararında, tehlike sorumluluğu alanında temel yasa sayılan Demiryolu ve Motorlu Taşıt Araçlarından Sorumluluk Yasası (1959 tarihli Eisenbahn- und Kraftfahrzeughaftpflichtgesetz = EKHG) henüz yürürlüğe girmemiş olmasına rağmen, teleferik işletmesi ile ilgili bir kazada: "Sorumluluk Hukukuna ait kanunlarda yer alan özel tehlike sorumluluğunun örnekseme yolu ile benzer nitelikteki bütün tehlikeli işletmelere genişletilerek uygulanması gerektiğine" karar vermiştir²⁹.

Yüksek mahkeme, bu karardan bir yıl sonra da, tehlikeli gazlar çıkaran bir tesis hakkında örnekseme yolu ile tehlike sorumluluğuna ilişkin prensipleri uygulamaktan çekinmemiştir³⁰. 1973 tarihli bir diğer kararda da, mahalli mahkemenin özel nitelikteki bir tehlike sorumluluğu kuralını örnekseme yolu ile genişleterek benzer bir tehlikeli ilişkiye uygulamasına ilişkin bir kararını onaylarken, Yüksek Mahkeme'nin bu konudaki eğilimi açıkça vurgulanmıştır: Avusturya Hukukunda girişimcilerin istihdam ettikleri personel veya işlettikleri işletmeler dolayısıyla kusursuz sorumluluk esasları uyarınca sorumlu tutulduklarına işaret eden Yüksek Mahkeme'ye göre: "*kanun koyucunun özellikle girişimcilere ilişkin olarak ayrı ayrı kanunlarda öngördüğü özel işletme tehlikesine dayanan tehlike sorumluluklarının tüm tehlikeli faaliyet ve işletmelere örnekseme yolu ile uygulanmak suretiyle genişletilebilmesi mümkündür. Ne var ki, tehlikeli işletme kavramının çok geniş yorumlanmasından kaçınılmalıdır. Tehlike sorumluluğunun söz konusu olduğu işletmeler, yüksek enerji güçlerinin açığa çıkmasına neden olan, yüksek hızı ile kitleleri tehlikeye maruz bırakan, patlayıcı maddeler üreten ve kullanan, başkalarının mal ve can güvenliği bakımından ortamı çok tehlikeli hale getiren, nitelikleri gereği tipik olarak tehlikeli sayılan işletmelerdir. Yoksa, normal koşullar altında tehlikeli sayılmayan bir işletme, istisnai olarak çok tehlikeli bir hale gelmişse, işleten bakımından özel bir sorumluluk söz konusu olmaz...*"³¹. Karara konu teşkil eden somut olayda, yukarıda belirtilen kriterlerden hareket edilerek, donanma fişekleri imal eden bir işletmenin tipik tehlikelilik hali oluşturduğu ve tehlike sorumluluğu ile ilgili hükümlerin bu işletme bakımından da örnekseme yolu ile uygulama alanı bulacağı kabul edilmiştir.

Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin daha sonraki tarihli çok sayıdaki kararında ise, tehlike sorumluluğuna ilişkin kuralların örnekseme yolu ile uygulanması prensibi teyid edilmekle birlikte, somut olayda "tehlikeli işletme" mevcut olmadığı için sorumluluğun tesisi mümkün görülmemiştir³².

Kozioł'un da haklı olarak belirttiği gibi, tehlike sorumluluğu ile ilgili bir hükmün örnekseme yolu ile uygulanmasında karşılaşılabilecek ilk güçlük, kanunun

Gefährdungshaftung durch Analogie?, Festschrift für Walter Wilburg (1975), (Kısaltılışı: *Kozioł, Analogie*), sh. 177-178.

²⁹ Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen (SZ) 26/75

³⁰ SZ 31/26

³¹ Kararın değerlendirilmesi için bkz. *Kozioł, Analogie*, sh. 177 Nr. 20.

³² Bu kararların listesi için bkz. *Kozioł, Haftpflichtrecht*, sh.485 Nr.9

öngördüğü türden bir tehlike kaynağının ne zaman mevcut sayılacağı sorusunun cevaplandırılmasında ortaya çıkar. Mevcut yasal düzenlemeler göz önünde tutulacak olursa, tipik bir tehlike kaynağından söz edebilmek için örneğin motorlu taşıt araçlarında olduğu gibi zararın doğumu bakımından yüksek bir olasılığın varlığı veya nükleer enerji tesislerinde olduğu gibi doğabilecek zararın aşırı yüksekliği belirleyici bir rol oynar³³.

Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin 1973 tarihli kararında da belirtilen bu nitelikteki kriterler çerçevesinde, zararlı gazlar çıkaran bir işletme ile, patlayıcı maddeler üreten bir tesis "tehlikeli" sayılıp, haklarında tehlike sorumluluğu ile ilgili kuralları örnekseme yolu ile uygulanmasına hükmedilirken; oto tamir servisleri, tarım işletmeleri, ısı tecrid tesisleri, kayak liftleri, su tesisatı, soda şişeleri, bir yapı alanına yerleştirilen Caterpillar ile ilgili olarak tehlike sorumluluğu esaslarının uygulanması kabul edilmemiştir³⁴.

Tehlike sorumluluğuna yer veren kanuni düzenlemelerde kanun koyucunun genel bir yaklaşımdan hareket etmesine karşılık, sorumluluğun düzenlenmesinde bu genel yaklaşımı göz ardı etmek suretiyle detaya ilişkin konularda farklı yaklaşımların benimsenmiş olması da örnekseme yolu ile uygulama açısından zorluklara neden olmaktadır. Söz konusu nedenlerle, birbirinden oldukça farklı düzenlemeler içeren tehlike sorumluluğu hallerinden hangisinin örnekseme yolu ile uygulanacağı sorusu sorun yaratırken; ortak bir düzenlemenin yokluğu nedeniyle örneksemenin mümkün olup olamayacağı hususunda ciddi endişeler ortaya atılmıştır. Tehlike sorumluluğuna yer veren bazı yasal düzenlemelerde kişiye gelen zararın tazmini bakımından üst bir sınırın tesbit edilmiş olması; bu sınırın farklı haller bakımından farklı olarak belirlenmesi; bazı hallerde manevi tazminat talepleri için tehlike sorumluluğunun değil, kusur sorumluluğu prensibinin geçerli olması; sorumluluktan kurtulma nedenlerinin birbirinden farklı olarak belirlenmesi; farklı zaman aşımı sürelerinin öngörülmesi gibi farklılıklar tehlike sorumluluğu ile ilgili hükümlerin benzer hallerde örnekseme yolu ile uygulanmasını zorlaştırmaktadır. Bütün bu zorluklara rağmen, Avusturya Yüksek Mahkemesi önüne gelen her somut olayın özelliklerini dikkate almak suretiyle tehlike sorumluluğu ile ilgili hükümlerin örnekseme yoluyla uygulanmasını bugüne kadar başarılı bir şekilde gerçekleştirmiştir³⁵. Bu çerçevede, daha 1947 tarihli bir kararda, henüz elektrik tesisleri hakkında tehlike sorumluluğu ile ilgili yasal bir düzenleme mevcut değilken, 1908 tarihli Otomobil Sorumluluğu Kanunu ile 1869 tarihli Demiryolu Sorumluluğu Kanunu'nun işletme tehlikesi ile ilgili hükümlerinin yüksek gerilim hattı işleticisine örnekseme yolu ile uygulanmasında tereddüt duyulmamış³⁶; 1953 tarihli bir diğer kararda da, teleferik işletmesinin sorumluluğu ile ilgili olmak üzere, tehlike sorumluluğu içeren kanuni düzenlemelerin yaklaşık olarak aynı tehlikeleri içeren bütün tehlikeli işletmelere örnekseme yolu

³³ *Kozioł, Haftpflichtrecht*, sh. 485.

³⁴ *Kozioł, Haftpflichtrecht*, sh. 485, Nr. 12-20.

³⁵ *Kozioł, Haftpflichtrecht*, sh. 486.

³⁶ SZ 21/46 (*Kozioł, Analogie*, sh. 175 Nr. 15'den naklen).

ile uygulanması gerektiği vurgulanmıştır³⁷. 1958 tarihli bir diğer kararda da, Avusturya mevzuatındaki tehlike sorumluluğuna ilişkin kazuistik düzenlemelere atıf yapılmak suretiyle, zararlı gazlar çıkaran bir tesis bakımından tehlike sorumluluğu hükümlerinin örnekseme yolu ile uygulanmasına karar verilmiştir. Söz konusu kararda, örneksemeye esas alınan hükümler somut olarak belirtilmemiş olmasına rağmen; tüm tehlike sorumluluğu düzenlemelerinde yer alan zarar görenin ağır kusuru, üçüncü kişinin ağır kusuru ve beklenilmeyen hallerin varlığının sorumluluğun ortadan kalkmasına yol açacağı belirtilmiştir.

Avusturya Yüksek Mahkemesi kararlarında yer alan kriterlerden hareket edilerek, Avusturya doktrininde tehlike sorumluluğu ile ilgili yasal bir düzenlemenin örnekseme yolu ile benzer bir olaya uygulanması için gerekli unsurların tesbitine çalışılmıştır. Bu çerçevede, örnekseme yolu ile uygulamada tehlike sorumluluğu içeren tüm yasal düzenlemelerin değil, belli bir kanunun göz önünde tutulması gerektiği ifade edilmektedir. Bunun için tehlike sorumluluğuna yol açacak şey veya tesisin örnekseme yolu ile uygulanacak kanunda öngörülen türden bir tehlikeye yol açması gerekir. İkinci bir husus olarak, ancak tüm tehlike sorumluluğu halleri ile ilgili genel bir kuralın örnekseme yolu ile uygulanmasının söz konusu olabileceği belirtilmektedir. Tehlike sorumluluğunu içeren yasal düzenlemelerin birbirinden oldukça farklı hükümler içermesi karşısında, tüm tehlike sorumluluğu halleri bakımından geçerli olacak böyle genel bir kuralın saptanması oldukça zordur. Ancak, mahkeme içtihatları ve doktrin böyle bir genel kuralı saptamış bulunmaktadır: Tehlikeli bir eşya veya tesisin işleticisi yardımcılarının kusurundan dolayı kusursuz sorumluluk ilkesi çerçevesinde sınırsız olarak sorumlu tutulmalıdır.

Bu kriterlere dayanarak her somut olayda tatmin edici sonuçlara ulaşmanın kolay olmayacağı kabul edilmektedir. Somut olayda tehlike sorumluluğuna ilişkin yasal düzenlemeye oranla daha az tehlikeli bir şey veya tesis söz konusu ise ve bu durum tehlike sorumluluğu hükümlerinin örnekseme yolu ile uygulanmasına engel teşkil ediyorsa, kusur sorumluluğu ilkesi çerçevesinde ispat yükünün yer değiştirmesi suretiyle daha ağır bir sorumluluk yönteminin benimsenmesi de mümkün görülmektedir³⁸. Bu çerçevede, sorumluluğa yol açan şey veya tesisin daha az tehlikeli olması nedeniyle tehlike sorumluluğuna ilişkin yasal hükümlerin örnekseme yolu ile uygulanmadığı hallerde, işleteni eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurları nedeniyle daha ağır bir sorumluluğa tabi tutmak, özellikle bu kişilerin kusursuzluğunu ispat yükünü işletene yüklemek, tehlike sorumluluğu ile ilgili düzenlemelerde de yer verilen bir çözüm olması bakımından isabetli görülmektedir³⁹. Keza, sorumluluğu ortadan kaldıran etkisi bakımından mücbir sebep sayılan hallerin sınırlandırılması ve bu çerçevede sorumluluğa yol açan şey veya tesisin bünyesinde yer alan sebeplerin mücbir sebep olarak kabul edilmemesi uygun görülmektedir⁴⁰. Tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutularak, sorumluluğu

³⁷ SZ 26/75. Kararın değerlendirilmesi için bkz. *Kozioł*, Analogie, sh. 176.

³⁸ *Kozioł*, Haftpflichtrecht, sh. 489

³⁹ *Kozioł*, Haftpflichtrecht, sh. 489.

⁴⁰ *Kozioł*, Haftpflichtrecht, sh. 489; karşı yukarıda dipnot 26.

ortadan kaldıracak mücbir sebep hallerinin daha da sınırlı olarak öngörülmesi de mümkündür⁴¹.

Tehlike sorumluluğu ile ilgili hükümlerin örnekseme yolu ile uygulanmasının mümkün görülmesi halinde, eğer sorumluluğu azami bir meblağ ile sınırlayan çeşitli hükümler mevcut ise, bunlar arasından en az limiti öngören hükmün uygulanması gerektiği ifade edilmektedir⁴². Keza, farklı zamanaşımı sürelerinin varlığı halinde de, genel kanunların öngördüğü zaman aşımı sürelerinin uygulanmasının uygun olacağına işaret edilmektedir⁴³.

Sonuç olarak, tüm tehlikeli nesne, tesis, faaliyet ve işletmeler genel bir tehlike sorumluluğu normuna bağlanmadıkça, tehlike sorumluluklarının kazuistik metotla düzenlenmesinin kaçınılmaz olarak yol açtığı yasa boşluklarının benzer menfaat ve değerleri koruyan tehlike sorumluluğu özel kurallarının örnekseme yolu ile genişletilerek uygulanmasına ilişkin Avusturya Yüksek Mahkemesi uygulaması doktrindeki baskın görüş tarafından da açıkça desteklenmektedir .

Sonuç

Tehlike sorumluluğu öngören kanunlar sayıca ne kadar artırılırsa artırılın, bu alanı kazuistik metotla düzenleme çabaları yetersiz kalmaya mahkumdur. Tehlike sorumluluklarını kusur sorumluluğunun istisnaları olarak kazuistik metotla düzenleme yerine, kusur sorumluluğunu tamamlayıcı nitelikte genel bir tehlike sorumluluğu kuralı ile düzenleme fikri gibi⁴⁴; mevcut tehlike sorumluluğu hükümlerini muhafaza ederek, tehlike sorumluluğuna bağlanmamış tehlikeli faaliyet ve işletmeler bakımından boşluk doldurucu ve tamamlayıcı işlev görecektir bir genel tehlike kuralı düzenlenmesi görüşü de⁴⁵ günümüze kadar gerçekleşme olanağı bulamamıştır.

Bu durum karşısında uygulamada ortaya çıkan yasa boşluğunu doldurma görevi yargıca düşmektedir. Yargıcın yasa boşluklarını doldururken başvurması gereken ilk metod, boşluğu örnekseme yolu ile doldurmaktır⁴⁶. Bir olayı düzenleyen kuralın, hakkında düzenleme olmayan bir başka olaya örnekseme yolu ile uygulanabilmesi için, her iki olaydaki çıkarlar dengesinin benzer olması; bu nedenle de aynı biçimde çözüm üretmenin bu çıkarlar dengesine uygun düşmesi gerekli ve yeterlidir.

Avusturya doktrin ve uygulamasında, bir tehlike sorumluluğunun kanunda düzenlenmiş olgularla sınırlı tutulmasını haklı gösterecek bir değer yargısının

⁴¹ Koziol, *Haftpflichtrecht*, sh. 489.

⁴² Koziol, *Haftpflichtrecht*, sh. 490.

⁴³ Koziol, *Haftpflichtrecht*, sh.490.

⁴⁴ Deutsch Erwin, *Haftungsrecht*, Bd. I, sh. 30

⁴⁵ Kötz, *Haftung für besondere Gefahren- Generalklausel für die Gefährdungshaftung*, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) Bd. 140, sh. 1-4.

⁴⁶ Örnekseme yolundan yararlanarak da olsa, bir olaya kanunun herhangi bir hükmü uygulanabiliyorsa, artık kanun boşluğundan söz edilemeyeceği görüşü için bkz. *Tekinay*, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, (6.Bası), sh.64.

bulunmadığı; aksine, tehlike sorumluluğunu öngören mevcut kazuistik düzenlemelerin sınırlayıcı düzenlemelerden çok, tehlikeli tesis, faaliyet ve işletmeler için genel bir ilkenin ifadesi olarak kabul edilmeleri gerektiği; bu nedenle de yasada düzenlenmeyen benzer hallere de tümenden örneksene yolu ile (rechtsanalogie veya Gesamtanalogie)⁴⁷ uygulanabilecekleri sonucuna varılmaktadır.

Örneksene yolu ile uygulamayı, bir boşluk doldurma yöntemi olarak, Türk/İsviçre Medeni Kanunları da benimsemiştir⁴⁸.

Önüne gelen olaya örneksene yolu ile uygulanacak bir kural bulamayan yargıç, sorunu çözümsüz bırakamayacağından, kendisi hukuk kuralı yaratmak zorunda kalacaktır. Ancak, yargıç hukuk yaratma işlevini yerine getirirken mevcut hukuk düzenine egemen olan örgü birliğini ve armoniyi gözönünde tutmakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün sonucu olarak, tehlike sorumlulukları alanındaki yasa boşluklarının yargıcın yaratacağı hukuk ile doldurulmasında da, aynen örneksenede olduğu gibi, mevzuatımızdaki tehlike sorumluluğu ile ilgili mevcut düzenlemelerin göz önünde bulundurulmasını gerektirir. Avusturya doktrin ve uygulamasında tehlike sorumluluğu hükümlerinin örneksene yolu ile uygulanmasına ilişkin olarak ortaya atılan görüş ve kriterler, bu alandaki yasa boşluğunu doldurma işlevini üstlenecek Türk hukuk uygulamasına da yön gösterecek mukayeseli bir hukuk örneği oluşturmaktadır.

⁴⁷ *Kozio/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Bd. I: Allgemeiner Teil, Schuldrecht, (9. Aufl.), sh.27.

⁴⁸ *Gmür*, Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches, sh. 65; *Meter-Hayoz*, Der Richter als Gesetzgeber, sh.160.