

TBK M.71/ F.4 HÜKMÜNE ALTERNATİF ÇÖZÜM: ÖRTÜLÜ BOŞLUK



Doç. Dr. M. Murat İNCEOĞLU
İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı

Arş. Gör. Gökçe KURTULAN
İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı



ÖZET: Türk Borçlar Kanunu'nun 71. maddesinin son fıkrası, önemli ölçüde tehli-
ke arz eden bir işletmenin faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş ise, bu tür faaliyet-
lerden zarar görenlerin denkleştirilme isteyebileceğini düzenlemiştir. Bu hükmün nasıl
yorumlanması gerektiği konusunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Kanaa-
timizce burada örtülü bir kanun boşluğunun bulunduğu kabul edilmeli ve bu boşluk tam
tazminat ilkesi ile doldurulmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Tehlike Sorumluluğu, Kusursuz Sorumluluk, İzin
Verilen Risk, Fedakarlığın Denkleştirilmesi, Örtülü Kanun Boşluğu, Tam Tazminat
İlkesi.

An Alternative Solution to Article 71/4 of Turkish Code of Obligations: An Implied Legal Gap

ABSTRACT: Article 71/4 of Turkish Code of Obligations stipulates that
damages arising from allowed risks are to be compensated with an appropriate
requit. Many views have been expressed as regards to the correct interpretation of
this clause. In our view, there exists an implied legal gap in Article 71 of Turkish
Code of Obligations and this gap shall be filled in accordance with the principle of
full compensation.

Keywords: Liability for Risk, Strict Liability, Allowed Risks, Balancing of
Sacrifices, Implied Legal Gap, Principle of Full Compensation.

1. SORUNUN ORTAYA KONULMASI

Türk Borçlar Kanunu'nun 71. maddesi tehlike sorumluluğunu genel bir hükümlerle düzenlemiştir. Söz konusu hükmün ilk fıkrasına göre, “*Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur*”.¹ Türk Borçlar Kanunu'nun 71. maddesinin amacı hiç kuşkusuz bir kusursuz sorumluluk hâli yaratmak suretiyle zarar gören üçüncü kişileri korumaktır. Esasen tehlike sorumluluğunun doğabilmesi için ortada tehlikeli bir faaliyet mevcut olmalıdır. Tehlikeli faaliyetlere de normal şartlarda hukuk düzenince izin verilmemesi gerekir. Ancak söz konusu tehlikeli faaliyetin topluma aynı zamanda bir fayda sağladığı durumlarda, hukuk düzeni istisnai olarak bu tür faaliyetlere izin vermeyi tercih edebilir. Motorlu taşıtlar bunun en güzel örneğini teşkil etmektedir. Aslında ölümcül birer araç olabilen ve her gün birçok kişinin ölümüne yol açan motorlu taşıtlara izin verilmesinin nedeni, bu araçların topluma sağladığı faydalardır.

Kanun koyucu bir yandan bu faaliyete topluma sağladığı fayda nedeniyle izin verirken, öte yandan bu faaliyetler neticesinde ortaya çıkan zararın, rastlantısal olarak isabet ettiği kişilerin üzerinde kalmasını arzulamamış ve bu nedenle de bir kusursuz sorumluluk hâli yaratmıştır. Ancak bu durumda da zararın söz konusu tehlikeli faaliyette bulunan pek çok işletmeden sadece bazıları üzerinde kalması ihtimali doğmaktadır. Oysa olması gereken, bu zararın söz konusu tehlikeli faaliyette bulunan tüm işletmelere eşit bir şekilde yayılmasıdır. Bunun da yolu tehlikeli faaliyetler açısından zorunlu sorumluluk sigortasının getirilmesidir². Gerçekten de tehlike sorumluluğunun özel olarak düzenlendiği hâllerde genellikle bir zorunlu sorumluluk sigortasının öngörülmesi şarttır³.

¹ Hükmün diğer fıkralarına göre, “*Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arzeden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arzeden işletme sayılır.*

Belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır.

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

² Aynı yönde bkz. **Baçoğlu, Başak**, Tehlike Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Tartışması, Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, İstanbul 2015, s.165.

³ Örneğin, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 91. maddesinde, 5710 sayılı Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışına İlişkin Kanun'un 5. maddesinde ve 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun 138. maddesinde zorunlu mali sorumluluk sigortası yapılması gerektiği hükme bağlanmıştır.

Ancak bu bağlamda belirtmek gerekir ki, doktrinde tehlike sorumluluğunun genel bir hükümle düzenlenmesinin isabetli olup olmadığı tartışmalıdır⁴. Her bir tehlike hâli için yeni bir kanun çıkarmanın pratik güçlüğü tehlike sorumluluğunun genel olarak düzenlenmesi yönündeki en güçlü gerekçeyi oluşturmaktadır. Buna karşılık tehlike sorumluluğunun bu hâliyle çok geniş anlaşılması riski mevcuttur. Daha da önemlisi, özel tehlike sorumluluğu düzenlemelerinin ayrılmaz bir parçası olan, üçüncü kişilerin uğrayacağı zararlara ilişkin olarak sorumluluk sigortası yaptırmanın zorunlu kılınması, tehlike sorumluluğunun genel olarak düzenlenmesi hâlinde mümkün olmayacaktır⁵. Ancak Türk Borçlar Kanunu tercihini tehlike sorumluluğunun genel olarak düzenlenmesinden yana kullanmıştır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 71. maddesine, Widmer/ Wessner Tasarısı temel teşkil etmektedir⁶. Ancak Tasarı'nın ilgili hükmü Türk Borçlar Kanunu'na aktarılırken bir değişiklik yapılmış ve söz konusu Tasarı'da yer alan "*hukuk düzeni tarafından izin verilmiş olsa bile, önemli derecede tehlike arz eden işletmeler tehlikenin gerçekleşmesi sonucu ortaya çıkan zararlardan sorumludur*" şeklindeki ifade, Türk Borçlar Kanunu'nun 71. maddesinin son fıkrasına "*Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler*" olarak geçmiştir. Böylece İsviçre Tasarısı'nın aksine, 71. maddenin son fıkrasında söz konusu faaliyete hukuk düzenince izin verilmiş olan hâllerde tam tazminat değil, uygun

⁴ Genel bir tehlike sorumluluğunun öngörülmesi hâlinde hâkime tanınacak takdir yetkisinin çok genişleyeceği, bu nedenle hukuk güvenliğinin zedeleneceği, ayrıca kusursuz sorumluluk esasının işletmelerin ve bireylerin girişimciliği önünde bir engel oluşturacağı gerekçeleriyle böyle bir genel hüküm öngörülmesinin isabetli olmadığı ileri sürülmüştür. Öte yandan, genel bir tehlike sorumluluğunun kabul edilmesini destekleyen görüşe göre, bu sayede zarar görenlerin maruz kaldıkları risklerin kaynaklarına, yani tehlike sorumluluğunun bazı hâller için özel olarak düzenlenmiş olup olmamasına göre bir eşitsizlik söz konusu olmayacak, ayrıca genel bir hüküm gelişen teknoloji sonucunda ortaya çıkan ihtiyaçlara cevap verebilecektir. Bu görüşler için. bkz. **Yücel, Özge**, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel Tehlike Sorumluluğu, Ankara 2014, s.96-101. İlgili maddenin gerekçesinde ise, Türk hukukunda tehlike sorumluluğunun düzenlendiği özel hükümlerin yetersiz olması nedeniyle bir genel düzenleme yoluna gidildiği ifade edilmiştir. Türk öğretisinde genel bir tehlike sorumluluğu yaratılmasının isabetli olmadığı görüşünde bkz. **Kılıçoğlu, Ahmet**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. bası, Ankara 2013, s.361-362; **Hatemi, Hüseyin/ Gökyayla, Emre**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011, s.142. Tehlike sorumluluğunun genel olarak düzenlenmesinin isabetli olduğu yönünde, bkz. **Antalya, O. Gökhan**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2012, s.644; **Çekin, Mesut Serdar**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu, İstanbul 2016, s.69; **Erdem, Mehmet**, Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Tehlike Sorumluluğu, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Enstitüsü Dergisi, s.218; **Saraç, Senem**, Türk Borçlar Kanunu'nda Tehlike Sorumluluğu, İstanbul 2013, s.23; **Yılmaz, Süleyman**, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2010, Cilt 59, S.3, s.552-553.

⁵ **Çekin**, s.46. Aksi görüşte bkz. **Yücel**, s.100.

⁶ **Erdem**, s.219; **Saraç**, s.23. Widmer/ Wessner Tasarısı'nın tam metni için bkz. www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht/vn-ve-f.pdf.

bedelle denkleştirme öngörülmüştür. Bu tercih doğal olarak doktrinde birçok tartışmayı beraberinde getirmiştir.

2. GÖRÜŞLERİN ORTAYA KONULMASI

a. Fedakârlığın Denkleştirilmesinin Mevcut Olduğu Yönündeki Görüş

Doktrinde bir görüş, 71. maddenin kenar başlığından ve son fıkrada yer alan “*uygun bir bedelle denkleştirilir*” ifadesinden yola çıkarak, bu maddede genel bir tehlike sorumluluğunun yanı sıra fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayalı bir sorumluluğun da düzenlenmiş olduğunu ileri sürmektedir⁷. Bu görüş uyarınca, faaliyetine yetkili otoritelerce izin verilmiş olan işletmelerden kaynaklanan zararların tümü tazmin edilmeyecek, işletme sahibinin ve varsa işletenin oluşan zarar sonucunda uygun bir denkleştirme bedeli ödemesine karar verilecektir. Başka bir deyişle faaliyetine izin verilmiş işletmelerden kaynaklanan zararlar açısından tazminat değil, fedakârlığın denkleştirilmesi esası benimsenecektir. Bu ilke uyarınca ise, örneğin ıztırar hâlinde veya komşuluk hukukundan kaynaklanan birtakım müdahalelerde olduğu gibi, ortaya çıkan zarar taraflar arasında paylaşılacaktır⁸. Sonuç olarak, Türk Borçlar Kanunu’nun 71. maddesinin son fıkrasının fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin bir görünümü olduğu kabul edilirse, oluşan zararın bir kısmının zarar gören üzerinde kalması söz konusu olacaktır.

Türk Borçlar Kanunu’nun 71. maddesinin son fıkrasının fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayalı bir sorumluluk kurduğu düşünüldüğünde, bu işletmelerin faaliyetlerine ilgili otoritelerin izin vermiş olmasının bir hukuka uygunluk sebebi teşkil ettiği varsayılacaktır. Zira fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulama bulabilmesi için, zarar veren fiilin hukuka uygun olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Nitekim 71. maddenin son fıkrasında fedakârlığın denkleştirilmesine dayalı bir sorumluluk hâlinin düzenlendiğini ileri süren yazarların bir kısmı, önemli derecede tehlike arz eden faaliyetlerin bir izin dahi-

⁷ **Akkayan Yıldırım, Ayça**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 2012, Cilt LXX, S.1, s.204, 214; **Altıp, Atilla**, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Yer Alan Bazı Önemli Yenilik ve Değişiklikler, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2005, Cilt 4, S.1-2, s.15; **Erişgin, Nuri**, Türk Borçlar Kanunu Madde 71: Genel Tehlike Sorumluluğu, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu – Makaleler, Tebliğler, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2013, s.70; **Kılıçoğlu**, s.365; **Korkusuz, Refik**, Yeni Borçlar Kanunu Tasarısında Tehlike Sorumluluğu Düzenlemesi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009, S.16, s.39-40; **Yılmaz**, s.572; **İkizler, Metin**, Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkelerinde Tehlike Sorumluluğu ve Türk Hukuku ile Kısa- ca Karşılaştırılması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2014, C. 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan Özel Sayısı, s.3255.

⁸ Bkz. **Oğuzman, M. Kemal /Öz, M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 9. bası, İstanbul 2012, s.188; **Ulusan, İlhan**, Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, İstanbul 1977, s.99 vd.

linde yürütülmesi durumunda, bu faaliyetten doğan zararlı davranışın da hukuka aykırı olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmektedirler⁹.

Kanaatimizce söz konusu hükümde bir hukuka uygunluk sebebinin ve buna bağlı olarak fedakârlığın denkleştirilmesi prensibinin mevcut olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere tehlike sorumluluğunun amacı tehlikeli faaliyetler karşısında zarar gören üçüncü kişileri korumaktır. Kanun koyucu bir yandan topluma sağladığı fayda nedeniyle tehlikeli faaliyete izin verirken, öte yandan bu faaliyetler neticesinde ortaya çıkan zararın rastlansal olarak isabet ettiği kişilerin üzerinde kalmasını arzulamamaktadır. Esasen 71. maddenin kapsamına giren hâller de genellikle faaliyetine izin verilen işletmeler bakımından söz konusu olmaktadır. Diğer bir ifadeyle izin verilen işletmelerin birinci fıkranın kapsamı dışında bırakılması, tehlike sorumluluğunun içeriğini boşaltacak ve hükmün getiriliş amacıyla bağdaşmayacaktır. Konu aşağıda örtülü boşluk başlığı altında detaylı olarak ele alınacaktır.

b. Riskin Paylaşılması Görüşü

Eren, hükümde yer alan “denkleştirme” ifadesinin isabetsiz olduğunu, bunun “riskin paylaşılması” şeklinde anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir¹⁰. Riskin paylaşılması ise hukukumuzda ancak fedakârlığın denkleştirilmesi veya tazminatta indirim ile mümkündür. Nitekim bazı yazarlar, Türk Borçlar Kanunu’nun 71. maddesinin son fıkrasında yer alan “uygun bir bedelle denkleştirir” ifadesinin fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin bir görünümü olarak değil, tazminattan indirim sebebi olarak anlaşılmasının düşünülebileceğini ileri sürmüşlerdir¹¹.

Ancak belirtmek gerekir ki, fedakârlığın denkleştirilmesi görüşü açısından ileri sürülen sakıncalar bu görüş bakımından da geçerlidir. Zira her iki ihtimalde de riskin zarar gören ve tehlikeli faaliyette bulunan işletme arasında paylaşılması söz konusudur. Oysa yukarıda ortaya konulduğu üzere, bu rizikoya katlanması gereken, tehlikeli faaliyette bulunan işletmenlerdir. Bu kişiler de sigorta yaptırmak suretiyle söz konusu rizikonun dağıtılmasını sağlayacaklardır.

⁹ Bkz. **Kılıçoğlu**, s.365; **Korkusuz**, s.39; **Yılmaz**, s.573. Kılıçoğlu, izne dayalı olarak faaliyet gösteren işletmelerin bir zararın ortaya çıkmasına yol açmasını ıztırar hâline benzetmiştir. Buna karşılık, ilgili hükümde bir fedakârlığın denkleştirilmesi hâlinin düzenlendiğini kabul eden yazarların bazılarının, bir izne dayalı faaliyet gösteren işletmelerden kaynaklanan zararların yine de hukuka aykırı olabileceğini ifade ettiği görülmektedir. Bkz. **Akkayan Yıldırım**, s.212 vd.

¹⁰ **Eren, Fikret**, Türk Borçlar Kanunu’nda Tehlike Sorumluluğu (‘Tehlike Sorumluluğu’), Özyeğin Üniversitesi, Türkiye-İsviçre Karşılaştırmalı Hukuk Sempozyumu I (9-10 Mayıs 2014), Editör: Yener Ünver, Ankara 2014, s.18, dn. 12.

¹¹ Oğuzman/ Öz, ilgili hükmün son fıkrasının fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin bir görünümü veya bir tazminattan indirim sebebi olarak değerlendirilmesinin bir yorum sorunu olduğunu, aradaki pratik farkın hükmedilecek meblağın ikinci durumda daha yüksek olması olduğunu ifade etmiştir. **Oğuzman/Öz**, s.188, 189.

Buna karşılık Çekin, açıkça olmasa da denkleştirme ifadesi ile, tazminat ve fedakârlığın denkleştirilmesi dışında üçüncü bir hâlin kastedildiğini ifade etmektedir. Bu görüş de böylece riskin paylaşılmasını kabul etmiş olmaktadır. Hatta yazar birinci fıkra açısından dahi tazminatın değil denkleştirmenin söz konusu olması gerektiği görüşündedir¹². Kanaatimizce hukukumuzda temeli bulunmayan tazminat ve fedakârlığın denkleştirilmesi dışında üçüncü bir hâlin yaratılması isabetli değildir. Kaldı ki birinci fıkra açısından dahi riskin paylaşılması esasını kabul etmek, tehlike sorumluluğu sisteminin içini tamamen boşaltacak, bu sorumluluk esasını ile korunması amaçlanan zarar görenleri bu korumadan yoksun bırakacaktır. Yazara göre, “*bir faaliyetin hukuk düzenine uygun ya da aykırı olması denkleştirme müeyyidesi açısından önem taşımamaktadır*”¹³. Bu görüşe göre kaçak bir boya işletmesinde patlama meydana gelmesi hâlinde zarar göre tam tazminat talep edemeyecek, zarar, işletme sahibi ve zarar gören arasında paylaşılacaktır. Bu sonucun ise hem hukuk sistemimize, hem de hakkaniyete aykırı olduğu açıktır.

c. Zararlar Bakımından Ayırım Yapan Görüşler

Bazı yazarların, Türk Borçlar Kanunu’nun 71. maddesinin son fıkrasında fedakârlığın denkleştirilmesi esasının uygulanacağı kabul edilse bile, ortaya çıkan zarar yönünden bir ayırım yapılması gerektiğini ileri sürdükleri görülmektedir. Bu görüşe göre, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulanabilmesi için, hukuk düzeninin “üstün hak sahibinin” bir başka hakkı ihlal eden müdahalesine izin vermesi gerektiğinden¹⁴, tehlikeli işletme faaliyetleri sonucunda ortaya çıkan zararlardan sadece eşyaya ilişkin olanların son fıkranın kapsamına girdiği kabul edilebilir¹⁵. Akkayan Yıldırım, cismani zararların da fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine tâbi olduğunun kabul edilmesi durumunda adalet duygusunun zedelenecek olduğunu belirtmektedir¹⁶.

Ortaya çıkan zararlar bakımından yapılan bir diğer ayırım ise mutlak hakların ihlali ile salt ekonomik zarar arasında yapılmaktadır. Bu görüş uyarınca, tehlikeli işletmenin faaliyetine izin verilmiş olsa da, bu faaliyet sonucunda üçüncü bir kişinin mutlak hakkı ihlal edilmişse hukuka aykırılık unsuru oluşacak ve bu durumda işletmenin faaliyetine izin verilmiş olup olmadığından ba-

¹² Çekin, s.279 vd.

¹³ Çekin, s.259.

¹⁴ Ulsan, Fedakârlığın Denkleştirilmesi, s.8 vd.

¹⁵ Bkz. Akkayan Yıldırım, s.219; Nomer, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. baskı, İstanbul 2015, s.185.

¹⁶ Akkayan Yıldırım, s.216. Sanlı ise, söz konusu hükmün sadece maddi zararlara ilişkin olarak anlaşılması hâlinde, hükmün izne tâbi tehlikeli işletmelerin bir tazmin yükümlülüğünün değil, bir denkleştirme yükümlülüklerinin bulunduğu düzenleme amacının boşa çıkacağını, zira bu gibi hâllerde zararın genellikle cismani olacağını ifade etmektedir. Sanlı, Kerem Cem, Kusursuz Sorumluluk Halleri, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Derleyen: M. Murat İnCEOğlu, İstanbul 2012, s.81.

ğimsız olarak birinci fıkraya göre bu zararın tazmini gerekecektir. Buna karşılık, söz konusu işletmenin faaliyeti sonucunda bir mutlak hak ihlal edilmiş olmayıp salt ekonomik zarar ortaya çıkmışsa, bu zararın tazmin edilip edilmeyeceği konusunda işletmenin bir izne dayalı olarak faaliyet gösteriyor olup olmadığı önem kazanacaktır. Eğer söz konusu işletme, izin almaksızın veya iznin kapsamını aşan bir faaliyet göstermiş ve bunun sonucunda üçüncü bir kişinin salt ekonomik zarara uğramasına neden olmuşsa, bu durumda hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmiş olacak ve üçüncü kişinin tüm zararının birinci fıkraya göre tazmin edilmesi gerekecektir. Ancak, izne dayalı faaliyet gösteren bir işletme üçüncü bir kişinin salt ekonomik zararına neden olmuşsa, bu durumda hukuka aykırılık unsuru mevcut olmadığından birinci fıkraya göre tam tazminat değil, son fıkraya göre fedakârlığın denkleştirilmesi prensibi uygulama alanı bulacaktır¹⁷. Özetle, bu görüş uyarınca, son fıkra fedakârlığın denkleştirilmesi prensibine atıf yapmakla, 71. maddenin uygulama alanını daraltmamakta, tam tersine genişletmektedir.

Belirtmek gerekir ki, fedakârlığın denkleştirilmesi kuralını yumuşatmak amacıyla ileri sürülen, izin verilen işletmelerin faaliyetinden doğan cismani zararlarda birinci fıkranın, eşyaya gelen zararlarda son fıkranın uygulanması gerektiği yönündeki görüş de ulaştığı sonuç bakımından isabetli değildir. Zira hukuk düzeni tarafından tehlikeli faaliyetlere izin verilmiş olması, bu faaliyetler sonucu ortaya çıkan eşyaya gelen zararların bir kısmına zarar görenlerin katlanmasını gerektirmemelidir. Hükümün konuluş amacı hiç şüphesiz bu durumlarda da zarar riskinin önce işletenin üzerinde kalmasını, ama sonuç olarak işletenlerin yaptıkları sigorta aracılığıyla riskin o faaliyette bulunan herkese yayılmasını gerektirir.

Buna karşılık Başoğlu tarafından ileri sürülen, son fıkranın kapsamına sadece salt ekonomik zararların girmesi gerektiği yönündeki görüş, zarar görenler açısından kuşkusuz en elverişli çözümün sunmaktadır. Ancak bu görüşün kanunda bir dayanağını bulmak mümkün gözükmemektedir. Özellikle salt ekonomik zararlar gibi hukukumuzda açık bir norm olmadığı sürece tazmin edilmeyen zararların¹⁸ son fıkranın kapsamına girdiğini ifade etmek, amaca göre bir yorum ötesinde “contra legem”, yani kanuna aykırı bir yorum olacaktır.

Kaldı ki bu görüş olması gereken hukuk açısından da isabetli gözükmemektedir. 71. maddenin kapsamına salt ekonomik zararlar gibi önceden öngörülmesi mümkün olmayan zararların da dahil edilmesi, sigorta açısından ciddi sıkıntılar yaratacak niteliktedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, tehlike sorumluluğunun temel mantığı, rizikonun sigorta aracılığıyla tüm işletmelerin üzerine yayılmasını sağlamaktır. Oysa sigortacılık faaliyeti bir dereceye kadar da olsa belirliliği gerek-

¹⁷ Başoğlu, s.178-180.

¹⁸ Antalya, s.433; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara 2015, s.595; Nomer, s.139.

tirir. Önceden kestirilmesi güç olan bu tür zararların hükmün kapsamına alınması, sigortacıların sigortalamaktan kaçınmalarına ya da sigorta primlerinin çok yükselmesine neden olacaktır. Her iki durumda da işletmecilerin söz konusu faaliyetleri yapmaktan imtina etmeleri sonucunun ortaya çıkması olasıdır. Bu durumda da söz konusu tehlikeli faaliyetin topluma sağladığı faydalar elde edilememiş olacaktır¹⁹.

d. Riskler Açısından Ayrım Yapan Görüşler

Doktrinde bu konuda ileri sürülen görüşlerden bir diğeri, önemli derecede tehlike arz eden işletmenin faaliyetinden doğan riskin niteliğine göre bir ayrım yapılması gerektiğini savunmaktadır. Başka bir ifadeyle, bu görüş uyarınca tehlikeli bir işletmenin faaliyeti sonucunda ortaya çıkan zararın hangi fıkra hükümlerince talep edilebilir olduğuna, bu tehlikenin niteliğini değerlendirerek karar vermek gerekir. Doktrinde bu görüşü benimseyen yazarların, işletme faaliyeti sonucunda ortaya çıkan “tipik” zararlar ile, önlenemez nitelikteki “olağan” zararlar arasında bir ayrım yaptığı, ilk durumda birinci fıkranın ve doğal olarak genel tazminat hükümlerinin, ikinci durumda ise son fıkranın ve fedakârlığın denkleştirilmesi prensibinin uygulanacağını ileri sürdükleri görülmektedir²⁰. Bu görüş uyarınca, meydana gelen “kazalar” sonucunda ortaya çıkan zararlar birinci fıkra uyarınca tazmin edilecekken, izin verilen faaliyetin olağan ve önlenemez bir sonucu olarak ortaya çıkan zararlar son fıkra uyarınca uygun bir bedelle denkleştirilecektir.

İşletme faaliyetinin olağan ve önlenemez bir sonucu olarak doğan zararlara ilişkin olarak verilen örneklerin başında, bir izne dayalı olarak faaliyet gösteren işletmelerin yarattığı atık veya gaz salınımı ve bunların sonucunda oluşan çevresel zararlar gelmektedir²¹. Riskler açısından ayrım yapan bu görüşe göre, işletme faaliyetine dair verilen izin, bu faaliyetin kaçınılmaz bir sonucu olarak ortaya çıkan söz konusu zararları da kapsamaktadır; bu yüzden bu zararlar açısından fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulanması gerekmektedir²².

¹⁹ Başoğlu, sigorta primlerinin artmasını yararlı bulmaktadır. Yazara göre bu durumda tehlikeli faaliyette bulunan kimse sayısı azalacaktır ve bu husus da arzu edilen bir sonuçtur. **Başoğlu**, s.180. Kanaatimizce yazar, söz konusu tehlikeli faaliyetin topluma sağladığı faydaları göz ardı etmektedir. Eğer bu tür faaliyetler hiç arzu edilmese idi, hiç şüphesiz devlet tarafından izin verilmez ya da sınırlamalar getirilirdi.

²⁰ Bkz. **Aydoğdu, Murat**, Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin ve Nükleer Madde Taşıyanın Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2009, s.299 vd. Yazar, olağan zararları “işletme içi tehlikelerden” kaynaklanan zararlar olarak nitelemekle birlikte, örneğin nükleer santralde çalışan bir kişinin normal olarak maruz kaldığı radyasyon sonucunda ortaya çıkan bir zarar söz konusuysa Türk Borçlar Kanunu uyarınca fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin, eğer bir kaza sonucunda ortaya çıkan bir zarar söz konusuysa ise tehlike sorumluluğu ilkesinin uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. Ancak yazar, Türkiye'nin taraf olduğu ve özel hüküm niteliğinde olan Paris Sözleşmesi hükümlerinde bu ayrımın yapılmadığını, bu yüzden işletme içi zararlar için de tazminat sorumluluğunun söz konusu olacağını eklemiştir. Ayrıca bkz. **Akkayan Yıldırım**, s.214.

²¹ Bkz. **Akkayan Yıldırım**, s.214-215; **Korkusuz**, s.38-39.

²² Belirtmek gerekir ki bazı yazarlar, bahsi geçen bu zararların fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi uyarınca telafi edilmesi gerektiğini kabul etmekle birlikte, bu gibi hâllerin esasen tehlike sorumluluğu ile ilgisinin bulunmadığını, bu nedenle söz konusu hâllerin Türk Borçlar Kanunu'nun 71.

Kanaatimizce bu görüş yapay bir ayrıma dayanmaktadır. Söz konusu görüş, bir haksız fiilin sadece bir “kaza” sonucu gerçekleşebileceğini, diğer bir ifadeyle zararın ancak anlık bir şekilde ortaya çıkabileceğini varsaymaktadır. Buna karşılık zararın belli bir faaliyete bağlı olarak zaman içinde birikerek oluştuğu durumlarda, bu görüşe göre hukuka aykırı fiilden söz edilememelidir. Oysa bu yaklaşım isabetli değildir. Zira bir kişiye her gün belli bir doz zehrin verilmesi ve bu dozların birikmesi sonucunda mağdurun beşinci yılın sonucunda vefat etmesi hâlinde de bir haksız fiilin mevcut olduğu açıktır. Diğer bir anlatımla hukuka aykırı fiilin söz konusu olabilmesi için zararın bir anda gerçekleşmesi yani bir “kaza” sonucu olması şart değildir.

Bu görüş uyarınca, faaliyetin olağan ve önlenemez sonuçları açısından son fikranın uygulanması, başka bir deyişle bu tip bir zarar ortaya çıktığında zararın uygun bir bedelle denkleştirilmesi gerekmektedir. Bu durumda öncelikle ortaya çıkan zararın gerçekten “önlenemez” olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Bu noktada tehlikeli işletmelerin tâbi oldukları idari yükümlülüklerine uymalarına rağmen ortaya bir zarar çıkması hâlinde bu zararların “olağan ve önlenemez” olarak nitelendirilmesi düşünülebilir. Nitekim yukarıda belirtildiği gibi söz konusu yazarların verdikleri tipik örnek, tehlikeli işletmenin idari yükümlülüklerine uymasına, örneğin bacasına gerekli standartları sağlayan filtreleme yapmasına rağmen atık veya gaz salınımı sonucunda çevresel zararların ortaya çıkmasıdır²³.

Oysa belirtmek gerekir ki, hemen hemen hiçbir zararın “önlenemez” olduğundan söz etmek mümkün değildir. İdari yükümlülüklerine uygun faaliyet yürütülmesi ve buna rağmen bir zararın ortaya çıkması, bu zararın önlenemez olduğu anlamına gelmemektedir. İdarenin getirdiği yükümlülükler ancak asgari düzeyde bir standart getirmekte olup her zaman bu önlemler artırılarak zararın azaltılması veya önlenmesi mümkündür. Sadece alınması gereken önlemler çok maliyetli olacağı için, kimse bu maliyette katlanmak istemeyecek ve bu nedenle söz konusu faaliyet yürütülemezdir. Bu nedenle de idare hukuku kuralları çoğu zaman ekonomik olarak anlamlı olan bir standart getirmektedir. Ancak bu husus, söz konusu zararlı faaliyetin hiç bir şekilde “önlenemez” nitelikte olduğunu göstermemektedir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki aynı yazarların birinci fıkra kapsamına soktukları pek çok hâlde de aslında önlenmesi son derece güç durumlar söz konusudur. Örneğin bir benzin istasyonu işleteni, ilgili mevzuata uygun faaliyet yürüt-

maddesinin son fıkrası uyarınca değil, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin yasal görünümü olan Türk Medeni Kanunu'nun 730 ve 738. maddeleri ya da Çevre Kanunu'nun ilgili hükmü uyarınca çözümlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. **Ulusan, İlhan**, Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan Genel Tehlike Sorumluluğu Kuralına İlişkin Birkaç Tespit ve Hukuk Düzeni Tarafından Faaliyetine İzin Verilmiş Önemli Ölçüde Tehlike Arz Eden İşletmelerin Yol Açtığı Zararların Uygun Bir Bedelle Denkleştirilmesi Sorunu (Genel Tehlike Sorumluluğu), Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Cilt II, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi 2013, Cilt 8, Özel Sayı, İzmir 2013, s.2905; **Saraç**, s.73.

²³ **Akkayan Yıldırım**, s.214-215; **Korkusuz**, s.38-39.

mesine ve idarenin öngördüğü asgari tedbirleri almış olmasına rağmen bir kaza meydana gelmiş ise, bu görüşe göre bu kazanın da “önlenemez” olduğunun kabulü gerekmektedir. Nitekim bilindiği üzere yakın zamanda Japonya’da deprem ve tsunami sonucunda bir nükleer santralde alınan pek çok önleme rağmen sızıntı yaşanmıştır. Bu durumda söz konusu görüş çerçevesinde bu durumun da “önlenemez” olduğunu ve son fıkranın uygulanması gerektiğini savunmak mümkündür. Oysa bu sonucun isabetli olmadığı açıktır. Kaldı ki hükmün ikinci fıkrasında, 71. maddenin kapsamına giren tehlikeli işletme tanımlanırken, gerekli tüm özenin gösterilmesine rağmen sıkça ve ağır zararlar doğurmaya elverişli olma kısıtı getirilmiştir. Diğer bir ifade ile 71. maddenin birinci fıkrası zaten “önlenemez” veya önlenmesi son derece güç zararları kapsamına almaktadır.

Tüm bu hususlar bir arada değerlendirildiğinde riskler açısından ayırım yapan söz konusu görüşün sağlıklı bir kıstasa dayanmadığı görülmektedir. Bunun yanı sıra önlenemez risklerin birinci fıkranın kapsamı dışında bırakılması halinde, bu sonucun hükmün koruma amacına aykırı olduğu yönündeki eleştirinin bu görüş açısından da gündeme geleceği açıktır. Örneğin zararlı gaz salınımları sonucunda vefat eden veya hastalanan bir kimse karşısında tehlikeli işletmenin korunması ve işletenin tam tazminata mahkum edilmemesi için hiçbir haklı neden bulunmamaktadır.

e. Hükümde Tam Tazminatın Düzenlendiği Yönünde Görüşler

Doktrinde son bir görüş ise, Türk Borçlar Kanunu’nun 71. maddesinin son fıkrasındaki ifade ve maddenin kenar başlığı isabetsiz olduğunu²⁴ ve faaliyetine yetkili otoriteler tarafından izin verilmiş işletmelerin dahi ortaya çıkan zarardan tam tazminat esasına göre sorumlu olmaları gerektiğini savunmaktadır²⁵.

Bu görüşün temelinde, 71. maddeye esas teşkil eden Widmer/ Wessner Tasarısı’nda benimsenen ifade yatmaktadır. Yukarıda da belirtildiği gibi, İsviçre’de yasalaşmamış olan söz konusu Tasarı’nın 50. maddesi üç fıkradan oluşmakta ve ilk fıkrasında “*hukuk düzeni tarafından izin verilmiş olsa bile, önemli derecede tehlike arz eden işletmeler... zararlardan sorumludur*” ifadesi yer almaktadır. Başka bir deyişle, hukuk düzeni tarafından faaliyete izin verilmiş olması sorumluluğun doğumu ve kapsamı bakımından bir ayrık durum yaratmamakta, aksine Tasarı hükmünde bu izin verilmiş olsa bile sorumluluğun doğacağına vurgu yapılmaktadır. İşte buradan hareket eden söz konusu görüş, Türk Borçlar Kanunu’nun 71. maddesinin 4. fıkrasında yer alan ifadenin de benzer bir vurgulama ile yorumlanması gerektiğini kabul etmektedir²⁶.

²⁴ Nitekim madde henüz tasarı hâlindeyken, pek çok yazar tarafından ilgili hükmün Tasarı’dan çıkarılması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. **Atamer, Yeşim M.**, Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirme ve Teklifler, Hukuki Perspektifler Dergisi, Mayıs 2006, S.6, s.23; **Sanlı**, s.81; **Koçhisaroğlu, Cengiz/ Erişgin, Özlem**, Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda ‘Haksız Fiiller’, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt II, İstanbul 2011, s.1265.

²⁵ **Nomer**, s.184; **Erdem**, s.226.

²⁶ **Erdem**, s.225.

Kanaatimizce son fıkra kapsamına giren hâllerde dahi tam tazminat esasının kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüş isabetli ise de, bunun tek gerekçesini hükme kaynaklık eden İsviçre Tasarısı'nın ilgili hükmünün teşkil etmesi mümkün değildir. Bu nedenle de kanaatimizce temel sorun, bu görüşün hukuki dayanağının sağlıklı bir şekilde ortaya konulmasıdır.

3. ÖRTÜLÜ BOŞLUK

a. TBK m.71/4 Hükümünün Tehlike Sorumluluğunun Amacına Aykırı Oluşu

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, 71. maddenin son fıkrasında geçen “uygun bir bedelle denkleştirme” ifadesi hiç şüphesiz fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesini akıllara getirmektedir. Her ne kadar doktrinde bir görüş buradaki denkleştirmeden, fedakârlığın denkleştirilmesinin anlaşılması gerektiğini savunsa da²⁷, “uygun bir bedel” ifadesi aslında ortaya çıkan tüm zararın tazmin edilmesinin istenmediğini ortaya koymaktadır. Bu nedenle kanaatimizce kanun koyucu burada bir hukuka uygunluk hâlinin mevcut olduğunu varsaymış ve bu nedenle de bilinçli olarak denkleştirme ifadesine yer vermiştir. Başka bir ifadeyle kanun koyucunun söz konusu faaliyete hukuk düzenince izin verilmesini bir hukuka uygunluk sebebi olarak gördüğü anlaşılmaktadır.

Oysa hukukumuzda bir faaliyete izin verilmiş olmasının bir hukuka uygunluk sebebi teşkil etmeyeceği açıktır²⁸. Ayrıca unutulmamalıdır ki, tehlike sorumluluğu hâllerinde hukuka aykırı olan, izinsiz faaliyette bulunulması değil, üçüncü kişilerin bir mutlak hakkının ihlal edilmesidir²⁹. Bu durumda da hukuka uygunluk, ancak üçüncü kişilerin mutlak hakkının ihlal edilmesine izin verildiği hâllerde söz konusu olabilir. Ancak söz konusu tehlikeli faaliyete izin verilmesinin üçüncü kişilerin mutlak hakkının ihlal edilmesine de izin verildiği anlamına gelmediği açıktır³⁰. Bu nedenle de faaliyete izin verilmesinin bir hukuka uygunluk sebebi teşkil edemeyeceği ortadadır. Diğer bir ifadeyle kanun koyucunun ortada bir hukuka uygunluk sebebi bulunduğu yönündeki varsayımı isabetsizdir.

Bunun yanı sıra, yukarıda da ifade edildiği üzere 71. maddenin amacı bir kusursuz sorumluluk hâli yaratmak suretiyle tehlikeli faaliyetlerden rastlantısal olarak zarar gören üçüncü kişileri korumaktır. Oysa Türk Borçlar Kanunu'nun 71. maddesi mevcut hâliyle yorumlandığında kusursuz sorumluluk öngören birinci fıkranın sadece izin verilmeyen, “kaçak” işletmeler açısından uygulama alanı bulabileceği, izin verilen işletmelerden kaynaklanan zararlar açısından ise

²⁷ Erdem, s.226; Eren, Tehlike Sorumluluğu, s.18. dn. 12; Ulusan, Genel Tehlike Sorumluluğu, s.2902 vd; Yücel, s.194.

²⁸ Ulusan, Genel Tehlike Sorumluluğu, s.2904; Erdem, s.226; Sanlı, s.80; Saraç, s.67; Yücel, s.177.

²⁹ Sanlı, s.80.

³⁰ Başoğlu, s.178.

zararın en azından bir kısmına zarar görenin katlanması gerekeceği gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Diğer bir ifadeyle 71. maddenin son fıkrası tehlike sorumluluğunun getiriliş amacıyla çelişmektedir. Kaldı ki “kaçak” işletmeler açısından bir “kusursuz” sorumluluk hâli öngörülmesine zaten ihtiyaç yoktur. Zira “kaçak” bir işletmenin varlığı başlı başına kusurun mevcudiyetini ortaya koyacak niteliktedir. Diğer bir anlatımla bu durumlarda kusurun ispatı zarar gören açısından bir zorluk doğurmayacaktır. Sonuç olarak 71. maddenin son fıkrası ile tehlike sorumluluğunun temel mantığına aykırı bir düzenleme getirilmiştir.

Öte yandan, söz konusu hüküm zarar göreni 818 sayılı eski Borçlar Kanunu’ndan dahi daha kötü bir hâle sokmuştur. Unutulmamalıdır ki, bir haksız fiil sonucunda zarar görenler, kusursuz sorumluluk hâllerinden birinin mevcut olmadığı durumlarda haksız fiil sorumluluğunun genel olarak düzenlendiği Türk Borçlar Kanunu’nun 49. maddesinin birinci fıkrasına başvuracaklardır. Söz konusu hükme hâkim olan ilke ise tam tazminattır. Buna karşılık, Türk Borçlar Kanunu’nun 71. maddesinin son fıkrası uyarınca zararın “*uygun bir bedelle denkleştirilmesi*” söz konusu olacağından, zarar görenin zararın tamamının karşılanması mümkün olmayacaktır. Diğer bir anlatımla, aslında zarar göreni korumayı hedefleyen 71. madde, zarar verenin aynı zamanda bir kusurunun bulunduğu hallerde, genel haksız fiil hükmü olan 49. maddeye nazaran zarar gören açısından daha elverişsiz bir sonuç doğurmaktadır. Özetle 71. madde düzenlemesi mevcut olmasaydı, zarar görenlerin pek çok hâlde tüm zararlarını 49. maddeye göre tazmin ettirmeleri mümkün olabilecekti, 71. madde zarar görenlerin aleyhine bir sonucun ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bunun ise kabul edilebilir bir sonuç olmadığı ortadadır.

Burada kanun koyucunun izin verilen faaliyetler açısından işleteni öngöremeyeceği kadar büyük zararlar karşısında korumak ve bu nedenle de bu kimse-lerin sorumluluğunu daraltmak yönünde bir tercihte bulunmuş olduğu düşünülebilir³¹. Diğer bir ifadeyle kanun koyucunun bu faaliyetlerin yürütülmemesi yönünde bir tercihin ya da buna ilişkin bir tedirginliğin ortaya çıkmasından çekinmiş olması ihtimal dahilindedir. Ancak kanaatimizce bu yaklaşım da isabetli değildir. Zira bir zorunlu sorumluluk sigortası mevcut olmasa da, söz konusu işletmelerin ihtiyari bir sorumluluk sigortası yaptırımları kendilerinden beklenir. Diğer bir ifadeyle bu riski sigorta yaptırmak suretiyle üzerlerinden atması/ dağıtması mümkün olan işletmelerin, tamamen tesadüfi olarak bu zarara maruz kalan ve sigorta yaptırımları düşünülemez olan zarar görenlere karşı korunmaları için hiçbir makul gerekçe bulunmamaktadır.

Öte yandan, tehlike sorumluluğunun özel görünümüleri olarak karşımıza çıkan bazı düzenlemelerde de, söz konusu faaliyete izin verilmiş olmasının sorumluluğun doğması ve kapsamı açısından bir fark yaratmayacağına açıkça

³¹ Bu doğrultuda bkz. **Yücel**, s.189.

hükme bağlanmış olduğu görülmektedir. Örneğin, 5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu'nun 14. maddesinde, “*GDO ve ürünleri ile ilgili faaliyetlerde bulunanlar, bu Kanun kapsamında izin almış olsalar dahi, insan, hayvan ve bitki sağlığı ile çevrenin ve biyolojik çeşitliliğin korunması, sürdürülebilirliğinin sağlanmasına karşı oluşan zararlardan sorumludur*” ifadesine yer verilerek, ilgili faaliyet bir izne dayalı olarak yürütülüyor olsa dahi, zarar verenlerin zararın tamamından sorumlu olacakları belirtilmiştir.

Benzer şekilde 6491 sayılı Türk Petrol Kanunu'nun 22. maddesi, bir arama izni veya işletme ruhsatını haiz olmak zorunda olan petrol hakkı sahibinin “*üzerinde işlem yaptığı arazinin maliki veya zilyedi bulunan kişiye, araziye, o yerdeki tesislere verdiği zararı ve bu kişinin mahrum kaldığı ürün bedelini veya işletme kazancını ödemekle mükellef*” olduğunu düzenlemiştir³². Son olarak, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun 134. maddesi de “*Sivil hava aracının üçüncü kişilere verdiği zarardan, sivil hava aracının işleteni sorumludur*” demek suretiyle, söz konusu faaliyetin bir izne dayalı olarak yürütülmesine rağmen, aracı işletenin tüm zararlardan sorumlu olacağını hükme bağlamıştır.

b. TBK m.71/ 4 Hükümünde Örtülü Boşluk Mevcuttur

Yukarıda detaylı olarak incelendiği üzere Türk Borçlar Kanunu'nun 71. maddesinin son fıkrası tehlike sorumluluğunun getiriliş amacına aykırı bir ifade içermektedir ve söz konusu hükmün mevcut hâliyle uygulanması hâlinde hakkaniyete uygun olmayan sonuçlar doğuracağı ortadadır. Bu nedenle hükmün bu hâliyle uygulanması mümkün değildir. Bu durumda akla gelen ilk çözüm hükmün lafzen değil amaca göre yorumlanmasıdır. Ancak kanaatimizce buna imkan bulunmamaktadır. Zira bizzat kanun koyucunun söz konusu hükmü getirme “amacı” fedakârlığının denkleştirilmesi esasını öngörmektir. Bu durumda da “amaca” göre bir yorumla hükmün farklı bir şekilde yorumlanması kolaylıkla savunulamayacaktır. Kaldı ki yukarıda da ele alındığı üzere doktrinde hükme yorum suretiyle bir anlam kazandırılmasına yönelik olarak ileri sürülen görüşler kanaatimizce isabetli olmayan başka sonuçlara yol açmaktadır. Sonuç olarak hükmün yorumlanması suretiyle sorunun çözülmesi mümkün gözükmemektedir.

Bu durumda akla gelen bir diğer çözüm yöntemi örtülü boşluğun mevcut olduğunu kabul etmektir. Gerçekten de somut olayın çözümlenmesine yönelik olarak kanunda bir düzenleme bulunmasına rağmen, hükmün lafzı ile ruhunun bağdaştırılmasının mümkün olmadığı hâllerde, mevcut hükmün aynı değerde başka bir hükümle çatıştığı durumlarda ya da bir hükmün uygulanmasının dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağı hâllerde örtülü boşluktan söz edilmektedir³³. Diğer bir anlatımla hem hüküm içinde veya iki hüküm arasında bir çelişki bu-

³² 6491 sayılı Türk Petrol Kanunu'nun 2. maddesinde petrol hakkı “*araştırma izni, arama ruhsatı veya işletme ruhsatından doğan haklardan herhangi bir*” olarak tanımlanmıştır.

³³ **Oğuzman, M. Kemal/ Barlas, Nami**, Medeni Hukuk, 18. bası, İstanbul 2012, s.105-106.

lunması durumunda hem de hükmün somut olaya uygulanmasının, hükmün amacıyla bağdaşmaması ve hakkaniyete ters düşen bir sonuç doğuracak olması halinde ortada örtülü bir kanun boşluğunun bulunduğu kabul edilmektedir³⁴.

Konuya bu açıdan yaklaşıldığında kanaatimizce Türk Borçlar Kanunu'nun 71. maddesinin son fıkra hükmünde bir örtülü boşluk mevcuttur³⁵. Zira bir yandan 71. maddenin getiriliş amacı ile maddenin son fıkrasında getirilen düzenlemenin ifadesi açıkça çelişmektedir, öte yandan da hükmün son fıkrasının bu hâliyle uygulanması halinde ortaya adaletsiz sonuçların çıkması kaçınılmaz olmaktadır. Kaldı ki hükmün birinci ve son fıkralarının birbirleriyle çatışmakta olduğunu dahi ifade etmek mümkündür³⁶.

c. TBK m.71/ 4 Hükmündeki Boşluğun Doldurulması

Bir kanun boşluğunun söz konusu olduğu durumlarda hâkim, Medeni Kanun'un 1. maddesi uyarınca, öncelikle örf ve adet hukukuna göre bir çözümün bulunup bulunmadığını tespit eder, eğer örf ve adet hukukunda da bir kural mevcut değilse, kendisi kanun koyucu gibi bir kural koyar ve bu kuralı somut olaya uygular³⁷. Kısacası, ortada bir kanun boşluğu bulunduğu hâllerde, bu boşluk hâkim tarafından doldurulur. Bir örtülü boşluğun doldurulması söz konusu olduğunda ise hâkim genellikle amaca uygun sınırlama yoluyla bu faaliyeti yerine getirir. Amaca uygun sınırlamadan kasıt, hükmün lafzının, tespit edilen amaca uygun bir şekilde sınırlandırılarak bu hükmün uygulanması veya bazı hâllerde hiç uygulanmamasıdır³⁸.

Bu yüzden son fıkrada yer alan “zararların uygun bir bedelle denkleştirilmesi” ifadesinin “zararların tazmin edilmesi” şeklinde değiştirilerek anlaşılması ve söz konusu örtülü boşluğun bu şekilde doldurulması gerekmektedir³⁹. Böylece bir yandan tehlike sorumluluğu kurumunun amacına ve Türk Borçlar Kanunu'nun 71. maddesinin ilk fıkrasına uygun bir hüküm yaratılmış, öte yandan da önemli derecede tehlike arz eden işletmelerin faaliyetlerinden tesadüfen zarar gören kişilerin zararlarının giderilmesi sağlanarak, adaletsiz sonuçlar doğmasının önüne geçilmiş olacaktır. Belirtmek gerekir ki bu çözüm, tehlike sorumluluğunun düzenlendiği özel hükümlerle de uyumludur.

³⁴ **Kırca, Çiğdem**, Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2001, cilt 50, S.1, 2001, s.95, 96; **Serozan, Rona**, Hukukta Yöntem, İstanbul 2015, s.124.

³⁵ Aynı doğrultuda, **Yücel**, s.191 vd.; **Saraç**, s.75 vd.

³⁶ Erişgin, ortada bir örtülü boşluk bulunduğunu açıkça ifade etmemekle birlikte, Türk Borçlar Kanunu'nun 74. maddesinin ilk ve son fıkrasının birbiriyle çeliştiğini ve hâkimin Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca yeni bir kural yaratması gerektiğini ifade etmektedir. **Erişgin**, s.91.

³⁷ **Kırca**, s.98; **Oğuzman/ Barlas**, s.115 vd.

³⁸ Bkz. **Kırca**, s.98 vd; **Yücel**, s.193, 194.

³⁹ Aynı doğrultuda, **Yücel**, s.194.

KAYNAKÇA

- Akkayan Yıldırım, Ayça**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 2012, Cilt LXX, S.1, s.203 vd.
- Altop, Atilla**, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Yer Alan Bazı Önemli Yenilik ve Değişiklikler, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2005, Cilt 4, S.1-2, s.3 vd.
- Antalya, O. Gökhan**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2012.
- Atamer, Yeşim M.**, Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirme ve Teklifler, Hukuki Perspektifler Dergisi, Mayıs 2006, S.6, s.8 vd.
- Aydoğdu, Murat**, Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin ve Nükleer Madde Taşıyanın Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2009.
- Başoğlu, Başak**, Tehlike Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Tartışması, Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, İstanbul 2015.
- Çekin, Mesut Serdar**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu, İstanbul 2016.
- Erdem, Mehmet**, Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Tehlike Sorumluluğu, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Enstitüsü Dergisi, s.217 vd.
- Eren, Fikret**, Türk Borçlar Kanunu'nda Tehlike Sorumluluğu ('Tehlike Sorumluluğu'), Özyeğin Üniversitesi, Türkiye-İsviçre Karşılaştırmalı Hukuk Sempozyumu I (9-10 Mayıs 2014), Editör: Yener Ünver, Ankara 2014.
- Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara 2015.
- Erişgin, Nuri**, Türk Borçlar Kanunu Madde 71: Genel Tehlike Sorumluluğu, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu – Makaleler, Tebliğler, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2013, s.59 vd.
- Hatemi, Hüseyin/ Gökyayla, Emre**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011.
- İkizler, Metin**, Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkelerinde Tehlike Sorumluluğu ve Türk Hukuku ile Kısaca Karşılaştırılması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2014, C. 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan Özel Sayısı, s.3241 vd.
- Kılıçoğlu, Ahmet**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. bası, Ankara 2013.
- Kırca, Çiğdem**, Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2001, cilt 50, S.1, 2001, s.91 vd.
- Koçhisaroğlu, Cengiz/ Erişgin, Özlem**, Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda 'Haksız Fiiller', Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt II, İstanbul 2011.
- Korkusuz, Refik**, Yeni Borçlar Kanunu Tasarısında Tehlike Sorumluluğu Düzenlemesi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.16, 2009, s.23 vd.
- Nomer, Haluk N.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. baskı, İstanbul 2015.

- Oğuzman, M. Kemal /Öz, M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 9. bası, İstanbul 2012.
- Oğuzman, M. Kemal/ Barlas, Nami**, Medeni Hukuk, 18. bası, İstanbul 2012.
- Sanlı, Kerem Cem**, Kusursuz Sorumluluk Halleri, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Derleyen: M. Murat İnceoğlu, İstanbul 2012.
- Saraç, Senem**, Türk Borçlar Kanunu'nda Tehlike Sorumluluğu, İstanbul 2013
- Serozan, Rona**, Hukukta Yöntem, İstanbul 2015.
- Uluslan, İlhan**, Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, İstanbul 1977.
- Uluslan, İlhan**, Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan Genel Tehlike Sorumluluğu Kuralına İlişkin Birkaç Tespit ve Hukuk Düzeni Tarafından Faaliyetine İzin Verilmiş Önemli Ölçüde Tehlike Arz Eden İşletmelerin Yol Açtığı Zararların Uygun Bir Bedelle Denkleştirilmesi Sorunu (Genel Tehlike Sorumluluğu), Prof. Dr. Aydın Zevkiler'e Armağan, Cilt II, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi 2013, Cilt 8, Özel Sayı, İzmir 2013, s.2897 vd.
- Yılmaz, Süleyman**, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2010, Cilt 59, S.3, s.551 vd.
- Yücel, Özge**, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel Tehlike Sorumluluğu, Ankara 2014.