

**T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

DOKTORA TEZİ

**TÜRK HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRMALI
OLARAK AMERİKAN HAKSIZ FİLLER
HUKUKUNDA TEHLİKE SORUMLULUĞU**

Gizem ARSLAN DEMİR

2502110131

TEZ DANIŞMANI

DOÇ. DR. Başak Z. BAYSAL ZEKİ

İSTANBUL - 2018



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



DOKTORA
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : GİZEM ARSLAN DEMİR Numarası : 2502110131
Anabilim Dalı / Anasanat Dalı / Programı : ÖZEL HUKUK Danışmanı : DOÇ.DR.BAŞAK ZEYNEP BAYSAL ZEKİ
Tez Savunma Tarihi : 18.06.2018 Saati : 13:00
Tez Başlığı : Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Amerikan Haksız Fiiller Hukukunda Tehlike Sorumluluğu

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 50. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜNE** OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUyla karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF.DR. BİLGEHAN ÇETİNER		Kabul
2- PROF.DR.EMREHAN İNAL		KABUL
3- PROF.DR.HASAN ERMAN		KABUL
4- DOÇ.DR.BAŞAK ZEYNEP BAYSAL ZEKİ		KABUL
5- DOÇ.DR.KEREM CEM SANLI	KATILMADI	

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF.DR.M. SERKAN ERGÜNE		
2- PROF.DR.M. MURAT İNCEOĞLU		KABUL

ÖZ

TÜRK HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK AMERİKAN HAKSIZ FİİLLER HUKUKUNDA TEHLİKE SORUMLULUĞU

Gizem ARSLAN DEMİR

Amerikan hukukunda tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluk belirli şartların varlığı halinde uygulanmaktadır. Sorumluluğun uygulanabilmesi için faaliyetin tüm taraflarca gösterilecek makul özene rağmen öngörülebilir yüksek bir zarar riski yaratması ve yürütülen faaliyetin yaygın bir faaliyet olmaması gerekmektedir. Ancak Amerikan mahkemeleri, kusur esasının Amerikan hukukundaki baskın etkisi sebebiyle tehlikeli faaliyetlerden doğan kusursuz sorumluluğu dar uygulamakta, uygulanma şartlarını katı biçimde yorumlamaktadır. Bu açıdan özellikle makul özen şartı sorumluluğu önemli biçimde etkilemektedir. Mahkemeler tarafından verilen kararlar büyük ölçüde makul özenle yüksek riskin önlenilebileceği yönündedir. Bununla birlikte bir faaliyetin tehlikeli kabul edilebilmesi için yaygın olmamasının gerekmesi de birçok faaliyeti sorumluluk dışında bırakmaktadır. Sorumluluğa karşı zarar veren, zarar görenin davranışına, üçüncü kişinin kusuruna ve mücbir sebebe ilişkin savunmalar ileri sürebilir.

Türk hukukunda da TBK m. 71 tehlike sorumluluğuna ilişkin genel bir kural öngörmüştür. Genel kuralda faaliyetin tehlikeliliğine ilişkin şartlar Amerikan hukuku ile benzerlik gösterse de tamamen aynı değildir. Türk hukukundaki tehlikelilik belirlemesinin de genel bir işletme sorumluluğu yaratılmaması adına dar biçimde yorumlanması gerekir. Ancak yine de yapılan dar yorum Amerikan hukukundaki kadar zarar görenin aleyhine olacak şekilde sert olmamalıdır.

Anahtar Kelimeler: Tehlike sorumluluğu, tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluk, Amerikan haksız fiil hukuku, kusursuz sorumluluk, kusur, makul özen.

ABSTRACT

STRICT LIABILITY FOR ABNORMALLY DANGEROUS ACTIVITIES IN AMERICAN LAW OF TORTS IN COMPARISON WITH TURKISH LAW

Gizem ARSLAN DEMİR

In American Tort Law, strict liability applies only if the activity creates a foreseeable and highly significant risk of physical harm even when reasonable care is exercised by all actors and is not one of common usage. However, due to the dominance of negligence in American Tort Law, courts tend to narrowly apply strict liability for abnormally dangerous activities. Reasonable care is the most important factor whereby court decisions tend to be in the direction of preventability of high risks by reasonable care. The “not a matter of common usage” factor limits the application of strict liability to a large extent as well. Act of the injured party, act of a third party, or act of God may be a defense.

In Turkish Law of Obligations Art. 71 there is one general rule in which the terms related to riskiness of an act are similar to those of American Tort Law. In Turkish Law, highly significant risk should also be interpreted narrowly to avoid creating a general enterprise liability. In addition, however, the interpretation of the provision should be more in favor of the injured party than in American Tort Law.

Keywords: abnormally dangerous activities, strict liability, American torts law, negligence, reasonable care.

ÖNSÖZ

Tehlike sorumluluğunun genel bir hüküm ile düzenlenmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun getirdiği en önemli yeniliklerden biridir. TBK m. 71'de yer alan bu düzenlemede hükmün kapsamının belirlenmesine ilişkin belirli uygulanma şartlarına yer verilmiştir. Ancak ilgili hükümde yer alan tehlike sorumluluğuna ilişkin şartların ne şekilde yorumlanacağı merak konusudur. İlgili düzenlemeyi amacı aşacak şekilde yorumlamak, hükmün uygulama alanının gereğinden fazla genişlemesine sebebiyet verebilir. Bu nedenle hükümde geçen uygulanma şartlarının somutlaştırılması ve hükmün nasıl bir yaklaşım ışığında yorumlamasının faydalı olacağının değerlendirilmesi oldukça önemlidir. Bu değerlendirmenin ise ileri teknolojinin en yoğun üretildiği ve kullanıldığı ülkelerin başında gelen Amerika Birleşik Devletleri hukukunu inceleyerek, teknolojik ilerlemeye dayanan tehlike faaliyetlerden doğan kazalarda nasıl bir tutum izlediğini belirlemek suretiyle yapılması ufuk açıcı olacaktır.

Bu çalışmanın konusunun seçiminden tamamlanmasına kadar geçen süreçte akademik gelişimime en büyük katkıyı sağlayan, sabırla her türlü desteği veren ve varlığından her zaman güç aldığım çok kıymetli hocam ve tez danışmanım Doç. Dr. Başak BAYSAL ZEKİ'ye sonsuz teşekkürlerimi sunarım. Amerika Birleşik Devletleri'ndeki St.Mary's Üniversitesi'nde misafir araştırmacı olarak yürüttüğüm çalışmalar esnasında danışmanım olmayı kabul eden Prof. Dr. Vincent R. JOHNSON'a da katkıları ve ilgisi için teşekkürü borç bilirim.

İstanbul – 2018

Gizem ARSLAN DEMİR

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iii
ABSTRACT.....	iv
ÖNSÖZ	v
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

AMERİKAN HAKSIZ FİİLLER HUKUKUNUN GENEL ÖZELLİKLERİ VE TEHLİKELİ FAALİYETLERDEN DOĞAN SORUMLULUĞA

İLİŞKİN GENEL HUSUSLAR

I. AMERİKAN HAKSIZ FİİLLER HUKUKUNUN GENEL ÖZELLİKLERİ . 8	
A. KAYNAKLARI	8
B. YAPISI VE İŞLEYİŞİ	10
C. TARİHSEL GELİŞİMİ.....	12
D. YARGI SÜRECİ.....	15
E. AMACINA İLİŞKİN YAKLAŞIMLAR	21
F. HAKSIZ FİİL TÜRLERİ	31
1. Genel olarak	31
2. İhmale Dayanan Haksız Fiiller	32
3. Kusursuz Sorumluluk.....	38
II. AMERİKAN HUKUKUNDA TEHLİKELİ FAALİYETLERDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN KÖKENİ VE GELİŞİMİ.....	40
A. GENEL OLARAK.....	40
B. SORUMLULUĞUN TEMELİ: <i>RYLANDS</i> v. <i>FLETCHER</i> DAVASI	43
1. Davanın Konusu.....	43
2. Doğal (Olağan) Olmayan Kullanım Kriteri ve Dışarı Taşmaya Uygun Şeyler	44
3. Davanın Amerikan Hukukuna Etkisi	46
C. SORUMLULUĞUN GELİŞİM SÜRECİNİN TÜRK HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRILMASI.....	49
1. Genel Olarak	49

2. Özel Düzenlemeler.....	51
3. Yargıtay İçtihadı	53
4. TBK m. 71 Düzenlemesi.....	54
III. TEHLİKELİ FAALİYETLERDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN	
DÜŞÜNSEL TEMELLERİ	56
A. GENEL OLARAK.....	56
B. TEHLİKE RİSKİNİN KARŞILIKLILIK İÇERMEMESİ.....	63
C. YARARIN KARŞILIKLI OLMAMASI	65
D. TEK TARAFLI SEBEP OLMA	67
E. TOPLUMUN BAKIŞ AÇISI	70
F. ÖZENİN ETKİN SEVİYEDE OLMASINA KATKISI.....	71
G. FAALİYET SEVİYESİNİN ETKİN OLMASINA KATKISI.....	75
H. ZARARIN DAĞITILMASI.....	77
IV. ARA DEĞERLENDİRME: TEHLİKELİ FAALİYETLERDEN DOĞAN	
SORUMLULUĞUN DAR UYGULANMASI.....	79
A. AMERİKAN HUKUKUNDA	79
B. TÜRK HUKUKUNDA	87

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK AMERİKAN HUKUKUNDA TEHLİKELİ FAALİYETLERDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN UYGULANMA ŞARTLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

I. GENEL OLARAK	91
II. TEHLİKELİ FAALİYETLERDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN	
RESTATEMENT(THIRD) OF TORTS'TA YER ALAN UYGULANMA	
ŞARTLARININ TBK M. 71 HÜKMÜ İLE KARŞILAŞTIRILMALI OLARAK	
DEĞERLENDİRİLMESİ	94
A. GENEL OLARAK.....	94
B. TEHLİKELİ FAALİYETLERDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN	
ÖZNESİ	98
1. Amerikan Hukukunda.....	98
2. Türk Hukukunda	100

3. Ara Değerlendirme.....	105
C. FAALİYETİN YAYGINLIĞI	108
1. Genel Olarak	108
2. Yaygınlık (Olağanlık) Şartının Temeli	108
3. Yaygınlıklık (Olağanlık) Şartının Sorumluluğa Etkisi	111
4. Yaygınlık (Olağanlık) Ölçütünün Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi.....	116
a. Genel Olarak	116
b. Tehlike İlkesi Açısından	118
c. Menfaat İlkesi Açısından	120
d. Değerlendirme.....	121
D. YÜKSEK ZARAR RİSKİ/YOĞUN TEHLİKE	122
1. Risk Kavramı	122
2. Risk ve Tehlikeli Faaliyet İlişkisi	125
3. Yüksek Zarar Riski/Yoğun Tehlike Şartının Tespiti	126
a. Genel Olarak	126
b. Sık veya Ağır Zarar Doğurma Ölçütü.....	129
(1) Amerikan Hukukunda.....	129
(2) Türk hukukunda.....	135
c. Ek Ölçütler	139
4. Türk ve Amerikan Hukuku Açısından Değerlendirme	141
E. TEHLİKENİN KAÇINILMAZLIĞI.....	143
1. Genel Olarak	143
2. Tehlikenin Kaçınılmazlığı ile Yüksek Risk İlişkisi	144
a. Yüksek Riskin Kaçınılamaz Olması Gereği	144
b. Amerikan Hukukundaki Yaklaşım Farkı	147
3. Beklenen Özen Derecesi	150
4. Özenin Kilit Şart Olmasının Gerekçeleri	153
a. Kusur Sorumluluğunun Etkisi.....	154
b. Sadece Yüksek Riskin Engellenmesinin Aranması	159
c. Yasal Düzenlemelerin Etkisi.....	163
d. Mahkemelerin Faaliyeti Tanımlanma Biçimi	166

e. <i>Res Ipsa Loquitor</i> İlkesinin Etkisi.....	170
F. ZARAR RİSKİNİN ÖNGÖRÜLEBİLİR OLMASI	172
1. Genel Olarak	172
2. Dayandığı Düşünce.....	173
3. Diğer Uygulanma Şartları ile İlişkisi	176
a. Tipik Risk ile İlişkisi.....	176
b. Kaçınılmaz Tehlike İle İlişkisi.....	177
4. Gelişim Riskleri Açısından Değerlendirilmesi	177
G. DİĞER ŞARTLAR: FAALİYETİN SOSYAL DEĞERİ VE FAALİYETİN YÜRÜTÜLDÜĞÜ YERE UYGUNLUĞU	181
1. Genel Olarak	181
2. Faaliyetin Sosyal Değeri	182
3. Faaliyetin Yürütüldüğü Yere Uygunluğu	184
4. Değerlendirme.....	187
III. ÖRNEK DAVALAR ÜZERİNDEN OLAY İNCELEMELERİ.....	188
A. GENEL OLARAK.....	188
B. KLEIN v. PYRODYNE DAVASI.....	189
1. Karara Konu Olan Olay	189
2. Mahkeme Kararının Gerekçeleri.....	190
3. Kararın Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi.....	194
C. SIEGLER v. KUHLMAN DAVASI.....	198
1. Karara Konu Olan Olay	198
2. Mahkeme Kararının Gerekçeleri.....	198
3. Kararın Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi.....	200
D. INDIANA HARBOR v. AMERICAN CYANAMID CO. DAVASI....	202
1. Karara Konu Olan Olay	202
2. Mahkeme Kararının Gerekçeleri.....	203
3. Kararın Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi.....	207

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK AMERİKAN HUKUKUNDA TEHLİKELİ FAALİYETLERDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASI

I. TEHLİKELİ FAALİYETLERDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASI	210
A. GENEL OLARAK	210
B. RİSKİN KAPSAMI	213
1. Genel Olarak	213
2. Tehlikeli Faaliyetlerden Doğan Sorumlulukta Riskin Kapsamı	215
3. Nedensellik Bağını Kesen Sebeplerin Riskin Kapsamı ile İlişkisi	217
C. ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞI	219
1. Zarar Görenin Kusuru Kavramı ve Sorumluluğa Etkisi	219
2. Karşılaştırmalı Sorumluluk	223
a. Kavram	223
b. Tehlikeli Faaliyetlerden Doğan Sorumlulukta Karşılaştırmalı Sorumluluk	227
(1) Genel Olarak	227
(2) Zarar Görenin Risk Üzerindeki Etkisi	228
c. Zarar Görenin Davranışının Tehlikeli Faaliyetlerden Doğan Sorumluluğa Etkisi	231
(1) İkinci Restatement Dönemi	231
(2) Üçüncü Restatement Düzenlemesi	234
i. Tehlikeli faaliyeti belirlemede zarar görenin davranışı	236
ii. Nedensellik bağına etkisi açısından zarar görenin davranışı	238
iii. Sorumluluğun paylaşılması	239
d. Yapısal Yatkınlık	244
3. Riskin Üstlenilmesi	246
a. Riskin Üstlenilmesi Kavramı	246
b. Sorumluluğa Etkisi	247
c. Türk Hukukunda Riskin Üstlenilmesi	251
D. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN KUSURU	254

1. <i>Rylands v. Fletcher</i> Davasındaki Yaklaşım	254
2. Restatement Düzenlemelerinde Üçüncü Kişinin Kusuru	255
3. Mahkeme Kararlarında Üçüncü Kişinin Kusuru	258
E. MÜCBİR SEBEP	261
1. Restatement Düzenlemelerinde Mücbir Sebep	261
2. Mahkeme Kararlarında Mücbir Sebep	263
F. TEHLİKELİ FAALİYETLERDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN UYGULAMA ALANI DIŞINDA KALAN HALLER	265
1. Genel Olarak	265
2. Fayda Sağlayanlar	266
3. Yasal Yükümlülükler	270
4. Zarar Görenin Arazi Üzerindeki Durumu	272
III. ARA DEĞERLENDİRME	273
SONUÇ	276
KAYNAKÇA	285
ÖZGEÇMİŞ	304

KISALTMALAR LİSTESİ

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
Am. Law Inst.	: American Law Institute
App.	: Appeal
Art.	: Article
aş.	: aşağıda
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK.	: Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Ch.	: Chapter
Cir.	: Circuit
cmt.	: comment
Corp.	: Corporation
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
eTKHK	: eski Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
HD.	: Hukuk Dairesi
HPD	: Hukuki Perspektifler Dergisi
I.	: Issue
Inc.	: Incorporated
illus.	: illustration
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
J.	: Journal
K.	: Karar
L.	: Law
N.	: Numara
PETL	: Principles of European Tort Law
Rev.	: Review

S.	: Sayı
s.	: sayfa
Spec.	: special
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCO	: Turkish Code of Obligations
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
U.S.	: United States
USA	: United States of America
v.	: versus
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
yuk.	: yukarıda

GİRİŞ

I. KONUNUN SUNUMU VE ÖNEMİ

Endüstri devriminin gerçekleşmesiyle birlikte ilerlemeye başlayan teknik ve teknoloji, toplumsal hayata olağanüstü riskler getiren yeni faaliyetlerin yürütülmesine imkan sağlamıştır. Ancak bu tür faaliyetlerin bazılarının taşıdığı olağanüstü risklerin olağan önlemlerle engellenmesinin çoğu kez mümkün olmaması, kusur esasına dayanan haksız fiil hukuku sistemlerinin yeniden değerlendirilmesine yol açmış ve bu değerlendirme büyük ölçüde söz konusu tehlikeli faaliyeti yürütenlerin kusursuz olarak sorumlu tutulmasıyla sonuçlanmıştır.

Bununla birlikte bir hukuk sisteminde tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun hangi kapsamda uygulanacağı, uygulanma şartlarının ne şekilde yorumlanacağı ve sorumluluğun nasıl sınırlandırılacağı tartışmalara konu olmuştur. Bu tartışmaların günümüzde de devam etmesi ve hatta uygulama esnasında dahi devam edecek olması, konunun önemine dikkat çekmektedir. Ayrıca, temeli teknolojik gelişmelere dayanan tehlike sorumluluğunun önemi, bu gelişmelerin sürekli olarak yaşanacak olması düşünüldüğünde daha da belirginleşmektedir. Ancak bununla beraber, tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun uygulanma biçimi, kusur esasına dayanan bir hukuk sisteminde kusur ilkesine dayalı sorumluluklara da etki edebilir ve dahası bu ilkeye bir tehdit oluşturabilir. Bu kapsamda bir faaliyetin neden tehlikeli kabul edildiği ve neden ağır bir sorumluluk biçimine tabi tutulduğu, hem tarihsel çıkış noktası hem de varlık sebebi için ileri sürülen gerekçeler ışığında değerlendirilmelidir.

Tehlikeli faaliyetler için öngörülen kusursuz sorumluluk, birden fazla yöntemle benimsenebilir¹. Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil ülkeler bu sorumluluk biçimini özel düzenlemeler yaparak kabul edebilecekleri gibi, genel bir kural koymak suretiyle de kabul edebilirler. Ortak hukuk (*common law*) ülkeleri ise

¹ Mustafa Tiftik, **Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural İle Düzenlenmesi Sorunu**, 2. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s. 17.

yine belirli faaliyetler için özel bir düzenleme yapabilirler ya da içtihat yoluyla bu sorumluluk biçimini benimseyebilirler. Çalışma konumuz olarak tercih edilmiş Amerikan haksız fiil hukukundaki tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluk ise, genel olarak söylenebilir ki, içtihat yoluyla benimsenmiş bir sorumluluk türüdür².

Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil Türk hukuku açısından ise tehlike sorumluluğuna ilişkin önemli bir gelişme meydana gelmiştir. Zira daha öncesinde özel düzenlemeler yoluyla tehlike sorumlulukları ihdas eden Türk kanun koyucu, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu³ ile tehlike sorumluluğuna ilişkin genel bir hüküm düzenlenmesi kabul etmiştir. Kusursuz sorumluluk üst başlığı altında 71. maddede yer alan bu yeni düzenlemeye göre, *“önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumlu olacaktır”*. Bir işletmenin hangi şartlarda tehlikeli olarak kabul edilebileceği ise ikinci fıkrada açıklanmıştır: *“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 arz eden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arz eden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arz eden işletme sayılır”*.

Bahsedilen bu yeni düzenlemede hükmün kapsamının belirlenmesi oldukça önemlidir. Zira Türk haksız fiil hukukunun temeli kusur esasına dayanmaktadır. İlgili düzenlemeyi amacı aşacak şekilde yorumlamak, hükmün uygulama alanının gereğinden fazla genişlemesine sebebiyet verebilir. Bu nedenle hükümde geçen uygulanma şartlarının somutlaştırılması ve hükmün nasıl bir yaklaşım ışığında yorumlamasının faydalı olacağını değerlendirilmesi büyük önem arz etmektedir.

² Vincent R. Johnson, **Studies in American Tort Law**, 5. bs., North Caroline, Caroline Academic Press, 2013, s. 4; W. Page Keeton/Dan B. Dobbs/Robert E. Keeton/David G. Owen, **Prosser and Keeton on Torts**, 5. bs., St. Paul Minnesota, West Publishing Co., 1984, s. 19.

³ 27836 sayılı, 04.02.2011 tarihli Resmî Gazete.

Bu değerlendirmenin karşılaştırmalı hukuk gözetilerek yapılması ise hem daha ufuk açıcı olacak hem de yeni bir bakış açısıyla konunun daha etraflıca incelenmesine imkan tanıyacaktır. Çalışmamızın konusu da bu amaca hizmet etmesi maksadıyla tercih edilmiştir. Zira Amerika, ileri teknolojinin en yoğun üretildiği ve kullanıldığı ülkelerin başında gelmektedir. Bu özelliği sebebiyle teknolojiye dayalı kazaların en çok görülebileceği ülkelerden biri olması, Amerika'nın, temeli teknolojik ilerlemeye dayanan tehlike faaliyetlerden doğan kazalarda nasıl bir tutum izlediğini ve ne gibi çözümler ürettiğini önemli kılmaktadır. Aynı zamanda, Amerika'nın siyasi yapı olarak eyalet sistemini benimsemiş olması, birden fazla haksız fiil hukuku rejimini ve çok çeşitli örnekleri incelemeye imkan tanımaktadır⁴. Amerikan hukukundaki incelemenin, mahkemeler tarafından kabul görmüş genel bir takım uygulanma şartları çerçevesinde somut olay üzerinden yapılması da, tehlike sorumluluğu için genel bir yeni hüküm kabul etmiş Türk hukuku uygulaması açısından daha ufuk açıcı olabilir. Aynı zamanda Amerikan hukukundaki anlayış ve uygulamalar, Türk hukukunda yeni kabul edilen genel tehlike sorumluluğu hükmünün, hem nasıl yorumlanması hem de nasıl yorumlanmaması gerektiğinin tespiti için fayda sağlayabilir. Bu nedenle Amerikan hukuku karşılaştırmalı hukuk değerlendirmesi için kaynak olarak seçilmiştir.

Bu çerçevede belirtmek gerekir ki, Amerikan haksız fiil hukukunun temeli de Türk hukukunda olduğu gibi kusur esasına dayanmaktadır⁵. Ancak kusur ilkesinin yetersizliği, Amerikan mahkemelerini de başka arayışlara yöneltmiş ve tehlikeli faaliyetlerden doğan zararlar için kusursuz sorumluluğun kabulüne yol açmıştır. Bu noktada Amerikan hukukunun iki sorumluluk biçimi arasındaki tercihi, kusursuz sorumluluğu hangi gerekçelere dayanarak kurduğu ya da kurmadığı, sorumluluğu hangi gerekçelere dayanarak ve ne şekilde sınırladığı önem taşımaktadır. Bu hususlar, Türk hukukundaki genel tehlike sorumluluğunun kurulması, kurulmaması ve sınırlanması noktasında devam eden tartışmalara da katkı sağlayabilecek niteliktedir.

⁴ Kenneth S. Abraham, **The Forms and Functions of Tort Law**, 4. bs., New York, Foundation Press, 2012, s. 1.

⁵ James A. Henderson, "Why Negligence Dominates Tort", **Cornell Law Review**, S. 50, 2002-2003, s. 380.

I. İNCELEME PLANI

Amerikan haksız fiil hukukunda somut olaya uygulanacak sorumluluk biçimi, belirli bir amaç izlenmek suretiyle gerekçelendirilmektedir. Tutarlı ve uyumlu bir değerlendirme için bu yolun seçilmesi, Türk haksız fiil hukuku hükümlerinin yorumlanması açısından da elzemdir. Aynı zamanda Amerikan hukuku uygulanmasında tarihsel gelişime dikkate değer ölçüde önem verilmektedir⁶. Bu nedenle çalışmamızda önemli bir kısım, Amerikan haksız fiil hukukunda izlenen amaçların incelenmesine, tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun tarihsel çıkış noktasına ve hangi amaca hizmet edecek şekilde gerekçelendirildiğine ayrılmıştır. Tehlikeli faaliyetlerden doğan kusursuz sorumluluğun tarihsel çıkış noktası ve izlediği amaç, bu sorumluluğun uygulanma şartlarının değerlendirilmesi ve sınırlandırılması hususunda yapılacak yorumlarda da esas alınmış, Türk hukukuna ilişkin değerlendirmelerin yapıldığı kısımlarda da bu fikirler göz önünde tutulmuştur.

Bu kapsamda çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, öncelikle çalışma konumuz olan Amerikan hukukundaki tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun daha iyi anlaşılabilmesi adına Amerikan haksız fiil hukukuna ilişkin genel özelliklere kısaca değinilecektir. Daha sonra ise Türk hukuku ile karşılaştırmalı olarak Amerikan hukukundaki tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun tarihsel plandaki dayanak noktası ve bu faaliyetler için öngörülen kusursuz sorumluluğun varlık amacı açısından ileri sürülen gerekçeler, haksız fiil hukukunun genel amacına ilişkin yaklaşımlar ışığında değerlendirilecektir.

İkinci bölümde ise, Amerikan hukukunda tehlikeli faaliyetlerden doğan kusursuz sorumluluğun uygulanma şartları, bu şartların bir araya getirildiği Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından çıkarılan, Amerikan haksız fiil hukukunu

⁶ Tarihsel gelişimin Amerikan hukukundaki önemini vurgulandığı davalar için bkz. **New York Trust Co. v. Eisner**, 256 U.S. 345, 349 (1921); **Texas v. Johnson**, 491 U.S. 297 (1989), **Lee v. Weisman**, 112 S. Ct. 2649 (1992); Haig Bosmajian, "Is a Page of History Worth a Volume of Logic?", **Journal of Church and State**, C. 38, S. 2, Oxford University Press, 1996, s. 397.

derleyen ve çoğunluk uygulamasını yansıtan en son derleme olan üçüncü Restatement'taki (*Restatement(third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm*) düzenleme temel alınarak, uygulamadaki mahkeme kararı örnekleri ile birlikte değerlendirilecek ve bu şartların TBK m. 71'de yer alan şartlarla benzerlik ve farklılık gösteren kısımları incelenecektir. Ancak bu inceleme esas olarak hangi faaliyetin hangi şartlarda tehlikeli sayılacağı araştırmasını kapsamaktadır.

Üçüncü ve son bölümde de tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun Amerikan ve Türk haksız fiil hukukunda nasıl sınırlandırıldığı değerlendirilecektir. Bu kapsamda sorumluluk bir kere kurulduktan sonra sorumluluktan kurtulmak için zarar veren tarafından ileri sürülebilecek zarar görenin davranışına, üçüncü kişinin kusuruna ve mücbir sebebe dayanan savunmalar incelenerek, sorumluluğun hangi ilkeler çerçevesinde kurulmadığı belirlenecektir. Aynı zamanda bu bölümde, Amerikan hukukundaki tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun hangi durumlarda hiç uygulanamayacağına ilişkin bilgi ve değerlendirmeler de yer alacaktır.

II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI VE TERMİNOLOJİ

Çalışmamızda Amerikan haksız fiil hukukuna ilişkin tüm bilgilerin verilmesi konunun çok geniş olması sebebiyle mümkün olmamıştır. Bu sebeple genel bilgiler, çalışma konusuna yardımcı olacağı ölçüde ele alınmıştır.

Bir ortak hukuk ülkesi olan Amerika'da, Washington DC dışında elli ayrı eyalet (federe devlet) bulunmakta ve her bir eyaletin kendine özgü haksız fiiller hukuku bulunmaktadır⁷. Her bir eyaletin belirli bir konuya ilişkin birbirinden farklı yaklaşımlar benimsemesi mümkündür. Bu nedenle çalışmamızda her eyalet ayrı ayrı değerlendirilmemiş, genel bir Amerikan uygulaması resmi çizilmeye çalışılmıştır. Bu çerçevede çalışma, Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından çıkarılan, Amerikan hukukunu derleyen ve çoğunluk uygulamasını yansıtan eserler olan *Restatement*'lar

⁷ Johnson, *American Tort Law*, s. 4; Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, *Torts*, s. 19.

temel alınarak yürütülmüştür. Aynı zamanda uygulamaya ilişkin örnekler de, çalışmada Amerikan hukuku bir bütün olarak değerlendirildiği için, eyaletlere dikkat çekerek verilmemiştir. Ancak elbette ki yeri geldiğinde istisnai fikir ve uygulamalara çalışma kapsamında değinilmiştir.

Tehlike sorumluluğunun kurulabilmesi için en önemli şart, somut olayda bir tehlikeli faaliyetin varlığının tespit edilmesidir⁸. Bu nedenle çalışmamızda esasen tehlikeli faaliyetin ne olduğu üzerinde durulmuştur. Çalışmamızda esas olarak Amerikan hukukundaki genel uygulamaya göre tehlikeli faaliyetin hangi şartlarda varlığının kabul edildiği tespit edilmeye çalışıldığı için, her bir tehlikeli faaliyetin tek tek sayılması amaçlanmamıştır. Bu nedenle genel olarak dava konusu olmuş örnekler üzerinden değerlendirme yapılarak, tehlikeli faaliyetinin varlık şartlarının nasıl yorumlandığı ve bu çerçevede hangi faaliyetlerin tehlikeli kabul edildiği belirlenmeye çalışılmıştır.

Çalışma konumuz esasen belirli bir yaklaşım ve amaç ışığında tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun uygulanması için gereken tehlikeli faaliyetin, eldeki davada nasıl tespit edildiğini ve tehlike sorumluluğu iddia edilen somut bir olaydaki faaliyetin tehlikeli olup olmadığı değerlendirmesini kapsamaktadır. Bu nedenle, tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun uygulanabilmesi için gereken tehlikeli faaliyet şartının Amerikan hukukunda öngörülen her bir unsuru ayrı ayrı incelenmiş, ancak bu unsurların, örneğin ürün sorumluluğu gibi diğer sorumluluk halleri ile olan ilişkisi kapsam dışında tutulmuştur. Zira, diğer sorumluluk hallerinin hem Amerikan hem Türk hukukundaki geniş kapsamı, bunlara ilişkin değerlendirmeyi olanaksız kılmıştır.

İncelememizin esas amacı Amerikan uygulamasını değerlendirmek ve bu uygulamadan fikir edinmek olduğundan, Türk hukuku ile ilgili genel bilgiler çalışmamızda daha az yer edinmiştir. Bununla beraber tehlike sorumluluğuna ilişkin

⁸ Tehlikeli faaliyetin, sorumluluğun özü olduğu yönünde bkz. Kerem Cem Sanlı, “Kusursuz Sorumluluk Halleri”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu**, ed. Murat İnceoğlu, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 73.

genel hüküm artık Türk pozitif hukukunun bir parçası olduğundan, hükmün yerindeliği tartışması da bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

Bununla birlikte çalışmamız, tehlike sorumluluğunun kurulması için en belirleyici şart olan tehlikeli faaliyetin ne olduğu sorusuna cevap aramaktadır. Bu nedenle tazminat hukukuna ilişkin sonuçlar bu çalışmada yer almamıştır. Bu açıdan belirtmek gerekir ki, Türk hukukundaki değerlendirmeler de esas olarak TBK m. 71'in ikinci fıkrasını içermektedir.

Çalışmada okuma kolaylığı olması bakımından Amerika Birleşik Devletleri ifadesi “Amerika” olarak; Amerika Birleşik Devletleri hukuku ise “Amerikan Hukuku” olarak kullanılmıştır. Bununla birlikte Amerikan hukukundaki “ihmale dayanan haksız fiiller” (*negligence*) ifadesi, bu ifadenin önem arz ettiği durumlarda orijinal haliyle, bazı hallerde ise Türk hukukuyla yakınlık kurmak ve kolay anlaşılmasını sağlamak amacıyla “kusur sorumluluğu” olarak ifade edilmiştir. Çalışmamızda, 1939 yılında yayımlanan *The Restatement of Torts*, “birinci Restatement”; İlk bölümü 1965 son bölümü 1979 yılında yayımlanan *The Restatement(second) of Torts* ise “ikinci Restatement” olarak anılacaktır. Çalışmamızın esas kaynağı olan 2010 yılında yayımlanmış ve halen etkin olan *The Restatement (third) of Torts* ise “üçüncü Restatement” bazı hallerde de sadece “Restatement” olarak ifade edilecektir. Bununla birlikte ülkelerin kendi terminolojilerine sadık kalmak amacıyla, Amerika'daki sorumluluk biçimini ifade ederken “tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluk”, Türk hukukundan bahsederken ise “tehlike sorumluluğu” ifadeleri kullanılmıştır. Ancak Türk hukukuyla yakınlık kurmak amacıyla çalışmanın başlığında ve karşılaştırma yapılan bazı yerlerde “tehlike sorumluluğu” ifadesi tercih edilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

AMERİKAN HAKSIZ FİİLLER HUKUKUNUN GENEL ÖZELLİKLERİ VE TEHLİKELİ FAALİYETLERDEN DOĞAN SORUMLULUĞA İLİŞKİN GENEL HUSUSLAR

I. AMERİKAN HAKSIZ FİİLLER HUKUKUNUN GENEL ÖZELLİKLERİ

A. KAYNAKLARI

Amerika Birleşik Devletleri¹, hukuk sistemi olarak ortak hukuk (*common law*) sisteminin kabul edildiği bir ülkedir. Sıklıkla mahkeme kararları ile gelişen hukuk (*judge-made law*) olarak ifade edilen ortak hukuk sistemi, mahkemelerin bireysel davalarda verdiği kararların oluşturduğu içtihat hukuku (*case law*) esasına dayanmaktadır². Bu hukuk sisteminin en belirgin özelliği, yüksek mahkemelerde bir ihtilaf için verilen hükmün, alt derece mahkemelerini bağlayıcı olmasıdır. Benzer konular için verilen önceki kararların emsal teşkil etmesi ve alt derecede mahkemelerini bağlaması ilkesi “*stare decisis*” olarak ifade edilmektedir. Bu ilke, ortak hukuk sistemi içinde tutarlılık, uyum ve tahmin edilebilirlik sağlamak açısından önemli kabul edilmektedir. Ancak şunu da eklemek gerekir ki, adalet fikri ya da sosyal ihtiyaçlar gerektirdiği takdirde yargı yetkisine sahip yüksek mahkemeler, daha önce kabul edilmiş yerleşik kararları değiştirme imkanına sahiptir³.

¹ Çalışmamızın genelinde kullanılacak olan “Amerika” ifadesi, Amerika Birleşik Devletleri’nin kısaltmasını ifade etmektedir.

² Gerald Paul McAlinn/Dan Rosen/John P. Stern, **An Introduction to American Law**, 2. bs., North Carolina, Carolina Academic Press, 2010, s. 3-5.

³ Teresa Kissane Brostoff/Ann Sinsheimer, **United States Legal Language and Culture: An Introduction to the U. S. Common Law System**, 3. bs., New York, Oxford University Press, 2013, s. 50.

Hukuk sistemi ortak hukuk olan Amerika'da başka hukuk kaynakları da vardır. Bu açıdan Amerikan hukuku kaynaklarını, birincil (*primary sources*) ve ikincil (*secondary sources*) olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür. Birincil kaynaklar; federal anayasa ve eyalet anayasaları, mahkeme kararları, kanunlar, idari kararlar ve diğer düzenlemeler iken ikincil kaynaklar; *Restatement*'lar, kitaplar ve makaleler gibi birincil kaynakları yorumlayan ve tartışan kaynaklardır⁴.

Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından çıkarılan *Restatement*'lar önemli bir ikincil kaynaktır. Amerikan hukukunun kesinlik içermemesi ve karışık olması sebebiyle çıkarılmaya başlanan *Restatement*'lar, birçok mahkemede kabul edilen kuralların incelenmesiyle oluşturulmaktadır. Mevcut hukuku derleyerek Amerikan hukukunun özünü yansıtmalarının yanı sıra, olması gereken hukuka ilişkin yorumlar da içeren *Restatement*'lar, geniş hukuk kurallarını netleştirmektedir. Amerikan Hukuk Enstitüsü, bünyesinde hakim, avukat ve akademisyenleri barındırırken, *Restatement*'lar "raportör" adı verilen, alanlarında uzman akademisyenler tarafından kaleme alınmaktadır. *Restatement*'lar, hiçbir bağlayıcılıkları bulunmamasına rağmen, mahkemeler tarafından dikkate alınan eserlerdir.⁵

Amerikan hukukunun *case law* özelliği ve dolayısıyla davalarda ortaya çıkan ilke ve kararların karışık olması sebebiyle hukuku derleme amacı taşıyan *Restatement*'lar, haksız fiil hukukunun da önemli bir ikincil kaynağıdır. Amerikan hukukunda bugüne kadar haksız fiil alanında genel olarak çıkarılan üç adet *Restatement* bulunmaktadır⁶. Bunlar; *The Restatement of Torts*⁷, *The Restatement (second) of Torts*⁸ ve *The Restatement (third) of Torts*⁹ isimli eserlerdir¹⁰. Hemen

⁴ Stephen Elias, **Legal Research: How to Find & Understand the Law**, 16. bs., Nolo, 2012, s. 22-27

⁵ Elias, **Legal Research**, s. 93; (Çevrimiçi) <http://lawlibrary.case.edu/research-guides/restatements-of-the-law/#onlineaccess>, 25.03.2015.

⁶ Bu alanda çıkarılan diğer *Restatement*lara ise "*Restatement of law (third) of torts-Product Liability*" ve "*Restatement of law (third) of torts-Appportionment of Liability*" örnek verilebilir.

⁷ The Restatement of Torts, **American Law Institute**, (1939), (Çevrimiçi) www.lawschoolwestlaw.com, 25.03.2014.

⁸ The Restatement(second) of Torts, **American Law Institute**, (1965-1979), (Çevrimiçi) www.lawschoolwestlaw.com, 25.03.2014.

⁹ The Restatement(third) of Torts: Physical and Emotional Harm, **American Law Institute**, (2010), (Çevrimiçi) www.lawschoolwestlaw.com, 25.03.2014.

belirtmek gerekir ki, çalışmamızın Amerikan hukukuna ilişkin temeli, mahkeme kararlarına dayandığı kadar, bu kararları derleyen, inceleyen ve yorumlayan Restatement'ları da esas almaktadır.

B. YAPISI VE İŞLEYİŞİ

Amerikan haksız fiil hukuku (*the law of torts*¹¹) esas olarak zarara uğrayan tarafın zarar veren taraftan tazminat elde etmesini konu edinir¹². Kişiy ve mala gelen zararlar neticesinde nasıl bir sorumluluk uygulanacağı haksız fiil hukukunun alanıdır¹³. Amerika'da kabul edilen haksız fiillerin çoğunluğu, yazılı düzenlemelerin değil, mahkemelerin bireysel davalarda karar verdiği ortak hukukun (*common law*) konusudur¹⁴. Federal mahkemelerden ziyade eyalet mahkemelerinde ortaya çıkan haksız fiiller, genellikle temyiz aşamasında görülen bireysel davalar neticesinde verilen hükümlerle oluşurlar¹⁵. Dolayısıyla bu husus, elli eyaletten oluşan Amerika Birleşik Devletleri açısından elli farklı haksız fiil hukuku rejimi anlamına gelmektedir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, elli rejimin farklılığına ve çeşitliliğine rağmen, eyalet haksız fiil hukukları önemli noktalarda kısmen benzerlik

¹⁰ The Restatement of Torts, çalışmamızda “birinci restatement”; The Restatement (second) of Torts ise “ikinci restatement” olarak anılacaktır. 2010 yılında yayınlanan The Restatement (third) of Torts ise çalışmamızın esas kaynağı olması sebebiyle sadece “*restatement*” olarak ifade edilecektir.

¹¹ “*Tort*” kelimesi Latince “*tortus*” kelimesinden türemiştir. Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, **Torts**, s. 2. Amerikan hukukunda genellikle haksız fiiller hukuku anlamına gelecek “*the law of torts*” ifadesi kullanılmaktadır. Bu ifadeye göre, bu hukuk dalının belirli sayıda zarar verici davranışı yasaklayan ve bu davranış kalıplarından birine uymayanları sorumluluğun dışarısında bırakan bir yapısı vardır. Bir diğer deyişle haksız fiiller sayılıdır ve sorumluluğun doğması için bunlardan birinin mevcut olması gerekir. Haksız fiil hukuku anlamına gelecek “*the law of tort*” ifadesinin arka planında ise genel bir temel sorumluluk prensibi olduğu fikri yatmaktadır. Bir diğer deyişle hukuken gerekçelendirilemedikçe bir kişinin bir başkasına verdiği her zarar haksız fiildir. Bu nedenle sadece isim olarak sayılan haksız fiillerin dışına çıkılması mümkündür. Mahkemeler yeni haksız fiil türleri yaratabilir. Zira haksız fiiller yüzyıllardır genişlemektedir. Birinci görüş pratik açıdan, ikinci görüş de daha geniş bir açıdan bakıldığında doğru kabul edilebilir. Detaylar için bkz. W. V. H. Rogers, **Winfield and Jolowicz on Tort**, 17. bs., Londra, Sweet & Maxwell, 2006, s. 16-17. Ancak bu konuya ilişkin tartışmalar çalışmamızın kapsamını aşmaktadır. Amerikan hukukundaki temel eserler genellikle “*torts*” ifadesini kullandığından biz de bu ifadeyi kullanmayı uygun bulduk. Bkz. Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, **Torts**; Richard Epstein/Catherine M. Sharkey, **Cases and Materials on Torts**, 10. bs., Wolters Kluwer, 2012. Bununla birlikte çevirisi için Türk hukuku değerlendirmeleri açısından kolaylık sağlaması sebebiyle haksız fiil hukuku demeyi tercih ettik.

¹² Abraham, **Tort Law**, s. 1.

¹³ Vincent R. Johnson, **Mastering Torts**, 5.bs., North Carolina, Caroline Academic Press, 2013, s. 1.

¹⁴ Johnson, **American Tort Law**, s. 4; Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, **Torts**, s. 19.

¹⁵ Abraham, **Tort Law**, s. 1.

göstermekte ve bu da Amerikan haksız fiil hukuku kapsamında belirli genel yaklaşımlar tespit etmeye imkan tanıyabilmektedir¹⁶.

Amerikan haksız fiil hukukunun işleyişi açısından önem arzeden bazı özellikleri vardır. Bunlardan ilki, jürili yargılamadır (*jury trial*). Tüm eyalet ve federal yargılamalarda jüri tarafından yargılanma hakkı mevcuttur¹⁷. İkincisi ise sorumluluk sigortasıdır (*liability insurance*). Sigortanın ne derece yaygın ve mümkün olduğu hususu, dava açıp açmamayı ve dahası kime yönelik dava açılıp açılmayacağını belirlediğinden haksız fiil hukukunun kapsamını etkilemektedir. Zira, haksız fiilden doğan sorumluluk genişledikçe daha fazla sorumluluk sigortası mümkün hale gelmekte, sigortanın genişlemesinin beklendiği ya beklenebileceği hallerde de haksız fiil hukukunun kapsamı kısmen genişleyebilmektedir¹⁸. İşleyiş bakımından önem arzeden üçüncü özellik ise şarta bağlı ücret sistemidir (*the contingent fee system*). Bu sisteme göre, davacı vekilleri davalarını başarıya bağlı ücret sistemi temelinde kabul etmektedirler. Dolayısıyla davacı vekili, ancak davayı kazandığı takdirde ücrete hak kazanmakta ve dava açmak için de herhangi bir ücret almamaktadır. Bu sistem davacı vekilinin hangi davanın vekilliğini üstleneceği kararını oldukça önemli düzeyde etkilemektedir. Dördüncü özellik ise her iki tarafın da vekalet ücreti dahil her türlü maliyetlerini kendilerinin ödemek zorunda olmalarıdır (*the “American Rule” for costs*). Davanın kazananı ya da kaybedeni olmak bu maliyetleri etkilemediğinden, davacıların dava açmak noktasındaki cesaretleri kırılmamaktadır¹⁹.

¹⁶ Abraham, **Tort Law**, s. 1.

¹⁷ ABD Anayasası tarafından medeni yargılamada belirli tip davalarda jüri tarafından yargılanma hakkı garanti altına alınmıştır. McAlinn/Rosen/Stern, **American Law**, s. 31.

¹⁸ Abraham, **Tort Law**, s. 4-5. Sigorta ve haksız fiil ilişkisi için bkz. David A. Fischer/Robert H. Jerr II, “Teaching Torts Without Insurance: A Second Best Solution”, **St. Louis University Law Journal**, 2001, s. 857.

¹⁹ “Davalı davayı kazansa da kendi vekalet ücretini ve diğer maliyetleri kendi ödemek zorundadır. Kaybeden tarafın maliyetlere katlandığı bir sistemde ise, iddianın güçlü ya da zayıf olması farketmeksizin daha az dava açılır ancak açılan dava daha güçlü savunulurdu.” Abraham, **Tort Law**, s. 4; Türk usul hukuku açısından ise durum farklıdır. HUMK m. 326/1 uyarınca, kural olarak yargılama giderlerinin aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verilir. Bu yargılama giderlerinin içine hem peşin olarak ödenen hem de karar ve ilam harcı gibi Devlet’e ödenecek harç ve giderlerle varsa vekalet ücreti de dahildir. Baki Kuru, **Medeni Usul Hukuku**, İstanbul, Legal Yayınevi, 2016, s. 817.

Yukarıda sayılan dört özellik Amerikan haksız fiil hukukunun gelişimini ve 20. yüzyılda yaşadığı dönüşümü önemli derecede etkilemiş ve 19. yüzyılın sonlarında dahi görece müphem ve ekonomik açıdan önemsiz olan bir hukuk alanını, etkisi olağanüstü genişleyen bir alana dönüştürmüştür²⁰.

C. TARİHSEL GELİŞİMİ

Amerikan haksız fiil hukukunun günümüzdeki içeriğini anlamak için tarihsel gelişimini incelemek gerekir. Bu hususta, Amerikan realizminin önemli temsilcilerinden ve birçok bilimsel eserde kendisine atıf yapılan hakim ve bilim insanı Oliver Wendell Holmes, Jr.'nin düşüncesini belirtmek yerinde olacaktır. Holmes, bir yargılama sırasında “*bir sayfa tarih, bir cilt mantıksal gerekçeden üstündür.*” (“*A page of history is worth a volume of logic.*”)²¹ ifadesini kullanarak, bir kuralın şimdiki karakterini anlamak için yıllar içinde geçirdiği gelişim ve değişimi anlamının, kapsamlı bir mantık analizi yapmaktan daha tatmin edici olduğunu belirtmiştir²². Bu yaklaşım Amerikan hukuku bakımından önemli olduğu için Amerikan hukukunun temelini oluşturan erken dönem İngiliz haksız fiil hukukunu kısaca incelemek yerinde olacaktır.

Amerikan hukukunu etkileyen erken dönem İngiliz haksız fiil hukukunda dava açabilmek için davacıların *writ*²³ denilen bir belgeye ihtiyaçları vardı²⁴. Bu

²⁰ Abraham, **Tort Law**, s. 4-5; John C. P. Goldberg/Benjamin C. Zipursky, **Torts**, New York, Oxford University Press, 2010, s. 15.

²¹ New York Trust Co. v. Eisner, 256 U.S. 345, 349 (1921). Günümüze kadar birçok davada bu ifadeye atıf yapılmış, Amerikan hukuk tarihi ve geleneklerinin mevcut uyumsuzluklardaki yeri vurgulanmıştır. Texas v. Johnson, 491 U.S. 297 (1989), Lee v. Weisman, 112 S. Ct. 2649 (1992); Bosmajan, **Volume of Logic**, s. 397.

²² Holmes’ün bu düşüncelerini ifade ettiği ilgili karar için bkz. **New York Trust Co. v. Eisner**, 256 U.S. 345, 349 (1921); Abraham, **Tort Law**, s. 52.

²³ *Writ*, kelime olarak aslen yetkili kişi tarafından kontrol edilip mühürlenerek verilen buyruk anlamına gelmekte iken, İngiltere’de merkezi ve güçlü bir monarşi kurulduktan sonra sadece krala ait buyruk anlamında kullanılmaya başlanmıştır. Bununla birlikte sadece krala ait olarak ifade edilse de kendi içinde birçok çeşide ayrılmıştır. Bunlardan biri de hukuk alanında usul açısından gereken writlerdir. Edward Jenks, “The Prerogative Writs in English Law”, **The Yale Law Journal**, C. 32, S. 6, Nisan 1923, s. 523; Bu noktada denebilir ki, hiç kimse kralın mahkemelerinde kralın *writleri* olmadan dava açamazdı. Keeton/Dobbs/Keeton/Owens, **Torts**, s. 29.

²⁴ 1250-1800 yılları arasındaki dönem, “writ sistemi altındaki haksız fiil dönemi” olarak ifade edilmektedir. Goldberg/Zipursky, **Torts**, s. 9; Keeton/Dobbs/Keeton/Owens, **Torts**, s. 29.

belgeyi edinebilmek için ise dava sebebinin, sınırlı sayıda olan dava çeşitlerinden (*forms of action*) birine uygun olması gerekirdi²⁵. *Writ* isimli bu belge, kişiye saldırı (*battery*) ve taşınmaza tecavüz (*trespass to land*) davaları için verilmekteydi²⁶. Davacının iddiaları, bu *writ* türleri için gereken unsurları taşıyor ise dava açılması mümkün değildi²⁷. Örneğin, kişiye verilen zararda müdahale, doğrudan ve güç kullanmak suretiyle yapılmalıydı. Davacının iddialarının bir *writ* için gereken unsurları taşıması halinde ise zararın tazmini ihtimali çok yüksekti. Zira davalının zararın meydana gelmesinde kusuru olup olmadığı dikkate alınmamakta, zararın meydana gelmesine sebep olması sorumluluk için yeterli kabul edilmekteydi²⁸. Ancak, erken dönem haksız fiil hukukunun bu uygulanması davacılar için zorluk da yaratmaktaydı. Örneğin, *Writ* isimli belge türleri içindeki unsurları karşılamayan vücut bütünlüğüne gelen doğrudan müdahaleye dayanmayan zararlar bakımından tazminat söz konusu değildi²⁹.

Davalı açısından günümüzdeki kusursuz sorumluluk anlayışını ifade eden bu yaklaşım zaman içerisinde değişmeye başlamıştır. Zamanla mahkemeler, davalının sorumluluktan kurtulma ihtimalinden söz etmeye başlamış; davalının tamamen kusursuz olduğu (*utterly without fault*) ya da zararın kaçınılmaz kazalar (*inevitable accident*) nedeniyle meydana geldiği ifadelerini kullanmaya başlamışlardır³⁰. Örneğin, *Weaver v. Ward*³¹ davasında mahkeme, bu ifadeleri kullanmış ve güç kullanmak suretiyle zarara sebep olan davalının çok dikkatli olmasına rağmen

²⁵ Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, **Torts**, s. 29; Robert E. Keeton/Lewis D. Sargentich/Gregory C. Keating, **Cases and Materials on Tort and Accident Law**, 3. bs., St. Paul, Minnesota, West Group, 1998, s. 3.

²⁶ Kişiyeye saldırı sebebiyle verilen belge, "*trespass vi et armis*" (*trespass by force of arms*); taşınmaza tecavüz için verilen ise "*trespass quare clausum*" (*trespass by breaching the plaintiff's boundary*) olarak adlandırılmaktaydı. Abraham, **Tort Law**, s. 53; Günümüzde "*trespass*" terimi, başka birinin mülküne müdahale ya da tecavüz durumunu ifade etse de geçmiş dönem İngiliz hukukunda bu terim hukuka aykırılık (*wrong*) ya da ihlal (*transgression*) gibi çok daha geniş bir anlama gelecek şekilde kullanılmaktaydı. Goldberg/Zipursky, **Torts**, s. 10.

²⁷ Keeton/Sargentich/Keating, **Tort and Accident Law**, s. 2-4; Abraham, **Tort Law**, s. 53.

²⁸ Goldberg/Zipursky, **Torts**, s. 10.

²⁹ Abraham, **Tort Law**, s. 55.

³⁰ Goldberg/Zipursky, **Torts**, s. 11.

³¹ *Weaver v. Ward*, 80 Eng. Rep. 284 (K. B.), 1616; Goldberg/Zipursky, **Torts**, s. 10.

kazanın kontrolü dışında meydana geldiğini ispatlaması halinde bunun bir savunma olarak kabul edileceğini belirtmiştir³².

Bu gelişmelerin devamında zaman içerisinde davacının da lehine olan bazı ilerlemeler kaydedilmiştir. Buna göre, davalının kusurunu kanıtlaması şartıyla bu unsurları taşımayan davalarda da davacılar açısından tazminat söz konusu olmaya başlamıştır. Bu tür davalar için de “*trespass on the case*” ifadesi kullanılmış daha sonra da bu tür dava sebebi için sadece “*case*” ifadesi kullanılmaya başlanmıştır³³. *Trespass* denilen ilk dava sebebine dayanan davada davalı, kendisinin tamamen kusursuz olduğunu kanıtlamak suretiyle sorumluluktan kurtulurken, *case* denilen davalarda ise davacının davalının kusurunu kanıtlamak suretiyle tazminat elde etmesi mümkün hale gelmiştir.

Bu gelişmelere rağmen, hakimlerin iki dava sebebi arasındaki belirgin ayrımın devamını istemeleri sebebiyle, usul kuralları gereği avukatların iddialarını mutlaka iki dava sebebinden biriyle sınırlamaları gerekmektedir. Örneğin, *case* kapsamında dava açılması gereken bir dava, *trespass* kapsamında açılırsa mahkeme tarafından usul kuralları gereği reddedilmekteydi³⁴. Çoğu zaman yetersiz bilgi sebebiyle sınıflandırmanın doğru biçimde yapılamaması ve davaların reddi, avukatların bu durumu mahkemelerde tartışmalarına ve mücadele etmelerine yol açmıştır. Bu mücadelelerin sonucunda 1830’lu yıllarda İngiliz *common law* mahkemeleri doğrudan olsun olmasın, kaza sonucu meydana gelen tüm zararlar için ileri sürülen iddiaları *case* dava sebebi kapsamında kabul etmeye başlamışlardır.

³² Ancak yine de bu sebeplerle sorumluluğun uygulanmadığı davalar sınırlıdır. Zira Amerikan hukukunda bugün kullanılan makul özen (*reasonable care*) kavramı, tamamen kusursuz olma hali için yeterli bir ölçüt değildir. Bu nedenle erken dönem haksız fiil hukukunda, sorumluluktan kurtulmak için 19. yüzyılın başlarından itibaren başlayan döneme kıyasla yeteri kadar savunma imkanı olmadığı söylenebilmektedir. Abraham, **Tort Law**, s. 54.

³³ Yeni bir tür *writ* için “*trespass in a similar case*” ya da “*trespass on the case*” olarak seçilen bu isimler, çok çeşitli hukuka aykırılıkları içeren kapsayıcı bir isim olarak kullanılmıştır. Goldberg/Zipursky, **Torts**, s. 11.

³⁴ Charles O. Gregory, “Trespass to Negligence to Absolute Liability”, **Virginia Law Review**, C. 37, S. 3, Nisan 1951, s. 367; Goldberg/Zipursky, **Torts**, s. 13.

Trespass ve *case* dava ayrımları arasındaki farkın ortadan kalması uzun zaman almıştır. Bununla birlikte Amerikan hukukunu da etkileyen bu farkın, Amerika'da görülen *Brown v. Kendall*³⁵ davası ile ortadan kalktığı kabul edilmektedir. Bu davadaki kararlar, Amerikan haksız fiil hukuku tarihinde yeni bir dönem başlamıştır³⁶. Davaya konu olay, davacı ve davalıya ait köpeklerin kavga etmesi üzerine davalının bu kavgayı sonlandırmak için kullandığı sopayı kazara davacının gözüne isabet ettirmesidir. Davacı *trespass* dava sebebine dayanarak, davalının doğrudan ve güce dayalı bir davranışı sebebiyle kendisine zarar verdiğini iddia etmiştir. Normal şartlar altında davacının bu hususları kanıtlaması ve davalının da tamamen kusursuz olduğunu kanıtlayamaması halinde sorumluluk uygulanacak iken hakim oldukça farklı bir yaklaşım sergilemiştir³⁷. Mahkeme hakimi *Lemuel Shaw*, dava sebebinin “trespass” ya da “case” olması fark etmezsinin davacının haklı görülmesi için davalının kastî veya ihmale dayalı davranışının davacı tarafından ispatlanması gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıca *Shaw*, davalının kusurunun makul özen ölçütü ile değerlendirileceğini, aksi halde sorumlu tutulmasının mümkün olmadığını da eklemiştir³⁸. Bu karar ile Amerikan haksız fiil hukukun yaklaşımı büyük ölçüde değişmiş ve karar oldukça büyük bir hızla yayılmıştır. Bu kararlar birlikte gelişen kusur sorumluluğu ilkesi, kusursuz sorumluluk alanlarının günümüzde yavaş yavaş genişlemesine rağmen hala Amerikan hukukunun temeli olmaya devam etmektedir³⁹.

D. YARGI SÜRECİ

Amerikan hukukunda haksız fiile ilişkin hükümler, mahkeme esnasında uygulanan kurallar aracılığıyla ortaya çıkarlar. Bu kurallar, dava esnasında davalı ya da davacı vekillerini talepleri ve bu taleplerin hakim tarafından yerine getirilmesi ya da getirilmemesi sonucunda meydana gelirler⁴⁰. Bir vekilin bir talepte bulunması, bir delilin kullanılabilirliğine ilişkin itirazı ya da jüriye yönelik belirli bir bilgi/talimat

³⁵ *Brown v. Kendall*, 60 Mass. (6 Cush.), 292 (1850).

³⁶ Abraham, *Tort Law*, s. 56.

³⁷ Goldberg/Zipursky, *Torts*, s. 17.

³⁸ Goldberg/Zipursky, *Torts*, s. 17.

³⁹ Abraham, *Tort Law*, s. 58.

⁴⁰ Abraham, *Tort Law*, s. 5.

verilmesi talebi bu taleplere birer örnek olarak sayılabilir. Genellikle de haksız fiil hukukuna ilişkin temel kabul edilen maddi kurallar (*substantive law*), bu talepler karşısında uygulanacak uygun usulü belirler ve uygulanabilir haksız fiil hukukuna mahkemenin usule ilişkin kararları sonucunda ulaşılır. Dolayısıyla Amerikan haksız fiil hukukunun esasını anlamak için usulünü anlamak gerekmektedir⁴¹.

Bir haksız fiil davasının beş önemli aşaması vardır. Bu aşamalar; dilekçeler, hazırlık (ön duruşma) talepleri, delilleri sunma ve esasa ilişkin inceleme, yargılama ve temyiz aşamaları olarak sınıflandırılır. Dilekçeler davayı başlatır, hazırlık talepleri ihtilafı netleştirebilecek ya da çerçevesini daraltabilecek olası hukuki meselelerin ortaya çıkmasını sağlar. Esasa ilişkin inceleme ise yargılama öncesi tarafların birbirlerinin durumu hakkında ve mahkemede sunulacaklar hakkında bilgi edindikleri aşamadır. Delillerin ibraz edildiği duruşmada, hakim, jüriyi ilgili hukuk kuralları hakkında bilgilendirir. Jüri, ilgili kurallara uyararak bir sonuca ulaşır ve sonuç ise karara göre taraflardan birinin lehine mahkeme tarafından yazılır. Dava aleyhine sonuçlanan taraf, mahkeme hakimi tarafından yapılan hukuki hata (*legal error*) sebebiyle temyize başvurabilir. Temyiz mahkemesi yaptığı inceleme neticesinde hatanın olup olmadığına karar verir⁴².

Bir haksız fiil davası, zarar gören tarafın (*injured party*) ya da davacının (*plaintiff*) dava hakkı veren sebebe (*cause of action/legally actionable claim*) ilişkin iddialarını içeren bir dilekçe (*complaint/declaration*) vermesiyle başlar⁴³. Davalı da kendisine tebliğ edilen dilekçeye kabul ya da reddettiğine ilişkin cevap vermeye davet edilir. Cevap dilekçesi aynı zamanda savunmaları da içerebilir⁴⁴. Bu süreç, dilekçeler süreci (*pleadings*) olarak ifade edilir⁴⁵.

⁴¹ Russell L. Weaver/John H. Bauman/John T. Cross/Andrew R. Klein/Edward C. Martin/Paul J. Zweier II, **Torts: Cases, Problems, and Exercises**, 3. bs., Lexis Nexis, 2009, s. 2; Thomas J. Galligan Jr/Phoebe A. Haddon/Frank L. Maraist/Frank M. McClellan/Michael L. Rustad/ Nicolas P. Terry/Stephanie M. Wildman, **Tort Law: Cases, Perspectives, and Problems**, 4. bs., Lexis Nexis, 2007, s. 28.

⁴² Abraham, **Tort Law**, s. 5.

⁴³ Weaver vd., **Cases, Problems, and Exercises**, s. 3; McAlinn/Rosen/Stern, **American Law**, s. 156-157; Abraham, **Tort Law**, s. 5.

⁴⁴ McAlinn/Rosen/Stern, **American Law**, s. 157, 158; Bu savunmalar, davalının belirli biçimde ortaya koyması ve mahkemede ispatlanması istenen savunmalardır. Genelde davalı, davacının bazı

Delillerin sunulduğu ve esasa ilişkin incelemenin yapıldığı diğer evre ise (*discovery*), tarafların birbirlerinin durumu ve iddialarını destekleyen deliller hakkında bilgi edindikleri süreçtir⁴⁶. Taraflar bu süreçte, hem yazılı olarak soru sorabilirler (*interrogatories*) hem de sözlü olarak ifade verecek tanıkların olası ifadelerinin (*depositions*) kapsam ve detaylarını öğrenebilirler.

Hazırlık talepleri ise (*pre-trial motions*), delillerin sunulduğu evreden önce veya sonra ileri sürülebilir. Bu evre, mahkemenin usule ilişkin önemli kararları verdiği ilk aşamadır. Bu aşamadaki en önemli talepler ise red talebi (*motion to dismiss*)⁴⁷ ve karar oturumu talebidir⁴⁸ (*summary judgment*)⁴⁹. Davanın, hazırlık

iddialarını kabul etmekle birlikte bazılarını yetersiz bilgi içermesinden ötürü reddeder. Dava ve cevap dilekçelerine bakıldığında taraflar neyin öncelikli olarak ihtilaf konusu olduğunu belirleyebilirler. Galligan Jr. vd., **Cases, Perspectives, and Problems**, s. 29; Abraham, **Tort Law**, s. 5.

⁴⁵ Galligan Jr. vd., **Cases, Perspectives, and Problems**, s. 29; Abraham, **Tort Law**, s. 5.

⁴⁶ McAlinn/Rosen/Stern, **American Law**, s. 159; Kolay bir davada bu evre kısa olduğu ifade edilmektedir. Ancak, özellikle günümüzdeki davaların neredeyse hepsinde bu evre oldukça uzun zaman almaktadır. Tek bir ifadenin alınması bile birkaç gün, hatta bir hafta sürmekte ve genellikle öncesinde veya arkasından da yazılı sorular sorulmaktadır. Basit bir araba kazası davasında dahi, eğer davayı gören varsa ve ilgili bilgiye sahip uzman ifadesi alınacaksa bu evre zaman almaktadır. Diğer yandan karmaşık haksız fiil davalarında bu evre, eğer çok fazla incelenecek belge ve çok fazla ifadesi alınacak tanık varsa aylar, hatta yıllarca sürebilmektedir. Örneğin; yan etkilerinden zarar gören bir davacının bir ilaç üreticisini dava etmesi halinde, birçok kişinin bu davayla ilgili olası bilgisi olacaktır. Araştırma bilim insanları, pazarlama personeli, finansal analistler, idaredeki görevlilerin hepsinin yan etki hususundaki uyarı eksikliği ile ilgili bir şeyler biliyor olması muhtemeldir. Davacının ilgili bu kişilerin çoğunun hatta bazen hepsinin ifadesine başvurması gerekecektir. Abraham, **Tort Law**, s. 6-7.

⁴⁷ Davayı ret talebinin işlevi davacının iddiasının yasal açıdan yeterliliğini analiz etmektir. Özünde davacının iddiasının doğru olduğu kabul edilmiştir. Ancak iddia doğru kabul edilse bile davacının geçerli ve yasal açıdan kabul edilebilecek yeterlilikte bir iddiası yoktur. Örneğin, davalı yolda yürüyen davacıya kötü bir bakış fırlatmıştır. Bu bakış yüzünden davacı duygusal açıdan zarar gördüğünü iddia etmektedir. Böyle bir durumda davalı iddiayı kabul etmektedir ancak bu iddianın dava edilebilir bir haksız fiil olduğunu reddetmektedir. (federal düzeyde ifadesi, giderim gerektiren bir dava sebebi sunamama: “*failure to state a claim upon which relief can be granted*”); Abraham, **Tort Law**, s. 8.

⁴⁸ Birinci talebin delillerin sunulduğu evreden önce yapılması uygun iken diğer talep, bu evreden sonra yapılmaya daha uygundur. Weaver, vd. **Cases, Problems, and Exercises**, s. 3; Abraham, **Tort Law**, s. 7; Galligan Jr. vd., **Cases, Perspectives, and Problems**, s. 30.

⁴⁹ McAlinn/Rosen/Stern, **American Law**, s. 162: Her iki tarafın da delillerin incelendiği aşamadan sonra ileri sürebileceği karar oturumu talebi ihtilafsız vakıalar üzerinden yapılır. Bu talebi yapan taraf, hukuk açısından bir değerlendirmeye hak kazanmış olur. Örneğin, gözleri bağlanmış şekilde araba kullanan davalının davacıya çarpması halinde, davacı karar oturumu isteyebilir. Bu oturumdaki tek soru, hukuka göre (*as a matter of law*) davalının kusurlu olup olmadığıdır. Weaver, vd., **Cases, Problems, and Exercises**, s. 5; Abraham, **Tort Law**, s. 8. Bu sonuca da sadece tartışmasız gerçekler değerlendirilerek varılır. Davayı reddetme talebi, her bir iddianın yasal yeterlilikten yoksun olduğuna dayanırken; karar oturumu talebi, üzerinde tartışma olmayan, dolayısıyla sabit gerçeklere dayalı verilir. Diğer taraftan iki talebin işlevinin ortaklaştığı noktalar da mevcuttur. Buna her iki talep de sabit gerçekleri ele alır ve ya onlara dayanarak ya da onlara rağmen jüri kararına ihtiyaç duyulmadan hukuk gereği karara varılması sağlanır. Abraham, **Tort Law**, s. 8; Galligan Jr. vd., **Cases, Perspectives, and Problems**, s. 33-34. Esasen, bu iki talep tek usul yöntemi değildir. Aksine bu

aşamasındaki taleplerle sonuca bağlanmamış olması ya da tarafların anlaşamaması halinde dava, duruşma (*trial*) aşamasına gider. Bu aşamada karar verici otorite, hakim (*trial judge*) ve jüri (*jury*) arasında paylaşılmaktadır. Hakim, sadece hukuk meseleleri ile ilgili karar verirken, jüri ise sadece gerçeklerle ya da diğer bir deyişle vakıalarla ilgili karar vermektedir⁵⁰.

Jüri tarafından gerçekleştirilen iki tür araştırma-bilgi toplama (*fact-finding by the jury*) yöntemi vardır. Bu yöntemlerden birincisi, tamamen saf gerçeklerin araştırılmasına yöneliktir. Bu yöntem izlenirken dünya, geçmiş, günümüz ve gelecekle ilgili ampirik sorulara cevap aranmaktadır⁵¹. İkinci türdeki araştırma ise hem vakıaların hem de hukukun içinde olduğu karma sorular (*mixed questions of fact and law*) sorulmak suretiyle bulunur⁵². Jüri bu sorulara cevap ararken ampirik bir araştırma yapmaz. Aksine, ilk araştırmada ampirik sorulara verilmiş cevapları değerlendirir ve hukuku bu vakılara uygular. Böylece jüri, örneğin davalının kusurlu olup olmadığı gibi belirlemeler yapar⁵³. Mahkeme hakimi ise bir haksız fiil

taleplerin uygun sonucu, uygulanacak maddi hukuka göre değişir. Örneğin, kötü bir bakış atmanın mevcut şartlar altında haksız fiil teşkil edip etmediği bilinmeden davayı red talebi kabul ya da reddedilemez. Yine gözleri bağlı araba kullanmanın kusurlu bir davranış olup olmadığı tepitinin jüriye ait bir karar olup olmadığı belirlenmeden kabul ya da reddedilemez. Eğer ki davalının kusurlu olup olmadığı hususu mutlak jüri tarafından belirlenmesi gereken bir husus ise davacının karar oturumu talebi reddedilmek zorundadır. Ama eğer bu hususun hukuk gereği davalının kusurlu olduğu hakkında davalar varsa (ki vardır) o halde karar oturumu sağlanmalıdır. Abraham, **Tort Law**, s. 8; Haksız fiillere yönelik birçok hüküm, bu talepler aracılığıyla meydana gelip uygulanmaktadır Weaver vd., **Cases, Problems, and Exercises**, s. 5; Galligan Jr., vd., **Cases, Perspectives, and Problems**, s. 28; Abraham, **Tort Law**, s. 8.

⁵⁰ McAlinn/Rosen/Stern, **American Law**, s. 163. Eğer ki yargılama jürisiz ise (*bench trial*), hakim hem hukuku uygular hem de mahkeme heyeti olarak görev yapar. Galligan Jr. vd., **Cases, Perspectives, and Problems**, s. 29.

⁵¹ Örneğin; davalı davacıya çarptı mı? Davacı kayıp düşmeden önce muz kabuğu ne kadar süreden beri marketin yerinde duruyormuş? Eğer risk konusunda uyarılsaydı davacı davalının ürünü kullanmayı seçer miydi? Davacı ne tür bir zararlar karşı karşıya? Gelecekte nasıl bir tedaviye ihtiyacı olacak? türündeki sorulara cevap aranır. Abraham, **Tort Law**, s. 8.

⁵² Abraham, **Tort Law**, s. 9.

⁵³ Galligan Jr., vd., **Cases, Perspectives, and Problems**, s. 32. İki tür araştırma da dört gerekli unsurla ilgili vakıaları kanıtlamaya yönelik delillerin sunulduğu mahkemenin kapanışında yapılır. Bu unsurlar; ödev (*duty*), ödev aykırılık (*breach of duty*), nedensellik (*causation*) ve zarardır (*damages*). Genelde davacı, bu unsurları ispat yükü altındadır. Bu yük, sırasıyla iki bölüm içerir. Birinci bölüm delilleri ortaya çıkarma (*burden of production*) olarak ifade edilen, jürinin davanın her bir unsurunun ispatlanmış olduğu delilleri bulabileceği bölümdür. Bu şartları karşılayacak şekilde deliller sunulması halinde, dava *prima facie case* ("first view"/ilk bakışta haklı görünen dava) teşkil eder. Galligan Jr. vd., **Cases, Perspectives, and Problems**, s. 35. Örneğin, bir kavşakta meydana gelen çarpışmada davacı kendisi kavşağa doğru ilerlerken kırmızı ışıkta durması gereken davalının kendisine çarptığını ve bu sebeple kolunun kırıldığını iddia edebilir. Normalde bu ifade "ilk bakışta haklı olan dava"

davasında vakıaları araştırmaz, sadece hukuka ilişkin karar (*legal rulings by the court*) verir. Hakimin hukuki işlevi ile jürinin araştırma işlevi, mahkemenin delillerin kabul edilebilirliği, taleplere verdiği cevaplar ve jüriyi yönlendirme ile ilgili kuralları ile işler⁵⁴.

Bununla birlikte hakim, tarafların iddialarını destekleyecek deliller varsa, çekişmenin jüriye sunulmasına karar verebilir. Bir çekişmenin jüriye sunulması sebebine ise sıklıkla “makul kişilerin aynı fikirde olmamaları” denmektedir⁵⁵. Yani bir çekişmede makul kişilerin, aynı fikirde olmamaları ihtimal ise dava jüriye gider. Ancak aynı fikirde olacakları düşünülüyor ise davacı hukuk gereği (*as a matter of law*) kazanır ya da davalı hukuk gereği kazanır ki, bu durumda davacı bir ya da birden fazla unsurun ispatı bakımından yeterli deliller sunamamış demektir⁵⁶.

İki taraf da delillerini sunduktan sonra taraflardan biri, doğrudan karar talebi (*directed verdict*⁵⁷) yapabilir. Doğrudan karar talebinin kabulü, mahkemenin kazanan tarafı hukuk gereği belirlemesi olup, jürinin olgusal belirlemeler yapmasına gerek kalmaz. Genel olarak bu talep davalı tarafından yapılır. Bu kararın verilmesi halinde, hakim tarafından davacı lehine karar verebilecek makul kişiler olmadığına ilişkin önemli bir karar verilmiş demektir⁵⁸. Jürinin yerine mahkemenin bu kararı vermesi,

(*prima facie case*) anlamına gelebilir. Bu durumda jüri bu ifadeye inanırsa ki inanmak zorunda değildir, davalının geçiş hakkı konusunda hata yaptığına, dolayısıyla kusurlu olduğu ve bu kusurun davacının aracında ve kolunda zarara yol açtığına karar verebilir. İspat yükünün ikinci bölümü olan ikna yükü (*burden of persuasion*) ise davacının jüriyi kanıt üstünlüğüne inandırması bölümüdür. Buna göre davacı, her bir unsurla ilgili olguların gerçekliği hususunda jüriyi ikna etmelidir. Bu noktada sonuç, jürinin hem davacının ifadesine hem de davalı ve diğer tanıkların ifadelerine inanıp inanmasına bağlı olarak değişecektir. Abraham, **Tort Law**, s. 9-10; McAlinn/Rosen/Stern, **American Law**, s. 196.

⁵⁴ Bir taraf sözlü ya da yazılı ifadeyi delil olarak sunmak istediğinde önce hakimin onun kabul edilebilir bir delil olduğuna karar vermesi gerekir. Örneğin, güvenlikle ilgili bir yasaya uymamak kusur kabul ediliyorsa, davalının yasaya uymadığını gösteren bir delil, ilgili bir delildir ve hakim tarafından kabul edilir. Abraham, **Tort Law**, s. 10.

⁵⁵ Weaver vd., **Cases, Problems, and Exercises**, s. 6.

⁵⁶ Abraham, **Tort Law**, s. 11.

⁵⁷ Federal mahkemelerde ise bu talep, “*motion for judgment as a matter of law*” olarak ifade edilmektedir. Weaver vd., **Cases, Problems, and Exercises**, s. 6; Galligan Jr. vd., **Cases, Perspectives, and Problems**, s. 36.

⁵⁸ Weaver vd., **Cases, Problems, and Exercises**, s. 6.

her ne kadar karar maddi gerçeklerle ilgili bir sonuç gerektirse de hukuki bir sorun olarak kabul edilir. Dolayısıyla da bu karar, temyiz yolu açık bir karardır⁵⁹.

Haksız fiil hukukuna ilişkin maddi kurallar, aynı delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin verilen kararlarda olduğu gibi doğrudan karar talepleriyle ilgili verilen kararlar tarafından da ortaya çıkar⁶⁰. Hazırlık aşamasında geçerli bir dava sebebinin olmamasına dayanarak yapılan ret talebinin, (davacının iddiasını doğru kabul etmekle birlikte yasal yeterlilikten yoksun olması sebebiyle tazminat hakkının olmadığı) mahkemedeki eşiti ise karar oturumu (delillerin yasal yeterliliği olmadığı gerekçesiyle davacının tazminat hakkı olmadığı ya da davalının delillerin yasal yeterliliği olmadığından davacının hukuk gereği tazminat hakkı olduğu) talebidir⁶¹.

Yetki paylaşımındaki önemli üçüncü husus ise delillerin sunulmasından sonraki aşamada, hakimin jüriye verdiği talimatlardır (*jury instructions*)⁶². Hakim burada jüriye karar verirken uygulamaları gereken haksız fiil hukukunu izah eder. Çözümü beklenen uyuşmazlığın ne olduğu ve eldeki olgulara hangi kuralların uygulanacağını anlatır. Maddi hukuka ilişkin bilgiler bu aşamada açıklanır⁶³. Örneğin, ihmale dayalı bir kusur davasında hakim ihmalin kapsamını, davalıyı kusurlu bulmak için gereken şartları, eğer davalı kusurlu ise zararın tazmini biçimini, davalının savunmaları var ise bunların sorumluluğa nasıl etki edeceğini açıklar. Daha sonrasında jüri çekilip tartışır ve bir karar verdikleri zaman geri dönerler⁶⁴.

⁵⁹ Weaver vd., **Cases, Problems, and Exercises**, s. 6; Bazı hallerde ise hakim, doğru olduğunu düşünse bile karar oturumu talebini jüri kararı elde etmek için reddedebilir. Örneğin, davacı lehine karar vermesi mümkün iken davayı jüriye gönderebilir. Jürinin de davacıyı haklı bulması halinde kararı davacı lehine yazar. Ancak jürinin davalıyı haklı bulması halinde davacı lehine hukuk gereği bir karar yazar. Buradaki amaç, kararın temyizi halinde kayıtlı bir jüri kararı elde etmektir. Zira böylelikli temyiz mahkemesi yeni bir yargılamaya ihtiyaç duymaksızın karar verebilir. Zira temyiz mahkemesi ilk derece mahkemesini haklı bulursa kararı onaylar. Haklı bulmaz ise de bu kararı bozar ve elindeki jüri kararına göre, yeniden yargılmaya gerek omaksızın karar verebilir. Abraham, **Tort Law**, s. 12.

⁶⁰ Abraham, **Tort Law**, s. 12.

⁶¹ Abraham, **Tort Law**, s. 12.

⁶² Weaver vd., **Cases, Problems, and Exercises**, s. 7; Galligan Jr., vd., **Cases, Perspectives, and Problems**, s. 36.

⁶³ Abraham, **Tort Law**, s. 13.

⁶⁴ Abraham, **Tort Law**, s. 13. Birçok davada jürinin, kimin lehine karar verdiklerini ve davacı lehine verdiler ise tazminat miktarını da içeren bir genel kararla (*general verdict*) dönmeleri beklenir. Ama bazı eyaletlerde, jürinin özel karar (*special verdict*) ile dönmesi gerekmektedir Weaver vd., **Cases, Problems, and Exercises**, s. 7. Özel kararın içinde hakim tarafından talimatların verilmesi sırasında sorulan soruların cevapları olmalıdır ki bunlar, davacının davasının her bir unsurunun kanıtlarını ve

Yargılama yapıldıktan sonra ise davayı kaybeden taraf, temyiz yoluna başvurabilir. Temyiz aşamasında amaç, hakimin bir hatası olup olmadığının araştırılmasıdır⁶⁵. Bu sebeple temyiz mahkemesi, vakıa tespiti yapamaz; sadece hukuk hakkında karar verebilir. Bu aşamada jüri de olmaz ve yeni deliller ileri sürülemez. Temyiz mahkemesi, jürinin tespit ettiği vakıaları kabul eder. Bu nedenle sadece mahkeme hakiminin hukuk hakkında verdiği kararı inceleyebilir. Bu demektir ki temyiz mahkemesi, mahkeme hakiminin maddi hukuku yansıtan; delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin kararlar, taleplere ilişkin verdiği kararlar veya jüriye verdikleri talimatların doğruluğu gibi usulî kararlarını inceler⁶⁶. Bu inceleme neticesinde de onay, bozma veya bozma ve geri gönderme kararlarını verebilir⁶⁷.

E. AMACINA İLİŞKİN YAKLAŞIMLAR

Amerikan hukukunda haksız fiile ilişkin sorumluluk hükümlerini aydınlatmak ve gerekçelendirmek için yapılan çalışmalar oldukça önem arz eder⁶⁸. Zira, Amerikan hukukunda bir çok mahkeme kararında dahi belirli bir amacın benimsendiğini ve bu doğrultuda karar verildiğini gözlemlemek mümkündür⁶⁹. Bu

var olan savunmaları içerir. Özel kararın önemi, mahkemenin sorularla cevaplar arasında bir uyumsuzluk olup olmadığını denetleyebilmesi açısından izah edilir. Örneğin, jüri kararda davalıyı kusurlu bulmuş olabilir ancak nedensellik bağı olmadığını tespit etmiş olmasına rağmen davacıya tazminat ödenmesine karar vermiş olabilir. Bu halde mahkeme karara rağmen davalı lehine karar verir. Genel kararda ise böyle bir uyumsuzluk tespit edilemez. Bu sebeple, özel kararın genel karardan daha uygun olduğu sonucuna ulaşılabilir. Ancak, Amerikan hukukunda jürinin özel bir önemi vardır. Jürinin varlığının sebebi esasen sadece olguların tespit edilmesi değildir. Jüri, toplumun sağduyusu ile hakim tarafından uygulanacak katı kuralların yumuşatılabilmesi sebebiyle vardır. Bu nedenle genel kararda jüri, bu kuralları yok sayıp, kuralları esnetebilecektir. Özel kararda ise bu imkan mümkün değildir. Bu nedenle belki de özel karar, cevapları ararken; genel karar adaleti arar demek mümkündür. Abraham, **Tort Law**, s. 14-15.

⁶⁵ Abraham, **Tort Law**, s. 12., s. 15.

⁶⁶ Hakimin verdiği her bir usuli karar belirli bir maddi hukuk kuralını yansıttığından, temyiz denetimi esasen bu kuralların üzerinde yapılır. Örneğin, fiziksel bir müdahale davasında, hakim, jüriye talimat verirken, davalının zarar kastı olmadan bu fiili işlediğine kanaat getirmeleri halinde sorumluluğu uygulamamaları gerektiğini söyleyebilir. Jürinin, davalının zarar kastı olmadığına kanaat getirip, davalıyı haklı bulması halinde ise davacı taraf bu kararı temyiz edebilir. Zira davacı taraf, hakimin yanlış talimat verdiğini, davalının zarar kastı olmadan bile bir fiziksel müdahalede bulunmasının sorumluluk gerektirdiğini iddia edebilir. Böyle bir durumda temyiz mahkemesi, talimatın doğru olup olmadığını inceleyecektir. Abraham, **Tort Law**, s. 16

⁶⁷ Abraham, **Tort Law**, s. 16.

⁶⁸ Galligan, Jr, vd., **Cases, Perspectives, and Problems**, s. 3.

⁶⁹ Kabul edilen haksız fiil hukuku amacının bir yargılamada ne gibi farklılıklar yaratacağına ilişkin bkz. Gizem Arslan Demir, "Haksız Fiil Hukukuna Yönelik Muhtelif Yaklaşımların *Liebeck v.*

nedenle hem genel olarak hem de çalışma konumuzla ilgili değerlendirme yaparken belirli bir amaç doğrultusunda verilmiş kararlar ve yapılmış yorumlar inceleneceğinden, Amerikan hukukundaki amaca yönelik yaklaşımların tespiti elzem hale gelmektedir.

Birçoğu ortak hukuk konusu olan Amerikan haksız fiiller hukuku, her bir eyalette ayrı ayrı gelişmiş ve dolayısıyla herhangi bir merkez olmadan evrilmiştir. Bu noktada her bir otorite, bu hukuk alanına ilişkin hükümleri belirli hedeflere yanıt verecek şekilde açıklamıştır⁷⁰. Birçok yazarın haksız fiil hukukunun amacı, yapısı ve işlevi hakkındaki analiz ve tartışmaları hala devam etmektedir⁷¹. Bazı yazarlar, haksız fiil hukukunun amacının hak temeline dayandığı (*right-based*) ya da dayanması gerektiği görüşündedirler⁷². Buna göre, haksız fiil hukukunun amacı; haksız bir davranışın telafisi, düzeltilmesi, onarılması ile tazmininin sağlanmasıdır. Bu açıdan haksız fiil hukuku, fail ile mağdur arasındaki ilişki ile ilgilidir⁷³. Diğer yazarlar ise haksız fiil hukukunun işlevini daha araçsal görürler. Önleyiciliğin sağlanması ya da zarar görenin zararının tazmininin sağlanması bu görüşler için örnek teşkil edebilir. Birçok araçsal yaklaşım taraftarına göre haksız fiil hukuku, sorumluluğu uygulamanın etkisini sadece davalı ve davacının üzerindeki etkileriyle değil, diğerleri üzerindeki etkisiyle de ilgilenmelidir. Bu husus, sorumluluğu uygulamanın ya da uygulamamanın dış etkisi (*external effects*) olarak ifade edilmektedir. Bazı yazarlar ise haksız fiil hukukunu, sözü edilen bu amaçlarla birlikte diğer bazı amaçların birleşimini içeren karma bir sistem olarak görürler⁷⁴.

McDonald's Davası Kapsamında İncelenmesi", **Sorumluluk Hukuku (Seminerler-Makaleler)**, Ed. Başak Baysal, On iki Levha Yayıncılık, 2017, s. 59-76.

⁷⁰ Abraham, **Tort Law**, s. 16. Ortak hukukun eyaletlere göre farklı gelişen kökleri nedeniyle amaç hususunda bir birlik sağlanamadığı yönünde bkz. Christopher J. Robinette, "Can There Be a Unified Theory of Torts? A Pluralist Suggestion from History and Doctrine", **Brandeis Law Journal**, C. 43, 2005, s. 390-398.

⁷¹ Galligan Jr vd., **Cases, Perspectives, and Problems**, s. 3.

⁷² Gregory C. Keating, "Strict Liability Wrongs", **Philosophical Foundations of the Law of Torts**, Oxford University Press, 2014, s. 292.

⁷³ Abraham, **Tort Law**, s. 15.

⁷⁴ Gary T. Schwartz, "Mixed Theories of Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice", **Texas Law Review**, C. 75, 1996-1997, s. 1801-1802; Benjamin Shmuali, "Legal Pluralism in Tort Law Theory: Balancing Instrumental Theories and Corrective Justice", **University of Michigan Journal Law Review**, C. 48, S. 3, 2015, s. 746; Abraham, **Tort Law**, s. 16.

Amerikan hukukunda en temel rekabet, iki yaklaşım arasındadır denebilir. Bu yaklaşımlar, düzeltici adalet ilkesi (*corrective justice*) ve hukukun ekonomik analizidir (*law and economics*)⁷⁵. Hak temeline dayanan yaklaşımların en önemlilerinden biri olan düzeltici adalet anlayışı adalet, hakkaniyet ve zararın paylaşılması konularına odaklanırken; hukuk ve ekonomi kuramı önleyicilik, kaynakların etkin paylaşımı, dış etkiler ve toplumun ekonomik refahı gibi konularla ilgilidir⁷⁶.

Aristo'nun normatif adalet düşüncesine dayanan düzeltici adalet yaklaşımına göre, bir tarafın diğerine haksız bir davranışta bulunması halinde, bu davranışın düzeltilmesi iki taraf arasındaki ahlaki dengenin onarılmasına yardım eder⁷⁷. Bu yaklaşım, kusurun varlığına ve sebep olmaya dayanır⁷⁸. Diğer bir deyişle, iki taraf arasındaki eşitlik ve dengeyi özen yükümünü ihlal etmek suretiyle bozan taraf, bu durumu düzeltmelidir⁷⁹. Fayda maliyet analizi yapılmaksızın zarar verenin zararı karşılanmalıdır⁸⁰.

⁷⁵ Galligan, Jr, vd., **Cases, Perspectives, and Problems**, s. 4.

⁷⁶ Galligan, Jr, vd., **Cases, Perspectives, and Problems**, s. 4. İki önemli yaklaşımı inceleyen ve değerlendiren eserler için ayrıca bkz. Schwarts, **Mixed Theories**, s. 1801 vd.; Shmuali, **Legal Pluralism**, s. 745 vd.

⁷⁷ Galligan, Jr, vd., **Cases, Perspectives, and Problems**, s. 13. Düzeltici adalet yaklaşımını detaylı ele alan eserler için bkz. Jules L. Coleman, "Tort Liability and the Limits of Corrective Justice in any Harm's Way", **Essays in Honor of Joel Feinberg**, Ed. Jules L. Coleman/Allen Buchanan, 1994, s. 139; Ernest Weinrib, "Corrective Justice in a Nutshell", **University of Toronto Law Journal**, C. 52, 2002, s. 349; Christopher Schroeder, "Corrective Justice, Liability for Risks, and Tort Law", **UCLA Law Review**, C. 20, 1990, s. 143. Haksız fiil hukukunda bir tarafın vücut bütünlüğüne zarar gelmesi halinde zarar veren gerçek anlamıyla bu zararı düzeltmez. Bu nedenle, parayla bir giderim imkanı olacaktır ki bu sağlık açısından çoğu zaman zayıf bir ikamedir. Ekonomik zararlarda ise bu imkan daha yeterli bir düzeltme sağlar. Abraham, **Tort Law**, s. 17.

⁷⁸ Shmuali, **Legal Pluralism**, s. 751.

⁷⁹ Ancak düzeltmenin ne şekilde olacağı, bu gerekçenin uygulanma düşüncesinin sağlamlığını etkileyebilir. Düzeltici adalet ilkesinin temel düşüncesi, zarar verenin zarar görenin zararını doğrudan kendi parasıyla telafi etmesi şeklindedir. Burada haksız davranışın düzeltilmesi doğrudandır. Ancak zarar verenle zarar görenin ilişkisinin dolaylı olduğu durumlarda düzeltici adalet ilkesi uygun olmayabilir. Örneğin, zarar veren sorumluluk sigortası sahibi ise doğrudan bir ödeme yapmayacaktır. Öyle ki zarar verenin sigorta için ödediği primler kendi faaliyetinin yarattığı risk derecesi ile dengeli dahi olmayabilir. Aynı şekilde zarar verenin bir ortaklık olması durumunda zarar verenin ödediği tazminatın maliyetine ortaklar, çalışanlar ve hatta müşteriler dahi katlanıyor olabilir. Böyle durumlarda adaletsizlik düzeltiliyor olabilir ve zarar veren düzeltmeyi ilk üstlenen olabilir. Ancak, zarar verenin düzeltmeyi sonuç olarak yüklenmesinin gerekmemesi sebebiyle bu durumlar düzeltici adalet ilkesinin gereği birebir düzeltme ile sağlanan bireyler arasındaki ahlaki dengesizliğin yaklaşımı eksik olduğundan bu ilkedен ayrılma söz konusu olmaktadır. Bu sebeple, yazarlar arasında zarar verenin sigorta ile korunan büyük işletmeler ya da bireyler olduğu durumlarda düzeltici adaletin,

Haksız fiil hukukunun, hukuku ekonomik açıdan analiz eden görüşlerin⁸¹ de öncelik verdiği *önleyicilik* amacına göre, haksız fiil kurallarının uygulanması sadece hali hazırda olmuş olan hataları düzeltmez. Aynı zamanda gelecekte meydana gelecek haksız fiilleri de sorumluluk tehdidiyle engeller⁸². Bu açıdan haksız fiil sadece geçmişe yönelik değil, geleceğe yönelik de bir işlev görür. Sadece zarar görenle zarar veren arasındaki ilişkiyle ilgili değildir, aynı zamanda ileride meydana gelebilecek riskli faaliyetlerden doğabilecek istenmeyen sonuçları azaltmayla da ilgilidir. Ancak bu, her riskli faaliyet engellenmeli demek değildir. Burada önemli olan önlemlerin maliyetidir⁸³. Bu nedenle haksız fiilin amacı, etkin bir önleyicilik (*optimal deterrence*) sağlamaktır⁸⁴. Bu açıdan aşırı riskli kabul edilen ve dolayısıyla önlenmesi gereken zararlar bu kapsamda kabul edilir⁸⁵.

Bu noktada iki hususa detaylı değinmek gerekir. Birincisi, etkin önleyicilik işlevi gereği bazı zararların önlenmesi gerekmemektedir. Her bir faaliyetin belirli bir riski vardır ve bu risklerden bazen zarar doğar. Örneğin, güvenlik kurallarına uygun sürülen arabalar da bazen çarpışabilir. Hukuk, bu zararlar sebebiyle sorumluluğun kurulmasını engeller. Aksi halde bazı davalarda kusur aranmasına gerek olmazdı ve sorumluluk hemen kurulabilirdi⁸⁶.

İkincisi ise, etkin önleyicilik işlevi, zarardan kaçınmak için hangi değerlerin dikkate alınması gerektiğini açıkça belirlemez. Örneğin, hukuk ve ekonomi kuramı gereği bu işlevi savunanlar, önleyiciliği, zararı riske etme maliyeti ile zararı önleme maliyetini karşılaştıran ekonomik bir yaklaşım olarak kabul eder. Dolayısıyla bu yaklaşıma itiraz edenler, önemli insanlık değerlerinin yok sayıldığını ifade

modern haksız fiil düzenlemelerindeki önemi ile ilgili farklı fikirler mevcuttur. Abraham, **Tort Law**, s. 17.

⁸⁰ Galligan Jr, vd., **Cases, Perspectives, and Problems**, s. 11

⁸¹ Bu görüşlerin ifade edildiği eserler için bkz. Steven Shavell, **Economic Analysis of Accident law**, Harvard University Press, 1987; Richard Posner, **Economic Analysis of Law**, 8. bs., Aspen, Wolter Kluwer, 2011; Donald Wittman, **Economic Foundations of Law and Organization**, 2006.

⁸² Dominic Vetri/Lawrence C. Levine/Joan E. Vogel/Ibrahim J. Gassama, **Tort Law and Practice**, 4. bs., LexisNexis, 2011, s. 11-12.

⁸³ Shmuali, **Legal Pluralism**, s. 755.

⁸⁴ Vetri vd., **Tort Law and Practice**, s. 11-12; Scmuali, **Legal Pluralism**, s. 755.

⁸⁵ Scmuali, **Legal Pluralism**, s. 755; Abraham, **Tort Law**, s. 19.

⁸⁶ Etkin önleyicilik yaklaşımına göre, kusur şartı bazı zararların önlemeye değer (kusurla işlenen) bazılarının ise (kusursuz işlenen) değer olmadığını ima eder. Abraham, **Tort Law**, s. 18.

etmektedir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, önleyiciliğe ekonomik açıdan yaklaşım, birçok yaklaşımdan sadece bir tanesidir⁸⁷. Elbette ki önleyiciliğin ekonomik açıdan analizine ve zarar sonucu çekilen acı ve maruz kalınan kaybın, zararı doğuran riskin azaltılması için yapılması gerekenler düşünülürken parasal bir değere indirgenmesine karşı çıkılabilir. Ancak bu, riski azaltarak elde edilecek “sosyal fayda” sebebiyle, riski düşürmek için katlanılması gereken sosyal, ekonomik ya da diğer maliyetleri görmezden gelmek demek değildir⁸⁸. Bu nedenle etkin önleyicilik yaklaşımının ekonomik açıdan analizini reddederken, önleyicilik ilkesini kabul etmek tutarlı bir yaklaşımdır⁸⁹.

Amerikan haksız fiil hukukunda düzeltici adalet ve etkin önleyicilik gibi işlevlerin yanında kabul edilen başka bazı yaklaşımlar da mevcuttur. Düzeltici adalet, zarar verenin zarar görene, ne sebeple ve ne şekilde ödeme yapmakla yükümlü olduğu ile ilgilenirken; hak temelli bir yaklaşımı benimseyen ve bireysel adaleti savunan bazı yazarlar ise zarar görenin zarar verene başvurmak hakkı (*civil recourse*) olduğu ile ilgilenir⁹⁰. Bu yaklaşıma göre, haksız fiil hukukun amacı mağdurun haksız fiil nedeniyle hakkının zarar verene başvurabilmesidir. Bu kapsamda zarar veren bir zarara uğradığında kendisini zarara uğratana tepki gösterebilir, kendisine yaptığı haksız fiil gereği hesap vermesini talep edebilir ve devletin de buna imkan verecek düzeni sağlaması gerekir⁹¹. Bu görüşe göre, mağdura sağlanan ödeme haksız fiili tamamen düzeltici ya da tamamen tazmin edici olarak görülmemeli; onun yerine sorumluluğun kurulması, zarar görenin haklılığını kanıtlayan, zarar görenin bu haksız fiil sebebiyle zarara uğradığını kabul eden sosyal

⁸⁷ Abraham, **Tort Law**, s. 19.

⁸⁸ Hangi yaklaşım benimsenirse benimsensin, hiç kimse zararın meydana gelmesini arzu etmeyeceğinden, haksız fiil hukuku yoluyla zararın önlenmesi mümkün ise ekonomik analiz yaklaşımı doğrudan kabul edilmeden de bu işlev kabul edilebilir.

⁸⁹ Abraham, **Tort Law**, s. 18.

⁹⁰ Jason M. Soloman, “**Civil Recourse as Social Equality**”, College of William&Mary Law School, Faculty Publications, 20122, s. 243; Benjamin C. Zipursky, “**Civil Recourse, Not Corrective Justice**”, 91 Geo.L.J., March 2003, s. 697.

⁹¹ Soloman, **Civil Recourse**, s. 244; Konu ile ilgili diğer eserler için bkz. John Goldberg/Benjamin Zipursky, “Tort Law as a Law of Civil Recourse”, **Vanderbilt University**, From the Selected Works of Goldberg, 2009, John Goldberg/Benjamin Zipursky, “Civil Recourse Defended: A Reply to Posner, Calabresi, Rustad, Chamallas, and Robinette”, C. 88, N. 569, **Indiana Law Journal**, 2013.

bir uygulamadır⁹². Bu yaklaşım ile düzeltici adalet arasında benzerlik ise, ikisinin de haksız fiil hukukunun amacını zarar verenle zarar gören arasındaki ilişkiden doğan ahlak ve hak temelinde açıklamasıdır. İki yaklaşım da haksız fiil hukukunun gelecekte başka kişilerin davranışını etkileme ya da diğer araçsal amaçları gerçekleştirme işlevini kabul etmemektedir⁹³.

Amerikan hukukunda haksız fiil sorumluluğunun bir diğer işlevi de zarar görene tazminat sağlamak (*compensation*) olarak kabul edilmektedir⁹⁴. Bir diğer ifadeyle, önceki hale getirme olarak da ifade edilebilecek bu amaç da baskın ve bağımsız bir amaç olarak kabul edilmektedir⁹⁵. Ancak, bu tazminat amacının diğer amaçların başarılması için önemli bir ikinci amaç olduğunu kabul edenler de vardır⁹⁶. Bu görüşe göre, elbette ne zaman bir haksız fiil sorumluluğu uygulansa zarar gören bir tazminat elde edecektir. Toplumun bakışına göre de mağdura bu tazminin sağlanması gereklidir. Aynı zamanda herkes, sosyal açıdan alınması gereken bazı riskleri, haksız fiil hukukunun sağladığı bu imkan sayesinde almaktadır. Dolayısıyla, zarar görene tazminat sağlanmasını haksız fiil hukukunun işlevlerinden kabul etmek gerekir⁹⁷. Ancak işlev olarak tanımladığımız şey, haksız fiil sorumluluğunun hedefi ya da amacı ise o halde tazmin işlevi biraz tartışmalı hale gelmektedir. Zira, bu yaklaşım bir haksız fiil davasında kim haklı gelmeli ya da gelmemeli arasında çizilen farkı yeteri kadar açıklayıcı ifade edememektedir. Daha ziyade çoğu kez başka etken ya da etkenler haksız fiil sorumluluğu uygulanmasının ya da uygulanmamasının gerekçesini açıklar⁹⁸. Kaldı ki tazminatı kimin ödediği de önemli bir husus değildir. Bu da tazminat amacını düzeltici adalet yaklaşımından ayırır⁹⁹.

Bu noktada *Holmes*'ün neredeyse yüzyıl önce net bir şekilde ortaya koyduğu şu ifadesi önem arz eder¹⁰⁰: “Ortak hukukun (*common law*) genel ilkesi, kazadan

⁹² Abraham, *Tort Law*, s. 18.

⁹³ Galligan, Jr, vd., *Cases, Perspectives, and Problems*, s. 6.

⁹⁴ Vetri vd., *Tort Law and Practice*, s. 12; Abraham, *Tort Law*, s. 21.

⁹⁵ Keeton/Dobbs/ Keeton/Owen, *Torts*, s. 5-6

⁹⁶ Keeton/Dobbs/ Keeton/Owen, *Torts*, s. 5-6.

⁹⁷ Vetri vd. *Tort Law and Practice*, s. 12; Abraham, *Tort Law*, s. 21.

⁹⁸ Zipursky, *Private law*, s. 623; Abraham, *Tort Law*, s. 21.

⁹⁹ Abraham, *Tort Law*, s. 21.

¹⁰⁰ Oliver Wendell Homes, Jr, *The Common Law*, Harvard University Press, 1963, s. 76.

doğan kaybın kaybeden tarafın üzerinde kalmasıdır. Zararı, zarar verenin hareketinden doğmuş olması temelinde dağıtma, sadece başka itirazları da beraberinde getirmeyecek, aynı zamanda adalet duygusunu da en ağır şekilde incitecektir.” *Holmes*’ün kabul ettiği ilke, haksız fiil sorumluluğu ne kadar genişlemiş olsa da Amerikan hukukunun temel kabul ettiği bir ilkedir. Buna göre sorumluluk, mağdura tazminat sağlanması için uygulanmaz. Aksine, mağdura sağlanan tazminat, haksız fiil hukukunun diğer hedeflerine ulaşılabilmesi için gereklidir. Aksi halde mağdura tazminat, başka birinin bir haksız fiil eyleminden değil, talihsiz bir kazadan dolayı sağlanmış olurdu¹⁰¹. Sorumluluğun uygulanması gerekçelendirmek için, başka birinin eylemi dolayısıyla zarara uğrama temelinde tazminat sağlanmasını haksız fiil hukukunun hedeflerinden kabul etmek haksız fiil sorumluluğunun neden ve ne zaman uygulanıp uygulanmayacağını yeteri kadar açıklamaz. Bu açıdan tazminat sağlama isteği, diğer amaçlarla ile bir bağı olduğu takdirde ve belirli sınıf hareketler için olabilir. Ancak bu açıdan bile diğer yaklaşımlar, haksız fiil hukukunu hedefler bağlamında açıklamak için daha elverişlidir¹⁰².

Haksız fiil hukukunun amacının dağıtıcı adalet (*distributive justice*) olduğu da kabul edilebilir¹⁰³. Bu amaca göre hukukun rolü, kazalardan doğan maliyetleri adil olarak paylaşmak ve faydayı, toplumun refah durumu iyi olanlarından ihtiyaç halinde olanlarına aktarmaktır. Bir başka ifadeyle, toplumsal refah için maliyetlerin azar azar dağıtılması gerekir. Bu nedenle doğası gereği araçsal bir amaç olarak kabul edilir. Zira taraflar arası ilişkiden ziyade sosyal hedefleri dikkate alır¹⁰⁴. Bu noktada zararın dağıtılması (*loss distribution*) yaklaşımını dağıtıcı adaletin bir uzantısı olarak görenler de vardır¹⁰⁵. Ancak zararın dağıtılmasını bağımsız bir amaç ya da tazminat amacının bir parçası olarak kabul etmek de mümkündür¹⁰⁶. Amerikan haksız fiil

¹⁰¹ Vetri vd. **Tort Law and Practice**, s. 15; Abraham, **Tort Law**, s. 21.

¹⁰² Abraham, **Tort Law**, s. 21.

¹⁰³ Shmuali, **Legal Pluralism**, s. 753; Gregory Keating, “The Idea Of Fairness in the Law of Enterprise Liability”, **Michigan Law Review**, C. 95, 1997, s. 1250.

¹⁰⁴ Shmuali, **Legal Pluralism**, s. 753.

¹⁰⁵ Guido Calabresi, “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”, **Yale Law Journal**, C. 70, 1961, s. 39-41.

¹⁰⁶ Abraham, **Tort Law**, s. 19

hukukundaki bir başka araçsal temelli yaklaşım olan zararın dağıtılması fikrine göre sorumlu tutulan zarar veren çoğu zaman tazminat yüküne kendi başına katlanmaz¹⁰⁷. Davalı taraf genelde sigortalıdır ve sigorta şirketi davalı adına ödeme yapar. Davalının işletme olduğu bazı hallerde de sigortasız davalı dahi ileride doğabilecek muhtemel sorumluluğunu kendi sattığı ürünlerine dahil ederek zararı geniş sayıdaki kişiler arasında dağıtabilmektedir. Bu nedenle zararın geniş biçimde dağıtılması haksız fiil hukukunun işlevleri arasında kabul edilir¹⁰⁸. Bu yaklaşımın hem güçlü hem de zayıf yanları vardır¹⁰⁹. Örneğin haksız fiil sorumluluğunun neden her durumda en iyi dağıtıcı pozisyonunda olana uygulanmadığını açıklayamaz. Daha da önemlisi haksız fiil sorumluluğu bu hedefi başarmada ağır işleyen ve pahalı bir mekanizmadır. Daha basit ve genişçe uygulanabilecek sigorta sistemi ile çok daha az maliyetle bu hedef başarılabilir. Yine de bu itirazlara rağmen zararın dağıtılması yaklaşımının haksız fiil sorumluluğunun uygulamadaki etkisini inkar etmek pek mümkün değildir¹¹⁰.

Yukarıda bahsedilen yaklaşımların, haksız fiil sorumluluğunun uygulanmamasını gerektirdiği bir kurguda, toplumsal bakış açısı sorumluluğun uygulanmasının gerektiğini yansıtabilir (*redress of social grievances*)¹¹¹. Elbette ki bu yaklaşım yanlış bulunabilir ve sorumluluğun amaçlardan birine hizmet etmediği

¹⁰⁷ Kenneth W. Simons, “The Restatement (third) of Torts and Traditional Strict Liability: Robust Rationales, Slender Doctrines”, **Wake Forest Law Review**, C. 44, 2009, s. 14; Joseph King, “A Goals Oriented Approach to Strict Tort Liability for Abnormally Dangerous Activities”, **Baylor Law Review**, 1996, s. 350.

¹⁰⁸ Ya da davalının şirketin ödeme yapması sonrası yatırımlarının değer kaybedeceği hissedarları olabilir. Böyle durumlarda zarar görenin zarar maliyeti öylece davalıdan zarar görene geçirilmez. Aksine davalı aracılığıyla geniş sayıdaki bireyler arasında dağıtılır. Abraham, **Tort Law**, s. 18.

¹⁰⁹ Zararın dağıtılmasının iyi bir şey olup olmadığı ya da öyle olsa bile dağıtımı sağlamak için haksız fiil sorumluluğu uygulamanın iyi bir yol olup olmadığı tartışılmalıdır. Burada örnek olarak 500 dolarlık zararın olduğu bir kurguda, hukukun 500 kişiye 1 dolar ödeme yükümü getirmesi verilebilir. Her bir kişinin ödeyeceği 1 dolarların toplamı 500 dolardan az olmadıkça transferden ekonomik olarak bir getiri elde edilmez. Hala toplam 500 dolarlık kayıp vardır. Öte taraftan sigorta satın alan kişiler, küçük bir miktar kaybı (prim ödemesi), büyük kayıplar için öngörülen küçük olasılıktan daha uygun bir kayıp olarak görmektedirler. Bu daha çok 1 dolar kaybeden 500 insanın, 500 dolar kaybeden bir insandan daha iyi olduğunu söylemektir ve haksız fiil hukuku da bu anlayışı yansıtır. Yani büyük kayıplar yaşayacak bir insandan ise küçük kayıplara katlanacak çok insanın olması daha iyidir. Dolayısıyla haksız fiil hukukunun zararı, sigorta veya ürünleriyle dağıtma imkanı olan işletmelere sorumluluk uygulanacak şekilde kurallar geliştirilmesine yönelik eğilimler de mevcuttur. Abraham, **Tort Law**, s. 20.

¹¹⁰ Abraham, **Tort Law**, s. 20.

¹¹¹ Simons, **Strict Liability**, s. 14; Abraham, **Tort Law**, s.22.

müddetçe uygulanmaması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak şunu ifade etmek gerekir ki, haksız fiil nedeniyle özellikle büyük kuruluşlara karşı dava açmak ve tazminat elde etmek, sosyal açıdan telafi edici görülmektedir. Tek başına zayıf olsa da diğer amaçlarla birlikte gerekçe olarak kullanıldığında bazı büyük kuruluşlara karşı neden bu şekilde karar verildiğini açıklamaya yardımcı olabilir¹¹². Örneğin, tehlikeli faaliyet yürüten işletmelerin yürüttükleri bu faaliyetlerden genellikle yüksek miktarda gelir elde etmelerine rağmen, kusurları olmadığı ya da tespit edilemediği için sorumluluktan kurtulmaları, toplumsal açıdan rahatsız edici kabul edilmiştir. Diğer amaçlarla birlikte toplumun bakış açısı, bu faaliyetleri yürütenlerin yarattıkları olağanüstü tehlikeden kusurları olmasa dahi sorumlu olmalarına yol açmıştır.

Diğer bir ihtimal de haksız fiil hukukunun tek bir amaç izlemediği, duruma göre önemi değişecek birden fazla amacı olduğunu kabul etmektir. Bu sebeple haksız fiil hukukunun karma amaçlar içerdiği de söylenebilir¹¹³. Bu görüşteki yazarlara göre, bazı davalarda düzeltici adalet veya diğer hak temelli yaklaşımlar daha baskın bir işleve sahip olabilirken, başka davalarda önleyicilik veya zararın dağıtılması kilit nokta olabilir. Ya da birçok davada sorumluluğun uygulanması hem hak temelli gerekçelerle hem de araçsal temelle gerekçelendirilebilir¹¹⁴. Örneğin, eş zamanlı olarak hem bir yanlışın düzeltilmesi hem de gelecekteki eylemlerin önlenmesinde olduğu gibi iki farklı gerekçe ileri sürülebilir. Bu görüş kapsamında bir yaklaşımın, süreklilik arz edebilmesi ve tutarlı olabilmesi için tek bir amaçtan fazlasına hizmet etmesi ve hem hak temelli hem de araçsal kaygıları tatmin etmesi gerekmektedir. Kaldı ki, günümüzde gelinen noktaya bakıldığında da hukukta kesin bir bütünlük ve uyumun aranması oldukça çok zor görünmektedir¹¹⁵.

¹¹² Schwartz, **Mixed Theories**, s. 1804.

¹¹³ Abraham, **Tort Law**, s. 22-23.

¹¹⁴ Shmuali, **Legal Pluralism**, s. 750; Schwartz, **Mixed Theories**, s. 1804; Abraham, **Tort Law**, s. 22.

¹¹⁵ Abraham, **Tort Law**, s. 23.

Haksız fiiller hukukunda karma amaçlar izleyen görüşlere göre kabul gören amaçların birbirleriyle rakip olmaları gerekmez¹¹⁶. Haksız fiil hukukuna çoğulcu yaklaşımlara göre hem taraflar arasındaki ilişkiyi temel alan düzeltici adalet hem de sosyal amaçlara hizmet eden dağıtıcı adalet ve önleyicilik arasında bir denge kurulması mümkündür¹¹⁷. Farklı amaçlar izlendiği takdirde bir davada verilen kararı, diğer amacın bakış açısından eleştirmek ve yanlış olduğunu ileri sürmek mümkündür. Bu noktada somut olaya göre bir değerlendirme yapılabilir. Ancak farklı amaçların eldeki davaya göre değerlendirilmesi halinde de hangi durumda hangisinin uygun olacağı noktasında tartışma kaçınılmaz olur¹¹⁸. Bu açıdan çeşitli fikirler öne sürülmüştür. Haksız fiil hukukunda önleyiciliğin baskın amaç olması ve bu amacın adalet fikri ile sınırlandırılması fikri¹¹⁹ ile toplumsal refahı artıran en adil çözümün seçilmesi¹²⁰ fikirleri bunlardan birkaçıdır.

Modern haksız fiil hukukunun günümüzde giderek çeşitlendiği bir gerçektir. Birden fazla sorumluluk biçimi zarar verenin kim olduğuna, ekonomik durumuna ve işlenen haksız fiilin yapısına göre farklı gerekçelerle uygulanmaktadır¹²¹. Bu nedenle kanımızca da farklı türdeki sorumluluk biçimlerinin uygulanmasında birden fazla amaç güdülebilir. Örneğin, bir davada hem zararın telafi edilmesi hem de önleyiciliğin sağlanması birer amaç olarak değerlendirilebilir. Ancak belirtmek gerekir ki, önleyicilik, kanımızca öncelikle sosyal açıdan arzu edilen bir amaçtır. Sorumluluk tehditinin gelecekte meydana gelecek haksız fiilleri engelleme gücü kabul edilebilir. Hukuk ve ekonomi kuramının kabul ettiği *etkin önleyicilik* ise kaynakların etkin paylaşımı, dış etkiler ve toplumun ekonomik refahı gibi konularla ilgilidir ve salt bu amaçlarla önleyiciliğe yönelik bir değerlendirme yapılmamalıdır. Bu nedenle ifade etmek gerekir ki, bir sorumluluğun uygulanmasının en baskın amacı, zarar görenin tazminat yoluyla önceki haline iadesini sağlayacak zararın telafi

¹¹⁶ Shmuali, **Legal Pluralism**, s. 745 vd. Aksi yönde bkz. Ernest J. Weinrib, **The Idea of Private Law**, Oxford University Press, 2012, s. 5.

¹¹⁷ Shmuali, **Legal Pluralism**, s. 750.

¹¹⁸ John C. P. Goldberg, "Twentieth Century Tort Theory", **Georgetown University Law Journal**, C. 91, 2003, s. 580.

¹¹⁹ Schwartz, **Mixed Theories**, s. 1804.

¹²⁰ Mark Geistfeld, "Economics, Moral Philosophy, and the Positive Analysis of Tort Law", **Philosophy and the Law of Torts**, Ed. Gerald J. Postema, 2001, s. 268.

¹²¹ Shmuali, **Legal Pluralism**, s. 769.

edilmesi olması gerekir¹²². Elbette ki böyle bir telafinin mümkün olması için, ilgili sorumluluk sebebinin şartlarının oluşması gerekir. Bununla birlikte nihai olarak bu amaca hizmet edecek yargı kararlarının, sosyal açıdan da önemli olan önleyiciliğin sağlanmasını ve dağıtıcı adalet ilkesini de göz önüne alması ve eldeki davaya uygulanacak sorumluluk biçimine göre bu amaçlara da önem atfetmesi mümkündür.

F. HAKSIZ FİİL TÜRLERİ

1. Genel olarak

Amerikan haksız fiil hukukunu genel olarak iki ana başlıkta incelemek mümkündür¹²³. Bu başlıklar, kaza hukuku ve kasta dayanan haksız fiil hukuku olarak ifade edilmektedir. Kaza hukuku (*accident law*), genellikle kişinin vücut bütünlüğüne ve/veya mala gelen zararlar bakımından kusursuz sorumluluğun (*strict liability/liability without fault*) ya da ihmale dayalı sorumluluğunun (*negligence*) uygulandığı davaların oluşturduğu kategoridir¹²⁴. Kusursuz sorumluluk, haksız fiil failinin özen seviyesi dikkate alınmadan uygulanan bir sorumluluk türüdür; ihmale dayalı kusur sorumluluğu ise sadece şartlara göre gereken makul özenin gösterilmediğinin kanıtlanması halinde uygulanan bir sorumluluk türüdür. Kaza hukukunun aksine, kasta dayanan haksız fiil hukuku (*intentional torts*), sorumluluğun sadece haksız fiil failinin kastî davranışı ile bir başkasının hukuken korunan bir menfaatine zarar verdiğinin kanıtlanması halinde uygulanmasıdır. Kasta dayalı haksız fiil hukuku geniş bir “kaza kabul edilmeyen davranış” (*non-accidental behavior*) çeşitleri içermektedir. Bunlardan bazıları “kastî” anlamına uygun olarak zarara sebebiyete kastî olarak yol açılmasını ifade ederken, bazıları ise kastî olarak zarara yol açma davranışı gerektirmez. Bu hallerde zarara yol açma kastî olmasa bile zarar verenin zarar görenin zararına yol açan hareketin kastî olması sorumluluğa yol

¹²² Halûk N. Nomer, **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul, Beta Basım Yayın, 1996, s. 35, 36; Yeşim M. Atamer, **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları**, İstanbul, Beta Yayınları, 1996, s. 98; Mustafa Tiftik, **Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1994, s. 61.

¹²³ Galligan Jr. vd., **Cases, Perspectives, and Problems**, s. 437.

¹²⁴ Keeton/Dobbs/ Keeton/Owen, **Torts**, s. s. 33-39.

açabilir. Hakaret ve özel hayatın ihlali gibi bazı davalarda bu durum söz konusu olabilir¹²⁵.

Haksız fiil sebebiyle sorumluluğun kurulması için dava konusu edilebilir bir zararın ve zarar verenin gereken özen ölçütünü ihlal etmedeki davranışının zarara yol açmış olmasının kanıtlanması gerekir. Buna göre; Amerikan hukukunda ihmale dayalı haksız fiilin unsurları dört tanedir. Bu unsurlar, ödev (özen göstermek ödevi), özen gösterme ödevinin ihlali (gereken özenin gösterilmemesi), nedensellik bağı ve zarardır¹²⁶.

Çalışmamızın konusunun bir kaza hukuku konusu olması ve bu sebeple ilerleyen bölümlerin daha iyi anlaşılabilmesi için Amerikan hukukunda kaza hukuku konuları olan ihmale dayalı haksız fiil ve kusursuz sorumluluk türlerine kısaca değinmek yerinde olacaktır.

2. İhmale Dayanan Haksız Fiiller

Amerikan hukukunda “ihmal” (*negligence*) ifadesi, hem bir haksız fiil türünü hem de özen yükümünü ihlal eden davranış biçimini ifade edecek şekilde kullanılmaktadır. İhmalin bir haksız fiil türü olmasının önemi, ortak hukukta haksız fiillerin belirli tiplerde ve sayıda olmasından kaynaklanır. Eldeki olayın davaya konu olabilmesi için öncelikle belirli bir tipteki haksız fiil türünün unsurlarını taşıması gerekir. Her haksız fiil tipinin de kendine ait unsurları olduğu gibi bir haksız fiil türü olan ihmalin de kendine ait unsurları vardır. Bu unsurlar ise özen yükümü, özen yükümünün ihlali, nedensellik bağı ve zarardır¹²⁷.

¹²⁵ Keeton/Dobbs/ Keeton/Owen, **Torts**, s. 33-39, 164-169; Epstein/Sharkey, **Cases and Materials**, s. 77.

¹²⁶ Goldberg/Zipursky, **Torts**, s. 72-77.

¹²⁷ McAlinn/Rosen/Stern, **American Law**, s. 196; Epstein/Sharkey, **Cases and Materials**, s. 145-146. Ortak hukuktaki bu yapı, genelde Kıta Avrupası’ndan, özeld de Türk hukukundan farklılık arz eder. Türk hukukunda belirli tiplerde ve sınırlı sayıda sayılan haksız fiil türleri bulunmaz. Kural olarak bir eylemin haksız fiil teşkil edip etmediğinin tespiti için kusur, hukuka aykırılık, nedensellik bağı ve zarar unsurlarının varlığı incelenir. Amerikan haksız fiil hukukunda ise, zarar verenin sorumlu tutulması için hukuka aykırılık bağı bir unsur olarak aranmamaktadır.

Özen yükümünü ihlal eden davranış anlamındaki ihmal kavramı ise, mevcut şartlar altında makul surette tedbirli olan bir kişinin göstermesi beklenen özenin gösterilmemesi olarak tanımlanmaktadır. Beklenen özen ise “makul özen” (*reasonable care*) olarak ifade edilmektedir. Ancak önemli olan husus, makul özenin ölçütü, ortalama bir kişinin ne yaptığı ile değil, ne yapması gerektiğinin cevaplanarak tespit edilmesidir. Ancak bu tespiti yapmadan önce zarar verenin zarar görene karşı bir özen yükümünün olup olmadığı tespit edilmelidir¹²⁸.

Makul özen ölçütü, jürinin kusur atfı için en önemli rehber olarak kabul edilmektedir. Bu ölçüt, somut bir içeriğe sahip olmasa da bir muhakemeye olanak tanımaktadır. Değerlendirmeye esas teşkil eden soru ise “davalı, daha dikkatli davranmalı mıydı?” sorusudur. Elbette ki zarara yol açan eylemin jüri tarafından tanıdık bir eylem olması, davanın kolay sonuçlanmasını sağlamaktadır. Belirli eylemler açısından nasıl davranılması gerektiği hususunda herkesin bildiği belirli kurallar olabilir. Ancak çoğunlukla, jürinin davalının kusurlu olup olmadığını kolaylıkla tespit edebileceği, belirli bir olayda nasıl davranılması gerektiğine ilişkin yeteri kadar somut ve yeknesak kurallar yoktur. Ancak bu gibi davalarda da jüri, somut olaya uygun olan makuliyete dayalı bir ölçüt geliştirmeli ve bu ölçütü de davalının davranışı hakkında yapacağı değerlendirmeye uygulamalıdır¹²⁹.

Bununla birlikte yıllar içinde hukukun, makuliyet ölçütü için geliştirdiği az ya da çok somut ve zorunlu olarak tatbik edilmesi gereken kuralları vardır. Jüri, davalının ihmali olup olmadığını kendisine bildirilen bu hususları da dikkate alarak tespit eder. Bunlardan en önemlileri ise kusurun objektifleştirilmesi ve öngörülebilirlik unsurudur¹³⁰. Kusurun objektif olarak tespitini gerektiren kurala göre, mevcut şartlara göre beklenen makul özen, davranışı değerlendirilen kişinin

¹²⁸ Amerikan hukukunda bir takım ödev olmayan haller (*no duty*) ve sınırlı ödevin olduğu haller (*limited duty*) benimsenmiştir. McAlinn/Rosen/Stern, **American Law**, s. 206; Johnson, **Mastering Torts**, s. 151-195.

¹²⁹ Abraham, **Tort Law**, s. 23.

¹³⁰ Amerikan haksız fiil hukukunda kusur sorumluluğu için çocuklar ve fiziksel ve akli açıdan hasta olan yetişkinler için de ayrı kurallar geliştirilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, **Torts**, s. 175-179.

yetersizliğini ya da eksiklerini dikkate almaz. Buna göre de davalının elinden gelenin en iyisini yapmış olması önem taşımaz. Dolayısıyla kişinin kişisel durumuna ilişkin deliller, jüri tarafından değerlendirilemeyeceği için, hakim tarafından reddedilecektir¹³¹.

Makul özenin mantıksal açıdan anlamının bilgi ve davranış arasındaki bağlantıya göre değişecek olması ise, zarar verenin, ancak davranışının bir risk taşıdığını bildiği ya da bilmesi gerektiği hallerde sorumlu tutulmasını gerektirir. Zira bir kişinin bilmediği ya da bilecek durumda olmadığı riskleri azaltmasını ya da ortadan kaldırmasını beklemek mantıklı değildir. Dolayısıyla bir kusur davasında zarar veren, öngöremediği zarar doğurucu riskler için tedbir almadığı gerekçesiyle kusurlu bulunmayacaktır¹³².

Öngörülebilirlik kavramı ise zarar doğuracak bir riskin varlığının bilinen ya da bilinebilen bir “olasılık” olmasını ifade eder¹³³. Dolayısıyla da zarar doğurucu bir riskin olması ya da olmaması olasılığının derecesini ihtiva eder. Örneğin, bir riskin tamamen öngörülemez olması, söz konusu riskin davalıdan tahmin etmesi beklenmeyecek derecede olasılık dışı olması anlamına gelmektedir. Bunun dışında olasılığı az ya da çok olan riskler, genellikle kusur oranının tespiti (*negligence calculus*) sırasında genel olarak değerlendirilecek ve öngörülebilirliğin kusurun varlığına etkisi bu değendirme sonucunu etkileyebilecektir¹³⁴.

Bu noktada kusur oranı tespiti ile ilgili de önemli hususları izah etmek gerekir. Makul insan ölçütünün somutlaşması açısından başvurulabilecek yöntemlerden biri de bu hesaplama. Bu hesaplamada kullanılan bileşenler; zarara yol açabilecek davranış ya da ihmalin olasılığı, zararın büyüklüğü ve zararı azaltmak

¹³¹ Goldberg/Zipursky, **Torts**, s. 72-77; Kişinin, elinden gelenin en iyisini yapması halinde nasıl kusurlu kabul edilebildiğine ilişkin sorunun cevabı ise burada bahsedilen kusurun ahlaki anlamda kusur olmadığı ve bu şartlarda uygulanan kusur sorumluluğunun içinde esasen bir tür kusursuz sorumluluk barındırdığı şeklinde verilebilmektedir. Abraham, **Tort Law**, s. 62.

¹³² Goldberg/Zipursky, **Torts**, s. 103-109.

¹³³ Keeton/Dobbs/ Keeton/Owen, **Torts**, s. 182-183; Goldberg/Zipursky, **Torts**, s. 88; Abraham, **Tort Law**, s. 67.

¹³⁴ Keeton/Dobbs/ Keeton/Owen, **Torts**, s. 183.

için yapılacakların değeri olarak ifade edilmektedir. Bu hesapla ilgili en ünlü görüş hakim *Learned Hand* tarafından *United States v. Carroll Towing Co.*¹³⁵ davasında açıklanmıştır. Buna göre, davalının kusurlu olup olmadığını belirlemek için, belirli bir eyleme girişmenin getirdiği ileri de maruz kalınabilecek beklenen zarar maliyeti ile bu zarardan kaçınmak için gereken maliyetlerin kıyaslanması gerekmektedir¹³⁶. Bu kıyaslama için de üç etken dikkate alınmalıdır. Bunlar; beklenen zarar maliyetini belirleyecek zarar ihtimali ve zararın doğması halinde ortaya çıkan zararın büyüklüğü ile bu zarar riskini azaltacak önlemlerin maliyetidir. İlk iki etkenin büyüklüğü önlem maliyetlerinden daha fazla ise bu riskli eyleme girişmek makul değildir. Tam tersi halinde ise eylem, makul kabul edilecektir. Bu kıyaslama, maliyet-fayda (*cost-benefit*) ya da risk-fayda (*risk-benefit*) analizi olarak ifade edilir. Bu hesaplama, hem Restatement'ta hem de birçok temyiz mahkemesi kararında somutlaştırılmıştır¹³⁷. Bunun dışında yargılamanın birçok aşamasında da kullanılabilir¹³⁸.

İhmal dayanan haksız fiillerde aranan diğer bir unsur da nedensellik bağının varlığıdır. Buna göre zarar verenin eylemi zararın hem gerçek (*cause in fact*) hem de en yakın nedeni (*proximate cause*) olmalıdır. Bir eylemin zararın gerçek nedeni olup olmadığının tespitinde öncelikle eylemin olmaması halinde zararın doğup doğmayacağı araştırması (*but-for test*) yapılır¹³⁹. Ancak bu test sorumluluk uygulamak için yeterli değildir. Aynı zamanda zarar doğuran eylem, zararın en yakın nedeni (*proximate cause*) olmalıdır¹⁴⁰. Bu nedenle, zarar verenin makul özeni göstermemesi sebebiyle ortaya çıkan her zarardan sorumlu tutulması her zaman mümkün olmaz. Bu yaklaşım esasen haksız fiil sorumluluğunun bir kapsamı olduğunu ifade eder¹⁴¹.

¹³⁵ *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F. 2d 169 (2d Cir. 1947).

¹³⁶ Türk hukukunda Hand Formülünü inceleyen eser için bkz. Kerem Cem Sanlı, "İhmal Kavramının Ekonomik Yorumu-Hand Formülü", **Uğur Alacakaptan'a Armağan**, C. 2, Ed. Mehmet Murat İnceoğlu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Şubat 2008, s. 561-596.

¹³⁷ Keeton/Sargentich/Keating, **Tort and Accident Law**, s. 10-11.

¹³⁸ Abraham, **Tort Law**, s. 68-70.

¹³⁹ Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, **Torts**, s. 265; Abraham, **Tort Law**, s. 116. Zararın meydana gelmesinde birden çok sebep varsa "önemli faktör" (*substantial factor*) testi uygulanır.

¹⁴⁰ Abraham, **Tort Law**, s. 117.

¹⁴¹ Keeton/Dobbs/ Keeton/Owen, **Torts**, s. 273.

Bu aşamada önemli bir noktaya dikkat çekmek gerekir. Sorumluluk için zararın, zarar verenin davranışının en yakın sebebi olmasının gerekmesi, esasen yukarıda kusur kavramını anlatırken ifade ettiğimiz öngörülebilirlik kavramı ile doğrudan ilgilidir. Zira bir haksız fiil davasında zararın, zarar verenin davranışının en yakın sebebi olup olmadığı öngörülebilirlik (*foreseeability*) testinin ya da bu testi biraz daha netleştiren olağan risk kapsamı (*the harm-within-the-risk*) testinin uygulanmasıyla tespit edilir. Esasen her iki test de sorumluluğu nedensellik noktasında değerlendirirse de, zarar verenin ihmalinin tespitiyle de doğrudan ilgilidir¹⁴².

Öngörülebilirlik testi, bir davanın ihmale dayanan bir haksız fiil ya da kusursuz sorumluluk davası olması fark etmeksizin, zararın en yakın sebebini belirleyen en önemli testtir. Buna göre, ihmale dayanan bir haksız fiil davasında zarara yol açma, zarar verenin davranış biçiminin öngörülebilir sonucu ise zarar verenin ihmali, zararın en yakın sebebidir¹⁴³. Esasen öngörülebilirlik makul özeni göstermediğinde olduğu gibi zarar verenin ihmali olup olmadığı tespitinin de bir diğer yoludur¹⁴⁴.

Bununla birlikte, öngörülebilirliğin nedensellik bağı ile doğrudan bir ilgisi olmadığı da söylenmelidir. Zarar verenin davranışı ile zarar arasında kurulan nedensellik bağı olmasına rağmen, öngörülebilirlik sorumluluğu sınırlayan bir işlev görür. Zira, bir davranış ya da faaliyet ile zararın ortaya çıkması arasında sınırsız bir nedensellik bağı kurulabilir. Sorumluluğun nerede sınırlanacağı ise esasen bir hukuk politikası tercihidir¹⁴⁵. Bu kapsamda zarar görenin, zararın boyutunun, zararın türünün ve zararın doğma şeklinin öngörülüp öngörülemediği incelenir¹⁴⁶.

¹⁴² Abraham, **Tort Law**, s. 142.

¹⁴³ Keeton/Dobbs/ Keeton/Owen, **Torts**, s. 273; Abraham, **Tort Law**, s. 143.

¹⁴⁴ Goldberg/Zipursky, **Torts**, s. 104.

¹⁴⁵ Keeton/Dobbs/ Keeton/Owen, **Torts**, s. 273.

¹⁴⁶ Guido Calabresi, "Concernig Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr.", **University of Chicago Law Review**, C. 43, 1975, s. 93.

Öngörülebilirlik testi gerektiği takdirde olağan risk kapsamını testinin uygulanmasıyla netleştirilebilir. Örneğin bazı davalarda zarar, zarar verenin ihmal içeren davranışının en yakın sebebi kabul edilemez. Zira zarar, zarar verenin davranışının olağan riskinin kapsamında (bünyesinde) değildir. Bir başka ifadeyle, zarar davranışın olağan riski nedeniyle ortaya çıkmamıştır. Örneğin, kusurlu olarak itfaiyenin yangın musluğu önüne park eden bir araç sürücüsünün ihmalinin olağan risk kapsamında kalan zarar, yangın musluğuna erişimin engellenmesi sebebiyle kişi veya malların zarara uğramasıdır. Söz konusu araca, kaymak suretiyle yoldan çıkarak çarpan bir başka aracın sürücüsü ilk sürücünün aracını başka yere park etmesi halinde zararının doğmayacağını iddia etmesi mümkün olmaz. Zira bu zarar, ilk sürücünün ihmalinin olağan kapsamındaki riskinden meydana gelmemiştir. İlk sürücünün aracını başka bir yere park etmemesi, bu zarar için riski yükselten bir davranış değildir¹⁴⁷.

Öngörülebilirlik ve olağan risk kapsamı testlerini, nedensellik bağıını kesen (*intervening cause*) ya da yerine geçen nedensellik (*superseding cause*) açısından da değerlendirmek gerekebilir. Bazı davalarda üçüncü kişilerin davranışının ya da mücbir sebebin sonuçla doğrudan ilişkisi vardır. Bu durumda zarar verenin sorumlu olup olmayacağı sorunu doğabilir. Sorumluluğu sınırlandıran bu haller de esasen öngörülebilirlik kavramıyla doğrudan ilgilidir. Buna göre araya giren neden öngörülebilir ise sorumluluk kurulabilir. Araya giren nedenin öngörülebilir olmadığı kabul edilirse, zarar veren kusurlu kabul edilmez. Ancak bu nedenin öngörülebilir olup olmadığı tartışılmalıysa konu jüriye gönderilir. Jürinin araya giren nedeni öngörülebilir kabul etmemesi halinde bu neden yerine geçen nedensellik kabul edilerek sorumluluk uygulanmaz¹⁴⁸. Bazı hallerde üçüncü kişinin davranışı kasıt hatta suç teşkil edebilir. Bu hallerde de nedensellik kesilebilir. Ancak bazı hallerde de nedenselliği kesmez. Zira, zarar verenin davranışı, üçüncü kişinin davranışına

¹⁴⁷ Abraham, **Tort Law**, s. 143, 144.

¹⁴⁸ Zararın öngörülebilir olmaması ya da davranışın zararın en yakın sebebi olmaması kararı jüriye gönderilmediyse hukuk gereği sorumluluk sınırlanmış anlamına gelir. Jüriye gönderilmesi halinde ise çözümü daha zor olan bir sorun jüriye bırakılmış demektir. Abraham, **Tort Law**, s. 163.

olanak tanımış olabilir. Bu hallerde zarar verenin davranışının da risk oluşturduğu kabul edilebilir¹⁴⁹.

Sonuç olarak öngörülebilirlik kavramının Amerikan haksız fiil hukukunun temel kavramlarından biri olduğu söylenebilecektir. Buna göre, zarar gören bir haksız fiilin unsurlarını ispat etse dahi, eğer ki zarar, zarar verenin davranışının en yakın sebebi değil ise sorumluluk kurulmayacaktır. Bir diğer ifadeyle, haksız fiil sorumluluğu en yakın sebep ilkesiyle sınırlanmaktadır. Bu ilkenin altında yatan ise ihmali olan bir zarar veren herkese karşı ve her zarardan dolayı sorumlu olmamalı, sorumluluk bir noktada durmalıdır düşüncesidir. En yakın sebep ilkesi, ihmale dayalı haksız fiillerde olduğunu gibi kusursuz sorumluluk hallerine de uygulandığı için konumuz açısından da büyük bir önem taşımaktadır¹⁵⁰.

İhmale dayanan haksız fiil türünde zarar da kural olarak aranan bir unsurdur. Ortaya çıkan zarar türlerine göre farklı yaklaşımlar kabul edilebilir. Bununla birlikte tazminat miktarı, meydana gelen zarardan daha az ya da daha çok olabileceği gibi; zarar olmadan da tazminata hükmedilebilir¹⁵¹.

3. Kusursuz Sorumluluk

Amerikan haksız fiil hukukunda kaza sonucu meydana gelen zararlar, ihmale dayalı haksız fiil kapsamına girebileceği gibi bir tür kusursuz halinin unsurlarını da taşıyabilir. Böyle bir durumda zarar gören, kusursuz sorumluluk iddiasında bulunacaktır.

¹⁴⁹ Abraham **Tort Law**, s. 149, 150.

¹⁵⁰ Abraham, **Tort Law**, s. 141.

¹⁵¹ Amerikan haksız fiil hukukunda temel olan zarar görenin zararının tamamen telafi edilmesidir. Bir diğer deyişle zarar gören, bir haksız fiil mağduru olmadan önceki haline getirilmelidir. Zarar, zarar gören tarafından ispat edilmelidir. McAlinn/Rosen/Stern, **American Law**, s. 212. Bununla birlikte Amerikan hukukunda gerçek zarar için hükmedilen telafi edici tazminatın yanı sıra gerektiği takdirde zarar olmamasına rağmen nominal tazminata (genellikle bir dolar) ya da şartları varsa cezalandırıcı tazminata (*punitive damages*) da hükmedilebilir. Johnson, **Mastering Torts**, s. 63.

Kusursuz sorumluluk (*strict liability/liability without fault*), zarar verene kasıt içeren bir davranışı olmamasına ya da özen yükümünü ihlal etmemesine rağmen uygulanan sorumluluk anlamına gelir¹⁵². Amerikan hukukunda her ne kadar kusura dayalı sorumluluk temel teşkil etse de kusur olmadan da sorumluluk olabileceği anlayışı genel kabul görmektedir. Ancak katı sorumluluk olarak ifade edilen kusursuz sorumluluk halleri mutlak sorumluluk teşkil etmez¹⁵³. Buna göre, kusursuz sorumluluk hallerine karşı da sorumluluktan kurtuluş halleri ileri sürülebilir¹⁵⁴.

Amerikan haksız fiil hukukunda ihmale dayanan haksız fiil için davranış temeline dayanan (*act-based*) sorumluluk ifadesi kullanılırken; kusursuz sorumluluk için ise faaliyet temeline dayanan (*activity-based*) sorumluluk ifadesi kullanılmaktadır. Kusursuz sorumluluk halleri için tek bir normatif dayanak olmadığı gibi, tek bir genel kural da bulunmamaktadır¹⁵⁵. Her bir kusursuz halinin kendine özgü unsurları mevcuttur. Ancak “geleneksel” olarak tanımlanan bazı kusursuz sorumluluk halleri; birşeyi bir yere getirme, o şeyi orada tutma ya da toplama (*strict liability for bringing, keeping, and collecting*) fikri ile ortaya çıkmıştır¹⁵⁶. Bu haller, evcil ya da vahşi hayvan tutanların sorumluluğu (*strict liability for animals*) ve olağanüstü tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluk (*strict liability for abnormally dangerous activities*) olarak sayılabilir. Bunların dışında Amerikan haksız fiiller hukukunda ürün sorumluluğu (*product liability*), işverenin sorumluluğu (*vicarious liability*) ve motorlu taşıt işletenlerin sorumluluğu (*motor vehicle ownership*) gibi başka kusur aranmayan sorumluluk halleri de vardır¹⁵⁷.

¹⁵² Keeton/Dobbs/ Keeton/Owen, **Torts**, s. 534.

¹⁵³ Abraham, **Tort Law**, s. 188.

¹⁵⁴ Epstein/Sharkey, **Cases and Materials**, s. 77.

¹⁵⁵ Johnson, **Mastering Torts**, s. 201; Abraham, **Tort Law**, s. 189.

¹⁵⁶ Epstein/Sharkey, **Cases and Materials**, s. 591.

¹⁵⁷ Johnson, **Mastering Torts**, s. 202.

II. AMERİKAN HUKUKUNDA TEHLİKELİ FAALİYETLERDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN KÖKENİ VE GELİŞİMİ

A. GENEL OLARAK

Amerikan hukukunda tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun gelişimi, bir İngiliz mahkemesinin *Rylands v. Fletcher*¹⁵⁸ isimli davasında verdiği karardan önemli ölçüde etkilenmiştir. Bu nedenle Amerikan hukukunda tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğu ifade etmek için “Rylands v. Fletcher doktrini” (*the doctrine of Rylands v. Fletcher*) ifadesi de kullanılabilir¹⁵⁹. Özellikle bu davada kabul edilen bazı ilkeler, Amerikan hukukunda tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun uygulanma şartlarını belirleyici bir etkiye sahip olmuştur. Bu noktada öncelikle, zaman içerisinde evrilerek mahkeme kararlarıyla ortaya çıkmış bu şartları, *Restatement*'lardaki derlenmiş halleriyle incelemek yerinde olacaktır. Günümüzdeki uygulamayı da yansıtan söz konusu uygulanma şartlarının nasıl bir dönemden geçerek son şeklini aldığı ise *Rylands v. Fletcher* davasının incelenmesiyle daha iyi anlaşılabilir.

The restatement of torts (first); 1939 yılında yayımlanan haksız fiil hukuku alanındaki ilk Restatement, tehlikeli faaliyetlere uygulanacak kusursuz sorumluluğa ilişkin farklı düşünceleri uzlaştırmaya çalışmıştır. Buna göre; eğer bir faaliyet *yüksek derecede tehlikeliyse ve bu tehlike, azami özen (utmost care) gösterilmesine rağmen engellenemiyorsa* kusursuz sorumluluk uygulanacaktır. Ancak söz konusu faaliyetin aynı zamanda *yaygın olarak yapılan bir faaliyet olmaması* gerekmektedir¹⁶⁰.

The restatement (second) of torts; İlk bölümünün 1965, son bölümünün ise 1979 yılında yayımlandığı haksız fiil alanındaki ikinci Restatement, birincisine göre farklı şartlar benimseyerek bir değişikliğe gitmiştir. İkinci Restatement'ın

¹⁵⁸ *Rylands v. Fletcher*, (1866) L.R. 1 Ex 265 affd. (1868) LR 3 HL 330.

¹⁵⁹ Keeton/Dobbs/ Keeton/Owen, **Torts**, s. 561.

¹⁶⁰ “An activity is ultrahazardous if it (a) necessarily involves a risk of serious harm to the person, land or chattels of others which cannot be eliminated by the exercise of utmost care, and (b) is not a matter of common usage.” The Restatement of Torts, 519, (1939) (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com> , 23.03.2014.

yaklaşımına göre faaliyetin tehlikeli faaliyet olarak kabul edilebilmesi için aşağıdaki faktörlerin değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁶¹. Bu faktörler;

1. Kişiyeye ya da başkalarının taşınır veya taşınmaz mallarına karşı yüksek zarar riskinin varlığı,
2. Doğacak zararın büyük olma ihtimali,
3. Zararın, makul özen (*reasonable care*) gösterilmesine rağmen kaçınılamaz olması,
4. Faaliyetin yaygın bir faaliyet olmaması,
5. Faaliyetin yapıldığı mahale uygun bir faaliyet olmaması,
6. Faaliyetin toplumsal değerinin (faydasının), faaliyetin tehlikeli özelliğinden ağır basmaması, (Faaliyetin sosyal değerinin yüksek olmaması)

Birinci Restatement'a göre, kusursuz sorumluluğun uygulanması için faaliyetin hem tehlikeli hem de toplumda yaygın olarak yürütülen bir faaliyet olmaması gerekir. Birinci Restatement'a göre bir faaliyetin tehlikeli olarak belirlenebilmesi için tüm şartların aynı anda varlığı gerekmektedir. Ancak ikinci Restatement'ta kabul edilen yaklaşıma göre, faaliyetin tehlikeli olup olmadığı, herhangi biri kesin olarak gerekmeyen altı faktörün değerlendirilmesiyle uygulanır¹⁶². Örneğin, bir faaliyet yüksek derecede riskli olmasa da yahut toplumda yaygın biçimde yürütülse bile kusursuz sorumluluğun uygulanma ihtimali vardır. Bu nedenle bu yaklaşım, tehlikeli faaliyetler için uygulanacak kusursuz sorumluluğun havada kalan bir sorumluluk türü olarak görülmesine yol açmış ve kusursuz

¹⁶¹ The Restatement (second) of Torts, 520 (1977), (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 23.03.2014. "In determining whether an activity is abnormally dangerous, the following factors are to be considered:

(a) existence of a high degree of risk of some harm to the person, land or chattels of others;
(b) likelihood that the harm that results from it will be great;
(c) inability to eliminate the risk by the exercise of reasonable care;
(d) extent to which the activity is not a matter of common usage;
(e) inappropriateness of the activity to the place where it is carried on; and
(f) extent to which its value to the community is outweighed by its dangerous attributes."

¹⁶² John Diamond, **Cases and Materials on Tort**, West Group, St. Paul, Minnesota, 2001, s. 479-480.

sorumluluk ilkesinin amaca hizmet edecek şekilde net olmadığı yönündeki eleştirilerin hedefi haline gelmiştir¹⁶³.

The Restatement (third) of Torts; 2010 yılında yayımlanan ve haksız fiil alanındaki son Restatement ise bu nedenle daha farklı bir yaklaşım kabul etmiştir. Buna göre¹⁶⁴;

- (a) Kişi, yürüttüğü tehlikeli faaliyetten maddi bir zarar doğması halinde bu zarardan kusursuz sorumlu tutulur.
- (b) Bir faaliyetin tehlikeli kabul edilebilmesi için ise;
 - (1) Söz konusu faaliyetin, tüm taraflarca makul özenin gösterilmesine rağmen öngörülebilir ve yüksek derecede maddi zarar riski yaratması, ve;
 - (2) Yaygın olarak yürütülmemesi (kullanılmaması) gerekmektedir.

Bu alanda en son çıkarılan üçüncü *Restatement*, uzun yıllara yayılan bir etki alanı olan ikinci *Restatement*'a göre daha farklı bir yaklaşım sergilemektedir. Bu açıdan üçüncü *Restatement*'in, ilk çıkarılan *Restatement*'ta yer alan yaklaşımı benimsediği, sadece "azami özen" (*utmost care*) yerine "makul özen" (*reasonable care*) ifadesini tercih ettiği görülmektedir. Bununla birlikte üçüncü *Restatement*, mahkemelerin gösterdiği yaklaşımı da esas alarak makul özenin tüm taraflarca gösterilmesi gerektiğini de açıkça ifade etmiştir. Üçüncü *Restatement*'in böyle bir değişikliğe gitmesinin sebebi ise, hem ikinci *Restatement*'in çok faktörlü düzenlemesinin net sonuçlar yaratmayacağına ilişkin eleştiriler, hem de mahkemelerin ikinci *Restatement*'in döneminde dahi esasen birinci *Restatement*'ta yer alan şartlara daha fazla vurgu yapıp, kararlarını buna göre oluşturmuş olmalarıdır. Bu nedenle de üçüncü *Restatement*, esasen birinci *Restatement*'taki düzenlemeye

¹⁶³ Diamond, **Cases and Materials**, s. 480-481.

¹⁶⁴ The restatement (third) of torts: .

(a) An actor who carries on an abnormally dangerous activity is subject to strict liability for physical harm resulting from the activity.

(b) An activity is abnormally dangerous if:

(1) the activity creates a foreseeable and highly significant risk of physical harm even when reasonable care is exercised by all actors; and

(2) the activity is not one of common usage.

oldukça benzer bir düzenleme getirmiştir. Bu noktada yeniden hatırlatmakta fayda vardır ki, söz konusu Restatement'lar esasen bağlayıcılığı olan düzenlemeler içermez. Ancak söz konusu Restatement'larda hem derlendiği döneme kadar olan hukukun incelenmiş olması, hem de derleyen hukuk insanlarının olması gereken hukuka ilişkin yorumlarının yer alması bu derlemeleri önemli kılar. Kaldı ki mahkemeler de sıklıkla söz konusu Restatement'lardaki düzenleme ve yorumlara atıf yapmakta, kararlarını verirken onları da dikkate almaktadır.

B. SORUMLULUĞUN TEMELİ: *RYLANDS V. FLETCHER* DAVASI

1. Davanın Konusu

Amerikan mahkemeleri, tehlikeli bir faaliyet için kusursuz sorumluluğu uygularken sıklıkla *Rylands v. Fletcher*¹⁶⁵ isimli İngiliz davasını temel alıp, bu davadan çıkan normu kararlarında tartışır¹⁶⁶. Söz konusu davada *Rylands*, arazisinde bir tür su deposu inşaatı için bağımsız bir müteahhit ile anlaşır. Ancak daha önceleri orada bulunan ve doldurulduğu için kimse tarafından farkedilemeyen bir maden kuyusundan sızan sular, bitişikteki arazide bulunan madende su baskınına sebep olur¹⁶⁷. Yargılama sonunda *Hakim Blackburn*, kararında “Kim dışarı taşmaya (kaçmaya) uygun (*escaping mischief*) zarar verici şeyleri kendi arazisine getirir, onları orada toplar ve tutarsa, bu şeylerin kontrol altında tutulamaması (kaçması) halinde zarara kendisi katlanmalıdır.” demek suretiyle davalı lehine hüküm kurmuş ve kusursuz sorumluluğun uygulanmasına karar vermiştir¹⁶⁸.

¹⁶⁵ UKHL 1, 1868, LR 3 HL 330, 1868.

¹⁶⁶ Diamond, **Cases and Materials**, s. 478

¹⁶⁷ Davada meydana gelen zarar 937 pound olarak tespit edilmiştir. Tony Weir, **A Casebook of Tort Law**, 5. bs., Sweet & Maxwell, 1983, s. 369 vd.

¹⁶⁸ Davada değerlendirilen ihmal (*negligence*), taşınmaza zarar verme (*nuisance*), taşınmaza saldırı (*trespass to land*) haksız fiil türleri kabul görmemiştir. Zira, kast unsuru olmadığından taşınmaza saldırı; süreklilik unsuru olmadığından da taşınmaza zarar verme uygulanamamıştır. Olaydaki ihmal de bağımsız müteahhite aittir. Bu nedenle, müteahhitin kusuru, o dönemde başkasının eyleminden sorumluluk doğuran bir haksız fiil türü olmadığından değerlendirilememiştir. Weir, **Casebook**, s. 369; Harry Shulman/Fleming J. James/Oscar S. Gray/Donald G. Gifford, **Cases and Materials on the Law of Torts**, 4. bs., New York, Foundation Press, 2003, s. 63-66.

Temyiz aşamasında ise *Lord Chacellor*, bu kararı onaylamış ve kendi normunu da ortaya koymuştur¹⁶⁹. Bu norm ise; “Bir arazi sahibinin arazisinin doğal koşullarında orada bulunmayan (*not naturally there*) bir şeyi arazisine getirmesi ve bu şeyin araziden dışarı taşıp zarara sebebiyet vermesi halinde, arazi sahibi, arazinin doğal olmayan kullanımından (*non-natural use*) doğan bu zarardan kendi risk alanı sebebiyle sorumlu tutulmalı ve kendi arazisini doğal olmayan şekilde kullanan davalı, kusursuz sorumluluğa katlanmalıdır.” şeklinde ifade edilmiştir.

Bu davada esasen iki hakim de su gibi kaçma ya da dışarı taşma riski bulunan büyükbaş hayvan, pislik, kötü koku için kusursuz sorumluluğu uygun görmektedir. Ancak doğal olarak orada mevcut bulunan suyun taşması halinde sorumluluğun uygulanması doğru olmayacaktır. Zira bu sular ne araziye getirilmiştir ne de arazinin doğal olmayan kullanımı kabul edilebilir¹⁷⁰. Bununla birlikte aşağıda inceleyeceğimiz üzere, doğal olmayan kullanım ifadesi sonraki davalarda başka bir anlam da içerecek şekilde genişletilmiştir. Bu nedenler söz konusu kararda kabul edilen ilkelerin ve özellikle Amerikan uygulamasını oldukça etkilemiş olan doğal kullanım kriterinin ne anlama geldiği ve gelebileceği hususu detaylı olarak incelenmelidir.

2. Doğal (Olağan) Olmayan Kullanım Kriteri ve Dışarı Taşmaya Uygun Şeyler

Doğal olmayan kullanım (*non natural use*) ifadesi, oldukça muğlak bir ifade olup en az iki anlama gelmektedir. Birincisi, arazinin doğada bulunduğu halinden farklı olarak kullanılması, yani insan eliyle değiştirilmesini ifade eder. Bir kişinin arazisinde, arazinin doğal halinde orada bulunmayan ve taşma veya sızma halinde zarar verebileceği öngörülen bir şey yapması, arazinin doğadaki halinden farklı kullanılması anlamına gelir. İkinci anlamı ise, arazide yapılan faaliyet yaygın ve olağan bir faaliyet değilse yahut da o mahalde yapılması makul ve uygun değilse yine doğal olmayan kullanımdan bahsedilir. Buradaki vurgu, arazinin doğal

¹⁶⁹ Keeton/Dobbs/ Keeton/Owen, *Torts*, s. 545-548; Diamond, *Cases and Materials on Tort.*, s. 479.

¹⁷⁰ Galligan Jr., *Cases, Perspectives, and Problems*, s. 437.

durumundan ziyade, toplumun, arazilerini kullanma biçimi ve gelenekleri ile ilgilidir¹⁷¹. İngiliz mahkemeleri de daha sonraki yargılamalarında, “doğal olmayan kullanım” ifadesini, yapıldıkları mahalde sıradan (*ordinary*) ve yaygın (*common*) olmayan faaliyet olarak netleştirmişlerdir¹⁷².

Rylands v. Fletcher davasında, Rylands’ın inşa ettiği su deposu, birebir zarar doğuran bir faaliyet olmasa da suyun *kontrol edilememe (kaçma) riski* mevcuttur. Hatta suyun kontrol edilememesi, onun özünde olan bir risktir. Ancak, burada önemli olan husus, su deposu inşasının herkesin beklediğinin üzerinde bir tehlike yaratması ve bu faaliyetin geleneksel ve yaygın bir faaliyet olmamasıdır. Esasen buradaki vurgu; davalının arazisinin kullanımının hem olağandışı olması hem de bu olağandışılığın oldukça büyük bir tehlike yaratması üzerinedir¹⁷³. Yine bir diğer davada İngiliz mahkemeleri; büyük miktardaki kimyasal madde depolama faaliyetini de doğal olmayan kullanım olarak kabul etmiş ve kusursuz sorumluluğu uygulamışlardır¹⁷⁴. Buna karşın örneğin; su depolama tanklarında da suyun kontrol edilememe dolayısıyla dışarı taşma riski mevcuttur ve bu tanklar da arazinin doğasında olmayan bir kullanım biçimidir. Ancak, İngiliz mahkemeleri, buradan doğan zararlar için kusursuz sorumluluğu uygulamamışlardır. Zira su depolama tankları, yaygın olarak kullanıldığı için sıradandır. Bu nedenle herkesin tahmin edebildiği ölçüde tehlike yaratan su tanklarından suyun taşması halinde doğal olmayan kullanım söz konusu olmadığı için kusursuz sorumluluk uygulanmaz¹⁷⁵.

¹⁷¹ Jerry J. Philips/Terry P. Nicolas/Frank L. Maraist/Frank M. McClellan, **Tort Law: Case, Materials, and Problems**, 3. bs., LexisNexis, 2002, s. 1099-1100; Mark Lunney/Ken Oliphant, **Tort Law: Text and Materials**, 5. bs., Oxford, 2013, s. 685; The Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm § 20 (2010) <https://lawschool.westlaw.com>, 23.03.2015.

¹⁷² Abraham, **Tort Law**, s. 175; Simon Deakin/Angus Johnston/Basil Markesinis, **Markesinis and Deakin’s Tort Law**, 5. bs., 2003 s. 537-539; Rogers, **Tort**, s. 704-707; Virginia E. Nolan/Edmund Ursin, “The Revitalization of Hazardous Activity Strict Liability”, **The North Carolina Law Review**, C. 65, 1987, s. 260.

¹⁷³ Dan B. Dobbs, **The Law of Torts**, Hornbook Series, St. Paul, Minn., 2000, s. 950-952.

¹⁷⁴ Cambridge Water v. Eastern Counties Leather, (1994) 2 AC 264.

¹⁷⁵ Dobbs, **Torts**, s. 952; Lunney/Oliphant, **Tort Law: Text and Materials**, s. 685.

3. Davanın Amerikan Hukukuna Etkisi

19. yüzyılda bazı Amerikan mahkemeleri, kusur sorumluluğuna bir tehlike olarak gördükleri bu istisnai kararı, bu gibi durumlarda temel almayı reddetmişler, bazıları da bu davadaki esasları kabul etmişlerdir. Ancak daha sonra, başlarda patlama gibi *çok tehlikeli* ve *olağandışı* faaliyetler için verilen kararlar, daha sonraları petrol kuyuları ve büyük miktarlardaki suyun depolanması gibi faaliyetleri de içine alacak şekilde genişletilmiştir¹⁷⁶. Bu noktada Amerikan mahkemelerinin *Rylans v. Fletcher* davasına önem atfettikleri bazı kararları incelemek yerinde olacaktır.

*Branch v. Western*¹⁷⁷ davasında Utah mahkemesinin kararında ise; “Başta birtakım eyaletlerde Rylands davası reddedilse bile, bu davanın Amerika’daki etkisi oldukça büyüktür. Gerçekten de birinci Restatement ve genişletilerek hazırlanmış ikinci Restatement, bu davadaki ilkeleri tehlikeli faaliyetler açısından öngörülen kusursuz sorumluluk bağlamında uygulanabilir kılmıştır.” ifadesi yer almaktadır. *Peneschi v. National Steel Corp.*¹⁷⁸, davasında da mahkeme, “Rylands davasını ismen zikretmeyi reddeden mahkemeler bile, başka sorumluluk biçimleri altında bu davadaki ilkeleri benimsemiş ve uygulamıştır. Özellikle kusursuz sorumluluk bağlamında yararlanma hakkının ihlali (*nuisance*) adı altında karar oluşturmuşlardır¹⁷⁹. Bu sorumluluk biçiminde faaliyet ile faaliyetin çevresinde bulunanlar önemli noktadır. Buna göre, şehrin ortasında patlayıcı kullanmak “*nuisance*” olabilirken, kırsal yerlerdeki olmayabilir.” ifadesini kullanarak esasen,

¹⁷⁶Abraham, **Tort Law**, s. 176; John G. Fleming, **Fleming's The Law of Torts**, 10. bs., Thomson Reuters, 2011, s. 379; Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, **Torts**, s. 315; Dan B. Dobbs/Paul T. Hayden/Ellen M. Bublick, **The Law of Torts**, 2. bs., West Group, 2012, s. 441; Nolan/Ursin, **Hazardous Activity**, s. 263.

¹⁷⁷ *Branch v. Western Petr., Inc.*, 657 P.2d. 267, 273, Utah, 1982.

¹⁷⁸ *Peneschi v. National Steel Corp.*, 295 S.E.2d 1 W.Va., 1982.

¹⁷⁹Tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun esas olarak komşuların mülklerini kullanma biçimindeki sorunlardan doğduğu söylenebilir. Komşuluk hukukuna göre, davalı komşu diğer komşunun mülkünü kullanması ya da yararlanmasına müdahale edecek şekilde (yararlanma hakkının ihlali), kendi alanında olağandışı bir durum yarattığında ya da kendi mülkünde olağandışı bir faaliyet yürüttüğünde sorumlu tutulabilir. Bu tip müdahaleler genellikle gaz, ses, duman ya da ışık gibi daha soyut ihlaller içermektedir. Bu davalarda ihlal eden komşu bir ihlal yarattığını büyük bir kesinlikle bildiğinden kasti ihlallerden bahsedilir. Dobbs, **Torts**, s. 859; Burada bahsedilen taşınmaz zarar verme esasen Türk komşuluk hukukundaki taşınmaz malikinin sorumluluğu kavramını karşılamaktadır. (TMK. M. 730).

Rylands davasının örtülü şekilde de olsa Amerikan hukukunu oldukça etkilediğini kabul etmektedir¹⁸⁰.

Yine *State Dep't of Env'l Protection v. Ventron*¹⁸¹ davasında mahkeme, eyalet suyu yolundaki civa kirlenmesi sebebiyle görülen davada, “İnanıyoruz ki, zaman içinde gelişen sorumluluk hukuku açıkça kabul edilmelidir. Buna göre de kendi mülkünde topladığı toksik atıkların başka mülklere zarar vermesi halinde mülk sahibi, kusursuz sorumlu tutulmalıdır. Bu sebeple, biz de *Rylands v. Fletcher* davasında ilk olarak kabul edilen ilkeyi uyguladık. Bunun sonucu da açıktır ki, kendi arazisini tehlikeli bir faaliyet için kullanan ya da kullanılmasına izin veren kişi, bundan dolayı ortaya çıkan zararlardan kusursuz olarak sorumlu olmalıdır.” diyerek davanın önemine vurgu yapmıştır.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki, 19. yüzyılda dahi bu fikri reddeden mahkemeler vardır. Örneğin, *Losee v. Buchanan*¹⁸² davasındaki mahkeme yorumu, bu düşünceye tipik bir örnek olarak gösterilebilir. Buna kararda mahkeme, “Bu *Rylands v. Fletcher* davası, Amerika’da yerleşmiş hukukla doğrudan çatışma içerisindedir. Kendi mülküne baraj inşa eden ve suyu kendi yararı için orada toplayan ve tutan kişi ya da kendi mülküne su deposu yaptıran kişi, bu baraj ve depodan kaçıp komşu arazide sel meydana getiren sular nedeniyle ortaya çıkan zarardan kusur kanıtı olmadan sorumlu tutulamaz.” demek suretiyle kusursuz sorumluluğu uygulamayı reddetmiştir.

Genel olarak söylemek gerekir ki, 1920’li yıllara gelindiğinde, Amerikan hukukunda tehlikeli faaliyetler için verilen yeteri kadar karar mevcuttur¹⁸³. Bu yıllara kadar, bir faaliyetin tehlikeli olup olmadığı ise iki etkene göre tespit edilmektedir. Bu etkenler, *tehlikenin derecesi* ve faaliyetin yapıldığı alanda ne kadar *yaygın* olduğudur. Eğer bir faaliyet yüksek derecede risk taşıyor ve yapıldığı yerde çok yaygın bir faaliyet değilse, bu faaliyet tehlikeli bir faaliyet olarak kabul edilmektedir.

¹⁸⁰ Nolan/Ursin, **Hazardous Activity**, s. 263.

¹⁸¹ *State Dep't of Env'l Protection v. Ventron*, 468 A.2d 150, New Jersey, 1983.

¹⁸² *Losee v. Buchanan*, 51 N.Y. 476, 1983.

¹⁸³ Nolan/Ursin, **Hazardous Activity**, s. 264.

Bir faaliyetin yüksek derecede risk taşıması, zarar görenin kusurunu ispat edebileceği delilleri yok edecek nitelikte olması anlamını taşımaktadır. Bir faaliyetin fazla yaygın olmaması ya da bir taşınmazın yaygın biçimde kullanılmaması etkeni ise, zarar görenin bu faaliyet ve kullanım hakkında fazla bilgisi olmadığından kendini koruyabilecek önlemleri almayı bilememesi fikrine dayanmaktadır¹⁸⁴.

Davanın, Amerikan haksız fiil hukukuna nasıl yansıdığını daha net görmek için Restatement'ların da incelenmesi gerekir. Bu açıdan birinci ve ikinci Restatement, Amerikan hukukunun *Rylands v. Fletcher* davasının kusursuz sorumluluk yaklaşımını nasıl kabul ettiğini açıklamaktadır¹⁸⁵. Her iki Restatement da faaliyetin *yaygın bir faaliyet olmaması* şartını, faaliyetin tehlikeli olup olmadığını belirlemede kullanmaktadır. Bu noktada yaygın kullanım ifadesi esasen *Rylands v. Fletcher* davasındaki doğal (olağan) olmayan kullanım yaklaşımını yansıtmaktadır. Aynı zamanda yaygın kullanım faktörünün yanı sıra ikinci Restatement'ta kabul edilen "faaliyetin yürütüldüğü yere uygunluğu" faktörü, belki çok daha fazla bu yaklaşımı yansıtmaktadır. Üçüncü ve son Restatement'ta da yaygın kullanım şartının yer aldığını eklemek gerekir¹⁸⁶. Restatement'larda yer bulan bu şartlar temel olarak mahkeme kararlarından derlendiğinden, bu husus, mahkemelerin tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun uygulanması bakımından yaygın kullanım şartına ne derece önem verdiklerini ortaya koymaktadır.

Tüm Restatement'larda yapılan açıklamalara göre yaygın kullanım tanımı ise, "bir faaliyetin geleneksel olarak insanlığın büyük bir kısmı tarafından ya da toplumda birçok insan tarafından yapılması" manasına gelmektedir. Restatement'lar, araba kullanmayı genel kullanım bağlamında örnek olarak gösterirken; patlayıcılarla yapılan faaliyetleri ya da patlayıcı maddelerin depolanması faaliyetini yaygın ya da

¹⁸⁴ Abraham, *Tort Law*, s. 177; Don Dobbs, *Torts and Compensation: Personal Accountability and Social Responsibility for Injury*, C. 2, 2013, s. 661 vd.

¹⁸⁵ The Restatement of Torts, § 519, (1939) (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>; The Restatement (second) of Torts, **American Law Institute**, 1965-1979, (Çevrimiçi) www.lawschoolwestlaw.com, 21.06.2014.

¹⁸⁶ The Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm, § 20 (2010).

olağan kullanım konusu kabul etmemektedirler. Zira bu faaliyetler toplumda nispeten az sayıda kişiler tarafından yapılmaktadır¹⁸⁷.

Rylands v. Fletcher davasının Amerikan haksız fiil hukukuna etkisinin oldukça fazla olduğu açıktır¹⁸⁸. Bu noktada özellikle kendi risk alanında bulunan ve çevreye zarar verme potansiyeli bulunan kontrol altında tutulamayan (kaçabilen) şeyler ile ilgili faaliyetlerin tehlikeliliği ve bu faaliyetlerin tehlikelik derecesinin toplumda ne derece olağan olduğu kriteri ile ölçülmesi hususu, özü itibariyle söz konusu davanın yorumlanmasıyla birlikte kabul edilmiş ilkelere aittir. Bu nedenle, Amerikan hukukundaki tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğunun bugün geldiği noktayı değerlendirmek için söz konusu davanın her zaman akılda tutulması elzemdir.

C. SORUMLULUĞUN GELİŞİM SÜRECİNİN TÜRK HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRILMASI

1. Genel Olarak

Kıta Avrupası hukuk sistemi de endüstri devriminin ardından hızla gelişen teknik ve teknolojinin getirdiği yeni faaliyetler açısından kusursuz sorumluluk ilkesini bir çözüm olarak görmüştür. Daha önce benzeri bulunmayan, bazılarının risklerinin sıfırlanması mümkün olmadığı için büyük zararlara sebebiyet vermeleri söz konusu olabilen¹⁸⁹, bütün önlemler alınsa dahi, öngörülen ama engellenemeyen zararlar ihtiva eden bu faaliyetler, Kıta Avrupası açısından tehlikeli faaliyetler olarak nitelendirilmektedirler¹⁹⁰. Bu tehlikeli faaliyetler, öngörülen ama engellenemeyen zararları nedeni ile tamamen yasaklanabilir ya da bu faaliyetlere toplumsal faydaları nedeni ile izin verilebilir. Ancak Türk hukukunun da dahil olduğu Kıta Avrupası hukuk sisteminde kanun koyucuların bu tehlikeli faaliyetlerin devam ettirilmesi

¹⁸⁷ The Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm, § 20 (2010).

¹⁸⁸ Nolan/Ursin, **Hazardous Activity**, s. 261-262.

¹⁸⁹ Zahit İmre, **Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1949 s. 63.

¹⁹⁰ Ernest Deutsch, "Sorumluluk Hukukunun Temel İlkeleri", Çev. Şeref Ertaş, **DEÜHFD**, S. 2, 1981, s. 253; İmre, **Kusursuz Mesuliyet**, s. 53-54.

ekonomik ve teknolojik gelişme için şart olduğundan bu faaliyetlere izin verdiklerini söylemek mümkündür¹⁹¹.

Amerikan hukukunun aksine yazılı kurallara dayanan Kıta Avrupası hukuk sisteminde tehlike sorumluluğunu düzenleme bakımından farklı yollar tercih edilebilir¹⁹². Bunlardan biri, belirli bir tehlike hali için münferit kanun çıkararak özel hükümler yoluyla yapılan düzenlemelerdir. Buna göre, özel olarak düzenleme altına alınan tehlike halinin bir zarara sebebiyet vermesi, söz konusu özel kanundaki sorumluluk hükümlerine tabi olmaya yol açar. Tehlike sorumluluğunu düzenleme yöntemlerinde bir diğeri de bu tür bir sorumluluğa yol açabilecek genel bir kural koyma yöntemidir¹⁹³.

Türk hukukunda 1 Temmuz 2012 yılında yürürlüğe giren Yeni Borçlar Kanunu'ndan önceki dönemde benimsenen yöntem, özel kanunlar aracılığıyla tehlike sorumlulukları düzenleme yöntemidir. Bu dönemde, belirli yoğunluktaki bazı tehlike halleri için sorumluluk, özel kanunlar yoluyla çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır.¹⁹⁴ Ancak, tehlikeli faaliyetlerle uğraşan işletmelerin artması, büyük teknolojik gelişmelerin yaşanması ve teknikteki ilerlemeler giderek zararların artmasına sebep olduğundan mevcut özel düzenlemeler yetersiz kalmaya başlamıştır¹⁹⁵. Bu sebeple kanun koyucu tarafından genel bir hükümlerle tehlike sorumluluğu düzenlemesi getirilmiştir. Böylece özel düzenlemeler beklenmeden bu

¹⁹¹ Pierre Widmer, **Switzerland, Unification of Tort Law: Strict Liability**, New York, Kluwer Law International, 2001, s. 332; İmre, **Kusursuz Mesuliyet**, s.66; Haluk Tandoğan, **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 1981, s. 2.

¹⁹² Tiftik, **Genel Kural**, s. 65.

¹⁹³ Tiftik, **Genel Kural**, s. 65; Özge Yücel, **Genel Tehlike Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 52.

¹⁹⁴ Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 19. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, s. 377.

¹⁹⁵ Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 377; Mesut Serdar Çekin, **Tehlike Sorumluluğu**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016, s. 55. Özel düzenlemelerin incelendiği eserler için bkz. Refik Korkusuz, "Hukukumuzda Tehlike Sorumluluğunun Uygulanması ve Yeni Borçlar Kanunu Tasarısındaki Düzenlemesi", Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, Ankara, 2009. M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, 13. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 186-232.

genel hükme dayanılarak mahkeme kararlarıyla tehlike sorumluluğu kurulması mümkün hale gelmiştir¹⁹⁶.

2. Özel Düzenlemeler

Türk hukukunda tehlikeli bir faaliyetten doğan zararın kusursuz sorumluluk ilkesince tazminini öngören ilk düzenleme, halen yürürlükte olan 3634 sayılı *Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu*'dur. Bu kanunun 62. maddesine göre, manevralar dolayısıyla meydana gelen zarar ve hasarlar, devlet tarafında tazmin olunur. Bu faaliyetin tehlikeli olarak nitelendirilmesinin sebebi, manevraların yoğun bir tehlike yaratıyor olmasıdır¹⁹⁷.

Tehlike sorumluluğunun öngörüldüğü önemli bir diğer düzenleme, *Karayolları Trafik Kanunu*'dur. 2918 sayılı bu kanunun 85. ve 86. maddelerine göre, işleten tehlike sorumluluğuna tabidir. Buna göre, bir motorlu aracın işletilmesi, bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi doğal zarardan müştereken ve müteselsilen sorumludur.

Söz konusu Kanun, motorlu araçların sebep olduğu zararlar için uygulama alanı bulur. Kanun koyucu tarafından, aracın motor gücüyle hareket etmesi sebebiyle yarattığı özel tehlikeye sorumluluk bağlanmış ve tehlike esasına dayanan objektif bir sorumluluk öngörülmüştür¹⁹⁸. Buna göre, aracı kendi hesabına ve tehlikesi kendine ait olmak üzere işleten ve araç üzerinde fiili tasarrufu bulunan kimse, aracın işletilmesinden doğan tehlikenin sonuçlarına katlanmalıdır¹⁹⁹. Türk hukuku

¹⁹⁶ Süleyman Yılmaz, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler", *AÜHFD*, C. 59, S. 3, 2010, s. 570.

¹⁹⁷ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. bs., Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2017, s. 667-668; Korkusuz, *Tehlike Sorumluluğunun Uygulanması*, s. 180; Haluk Tandoğan, "Tehlike Sorumluluğu Kavramı ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Düzenlenmesi Sorunu", *BATİDER*, C. 10, S. 2, 1979, s. 310.

¹⁹⁸ Halûk N. Nomer, "2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 66, S. 1-2-3, 1992, s. 63-64.

¹⁹⁹ Nomer, *Karayolları Trafik Kanunu*, s. 48.

açısından motorlu aracın işletme tehlikesi yaratması sebebiyle getirilen ve oldukça geniş uygulanan bu Kanun'un, genel hükmün yorumlanması açısından da özel önem arz edeceği söylenebilecektir.

Tehlike sorumluluğunun düzenlendiği özel bir diğer kanun da 6326 sayılı *Petrol Kanunu*'dur. Bu kanunun 86. maddesine göre, petrol hakkı sahibi, petrol ameliyelerinden dolayı kullanma hakkının ilişkin olduğu taşınmaz ve çevredeki taşınmazlarda yol açtığı zarardan kusurundan bağımsız olarak sorumludur. Bu kanunun düzenleme sebebi de petrol işlemlerinin yoğun bir tehlike kaynağı yaratması ve buradan doğabilecek zararların büyük olmasıdır²⁰⁰.

Hava ulaşımının yarattığı tehlikeler dikkate alınarak 2920 sayılı *Türk Sivil Havacılık Kanunu* düzenlenmiştir. Hava ulaşımında kullanılan araçların verdiği zararlar tehlike esasına dayandıkları gerekçesiyle kusursuz sorumluluğa tabi kılınmıştır. Bu kanunun 134. maddesine göre, hava taşıtının işleteni, hava taşıtının üçüncü kişilere verdiği zarardan ötürü kusursuz olarak sorumludur²⁰¹.

2872 sayılı *Çevre Kanunu*'nun 28. maddesi gereğince çevreyi kirletenler ve çevreye zarar verenler, neden oldukları kirlenme ve bozulmadan doğan zararlardan kusur aranmaksızın sorumludur. Bu kişilerin kurtuluş kanıtı getirme olanağı da yoktur. Çevre Kanunu m. 28/II'ye göre, çevreyi kirletenin, genel hükümlere dayanan tazminat sorumluluğu saklıdır. Bu bakımdan, çevreyi kirletenlerin sorumluluğunun tehlike sorumluluğu olup olmaması, tehlike sorumluluğuna ilişkin genel kuralın şartlarını taşıyıp taşıyamamasına göre değişecektir²⁰².

Tehlike sorumluluğu açısından en önemli kanunlardan biri de 2007 yılında kabul edilen *Nükleer Güç Santralleri'nin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışına İlişkin Kanun*'dur. Bu kanunun 5. Maddesi'ne göre nükleer yakıt, radyoaktif madde

²⁰⁰ Korkusuz, **Tehlike Sorumluluğunun Uygulanması**, s. 176-179; Tandoğan, **Kusura Dayanmayan Sorumluluk**, s. 179.

²⁰¹ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 505; Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku** s. 224.

²⁰² Çevre Kanunu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Başak Başoğlu, **Çevre Zararlarından Doğan Hukuki Sorumluluk**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016.

veya radyoaktif atık taşınırken veya santralde bir kaza olması durumunda 1960 tarihli *Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıslara Karşı Kanuni Sorumluluk Hakkındaki Paris Sözleşmesi* ve ek değişiklikleri ile diğer ulusal ve uluslararası mevzuat hükümleri uygulanır²⁰³. Bu maddeye göre söz konusu tehlikelerden birinin bir zarar doğurması halinde Paris Sözleşmesi, bu sözleşmenin düzenleme içermediği hususlarda da Çevre Kanunu ve şartları olduğu takdirde Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan tehlike sorumluluğuna ilişkin genel hüküm uygulama alanı bulacaktır²⁰⁴.

3. Yargıtay İçtihadı

Bu özel yasaların dışında daha önce de belirttiğimiz gibi Yargıtay'ın da tehlike sorumluluğunu kabul ettiği bazı kararları mevcuttur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 18.03.1987 yılında verdiği bir kararda, iş kazalarından dolayı işçilerin uğradıkları zarardan işvereni tehlike sorumluluğu ilkelerine göre sorumlu tutmuştur. Ancak Yargıtay, 2011 yılında verdiği bir kararda böyle bir zarardan işverenin sorumlu tutulabilmesi için zararın işletme faaliyetine özgü tehlikeden kaynaklanması gerektiğine hükmetmiştir. Öğretide kabul edilen bir görüşe göre²⁰⁵ ise işverenin iş kazasından doğan sorumluluğu genel hükümlere başvurularak çözülebilir. Bir diğer görüşe göre²⁰⁶ ise bu hususta bir boşluk vardır. Bu boşluk ise Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesi kapsamında kusursuz sorumluluk prensibi ile doldurulmalıdır.

Yargıtay'ın genel bir tehlike sorumluluğu hükmü bulunmamasından dolayı ortaya çıkan boşluğu doldurmak istemesine ilişkin bir kararı da tüpgaz üreticisinin

²⁰³ Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku** s. 230; Korkusuz, **Tehlike Sorumluluğunun Uygulanması**, s. 193-197.

²⁰⁴ Yücel, **Tehlike**, s. 76; Gülin Güneysu, "Nükleer Reaktörlerin Yol Açtığı Zararlardan Dogan Hukuki Sorumluluk", **AÜHFD**, C. 41, S. 1-4, 1989-1990, s. 216; Murat Aydoğdu, **Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin ve Nükleer Madde Taşıyanın Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009, s. 23.

²⁰⁵ S. Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 91.

²⁰⁶ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu**, Ankara, 1974, s. 86; İlhan Uluhan, **Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu**, İstanbul, 1990, s. 125.

sorumluluğu hakkındadır²⁰⁷. Yargıtay, bu konuya ilişkin kararında işletme veya faaliyet ya da nesneye özgün tipik tehlikenin gerçekleşmesi ile doğan sorumluluğa dikkat çekmiş, ülkemizde ise bu konuya ilişkin yaşanan gecikmeye atıfta bulunmuştur. Bu durumun Medeni Kanun'un birinci maddesi uyarınca doldurulması gereğine dikkat çekmiştir.

4. TBK m. 71 Düzenlemesi

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmesi ile hukukumuzda ilk kez tehlike sorumluluğu genel bir kural koymak suretiyle düzenlenmiştir. Türk hukukunda söz konusu kanun yasalaşmadan önce de tehlike sorumluluğuna ilişkin farklı tanımlamalar yapılmıştır²⁰⁸. Ancak TBK m.71'de öngörülen yeni düzenlemeyle birlikte tehlike sorumluluğunun kurulması için söz konusu maddede yer alan uygulanma şartlarının varlığı aranacaktır. Kusursuz sorumluluk üst başlığı altında Tehlike sorumluluğu ve denkleştirme başlıklı 71. maddede yer alan bu yeni düzenlemeye göre;

“Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur.”

“Bir işletmenin mahiyeti ve 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 arz eden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arz eden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse bu işletme de önemli ölçüde tehlike arz eden işletme sayılır.”

“Belirli bir tehlike hali için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır.”

²⁰⁷ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 1997/4787 K. 25.09.1997, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 24.04.2017.

²⁰⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Hukuku**, s. 498; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 519, Tandoğan, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 294; İmre, **Kusursuz Mesuliyet**, s. 65; Tiftik, **Genel Kural**, s. 18.

“Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzeyince izin verilmiş olsa bile zarar görenler bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler.”

Söz konusu madde, Widmer/Wessner tarafından hazırlanan İsviçre Tasarısı’ndan²⁰⁹ alınmış ancak bazı değişikliklere uğramıştır. İsviçre Tasarısı’nda sorumluluğu doğuran olay işletme faaliyeti değil faaliyettir. Ayrıca TBK m. 71 hükmünde tehlike sorumluluğu çerçevesinde tazmin edilecek zararın, tehlikeli faaliyetin ihtiva ettiği tipik tehlike neticesinde gerçekleşmesi açıkça aranmamıştır. Oysa hem tasarının ilk halinde hem de bu düzenlemede esas alınan Widmer-Wessner Tasarısı’nın 50. maddesinde, faaliyetin içerdiği tipik tehlike neticesinde ortaya çıkan zararların tazmin edileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte TBK m. 71’de İsviçre Tasarısı’nın aksine sadece işleten değil, hem işleten hem de işletme sahibi sorumlu tutulmuştur²¹⁰.

TBK m. 71’de kabul edilen tehlike sorumluluğunun temelinde tehlikeli faaliyet sürdürme yer almaktadır. Fakat her tehlikeli faaliyet, tehlike sorumluluğuna sebebiyet vermeyecektir. Şöyle ki, hükmün ikinci fıkrasına göre, ancak 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 işletmeler önemli ölçüde tehlikeli kabul edilmiştir. Bu nedenle somut olayda araştırılacak nokta işletme faaliyetinin önemli ölçüde tehlike arz edip etmediği olacaktır²¹¹. Bir faaliyetin sıkça ve ağır zarar doğurma eğilimi objektif unsur olarak adlandırılırken, bütün özene rağmen tehlikenin engellenmesi subjektif unsur olarak nitelendirilmektedir. Bir faaliyetin TBK 71 kapsamında tehlikeli sayılması için bu iki unsur da mevcut olmalıdır²¹². TBK’nın kabul ettiği ikinci ölçüt ise, benzer tehlikeler için özel tehlike sorumluluğunun

²⁰⁹ 2000 yılında görüşe sunulduğunda büyük bir muhalefetle karşılaşan bu tasarı (İsviçre’de Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Birleştirilmesi Tasarısı), 2004-2007 yasama dönemlerinde gündeme alınmayarak, 2009 tarihinde geri çekilmiştir.

²¹⁰ Erdem Büyüksağış, “Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler”, **DEÜHFD**, C. 8, S. 1, 2006, s. 5.

²¹¹ Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 378.

²¹² Büyüksağış, **Genel Sorumluluk Kuralı**, s. 4-5; Yılmaz, **Sebepl Sorumlulukları**, s. 572.

varlığıdır. Özel bir kanunda özel tehlike sorumluluğunun öngörüldüğü bir işletme faaliyet ile benzerlik gösteren bir faaliyet söz konusu ise somut olayda aynı zarar tehlikesinin varlığı kabul edilip kusursuz sorumluluk kurulabilecektir²¹³.

Bununla birlikte, TBK m. 71 düzenlemesinin üçüncü fıkrasında açıkça ifade edildiği gibi kabul edilen bu genel kural yanında bugüne kadar çıkarılmış olan özel kanunlar da yürürlükte kalmaya devam edecektir. Buna nedenle hukuk sistemimizin tehlike sorumluluklarını düzenleme bakımından karma bir sistem kabul ettiği söylenebilir.

Tehlike sorumluluğu ve denkleştirme başlıklı TBK m. 71 hükmü, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile artık pozitif hukukumuzun bir parçası olmuştur ve kusur sorumluluğu esası üzerine kurulmuş haksız fiil sistemimizde önemli bir istisna teşkil edecektir²¹⁴. Kusursuz sorumluluk öngören bu hükmün kapsamının çizilmesi şarttır. Bugüne kadar tehlike sorumluluğu içeren hükümlere özel kanunlarda yer verilmiş olması anılan düzenlemelerin kapsamının belirlenmesini de kolaylaştırmıştır. Yürürlüğe girmiş olan genel tehlike sorumluluğu hükmünün kapsamı ise hükmün genellik niteliği gereği çok daha muğlaktır. Bu nedenle bu çalışmada hükümde öngörülen uygulanma şartları hem Türk hukukundaki yaklaşımlar hem de Amerikan hukukundaki yaklaşımlar gözetilerek somutlaştırılmaya ve hükmün kapsamı çizilmeye çalışılacaktır.

III. TEHLİKELİ FAALİYETLERDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN DÜŞÜNSEL TEMELLERİ

A. GENEL OLARAK

Özel hukuk, özellikle de haksız fiil hukuku; araba kazaları, tıbbi hatalar, kusurlu hizmet gibi gündelik sorunlarla uğraştığından, yani hukukun uygulamayı en fazla ilgilendiren yönü olduğundan, ilk bakışta felsefi ilginin konusu yapılamazmış

²¹³ Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 378.

²¹⁴ Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 378; Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku**, s. 186.

gibi görünmektedir²¹⁵. Ancak özel hukuk felsefesi, özellikle de haksız fiil kuramı, aslında her toplum için geçerli çok temel iki soruyu cevaplamayı amaçlar. Bunlar, kişilerin birbirlerine nasıl davranması gerektiği ve bir hukuki yanlışlık ortaya çıktığında bundan kimin sorumlu tutulacağı yani bu yanlışlığı giderme yükümlülüğünün kime ait olacağıdır²¹⁶.

Günümüzde modern Amerikan sorumluluk hukukunun amacı, daha önce de genel olarak ifade ettiğimiz gibi, hem hak temelli adalet teorileri ile hem de araçsal bir yaklaşım olan hukuk ve ekonomi kuramı çerçevesinde açıklanmaya çalışılmaktadır²¹⁷. Tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğu açıklayan gerekçelerin de genellikle hem adalet yaklaşımı hem de hukuk ve ekonomi yaklaşımı çerçevesinde açıklanmaya çalışılması, bu iki yaklaşımın felsefi açıdan daha detaylı incelenmesini gerektirmektedir.

Hukuk ve ekonomi kuramı, ekonomik analizi esas alarak özel hukuku önleyicilikle izah eder. Genel hukuk felsefesi tartışmalarında önemli ölçüde kendisine yer bulan bu kuram, hukuk ve ekonomi hareketinin bir uzantısıdır. Bu kurama göre, hukukun zarar doğuran eylemlerinden ötürü kişileri sorumlu tutması, ileride aynı eylemi gerçekleştirmemeleri için önlem alması demektir. Diğer bir deyişle hukuk, kişileri başkalarına zarar veren bir takım eylemlerden ötürü sorumlu tutarak caydırıcı bir işlev görür. Bu şekilde başka kişilerin de aynı eylemleri gerçekleştirmeyeceği kabul edilir. Böylece topluma zarar verecek eylemlerin sayısı nispeten azalır. Diğer bir deyişle haksız fiil hukuku, bir bütün olarak toplumun menfaatlerini korumayı amaçlar. Toplumun menfaatlerinin neler olduğu ise faydacı

²¹⁵ Benjamin C. Zipursky, “Philosophy of Tort Law”, Ed. Martin P. Golding/William A. Edmundson, **The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory**, Oxford, Blackwell Publishing, 2005, s. 122.

²¹⁶ Arthur Ripstein, “Philosophy of Tort Law”, Ed. Jules Coleman, Scott Shapiro, **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**, Oxford, Oxford University Press, 2002, s. 656.

²¹⁷ Schwarts, **Mixed Theories**, s. 2; Diamond, **Cases and Materials**, s. 493; Richard A. Epstein, “A Theory of Strict Liability”, **Journal of Legal Studies**, C. 2, 1973, s. 151.

bir bakışla belirlenir, ekonomik terimlerle ifade edilir²¹⁸. Bu amaca ilişkin çalışmalar, bir öğreti olarak 1960'lı yıllarda Amerika'da ortaya çıkmış ve günümüze kadar oldukça büyük bir ilerleme kaydetmiştir²¹⁹. Bu görüşü savunanlara göre; haksız fiil hukukunun, zararı minimize etme ve zarardan kaçınma amacını taşıdığı düşünülmelidir. (*optimal deterrence theory*) Bir zarar meydana geldiği takdirde ise zararın tahsisi ve dağıtılması haksız fiil hukukunun bir diğer amacıdır²²⁰.

Hukuk ve ekonomi yaklaşımı, günümüz özel hukuk düşüncesinde etkin olan araçsalcılığın²²¹ bir uzantısı olarak değerlendirilmektedir²²². Araçsalcı bakış, özel hukuku, özellikle de haksız fiil hukukunu, caydırıcılık, zararın yayılması, en ucuz maliyetle zarardan kaçınma veya toplum refahının artırılması gibi bir takım amaçlar çerçevesinde ele alır. Haksız fiil hukukunun varlık sebebi bu amaçların gerçekleştirilmesi olarak görülerek bu amaçların haksız fiil hukukundan önce geldiği ve ondan bağımsız olduğu savunulur. Dolayısıyla haksız fiil hukukunun normatif değeri, bu amaçların gerçekleşmesinde ne kadar verimli olduğuyla ölçülmektedir. Araçsalcı bakış, özel hukuk veya haksız fiil hukuku ile doğrudan ilgilenmez. Özel hukukun gerçekleştirilmeyi amaçladığı değerlerin gerekçelendirilmesi, özel hukukun açıklanması ve gerekçelendirilmesi olarak görülmektedir. Bunun dışında özel

²¹⁸ Benjamin C. Zipursky, "Philosophy of Private Law", Ed. Jules Coleman/Scott Shapiro, **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**, Oxford, Oxford University Press, 2002 s. 623.

²¹⁹ Richard A. Posner, "Some Uses and Abuses of Economics in Law", **The University of Chicago Law Review**, C. 46, 1979, s. 282.

²²⁰ Jules Coleman/Gabriel Mendlow, "Theories of Tort Law", **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Ed. Edward N. Zalta, Kış 2010, (Çevrimiçi) <http://plato.stanford.edu/archives/fall2010/entries/tort-theories>, 27.01.2017.

²²¹ Araçsalcı bakış, zaman zaman pragmatizm ile aynı anlama gelecek şekilde kullanılsa da, pragmatizm araçsallığın yanında bağlamsallığı da içermektedir. Klasik faydacı yaklaşımın, keskin araç ve amaç ayrımını dağıtan bu yaklaşım, hukuk kurallarının farklı amaçlar için araç olarak kullanılabileceği aynı zamanda da toplumsal değerlerin bir ifadesi olarak kendileri için bir amaç anlamına gelebileceğini savunur. Hukuk ve ekonomi yaklaşımı, köken olarak klasik faydacı düşüncenin araçsalcı bakışını benimsemekle birlikte, yaklaşım Amerikan hukuk geleneği içinde önemli yeri bulunan hukuki pragmatizmden beslenen eleştirilerle bağlamsal bir içerik de kazanmaya başlamıştır. Ayrıntılı tartışma için bkz. Thomas F. Cotter, "Legal Pragmatism and the Law and Economics Movement", **The Georgetown Law Journal**, C. 84, 1995-1996, s. 2091-2135. Özel hukuk felsefesinde "Pragmatik Kavramcılık" adı altında araçsalcı bakışın devamı olarak gelişen yaklaşım için bkz. John Oberdiek, "Method and Morality in the new Private Law of Torts", **Harvard Law Review**, C. 125, S. 89, 2012, s. s. 189-203.

²²² Weinrib, **Private Law**, s. 48-50.

hukukun kendi kavramsal yapısı, araçsalcı bakış açısından o kadar da önemli değildir²²³.

Hukuk ve ekonomi yaklaşımı, insan davranışlarının tamamını piyasa davranışına indirgeyerek rasyonel seçim teorisi ile açıklar. Hukuka uyma davranışı ile ilgili baskın görüşü temsil eden bu bakışa göre, davranışa ilişkin koşullanma fayda maksimizasyonu çerçevesinde oluşur. İnsanlar bencil bir doğaya sahiptir, sadece kendi bireysel faydalarını gözeterek davranışta bulunurlar. Dolayısıyla, toplumsal normların ve hukuk kurallarının bağlayıcı olabilmesi için caydırıcı yaptırımlar içermelidir²²⁴. Bu bakış, hukuku fayda dışında her tür değerden dışlayarak yaptırıma dayalı bir araca indirgemek anlamına gelse de; ekonomi biliminin kullandığı matematiksel modellemelerin kesinliği, bu teorinin gerçekliğine kanıt olarak görülmektedir. Ancak, liberal hukuk yaklaşımının da altında yatan, günümüzde hukukun oluşumunu ve uygulamasını büyük ölçüde belirleyen bu kabul, psikolojik araştırmalar çerçevesinde ortaya konan bazı ampirik verilerle yanlışlanmıştır²²⁵.

Hukuk ve ekonomi kuramına göre ana amaç, sosyal maliyetlerin azaltılması ve refahın artırılması olduğu için, haksız fiil hukuku kuralları da bu amaca hizmet ettiği sürece kabul edilmelidir. Zira zararın telafisi amacı bu açıdan tatminkar bir değer yargısı değildir. Bu amaç ancak refah artışına neden olduğu sürece makuldür. Zararın telafisi, normatif açıdan izlenmeye değer görülmediğinden başka bir yol bulunmalıdır. Bu yol ise, önleyiciliğin sağlanmasıdır. Hukuk ve ekonomi kuramı,

²²³ Weinrib, **Private Law**, s. 48-50.

²²⁴ Amir N. Licht, "Social Norms and Law: Why People Obey the Law", **Review of Law and Economics**, C. 4, S. 3, 2008, s. 718-719.

²²⁵ İnsanlar ve genetik olarak insanlara en fazla benzeyen hayvanlar olan şempanzeler üzerinde yapılan çeşitli psikolojik araştırmada, ekonomi biliminde kullanılan rasyonel seçim teorisinde ileri sürdüğünün aksine insanların kendi faydasına ancak adaletsiz olarak yapılan teklifleri reddederek hakkaniyet düşüncesi ile hareket ettiği; şempanzelerin ise doğudan kendi faydalarına göre seçimde bulunduğu ortaya konmuştur. Ancak süren araştırmalar şempanzelerin de zaman içinde bencil seçimlerden daha adil seçimlere doğru bir yönelim göstermekte olduğunu sergilemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. J. Heinrich/S. J. Heine/A. Norenzayan, "The Weirdest People in the World", **Behavioral and Brain Sciences**, C. 33, N. 2-3, s. 210, s. 61-83; K. Jensen/J. Call/M. Tomasello, "Chimpanzees are Rational Maximizers in an Ultimatum Game", **Science**, C. 318, N. 5847, 2007, s. 107-109; M. Milinski, "Chimps Play Fair in the Ultimatum Game", **Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America**, C. 10, N. 6, 2010, s. 1978-1979.

hukuk kurallarını yorumlarken rasyonel bir kişiyi esas alır. Sorumluluk kurallarını belirlerken rasyonel kişinin riski nasıl en etkin biçimde azaltacağı üzerinde durur. Böylelikle zararı tamamen ortadan kaldırmayı ya da en aza indirmeyi sağlayarak, ekonomik olarak en etkin olanı hedefler²²⁶. Bu açıdan hukuk ve ekonomi kuramında adalet, hakkaniyet gibi kavramlar tartışma konusu yapılmaz. Kaldı ki bu kavramlar, oldukça tartışmalı ve karışık olup, ekonomik yaklaşım kadar net ve anlaşılır değildir.

Özel hukuku, hukuk ve ekonomi kuramı ile ele alan yaklaşıma göre, hukuk mahkemelerinde görülen tazminat davalarının asıl konusu belirli bir para alacağıdır. Dolayısıyla bu davalarda uygulanan hukuk kuralları ve ilkeler, sonuçta devletin belirli koşullar altında davalılara uyguladığı para cinsinden müeyyidelerden ibarettir. Yani dava açısından asıl önem taşıyan, bir davranış kuralının veya bir sözleşme hükmünün veyahut da mülkiyet hakkının ihlâli ve bunun sonucunda belirli bir miktarın ödenmesidir. Davanın tarafları ise ikincil unsurlardır; davadaki konumları sadece tesadüfidir²²⁷.

Özel hukuk felsefesindeki adaleti arayan kuramlar ise, etik ve deontolojik bir yaklaşım ile bir başkasını zarara uğratan kişiyi sorumlu görür. Bu sorumluluk, zarara uğrayanın maddi ve manevi bütünlüğünün bozulmasından kaynaklanır. Başkasını zarara uğratan kişi, karşısındakinin zararını gidermekle yükümlüdür. Bir kişinin zarara uğraması, aslında haklarının ihlâl edilmesi demektir. Dolayısıyla başkasını zarara uğratan kişinin sorumlu tutulması önleyicilik amacı taşımaktan çok adaletin bir gereği olarak nitelendirilmektedir²²⁸.

Özel hukuku adalet temelinde gerekçelendiren kuramlar ekonomik yaklaşımı davacının konumunu yadsımakla eleştirir. Adalet kuramına göre, hukuk yargılamasında davacı önemli bir yere sahiptir. Davalı, sadece tazminat ödemekle yükümlü kişi değildir; davalının davacıya karşı bir sorumluluğu söz konusudur.

²²⁶ Kerem Cem Sanlı, **Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi - Hukuk ve Ekonomi Öğretisi**, İstanbul, Arıkan Yayıncılık, 2007, s. 170 ile 184.

²²⁷ Benjamin C. Zipursky, "Philosophy of Private Law", Ed. Jules Coleman/Scott Shapiro, **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**, Oxford, Oxford University Press, 2002, s. 624-625.

²²⁸ Zipursky, **Philosophy of Private Law**, s. 623.

Dolayısıyla davacı ile davalı arasındaki karşılıklı ilişki, tazimat ilişkisine indirgenemez. Davalının sadece tazminat ödemekle yükümlü olmayıp davacıya karşı sorumlu görülmesi, özel hukukun caydırıcılığa başvurularak gerekçelendirilmesini yetersiz hale getirir. Dolayısıyla adalet kuramına göre, özel hukuk sorumluluğu, sonuçsal bir yaklaşım doğrultusunda ekonomik terimlerle açıklanamaz. Özel hukuk tartışmalarının merkezinde tazminatın miktarından çok sorumluluğun kime yönelik olacağı sorunu vardır²²⁹.

Amerikan hukukunda haksız fiil sorumluluğunun adalet düşüncesini temel olarak yorumlayan ve ekonomik analizi eleştiren görüşler oldukça fazladır. Bu görüşlere göre, haksız fiil sorumluluğunun amacı, adalet ya da hakkaniyet amaçları çerçevesinde açıklanmalı ve etik temellere dayanmalıdır. Bu noktada birbirinden farklı adalet teorileri olduğu söylenebilir. Bu teorileri; karşılıklılık teorisi (*reciprocity*)²³⁰, nedensellik teorisi (*strict casual liability*)²³¹, denkleştirici adalet teorisi (*mixed corrective justice*)²³², şekilci denkleştirici adalet teorisi (*formalist corrective justice*)²³³ teorisi olarak sınıflandırmak mümkündür. Belirtmek gerekir ki, özellikle hukukun ekonomik analizine ilişkin teorilerin ortaya çıkmasından sonra da haksız fiil hukukunu sonuçsal etiği dikkate alarak adalet düşüncesi içinde yorumlamanın daha önemli olduğunu iddia eden sayısız çalışmalar yapılmıştır²³⁴.

Bununla birlikte Amerikan haksız fiil hukukunun genel amacına ve işlevine yönelik açıklamalarımızda belirttiğimiz gibi karma bir yaklaşım benimsemek de mümkün görünmektedir. Amerikalı bazı yazarların benimsediği bu görüşe göre, haksız fiil hukuku bakımından sorumluluk hem araçsal hem de hak temelli gerekçelerle uygulanabilir²³⁵.

²²⁹ Zipursky, **Philosophy of Private Law**, s. 627.

²³⁰ George P. Fletcher, "Fairness and Utility in Tort Theory", **Harvard Law Review**, C. 85, 1972.

²³¹ Epstein, **Liability**, s. 151.

²³² Jules L. Coleman, "Efficiency, Utility and Wealth Maximization", **Hofstra Law Review**, C. 8, 1980, s. 361.

²³³ Ernst Weinrib, "Corrective Justice", **Iowa Law Review**, C. 77, 1992.

²³⁴ A. Nancy Weston, "The Metaphysics of Modern Tort Theory", **Valparasio University Law Review**, C. 28, 1994.

²³⁵ Schwarts, **Mixed Theories**, s. 4; Shmuali, **Legal Pluralism**, s. 750; Abraham, **Tort Law**, s. 22, 23.

Amerikan hukukunun tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluk açısından nasıl bir yol izleyeceği, yine bu tartışmalar neticesinde şekillenmiştir. Amerikan mahkeme kararları genel olarak incelendiğinde ve *Restatement*'ta yer alan ifadeler dikkate alındığında, tehlike sorumluluğunun bir kusursuz sorumluluk türü olarak kabulünün sebepleri arasında hem adalet kuramının hem de hukuk ve ekonomi kuramının etkileri göze çarpmaktadır²³⁶.

Türk haksız fiil hukukunun birincil amacı ise zararın telafi edilmesidir²³⁷. Bu amaca göre; bir zarara maruz kalan zarar gören, zararın tazminini talep edebilir. Böylece ödenecek tazminat, hem zarar görenin ihlal edilen hakkının yerine geçecektir hem de zarar verenin daha özenli davranmasını sağlayacaktır²³⁸. Türk haksız fiil hukukunda baskın olarak kabul edilen zararın telafisi amacının temelinde de adalet kuramı yer almaktadır. Bu açıdan bakıldığında, hukuk kurallarının nasıl belirlenmesi gerektiğinin ekonomi biliminin yöntemleriyle açıklamaya çalışan ve Amerikan hukukunda temellenen bir yaklaşım olarak karşımıza çıkan hukuk ve ekonomi kuramının, sosyal maliyetlerin en aza indirilmesi suretiyle ekonomik etkinliği sağlanma²³⁹ ve hukuk kurallarını sosyal refahın sağlanması bakımından birer araç olarak görme fikri, Türk hukukunda yaygın olarak kabul edilmemektedir²⁴⁰.

Türk hukuku açısından tehlike sorumluluğuna bakıldığında ise bu sorumluluk biçiminin temelinde yer alan düşüncelerin adalet kuramı çerçevesinde ileri sürüldüğü görülmektedir. Her ne kadar Türk sorumluluk hukukunun amacının, hukuk ve ekonomi kuramı çerçevesinde yorumlanmasını uygun gören görüşler²⁴¹ olsa da çoğunluk yaklaşımı adalet çerçevesindedir. Bununla birlikte, Amerikan hukukunda

²³⁶ Simons, **Strict Liability**, s. 1.

²³⁷ Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 34, 35; Atamer, **Sorumluluğun Sınırlandırılması**, s. 99; Tiftik, **Maddi Tazminatın Kapsamı**, s. 61.

²³⁸ Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 34, 35, 36; Atamer, **Sorumluluğun Sınırlandırılması**, s. 98; Tiftik, **Maddi Tazminatın Kapsamı**, s. 61.

²³⁹ Sanlı, **Ekonomik Analiz**, s. 169.

²⁴⁰ Türk hukukunda bu fikri kabul eden eser için bkz. Sanlı, **Ekonomik Analiz**, 2007; Yine Türk hukukunda yöntem açısından haksız fiil hukukuna ekonomik bakışı inceleyen eser için bkz. Kerem Cem Sanlı, "Hukuk ve Ekonomi Yönteminden Haksız Fiil Hukukuna Bakış", **Sorumluluk Hukuku (Seminerler-Makaleler)**, Ed. Başak Baysal, On iki Levha Yayıncılık, 2017, s. 3-24

²⁴¹ Sanlı, **Ekonomik Analiz**, s. 169.

etkili olan ve adalet kuramı kapsamında ileri sürülen düşüncelerin, Türk hukukunda ileri sürülen düşüncelerle oldukça benzeştiğini de söylemek gerekir.

Kanımızca, tehlike sorumluluğunun neden bir kusursuz sorumluluk türü olması gerektiğine ilişkin gerekçeler, adalet kuramı temelinde incelenmeli ve kabul edilmelidir. Zira tehlike sorumluluğunda önleyicilik amacı önemli olsa da bu sorumluluk biçiminin varlığı zarar göreni koruyan sosyal düşüncelere dayanmaktadır²⁴². Konumuz itibarıyla bundan sonraki açıklamalarımız, hukukun nihai amacının adalete ulaşmak olduğu düşüncesiyle yapılacaktır. Ancak, önleyicilik amacının, sadece hukuk ve ekonomi kuramı tekelinde olmaması sebebiyle, caydırıcılığı sağlayabilecek hukuk ve ekonomi kuramı argümanları da yeri geldiğinde değinilebilecek hususlardandır. Zira, hukuk ve ekonomi kuramı tarafından ortaya atılan düşünceler, ancak adalet kuramı kapsamında amaca hizmet ettiği ölçüde dikkate alınabilir.

B. TEHLİKE RİSKİNİN KARŞILIKLILIK İÇERMEMESİ

Tehlike sorumluluğunun bir kusursuz sorumluluk olarak kabulü açısından ileri sürülen gerekçelerden biri, tehlikeli bir faaliyetin yarattığı riskin tek taraflı olmasıdır²⁴³. Bu tür faaliyetlerde potansiyel zarar verenin yürüttüğü faaliyet, potansiyel zarar görenin üzerinde tek taraflı bir risk yaratmaktadır. Buna göre, zarar verenin, zarar gören üzerinde tek taraflı olarak aşırı bir risk yarattığı, buna karşın zarar gören tarafından böyle riske maruz kalmadığı durumlarda kusursuz sorumluluğun uygulanması adil görünmektedir²⁴⁴. Bununla birlikte toplumda herkesin birbiri üzerinde belirli derece risk yarattığı faaliyetler açısından aynı durum söz konusu değildir. Örneğin, otomobil sürücülerinin her biri, bir diğeri üzerinde potansiyel olarak bir risk yaratmaktadır. Her biri, birer potansiyel zarar veren ve potansiyel zarar gören olarak tanımlanabilir. Ancak örneğin, tehlikeli kimyasal

²⁴² Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 35.

²⁴³ James A. Henderson Jr/Richard N. Pearson/Douglas A. Kysar, **The Torts Process**, 8. bs., Wolter Kluwer, 2012, s. 470.

²⁴⁴ Amerikan hukukunda geliştirilmiş bu gerekçe için bkz. Fletcher, **Fairness and Utility**, s. 537; Simon, **Strict Liability**, s. 3.

madde taşımacılığı yapan bir işletmenin, yoldan geçen bir kişi üzerinde yarattığı risk ile bu kişinin bu işletme üzerinde yarattığı riskin karşılıklı olduğu kabul edilemez. Dolayısıyla böyle aşırı bir risk yaratarak zarar verme olasılığını göze alarak faaliyet yürütmeye karar verenlerin, bu faaliyetten doğacak zararları kusursuz sorumlu olarak tazmin etmeleri en uygun çözüm yolu olarak ortaya çıkmaktadır²⁴⁵.

Amerikan hukukunda tehlike sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için *Restatement*'ta aranan şartlardan biri de daha önce ifade ettiğimiz gibi, bu faaliyetin yaygın olarak yürütülüyor olmasıdır²⁴⁶. Bu şartın temelinde, riskin karşılıklılık içermemesine ilişkin düşüncenin yer aldığı söylemek yanlış olmaz²⁴⁷. Örneğin, otomobil kullanmak gibi yaygın olan bir faaliyette risk karşılıklıdır. Ancak, patlayıcı madde kullanılarak yapılan bir faaliyette riskin karşılıklı olduğu söylenemez, zira patlayıcı kullanılarak yapılan faaliyetler genel olarak yaygın bir faaliyet değildirler. Bu açıdan bir faaliyetin tehlikeli sayılıp sayılmaması, sadece olası zararın ne kadar büyük olduğu ile ilgili değil, bu faaliyetin ne kadar yaygın olduğu ile ilgili olarak da yorumlanır.

Türk hukukunda ise toplum hayatına fiil ve faaliyetleriyle yoğun tehlike getiren kişilerin, ortaya çıkan zarardan kusursuz olarak sorumlu tutulması düşüncesi “tehlike ilkesi” olarak açıklanır. Bu kişilerin yarattığı tehlike riski, diğer kişilerin yarattığı riskle karşılaştırıldığında orantısız olarak çok büyüktür²⁴⁸. Elbette ki Türk hukukunda tehlike sorumlulukları bakımından yaygınlık bir uygulanma şartı olmadığından farklı yorumlar yapılabilir. Ancak toplumda karşılıklı olmayan riskler daha ziyade işletmeler tarafından yürütülen faaliyetler bakımından daha uygun olduğundan Türk hukukunda da bu anlayışın kısmen de olsa kabul edilebileceğini

²⁴⁵ The Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm § 20 (2010). <https://lawschool.westlaw.com> , 24.12.2017.

²⁴⁶ Clayton P. Gillette/ James E. Krier, “Risk, Courts, And Agencies”, **University of Pennsylvania Law Review**, S. 138, 1990, s. 234; The Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm § 20 (2010). <https://lawschool.westlaw.com> , 24.12.2015.

²⁴⁷ Richard H. Pildes/Cass R. Sunstein, “Reinventing the Regulatory State”, **University of Chicago Law Review**, C. 62, 1995 s. 356; **The Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm § 20** (2010). <https://lawschool.westlaw.com> , 24.12.2017.

²⁴⁸ Tiftik, **Genel Kural**, s. 17; İmre, **Kusursuz Mesuliyet**, s. 39-40; Güzin Üçışık, “Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural ile Düzenlenmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Ankara, 2009, s. 133; Yücel, **Tehlike**, s. 47.

söylemek mümkündür. Zira genel tehlike sorumluluğu düzenlemesi sadece işletme faaliyetlerini kapsayacak şekilde yasalaşmıştır. Olağanüstü tehlikeli kabul edilen ve yüksek teknik ve teknolojiye dayanan bu tür faaliyetlerin büyük ölçüde işletmeler tarafından yürütüldüğü düşünüldüğünde karşılıklı olmayan risklerin mevcut olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu nedenle bu anlayışın, Amerikan hukukunda ileri sürülen “tehlike riskinin karşılıklılık içermemesi” düşüncesi ile benzerlik gösterdiği söylenebilecektir.

C. YARARIN KARŞILIKLI OLMAMASI

Tehlikeli bir faaliyet yürütmek suretiyle bundan yarar sağlayanların, bu faaliyetten bir zarar doğması halinde söz konusu zararı kusursuz sorumlu olarak tazmin etmeleri düşüncesi, adil bir çözüm olarak öne sürülmektedir. Bu tür faaliyetlerde potansiyel zarar verenler, bu faaliyetlerin olağandışı riskli doğasını bilmektedirler ve buna rağmen kendi özel yararları için bu faaliyetlerle iştigal etmeyi bilerek tercih etmektedirler²⁴⁹. O halde, bu tür faaliyetlerden doğan zararın, kusursuz sorumluluk prensibine göre tazmin edilmesi adalet ve hakkaniyet düşüncesine uygun bir çözüm yolu olarak ileri sürülmektedir.

Tehlikeli bir faaliyetten sağlanan yararın karşılıklı olmaması düşüncesi, esasen faaliyetin yürütülmesinden elde edilen yararın, zarar görenler ya da toplumun bütünü tarafından paylaşılmaması anlamını taşır²⁵⁰. Ancak bu düşünce temelinde yer alan yarar kavramını geniş algılamamak, başkaları için olağandışı risk yaratan bir faaliyetle uğraşmayı seçerek kendisine bir gelir kaynağı yaratma olarak kabul etmek gerekir²⁵¹. Örneğin, yürüttüğü faaliyet nedeniyle patlayıcı kullanan bir işletme, bu faaliyeti ile başkaları üzerinde yoğun bir tehlike yaratma pahasına kendisi için bir gelir kaynağı temin etme düşüncesiyle yürütmektedir. Şu halde; yürüttüğü faaliyete özgü olağandışı riski bilerek, başkaları için yoğun tehlike yaratanların, bunun

²⁴⁹ Simons, **Strict Liability**, s. 11.

²⁵⁰ Mark Geistfeld, “Should Enterprise Liability Replace the Rule of Strict Liability for Abnormally Dangerous Activities”, **UCLA Law Review**, S. 45, 1998, s. 145.

²⁵¹ Simons, **Strict Liability**, s. 11.

karşılığı olarak doğabilecek zararlardan kusursuz olarak sorumlu tutulmaları adaletin bir gereğidir.

Elbette ki, gelir elde etme bağlamında düşünüldüğünde, bir çok faaliyetin yürütülmesinden karşılıklı olmayan bir yarar sağlanmaktadır²⁵². Ancak tehlikeli olarak yürütülen bir çok faaliyetten sağlanan ekonomik yarar, diğer faaliyetlere oranla oldukça fazladır. Kaldı ki, yarar sağlama düşüncesi tehlike sorumluluğunu gerekçelendirmekte tek başına ileri sürülen ve kabul edilen bir düşünce değildir. Diğer gerekçelerle bütünleştiğinde daha anlamlı hale gelen bu gerekçenin, bu açıdan yanlış olduğunu düşünmek doğru değildir. Ancak, Amerikan hukukunda bu gerekçe, yine yaygın kullanım şartıyla birlikte düşünülür. Buna göre; toplum içinde yaygın olarak yürütülen bir faaliyetten sağlanan yarar, toplum içinde daha geniş olarak dağıtılmaktadır. Tek başına gelir sağlama olarak kabul edilmeyen yarar kavramı, oldukça geniş yorumlamaktadır²⁵³. Bu nedenle, Amerikan mahkemelerinin, yürütülmesinden büyük kazançlar sağlanan bazı faaliyetleri, tehlikeli olarak kabul etmemesinin sebeplerinden biri de budur²⁵⁴. Mahkemelere göre, yaygın olarak yürütülmeyen bir faaliyetin yararları, daha kısıtlı bir kitle içinde paylaşılır ve toplum arasına geniş bir biçimde dağıtılmaz. Örneğin, bir çok binaya kablo ile elektrik dağıtımı ya da kanallarla gaz dağıtımı yapan şirketler söz konusu olduğunda, faaliyetin gerçekte tek bir taraf tarafından yürütülmesinin önemi olmaz. Bu kanallar toplumun içinde yaygın olarak kullanılıyor kabul edilir. Dolayısıyla, bu faaliyetin yürütülmesinde etkisi olmayan kişiler, elektrik kabloları ve gaz kanalları evlerine ulaştığından bu faaliyetten yarar sağlar. Buna göre faaliyet, açıkça yaygın kullanılmaktadır ve bu nedenle kusursuz sorumluluk uygulanmaz²⁵⁵. Bu açıdan bakıldığında bu anlayış, tehlike sorumluluğunun uygulanma alanını oldukça daraltmaktadır.

²⁵² Abraham, **Tort Law**, s. 177.

²⁵³ **The Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm § 20** (2010). <https://lawschool.westlaw.com> , 24.12.2017.

²⁵⁴ Allison R. Hayward, "Common Law Remedies and the US Regulations", **Boston College Environmental Affairs Law Review**, C. 21, 1994, s. 620.

²⁵⁵ **The Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm § 20** (2010). <https://lawschool.westlaw.com> , 24.12.2017.

Amerikan hukukunda tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluk için kusursuz sorumluluk uygulanması bakımından için ileri sürülen “yararın karşılıklı olmaması” gerekçesi Türk hukukunda ise daha dar biçimde yorumlanmaktadır. “*Menfaat sağlama*” ya da “*nimetin yararlanan külfetine katlanır*” şeklinde izah edilen bu anlayışa göre, bir faaliyetin yürütülmesinden yarar sağlayan kişi, bu faaliyetin zararlarından da sorumlu olmalıdır²⁵⁶. Burada menfaat, kendisi için zenginlik kaynağı olanın başkası için tehlike yaratması olarak anlaşılmaktadır. Örneğin, nükleer santral işleten bir kişinin, bu enerjiden oldukça büyük miktarlarda kazanç sağladığı ortadadır. O halde, bu derece büyük kazanç sağlayan kişilerin, bu faaliyetten doğan zararlardan kader diyerek kurtulmaları ve zararı mağdur üstünde bırakmaları, adalet anlayışına uygun düşmeyecektir²⁵⁷. Zira kendi menfaati sebebiyle başkasının menfaatinin ihlaline sebep olabilecek herkes bundan doğan zarara katlanmalıdır²⁵⁸. Kıta Avrupası Hukuku açısından esasen tehlike sorumluluğunun ortaya çıkmasına yol açan sebeplerden biri olan büyük işletmeler karşısında zayıf olanı koruma fikri²⁵⁹ menfaat ilkesinin neden Amerikan hukukuna oranla daha dar yorumlandığını da açıklamaktadır. Zira Türk hukukundaki genel tehlike sorumluluğu düzenlemesinde de sadece işletmelerin sorumlu tutulması kanımızca onların ekonomik açıdan daha iyi durumda oldukları fikrine de dayanmaktadır. Bu nedenle Amerikan hukukunda daha geniş algılanan menfaat ya da yarar sağlama düşüncesi elektrik ya da gaz dağıtımını yapan şirketleri sorumluluk dışında bırakabilirken; Türk hukuku açısından bu şirketlerin salt bu gerekçeye dayanılarak sorumluluk dışı bırakılması mümkün görünmemektedir.

D. TEK TARAFLI SEBEP OLMA

Amerikan hukukunda tehlike sorumluluğunun, bir kusursuz sorumluluk türü olarak kabulü için ortaya atılan düşüncelerden biri ve belki de en önemlisi,

²⁵⁶ Tiftik, **Genel Kural**, s. 17; Yücel, **Tehlike**, s. 46; İmre, **Kusursuz Mesuliyet**, s. 39-40; Mustafa Reşit Karahasan, **Sorumluluk Hukuku, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk**, 6. bs., İstanbul, Beta Yayınevi, 2003, s. 596.

²⁵⁷ İmre, **Kusursuz Mesuliyet**, s. 40-41; Yücel, **Tehlike**, s. 46; Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 596.

²⁵⁸ İmre, **Kusursuz Mesuliyet**, s. 41.

²⁵⁹ Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 35; Tiftik, **Genel Kural**, s. 17.

münhasıran sebep olma ilkesidir²⁶⁰. Esasen bu düşünce, haksız fiil hukukunun amaçlarından biri olan, zararın önlenmesi ile de ilgilidir. Bu ilkeye göre, tehlikeli bir faaliyet dolayısıyla zarar ortaya çıkmasında, zarar görenin ya da üçüncü bir kişinin etkisi yoktur. Zarar gören tamamıyla pasif konumdadır²⁶¹. O halde, ortaya çıkması muhtemel zararları önlemek ya da azaltmak için alınması gereken önlemler yalnızca zarar veren tarafından alınabilir²⁶². Zarar gören tarafından alınan önlemlerin, zarar riskini ortadan kaldırmadığı ya da önemli ölçüde azaltmadığı bu gibi faaliyetlerde kusursuz sorumluluk prensibinin uygulanması daha adil bir çözüm olarak görülmektedir.

Tek taraflı sebep olmanın neden kusursuz sorumluluk gerektirdiği hukuk ve ekonomi yaklaşımını benimseyenler tarafından da izah edilmiştir. Buna göre, bir kaza ile ilgili olarak kaza maliyeti ile kazadan kaçınma maliyeti arasındaki risk-maliyet analizini yapabilecek ve bir karara varıldıktan sonra o kararı uygulayacak en iyi pozisyondaki kişi için kusursuz sorumluluk uygundur²⁶³. Bu açıdan da işletmeler genellikle kendi faaliyetlerindeki tipik riski yönetmek ve kontrol etmek için en uygun pozisyonda olanlardır. Ayrıca bu risklere karşı sigorta yaptırma bakımından da en iyi pozisyonda olan bu işletmelerdir²⁶⁴. Kaldı ki bu tip riskler üzerindeki kontrol imkanı onların esasen bu riskleri yaratmaktan sağladıkları faydayı da açıklar²⁶⁵.

Elbette ki bazı durumlarda zarar görenin de tehlikeli bir faaliyet neticesinde doğacak zararı azaltabilmesi mümkün görünmektedir. Örneğin; evinin yakınında

²⁶⁰ *The single-injurer accident*: Bu ifade ile Amerikan hukukunda, riskin tamamen tek bir tarafın kontrolünde olduğu, potansiyel zarar görenin göstereceği makul özenin, riski ortadan kaldırmada yahut azaltmada etkisinin olmadığı yani tamamen pasif bir durumda kaldığı faaliyetler ifade edilmektedir. Johnson, **Mastering Torts**, s. 209.

²⁶¹ Gary T. Schwarts, “**Raylands v Fletcher, Negligence, and Strict Liability**”, Essays in Celebration of John Flemming, 1998, s. 219 (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 24.12.2017.

²⁶² Simons, **Strict Liability**, s.10

²⁶³ Guido Calabresi/Jon T. Hirschoff, “Toward a Test for Strict Liability in Torts”, **Yale Law Journal**, C. 81, 1972, s. 1060

²⁶⁴ Guido Calabresi, **Risk Distribution**, s. 517-27; Steven Croley/Jon D. Hanson, “What Liability Crisis? An Alternative Explanation for Recent Events in Products Liability”, **Yale Journal on Regulation**, C. 8, 1991, s. 59.

²⁶⁵ William K. Jones, “Strict Liability for Hazardous Enterprise”, **Columbia Law Review**, C. 92, 1992, s. 1729, 1757, 1779.

patlayıcı maddelerin kullanılacağını bilen bir kişinin evini terk etmesi en azından kişiye gelebilecek olası bir zararı engelleyebilir. Ancak böyle bir zararın doğması ihtimaline karşı, kişiden evini terk etmesini beklemek, ortak akla ve sağduyuya uygun bir çözüm yolu değildir²⁶⁶. Bu nedenle, tehlikeli bir faaliyet yürüten ve olası zararları engellemede veya azaltmada en uygun pozisyonda olan potansiyel zarar vereni, böyle bir zarar doğması halinde kusursuz olarak sorumlu tutmak, adalet ve hakkaniyete daha uygun olacaktır.

Amerikan hukukuna bakıldığında, *Restatement*'ta yer alan, tehlikeli faaliyetten doğan zararın, tüm taraflarca gösterilecek makul özene rağmen engellenememesi unsurunun temelinde de bu düşünce yer almaktadır²⁶⁷. Buna göre, bir faaliyetin tehlikeli olup olmadığının tespitinde, zarar veren dışında zarar görenin özeni de dikkati alınır. Bu husus, sorumluluğun kurulması sırasında belirleyicidir. Eğer, zarar görenin göstereceği özen, zararın meydana gelmesinin engelleyebiliyor ya da en azından azaltabiliyor ise sorumluluk kurulmaz²⁶⁸. Bu açıdan bakıldığında bir faaliyetin tehlikeli sayılabilmesi için gereken şartlardan biri de zarar görenin göstereceği özenin, zararın ortaya çıkmasında ya da büyüklüğünde bir etkisinin olmaması, zarar görenin tamamen pasif konumda olmasıdır. Buna göre, zarar görenin kendini korumasının mümkün olmaması, faaliyeti hem daha tehlikeli yapar hem de risk kontrolünün tamamen zarar verende olduğunu kanıtlar. Şu halde, zararın doğumuna riski tamamen kontrol edebilecek zarar verenin sebep olması, faaliyetin tehlikeli sayılması için gereklidir²⁶⁹.

Türk Hukuku açısından ileri sürülen gerekçelerden *hakimiyet ilkesi* ile *sebeb olma ilkesi* Amerikan hukukunda kabul edilen “münhasıran sebep olma” ilkesi ile

²⁶⁶ Simons, **Strict Liability**, s. 13.

²⁶⁷ The Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm § 20 (2010). <https://lawschool.westlaw.com> , 24.12.2017.

²⁶⁸ Jones, **Hazardous Enterprise**, s. 518.

²⁶⁹ Johnson, **Mastering Torts**, s. 209. *Kent v. Gulf States Utilities Co.* davasında, mahkeme, elektrik iletimi faaliyetinin, kusursuz sorumluluk gerektirmediğine karar vermiştir. Çünkü bu faaliyet, yüksek zarar riski olmadan yapılabilen günlük bir faaliyettir. Mahkeme, işletmenin neredeyse her zaman zarara yol açabileceği ve zarar görenin nadiren kendini koruyabilmesinin mümkün olduğu faaliyetlerin kusursuz sorumluluğu gerektireceğini de not düşmüştür. (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com> , 24.12.2015.

benzerlik göstermektedir. Buna göre, bir kişi kendi hakimiyet alanında bulunan nesne, tesis, faaliyet veya işletmelerin verdiği zararlardan sorumlu tutulmalıdır. Bu ilkenin dayanağı, tehlike bir faaliyet yürüten ya da tehlikeli nesnelere sahip olan kimsenin, gerekli denetim ve gözetim imkanına sahip olması ve riski kontrol edebilecek pozisyonda bulunmasıdır²⁷⁰. Tehlike doğudan faaliyet karşısında kişi kendisini ancak belirli bir noktaya kadar koruyabilir. Örneğin, tehlike arz eden nakil vasıtalarına binenler kendilerini bu faaliyeti yürütenlere emanet ederler ve bu vasıtaların sağlam olduğu fikrine güvenirlir. Bu vasıtalara binen yolcuların kazaların engellenmesi için yapabilecekleri herhangi bir şey yoktur²⁷¹. Bu nedenle, bu tür faaliyetleri yürütenler, gerekli önlemleri alarak zararı engellemek veya azaltmak hususunda en uygun durumda olanlardır²⁷². Aksi durumda bir zarara sebebiyet verenler, doğan zarardan kusursuz olarak sorumlu olmalıdır. Bu açıdan bu ilkenin önleyicilik ile ilgili de olduğu söylenebilir²⁷³.

E. TOPLUMUN BAKIŞ AÇISI

Tehlike sorumluluğunun bir kusursuz sorumluluk türü olarak uygulanmasında düşünsel olarak toplumun adalet anlayışına da ayrıca önem verilmektedir²⁷⁴. Örneğin, bazı faaliyetler toplum içinde yaygın olarak yürütülür ve dolayısıyla toplum açısından tanıdık faaliyetlerdir. Yaygın olarak yürütülmesi nedeniyle tanıdık olarak kabul edilen faaliyetler, toplum nezdinde normal bir faaliyet olarak karşılanır. Basit toplum davranışı, tanıdık ve geleneksel riskleri kabul etmeye eğilimli olduğundan ve bu tür riskleri normal kabul ettiğinden, istisnai olarak yürütülen ve toplum açısından çok tanıdık olmayan riskleri barındıran tehlikeli faaliyetlerin, kusursuz sorumluluk prensibine tabi olması toplumun kabul ettiği adalet anlayışına daha uygun kabul edilebilir²⁷⁵.

²⁷⁰ İlhan Uluşan, “Tehlike Sorumluluğu Üstüne”, **MHAD**, S. 6, 1970, s. 27-28; Tiftik, **Genel Kural**, s. 8; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 497; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 94; Korkusuz, **Tehlike Sorumluluğunun Uygulanması**, s. 155-156; Yücel, **Tehlike**, s. 50.

²⁷¹ İmre, **Kusursuz Mesuliyet**, s. 66

²⁷² The Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm § 20 (2010).

²⁷³ Yücel, **Tehlike**, s. 50.

²⁷⁴ King, **Dangerous Activities**, s. 359.

²⁷⁵ Simons, **Strict Liability**, s. 14.

Bu düşünce ise yine diğer tüm gerekçelerle birlikte düşünüldüğünde anlam kazanır. Toplumda yaşayan bireylerin, karşılıklı olan riskleri daha kolay kabullenmeleri ve pasif konumdayken bir zararla karşılaşmayı kolay kabul edememeleri, bu tür faaliyetlerin tehlikeli olarak tanımlanması için önemli bir sebeptir. Esasen bu düşüncenin temelinde de yaygınlık unsurunun etkisi vardır. Kişilerin, yaygın olmadığı için fazlaca tanınmayan ve alışılmamış risklere karşı kendilerini koruyacak önlemleri almalarının çok zor olması, bu gerekçenin ileri sürülmesinde etkilidir. Bu açıdan önemle belirtilmelidir ki; hukukun kişiler açısından bağlayıcı olabilmesi için, meşru olarak da görülmesi gerekeceğinden, hukuk tarafından toplum algısına saygı duyulmalıdır²⁷⁶.

Türk hukuku açısından ise her ne kadar yaygınlık bir uygulanma şartı olmasa da bu şartın dayandığı bazı düşünce ve ilkelerin Türk hukuku açısından da kabul edilmesi, toplumun adalet anlayışı düşüncesini önemli kılmaktadır. Zira toplumsal yaşama olağanüstü tehlikeler getirerek bundan menfaat elde edenlerin, yürüttükleri faaliyetlerden bir zarar doğduğunda, salt kusurlu olmadıkları gerekçesiyle sorumluluktan kurtulmaları ve zararın yine kusurlu olmayan zarar gören üzerinde bırakılması kamu vicdanını rahatsız edebilecektir²⁷⁷. Bu nedenle tek başına olmasa da diğer ilkelerle birlikte düşünüldüğünde, bu düşüncenin Türk hukuku bakımından da geçerli olduğunu kanımızca kabul etmek gerekir.

F. ÖZENİN ETKİN SEVİYEDE OLMASINA KATKISI

Haksız fiil hukukunda tazminat ödeme riski, kişilerin özen gösterme davranışları üzerinde etkilidir. Bu riskle karşı karşıya kalmak istemeyen kişiler, özenli davranmaya eğilimli olacaklardır. Kusur sorumluluğunun kabul edildiği durumlarda kişilerin özenli davranma eğilimlerinin daha fazla olduğu söylenebilir. Her ne kadar kusursuz sorumluluğun kabul edildiği hallerde kişinin her ihtimalde tazminat ödeyeceğini düşünmesi, özen göstermesini engelleyeceği düşünülse de bu tamamen doğru bir düşünce değildir. Zira, kişilerin göstereceği özen seviyesi, zararın

²⁷⁶ Tom R. Tyler, **Why People Obey The Law**, New Haven, Yale University Press, 1990, s. 22-27.

²⁷⁷ İmre, **Kusursuz Mesuliyet**, s. 66.

azalmasına dolayısıyla ödenecek tazminat miktarının düşmesine katkı sağlayacaktır²⁷⁸. Hatta bazı durumlarda, önleyicilik işlevinin, kusursuz sorumluluk prensibiyle daha iyi sağlanması da mümkündür.

Kusursuz sorumluluğun uygulanmasının bazı hallerde etkin özeni sağlayacağı fikri özellikle hukuk ve ekonomi yaklaşımını benimseyenler tarafından ileri sürülmüştür. Hukuk ve ekonomi kuramını benimseyenlere göre, haksız fiil hukukunun ana amacı sosyal maliyetlerin en aza indirilmesi suretiyle, ekonomik etkinliğin sağlanması ve refah düzeyinin artırılmasıdır²⁷⁹. Bu doğrultuda, önleyiciliğin sağlanması zararın doğmasını engelleyeceğinden ya da en azından azaltabileceğinden, ekonomik açıdan temel hedef olmalıdır.

Hukuk ve ekonomi kuramı, zarar veren ve zarar görenin iki tür kararının önemli olduğunu belirtir. Birincisi, faaliyeti yürütürken göstereceği önleyici işlevi olan özen seviyesi, ikincisi ise bir faaliyet yürütme ya da yürüttüğü faaliyeti hangi seviyede yürüteceği kararıdır. Örneğin, motorlu taşıt kullanırken ne kadar yol yapılacağı faaliyet seviyesine ilişkin bir kararsa, motorlu taşıtın kullanıldığı sürede trafiğin gerektirdiği kuralları dikkate almak da özen seviyesine ilişkin bir karardır²⁸⁰. Ancak özellikle tek taraflı kazaların (*unilateral accidents*) olduğu vakalarda zarar verenin faaliyet seviyesine ve özen derecesine yönelik verdiği karar önem taşır. Zira bu özeni göstermek için en uygun pozisyonda olan zarar verendir. Örneğin, bir uçağın bir binaya çarptığı bir kurguda zarar görenin riski azaltmak için yapabileceği çok fazla bir şey yoktur²⁸¹. Bu nedenle tek taraflı kazaların söz konusu olduğu davalarda kusursuz sorumluluğun uygulanması, zarar verenin etkin özeni göstermesi açısından teşvik edici görülür²⁸². Zira kusursuz sorumlulukta zarar veren, meydana gelen zararın tamamını özen seviyesine bakılmaksızın karşılamak zorundadır. Oysa

²⁷⁸ Steven Shavell, "Strict Liability versus Negligence", *Journal of Legal Studies*, C. 9, S. 1, 1980, s. 623.

²⁷⁹ Louis Kaplow/Steven Shavell, "Any Non-Welfarist Method of Policy Analysis Violates the Pareto Principle", *Journal of Political Economy*, C. 109, 2001, s. 86; Sanlı, *Ekonomik Analiz*, s. 171.

²⁸⁰ Steven Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, 2007, s. 5; Sanlı, *Ekonomik Analiz*, s. 174-177.

²⁸¹ Shavell, *Economic Analysis*, s. 7.

²⁸² Shavell, *Economic Analysis*, s. 8; Sanlı, *Ekonomik Analiz*, s. 174, 488, 504.

ki ihmale dayalı sorumlulukta zarar veren yalnızca kusurluysa, bir diğer deyişle mahkemenin aradığı makul özeni gösteremediyse sorumlu olacaktır. Ancak gösterilebilecek etkin özen, makul özenin üstünde bir seviyede olabilir. Böyle bir durumda zarar veren sadece makul düzeyde özen göstermekle yetinecektir. Zira, her ne kadar etkin özen maliyeti zarar maliyetinden az olsa ve zarar veren bu maliyetlere katlanabilecek durumda olsa da, daha az olan makul özen maliyetine katlanmayı tercih edebilir. Dolayısıyla zarar veren mali açıdan uygun olsa bile etkin özeni değil, makul özeni göstererek kazaya sebebiyet verebilir.

Öte yandan, bazı durumlarda zarar veren, gereken özeni göstermemiş olabilir ve bu özen eksikliğinin zarar gören tarafından ispat edilmesi çok güç olabilir²⁸³. Örneğin, patlayıcı maddelerin kullanıldığı bir faaliyet neticesinde zarar görenin evi tahrip olabilir ve bu patlama, patlama faaliyetinin çok fazla enerji yüklemesi sonucu zarar verici boyuta ulaştığına ilişkin delilleri yok etmiş olabilir. Kusur sorumluluğun geçerli olduğu bir kurguda, kusurun tespitine ilişkin deliller olmadığından zarara, zarar görenin katlanması gerekebilir. Oysa ki, kusursuz sorumluluğun geçerli olduğu bir kurguda, patlayıcı maddelerin kullanıldığı faaliyeti yürüten zarar veren, her ihtimalde sorumlu olacağını bildiği için daha etkin önlemler alma yoluna gidecektir²⁸⁴. Bu nedenle kabul edilebilir ki, özellikle tehlike faaliyetlerin söz konusu olduğu, yani ortaya çıkan zararın nereden kaynaklandığının tespitinin ve ispatının güç olduğu hallerde kusursuz sorumluluk prensibinin, zararın önlenmesi için gösterilecek özenin seviyesine katkı sağlaması olasıdır.

Bu çerçevede ifade etmek gerekir ki, karmaşık teknik ve teknolojilerin kullanıldığı işletmelerde kusurun tespit edilememesi sorunu, tehlike sorumluluğunun ortaya çıkma sebeplerinden biridir. Bilim ve teknolojinin ilerlemesi neticesinde ortaya çıkan faaliyetlerin neden olduğu zararlarda, kimin kusurlu olduğunun teknik sebepler dolayısıyla tespit edilememesi, tehlike sorumluluğunun bir kusursuz sorumluluk türü olarak düzenlenmesine yol açmıştır. Bununla birlikte kusurun tespit edilmesinin zor olduğu tehlikeli faaliyetlerde, faaliyeti yürüten taraf sorumluluktan

²⁸³ Simons, **Strict Liability**, s. 5.

²⁸⁴ Simons, **Strict Liability**, s. 5.

kaçma imkanının olduğunu bilerek gereken özeni göstermekten de kaçabilecektir. Şu halde, önleyiciliğin sağlanması mümkün olmayacaktır. Burada amaç, kusur sorumluluğundan ayrılmak değil, zararları çok büyük olan tehlikeli faaliyetlere karşı önleyici tedbirleri almayı teşvik ederek önleyiciliği sağlamaktır. Bu açıdan tehlike sorumluluğunun, sadece önlenmesi mümkün olmayan zararlar bakımından değil, verdiği zararın niteliği gereği delillerin yok olması dolayısıyla önlenip önlenemeyeceğinin tespit edilemediği durumlarda da uygulanması, bu düzenlemelerin konuluş amacına hizmet edecektir. Zira aksi durumda, meydana gelen zarara, yine zarar görenin katlanması gerekir ki bu durum tehlike sorumluluğunun varlık amacına aykırı düşer. Bu noktada belirtmek gerekir ki, önleyiciliğin sağlanması sadece hukuk ve ekonomi yaklaşımını benimseyenler tarafından değil, adaleti sağlamayı nihai amaç olarak benimseyenler tarafından da kabul edilmiştir. Bu nedenle, hem hukuk ve ekonomi yaklaşımı hem adalet yaklaşımı açısından tehlikeli faaliyetler için kusursuz sorumluluğun kabulü, özenin etkin seviyeye ulaşabileceği haller açısından oldukça avantajlı görülmektedir. Etkin özen sayesinde sağlanabilecek önleyicilik, tehlikeli faaliyetlerden doğan kusursuz sorumluluğun nihai amacı olmasa da ya da bir faaliyetin neden kusursuz sorumluluğu tabi olması gerektirdiğini tek başına gerekçelendiremese de, hangi faaliyetin daha tehlikeli olduğu hususunda yol gösterici olabilir.

Bu hususu, Türk hukuku bakımından incelediğimizde de her ne kadar tazminat amacının bir uzantısı olsa da, haksız fiil hukukunun önleyicilik işlevinin kabul edildiği görülmektedir. Özellikle de tehlike sorumlulukları bakımından önleyiciliğin kabulü söz konusu olmaktadır²⁸⁵. Genel tehlike sorumluluğuna göre önemli ölçüde tehlike arz eden işletmelerin ortalama önlemler almaları ve ancak kusurları olduklarında sorumlu olmaları mümkün değildir. Bu nedenle bir zarar doğduğunda her ihtimalde sorumlu olacaklarını bilen bu tür işletmeler, bu tür zararların doğmaması ya da mümkün olan en aza indirilmesi için gereken önlemleri

²⁸⁵ Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 35; Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 377. Önleyicilik işlevini zararın telefisi amacından bağımsız tek başına geçerli bir amaç olarak görenler de vardır. Sanlı, **Ekonomik Analiz**, s. 176.

almak durumunda kalacaklardır²⁸⁶. Bu nedenle bu düşüncenin, Türk hukuku bakımından uygun olduğunu söylemek kanımızca mümkündür.

G. FAALİYET SEVİYESİNİN ETKİN OLMASINA KATKISI

Hukuk ve Ekonomi kuramına göre, özen davranışının bir diğer boyutu da “faaliyet seviyesi” olarak ifade edilmektedir. Buna göre; özenli davranış sadece önleyici tedbirlerin alınmasıyla ilgili değil, aynı zamanda faaliyetin hangi seviyede yürütüldüğü ile de ilgilidir. Bir faaliyetin nasıl yapıldığı kadar hangi yoğunlukta yapıldığı da zararın meydana gelmesinde rol oynar. Herhangi bir faaliyetle uğraşan kişinin, faaliyet seviyesini belirlemek suretiyle riski kontrol etme imkanı vardır²⁸⁷. Örneğin; tüm trafik kurallarına uyulmak suretiyle yani tüm önleyici tedbirler alınarak yapılsa dahi otomobil kullanma süresi uzadıkça zarar riski de artacaktır. Faaliyet seviyesi artıkça fayda da büyük ölçüde artacağından zarar veren böyle bir seçim yapılabilir²⁸⁸. Ancak daha fazla araç ya da daha fazla yaya ile karşılaşacağından ve daha yorgun olacağından zarar ihtimali matematiksel olarak artacaktır. Ancak mahkemeler özellikle tek taraflı kazalara sebebiyet veren büyük şirketlerin ne kadar yoğun faaliyet yürüttüğüne ilişkin bir özen değerlendirmesi yapmayacaktır. Bu değerlendirmeyi kusursuz sorumluluğa tabi zarar veren yapmak zorunda kalabilir. Örneğin, benzin nakliyesi için kamyonun kullanılması mümkündür. Zira, taşıma faaliyetinin kamyonla yapılması halinde hem daha fazla hem daha sık olarak benzin taşınabilir. Ancak kamyonla benzin taşınması alternatif taşıma yöntemlerine göre daha fazla kaza ihtimali taşıdığı için daha az güvenli sayılabilir. Kamyonla taşınan benzinin patlaması halinde kusursuz sorumluluğun uygulanması, kaza ihtimalini düşürmek isteyen zarar vereni, benzini tren yolu ya da mavnayla taşınması noktasında teşvik edebilir. Zira zarar veren, kaza maliyetlerini hesaba katılıp daha uygun bir taşıma yolu seçmeyi tercih edebilecektir²⁸⁹.

²⁸⁶ Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 377.

²⁸⁷ Shavell, **Accident Law**, s. 23.

²⁸⁸ Shavell, **Accident Law**, s. 21.

²⁸⁹ Shavell, **Accident Law**, s. 50, 51.

Kusursuz sorumluluk ilkesi, faaliyeti yürüten kişinin, faaliyetinin vereceği zarar miktarını, önlem olarak ve ne yoğunlukta faaliyet yürüteceğine karar vererek kontrol altında tutmak üzere konumlandığı durumlarda uygun bir çözümdür. Bu açıdan bakıldığında, otomobil kullanmak gibi günlük olarak yaygın biçimde yürütülen faaliyetlerde, faaliyet seviyesinin etkisinin zarar üzerinde ne derece olduğu belirsizdir. Ancak, tehlikeli faaliyetler gibi yüksek risk taşıyan faaliyetlerde, yürütülen faaliyetinin seviyesinin risk üzerinde etkisi mevcuttur²⁹⁰. Örneğin, tehlikeli bir faaliyetin yapılıp yapılmaması gerektiği veya o mahalde yapılıp yapılmaması gerektiği yahut da o seviyede yapılıp yapılmaması gerektiği risk derecesini belirler. Ancak her ne kadar bu tip faaliyetlerde, faaliyet seviyesinin risk üzerinde etkisi olsa da mahkemelerce bu etkinin net olarak tespiti kolay olmayabilir. O nedenle bu faaliyet seviyesine karar verenleri daha dikkatli karar vermeye sevk edecek kusursuz sorumluluk prensibi bu tip faaliyetler açısından daha caydırıcı olabilecektir²⁹¹.

Türk hukuku bakımından, TBK m. 71'deki düzenlemenin tehlike sorumluluğunu sadece işletmelere yönelik kabul etmesi ve önleyiciliğin ekonomik analiz yaklaşımının reddi halinde dahi adalet kuramı kapsamında kabul edilebilecek bir amaç olduğu düşünüldüğünde²⁹², hukuk ve ekonomi kuramı tarafından ileri sürülen bu gerekçe kanımızca kabul edilebilir bir gerekçedir. Şöyle ki; işletmeler faaliyetlerini genellikle kar amacıyla yürütmektedir. Bu açıdan insanlarla kıyaslanmaları mümkün değildir. Kar amacı güden işletmeler, elbette ki daha fazla kar elde etmek için faaliyet seviyelerini buna göre düzenleyebilirler. Bu açıdan kusursuz sorumluluk sosyal refahın artırılması bağlamında değil ama kazaların önlenmesinin sağlanması açısından etkin bir rol oynayabilir. Bu bakımdan önleyiciliğin sağlanması için kusursuz sorumluluk tercihi faaliyet seviyesi seçimlerinde etkili olacak ise kabul edilebilir bir gerekçe de olacaktır. Zira Amerikan mahkemeleri de, riskin, makul özenin gösterilmesiyle engellenemeyeceği

²⁹⁰ Shavell, **Accident Law 2007**, s. 24; The Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm § 20 (2010). <https://lawschool.westlaw.com>, 12.04.2017.

²⁹¹ The Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm § 20 (2010). <https://lawschool.westlaw.com>, 24.12.2017; Simons, **Strict Liability**, s. 4; Marc Franklin, **Franklin, Rabin, and Green's Tort Law and Alternatives, Cases and Materials**, 9. bs., 2011, s. 525.

²⁹² Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 466; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 33-36; Atamer, **Sorumluluğun Sınırlandırılması**, s. 98-99.

faaliyetlerde, tehlikeli faaliyeti yürütene, faaliyet yerini deęiřtirmesi, faaliyet konusunu deęiřtirmesi ya da faaliyet seviyesini dūřürmesi gibi faaliyet seviyesine iliřkin çözümler aratabilecek kusursuz sorumluluęu uygulamayı uygun görmekte-dirler²⁹³.

H. ZARARIN DAğITILMASI

Kusursuz sorumluluk prensibinin varlığı için sunulan gerekçelerden biri de zararın dağıtılması olarak ifade edilmektedir²⁹⁴. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, bu gerekçeyi dağıtıcı adaletin sağlanması için uygulanan bir teknik olarak görenler olduğu gibi²⁹⁵, dağıtıcı adaletten farklı bir ilke ya da tazminat ilkesinin bir parçası olarak görenler de vardır²⁹⁶. Bu gerekçeye göre, kusursuz sorumluluğun önemli hedeflerinden biri de ortaya çıkan zararın, toplumun geniş kesimlerine yayılmasıdır. Bu amacın gerçekteşebilmesi açısından zarar veren en iyi pozisyonda olan kişidir. Ortaya çıkacak zararların tipik ve tahmin edilebilir olması dolayısıyla muhtemel zararlar, işletenler tarafından işletme maliyetine katılarak sunulan faaliyetin fiyatına yansıtılabilecektir. Bu şekilde söz konusu zararlar, faaliyetten faydalanan herkes tarafından paylaşılacaktır. Ayrıca muhtemel zararların, sigortalanması suretiyle riskin dağıtılması da mümkündür²⁹⁷.

Zararın dağıtılması gerekçesi, ekonomik perspektiften bakıldığında kusursuz sorumluluğun uygulanması için uygun bir gerekçedir. Zira kusur sorumluluğunun uygulandığı bir kurguda, zarar verenin özenli davranması halinde zarar göreni meydana gelen toplu zararlarla baş başa bırakmak, sosyal refahın sağlanması amacına uygun değildir. Zararın geniş kesimlere yayılması bu amaca daha uygundur. Öte

²⁹³ Hahn v. Chevron, USA. Inc., 60 F3d 828 (6th Cir. 1995); Henderson v. United States, 965 F.2d 1488, 1496 (8th Cir. 1992); Indiana Harbor v. American Cynamid Co., 916 F.2d 1174 (7th Circuit 1990); Toledo v. Van Waters & Rogers, Inc., 92 F.Supp. 2d 44,55 (D.R.I. 2000) (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 11.12.2015.

²⁹⁴ King, **Dangerous Activities**, s. 350.

²⁹⁵ Guido Calabresi, **The Cost of Accident: A Legal and Economic Analysis**, Yale University, 1970, s. 39-41.

²⁹⁶ Abraham, **Tort Law**, s. 19.

²⁹⁷ King, **Dangerous Activities**, s. 350.

yandan zararın dağıtılması, dağıtıcı adaletin bir boyutu olarak ele alındığında da uygun bir gerekçe olduğunu kabul edenler de vardır²⁹⁸.

Zararın dağıtılması ilkesi, ortaya çıkan kayıpların toplumun geniş tabakalarına yayılması anlamına geldiğinden, eğer kayıplar geniş kesimlere dağıtılabiliyorsa kusursuz sorumluluk uygulanmalıdır. Örneğin, ürün ya da hizmet sağlayıcılarının kayıpları ürünlerine yansıtma suretiyle telafi etmesi zarar görenleri de içine alan bir tür öz sigortadır²⁹⁹. Bir diğer görüşe göre ise zararın dağıtılması, kayıpların sosyal ve ekonomik yapısını koruyabilecek kapasitedeki refah düzeyi yüksek olanda bırakılması olarak kabul edilmektedir³⁰⁰. Ancak zararın dağıtılmasının dağıtabilme kapasitesine bakılmaksızın zarara yol açan işletmeler üzerinde bırakılması anlamına gelebileceği de ifade edilmektedir³⁰¹.

Amerikan hukukunda uygulamaya bakıldığında her ne kadar zararın dağıtılmasını, kusursuz sorumluluğun uygulanmasına uygun bir gerekçe olarak görenler olsa da *Restatement*, geleneksel kusursuz sorumluluk halleri için bu gerekçeyi reddetmektedir³⁰². Bu gerekçe, her ne kadar bazı yazarlar tarafından kabul edilse de, mahkeme kararlarının çoğunda zikredilmediğinden böyle bir ret söz konusu olabilir. Ancak ürün sorumluluğu açısından aynı durum geçerli değildir. Zira, ürün sorumluluğunda satıcı ile alıcı arasında bir ticari ilişki mevcuttur. Dolayısıyla üretici, zararın maliyetini ürünlere yansıttığında bu zararı doğrudan üründen faydalanan alıcı ile paylaşmış olmaktadır. Oysa ki, tehlike sorumluluğunun bulunduğu hallerde zarar görenin zarar verenle doğrudan bir ticari ilişkisi bulunmadığından, faaliyetten doğrudan yararlanmadığı düşünülmekte ve dolayısıyla da bu faaliyetten doğan zararın, zarar görenlere yansıtılması makul bir gerekçe olarak kabul edilmemektedir³⁰³.

²⁹⁸ Simons, **Strict Liability**, s. 15; Geistfeld, **Enterprise Liability**, s. 143

²⁹⁹ Calabresi, **The Cost of Accident**, s. 50-54.

³⁰⁰ Fowler V. Harper/Fleming James, JR., **The Law of Torts**, 1956, s. 762.

³⁰¹ Calabresi, **The Cost of Accident**, s. 499.

³⁰² The Restatement (third) of Torts: Product Liability, (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 24.10.2016; Nolan/Ursin, **Hazardous Activity**, s. 259.

³⁰³ Simons, **Strict Liability**, s. 6.

Kanımızca da tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumlulukta zararın, zarara yol açan işletmede söz konusu işletmenin bu yükü kaldıracabilecek kapasite olup olmadığına bakılmadan bırakılması gerekir. Zira haksız fiil hukukunun nihai ve tek amacı, zararı kimin daha iyi dağıtabileceğine bakılarak sorumluluk uygulanması olarak düşünülemez. Tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun bir kusursuz sorumluluk tipi olmasının öncelikli amacı, faaliyetin içerdiği tipik riskten dolayı, bu riski yaratanlara sağladıkları fayda ve risk üzerindeki kontrol imkanları sebebiyle sorumluluk yüklemektir. Ancak daha sonra önleyicilik, yani kaza sayısını azaltma ve zararın sigorta yoluyla yayılması gelebilir³⁰⁴. Zararın dağıtılması tek gerekçe olarak gösterildiğinde tehlike sorumluluğunun başka hiçbir şart aranmayan, salt ve mutlak bir işletme sorumluluğuna dönüştürülmesi gerekecektir³⁰⁵. Ancak bu noktada zararın dağıtılması, kapasitesi buna uygun olan işletmeler için hukukun sağladığı bir işlev olarak düşünülebilir.

IV. ARA DEĞERLENDİRME: TEHLİKELİ FAALİYETLERDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN DAR UYGULANMASI

A. AMERİKAN HUKUKUNDA

Amerikan haksız fiil hukukunda öğretisi, uygulanması gereken sorumluluk türleri ve bu sorumluluk türlerinin hangi amaca yönelik uygulanması gerektiği noktasında bazı fikir ayrılıkları sebebiyle bölünmüş görünmektedir³⁰⁶. Bazı yazarlar³⁰⁷, kusur temelli olması gereken haksız fiil hukukunu ekonomik etkinlik bakımından değerlendirmenin uygun olduğunu düşünürken, bazıları³⁰⁸ kusur sorumluluğunun esas sorumluluk olması gerektiğini adalet perspektifinden

³⁰⁴ Keating, **Enterprise Liability**, s. 1359.

³⁰⁵ İşletmelerin zararı dağıtabilme kapasiteleri olduğu gerekçesiyle Amerikan hukukunda genel bir işletme sorumluluğu (*enterprise liability*) öngörülmesi gerektiği fikrini ileri sürenler de vardır. Bkz. Keating, **Enterprise Liability**, s. 1266-1380

³⁰⁶ Stephen R. Perry, “The Impossibility of General Strict Liability”, **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, C. 1, N. 2, 1988, s. 147.

³⁰⁷ Richard, Posner “A Theory of Negligence”, **Journal of Legal Studies**, C. 1, 197

³⁰⁸ Ronald Dworkin, **Law’s Empire**, Cambridge, Mass, 1986; Ernest J. Weinrib, “Toward a Moral Theory of Negligence Law”, **Law and Philosophy**, C. 2, S. 1, 1983, s. Henderson, **Negligence**, s. 379.

değerlendirmektedir. Haksız fiil hukukunda kusursuz sorumluluk ilkesini daha etkin görenler ise bu ilkeyi ekonomik temelli değerlendirenler³⁰⁹ ve adalet temelinde değerlendirenler³¹⁰ olarak ikiye ayrılmış durumdadır. Bu noktada öğretide, karışık bir haksız fiil hukuku teorisi olması gerektiğini ifade eden, uzlaştırmacı yazarların da mevcut olduğunu söylemek gerekmektedir³¹¹. Amerikalı yazarlar her ne kadar bölünmüş gözükse de Amerikan hukukunda mahkemelerin ağırlıklı olarak kusur sorumluluğu taraftarı oldukları görülmektedir³¹². Bu açıdan da bir kusursuz sorumluluk türü olan tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun uygulama alanının dar olduğu ifade edilebilir.

Amerikan haksız fiil hukukunu derleyen ve yorumlayan *Restatement*'lara bakıldığında da bu alanda son yayınlanan *Restatement*'a göre; Amerikan haksız fiil hukukunun kapsayıcı ve birleştirici normatif prensibi kusur sorumluluğudur. Bunun yanında kusursuz sorumluluğun ise kendine ait özel kuralları olan önemli örnekleri mevcuttur. Bu noktada kusur sorumluluğunun Amerikan haksız fiil hukukunda baskın bir rolü olduğunu ve kusursuz sorumluluğun, söz konusu hukuk alanında oldukça kısıtlı bir alanda uygulandığını söylenebilir³¹³.

Kusur sorumluluğunun belirli bir dönem dışında Amerikan hukukunun esas temeli olması, güçlü bir adalet duygusu yansıtması, zarar doğurmaya elverişli hareketlerin cesaretini kırıcı özelliğinin bulunması ve mahkemelere göre de risk paylaşımında önemli bir ölçü olması, onun canlı kalmasını sağlayan en önemli etkenlerdir³¹⁴. Amerikan hakimlerine göre; kusurlu davranışın temel alındığı sorumluluk sistemi, sadece zarara sebep veren davranışın temel alındığı sorumluluk

³⁰⁹ Calabresi/Hirschhoff, **Strict Liability**, s. 1055.

³¹⁰ Epstein, **Liability**, s. 151.

³¹¹ Schwarts, **Mixed Theories**, 1996-1997; Shmuali, **Legal Pluralism**, 2015.

³¹² The Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm § 20 (2010). <https://lawschool.westlaw.com>, 24.12.2017.

³¹³ Henderson, **Negligence**, s. 379. Her ne kadar bazı Amerikalı yazarlar, kusursuz sorumluluğun gelecekte daha baskın bir role bürüneceğini ve bürünmesi gerektiğini iddia etseler de mevcut durum gelecekte de kusur sorumluluğunun haksız fiil hukukunu domine etmeye devam edeceği yönündedir. Nolan/Ursin, **Hazardous Activity**, 1987; Albert A. Ehrenzweig, "Negligence Without Fault", **California Law Review**, C. 54, 1966, s. 1442; Jones, **Hazardous Enterprise**, 1992; Henderson, **Negligence**, s. 379.

³¹⁴ Henderson, **Negligence**, s. 380.

sistemine göre daha etik ve en az o sistem kadar başarılıdır. Kusursuz sorumluluğun daha yaygın uygulanmasını savunanlara rağmen, mahkemelerin ve yasa koyucuların kusur sorumluluğunun uygulanması önündeki engelleri dağıtmayı üstlendiğini söylemek gerekir³¹⁵.

Amerikan hukukunda kusur sorumluluğunun önemine ilişkin örnek olarak, hemen her çalışmada tartışılan ve alıntılanan, mahkemelerin kusursuz sorumluluğu uygulamadaki tereddütlerini açığa çıkaran, Hakim ve Profesör Richard Posner'in daha sonra daha detaylı inceleyeceğimiz "*Indiana Harbor Belt Railroad v. American Cyanamid Co.*"³¹⁶ davasında ifade ettiği düşüncesi verilebilir. Söz konusu davada Posner;

"Common law haksız fiil hukukunun temel prensibi kusur sorumluluğudur. Kusur sorumluluğu, faaliyetin yol açacağı zarardan daha dikkatli olarak kaçınmak mümkün olduğu sürece geçerli olan rejimdir. Dolayısıyla sorumluluğu kusursuz sorumluluğa çevirmeye gerek yoktur." demek suretiyle kusur prensibinin önceliğini işaret etmiştir.

Kusursuz sorumluluğun uygulandığı tehlikeli faaliyetler açısından bakıldığında da Amerikan mahkemelerinin, patlama/patlatma ve patlayıcı maddelerin depolanması ve taşımacılığı ile ilgili davaların yanında çok az faaliyeti yüksek tehlikeli olarak belirlediği ve kusursuz sorumluluğu uyguladığı görülmektedir. Gerçekten de Amerikan mahkemeleri istisnaları olsa da patlama, tehlikeli kimyasal ve maddelerin söz konusu olduğu davalar dışında, tehlikeli faaliyetler için öngörülen kusursuz sorumluluğu uygulamayı reddetmektedir. Hatta belirli yargılamalarda patlatma (*blasting*) kusursuz sorumluluğun uygulandığı tek faaliyet olarak ortaya çıkmaktadır³¹⁷. Bununla birlikte Amerikan mahkemelerine göre bazı davalarda

³¹⁵ Gary T. Schwartzs, "The Vitality of Negligence and the Ethics of Strict Liability", **Georgia Law Review**, C. 15, 1981, s. 602-608.

³¹⁶ *Indiana Harbor v. American Cyanamid Co.*, 916 F.2d 1174 (7th Circuit 1990), (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com> , 15.05.2014; Diamond, **Cases and Materials**, s. 484; Galligan Jr., vd., **Cases, Perspectives, and Problems**, s. 439.

³¹⁷ Bu noktada tehlikeli faaliyetler için uygulanan kusursuz sorumluluğun neredeyse yok olma noktasına geldiğini iddia edenler dahi vardır. Gerald W. Boston, "Strict Liability for Abnormally

kusurun tespiti hususunda hatalar yapılmaktadır³¹⁸. Örneğin, davalının yüzde altmış oranında kusurlu olduğu bir davada kusur oranı yüzde on olarak belirlenebilir. Bu tip hatalar genellikle kusura ilişkin delilleri yok eden kazaların incelendiği davalarda, kusura ilişkin delillere ulaşamaması veya ulaşılmasının çok zor olması halinde ortaya çıkar. Bu tip davalarda aslında davalı kusurludur. Örneğin, mahkemeler yanıcı madde nakliyesi sırasında yanıcı maddenin patlamasıyla delillerin yok olmasını bu bağlam içinde değerlendirmektedirler³¹⁹.

Tehlikeli faaliyetler için uygulanan kusursuz sorumluluğunun oldukça az kararda uygun bulunması göstermektedir ki, mahkemelere göre bu faaliyetlerin barındırdığı ciddi riskler, kusur sorumluluğu prensibinin uygulanmasıyla da etkin olarak ortadan kaldırılabilir. *Restatement*'a göre de *yüksek derecede önemli risk, makul özenin gösterilmesiyle* engellenebiliyorsa, kusursuz sorumluluğun uygulanması mümkün değildir³²⁰. *Restatement*'a göre tehlikeli faaliyetler için aranan şartların hepsi kusursuz sorumluluğun uygulanabilmesi açısından önem arz eder. Uygulamada ise mahkemeler, kararlarını verirken *Restatement*'ta yer alan şartları alıntılarla fakat çoğunlukla zarar görenin, makul özenin tehlikeyi minimum düzeye indiremeyeceğini ispat etmede başarısız olduklarına karar verirler. Gerçekten de verilen bir çok kararda bu husus, kusursuz sorumluluk taleplerinin reddine yol açmıştır. Mahkemelere göre, sadece çok az sayıdaki riskli faaliyet gereken önlemlerin alınmasına rağmen güvenli olarak sürdürülemez. Bu açıdan mahkemelerin belirtmek istediği, faaliyet, yüksek derecede risk taşıyan bir faaliyet olarak düşünülse bile, makul özeninin gösterilmesiyle hemen hemen tüm risklerin kabul edilebilir bir seviyeye indirilebileceğidir³²¹. Genellikle, faaliyeti yürüten taraf, riski de kontrol altında tutabilecek pozisyonadadır. Bu nedenle faaliyeti yürüten tarafın önlemleri almada makul özeni göstermesi, çoğunlukla riski yok edecek ya da en azından riskin yüksek olmasını önleyecektir. Bu hallerde kusur sorumluluğu, hem faaliyeti yürüten taraf açısından caydırıcı olacak hem de bu faaliyetten zarar gören

Dangerous Activity: The Negligence Barrier”, *San Diego Law Review*, C. 36, 1999, s. 597-598; David G. Owen, *Madden and Owen on Product Liability*, 3. bs., 2000, s. 394.

³¹⁸ Simons, *Strict Liability*, s. 8.

³¹⁹ Boston, *The Negligence Barrier*, s. 645.

³²⁰ Boston, *The Negligence Barrier*, s. 598.

³²¹ Epstein, *Cases and Materials 2004*, s. 631.

için uygun tazmini sağlayacaktır³²². Bu nedenle zarar görenler kusursuz sorumluluk iddialarında nadiren başarılı olurlar. Zira, mahkemelere göre, kusur prensibi, gereken önlemlerin alınmasını etkin olarak dayatan bir işleve sahiptir³²³. Şu halde; faaliyetlerden doğan zararların, önleyici tedbirlerin uygulanması yoluyla engellemesi mümkünken, kusur sorumluluğunun uygulanması yeterli bir çözüm yoludur. Bununla birlikte özen eksikliğinin olmadığı ya da tespit edilemediği durumlarda kusursuz sorumluluğun uygulanması, zarar vereni faaliyet seviyesini gözden geçirmesine sevk edebileceği için önleyicilik bağlamında uygun bir tercih olabilir³²⁴. Görünen o ki; Amerikalı hakimler de riskin, makul özenin gösterilmesiyle engellenebileceği ya da en azından seviyesinin azaltılabileceği faaliyetlerde, faaliyeti yürütene, faaliyet yerini değiştirmesi, faaliyet konusunu değiştirmesi ya da faaliyet seviyesini düşürmesi gibi faaliyet seviyesine ilişkin çözüm aratabilecek olan kusursuz sorumluluğu uygulamayı reddetmektedirler³²⁵.

Amerikan hukukunda etkin olan bu yaklaşım dolayısıyla kusursuz sorumluluk, tehlikeli faaliyetler açısından oldukça dar yorumlandığı söylenebilir³²⁶. Ancak ifade edilmesi gereken önemli bir husus daha vardır. *Restatement*'a göre; yürütülen faaliyetin taşıdığı yüksek riskin, hem faaliyeti yürüten hem de bu faaliyetin güvenlik seviyesine katkıda bulunan diğer tüm kişilerce makul özenin gösterilmesine rağmen engellenemiyor olması gerekmektedir³²⁷. Bir başka ifadeyle bir faaliyetin yüksek riski hem zarar veren hem de zarar gören tarafından gösterilen makul özene rağmen engellenemez olmalıdır. Aksi durumda faaliyetin tehlikeli kabul edilerek zarar veren için kusursuz sorumluluk kurulması mümkün olmaz. Şu halde, kusursuz sorumluluk zarar görenlerin tamamen hareketsiz kaldıkları, kendilerini koruma imkanlarının zor olduğu davalar için uygundur. Bu

³²² Joseph, W. Glannon, **The Law of Torts**, 4. bs., Aspen, 2010, s. 331.

³²³ Boston, **The Negligence Barrier**, s. 598.

³²⁴ Henderson, **Negligence**, s. 393; Franklin, **Tort Law and Alternatives**, s. 525; Simons, **Strict Liability**, s. 12.

³²⁵ Hahn v. Chevron, USA. Inc., 60 F3d 828 (6th Cir. 1995); Henderson v. United States, 965 F.2d 1488, 1496 (8th Cir. 1992); Indiana Harbor v. American Cynamid Co., 916 F.2d 1174 (7th Circuit 1990); Toledo v. Van Waters&Rogers, Inc., 92 F.Supp. 2d 44,55 (D.R.I. 2000) (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com> , 10.10.2014.

³²⁶ Simons, **Strict Liability**, s. 7.

³²⁷ Epstein/Sharkey, **Cases and Material on Torts**, s. 658.

açından bir çok faaliyetin ise tüm taraflarca gereken makul önlemlerin alınmasıyla genel olarak güvenli biçimde sürdürülebileceği iddia edilebilir³²⁸. Dolayısıyla bu şart gereği kusursuz sorumluluğun uygulama alanı daha da daralmaktadır.

Bununla birlikte tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluk dar bir uygulama alanına sahip de olsa belirli hallerde uygulama alanı bulmaktadır. Amerikan hukukunda bir zarar gören, birden fazla sorumluluk sebebine dayanarak dava açabilir. Örneğin, Clark-Aiken Company v. Cromwell-Wright Company, Inc.³²⁹ davasında davacı, davalının arazisinde inşa ettiği barajdan kendi mülküne gelen suların verdiği zarar sebebiyle kendisini hem kusur hem de kusursuz sorumluluk ilkeleri altında dava etmiştir. Mahkeme, her iki sorumluluk türünün de aynı anda bulunan hukuki sebep olmasında bir sakınca görmemiştir. Mahkeme kararında, “Esasen, bir kusursuz sorumluluk davası, kusur sorumluluğunun unsurlarını da taşır. Bu durum ise davacının kusursuz sorumluluk uyarınca tazminine engel teşkil etmez. Davacı, davasını hangi ilke altında kurmasının ekonomik ve uygulanabilir olduğuna karar vermelidir. Ancak davacının birini seçmesi, diğerinin varlığının ve canlılığının olmadığı anlamına gelmez.” şeklindeki ifadeye yer vererek kusur sorumluluğunun Amerikan hukukundaki tek sorumluluk biçimi olmadığına da dikkat çekmiştir.

Amerikan hukukunda tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun uygulanma ihtimali gündeme geldiğinde, bu sorumluluk biçimine ait şartlar, belirli bir amaca yönelik olarak yorumlanmakta ve gerekçelendirilmektedir. Hemen her davada bu durumu gözlemek mümkündür. Bu sorumluluk biçiminin ilk uygulanmaya başladığı zamanlarda ileri sürülen gerekçeler dikkate alındığında, iki gerekçenin önem arz ettiği ve sorumluluğun temelini oluşturduğu görülmektedir. Birincisi, zarara katlanmak noktasında kural olarak iki kusursuz taraf arasında yapılan tercihtir. Bu tercihin nasıl değiştiği iki dava üzerinde örneklendirilebilir. *Booth v. Rome*³³⁰ davasında New York mahkemesi, patlayıcıların verdiği zararlardan doğan sorumluluk için “*trespass*” kuramını uygulamış ve sarsıntıdan doğan zarar için ise

³²⁸The Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm § 20 (2010); Boston, **The Negligence Barrier**, s. 651.

³²⁹ Clark-Aiken Company v. Cromwell-Wright Company Inc., 323 N.E.2d 876, Mass., 1975.

³³⁰ Booth v. Rome, W&O.T.R Co. 35 N.E. 592, 596, N.Y., 1893.

sorumluluk olmayacağına hükmetmiştir. Ancak daha sonra yine New York mahkemesi, *Booth in Spano v. Perini*³³¹ davasında verdiği önceki kararından vazgeçmiş ve patlatma faaliyetinin yarattığı sarsıntı sebebiyle doğan zararlar için kusursuz sorumluluğu uygulamıştır. Bu açıdan mahkemenin, “*Asıl mesele, patlatma faaliyeti yürütmenin hukuka uygun ya da aykırı bir faaliyet olması değil, bu faaliyetten doğan zararlara kimin katlanması gerektiğidir. Yani tehlikeli faaliyeti yürüten mi yoksa bundan dolayı masum zarar gören mi?*” demek suretiyle, sorumluluğu, iş yapmanın bir maliyeti olarak işletmeye yüklediği görülmektedir. Bu açıdan mahkemenin zarara katlanma noktasında tercihini zarar verenden yana kullandığı açıktır.

İkinci gerekçe ise, bu sorumluluk biçiminin uygulanmasının esasen pasif ya da etkisiz zarar görenleri korumak maksadıyla olabilmesidir. Bir diğer deyişle zarar görenlerin kendilerini korumak için bir önlem almalarının genellikle beklenemeyeceği zararlar için bu sorumluluk biçimi uygundur. Buna göre de zarar görenin faaliyetle birçok açıdan herhangi bir ilişkisinin olmaması gerekir. Örneğin, *Yukon Equipment, Inc. v. Fireman’s Fund Insurance Co.*³³² davasında mahkeme, *Exner v. Sherman Power Constr. Co.*³³³ davasını takip etmiş ve bu davadaki kararın geniş biçimde uygulandığı belirterek, bu mahkemede kabul edilen gerekçeyi alıntılanmıştır. Gerekçeye göre, “*İşinin gereği hukuka uygun bir faaliyet yürüten kimsenin diğerine verdiği zarardan sorumlu olmasında, çatışan menfaatlerin dengelenmesi söz konusudur. Bu davada da olduğu gibi, işinde kullanması için patlayıcı maddelerin depolanması gibi çok tehlikeli bir faaliyetle uğraşan kimsenin, kusuru olmasa da sorumlu tutulmaması için haklı bir gerekçe yoktur. Faaliyetle zarar görme dışında hiçbir ilgisi olmayan kişi yerine, işin sahibinin zarara katlanması gerekir.*”

Zaman içerisinde bu gerekçelerin içeriği genişletilmiş ve bu gerekçelere yenileri de eklenmiştir. Amerikan haksız fiil hukukunda genel olarak düzeltici adalet

³³¹ Booth in Spano v. Perini, 250 N.E. 2d 31, N.Y., 1969.

³³² Yukon Equipment, Inc. v. Fireman’s Fund Insurance Co., 585 P.2d 1206, Alaska, 1978.

³³³ Exner v. Sherman Power Constr. Co., 54 F.2d 510 2d Cir., 1931.

ve önleyicilik olarak ifade edeceğimiz iki amacın izlenmesi, tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun uygulanma gerekçelerinde de kendini göstermektedir. Buna göre, toplumsal alana karşılıklı olmayan risk getirenler, bu risklerden karşılıklı olmayan yarar sağlayanlar ve tek tarafın kontrolüne tabi faaliyet yürütenler için kusursuz sorumluluk uygun bir sorumluluk biçimidir. Bu gerekçelerden çıkan sonuç, kusursuz sorumluluğun esasen tek taraflı kazalar için uygun olduğudur. Bununla birlikte, tehlikeli faaliyetler açısından önleyiciliğin sağlanması için kusursuz sorumluluk uygulama amacı da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Zira tek taraflı kazalarda hem özen hem faaliyet seviyesine dikkat etmek suretiyle olası kaza sayısını azaltabilecek tek taraf vardır. Tüm bu nedenlerle de bu sorumluluk biçimi, zarar görenin etkisiz ya da pasif olduğu kazalar açısından gerekçelendirilmekte ve bu sebeple kabul edilmiş görülmektedir. Zarar görenin bu derece etkisiz olduğu bir kazada ise kaza maliyetlerine işi yürüten olarak zarar veren katlanmalıdır.

Bu kabulün ise oldukça önemli sonuçları vardır. Zira, zarar görenin az dahi olsa faaliyete etki etme imkanı olduğu tespit edilirse sorumluluk tartışmalı hale gelmektedir. Bu hususun en net görünümü, üçüncü Restatement'ta yer alan uygulanma şartında karşımıza çıkmaktadır. Bu şarta göre, faaliyetin yüksek riski tüm taraflarca gösterilecek makul özene rağmen azaltılmıyorsa faaliyet tehlikeli sayılır. Bu da demektir ki, zarar görenin de etkisi olabilecek, örneğin elektrik hatlarından kaynaklanan zararlarda sorumluluk uygulanmaz. Restatement'ta yer alan bir başka uygulanma şartı da bu durumu doğrulamaktadır. Yaygın kullanım olarak ifade edilen bu şarta göre bir faaliyet ne kadar yaygınrsa risk ve yarar o derece karşılıklıdır. Bir faaliyetin yaygın olup olmadığı değerlendirmesi ise mahkemelere göre farklılık arz edebilmektedir. Örneğin, çok fazla izleyiciyle yapılan bir havai fişek gösteri yaygın kabul edilip, bu faaliyetten doğan zararlar kusurun tespit edilemediği noktada zarar gören üzerinde bırakılabilir. Bununla beraber Amerikan hukukunda tehlikeli bir faaliyetten yarar sağlamak dahi sorumluluğun kurulmasını engelleyebilir. Zira bu durumda da zarar gören etkisiz ya da pasif kabul edilmez. Bu açıdan denebilir ki, tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun uygulama alanı sadece dar değil, aynı zamanda uygulanma şartları da aşırı dar uygulamaya yol açacak şekilde katı yorumlanmaktadır.

B. TÜRK HUKUKUNDA

Türk hukuku açısından baktığımızda ise, Türk haksız fiil hukukunda da sorumluluğun dayandığı esaslar birbirinden farklı olabilir. Her ne kadar Türk Borçlar Kanunu'nda tanımlanmış olmasa da Türk haksız fiil hukukunda sorumluluğun dayandığı ana esas, kusur esasıdır. Bu esasa dayanan sorumluluğa göre, kişinin, fiilinden doğan bir zarardan sorumlu tutulabilmesi için, o kişinin kusurlu olması gerekmektedir³³⁴. Buna göre, bir kişiyi sadece kusuru olması halinde zararı tazminle sorumlu tutmak, Türk hukuku açısından adil ve etik görülmektedir³³⁵. Elbette ki Türk hukukunda da kusursuz sorumluluk gibi farklı sorumluluk esaslarına dayanan sorumluluk biçimleri mevcuttur³³⁶. Ancak genel sorumluluk prensibinin kusur sorumluluğu olduğu hususu üzerinde uzlaşma sağlanan bir konudur.

Hem Türk hem de Amerikan hukukunda kusur sorumluluğun temel prensip olmasının sebebi, caydırıcı işlevinin yanı sıra, zarar gören için uygun tazmini de sağlıyor olmasıdır. Kusur esasına dayalı bir sorumluluğun öngörüldüğü hallerde zarar veren, zararın ortaya çıkmasına kusurlu bir davranışı sebebiyle yol açmışsa, zarar görenin uğradığı bu zararı tazmin etmek zorunda kalır³³⁷. Hem etik hem de adil bulunan bu esasın, taraflar açısından tatmin edici bir çözüm sunduğu kabul edilebilir³³⁸. Şu halde; belirli bazı durumlar haricinde kusur esasına dayanan sorumluluk prensibinden ayrılmaya da gerek yoktur.

Bu çerçevede, TBK m. 71 hükmün kapsamı, esas olarak hükmün yorumlanmasıyla belirlenecektir. Yorum yönteminde ise temel ölçüt hükmün amacı olmalıdır. Bununla birlikte hükmün gerekçesinden veya meclis görüşmelerinden kanun koyucunun amacını kesin olarak tespit etmek mümkün olmayabilir. Bu nedenle da günümüzdeki gelişmeler, korunması gereken değerler ve çatışan

³³⁴ Halûk N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. bs., Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 137; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 510; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 8; Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 319; Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku C. II**, s. 2.

³³⁵ Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku C. II**, s. 2.

³³⁶ Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 89-243; Nomer, **Borçlar Hukuku**, s. 155-197.

³³⁷ Nomer, **Borçlar Hukuku**, s. 137; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Hukuku**, s. 475.

³³⁸ Boston, **The Negligence Barrier**, s. 650; Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku C. II**, s. 2, 52.

menfaatler göz önüne alınarak kanun koyucunun tehlike sorumluluğuna ilişkin anılan hükmü neden ihdas ettiği yorum yöntemiyle belirlenmelidir. Tehlike sorumluluğunun amaca uygun yorumu ise hükmün lafzı, tarihsel çıkış sebepleri, varlığı için ileri sürülen gerekçeler ve toplumsal gerçeklik ışığında yapılmalıdır³³⁹. Bu çerçevede, tehlike sorumluluğunun amacının, tüm özenin gösterilmesi halinde dahi belirli bir artık risk içeren faaliyetlerin önceden öngörülebilir ama engellemeyen zararlarının, tehlikeli faaliyetten faydalananlar tarafından karşılanmasıdır³⁴⁰. Bununla birlikte, TBK m. 71’de, zararın tipik tehlike neticesinde meydana gelmesi gereği açıkça belirtilmemiş olması ve ağır veya sık zarara sebebiyet vermenin göreceli ve soyut kavramlar olması nedeni ile hükmün amacını aşar şekilde geniş yorumlanması tehlikesi söz konusudur³⁴¹. Tehlike sorumluluğunun, kusursuz sorumluluk öngörmesi ve haksız fiil sistemimizde kusur sorumluluğu ilkesinin benimsenmiş olması nedeni ile kapsamının dar tutulması kanımızca daha uygun bir yaklaşım olarak görünmektedir³⁴².

Türk hukukunda da elbette ki kusursuz sorumluluk için haklı gerekçeler ileri sürülmüştür. Ancak yine de bu hüküm bir istisnadır. Bu nedenle tehlike ilkesi sorumluluk hukukunun genel ilkesi olarak kabul edilemez³⁴³. İstisnai hükümlerin sınırlarının ve koşullarının belirsiz olması sorumluluğun da belirsiz bir sorumluluk biçimi olmasına yol açabilir. Bu durumda da bu hükmün kural haline gelme ihtimali olabilir. Bu da kusurun bir koşul olmaktan çıkması demektir³⁴⁴. Bu nedenle tehlike fikri dar bir anlamda kabul edilmelidir³⁴⁵.

³³⁹ Hukukçunun, kuralı yorumlarken dil, tarih, kontekst, amaç olarak ifade edilen klasik yorum öğelerine ve çağdaş yorum yöntemi ışığında sosyal realite olarak ifade edilen güncel gelişmeler ve değer yargılarına, çözümün pratik sonuçlarına ve ülke gerçekliğine uygun yorumda bulunması gereklidir. Rona Serozan, **Hukukta Yöntem**, 2. bs., İstanbul, Vedat Kitaçılık, 2017, s. 137-138.

³⁴⁰ Meliha Sermin Paksoy/Gizem Arslan Demir, “Üreticinin TBK 71 Kapsamında Sorumlu Tutulması”, **İÜHFİM, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Armağan**, C. LXXI, S. 2, 2013, İstanbul, s. 465

³⁴¹ Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 377; Bu kavramların kesin belli olmaması ve hakim takdirine kalmış olmasının hukuk güvenliğini zedeleyebileceği yönünde bkz. Nomer, **Borçlar Hukuku**, s. 183.

³⁴² Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 374; Öğretide bazı yazarlar genel tehlike sorumluluğu hükmünün kusur sorumluluğunun bir istisnası olmadığı düşüncesindedir. Yücel, **Tehlike**, s. 39; Çağlar Özel/Adem Keleş, “Tehlike Sorumluluğu ve Türk Borçlar Kanununun 71. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 2, Temmuz 2016, s. 358.

³⁴³ İmre, **Kusursuz Mesuliyet**, s. 45.

³⁴⁴ Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 377.

³⁴⁵ İmre, **Kusursuz Mesuliyet**, s. 45.

Bununla birlikte tehlike sorumluluğuna ilişkin genel hüküm uygulanırken elbette ki hükmün şartları somut olay açısından yorumlanacaktır. Ancak çözümün amaca hizmet etmesi için söz konusu hükmün şartlarının mutlaka tarihsel bağlamından koparılmadan ve varlığı için ileri sürülen gerekçeler göz ardı edilmeden somut olaya uygulanması gerekir. Aksi halde birçok işletme faaliyeti için tehlike sorumluluğunun uygulanması gerekecektir. Eğer ki amaç, işletmeler için belirli bazı gerekçelere dayanarak genel bir kusursuz sorumluluk hali öngörmek olsaydı tehlike sorumluluğuna ilişkin hükmün geniş yorumlanması mümkün olabilirdi. Ancak Türk hukukunda da geçerli olan kusur sorumluluğun esas, kusursuz sorumluluğun ise istisna bir sorumluluk biçimi olduğunu kabul edersek söz konusu genel hükmün amaca hizmet edecek biçimde dar yorumlanması zorunludur. Bu noktada tekrar söylemek gerekir ki, kanımızca tehlike sorumluluğun ya geniş ya da dar yorumlanması gerekecektir. Kanunun lafzısına sıkı sıkıya bağlı kalarak, uygulanma şartlarının şeklen uyduğu düşünölen her somut olayda uygulanması mümkün olursa, hükmün işletmeler için esas sorumluluk biçimi olacak şekilde yorumlanması kaçınılmazdır. Bu nedenle hükmün konuluş amacının tarihsel açıdan ve gerekçeler ışığında incelenerek dar uygulamanın kabul edilmesi bu ihtimalin ortadan kalkması için zaruridir.

Türk hukuku ile Amerikan hukukunu karşılaştırdığımızda ise esasen benzer gerekçelerle tehlike sorumluluğunun uygulandığını görölmektedir. Ancak TBK m. 71'de öngörölen uygulanma şartları Amerikan hukukuna göre daha geniş bir uygulama alanına imkan sağlamaktadır. Örneğin, ilgili maddede zarar gören tarafından gösterilecek özenin, tehlikeli faaliyet belirlemesi ve sorumluluğun kurulması aşamasında aranan bir şart olmaması tehlike sorumluluğun uygulama alanını Amerikan hukukuna göre oldukça genişletebilir. Aynı zamanda yaygınlık şartının da bahsi geçen maddede yer almaması aynı sonucu doğuracaktır. Ancak bu husus, tehlike sorumluluğunun Türk hukukunda geniş yorumlanması gerektiğini göstermez. Bu nedenle sorumluluğun sadece lafzi yorumlanması, hemen her işletmenin tehlikeli kabul edilmesine yol açabilecek, kusur esasına tehdit oluşturabilecektir. Bu açıdan kanımızca Türk hukukunda da sorumluluğun dar uygulanması, maddenin sadece lafzına bakarak değerlendirilmemesi, sorumluluğun

belirli normatif gerekçelere dayanılarak dar yorumlanması gerekmektedir. Ancak bu dar yorum, Amerikan hukukunda olduğu gibi zarar görenin aleyhine olacak şekilde aşırı katı da olmamalıdır. Örneğin, zarar görenin salt fayda sağlaması gerekçesine dayanarak sorumluluğun saf dışı bırakılması kabul edilmemelidir.



İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK AMERİKAN HUKUKUNDA TEHLİKELİ FAALİYETLERDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN UYGULANMA ŞARTLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

I. GENEL OLARAK

Amerikan hukukunda haksız fiil hukukunun, mahkemelerin bireysel davalarda vermiş olduğu kararlarla şekillenmiş olması, tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun anlaşılması için bu alanda verilen mahkeme kararlarının incelenmesini zorunlu kılmaktadır¹. Bu nedenle, hangi tür davalarda tehlikeli faaliyetlerden dolayı kusursuz sorumluluk uygulanacağı ya da diğer bir deyişle tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun hangi uygulanma şartlarını gerektirdiği bu kararlardan çıkan genel ilkeler neticesinde somutlaştırılmalıdır. Bununla birlikte Amerikan hukukunda haksız fiil alanında yayımlanan ve yukarıda önemini açıkladığımız *Restatement* isimli hukuk derlemeleri de, tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun uygulanma şartlarının tespit edilmesinde kıymetli bir rehberdir. Zira bu derlemeler, mahkeme kararlarında ortaya çıkan ilkelerin karışık yapısını netleştirme amacı taşımakta ve Amerikan hukukunun daha kolay anlaşılmasına yardımcı olmaktadır. Bu nedenle çalışmamızın temel konusu olan tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun uygulanma şartlarının ne olduğu sorusunun cevabı, esas olarak bu derlemeler incelenmek suretiyle cevaplandırılmaya çalışılacak, yeri geldiğinde de mahkeme kararlarında aldıkları görünümle yorumlanmaya çalışılacaktır. Amerikan hukukundaki bu şartlar, daha sonra da TBK m. 71’de yer alan uygulanma şartlarıyla karşılaştırılarak, Türk hukukundaki genel tehlike sorumluluğunun şartlarının nasıl yorumlanmasının uygun olacağına yönelik görüşler ifade edilecektir.

¹ Johnson, *American Tort Law*, s. 4; Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, *Torts*, s. 19.

Amerikan hukukunda haksız fiil alanında yayımlanan üç adet Restatement bulunmaktadır². Bu derlemelerin hepsinde tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluk için belirli uygulanma şartları açıklanmıştır. Ancak hemen belirtmek gerekir, Amerikan mahkeme kararları incelenirken ve tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun şartları izah edilmeye çalışılırken tüm Restatement'larda yer alan şartlara değinilecek olsa da, çalışmamız boyunca esas alınacak Restatement, üçüncü ve son olarak yayımlanmış olan *Restatement(third) of Torts* isimli derlemedir. Zira bu alanda yayımlanan son derleme olması, onun Amerikan hukukunun genel olarak son geldiği noktayı aydınlattığı anlamına gelmektedir. Bununla birlikte Amerikan hukuku bakımında ikincil bir kaynak olan Restatement'lar her ne kadar hukuku derleme amacıyla yayımlansa da mahkeme kararlarında sık sık atıf yapılan düzenlemelerdir.

1939 yılında yayımlanan haksız fiil hukuku alanındaki ilk Restatement'ta yer alan şartlara göre; eğer bir faaliyet *yüksek derecede tehlikeliyse ve bu tehlike, azami özen (utmost care) gösterilmesine rağmen engellenemiyorsa* kusursuz sorumluluk uygulanacaktır. Ancak söz konusu faaliyetin aynı zamanda *yaygın olarak yapılan bir faaliyet olmaması* gerekmektedir³.

İlk bölümünün 1965, son bölümünün ise 1979 yılında yayımlandığı haksız fiil alanında çıkarılan ikinci Restatement'a göre ise, bir faaliyetin tehlikeli faaliyet olarak kabul edilebilmesi için belirli bazı faktörlerin değerlendirilmesi gerekmektedir⁴. Bu faktörler; *kişiye ya da başkalarının taşınır veya taşınmaz mallarına karşı yüksek*

² Haksız fiil başlıklı söz konusu bu Restatement'ların yanı sıra, sorumluluk hukukundaki ürün sorumluluğu konusunu ayrıca derleyen Restatement da bulunmaktadır. Bkz. Restatement of Torts (Third), Products Liability (1998) (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 17.12.2014.

³ "An activity is ultrahazardous if it (a) necessarily involves a risk of serious harm to the person, land or chattels of others which cannot be eliminated by the exercise of utmost care, and (b) is not a matter of common usage."

The Restatement of Torts, § 519, (1939) (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 17.12.2014.

⁴ The Restatement (second) of Torts, § 520, (1977), (çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>

"In determining whether an activity is abnormally dangerous, the following factors are to be considered:

- (a) existence of a high degree of risk of some harm to the person, land or chattels of others;
- (b) likelihood that the harm that results from it will be great;
- (c) inability to eliminate the risk by the exercise of reasonable care;
- (d) extent to which the activity is not a matter of common usage;
- (f) extent to which its value to the community is outweighed by its dangerous attributes."

zarar riskinin varlığı, doğacak zararın büyük olma ihtimali, zararın makul özen gösterilmesine rağmen kaçınılamaz olması, faaliyetin yaygın bir faaliyet olmaması, faaliyetin yapıldığı mahale uygun bir faaliyet olmaması, faaliyetin sosyal değerinin faaliyetin tehlikeli özelliğinden ağır basmamasıdır. İkinci Restatement'teki yaklaşıma göre bir faaliyetin tehlikeli olup olmadığı değerlendirilirken bu faktörler göz önünde tutulur. Ancak somut olayda bu faktörlerin hepsinin bir arada bulunması gerekmez⁵. Bu değerlendirme mahkemelerin takdirindedir. Örneğin yüksek risk taşıyan bir faaliyet yaygın bir faaliyet olsa da mahkemeler tarafında tehlikeli olarak kabul edilebilir.

2010 yılında yayımlanan ve haksız fiil alanındaki son Restatement ise ikinci Restatement'in bu yaklaşımından vazgeçmiş ve büyük ölçüde birinci Restatement'teki anlayışa geri dönmüştür⁶. Buna göre bir faaliyetin tehlikeli olabilmesi için kabul edilen şartların hepsinin somut olayda gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu şartlara göre de bir faaliyetin tehlikeli kabul edilebilmesi için söz konusu faaliyetin, tüm taraflarca makul özenin gösterilmesine rağmen öngörülebilir ve yüksek derecede maddi zarar riski yaratması ve yaygın olarak yürütülmemesi gerekmektedir⁷. Bu noktada belirtmek gerekir ki, TBK m. 71 hükmünde öngörülenin aksine, Amerikan hukukunda faaliyeti yürütenin bir işletme olup olması, sorumluluğun kurulması açısından bir fark yaratmamaktadır.

Bu alanda en son çıkarılan üçüncü Restatement'in, uzun yıllara yayılan bir etki alanı olan ikinci Restatement'a göre daha farklı bir yaklaşım sergilemesi, hem ikinci Restatement'in çok faktörlü düzenlemesinin net sonuçlar yaratmayacağına ilişkin eleştiriler, hem de mahkemelerin ikinci Restatement'in döneminde dahi

⁵ Phillips, vd., **Tort Law**, s. 1107; The Restatement (second) of Torts, § 520, cmt. f, (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 16.01.2015.

⁶ Vetri, vd., **Tort Law and Practice**, s. 771; Dobbs/Hayden/Bublick, **Torts**, s. 859.

⁷ The Restatement (third) of Torts; Physical and Emotional Harm § 20 (2010);

(a) An actor who carries on an abnormally dangerous activity is subject to strict liability for physical harm resulting from the activity.

(b) An activity is abnormally dangerous if:

(1) the activity creates a foreseeable and highly significant risk of physical harm even when reasonable care is exercised by all actors; and

(2) the activity is not one of common usage.

esasen birinci Restatement'ta yer alan şartlara daha fazla vurgu yapıp, kararlarını buna göre oluşturmuş olmalarıdır⁸. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, konuya ilişkin incelenen mahkeme kararları da, üçüncü Restatement, 2010 yılında yayımlanan yeni bir Restatement olduğu için ikinci Restatement döneminde verilmiş olan kararlardır. Ancak, hem geçmiş dönem uygulamasını derleyen hem de yeni dönemde bir rehber vazifesi görececek olan “*Restatement (third) of Torts*” içinde yer alan tehlike sorumluluğu unsurlarının incelenmesi, Amerikan hukukunun tehlikeli faaliyetlere uygulanacak sorumluluk açısından bugün ulaştığı noktaya dair daha net bilgi sahibi olunmasını sağlayacaktır.

II. TEHLİKELİ FAALİYETLERDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN RESTATEMENT(THIRD) OF TORTS'TA YER ALAN UYGULANMA ŞARTLARININ TBK M. 71 HÜKMÜ İLE KARŞILAŞTIRILMALI OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

A. GENEL OLARAK

Amerikan haksız fiil hukuku alanında yayımlanan Restatement'lar her ne kadar bağlayıcı birer kaynak olmasa da mahkemeler, Restatement'lardaki düzenlemeleri kararlarında dikkate almaktadırlar⁹. Bu nedenle tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğa ilişkin birçok mahkeme kararında Restatement'lardaki uygulanma şartlarına atıf yapıldığı ve bu şartların değerlendirildiği açıkça görülmektedir. Bu noktada mahkeme kararları ile Restatement'larda yer alan şartların esasen birbirleri ile bir etkileşim içinde olduğunu söylemek yanlış olmaz. Ancak eklemek gerekir ki, Restatement'lar bağlayıcı bir hukuk kaynağı olmadıkları için, uygulanma şartlarının nasıl yorumlanacağı ve uygulanacağı tamamen mahkemelerin takdirindedir¹⁰.

⁸ Diamond, **Cases and Materials**, s. 480; Dobbs/Hayden/Bublick, **Torts**, s. 858:

⁹ Bkz. Klein v. Pyrodyne, 117 Wash. 2d 1, 810 P.2d 917 (1991); Siegler v. Kuhlman, 502 P.2d 1181 (1972); Indiana Harbor v. American Cynamid Co., 916 F.2d 1174 (7th Circuit 1990).

¹⁰ Epstein/Sharkey, **Cases and Materials**, s. 632.

Amerikan hukukunda tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun nasıl uygulandığını belirleyebilmek için uygulanma şartlarını detaylı incelemeden önce birkaç noktaya değinmek gerekir. Genel olarak bakıldığında mahkemeler, tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğu uygularken belirli şartlara daha fazla ağırlık vermişlerdir¹¹. Örneğin, bir faaliyetin yüksek zarar risk taşıması, bu riskin makul özen gösterilmesine rağmen azaltılamaması ve faaliyetin yaygın yürütülmeyle bir faaliyet olması mahkemelerin en önem verdikleri şartlardır¹². Bununla birlikte istisnai olsa da diğer şartlara önem veren mahkeme kararları da mevcuttur¹³.

Amerikan mahkemeleri, tehlikeli faaliyetlerden sorumluluk açısından her somut olayı ayrı ayrı değerlendirmekte, aynı faaliyet için dahi birbirinden farklı kararlar verebilmektedir. Bu noktada özellikle makul özen şartı öne çıkmaktadır¹⁴. Zira aynı tür faaliyetten dolayı ortaya çıkan bir zarar söz konusu olduğunda her somut olayda makul özen şartı özellikle incelenmekte ve farklı sonuçlara ulaşılabilmektedir. Amerikan mahkemelerinde dava açarken birden fazla hukuki sebebe dayanılabilmesi ve kusur sorumluluğunun Amerikan haksız fiil hukukunun temel sorumluluk biçimi olması, tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun tartışıldığı davalarda makul özen şartının özellikle önemli olmasına yol açmaktadır¹⁵. Bu nedenle bir faaliyetten doğan yüksek riskin makul özenle azaltılabileceğinin tespit edildiği hemen her davada mahkemeler, kusur sorumluluğu lehine karar yazmaktadırlar. Mahkemelerin bu yaklaşımından çıkan bir diğer sonuç ise, tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun dar uygulanması gereken bir sorumluluk türü olarak kabul gördüğüdür.

Mahkemelerin aynı tür faaliyetler için farklı kararlar verebilmeleri, aynı uygulanma şartlarını farklı yorumlamasından da kaynaklabilmektedir. Örneğin, bir

¹¹ Dobbs/Hayden/Bublick, **Torts**, s. 858

¹² Cities Serv. Co. v. State, 312 So.2d 799 (Fla. Dist. Ct. App. 1975); E.S. Robbins Corp. v. Eastman Chem. Co., 912 F.Supp. 1476 (N.D. Ala. 1995)

¹³ Faaliyetin sosyal değerinin yüksek olması sebebiyle kusursuz sorumluluğun uygulanamayacağı yönünde bkz. Ramada Inns, Inc. v. Salt River Valley Water Ass., 523 P.2d 496 Ariz.,1974.

¹⁴ Boston, **The Negligence Barrier**, s. 638.

¹⁵ Amerikan hukukunda bir faaliyetin tehlikeli olduğu ve bu nedenle kusursuz sorumluluğun uygulanması gerektiği kararı bir jüri kararı değil, mahkemeler tarafından "hukuk gereği" (*as a matter of law*) verilen bir karardır. Henderson/Pearson/Kysar, **Torts**, s. 466.

mahkeme yaygın kullanım şartını diğer bir mahkemeye göre farklı yorumlayabilmekte ve farklı sonuçlara varabilmektedir. Ancak genel olarak söylemek gerekir ki, çalışmamızda her ne kadar bazı farklılıklara dikkat çekilecek olsa da mahkeme kararlarında ortaya çıkan tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun uygulanma şartlarını belirli bir genellikte incelemek mümkündür.

Türk hukukunda ise genel tehlike sorumluluğunun uygulanma şartları TBK m. 71’de açıkça düzenlenmiştir. Buna göre bir faaliyetin tehlikeli bir faaliyet olup olmadığı, bir diğer deyişle tehlike sorumluluğunun uygulanıp uygulanmayacağı söz konusu maddede yer alan şartların somut olaydaki varlığına göre değişecektir.

Türk hukukunda genel tehlike sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 71 hükmünün temelinde tehlikeli faaliyet sürdürme yer almaktadır¹⁶. Fakat her tehlikeli faaliyet, tehlike sorumluluğuna yol açmayacaktır. Şöyle ki, hükmün ikinci fıkrasına göre, ancak “*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*” işletme önemli ölçüde tehlikeli kabul edilmiştir. Bu nedenle önce tehlikeli işletmenin tespiti şarttır.

Hükme göre, tehlikeli faaliyetin mahiyetinin veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçlerin göz önünde tutulması çerçevesinde bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Ancak bu düzenlemede kabul edilen ölçütler, o kadar geniştir ki bu ifadeler ile herhangi bir sınırlama getirilmesi söz konusu değildir¹⁷. Zira salt bu ölçütler dikkate alındığında birçok faaliyetin amacı aşar biçimde tehlike sorumluluğuna tabi olması mümkün olabilir. Bu nedenle ikinci fıkradaki sınırlama büyük önem arz etmektedir. Bu sınırlama ise işletmenin yürüttüğü faaliyetin uzman bir kişiden beklenebilecek tüm özenin gösterilmesi halinde dahi sıkça veya ağır zararlar ortaya çıkarmasıdır. Buna göre, tüm özenin gösterilmesi halinde dahi engellenemeyen bir risk söz konusu olmalıdır¹⁸. Bu risk,

¹⁶ Özel/Keleş, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 358.

¹⁷ Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 377; Paksoy/Arslan Demir, **TBK 71**, s. 456.

¹⁸ Sanlı, **Kusursuz Sorumluluk**, s. 75.

tehlike faaliyetler yürüten işletmelerin farklı bir düzenlemeye tabi tutulmasının temel nedenidir. Zira bu tür bir risk ihtiva etmeyen faaliyetlerde kusur sorumluluğu zararın karşılanması için yeterli olacaktır. Bir faaliyetin TBK m. 71 kapsamında tehlikeli sayılması için bu iki unsur da mevcut olmalıdır¹⁹.

Tehlikeli faaliyetin tespitinde tüm özenin gösterilmesi halinde dahi engellenemeyen bir riskin olması temel bir şart olsa da sık veya ağır zarara yol açmak göreceli kavramlardır ve tehlikeli faaliyetin belirlenmesi için tam olarak yeterli bir sınırlama içermemektedirler²⁰. Zira kanaatimizce, ağır ve sık kavramları, ağır ve sık olmayan bir veri kıyaslamasını gerektirmektedir. Neyin normal sıklıkta veya ağırlıkta zarar olduğunu tespit etmek ise güçtür. Bu çerçevede, hükmün bu hali ile sık ve ağır zarar hâkimin takdirine göre belirlenecektir²¹. Fakat tehlikeli faaliyetin bu şekilde muğlak tanımlanması nedeni ile tehlike sorumluluğunun kapsamının belirlenmesi ve hukuki güvenliğin sağlanması için zararın tipik tehlike neticesinde ortaya çıkması unsuru daha da önem kazanmaktadır.

Bu doğrultuda TBK m. 71’de açıkça belirtilmemiş olsa da hüküm amacı çerçevesinde işletme sahibi ve işleten, sadece tipik tehlike neticesinde ortaya çıkan zararlardan tehlike sorumluluğu esasına göre sorumlu olmalıdır²². Zira her işletmede sayısız farklı zararın gerçekleşme ihtimali vardır. Tehlike sorumluluğunda amaç, tehlikeli faaliyetin doğasında yer alan ve tüm özenin gösterilmesi halinde dahi tam olarak engellenemeyen zararın tazmin edilmesidir²³. Keza, tehlike sorumluluğunun, sorumluluk hukuku içerisindeki istisnai niteliği ve amacı gereği de tehlikeli faaliyet yürüten işletmeden kaynaklanan her türlü zararın değil, sadece tehlikeli faaliyetin ihtiva ettiği tipik riskin neden olduğu zararların tehlike sorumluluğu esasına göre

¹⁹ Büyüksağış, **Genel Sorumluluk Kuralı**, s. 4-5; Yılmaz, **Sebeplere Sorumlulukları**, s. 572.

²⁰ Nomer, **Borçlar Hukuku**, s. 183.

²¹ Büyüksağış, **Genel Sorumluluk Kuralı**, s. 11. TBK 71 hükmünün tehlikeli faaliyeti tanımlamasına rağmen halen soyut ve genel bir düzenleme niteliğinde olduğu ve diğer kusursuz sorumluluk hallerine kıyasla şartlarının belirsiz olduğu belirtilmektedir. Mehmet Erdem, “Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Tehlike Sorumluluğu”, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011, s. 220.

²² Nomer, **Borçlar Hukuku**, s. 183; Erdem, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 222-223 vd.

²³ Tandoğan, **Kusura Dayanmayan Sorumluluk**, s. 27.

tazmin edilmesi gerekir²⁴. İşletmenin faaliyeti neticesinde ortaya çıkan her türlü zarardan, bu bağlamda önceden tahmin edilemeyen zararlardan da kusursuz olarak sorumlu tutulması sözleşme dışı sorumluluk hukukunun genel amacı ile de örtüşmez²⁵.

B. TEHLİKELİ FAALİYETLERDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN ÖZNESİ

1. Amerikan Hukukunda

Amerikan hukukunda, hem haksız fiil alanında derlenmiş üç Restatement hem de mahkeme kararları incelendiğinde, tehlikeli faaliyetlerden doğan kusursuz sorumluluğun, şartları gerektiği takdirde herkes açısından uygulama alanı bulunduğunu söylemek gerekmektedir. Buna göre, Türk hukukundan farklı olarak Amerikan hukukunda kusursuz sorumluluğun uygulanması açısından zarar veren tarafın işletme olup olmasının önemi bulunmamaktadır²⁶.

Amerikan mahkemelerinde görülen davaların büyük çoğunluğunda tehlikeli faaliyetleri yürütenler, kar amacı güden şirketler gibi, bu faaliyetleri kendi finansal çıkarları için yürütenlerdir²⁷. Ancak uygulamada ortaya çıkan bu gerçek, tehlikeli faaliyetlerden doğan kusursuz sorumluluğun uygulanması için gerekli bir şart değildir²⁸. Tehlikeli faaliyetler için öngörülen kurallar, aynı şekilde bu faaliyeti ekonomik bir çıkar için yürütmeyen kişilere de uygulanır²⁹. Buna göre; kar amacıyla bir baraj işletene uygulanabilecek söz konusu sorumluluk kuralı, şartları oluşması

²⁴ Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku**, s. 186; Sanlı, **Kusursuz Sorumluluk**, s. 76; Erdem, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 224; Tandoğan, **Kusura Dayanmayan Sorumluluk**, s. 27; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 631; Ayça Akkayan Yıldırım, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu”, **İÜHFİM**, C. LXX, S. 1, 2012, s. 210; Özel/Keleş, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 362; Üçışık, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 141.

²⁵ Özel/Keleş, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 362.

²⁶ The Restatement of Torts, § 519, (1939); The Restatement (second) of Torts, § 520, (1977); The Restatement (third) of Torts: Physical and Emotional Harm, § 20 (2010).

²⁷ Epstein/Sharkey, **Cases and Materials**, s. 631.

²⁸ The Restatement of Torts, § 519, (1939); The Restatement (second) of Torts, § 520, (1977); The Restatement (third) of Torts: Physical and Emotional Harm, § 20 (2010).

²⁹ Epstein/Sharkey, **Cases and Materials**, s. 631.

halinde kendi özel kullanımı için yüzme havuzu yaptıran kişi için de uygulama alanı bulabilecektir³⁰. TBK m. 71 açısından mümkün olmayacak bu uygulama, Amerikan hukukunun Türk hukukundan temel bir farkını ortaya koymaktadır.

Amerikan hukukundaki bu yaklaşımın temelini de yukarıda önemini açıkladığımız *Rylands v. Fletcher*³¹ davasında aramak gerekir. Daha önce de belirttiğimiz gibi, Amerika'da uygulama alanı bulan tehlikeli faaliyetlerden doğan kusursuz sorumluluk esası köklerini bu davadan almakta, mahkemeler de kararlarında sık sık bu davadaki esaslara atıf yapmaktadır. Söz konusu dava ise daha önce detaylı olarak incelediğimiz gibi, kendi arazisinde su deposu inşa eden gerçek bir kişinin faaliyetinden doğan zararın tazmininin, belirli gerekçeler altında kusursuz sorumlu tutulmasıyla sonuçlanmış bir davadır.

Rylands v. Fletcher davasında mahkeme tarafından kabul edilen doğal olmayan kullanım kriteri, davanın Amerikan hukukuna etkisini incelerken belirttiğimiz gibi faaliyetin, yürütüldüğü yerde sıradan ve yaygın olmayan, bir diğer deyişle *olağan* olmayan bir faaliyet olması şeklinde yorumlanmıştır³². Amerikan hukukunda tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun, olağan olmayan bu tür faaliyetlere uygulanması da tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğunun düşünsel temelleri başlığında açıkladığımız *tehlike riskinin karşılıklılık içermemesi* gerekçesine dayandırılmaktadır³³. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi toplumsal yaşama diğerlerine göre daha büyük riskler taşıyan kişilere kusursuz sorumluluğun uygulanmasını temel alan bu ilke gereği, söz konusu davada sorumluluk işletme teşkil etmeyen bir kişiye uygulanmıştır. Zira bir faaliyetin olağan olup olmaması ya da büyük bir risk yaratması, o faaliyetin kim tarafından yürütüldüğü ile doğrudan ilgili değildir.

³⁰ Epstein/Sharkey, **Cases and Materials**, s. 631.

³¹ *Rylands v. Fletcher*, (1866) L.R. 1 Ex 265 affd. (1868) LR 3 HL 330.

³² Abraham, **Tort Law**, s. 175; Deakin/Johnston/Marquesinis, **Tort Law**, s. 538; Rogers, **Tort**, s. 704-707.

³³ *Fletcher*, **Fairness and Utility**, s. 548; Galligan Jr. vd., **Cases, Perspectives, and Problems**, s. 438.

Amerikan hukukunda kusursuz sorumluluk için ileri sürülen gerekçelerden biri de faaliyetten sağlanan *yararın karşılıklı olmaması* gerekçesidir. Bu gerekçe ise daha önce de belirttiğimiz gibi, sadece faaliyetten gelir sağlama olarak kabul edilmez. Amerikan mahkemelerine göre, olağan olan bir faaliyetin faydaları, toplum içinde daha geniş paylaşılır. Bu nedenle de yürütülmesinden büyük kazançlar sağlanan bazı faaliyetler diğer şartlar oluşmadığı takdirde tehlikeli kabul edilmezler³⁴. Amerikan mahkemeleri için önemli olan yine faaliyetin yararının yaygınlığı ölçüsünde tespit edilmesidir. Zira bir faaliyet toplumda birçok kişi tarafından yapılıyorsa o faaliyetin yararı toplum içinde birçok kişi için mevcuttur.

Faaliyetin olağanlığı, o faaliyetin ne derece yaygın olduğu ölçüsü ile belirlenmiş olan bu davada da faaliyetin kim tarafından yürütüldüğünü önemsiz hale gelmiştir. Örneğin, davadaki gibi kendi özel mülküne su deposu yaptırmak, o mahalde birçok kişi tarafından yapılan bir uygulamaysa artık bu riskler karşılıklıdır ve kusursuz sorumluluğa gerek yoktur. Zira o mahalde birçok kişi, başka bir kişi üzerinde aynı derecede büyük bir risk yaratmaktadır. Yine bu uygulama, o mahalde birçok kişi tarafından yapılan bir uygulamaysa bu faaliyetten elde edilen yarar karşılıksız değildir. Zira birçok kişi, su deposu yaptırmak suretiyle bir yarar elde etmektedir. Bu nedenle bu faaliyetler artık olağan faaliyetlerdir ve alışılmışın ötesinde tehlikeli kabul edilmezler. Bu noktada da faaliyetin bir işletme tarafından yürütülüp yürütülmemesi, sorumluluğun kurulması açısından teorik olarak bir önem arz etmez.

2. Türk Hukukunda

Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen genel tehlike sorumluluğu hükmüne göre ise tehlike sorumluluğundan bahsedebilmek için öncelikle tehlikeli faaliyet sürdüren bir işletme mevcut olmalıdır. Buna göre, sadece işletme sahipleri ve

³⁴ Geisfeld, **Enterprise Liability**, s. 145; The Restatement (third) of Torts: Physical and Emotional Harm, § 20 (2010).

işletenler tehlike sorumluluğu esasına göre sorumlu olacaktır. Kanun koyucu açıkça işletmeler dışında herkesi kapsam dışında bırakmıştır.

Bununla birlikte söz konusu hükümde sadece işletme ifadesi kullanıldığından ve işletmeye ilişkin bir tanıma yer verilmediğinden, bu ifadenin ne anlama geleceği hükmün uygulanması açısından büyük önem arz etmektedir. İşletmeler, genel olarak tanımlamak gerekirse, insanların ihtiyaç ve isteklerini yerine getirmek üzere mal ve hizmet üreten örgütlerdir³⁵. İşletmeleri, üretilen mal ve hizmet türlerine, üretim araçlarının sahipliğine, hukuki yapılarına, ulusal kökenlerine, ekonomik birleşmelere, amaçlarına ve büyüklüklerine göre çeşitli açılardan sınıflandırmak mümkündür³⁶.

Borçlar Kanunu'nun ilk tasarısı, Widmer/Wessner tasarısında olduğu gibi işletmeyi esas almamıştır. İlk tasarısının sonraki aşamalarda değişmiş olması ve kanunun yasalaşmış halinde işletme kavramının açıkça zikredilmesi, bu değişikliğin bilinçli olduğunu göstermektedir. Kanun koyucunun bu kararından menfaat ilkesi temelinde bu sorumluluğunun sadece işletmeler için uygun olduğunu düşündüğü ve risk paylaşımını bu şekilde yapmak istediği çıkarılabilir. Ancak işletmenin ne şekilde yorumlanacağı yine de tartışmalıdır. Örneğin, bu hükmün kapsamına sadece ticari işletmelerin mi yoksa tüm ekonomik işletmelerin mi dahil olduğu önemli bir sorudur. Bu noktada ifade etmek gerekir ki, Borçlar Kanunu'nun amacı tacir sıfatını tanımlamak ve tacir sıfatına sahip olmanın sonuçlarını düzenlemek değildir³⁷. Ayrıca Borçlar Kanunu'nun açıkça "ticari" sıfatını ifade etmemesi de önemlidir. Bu nedenle kanımızca işletme kavramı geniş yorumlanmalı ve sadece belli büyüklükteki işletmelere hasredilmemelidir³⁸.

³⁵ Canan Çetin/Lütfi Arslan, **Temel İşletmecilik**, 7. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2017, s. 5.

³⁶ Çetin/Arslan, **İşletmecilik**, s. 33 vd.; Vasfi Nadir Tekin/Leyla Şenol, **İşletme**, 3. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.

³⁷ Çekin, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 197.

³⁸ Sanlı, **Kusursuz Sorumluluk**, s. 77 vd.; Nomer, **Borçlar Hukuku**, s. 183; Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 377. TTK 11/1 hükmü uyarınca; ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir. Detaylı bilgi için bkz. Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, 15. bs., Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2017, s. 26.

İşletme kavramının geniş yorumlanması gereğine rağmen, tehlike sorumluluğuna tabi olacak işletmelerin tespitinde, tehlike sorumluluğunun temelinde yer alan ilkelerin dikkate alınması uygun olabilir. İşletmelerin kar amacı gütmeyen de ekonomik bir faaliyet yürütmeleri mümkündür. Bu sorumluluğunun varlığına dayanak olan ilkelerden menfaat ilkesi gereği, kar amacı güden ya da kar amacı gütmeyen de belirli bir bedel karşılığı mal veya hizmet sunan işletmelerin söz konusu sorumluluğa tabi olması kanımızca daha uygundur. Zira bu ilke gereği, tehlikeli bir faaliyet yürüterek bir menfaat temin eden kişi, bu menfaat karşılığında ortaya çıkan zararlardan kusursuz olarak sorumlu tutulmaktadır. Bu nedenle salt gönüllü olarak ve topluma bir fayda sunmayı amaç edinmiş işletmelerin kapsam dışında tutulması daha adil görünmektedir.

İşletmeler noktasında bir diğer mesele de işletmelerin yürüttükleri faaliyetin mekan açısından nasıl değerlendirileceğidir. Bu açıdan bir faaliyet değerlendirmesi yaparken, işletmeyi, işletme merkezi ya da iş yeri ile sınırlamak makul olmaz. Zira işletmeler, mal ve hizmet ürettikleri anlamına gelen dinamiklik sıfatına sahiptir³⁹. Birçok faaliyetin belirli bir mekanda yürütülmesi mümkün değildir. Örneğin, patlayıcı madde taşımacılığı faaliyeti ancak hareket halindeyken yapılacak bir faaliyet iken, sorumluluğun iş yeri merkezi ile sınırlı kalacağını söylemek mantıklı değildir. Bizzat faaliyetin kendisi hareket etme şartına bağlı olarak gerçekleştirilebilmektedir. Kaldı ki tehlike sorumluluğu hükmü de önemli ölçüde tehlikeli işletme tespitinde kullanılacak ölçütleri sıralarken “faaliyette kullanılan malzeme, araç ve güçler” ifadesini kullanarak kanımızca bu hususu onaylamıştır.

TBK m. 71’deki genel tehlike sorumluluğunun öznesinin neden bireysel faaliyet yürütenlerin değil de sadece işletmelerin olmasının uygun olduğu tarihsel gerekçeler ışığında da değerlendirilebilir. Kanımızca öncelikle tehlike sorumluluğuna yol açan sebeplere bakmak gerekir. Kıta Avrupa hukuku ve dolayısıyla Türk hukukunda tehlike sorumluluğuna yol açan sebeplerin başında büyük teknolojik gelişmeler ve teknikteki ilerlemeler sebebiyle tehlikeli faaliyetlerle uğraşan

³⁹ Hasan Tutar, **İşletme Yönetimi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 40.

işletmelerin artması gösterilmektedir⁴⁰. Kusur ilkesinin yetersizliği fikri de özellikle işletme kazaları ve bu işletmelerin sahip olduğu karmaşık teknikler nedeniyle ileri sürülmüştür⁴¹. Karmaşık teknik ve teknolojinin genellikle işletmelerde söz konusu olduğu ve giderek de çoğaldığı düşünüldüğünde, tehlike sorumluluğunun tarihsel çıkış noktasının bu hususta özellikle önemli olduğu söylenebilecektir. Tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun tarihsel çıkış noktasının toplumsal hayata olağanüstü tehlike getirmek olarak ifade edildiği düşünüldüğünde de, kişilerin işletme ile ilgili olmayan faaliyetlerinin neden sorumluluk dışı bırakılması gerektiği anlaşılabilir. Teknik ve teknolojinin sebebiyet verdiği bu olağanüstülük, toplum üzerinde büyük riskler yaratmayı içerir. Bu hususta işletme teşkil etmeyen kişilerin de sorumlu tutulması, onların da toplumsal hayata olağanüstü tehlikeler getirebileceğini kabul etmektir. Elbette ki teknik ve teknolojinin insanlar tarafından kullanımı da kimi zaman tehlikeli olabilir. Ancak sorumluluğun merkezine sadece işletmelerin konulmadığı bir kurguda ayırıcı bir kriter yaratmak daha da zorlaşır. Önemli ölçüde tehlikeli işletme ile tehlike işletmeyi ayırmak dahi genel bir hükmün yorumlanması esnasında oldukça zorken, tüm insanların bu sorumluluğa tabi kılınması, hükmün amacı aşar şekilde yorumlanmasına sebebiyet verebilir. Örneğin, halka açık alanda ya da kendi mülkünde mangal yaparak zarar doğuranların kusursuz sorumluluğu Türk hukukunda gündeme gelebilir. Oysa ki, ateş üzerinde yemek pişirme faaliyetini toplumsal hayata olağanüstü tehlike getirmek olarak yorumlamak kanımızca mümkün görülmemelidir. Zira ateş üzerinde yemek pişirme çok eski tarihlerden beri sürdürülen olağan bir faaliyet olmakla birlikte, mangal yapma faaliyeti toplumda çok fazla kişinin sürdürdüğü bir faaliyettir. Amerikan hukukunda yaygınlık unsuru ile kolaylıkla sorumluluk dışında bırakılabilir bu faaliyet, bu şartı kabul etmeyen Türk hukuku açısından sorumluluğu genişletmeye yol açabilir. Oysa ki, mangal yapma faaliyeti, ne gelişen teknik ve teknolojinin sebebiyet verdiği bir kaza ne de toplum üzerinde karşılıklı olmayan olağanüstü bir risk yaratan faaliyettir. Aksinin kabulü halinde toplumda gündelik olarak yürütülen tüm faaliyetlerin tehlike sorumluluğuna tabi olması gündeme gelebilir. Bununla birlikte bu sorumluluğa tabi

⁴⁰ Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 377; Özel/Keleş, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 352; Üçışık, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 133; Halit Korkusuz, “Tehlike Sorumluluğunun Hukukumuzdaki Yeri”, **DÜHKD**, S. 15-16, 2015, s. 90-91.

⁴¹ Tiftik, **Genel Kural**, s. 17.

olacak işletmelerin, çoğu zaman kar amacı güden işletmeler olması, menfaat ilkesi gereği de kusursuz sorumlu tutulmalarını gerekçelendirebilir. Önleyicilik açısından bakıldığında da bu tercihin daha makul olduğu ifade edilebilir⁴². Zira tehlike sorumluluğuna yol açabilecek bir faaliyetin tipik riskini önlemek için işletmelerin daha rasyonel davranacağı ve risk değerlendirmesini daha dikkatli yapacağı kesindir.

Bununla birlikte Türk hukukunda genel tehlike sorumluluğunun uygulanması açısından faaliyetin olağan ya da gündelik bir faaliyet olup olmaması açıkça önem taşımaz. Türk hukukundaki tehlike sorumluluğuna temel olarak ileri sürülen gerekçeler her ne kadar Amerikan hukukundaki gerekçelerle kısmen benzeşse de tamamen aynı değildir. Örneğin, tehlikeli bir faaliyetten yarar sağlama gerekçesi, Türk hukukunda daha dar yorumlanmaktadır. Öğretide yarar sağlama, başkaları için olağandışı risk yaratan bir faaliyetle uğraşmayı seçerek kendisine bir gelir kaynağı yaratma olarak izah edilmiştir⁴³. Bu düşüncenin altında yatan bir diğer neden de daha zayıf olanı koruma fikridir⁴⁴. Bu koruma daha ziyade yüksek gelir sağlayan şirketler karşısında söz konusu olmaktadır.

Bunun dışında Türk hukukunda tehlike sorumluluğu için ileri sürülen bir diğer gerekçe de işletmelerin tipik ve tahmin edilebilir risklerini maliyetlerine yansıtılma ihtimalleri olduğu ve böylelikle zararın dağıtılmasının mümkün hale geldiği gerekçesidir⁴⁵. Bu husus insanlar açısından çok mümkün olan bir ihtimal değildir. Yasa koyucunun da hükmü ihdas ederken böyle bir amacı olduğu düşünülebilir. Her ne kadar zararın dağıtılması gerekçesi kusursuz sorumluluk halleri için Amerikan hukukunda da ileri sürülse de *Restatement*, bu yaklaşımı tehlike tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluk için açıkça kabul etmemektedir⁴⁶.

⁴² Sanlı, **Kusursuz Sorumluluk**, s. 78.

⁴³ Tiftik, **Genel Kural**, s. 17. Yazar, düşüncesini, "...menfaat düşüncesini geniş anlamda almamak ve bunu kendisi için bir gelir kaynağı elde ederken, başkalarını yoğun tehlikeye maruz bırakacak faaliyette bulunmak anlamında kabul etmek gerekir." şeklinde ifade etmiştir.

⁴⁴ Tandoğan, **Kusura Dayanmayan Sorumluluk**, s. 12.

⁴⁵ İmre, **Kusursuz Mesuliyet**, s. 71 vd.; Tiftik, **Genel Kural**, s. 117; Sanlı, **Ekonomik Analiz**, s. 78; Paksoy/Arslan Demir, **TBK 71**, s. 301.

⁴⁶ The Restatement (third) of Torts: Physical and Emotional Harm, § 20 (2010).

Tehlike sorumluluğunun ortaya çıkış sebepleri ve tehlike sorumluluğunun varlığı için sunulan gerekçeler, Türk hukukunda genel tehlike sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 71 maddesinin bu sorumluluğu sadece işletmelere özgülemesini kanımızca makul kılmaktadır⁴⁷. Kaldı ki Amerikan hukukundaki yaygınlık unsurunun kusursuz sorumluluğu oldukça daraltan niteliği düşünüldüğünde, işletme teşkil etmeyen kişilerin bu tür bir sorumlulukla sık sık karşılaşması mümkün değildir. Örneğin, mangal yapmak Amerikada'da insanlar tarafından sıkça yapılan bir yemek pişirme faaliyetidir. Bu nedenle bu faaliyetten bir zarar doğduğunda, bu faaliyetin tehlikeli olmadığı salt yaygın bir faaliyet olduğu gerekçesiyle dahi sorumluluk dışında bırakılabilir. Ancak, yaygınlık unsurunu kabul etmeyen TBK düzenlemesinin, işletme faaliyeti teşkil etmeyen faaliyetler için de sorumluluk kabul ettiği bir kurguda, mevcut şartlarda dahi geniş yorumlanma riski bulunan tehlike sorumluluğunun, aşırı derecede genişleme ihtimalinin olduğunu eklemek gerekir. Bu noktada Amerikan hukuku, tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun uygulanması için ayırıcı şart olarak bir faaliyetin olağan olup olmamasına ihtiyaç duymuşken, Türk hukukunda bakımından da genel hüküm, işletme dışındakileri sorumluluk kapsamından doğrudan çıkartarak farklı da olsa bir ayırım yapmış ve sorumluluğu başka bir noktadan daraltmıştır denebilecektir.

3. Ara Değerlendirme

Tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun bir kusursuz sorumluluk tipi olmasının öncelikli amacı, daha önce de ifade ettiğimiz gibi, faaliyetin içerdiği tipik riskten dolayı, bu riski yaratanlara sağladıkları fayda ve risk üzerindeki kontrol

⁴⁷ Sanlı, **Ekonomik Analiz.**, s. 78; Senem Saraç, **Türk Borçlar Kanunu'nda Tehlike Sorumluluğu (TBK m. 71)**, İstanbul, Oniki Levha, 2013, s. 55. Aksi görüş için bkz. Üçışık, **Tehlike Sorumluluğu**, s.143; Akkayan Yıldırım, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 209; Yeşim Atamer, "Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirme ve Teklifler" **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Mayıs 2006, s. 22; Yılmaz, **Sebepler Sorumlulukları**, s. 574; İlhan Ulusan, "Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Genel Tehlike Sorumluluğu Kuralına İlişkin Birkaç Tespit ve Hukuk Düzeni Tarafından Faaliyetine İzin Verilmiş Önemli Ölçüde Tehlike Arzeden İşletmelerin Yol Açtığı Zararların Uygun Bir Bedelle Denkleştirilmesi Sorunu", **Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Özel Sayı, C. 8, Özel Sayı, 2013, s. 2899.

imkanları sebebiyle sorumluluk yüklemektir⁴⁸. Bir diğer amaç olarak ise önleyicilik, yani kaza sayısını azaltma ve zararın sigorta yoluyla yayılması kabul edilebilir⁴⁹. Günümüzde Amerikan haksız fiil sorumluluğu ve özellikle kusursuz sorumluluk genellikle mali olarak güçlü ve zararı dağıtabilen, kaynak açısından zengin ve haksız fiil ile doğrudan ilgisi olmayan, iletişim sağlayıcıları ve sigortacılar gibi ekonomik, ticari ya da devlete ait kuruluşlara karşı uygulanmaktadır. Birçok davada da taraflar arasındaki mali uçurum büyüktür. Mevcut durum göstermektedir ki bu kuruluşlar, yürüttükleri faaliyetin maliyeti açısından tazminatı da hesaba katmaktadırlar⁵⁰. Bu kuruluşlar, rutin olarak kaza masraflarını da diğer harcamaları kadar hesaba katmakta ve risklerini dikkatli yönetmektedirler. Haksız fiil sorumluluğu nedeniyle kaza sayısını ve kaza maliyetlerini düşürmeye çalışmaktadırlar. Dolayısıyla haksız fiil sorumluluğu sebebiyle ödeyebilecekleri tazminatın yüksek olabileceği durumlar için de daha iyi önlemler almak için teşvik edilirler. Bu noktada bu kuruluşların etkin önleyiciliği uygulamaya çalıştıkları söylenebilir⁵¹. Bireyler açısından ise düzeltici adalet gibi diğer düşüncelerin kabulü ile kusur esasına dayanan sorumluluğun uygulanması daha caydırıcı olabilir. Zira herhangi bir insan için bir haksız fiile ilişkin tahmin yapması ve olası maliyetleri hesaplayıp riskleri dikkatli yönetmesi zordur⁵². Dolayısıyla başlangıçtaki önleyicilik etkisi azdır. Bununla birlikte, hem Türk hukuku açısından hem de Amerikan hukuku açısından işletmeler dışında zararı yaymak mümkün görünmemektedir. Her ne kadar zararın yayılması birincil amaç olmasa ve politik ve ekonomik açıdan bir sonuç olarak ortaya çıksa da, işletmeler dışındaki kişiler açısından zorluk barındırdığı bir gerçektir. Bu nedenle sorumluluğun Türk hukukunda zararı dağıtma kapasitesine sahip olan işletmelere özgülenmesinin yerinde olduğu söylenebilir. Böylelikle, zararın maliyeti aynı tür riski üretenler

⁴⁸ Simons, **Strict Liability**, s. 10-11; Tiftik, **Genel Kural**, s. 29; Ulusan, **Tehlike**, s. 33-34; Tandoğan, **Kusursuz Sorumluluk**, s. 4-7; İmre, **Kusursuz Mesuliyet**, s. 64-65 Özel/Keleş, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 351.

⁴⁹ Keating, **Enterprise Liability**, s. 1359.

⁵⁰ Shmuali, **Legal Pluralism**, s. 771.

⁵¹ Shmuali, **Legal Pluralism**, s. 771.

⁵² Psikoloji bilimine göre bir insanın iki tür karar verme sistemi vardır. Birincisi, hızlı, çoğu kez otomatik dolayısıyla daha az farkında ve kontrollü olarak; ikincisi ise ihtimalleri hesaplayarak, mantıklı, daha yavaş, daha farkında ve kontrollü olarak karar vermedir. Paul Slovic/ Elke U. Weber, "Perception of Risk Posed by Extreme Events", **Risk Management Strategies in an Uncertain World Conference**, New York, 12/13.04.2002, s. 14.

arasında yayılmış da olur⁵³. Ancak elbette ki, işletmenin sigortalı olması sorumluluğun uygulanması için yeterli sebep değildir. Aynı şekilde sigortalı olmaması sebebiyle de sorumluluğun uygulanmaması da mümkün olmamalıdır. Örneğin, evinin bodrumunda yasal olarak izinli bir şekilde çeşitli kimyasalların kullanıldığı az miktarda parfüm üretimi yapan bir kişinin de bir işletme olarak sorumluluğa tabi olması mümkün olabilir. Elbette diğer şartların da varlığı halinde uygulanacak olan tehlike sorumluluğu, bu işletmenin salt sigortasız olması ve dolayısıyla zararı dağıtma imkanının olmamasından ötürü sorumluluktan kurtulması mümkün olmamalıdır. Bununla birlikte, işletme kavramı her ne kadar tek başına değerlendirilirken geniş olarak yorumlanabileceksede sorumluluğun uygulanması çok daha az sayıdaki işletme için söz konusu olacaktır. Zira, hem önemli ölçüde tehlikeliliğin, hem sorumluluğun temelinde yer alan ilkelerin, hem de hükümdeki diğer şartların değerlendirilmesiyle çok daha az işletmenin ilgili sorumluluğu tabi olduğuna kanaat getirilmesi mümkün olacaktır.

Elbette ki sorumluluğun Amerika'daki gibi işletme şartı olmaksızın herkese uygulanması, adalet çerçevesinden bakıldığında daha uygun görülebilir⁵⁴. Ancak Amerika'da sorumluluğun ulaştığı nokta, Türk hukukundan biraz daha farklıdır. Zira, Amerika'da uzun yıllardır adeta bir genel hüküm gibi uygulanan şartlar, Amerikan mahkemelerinde oldukça dar yorumlandığından, işletme dışında kalan kişilerin bu sorumluluğa haksız biçimde maruz kaldığını söylemek çok güçtür. Kaldı ki, Amerika'da hem bireysel sigorta Türkiye'ye göre çok daha yaygındır hem de sigortanın varlığı ve teşviki haksız fiil hukukuna şekil verebilmektedir⁵⁵.

⁵³ Shmuali, **Legal Pluralism**, s. 771.

⁵⁴ Türk hukukunda da tehlike sorumluluğun öznesi bakımından ayırım yapılmaması ve sorumluluğun herkese uygulanması gerektiği yönünde eleştiriler için bkz. Akkayan Yıldırım, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 209; Üçışık, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 143; Yılmaz, **Sebepl Sorumlulukları**, s. 574; Atamer, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı**, s. 22

⁵⁵ Abraham, **Tort Law**, s. 4.

C. FAALİYETİN YAYGINLIĞI

1. Genel Olarak

Amerikan hukukuna göre, her ne kadar bazı faaliyetlerin önemli derecede tehlikesi olsa da bu faaliyetler geleneksel faaliyetler olduklarından ve insanlığın büyük çoğunluğu ya da belirli bir toplum içinde birçok insan tarafından yürütüldükleri için tehlikeli faaliyet olarak tanımlanmamaktadır⁵⁶. Üçüncü Restatement'ta da açıkça ifade edildiği gibi, eğer bir faaliyet, çok yüksek risk içermesine ve bu riskin makul özenle yok edilememesine rağmen yaygın olarak yürütülen bir faaliyet ise tehlikeli faaliyet olarak kabul edilmez⁵⁷. Buna göre; bir faaliyet, *normal* ve *gündelik* ise tehlikeli bir faaliyet değildir⁵⁸. Normal ve gündelik sıfatları esasen faaliyetin olağan olmasını ifade eder. Bu yaklaşıma göre de bir faaliyet toplum içinde olağan olarak yürütülüyorsa, bu faaliyetin tehlikeli olarak kabul edilmesine gerek yoktur⁵⁹.

Amerikan hukukunda bir faaliyetin tüm taraflarca makul özen gösterilmesi durumunda dahi yüksek risk yaratmasına rağmen, yaygın olmadığı gerekçesiyle tehlikeli sayılmaması ve kusursuz sorumluluk uygulanmaması hali, bu şartın öncelikle incelenmesini gerekli kılmaktadır.

2. Yaygınlık (Olağanlık) Şartının Temeli

Amerikan hukuku yaygın kullanım unsuru bakımından esasen, *Rylands v. Fletcher* davasında ortaya çıkan normu kabul etmektedir. Bu davada, İngiliz mahkemeleri tarafından yapılan yoruma göre; bir faaliyetin doğal olmaması demek, büyük ölçüde *olağan olmaması* anlamına gelmektedir. Buna göre, bir faaliyetin, basit tanımıyla yaygın olması demek, o faaliyetin, o alanda yaşayan insanların büyük

⁵⁶ Johnson, **American Tort Law**, s. 697; Epstein/Sharkey, **Cases and Materials**, s. 631; Phillips, vd., **Tort Law**, s. 1101; Keeton/Sargentich/Keating, **Tort and Accident Law**, s. 566.

⁵⁷ Epstein/Sharkey, **Cases and Materials**, s. 631; Phillips, vd., **Tort Law**, s. 1101; The Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm, § 20 (2010).

⁵⁸ The Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm, § 20 (2010).

⁵⁹ Dobbs/Hayden/Bublick, **Torts**, s. 443.

çoğunluğu tarafından yapılıyor olması demektir⁶⁰. Buna göre örneğin, bir binanın kazısı için dinamit kullanılması ya da toprağın işlenebilmesi için alanın temizlenmesi için kullanılan patlayıcılar, nüfusun büyük çoğunluğu tarafından yapılmadığı için yaygın ya da olağan kullanım olarak kabul edilmezler. Aynı şekilde, güçlü patlayıcıların üretimi, depolanması, nakliyesi ve kullanımı, her ne kadar birçok özel ve kamu kullanımı için gerekli olsa da nispeten daha az sayıda kişi tarafından gerçekleştirilir ve bu sebeple de yaygın kabul edilmezler. Yine aynı şekilde, petrol arazilerinin ve kamu için gerekli olan petrol kuyusu sondajının doğası ve bu faaliyetin yürütülmesindeki tehlike, sadece bu tür araziler için geçerlidir ve yine az sayıda kişi tarafından gerçekleştirilir⁶¹.

Amerikan hukukunda bir faaliyetin tehlikeli olup olmadığının tespitinde kullanılacak yaygınlık unsurunun dayandığı temel açıdan bazı ilkesel yaklaşımlara da atıf yapılmaktadır. Bunlardan biri, kusursuz sorumluluğun uygulanma gerekçelerinden biri olan “tehlike riskinin karşılıklılık içermemesi” ilkesidir⁶². Karşılıklı olmayan risklerin söz konusu olduğu davaların kusursuz sorumluluk için bir gerekçe olması, aynı zamanda toplumda yaygın olarak yürütülmeyen faaliyetlerin kusursuz sorumluluğa tabi olmasının da gerekçesidir. Şöyle ki, toplum içinde yaygın olarak yürütülen faaliyetlerde risklerin karşılıklı olması mümkündür. Oysa ki, örneğin, tehlikeli kimyasal madde taşımacılığı yapan bir işletmenin, yoldan geçen bir kişi üzerinde yarattığı risk ile bu kişinin bu işletme üzerinde yarattığı riskin karşılıklı olduğu kabul edilemez⁶³. Zira kimyasal madde taşımacılığı faaliyeti toplumda yaygın olarak yürütülen bir faaliyet değildir. Dolayısıyla da bu faaliyetin kusursuz sorumluluk gerektirmesi gerekçelendirilebilir. Bu açıdan bir faaliyetin tehlikeli sayılıp sayılmaması, sadece olası zararın ne kadar büyük olduğu ile ilgili değil, bu faaliyetin ne kadar yaygın olduğu ile ilgili olarak da yorumlanır.

⁶⁰ Keeton/Sargentich/Keating, **Tort and Accident Law**, s. 565; *Rylands v. Fletcher* (1866) L.R. 1 Ex 265 affd. (1868) LR 3 HL 330; The Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm, § 20 (2010)

⁶¹ Epstein/Sharkey, **Cases and Materials**, s. 631-632; Glannon, **The Law of Torts**, s. 328.

⁶² Pildes/Sunstein, **Regulatory**, s. 356; The Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm § 20 (2010)

⁶³ Fletcher, **Fairness and Utility**, s. 572

Yaygınlık unsurunun temelinde yer alan diğer düşünce de “faaliyetten sağlanan yararın karşılıklı olmaması” ilkesidir. Bu ilkeye göre, bu tür faaliyetlerde potansiyel zarar verenler, bu faaliyetlerin olağandışı riskli doğasını bilmektedirler ve buna rağmen kendi özel yararları için bu faaliyetlerle iştigal etmeyi bilerek tercih etmektedirler⁶⁴. Amerikan hukukunda bu gerekçe, yine yaygın kullanım şartıyla birlikte düşünülür. Buna göre; toplum içinde yaygın olarak yürütülen bir faaliyetten sağlanan yarar, toplum içinde daha geniş olarak dağıtılmaktadır. Tek başına gelir sağlama olarak kabul edilmeyen yarar kavramı, oldukça geniş yorumlanmaktadır⁶⁵. Bu nedenle Amerikan mahkemelerinin, yürütülmesinden büyük kazançlar sağlanan bazı faaliyetleri, tehlikeli olarak kabul etmemesinin sebeplerinden biri de budur⁶⁶. Mahkemelere göre, yaygın olarak yürütülmeyen bir faaliyetin yararları, daha kısıtlı bir kitle içinde paylaşılır ve toplum arasında geniş bir biçimde dağıtılmaz. Örneğin, bir çok binaya kablo ile elektrik dağıtımı ya da kanallarla gaz dağıtımı yapan şirketler söz konusu olduğunda, faaliyetin gerçekte tek bir taraf tarafından yürütülmesi önemli olmaz. Bu kanallar toplumun içinde yaygın olarak kullanılıyor kabul edilir. Dolayısıyla, bu faaliyetin yürütülmesinde etkisi olmayan kişiler, elektrik kabloları ve gaz kanalları evlerine ulaştığından bu faaliyetten yarar sağlar. Buna göre faaliyet, açıkça yaygın kullanılmaktadır ve bu nedenle kusursuz sorumluluk uygulanmaz⁶⁷.

Yaygın kullanım şartının varlığına gerekçe gösterilen bir diğer düşünce de “toplumun adalet anlayışı” olarak ifade edilmektedir. Bu düşünce ise yine diğer tüm gerekçelerle birlikte düşünüldüğünde anlam kazanır. Toplumda yaşayan bireylerin, karşılıklı olan riskleri daha kolay kabullenmeleri ve pasif konumdayken bir zararla karşılaşmayı kolay kabul edememeleri, bu tür faaliyetlerin tehlikeli olarak tanımlanması için önemli bir sebeptir⁶⁸. Örneğin, bazı faaliyetler toplum içinde yaygın olarak yürütülür ve dolayısıyla toplum tarafından bilinen ve alışılmış faaliyetlerdir. Yaygın olarak yürütülmesi nedeniyle tanınan ve bilinen bu faaliyetler,

⁶⁴ Simons, **Strict Liability**, s. 11.

⁶⁵ The Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm, § 24 (2010)

⁶⁶ Hayward, **Common Law Remedies**, s. 625.

⁶⁷ The Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm, § 24 (2010); Marc A. Franklin/W. Jonathan Cardi/Micheal D. Green, **Torts**, 24.bs., Thomson West, 2008, s. 211.

⁶⁸ King, **Dangerous Activities**, s. 359.

toplum nezdinde normal bir faaliyet olarak karşılanır. Basit toplum davranışı, bildiği ve geleneksel riskleri kabul etmeye eğilimli olduğundan ve bu tür riskleri normal kabul ettiğinden, istisnai olarak yürütülen ve toplum açısından çok bilinmeyen riskleri barındıran tehlikeli faaliyetlerin, kusursuz sorumluluk prensibine tabi olması toplumun kabul ettiği adalet anlayışına daha uygundur⁶⁹. Kişilerin, yaygın olmadığı için fazlaca tanınmayan ve alışılmamış risklere karşı kendilerini koruyacak önlemleri almalarının çok zor olması, bu gerekçenin ileri sürülmesinde etkilidir⁷⁰.

3. Yaygınlık (Olağanlık) Şartının Sorumluluğa Etkisi

Amerikan hukukunda yaygın kullanım şartının ne derece etkili olduğunu görmek için Restatement'ların incelenmesi gerekir. Haksız fiil hukukundaki birinci Restatement'a göre, bir faaliyetin yaygın olarak yürütülmesi, o faaliyetin kusursuz sorumluluğu tabi olmasını engellemektedir⁷¹. Aynı alanda yayımlanan ikinci Restatement'a göre de bir faaliyetin yaygın olup olmaması, o faaliyetin tehlikeli olup olmadığını belirlemede zorunlu olmasa da dikkate alınabilecek bir faktördür⁷². Buna göre mahkemeler, yaygınlık şartını değerlendirmeye alarak bir faaliyetin tehlikeli olup olmadığına karar verebilirler. Amerikan mahkemeleri, birçok davada sadece yaygın kullanım şartına dayanarak, bazı davalarda da yaygınlık şartını diğer şartlarla birlikte değerlendirerek kusursuz sorumluluğu uygulamayı reddetmişlerdir. Bununla birlikte mahkemeler, bazı kararlarında da yaygın olarak yürütülmeyen faaliyetlere kusursuz sorumluluğu uygulamışlar ve yaygınlığın sorumluluğu açıklayıcı gücünü reddetmişlerdir⁷³. Ancak bu anlayışı benimseyen mahkemelerin az sayıda olduğunu eklemek gerekir.

Bir faaliyetin mahkeme tarafından nasıl tanımlandığı da yaygınlık şartını ve buna bağlı olarak da sorumluluğun uygulanıp uygulanmayacağını etkilemektedir.

⁶⁹ Simons, **Strict Liability**, s. 14.

⁷⁰ Glannon, **The Law of Torts**, s. 328.

⁷¹ The Restatement of Torts (Çevrimiçi), <https://lawschool.westlaw.com>, 14.07.2015.

⁷² The Restatement (second) of Torts, (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 13.08.2015.

⁷³ Loe v. Lenhardt, 362 P.2d 312, 316-17 (Or. 1961).

Örneğin bir davada⁷⁴, davacı tehlikeli ağır metal içeren boyaya maruz kaldığı ve zarar gördüğünü ileri sürmüştür. Bu boyalar ise davalının evinde kendisi ressam olduğu için bulunmaktadır. Mahkeme faaliyeti “evde resim yapmak” olarak tanımladığı için faaliyeti yaygın olarak yürütülen bir faaliyet olarak kabul etmiş ve kusursuz sorumluluğu reddetmiştir. Oysa ki mahkeme aynı faaliyeti, “başkalarını zararlı maddeye maruz bırakmak” olarak tanımlasaydı, davalının faaliyeti, hem yüksek riskli hem de yaygın olmayan bir faaliyet olarak kabul edebilir ve kusursuz sorumluluk uygulanabilirdi⁷⁵. Benzer bir Minnesota davasında⁷⁶ davacı, polis kovalamacası sonucu zincirleme kazaya uğradığı için idareyi dava etmiştir. Mahkeme idareyi kusurlu bulmamış ve fakat bu tip takiplerin maliyetlerini ödemesi gerektiğini söylemiştir. Diğer bir deyişle polis departmanının bu tip faaliyetlerden çıkan zararları ödemesini öngörmüştür. Ama yüksek mahkeme bu kararı reddetmiş ve “polis takibinin” yaygın bir faaliyet olduğunu kabul etmiştir. Eğer mahkeme faaliyeti “yüksek hızlı kovalamaca” olarak tanımlasaydı bu faaliyet yaygın bir faaliyet olmaktan çıkabilirdi⁷⁷. Ancak, mahkemeler, bir faaliyetin tehlikeli olup olmadığının ve o faaliyete kusursuz sorumluluğun uygulanıp uygulanmayacağını araştırırken, dava konusu faaliyeti *geniş* tanımlamayı tercih etmektedirler.

Haksız fiil alanında çıkarılan üçüncü Restatement da yaygınlık unsurunu, bir faaliyetin tehlikeli kabul edilmesi için gereken bir şart olarak kabul etmiştir. İkinci Restatement döneminde verilen mahkeme kararlarının önemli bir çoğunluğunda yaygınlık unsurunun aranan bir şart olması, söz konusu Restatement’in böyle bir şart aramasını gerekli kıldığı söylenebilecektir.

Birinci Restatement’ta yer alan unsurlara göre yapılan yargılamalarda; *Rylands v. Fletcher* davasındaki “doğal olmayan kullanım” ifadesinden doğan yaygın kullanım şartı, otomobil sürme gibi faaliyetlerin tehlikeli bulunmasını engellemiştir⁷⁸. Öte yandan yaygın kullanım unsurunun uygulanmasında bazı

⁷⁴ Humphreys v. Humphreys, 949, F.Supp. 1014, 1997.

⁷⁵ Dobbs, **Torts**, s. 967.

⁷⁶ Cairl v. City of St. Paul, 268 N.W 2d 908, 100 A.L.R3d 807, 1978.

⁷⁷ Glannon, **The Law of Torts**, s. 328; Dobbs, **Torts**, s. 967.

⁷⁸ George C. Christie, “An Essay on Discretion”, **Duke Law Journal**, N. 5, 1986, s. 761.

zorluklar her zaman olmuştur. *Luthringer v. Moore*⁷⁹ davasında, bir restoranın bodrumunun dezenfektasyonu sırasında profesyonellerce yapılan faaliyette, hidrosiyamik asit gazından zarar görülmüştür. Bu faaliyetin yaygın olup olmadığı tartışılmıştır. Mahkeme, faaliyetin yaygın olarak yürütüldüğünü kabul etmiş ancak bu faaliyetin az sayıda kişi tarafından yürütülen özel bir faaliyet türü olduğunu ifade etmiştir. Bu sonuç, Restatement'ta ifade edilen; üretim, depolama, nakliye ve patlayıcıların kullanılması gibi faaliyetlerin her ne kadar birçok kamu ve özel işlerde kullanılsa da nispeten az sayıda kişi tarafından yürütülen faaliyetler olduğundan, yaygın kullanım konusu olmadıkları yorumunun bir uzantısı olarak ortaya çıkmıştır.

Yine yaygınlık şartının etkisi, 1961 yılında görülen *Loe v. Lenhart*⁸⁰ davasında da tartışılmıştır. Davada, bitişikteki elma bahçesinin havadan ilaçlanması üzerine, zarar görene ait ekinler zarar görmüştür. Mahkeme bu faaliyeti, kimyasalların havadan spreyleneşinden kaynaklı yüksek derece tehlikeli olarak tanımlamıştır. Mahkeme ayrıca bu faaliyetin yaygın olduğuna ilişkin iddiaya da kimyasalların havadan spreyleneşmesi faaliyeti yaygın olsa bile, bu faaliyetin yaygınlığı, kusur bulunana kadar zarar veren ve zarar göreni kendi başına bırakmayı gereşçelendirmez ifadesinde bulunmuştur. Bu davada mahkeme, faaliyetin zararlı doğasını sadece ilgili tehlikeliliğe bağlamış görünmektedir. Bu nedenle mahkeme yaygınlık ölçütünü tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluk için bir unsur olarak değerlendirmemiştir.

Yaygın kullanım kriteri, *Koos. v. Roth*⁸¹ davasında daha geniş bir yaklaşımla ele alınmıştır. Bu kararda yer alan tanıma göre, eğer bir faaliyet çok kişi tarafından yaygın olarak gerçekleştiriliyorsa veya yaygın ve kabul edilmiş bir uygulamaysa ya da o faaliyeti neredeyse herkes rutin olarak yapıyor ya da birinin kendisi için yapmasını bekliyor ise, o faaliyet yaygın olarak yürütülüyor demektir. Bu açıklama, gaz ve elektrik dağıtımının dahil olduğu birçok davada yaygın kullanım kavramının uygulanmasını açıklamaktadır.

⁷⁹ *Luthringer v. Moore*, 31 Cal. 2d 489, 500, 190 P.2d 1, 8 (1948).

⁸⁰ *Loe v. Lenhart*, 227 Or. 242, 253-54, 362 P.2d 312, 318 (1961).

⁸¹ *Koos v. Roth*, 652 P2d 1255, Or., (1981).

İkinci Restatement'ta yaygın kullanımın "olağan" ve "normal" görünen faaliyetler için kabulü de trenyolu gibi faaliyetlerde de neden kusursuz sorumluluğun uygulanmadığını açıklamaktadır⁸². Bir faaliyetin yaygınlığının toplum için sosyal değerinin ne olduğu sorusu üzerinden belirlenmesi de bu fikri destekler⁸³. Sosyal açıdan daha değerli olan faaliyetler, genellikle daha olağan ve geleneksel faaliyetlerdir. Bu nedenle kusursuz sorumluluğun uygulanmasında yaygın kullanım şartı daha olağan ve geleneksel olan faaliyetler bakımından geçerlidir. Bir başka açıdan da yaygın olarak yürütülen bu faaliyetler, toplumda daha iyi bilinen faaliyetler olduğu için, potansiyel zarar görenler, kendi davranışlarını yönlendirirken bu tür faaliyetlerden daha iyi korunma yöntemini dikkate alacaklardır⁸⁴.

Amerika'da birçok davaya konu olan yer altı benzin depoları da bu açıdan incelenebilecek bir örnektir. Benzin istasyonları birçok yerde bulduklarından dolayı depolamanın da oldukça yaygın bir faaliyet olduğu söylenebilir. Zira bütün Amerikalılar benzinlerini bu istasyonlardan almaktadırlar. Bu faaliyet davalarının çoğunluğunda tehlikeli faaliyet sayılmamıştır. Ancak her ne kadar benzin istasyonları ülkede yaygın olarak bulunsa da birçok insan yer altındaki depoların varlığından habersizdir. Bununla birlikte son yıllarda tanklardan sızan benzin ve buradan doğan zararlarla ilgili bilgi de artmaktadır. Yine de bu faaliyetten doğacak zararın bilinen bir zarar olduğunu söylemek güçtür. Bu nedenle bu faaliyeti tehlikeli kabul eden mahkeme kararları da mevcuttur⁸⁵. Örneğin, *Yommer v. Mckenzie*⁸⁶ davasında, Maryland Yüksek Mahkemesi, yer altı depolama tanklarının yerleşim yerlerindeki su borularının yakınına yerleştirilmesinin kusursuz sorumluluğa yol açacağına karar vermiştir. Mahkeme tehlikeli faaliyetten doğan sorumluluğunun tespitinde belki de en önemli faktörün, faaliyetin yürütüldüğü yere uygunluğu olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre, yer altı benzin depolama tankları, kural olarak toplum için büyük bir tehlike yaratmamaktadır. Ancak bu tankların, bir ailenin içmek, yıkanmak ve çamaşırlarını yıkamak için kullandığı su kuyusunun yanına yerleştirilmesi halinde bu

⁸² Gilette/Krier, **Risk**, s. 134.

⁸³ Geistfeld, **Enterprise Liability**, s. 252.

⁸⁴ The Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm, § 24 (2010).

⁸⁵ Hayward, **Common Law Remedies**, s. 631; Boston, **The Negligence Barrier**, s. 664; **City of Northglenn v. Chevron Inc.**, 519 F.Supp. 515,516 (D.Colo. 1981).

⁸⁶ *Yommer v. Mckenzie*, 257 A.2d 138 (Md. 1969).

faaliyetin bulunduğu yere uygun olmayan bir faaliyet olarak kusursuz sorumluluk gerektireceğini belirtmiştir. *Yommer v. Mckenzie* davasından sonra aynı konuda verilen bir dizi kararda ise makul özenin, bu tür sızıntıları engelleyebileceğine hükmedilmiş ve kusursuz sorumluluk uygulanmamıştır⁸⁷.

Amerikan hukukunda hem günümüze kadar derlenmiş Restatement'lar hem de mahkeme kararları incelendiğinde, yaygınlık ölçütünün bir faaliyetin tehlikeli olup olmadığını belirlemede önemli bir şart olduğunu söylemek mümkündür. Kökenini, Amerikan hukukundaki tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğa temel olan *Rylands v. Fletcher* davasındaki “doğal olmayan kullanım” ölçütünden aldığını söyleyebileceğimiz yaygınlık şartı, günümüze kadar muhtelif biçimlerde yorumlanmıştır. Hem az sayıdaki kişi tarafından yaratılan olağanüstü riski haiz faaliyet, hem de faydası toplumda geniş olarak paylaşılan ve zarar görenlerin de doğrudan faydalandığı ve alıştığı faaliyetler olarak değerlendirilebilen yaygın yürütülme şartı, mahkemelerin birçoğu tarafından oldukça geniş yorumlanmaktadır. Bu nedenle de tek başına dahi tehlikeli faaliyetlerden doğan kusursuz sorumluluğun uygulama alanını oldukça daraltan bir işlev görmektedir. Özellikle tren ya da elektirik gibi araç ve güçlerin kullanıldığı geleneksel ve alışılmış faaliyetler, salt bu şartın değerlendirilmesiyle sorumluluk dışında bırakılması mümkündür. Zira, zarar görenlerin bu tür faaliyetlerden gereken özeni göstermek suretiyle kendilerini koruyabilecekleri ya da zarar görenlerin de bu faaliyetlerden doğrudan faydalandıkları temeline dayanan anlayış, esasen Amerikan hukukundaki kusursuz sorumluluk anlayışının temelinde yatan nedene bağlı görünmektedir. Bu nedene göre, genel olarak kusursuz sorumluluk, faaliyetle bir ilgisi olmayan, pasif, hareketsiz zarar göreni korumak için uygulanmaktadır. Bununla birlikte zarar görenin özen göstermesiyle azaltılabilecek bir risk, faaliyeti tehlikeli olmaktan çıkarabilecek güçtedir. Zarar görenin riski azaltması mümkünse kendisinin pasif olduğu söylenemez. Bu nedenle de yaygın yürütülen faaliyetler, zarar görenlerin hem daha fazla faydalandığı hem de tanıdığı riskleri barındıran faaliyetler olduğundan,

⁸⁷ Hahn v. Chevron, USA. Inc., 60 F3d 828 (6th Cir. 1995); Smith v. Weaver, 665 A.2d 461 1215 (Pa. Super. Ct. 1995).

sorumluluğun uygulanması için yaygınlık aranması gereken bir şart olarak ortaya çıkmaktadır.

4. Yaygınlık (Olağanlık) Ölçütünün Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

a. Genel Olarak

Amerikan hukukuna göre, geleneksel faaliyetlerin insanlığın büyük çoğunluğu ya da belirli bir toplum içinde birçok insan tarafından yürütüldükleri için tehlikeli faaliyet olarak tanımlanmaması⁸⁸ Türk hukuku bakımından da değerlendirilebilir. Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan genel tehlike sorumluluğu hükmünün amaca uygun yorum yöntemi ışığında yaygınlığın bir ölçüt olarak yer alıp almadığı değerlendirilebilir.

TBK m. 71 hükmü, yaygınlık ölçütünü bir işletmenin önemli ölçüde tehlikeli olup olmadığının belirlenmesinde bir şart olarak açıkça aramamıştır. Bununla birlikte esasen Amerikan hukukunda yer alan bu ölçüt, Kıta Avrupası hukukuna da tamamen yabancı bir ölçüt değildir. Avrupa Birliği hukuku uyumlaştırma çalışmaları kapsamında hazırlanan “Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri” (*Principles of European Tort Law-PELT*) çalışmasının tehlike sorumluluğuna ilişkin hükmünde yaygınlık açıkça bir şart olarak aranmıştır⁸⁹. Esasen bu çalışma, Amerikan hukukundaki tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğa oldukça benzer bir düzenleme içermektedir. Kaldı ki söz konusu düzenlemenin, Amerikan hukukundan etkilendiği de ifade edilmektedir⁹⁰.

⁸⁸ Johnson, *American Tort Law*, s. 697; Epstein/Sharkey, *Cases and Materials*, s. 631; Phillips, vd., *Tort Law*, s. 1101; Keeton/Sargentich/Keating, *Tort and Accident Law*, s. 566.

⁸⁹ Principles of European Tort Law (PELT) Art. 5:101. Abnormally Dangerous Activities (1) A person who carries an abnormally dangerous activity is strictly liable for damage characteristic to the risk presented by the activity and resulting from it. (2) An activity is abnormally dangerous if a) it creates a foreseeable and highly significant risk of damage even when all due care is exercised in its management and b) it is not a matter of common usage.

<http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/283/PETL.pdf>, (Çevrimiçi), 14.01.2017.

⁹⁰ Johann Neethlings, “Toward a European Ius Commune in Tort Law: a Practical Experience, Fundamina”, *A Journal of Legal History*, C. 12, S. 1, 2006, s. 91; Erdem Büyüksağış, Willem H.

Amerikan hukukunda bir faaliyetin, *normal* ve *gündelik* olması⁹¹ esasen faaliyetin olağan olmasını ifade eder. Bu yaklaşıma göre de, bir faaliyet toplum içinde olağan olarak yürütülüyorsa sıradan bir faaliyettir ve bu faaliyetin tehlikeli olarak kabul edilmesine gerek yoktur⁹². Eğer faaliyet toplumda birçok kişi tarafından yürütülüyorsa faaliyet sıradan bir faaliyettir. Yine birçok kişi tarafından yürütülme de faydaları toplumun geniş bir kesimi arasında dağıtılıyorsa faaliyet yine sıradandır. Şu halde kusursuz sorumluluk, riskin çok geniş bir kitle üzerinde etkin olduğu, ancak faydasının daha kısıtlı bir kesim tarafından elde edildiği faaliyetler için daha uygundur⁹³. Bir faaliyetin sıradanlığı, normalliği ya da gündelik olması, temelde o faaliyetin alışılmış (mutat) bir tehlike yaratan faaliyet olduğunu da ifade eder. PELT metninde yer alan yaygınlık ölçütü de esasen olağan düzeyi aşan, alışılmışın ötesinde tehlike arz eden⁹⁴ ya da makul kabul edilmeyecek derecedeki tehlikeyi tanımlamak üzere belirlenmiş ölçütlerden biridir⁹⁵. Ancak PELT, ulusal hukukların yaygın olmayan faaliyetler için de tehlike sorumluluğu öngörebileceğini açıkça ifade etmiştir⁹⁶.

Türk hukuku açısından ise ifade ettiğimiz gibi, TBK m. 71 kapsamında yaygınlık unsurunun aranmadığı açıktır. Ancak bu hükmün ihdas edilmesine temel olan ilkeler bağlamında yaygınlık ölçütü ile ilgili kısmen de olsa benzer değerlendirmeler yapmak kanımızca mümkün görünmektedir. Bu nedenle yaygınlık ölçütünün de TBK m. 71 hükmünün de temelinde yer alan ortak ilkelerin incelenmesi yerinde olabilir.

van Boom, “Strict Liability in Contemporary European Codification: Torn Between Objects, Activities, and Their Risks”, **Georgetown Journal of International Law**, C. 44, 2/2013, s. 342.

⁹¹ The Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm, § 20 (2010).

⁹² Dobbs/Hayden/Bublick, **Torts**, s. 443; Glannon, **The Law of Torts**, s. 328.

⁹³ The Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm, § 20 cmt. j (2010).

⁹⁴ “Alışılmışın ötesinde” olarak Türkçeye çevrilmiş hüküm için (Çevrimiçi) bkz. <http://egtl.org>, 17.01.2017.

⁹⁵ Büyüksağış, **Genel Sorumluluk Kuralları**, s. 4.

⁹⁶ Principles of European Tort Law (PELT) m. 5:102.

b. Tehlike İlkesi Açısından

Türk kanun koyucunun bir faaliyetin yaygın olarak yürütülmesinin, tehlikeli faaliyeti belirlemede etkisinin olmasını kabul etmediği kanunun lafzından anlaşılmaktadır. Bu anlayışın altında yaygınlık ölçütünün tehlike sorumluluğunun uygulama alanını oldukça daraltacağı, önemli ölçüde tehlikeli işletme faaliyetlerini birkaç faaliyete indirgeyeceği endişesinin yatmakta olduğu ileri sürülebilir⁹⁷. Bu anlayış kanımızca da belirli açılardan doğrudur. Zira yaygınlığın tüm anlamlarıyla ve altında yatan gerekçeler ışığında tamamen kabulü halinde, önemli ölçüde tehlikeli kabul edilebilecek birçok faaliyet hükmün kapsamı dışında kalacaktır. Örneğin, Amerikan hukukunda olduğu gibi elektirik hatları ya da yer altından borularla taşınan gazlar sebebiyle ortaya çıkan zararlar söz konusu olduğunda, bu faaliyetleri yürüten işletmelerin tehlike sorumluluğuna tabi olmaması söz konusu olabilecektir.

Ancak daha önce de ifade ettiğimiz gibi yaygınlık şartına temel olan olağan olarak yürütme ifadesi birden fazla anlam yükliüdür. Şöyle ki, karşılıklı olmayan risk yaratma ilkesi, karşılıklı olmayan yarar sağlama ilkesi, faaliyetin sosyal değeri ve bilinirliği ölçütleri, olağanlığı tanımlarken başvuru ilke ve ölçütlerdir. Türk hukukunda da bu ilke ve ölçütlerin belirli biçimlerde dikkate alındığı ve Türk hukukunda aranan tehlikenin de normal ve olağan sınırları aşmasının beklendiği düşünülülebilir.

Bu kapsamda, olağanlığı tanımlayan ya da temelinde yer alan karşılıklı risk ilkesinin esasen Türk hukukunda da bir karşılığı olduğu ifade edilebilir. Şöyle ki, Türk hukukunda toplum hayatına fiil ve faaliyetleriyle yoğun tehlike getiren kişilerin, ortaya çıkan zarardan kusursuz olarak sorumlu tutulması daha önce de belirttiğimiz gibi tehlike ilkesi olarak ifade edilir⁹⁸. Bu kişilerin yarattığı tehlike riski, diğer kişilerin yarattığı riskle karşılaştırıldığında orantısız olarak çok büyüktür ve

⁹⁷ Büyüksağış, **Genel Sorumluluk Kuralı**, s. 4; Büyüksağış/van Boom, **Strict Liability**, s. 635.

⁹⁸ Ulsan, **Tehlike**, s. 27; İmre, **Kusursuz Mesuliyet**, s. 62; Özel/Keleş, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 349.

olağanüstü olarak tanımlanır⁹⁹. Türk kanun koyucu da kanımızca genel tehlike sorumluluğunu düzenlerken sorumluluğu sadece işletmelere özgüleyerek bu hususu onaylamıştır. Zira toplumsal hayata getirilen olağanüstü tehlikeli faaliyetlerin çoğu, yüksek teknik ve teknolojiye dayanan bu tür işletmeler tarafından yürütülmektedir¹⁰⁰. Bu tür faaliyetlerin ise günlük ve olağan olarak kabulü mümkün değildir. TBK m. 71, yaygınlık şartını açıkça kabul etmemekle birlikte, kişilerin işletme ile ilgili olmayan faaliyetlerini sorumluluk dışında tutarak, sorumluluğu bir noktada daraltmıştır. Olağanlığın ve buna bağlı olarak ortaya çıkan yaygınlık ölçütünün temelinde yer alan ilkelerden biri olan tehlike ilkesi, Türk hukuku açısından da temel bir ilkedir. Bu ilke kanımızca işletme teşkil etmeyen kişilerin sorumluluk kapsamı dışında kalmasına da etki etmiştir. Bu nedenle tehlike ilkesine dayanan bir olağan ya da yaygınlık şartının Türk hukukunda da kabul edildiği söylenebilir.

Bununla birlikte tehlike sorumluluğuna temel olan tehlikelilik, olağanüstü nitelikte kabul edilecek bir tehlikeliliktir. TBK m.71’de esas alınan da bu kapsamda önemli ölçüde tehlike ilkesidir¹⁰¹. Buna göre önemli ölçüde olmayan tehlikelerin bu kapsamın dışında tutulması gerekir. Bu tehlikenin belirlenmesi için öngörülen ağır ve sık kavramları ise özellikle risk seviyesinin tam araştırılmadığı faaliyetler için her zaman yeterli olmayabilir. Bu nedenle önemli ölçüde tehlikeliliği belirlerken ek bir takım ölçütlerden faydalanılması mümkündür¹⁰². Örneğin faaliyetin, gündelik tehlikeyi aşması ya da alışılmadık bir risk barındırması, faaliyetin tehlikesinin önemli olup olmadığının tespitinde dikkate alınabilir. Nasıl ki kişilerin işletme ile ilgili olmayan faaliyetleri kapsam dışında tutulmuştur; işletmeler arasında da yaygınlık şartının temelinde yer alan gündelik seviyeyi aşma ya da alışılmadık riskler taşıma ölçütleri kullanılarak bir ayırım yapılabilir. Bu ayırımı belirlemek için değerlendirme de faaliyette kullanılan araç, malzeme ve güçlerin niteliği üzerinden yapılabilir.

⁹⁹ Tiftik, **Genel Kural**, s. 17; İmre, **Kusursuz Mesuliyet**, s. 39-40.

¹⁰⁰ Üçışık, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 133; Bir Yargıtay kararının karşı oy yazısında da belirtildiği gibi

¹⁰¹ Çekin, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 31, 43.

¹⁰² Çekin, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 31 ve dipnottaki yazarlar.

c. Menfaat İlkesi Açısından

Yaygınlık şartı, daha önce de ifade ettiğimiz gibi, Amerikan hukukunda sorumluluğu oldukça daraltan bir işlev görmektedir. Bu dar uygulamaya sebebiyet veren bir diğer ilkede şartın temelinde bulunan yarar sağlama ilkesidir. Zira bu şart, işletmeler arasında da doğrudan bir ayırım yapılmasına olanak sağlamaktadır. Uygulamaya bakıldığında karşılıklı olmayan yarar sağlama ilkesi kimi zaman faaliyetin sosyal değeri ve bilinirliği ve zarar görenin faaliyetten bir fayda temin etmesi üzerinden oldukça kapsamlı biçimde ele alınmaktadır. Örneğin, Amerikan hukukunda faydalarının toplumda paylaşıldığı ve herkesçe tanınan günlük bir faaliyet olduğu gerekçesiyle karşılıklı yararın varlığı kabul edilen elektrik ve gaz dağıtımını yapan şirketlere yaygınlık şartı sebebiyle kusursuz sorumluluk genelde uygulanmamaktadır. Oysa ki Türk hukuku açısından böyle bir ayırım yapılması kanımızca makul değildir. Zira Türk hukukunda kabul gören menfaat ilkesi daha ziyade faaliyeti yürütenin bu faaliyetten bir gelir temin etmesi olarak ifade edilmektedir¹⁰³. Öte yandan bu menfaatin salt gelir elde etme olarak algılanmaması halinde dahi karşılıklı yarar sağlama ilkesi kanımızca makul bir ölçüt değildir. Bu nedenle örneğin, elektrik şirketinin yürüttüğü faaliyetin salt topluma yarar sağladığı, sosyal değerinin yüksek olduğu ya da toplum tarafından bilinen bir risk ihtiva ettiği gerekçesiyle tehlike sorumluluğu dışında bırakılması mümkün gözükmemektedir. Zira kanımızca tüm faaliyetlerin dolaylı ya da doğrudan topluma bir faydası olduğu söylenebilir. Zarar görenin elektrik tüketiminden doğrudan fayda sağlaması bu noktada ayırıcı olmamalıdır. Zira örneğin, nükleer faaliyet alanında yaşanan gelişmelerin de dolaylı da olsa topluma fayda sağladığı iddia edilebilir. Bu açıdan elde edilecek menfaat noktasında, zarar verenle zarar gören arasındaki orantısızlık dikkate alınmalıdır.

¹⁰³ Tiftik, **Genel Kural**, s. 17.

d. Değerlendirme

Görüldüğü üzere Türk hukukunda tehlike sorumluluğuna tabi olacak işletmeler arasında yapılacak ayırım, Amerikan hukuku ile karşılaştırıldığında çok daha belirsizdir. Her ne kadar bu ayırım Türk hukukunda yarar sağlama ya da bilinirliğine göre yapılamayacak olsa da karşılıklı olmayan risk yaratma gerekçesine dayanılarak kısmen yapılabilir. Zira tehlike riskinin karşılıklı olmaması gerekçesi Türk hukukunda da tehlike ilkesi ile karşılık bulan bir gerekçedir. Bu nedenle toplumsal hayata olağanüstü tehlike getirmeyen işletmeler, bu fikre dayanarak kusursuz sorumluluk dışında bırakılabilir. Örneğin, tehlike ilkesi gereğince herkesin evinde dahi aynı malzeme, araç ve güçlerle yürüttüğü yemek pişirme faaliyetini günlük ve olağan olarak tanımlamak ve restoran işletmelerini sorumluluk kapsamından çıkarmak mümkün olabilir. Zira bu faaliyeti yürüten ve neredeyse her köşe başında bulunan restoran işletmelerinin teknik ve teknoloji gelişmesine paralel olarak kullandıkları araçlarla sosyal hayata olağanüstü tehlike getirdiklerini söylemek güçtür. Ayrıca bu işletmelerden doğan zararın sadece tüketicisi oldukları doğalgaz sebebiyle ortaya çıkması halinde ise hemen her işletmenin aynı tehlikeyi barındırdığını ve yarattığı söylemek de yanlış olmayacaktır.

Yaygınlık ölçütü sonuç olarak hükmün uygulama alanını daraltan bir işlev görmektedir. TBK m. 71’de kanun koyucu hükmü sadece işletmelere özgüleyerek bir daraltmaya gitmiştir. Ancak Amerikan hukukunda ve PELT metninde bu daraltma sorumluluğun öznesinde değil, daha geniş bir anlamı olan yaygınlık şartının kabulü ile yapılmıştır. Bu iki tür daraltmanın esasen birbiri ile de ilgisi vardır. Özetle, Türk kanun koyucusunun da tehlike sorumluluğunun temelinde yer alan belirli ilkeler çerçevesinde yaygınlık ölçütünü kısmen kabul ettiği kanımızca söylenebilir. Ancak bu yaygınlık, toplumun geniş kısmı tarafından yapılan faaliyet noktasında anlam ifade eder. Şöyle ki, tehlike ilkesi ya da Amerikan hukukundaki ifadesiyle tehlike riskinin karşılıklı olmaması ilkesi, toplumsal hayata olağan düzeyi aşan tehlikeler getirenleri sorumlu tutmaya yol açar. Türk kanun koyucu, Amerikan mahkemelerinin aksine daha en baştan işletme dışında kalanları kapsam dışında bırakarak işletmelerin toplumsal hayata olağanüstü risk getirmelerinin daha olası olduğunu kabul etmiştir.

Zira insanların birbirleri üzerinde aynı türden risk yaratmaları daha olası iken, işletmelerin insanlarla karşılıklı olarak aynı tür risk yaratmaları pek olası değildir. Ancak Amerikan hukukunda yaygınlığın diğer anlamı olan faydanın toplum içinde geniş dağıtılması Türk hukukunda karşılık bulan bir ilke değildir. Bu nedenle elektrik, gaz gibi işletme faaliyetlerin kapsam dışında kalması uygun olmayacaktır. Ancak bununla birlikte yaygınlık ölçütünün de altında yer alan tehlike ilkesinin işletmeler arasında da bir ayırım yapmaya olanak sağlaması mümkündür. Toplumda çok fazla karşılaşılan ve aynı tür risk yaratan küçük işletmelerin olağan ya da tanıdık risklerinin kapsam dışında kalmasına olanak tanıyabilir.

D. YÜKSEK ZARAR RİSKİ/YOĞUN TEHLİKE

1. Risk Kavramı

Risk kavramı, son yıllarda araştırmacıların yoğun ilgi gösterdiği ve çeşitli bakış açılarından yaklaştıkları bir kavramdır. Bu araştırmalardaki risk değerlendirmesinde (*risk analysis*), özellikle risk tespiti (*risk assessment*) ve risk yönetimi (*risk management*) önem taşır¹⁰⁴. Risk tespiti, riskin tanımlanması, ölçümü ve karakterizasyonu ile ilgilenirken; risk yönetimi ise risk iletişimi, riskin önlenmesi ya da azaltılması ve riske ilişkin karar verme sürecini ifade eder. Risk değerlendirmesinin bilimsel olduğu kadar politik unsurlar içerdiği de ifade edilebilir. Zira, kamunun riski nasıl algıladığı, güç, güven gibi değerler de bu değerlendirmeye dahil kabul edilebilmektedir¹⁰⁵.

Riskin günlük iletişimde birden fazla anlam taşıdığı söylenebilir. Risk, bir tehlike, bir olasılık, bir sonuç ya da potansiyel bir zorluk ve tehdit olarak algılanabilir¹⁰⁶. Son yıllarda yoğun olarak çalışılan risk, genel olarak olumsuz gelişmelerin ihtimal ve sonuçları olarak kabul edilmektedir. Risk analizi ve yönetimi açısından ise en önemli nokta, bir faaliyetin sonucunda olumlu bir sonucun meydana

¹⁰⁴ Mahir Çipil, **Risk Yönetimi&Sigortacılık**, 2.bs., Ankara, Nobel Yayıncılık, s. 12

¹⁰⁵ Slovic/ Weber, **Perception of Risk**, s. 3.

¹⁰⁶ Slovic/Weber **Perception of Risk**, s. 3.

gelme ihtimali ile olumsuz bir sonucun meydana gelme ihtimalinin birlikte değerlendirilmesi hususudur. Bu ihtimallerin birbirini dengeleyip dengelememesi esasen beklenen fayda kriteri ile aynı anlama gelmektedir. Bu kriter gereği yapılan ise fayda değeri ve ihtimalinin zarar maliyeti ve ihtimali ile çarpılmasıyla beklenen faydanın tespit edilmesidir¹⁰⁷. (*cost-benefit analysis*)

Bununla birlikte ifade etmek gerekir ki, bir sosyal bilimci ile ilgili riskin tabii olduğu alanda çalışma yapan bilim insanının bir risk için aynı şekilde değerlendirme yapmaması da olasıdır. Örneğin, bir sosyal bilimci, ilgili risk üzerinden yapılan objektif değerlendirmenin yanıltıcı olduğunu; riskin doğası gereği subjektif olduğunu ileri sürebilir. Bu açıdan riskin, riske maruz kalanlar üzerindeki etkisine de bakılmalıdır. Buna karşın, örneğin, bir atom ya da nükleer mühendisi, nükleer bir kazayı teorik modellere göre tarif edecektir. Bu meslekten olmayanların ise bu risk

¹⁰⁷ Bu analiz ile ilgili bir probleme de değinmek gerekir. Çağdaş Amerikan yazarları, risk analizi açısından zarar olasılığının neredeyse sifıra yaklaştığı ancak bir zarar meydana geldiği takdirde olası sonuçlarının sınırsızla yaklaştığı “sıfır-sonsuzluk” (*zero-infinity*) problemi üzerinde çalışmaktadırlar. Bu çalışmada esas olan sorun, “mekanizmanın bilinemezliği” üzerinden temellendirilmiştir. Buna göre, mekanizmanın bilinemezliği, örneğin çevresel risklerin en öncelikli problemidir. Örneğin, nükleer tesislerde olduğu gibi bu risklerin oluşması, gerçekleşmesi, iletilmesi ve cevaplarıyla ilgili elimizde olan bilgiler çok azdır. Bu nedenle de bu tür risklerin yaratılabileceği sorunlara ilişkin çözümler, büyük bir belirsizlik altında yapılmaktadır. Bir başka deyişle, hemen her çevresel risk değerlendirmesi, yetersiz bilgi seviyesi nedeniyle adeta bir kumar olmaktadır. Bu tür bir riskin gerçekleşmesi halinde doğacak olası zararın büyüklüğünün, yani bu riskin maliyetinin de süreç ve mekanizma hakkında bilginin yetersiz olması dolayısıyla ne derece felaket boyutunda olacağına da bilinmemesi ayrıca bir sorundur. Tüm bu bilinemezliğin bir sonucu da, faaliyetin faydasının, olası zarara göre az olabilmesi ihtimalinin varlığıdır. Uygulamada yapılan ise, bir faaliyetin olası maliyetinin ve faydasının karşılaştırılması ve bu karşılaştırma sonucunda faydasının daha yüksek olduğuna karar verilmesi halinde faaliyetin yapılmasıdır. Ancak böyle bir bilinemezlik içinde sağduyu gereği yapılması gereken, olası sonuçların felakete yol açabilmesi ihtimali olduğundan bu faaliyete hiç girilmemesidir. Burada net bir çelişki ortaya çıkmaktadır. Genelde felaketin gerçekleşeceği senaryo ile gerçekleşmeyeceği senaryo olasılıkları birbirine eşit değildir. Olumsuz, diğer bir ifadeyle kötü bir sonucun meydana gelme ihtimali daha azdır. Zira faaliyet için yapılan değerlendirmede alınabilecek önlemlere bakılarak kağıt üzerinde felaketin gerçekleşeceği senaryo ihtimalinin az olduğuna karar verilir. Ancak mekanizmanın ve sürecin tam olarak bilinemediği bir durumda bu ihtimalin ne kadar az olduğunun tespiti mümkün değildir. Dolayısıyla da elimizdeki eksik, yetersiz ve parçalanmış bilgi nedeniyle bu tür bir olasılık değerlendirmesi objektif olmaktan uzaktır. Ancak böyle bir bilinemezlik içinde zararın, faydanın ve ihtimallerin tespiti çok zor, hatta imkansızdır. Bu nedenle de bir faaliyetin yapılıp yapılmayacağına karar verenler, ya istatistiki hesaplardan kaçınıyor ya da doğru olmayan hesaplar sonucunda bu faaliyeti yapmaya karar verirler. Sonuç itibarıyla bu kararlar, nesnel bir değerlendirme imkanı olmadan, büyük bir belirsizlik altında verilmektedir. Yapılan değerlendirme, elimizdeki bilgi kadarıyla yapılan taraflı olması muhtemel öznel bir tahminden ibarettir. Talbot Page, “A Generic View of Toxic Chemicals and Similar Risk”, *Ecology Law Quarterly*, C. 7, N.2, 1978, s. 181; Zarar boyutunun büyüklüğünün, tehlikeli faaliyetleri belirlemede en baskın şart olması gerektiği yönünde detaylı bilgi için bkz. Ken Kress, “The Seriousness of Harm Thesis for Abnormally Dangerous Activities”, *Philosophical Foundations of Tort Law*, Ed. David G. Owen, 1995, s. 179.

için kendi modelleri ve sezgiye dayalı sübjektif tespitleri vardır¹⁰⁸. Şöyle ki, kimyasal üreten tesisler sebebiyle meydana gelen ölüm sayısı üzerinden değerlendirme yapmak için muhtelif ölçütler kullanılabilir. Ancak ölüm sayısı üzerinden yapılan bu değerlendirme; faaliyetle meşgul olanlar, faaliyetten fayda sağlayanlar ve ve faaliyete maruz kalıp herhangi bir fayda sağlamayanlar arasında bir fark gözetmez¹⁰⁹.

Risk yönetimi günümüzde Amerika'da ayrı bir disiplin haline gelmiş, konuyla ilgili bilim insanı ve yapılan araştırma sayısı artmış ve özellikle federal hükümetin düzenlemeler yoluyla müdahaleleri katlanmıştır. Bu açıdan risk yönetiminin esasen politik bir konu olduğu söylenebilir. Zira toplumsal ilgi, endişe ve korunma talebi artmıştır. Amerika'da yapılan bir araştırma çalışmasına göre, kişiler açıkça hayatlarının daha riskli hale geldiğini düşünmektedir. Ancak öncelikli endişe, hastalık ve ölüm oranlarının artması değil; risklerin felaket boyutundaki olası sonuçları, risklerin tanınmaması ve anlaşılabilmesi, gelecek nesillere etkisi, gönüllü bir maruz kalmanın söz konusu olmaması, belirsiz fayda, riskin ve faydanın adaletsiz dağılımı ve olası sonuçların geri döndürülemez niteliği noktalarındadır. Bu çalışmaya göre, risklerin niceliksel özelliklerinden ziyade niteliksel karakteri daha fazla endişeye sebebiyet vermektedir. Özellikle nükleer santral, radyoaktif atık, uçak çarpması, toksik kimyasallara maruz kalma, ozon incelmesi, düşük seviye radyasyona maruz kalma, dna teknolojisi, asit yağmuru gibi sonuçlar bahsedilen bu özellikleri taşır¹¹⁰.

Toplumsal risk yönetimi, tehlikeli madde ya da faaliyeti yasaklayarak, faaliyet için yeni düzenlemeler getirerek, maruz kalanlara daha iyi koruma sağlayarak, (güvenlik araçları bulundurmak gibi), olay sonrası riski azaltmak ve iyileşme için prosedür geliştirip uygulayarak, kayıpları karşılamak ya da dağıtmak için sigorta gibi sistemler geliştirerek mümkündür. Tarihsel açıdan bakıldığında da

¹⁰⁸ Kenneth R. Foster/David E. Bernstein/Peter W. Huber, **Phantom Risk**, Massachusetts, The MIT Press, 1999, s. 27; Slovic/Weber, **Perception of Risk**, s. 4.

¹⁰⁹ Slovic/Weber, **Perception of Risk**, s. 5.

¹¹⁰ Vincent T. Covello/Jeryl L. Mumpower, "Risk Analysis and Risk Management: An Historical Perspective", **Risk Analysis International Journal**, C. 5, S. 2, Haziran 1985, s. 48-51; Foster/Bernstein/Huber, **Phantom Risk**, s. 33.

bu yolların izlendiği görülmektedir¹¹¹. Günümüzde de Amerika’da yapılan, riskleri sigorta, ortak hukuk, devlet müdahalesi ve özel sektörün kendi iç düzenlemeler ile kontrol etmektir. Bu noktada hukuk, tazminat ve önleyicilik gibi esasen iki önemli risk yönetim işlevi sunar. Ama elbette ki sektörün kendi yaptığı öz düzenlemeler yoluyla riski azaltma ya da engelleme çabaları, riski azaltmadaki en önemli önlemlerdir. Bu açıdan sektöre ait standart belirleyen organizasyonlar ve lisans gibi önlemler önem taşır¹¹². Bu açıdan, haksız fiil hukukunun uyguladığı sorumluluk da daha iyi bir risk yönetimine sebebiyet verebilir.

2. Risk ve Tehlikeli Faaliyet İlişkisi

Risk, modern haksız fiil hukukunun da temelinde yer alan bir kavramdır. Bir davranışın ya da faaliyetin bir şekilde istenmeyen bir sonuca ya da zarara yol açma ihtimali var ise, o davranış ya da faaliyetin riskli olduğunu söylemek mümkündür¹¹³. Buna göre, risk kavramını açıklayan “ihtimal” ve “zarar” olmak üzere iki önemli unsur vardır.

Haksız fiil hukuku açısından bir faaliyetin yürütülmesi ile bir hukuki değer in ihlal edilme ihtimali var ise riskten bahsedilir. Ancak tehlike sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için bir riskin varlığı tek başına faaliyeti tehlikeli hale getirmez. Zira riskin gerçekleşmesiyle meydana gelecek zarar ihtimali çok düşük olabilir. Tehlikeli faaliyetin varlığı için öncelikle yüksek kabul edilebilecek bir zarar riskinin varlığı aranır. Bu noktada esasen riskin yüksek olması, faaliyetin tehlikeli hale gelmesini ifade edebilir.

Amerikan hukukunda da bir faaliyetin tehlikeli kabul edilebilmesi için öncelikle riskin yüksek bir zarar ihtimali taşıması gerekir. Bu açıdan Amerikan hukukunda kabul edilen yüksek zarar riski ölçütü, TBK m.71’de yer alan önemli ölçüde tehlikelilik ifadesini karşılamaktadır. Bununla birlikte sorumluluk için aranan

¹¹¹ Covello/Mumpower, **Risk Analysis**, s. 48-51.

¹¹² Covello/Mumpower, **Risk Analysis**, s. 37- 47.

¹¹³ Perry, **Risk**, s. 322.

tehlike, soyut tehlikedir. Zarar riskinin yüksek olduğu ancak henüz somutlaşmadığı faaliyetler hükmün kapsamındadır. Hakim somut olayda, ilgili soyut tehlikenin somutlaşıp somutlaşmadığına karar verecektir¹¹⁴. Bu açıdan soyut tehlike yüksek zarar riskini, somut tehlike ise meydana gelen zararı ifade etmektedir denebilir¹¹⁵. Soyut tehlike, bir diğer deyişle yüksek zarar riski ise sık ve ağır zarar kavramlarının değerlendirilmesi ile ifade edilir.

Bu çerçevede yüksek zarar riskinin nasıl tespit edileceği de bir başka sorundur. Zira, haksız fiil hukuku bakımından her faaliyetin başlangıçta belirli bir risk taşıdığını söylemek mümkündür. Başlangıçtaki risk, belirli önlemlerin alınmasıyla azaltılabilir veya ortadan kaldırılabilir. Ancak tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğunun uygulanabilmesi için yürütülen faaliyetin taşıdığı riskin belirli bir seviyeyi aşması gerekir. Hukuken aranan özen ölçüsünün gösterilmesine rağmen varlığı devam eden ve artık (*residual risk*) olarak ifade edilen bu riskin büyüklüğü, sorumluluk değerlendirmesinde önem arz edecektir¹¹⁶.

3. Yüksek Zarar Riski/Yoğun Tehlike Şartının Tespiti

a. Genel Olarak

Tehlikeli faaliyetlerden doğacak sorumluluk için faaliyetin çok yüksek risk yaratması şartı, hem Türk hukukunda hem de Amerikan hukukunda oldukça önemli bir uygulanma şartı olduğundan yüksek riskin ne anlama geldiği daha detaylı olarak incelenmelidir.

Amerikan hukukunda tehlikeli faaliyetlerden doğan kusursuz sorumluluğun uygulanabilmesi için öncelikli olarak davalının faaliyetinin makul olarak bakıldığında öngörülebilir bir zarar riski yaratması, bu riskinin önemli derecede

¹¹⁴ Çekin, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 155; Epstein/Sharkey, **Cases and Materials**, s. 642.

¹¹⁵ Çekin, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 156.

¹¹⁶ Glannon, **The Law of Torts**, s. 329; Christie/ Sanders/Jonathan, **Torts**, s. 805; Türk hukukunda da aynı yönde Sanlı, **Kusursuz Sorumluluk**, s. 75; Paksoy/Arslan Demir, **TBK 71**, s. 465.

yüksek bir risk olması ve bu yüksek riskin makul özen gösterildiğinde dahi kalması gerekmektedir¹¹⁷. Bir diğer deyişle, faaliyetin yürütülmesi sebebiyle gösterilen makul özene rağmen artık bir risk olmalı ve bu artık risk önemli derecede yüksek olarak tanımlanabilmelidir¹¹⁸. Önemli olarak kabul edilebilecek riskin ise olağan sınırlarını aşacak derece yüksek olması gerekir¹¹⁹. Amerikan hukuku incelendiğinde, hem mahkeme kararlarına hem de *Restatement*'larda yer alan düzenlemelere göre, bir faaliyetin yürütülmesinden doğan risk, iki nedenden dolayı yüksek olabilir. Birincisi, beklenen zararın şiddetinin ortalamadan fazla olmamasına rağmen zararın meydana gelme ihtimalinin yüksek olmasıdır¹²⁰. Bu ihtimal daha çok, Amerikan hukukunda klasik olarak gösterilen bir tehlikeli faaliyet olan patlatma faaliyetlerinde görülen bir durumdur¹²¹. Örneğin, patlatma faaliyeti neticesinde mülkte meydana gelen zarar küçük olsa da bu faaliyetin zarar verme ihtimali genellikle çok yüksektir. İkinci neden ise, zarar doğuran olayın meydana gelme ihtimalinin çok düşük olduğu ancak olayın meydana gelmesi neticesinde ortaya çıkan zararın çok büyük olması halidir. Nükleer santral kazaları sonucunda ortaya çıkan zararlar da bu duruma bir örnek olarak verilebilir. Amerikan hukukunda kabul edilen anlayışa göre, bir faaliyetin tehlikeli olup olmadığının tespitinde, hem zararın meydana gelme sıklığı hem de meydana gelen zararın büyüklüğü dikkate alınmalıdır¹²². Ancak herhangi birinin varlığı yüksek risk unsurunun varlığını kabul için yeterli olacaktır.

Türk hukukunda da benzer bir yaklaşımı görmek mümkündür. Ancak daha önce de ifade ettiğimiz gibi, TBK'nın 71. maddesinde düzenlenen tehlike sorumluluğunun doğması için, öncelikle önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olmalı ve bu işletmenin faaliyetinden bir zarar doğmalıdır. Söz konusu madde

¹¹⁷ Glannon, **The Law of Torts**, s. 329; Dobbs, **Torts**, s. 685; The Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm, § 20, (Tent. Draft No:1, 2001) (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 12.05.2014.

¹¹⁸ Epstein/Sharkey, **Cases and Materials**, s. 630; Glannon, **The Law of Torts**, s. 329; Christie/Sanders/Cardi, **Torts**, s. 805.

¹¹⁹ King, **Dangerous Activities**, s. 363.

¹²⁰ Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, **Torts**, s. 559; The Restatement (second) of Torts, § 520 (a)&(b) (1976); The Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm § 20 (2010); Speiser/Krause/Gans, **The American Law of Torts**, s. 1006.

¹²¹ The Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm § 20 (2010).

¹²² Kress, **The Seriousness of Harm**, s. 277; Abraham, **Tort Law**, s. 177; The Restatement (third) of Torts, Liability for Physical and Emotional Harm § 20 (2010).

gereğince tehlike sorumluluğunun kurulabilmesi için zararın bir işletme faaliyetinden doğması yeterli değildir. Faaliyetin mutlaka önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme faaliyeti sonucunda ortaya çıkması gerekmektedir¹²³.

TBK 71/II düzenlemesi ise, önemli ölçüde tehlike arz eden işletmenin nasıl tespit edileceği hususunda yol göstericidir. Buna göre, bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ve güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bu işletme önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmedir. Şu halde, bir işletmenin önemli ölçüde tehlike arz edip etmediği iki unsur üzerinden değerlendirilmektedir. Bu unsurlar, işletmenin sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişliliği olarak ifade edilmiş objektif unsur, diğeri ise uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilip gösterilmediği araştırmasını gerektirecek subjektif unsurdur¹²⁴. Kanun koyucunun da açıkça ifade ettiği gibi, her iki unsurun bir arada olmadığı bir kurguda, önemli ölçüde tehlikelilikten bahsedilemeyecek ve bu nedenle de tehlike sorumluluğunun kurulması mümkün olmayacaktır.

TBK m. 71’de öngörülen “sık veya ağır zarara elverişlilik” kavramı, esasen Amerikan hukukundaki “önemli derecede yüksek risk yaratma” kavramı ile oldukça benzer bir kavramdır. Üçüncü Restatement’ta açıkça belirtildiği gibi, makul özenin gösterilmesine rağmen öngörülen ama engellenemeyen önemli derecede yüksek risk taşıyan faaliyetler, yaygın da olmaması kaydıyla olağanüstü tehlikeli (*abnormally dangerous*) kabul edilmektedirler¹²⁵. Restatement’ta yer alan yüksek derecede risk ifadesi de hem Restatement’ta yer alan yorumlarda hem de Amerikan mahkeme kararlarında sık veya ağır zarar ihtimali olan faaliyetler için kullanılmaktadır. Restatement’ta yer alan düzenlemenin, TBK düzenlemesinden önemli farkı, söz

¹²³ Akkayan Yıldırım, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 207; Özel/Keleş, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 358.

¹²⁴ İlhan Uluhan, **Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı**, İstanbul, 2012, s. 362; Büyüksağış, **Genel Sorumluluk Kuralı**, s. 4-5; Erdem, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 222.

¹²⁵ The Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm § 20 (2010).

konusu faaliyetin olağanüstü tehlikeliliği değerlendirilmesinde yaygınlığın da bir ölçüt olarak kullanılmasıdır.

Hem Amerikan hem Türk hukukunda bir faaliyetin yüksek zarar riski taşıyıp taşıyamaması, o faaliyetin sık veya ağır zarar doğurmaya yatkınlığı üzerinden değerlendirilmektedir. Şu halde, sık ya da ağır zarar doğurmaya yatkın olmayan faaliyetler, normal derecede riskli faaliyetler olarak kabul edilecektir. Ancak bu ayrımı yapmak her zaman kolay olmayabilir. Zira sıklık ya da ağır zarar kavramları ile neyin ifade edildiği uygulamada kesin ölçütlerle tespit edilemeyebilir. Bununla birlikte, belirli bir faaliyetin ilk bakışta çok korkutucu gözükmesi nedeniyle bünyesinde yüksek bir risk taşıdığı da düşünülebilir. Ancak bu düşünce de yanıltıcı olabilir. Zira belirli bir faaliyet alanında yaşanan teknolojik gelişmeler, o faaliyetinin yürütülmesindeki yüksek riski çok azaltmış olabilir. Bu nedenle daha tutarlı sonuçlara ulaşabilmek amacıyla her bir faaliyet açısından yüksek risk şartının değerlendirilmesi ve bu şartın bir adaletsizliğe yol açmayacak şekilde ya sıklık ya da zarar büyüklüğü açısından ifade edilebilmesi gerekir.

b. Sık veya Ağır Zarar Doğurma Ölçütü

(1) Amerikan Hukukunda

Amerikan hukukunda yüksek riskin varlığı daha önce de ifade ettiğimiz gibi, gösterilen makul özene rağmen sık veya ağır zarar doğurma ihtimali üzerinden değerlendirilmektedir. Konuya ilişkin mahkeme kararları incelendiğinde de yüksek zarar riski unsurunun varlığının yapılan değerlendirmeler sonucunda davadaki temel unsur olarak ele alındığı görülmektedir¹²⁶. Buna göre, bir faaliyetin olağanüstü tehlikeli olabilmesi için ilk ve temel şart, faaliyetin normal ve olağan olmayan derecede risk taşıması gerekliliğidir.

¹²⁶ Reter v. Talent Irrigation Dist., 482 P.2d 170 (Or. 1971); Sık ya da ağır zarar vermeye elverişli olma ölçütünün değerlendirilmede temel alındığı davalar için bkz. Bella v. Aurora Air, Inc. 566 P.2d 489 (or.1977); McLane v. Nw. Natural Gas Co., 467 P.2d 635 (or. 1970)

2010 yılından önceki dönemde etkin olan ikinci Restatement'ın çok faktörlü sisteminde dahi yüksek risk taşıma ve doğacak zararın büyük olma ihtimali unsurları, örneğin faaliyetin yapıldığı yere uygunluğu faktörü gibi davaya dolaylı yoldan değil, doğrudan esas teşkil etmektedir. Bu dönemde de faaliyetin, yürütüldüğü yere uygunluğu, sosyal değeri ya da yaygınlığı faktörlerinin yokluğunda tehlikeli faaliyete karar verilen davalar olmasına rağmen, yüksek zarar riskinin olmadığı bir davada verilen bir tehlikeli faaliyet kararı yoktur¹²⁷. Birinci ve üçüncü Restatement'ta hali hazırda asli unsur olarak kabul edilmiş yüksek zarar riski unsuru, ikinci Restatement'ın çok faktörlü düzenlemesi döneminde dahi mahkemeler tarafından zorunlu unsur olarak algılanmıştır¹²⁸.

Amerikan hukukunda öğretide yüksek riskin varlığı şartı, matematiksel olarak da incelenmektedir¹²⁹. Bu açıdan risk, zararın matematiksel beklentisi olarak tanımlanır¹³⁰. Beklenen bir değersizlik olarak da ifade edilen risk (*expected disvalue*), matematiksel bir formülasyon olan zarar ihtimali (*probability*) ile beklenen zararın (*loss*) çarpılmasıyla elde edilen sonuca göre değerlendirilmektedir. Bazı riskler için hem güncel verilerin eksiliği hem de bu verilerin toplanma güçlüğü sebebiyle böyle bir değerlendirme yapılamasa da birçok faaliyet için böyle bir risk değerlendirmesi yapmak mümkün olabilir¹³¹.

Bu bağlamda *risk*, Amerikan öğretisinde zarar ihtimali (*probability*) ile beklenen zararın (*loss*) çarpılmasıyla elde edilen sonuca göre değerlendirilmektedir.¹³² Zarar ihtimali (P); faaliyet ya da faaliyete konu yıkıcı ya da zarar verici vasıta üzerindeki kontrolün kaybedilmesi ihtimali (P1) ve bu kontrolün

¹²⁷ Boston, **The Negligence Barrier**, s. 655; Kress, **The Seriousness of Harm**, s. 281.

¹²⁸ John T. Arnold Assoc. V. City of Wichita, 615 P.2d 814, 825 (Kan. Ct. App. 1980).

¹²⁹ Amerikan hukukunda yüksek riskin varlığını matematiksel olarak inceleyen eser için bkz. Kress, **The Seriousness of Harm**, s. 281.

¹³⁰ Perry, **Risk**, s. 322; King, **Dangerous Activities**, s. 365.

¹³¹ Nükleer santral, radyoaktif atık, sentetik ilaçlara maruz kalma, kimyasallar, petrol sızıntısı ve kazaları, kimyasal santraller, kimyasal depolama gibi toplumun maruz kaldığı risklerin karakteri değişmiş ve hem karakteri hem de büyüklüğü farklı olan yeni tür riskler oluşmuştur. Bu faaliyetlerin bazılarında hem güncel veri eksikliği söz konusudur hem bu verileri toplamak zordur. Aynı zamanda bu faaliyetlerin yarattığı risk ile ortaya çıkan zararın arasındaki neden-sonuç ilişkisi belirsizdir. Covello/Mumpower, **Risk Analysis**, s. 39-48.

¹³² Bazı yazarlar ve mahkemeler riski, zarar ihtimali (P) olarak değerlendirmektedir. Kress, **The Seriousness of Harm**, s. 282.

kaybedilmesinden sonra zararın ortaya çıkması ihtimali (P2) üzerinden ifade edilir. Şöyle ki; örneğin bir roketin fırlatıldıktan sonra yön değiştirmesi ihtimali, vasıta üzerinde kontrolün kaybedilmesidir. Roketin yön değiştirdikten sonra zarar verme ihtimali ise kontrolün kaybedilmesinden sonra ortaya çıkması muhtemel zarara ilişkin bir ihtimaldir. Zira, her kontrol kaybı sonrasında zarar ortaya çıkacağı kesinlik arz etmez. Buna göre, kontrolün kaybedilmesinden sonra zarar ortaya çıkması ihtimali, kontrolün kaybedilmesi sonrasında gündeme gelebilecek şarta bağlı bir ihtimal olur. O halde, kontrolün kaybedilmesi ihtimali (P1) ile kontrol kaybedildikten sonra ortaya çıkabilecek zarar ihtimalinin (P2) çarpılmasıyla, zarar ihtimalinin (P) büyüklüğünün değerlendirilmesi yapılabilir¹³³. Zarar ihtimali (P) ile beklenen zararın (L) çarpılmasıyla da bir faaliyetin yüksek risk taşıyıp taşımadığı belirlenebilir¹³⁴.

Bununla birlikte, öğretilerde ifade edildiği gibi, beklenen zararı tam olarak tanımlamak zordur. Bu tanımın iki biçimde yapılması mümkün olabilir: Birincisi, en kötü ihtimalin meydana gelmesi, yani zarar için en geniş ihtimal; ikincisi ise, çeşitli olası zararların ortalamasının alınmasıdır. Yani bu işlem, tüm zararların büyüklüğünün toplamının o zararın meydana gelme ihtimali ile çarpılması ve çıkan sonucun ortaya çıkması öngörülen bazı zararların toplam ihtimaline bölünmesi işlemidir¹³⁵.

Bu hususta Amerikan hukukunda tehlikeli faaliyetlere kusursuz sorumluluğun uygulanması düşüncesine temel olan *Rylands v. Fletcher*¹³⁶ davasındaki yüksek risk de örnek olarak incelenebilir. Buna göre, “suyun kaçması halinde zarar vermesinin büyük ihtimal olması” ifadesinde (P1), yani davalının inşa edilen su deposu olan yıkıcı vasıta üzerindeki kontrolünü kaybetmesi hali; “suyun kaçması” halidir. Suyun kaçmasından sonra zarar vermesi hali de suyun kaçması şartına bağlı olan ihtimalin gerçekleşmesidir¹³⁷. Bu hale diğer örnekler olarak,

¹³³ Kress, *The Seriousness of Harm*, s. 282.

¹³⁴ Boston, *The Negligence Barrier*, s. 629; Kress, *The Seriousness of Harm*, s. 283.

¹³⁵ Kress, *The Seriousness of Harm*, s. 282.

¹³⁶ *Rylands v. Fletcher*, (1866) L.R. 1 Ex 265 affd. (1868) LR 3 HL 330.

¹³⁷ Kress, *The Seriousness of Harm*, s. 282; Sulama kanallarının verdiği zarar sebebiyle faaliyetin tehlikeli olduğuna karar veren mahkeme, zarar sıklığının az olmasına rağmen olası zararın yüksek olabileceğini ifade etmiştir. *Cities Serv. Co. v. State*, 312 So.2d 799 (Fla. Dist. Ct. App. 1975); Yine

barajın bozulması, roketin kendi yolundan çıkıp yön değiştirmesi, yangının kontrolünün kaybedilmesi verilebilir¹³⁸. Bununla birlikte olası zararın miktarı; patlatma, su depolama (baraj), roket testi, cephanede deposu, nükleer santraller, nükleer silahlar ve endüstrisi, petrol kuyusu sondajı, kazık çakma ve yangın durumlarında oldukça büyük kabul edilmektedir. Bu tür faaliyetlerde kontrol bir kere kaybedildikten sonra zararın ortaya çıkma ihtimali de oldukça yüksektir. Zarar, eğer bu faaliyetler ücrâ yerlerde yürütülürse çok daha düşük bir olasılık olacaktır. Bu nedenle de tehlikeli sayılmama ihtimalleri vardır¹³⁹.

Bununla birlikte bazı faaliyetlerde kontrolün kaybedildiğini söylemek mümkün olmayabilir. Örneğin, patlatma faaliyeti ve roket denemesiyle birlikte mutlaka bir sarsıntı olacaktır. Sarsıntı ve titreşim, faaliyetle birlikte derhal meydana geldiği için burada kontrolün kaybedildiğini söylemek mümkün görünmemektedir¹⁴⁰. Neredeyse her zaman sarsıntı ya da titreşim meydana gelir. O nedenle bu tür faaliyetler bakımından yıkıcı vasıta üzerinde kontrolün sık sık kaybedildiğini düşünmek ve sarsıntının çok daha güçlü olduğu hallerde kontrolün kaybedildiğini varsaymak mümkündür¹⁴¹.

Bu çerçevede, bazı mahkeme kararları incelenebilir. Florida'da bir yerel mahkeme¹⁴², toprak barajın arkasında, oradaki fosfat maden işletmesi sebebiyle milyonlarca galon fosfat çamuru (*slime*) toplanmasını, tehlikeli faaliyet olarak belirlemiştir. Mahkeme bu kararında, tehlikenin çok büyük olmasına odaklanmış ve

aynı faaliyetin potansiyel olarak olağanüstü tehlikeli olduğunu kabul eden karar için bkz. Fortier v. Flambeau Plastics Co., 476 N.W.2d 593 (Wis. Ct. App. 1991)

¹³⁸ Glannon, **The Law of Torts**, s. 327; Su şebekesinden doğan zarar söz konusu olduğunda, bu faaliyetin çoğunlukla tehlikeli faaliyet sayılamayacağı; zira zarar doğurma sıklığının az, ortaya çıkacak zararın ağır olmayacağı ifade edilmiştir. John T. Arnold Assoc. V. City of Wichita, 615 P.2d 814, 825 (Kan. Ct. App. 1980)

¹³⁹ Dobbs, **Torts**, s. 957; Dobbs/Hayden/Bublick, **Torts**, s. 442.

¹⁴⁰ Kress, **The Seriousness of Harm**, s. 280.

¹⁴¹ Bununla birlikte gaz ve spreylere kullanıldığı tozlama faaliyeti, tarım ilaçlaması ya da dezenfektasyon gibi faaliyetlerde ortaya çıkan zarar çok yüksek olmayabilir. Olası zararın az olduğu veriler ışığında kabul edilse bile, kullanılan maddelerin yapısı ve bu maddelerin yayılmasını kontrol güçlüğü dikkate alınmalıdır. Zira olası zararın az kabul edilmesine rağmen zarar ihtimalinin fazla olması, bu tür faaliyetlerin kusursuz sorumluluğu tabii olmasını gerektirebilir. Speiser/Krause/Gans, **The American Law of Torts**, s. 1001; Glannon, **The Law of Torts**, s. 327; Kress, **The Seriousness of Harm**, s. 280; Christie/Sanders/Cardi, **Torts**, s. 805.

¹⁴² Cities Serv. Co. v. State, 312 So. 2d 799, 803 (Flo. Dist. Ct. App. 1975).

diğer faktörleri değerlendirmeye almamıştır. Mahkeme karar açıklamasında, davalı şirketin maden işletmesi için su kullandığını ve suyun fosfatla birleşince fosfat çamurunu oluşturduğunu ve bunun çevre için çok büyük bir risk taşıdığını ifade etmiştir. Mahkemeye göre, bir kırılma olduğu takdirde, millerce uzaktaki mülkler için bile büyük zarar ihtimali vardır. Kaldı ki somut olayda da zarar, madenden oldukça uzak olan nehre kadar ulaşmıştır. Bu nedenle mahkeme, maden şirketinin arazi kullanımını doğal olmayan kullanım olarak tespit etmiş ve kusursuz sorumluluğu uygulamıştır.

Bazı mahkemeler¹⁴³ de tehlikeli faaliyetlere ilişkin sorumluluk gerekçesini birkaç ifadeye indirgeyip, ikinci Restatement'ta yer alan altı faktörün özünü yansıtacak şekilde karar vermiştir. Buna göre; yürütüldüğü yer düşünülduğünde sıradışı, istisnai ve olağandışı kabul edilen ve bu olağandışılık sebebiyle büyük risk yaratan, aynı zamanda bu riskin makul özenle engellenemediği durumlarda faaliyet tehlikeli kabul edilmiştir. Bu davada mahkeme, yer altı tanklarını sıradışı, istisnai ve olağandışı bulmamış, yer altı tankından sızmayı da büyük bir risk olarak tanımlamamıştır. Başka bir davada¹⁴⁴ da susuz amonyak depolamanın tehlikeli olmadığı, zira bu maddenin ancak büyük miktardaki yoğunlaşmalar sonucunda tehlikeli hale geldiği tespit edilmiştir. Bu durumun söz konusu olayda olmadığı için de bu faaliyetin küçük bir risk taşıdığına karar verilmiştir.

Zarar riskin büyük olup olmadığı, çevrede bulunan koşullara göre de farklılık arz edebilir. Örneğin, bir arazi sahibinin dar yapraklı olan buğday, komşu arazi sahibinin ise geniş yapraklı olan bezelye yetiştirdiği bir kurguda, buğday yetiştiren arazi sahibinin, ürünlerini zararlı otlardan korumak amacıyla sadece geniş yapraklı bitkilerde etkili olan ilacı püskürtme yöntemiyle kullanması halinde, etrafa dağılan parçacıklar yan arazideki bezelyelerin tamamen yok olmasına yol açabilir¹⁴⁵. Bu bağlamda, risk tespiti için çevre koşullarının da dikkate alınması gerekebilir.

¹⁴³ Hudson v. Penny Oil Co., 566 P.2d 175, 177 (Or. 1977).

¹⁴⁴ Sprankle v. Bower Ammonia Chem. Co., 824 F.2d 611, 1989

¹⁴⁵ Boston, **The Negligence Barrier**, s. 655.

Bir davada¹⁴⁶ ortaya çıktığı gibi, yan arazideki ilaçlamadan organik ürünleri zarar gören bir organik tarımcı, lisansını kaybedeceği için ürünlerini tekrar bu pazara sunamamıştır. Bu durum, zarar gören açıdan büyük bir maddi zarardır. Ayrıca bir organik tarımcının, lisansını kaybetmesi halinde, sezon başlamadan önce normal pazar alıcıları ile de sözleşme yapmadığı için elindeki ürünleri bu pazara sunma imkanı da kalmamıştır. Bir şekilde sunabilse bile, organik pazardaki gibi yüksek fiyata satması mümkün değildir. Mahkeme bu dava kusursuz sorumluluğu uygularken yüksek risk değerlendirmesi açısından kimya ile ilgili bilimsel eserlerden, hukuk makalelerinden, benzer mahkeme kararlarından ve diğer kayıtlı delillerden yararlanmıştır.

New Jersey Yüksek Mahkemesi de bir davasında¹⁴⁷, civa atıklarının imhasının tehlikeliliğini değerlendirirken, Amerika Birleşik Devletleri Kongre'si raporlarına ve bilimsel makalelere dayanmış ve bu atıkların çok büyük bir zarara yol açabileceğine karar vermiştir. Yine *Wisconsin Mahkemesi* de Eyalet Çevre Ajansı'ndan gelen çeşitli belgeleri inceleyerek, kente ait atık merkezine uçucu organik bileşiklerin yerleştirilmesinin yüksek zarar riski taşıdığı sonucuna varmıştır¹⁴⁸.

Amerikan hukukunda, mahkemelerin risk tespiti açısından yaptıkları açıklamaların, genel olarak oldukça kısa ve yeterli dayanaktan yoksun olduğunu ileri sürenler de vardır¹⁴⁹. Bu görüşe göre, örneğin, havai fişeklerin kalabalıkların arasında atılması halinde kişiye ve mala gelebilecek zararlar açısından yüksek risk taşıyacağına ilişkin açıklamalar, yeteri kadar açıklayıcı ve net değildir. Genel olarak mahkemeler, bu açıklamalar için yeterli derecede delil kayıtlarına dayanmadıkları için, bir mahkeme kararı, aynı gerçekler üzerinden verilen bir başka mahkeme kararından farklı olabilmektedir. Bu nedenle bu görüş, mahkemelerin çok genel bilgiler ve genel toplum görüşleri üzerinden değerlendirme yaptığını ileri sürmektedir¹⁵⁰. Oysa ki mahkeme kararlarında tehlike sorumluluğu için en çok

¹⁴⁶ Langan v. Valicopters, Inc, 567 P2d 1255, 1982.

¹⁴⁷ State v. Ventron Corp., 468, A.2d 150, 1983.

¹⁴⁸ Boston, **The Negligence Barrier.**, s. 657.

¹⁴⁹ Boston, **The Negligence Barrier.**, s. 655.

¹⁵⁰ Boston, **The Negligence Barrier**, 656.

gerekçe gösterilen yüksek risk unsuru, delil kayıtlarından yoksun olmamalı ve toplumun genel bilgi düzeyi ile sınırlı kalmamalıdır. Örneğin, *T&E Indus. v. Safety Light Corp.*¹⁵¹ davasında mahkeme, radyumun imhası faaliyetini tehlikeli faaliyet olarak tanımlanmıştır. Ancak her ne kadar mahkeme bir faaliyetin tehlikeli olup olmadığının her davada ayrı ayrı belirlenmesi gerektiğini ifade etse de, kendisinin yaptığı belirlemenin neye göre yapıldığı belirsizdir. Mahkeme bu faaliyetin tehlikeli olabilmesi için ne seviyede bir radyoaktiflik olması gerektiğini göstermemiştir. Böyle bir değerlendirme, federal standartlara göre yapılabilsede bu her zaman mümkün gözükmemektedir. Örneğin, bu davada da radyum güvenlik seviyesi 1978 yılına kadar federal hükümet tarafından belirlenmiştir. Daha sonrası için belirlenen bir seviye yoktur. Dolayısıyla, davalının radyoaktiflik derecesinin ne kadar olduğu belirlenmeden davalıyı sorumlu tutmak, bu tip davalar açısından ortaya çıkabilecek başka bir sorundur¹⁵². Bu nedenle mahkemelerin tehlikeliliği belirlerken tutarlı bir yaklaşımı olmalıdır¹⁵³.

(2) Türk hukukunda

Amerikan hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da faaliyet özel ve ağır bir tehlike taşımaları ya da zarar vermeye aşırı eğilim göstermeli, bir diğer deyişle nitelik veya nicelik açısından ağır sonuçlar doğurmalıdır¹⁵⁴. Her işletme faaliyetinin az çok tehlike arz ettiği düşünüldüğünde bu şartların Türk hukukunda detaylı değerlendirilmemesi halinde genel bir işletme sorumluluğu ortaya çıkabilir¹⁵⁵. Tehlike sorumluluğunun ortaya çıkışı günlük hayata olağanüstü tehlikeli getirenleri kusursuz sorumluluğa tabi tutmak olduğundan, söz konusu faaliyetin taşıdığı riskin, mutlaka olağan düzeyi aşması ve yoğun olarak ifade edilebilmesi gerekmektedir¹⁵⁶. TBK m. 71 düzenlemesinde yer alan uygulanma şartları da olağanüstülüğü

¹⁵¹ *T&E Indus v. Safety Light Corp.*, 587 A.2d 1249 (N.J. 1991).

¹⁵² Christine M. Beggs, "As time Goes By: The Effect of Knowledge and the Passage of Time on the Abnormally Dangerous Activities Doctrine", *Hofstra Law Review*, C. 21, 1992, s. 221.

¹⁵³ Bu yol, belki, temizleme masraflarına karşı, tehlikenin yoğunluğu ve kişilerin zarar görme ihtimallerinin ölçülmesi olabilir. Beggs, *Abnormally Dangerous*, s. 212, dn. 33.

¹⁵⁴ Yılmaz, *Sebepl Sorumlulukları*, s. 558; Üçışık, *Tehlike Sorumluluğu*, s. 128.

¹⁵⁵ Erdem, *Tehlike Sorumluluğu*, s. 221; Yücel, *Tehlike*, s. 112.

¹⁵⁶ Özel/Keleş, *Tehlike Sorumluluğu*, s. 360.

tanımlamaktadır. Olağandışı ya da olağanüstü olarak ifade edilen tehlikelilik ise belirli bir yoğunluk seviyesi gerektirir¹⁵⁷. Bu yoğunluk ise esasen risk seviyesi üzerindeki kontrol zorluğundan kaynaklanır. Zira tehlike sorumluluğun varlık gerekçelerinden birisi de budur¹⁵⁸.

Bir faaliyetin arz ettiği tehlikenin yoğunluğunu tespit etmede ise, söz konusu faaliyette kullanılan araç, güç ya da malzemenin hacim, miktar ve kütle olarak büyüklüğü bir ölçüt olarak kullanılabilir. Güç olarak büyük miktarlarda buhardan, elektrikten, gazdan ve bu güçlerden elde edilen enerjiden faydalanan modern işletmelerin arz ettiği risk, bu güçlerin üzerindeki kontrol zorluğu sebebiyle olağanüstü risk yaratır¹⁵⁹. Örneğin, bir restoranda kullanılan doğalgazın sızmasıyla, yer altından geçen ve büyük hacim ve miktarda gaz barındıran doğalgaz borularının patlaması arasında önemli bir risk seviyesi farkı kabul edilmelidir. Bu sebebe dayanarak da restoran sahibinin toplumsal hayata olağanüstü bir risk getirdiğini söylemek mümkün olmaz. Kaldı ki, restoran sahibinin sorumluluğu tipik risk unsuru bakımından da söz konusu olmamalıdır. Örneğin, tüpgaz üretilen ve depolanan bir işletme için bu tüplerin patlaması sebebiyle tehlike sorumluluğu uygulanabilir. Oysa ki tüpgazı restoranında kullanan işletme için bu tüpün patlaması, restoran işletmesinin faaliyetinin tipik riski kabul edilemez¹⁶⁰. Zira tipik risk, faaliyete özgü teknik bir risk olarak anlaşılmalıdır¹⁶¹.

Bununla birlikte, uçucu, yanıcı ya da patlayıcı özelliği olan maddeler de özlendeki özellikleri nedeniyle kullanıldıkları faaliyetin yüksek risk taşıyan bir faaliyete dönüşmesine olanak tanır. Zira örneğin uçucu bir maddenin yayılmasının kontrol edilmesi oldukça zorken; yanıcı ve patlayıcı maddelerin de harekete geçmesi ve etki alanı üzerinde kontrol imkanı aynı derece zor kabul edilebilir. Dolayısıyla bu malzemelerin kullanıldığı faaliyetleri yürüten işletmeler, diğer şartların da uygun

¹⁵⁷ Özel/Keleş, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 360.

¹⁵⁸ Tehlike sorumluluğunun her bakımdan bütünüyle denetim yapılamayacağı tehlike kaynağından dayalı olarak ortaya çıkan sorumluluk olduğu yönünde bkz. Özel/Keleş, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 347.

¹⁵⁹ İmre, **Kusursuz Mesuliyet**, 45.

¹⁶⁰ Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku** s. 187.

¹⁶¹ Çekin, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 169, dn. 409; Erdem, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 223.

olması kaydıyla önemli ölçüde tehlikeli işletme kabul edilebilir. Bununla birlikte, bu maddelerin büyük miktarlarda taşınması ya da depolanması da maddenin harekete geçme olasılığını artırır ve etki alanını genişletir. Riski çok daha fazla artırarak faaliyetin yarattığı tehlikeyi katlar ve ilave tehlike yaratmış olur¹⁶². Dolayısıyla faaliyetin özündeki tipik riski muazzam derecede çoğaltır.

Benzer bir değerlendirme faaliyetin yürütülmesinde kullanılan araçlar dikkate alınarak da yapılabilir. Bu değerlendirme de esasen riskin belirli bir yoğunluk gerektiren olağanüstülüğünün, aracın üzerindeki kontrol imkanının zorluğundan kaynaklanması ile ilişkilidir. Örneğin, tren ya da uçak kullanılarak yapılan bir taşımacılık faaliyetin olağanüstü tehlikeli kabul edilmesi, söz konusu araçların kütle olarak ağır ve büyük olması ile bu araçların belirli bir hızda seyretmesi, üzerlerindeki kontrol imkanını zayıflatır. Aynı değerlendirme lunapark işletmelerinin yürüttükleri faaliyet için de yapılabilir. Aynı zamanda bu faaliyetlerin tamamı, belirli bir teknolojik gelişmenin sonucu olduğu için tehlike sorumluluğunun tarihsel açıdan varlık sebebini de doğrular niteliktedir.

Türk hukuku açısından yaptığımız bu değerlendirme Amerikan hukukunda yapılan değerlendirmelerle de kısmen benzerlik göstermektedir. Amerikan hukukunda yıkıcı vasıta üzerindeki kontrolün kaybedilmesi ve kontrol kaybedildikten sonra zararın ortaya çıkma ihtimali ile olası zararın büyüklüğünün birlikte değerlendirilmesi yüksek riskin tespiti için bir yol olarak görünmektedir. Kanımızca da bir tür kontrol değerlendirmesi olan bu yaklaşım, Türk hukukunda da aranan bir şart olan tipik riskin¹⁶³ yarattığı yüksek riski tespit etmek için makul bir değerlendirme değildir. Ancak Amerikan hukukunda her somut olayda farklı bir sonuca götürebilecek olan faaliyetin yürütüldüğü yere uygunluğu unsuru, Türk hukukundaki yüksek risk değerlendirmesine bu derece etki etmemelidir. Şöyle ki, örneğin Amerikan hukukunda yer altı depolama tankları bulunan benzin istasyonlarının

¹⁶² İmre, **Kusursuz Mesuliyet**, 45.

¹⁶³ Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku** s. 186; Nomer, **Borçlar Hukuku**, s. 183; Sanlı, **Kusursuz Sorumluluk**, s. 76; Erdem, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 224; Tandoğan, **Kusura Dayanmayan Sorumluluk**, s. 27; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 631; Akkayan Yıldırım, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 210; Özel/Keleş, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 362; Üçışık, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 141.

normalde yüksek risk taşımadığı ancak yerleşim yerlerine yakın olması halinde yüksek risk arz ettiğinin kabulü faaliyetin niteliğini değiştirebilecektir¹⁶⁴. Zira yerleşim yerlerinden uzakta yapılan bir depolama faaliyetinden doğacak zarar yerleşim yerlerine yakın bir yerde yapılabileceğine göre daha az olacaktır. Dolayısıyla yapılan değerlendirmede zararın küçük olduğu tespit edilerek riskin yüksek olmadığı hesap edilebilir. Oysa ki Türk hukukunda yapılan değerlendirmede soyut tehlike değerlendirmesine sadık kalınmalıdır¹⁶⁵. Bu değerlendirme ise, aynı tür faaliyetleri yürüten işletmelerin tamamı üzerinden bir incelemeyi gerekli kılar. Dolayısıyla da örneğin, benzin istasyonlarının, dava konusu olayda uzak yerde yapılmış olması, yüksek riskin olmadığı sonucuna götürmemelidir.

Bununla birlikte hemen belirtmek gerekir ki, Amerikan hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da tehlike sorumluluğunun kurulması için sadece yoğun tehlike şartının varlığı yetmez. Bu yoğun tehlike, sübjektif şart gereği aynı zamanda kaçınılamaz olmalıdır¹⁶⁶. Bu nedenle Türk mahkemelerinin yoğun tehlike arz ettiği tespit edilen bir işletme faaliyetinin aynı zamanda kaçınılamaz bir tehlike arz edip etmediğini de araştırması gerekir. Bir başka ifadeyle, işletme faaliyetinin tehlikelilik vasfı, yoğun tehlikenin aynı zamanda önlenemez ya da azaltılamaz olduğuna göre atfedilmelidir. Ancak bu şekilde faaliyetin yüksek risk taşıdığı kabul edilebilir.

Tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun uygulanabilmesi için de dava konusu faaliyetin hangi sıklıkta zarara sebebiyet verdiği ve verdiği zararın olası büyüklüğü Türk hukuku açısından da matematiksel veriler ışığında sigorta, istatistik, bilimsel eserler, bilirkişi ifadeleri ve idari raporlar gibi çeşitli veriler kapsamında değerlendirilebilecektir.

¹⁶⁴ Hayward, **Common Law Remedies**, s. 633; **Yommer v. Mckenzie**, 257 A.2d 138 (Md. 1969).

¹⁶⁵ Özel/Keleş, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 359; Yücel, **Tehlike**, s. 120; Tiftik, **Genel Kural**, s. 33.

¹⁶⁶ Yücel, **Tehlike**, s. 124; Saraç, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 36; Erdem, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 222; Çekin, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 161.

c. Ek Ölçütler

Günümüzde nükleer santral, radyoaktif atık, sentetik ilaçlara maruz kalma, kimyasallar, petrol sızıntısı ve kazaları, kimyasal santraller, kimyasal depolama gibi faaliyetler sebebiyle toplumun maruz kaldığı risklerin karakteri değişmiş ve hem karakteri hem de büyüklüğü farklı olan yeni risk türleri oluşmuştur. Bu nedenle de hem riskin yapısı açısından hem de sosyo-politik bağlamda risk analizinde önemli değişiklikler meydana gelmiştir¹⁶⁷. Birçok risk, örtülü, gönülsüz maruz kalınan, uzun dönemde etkisini gösteren, sonuçları geri dönüşümsüz olan risklerdir. Birçoğu da ilerlemiş bilim ve teknolojiye doğan ve sonuçları evrensel felaket boyutunda olabilecek risklerdir¹⁶⁸.

Bu noktada örnek olarak x-ray cihazı ile nükleer santral karşılaştırıldığında, nükleer santral x-ray cihazına göre daha riskli olarak algılanır. Zira nükleer santral gibi tehlikeli kabul edilebilecek faaliyetlere ait risklerin belli başlı özellikleri, felaket boyutunda sonuçları olması, kesinlikle ölümcül olması, maruz kalındığı kesin olarak bilinmeyen, gönülsüz olarak maruz kalınan, korkutucu, bilimsel kesinliği olmayan, daha yeni, ani zarara sebep olan, kontrol edilemez oluşlarıdır. Bu özelliklere sahip risk taşıyan bir faaliyet daha tehlikeli olarak algılanabilir. Onun yerine sonuçları felaket boyutunda olmayan, gönüllü¹⁶⁹ ve maruz kalındığı bilinen, kesinlikle ölümcül olduğu kabul edilmeyen, daha az korkutucu, daha eski, sonuçları zamana yayılmış ve

¹⁶⁷ Covello/Mumpower, **Risk Analysis**, s. 39-48.

¹⁶⁸ Bu noktada öne çıkan belirli risk niteliklerinden bahsedilebilir. Bunlar; kontrol edilemezlik, çoğalan risk, korkutucu olan, felaket boyutunda olan, evrensel felaket boyutunda olan, ölümcül sonuç doğuran, gelecek nesillere etkisi olan, gönülsüz maruz kalınan, kolay azaltılmayan, gözlemlenemez, maruz kalan tarafından bilinmeyen, bilim tarafından tanınmayan, yeni, geç etkili, adil olmayan olarak ifade edilebilecek niteliklerdir. Bilinmeyen ve korkutucu gözükten riskler, toplumsal açıdan daha fazla rahatsızlık uyandırmaktadır. Covello/Mumpower, **Risk Analysis**, s. 39-48; Örneğin, yoğun elektrik alanları, radyoaktif atıklar, nükleer santral ve silahlar, uranyum madenciliği, asbest yalıtımı, kimyasal ilaçlama, fosil yakıtlar ile ilgili riskler; yüzme havuzu, elektrik hatları, havai fişekler ya da asansör kullanımı risklerine göre daha az tanınır ve daha fazla korkutur. Bununla beraber, madencilikten doğan hastalık ve kazalar, büyük barajlar, kimyasal depolama ve taşıma, paraşüt, havacılık, dinamit, su altı inşaatları, demiryolu kazaları, sinir gazı kazaları ise ilk gruba göre daha fazla tanınır olmasına rağmen, ikinci gruba göre daha az tanınır. Slovic/Weber, **Perception of Risk**, s. 11.

¹⁶⁹ Örneğin Amerika'da uçak ya da araba kazalarının daha az toplumsal tepki yaratması ya da sigaradan kaynaklı ölümlerin çok daha fazla olmasına rağmen bu konularda daha az düzenleyici işlem yapılmasına sebep olarak, toplumun bu tür gönüllü riskler karşısında daha az tepki vermesinin yattığı kabul edilmektedir. Cass R. Sunstein, "A Note on Voluntary Risks versus Involuntary Risks", **Duke Environmental Law&Policy Forum**, C. 8, N.1, 1997, s. 173.

daha kontrol edilebilir olan riskleri bünyesinde barındıran faaliyetlerin daha az tehlikeli olduğu kabul edilebilir. Bu açıdan bakıldığında verdiğimiz örnekte nükleer santralin, x-ray cihazına göre daha fazla olumsuz özellik barındırdığı ifade edilebilir. Nükleer araç ve güçler için korkutucu sonuç; kontrol edilemezlik, felaket potansiyeli ve ölümcül sonuçlardır. Ayrıca, nükleer santralde toplum açısından risk-fayda dağılımı da belirsizdir¹⁷⁰. Başka bir örnek de kimyasal teknolojiler ile ilgili olarak verilebilir. Kimyasal teknolojiler için önemli özellikler, maruz kalındığı ve bilimsel sonucu bilinmeyen, daha yeni, etkileri gözlemlenemeyen ve sonuçları zamana yayılmış olması olarak izah edilir. Daha korkutucu olan bu tür riskler toplum açısından daha önemlidir ve bu sebeple de bu tür riskler için daha katı düzenleme ve uygulama talep ederler¹⁷¹.

Bununla birlikte daha önce de ifade ettiğimiz gibi, bu tür bir riskin tabii olduğu alanda çalışma yapan bilim insanları daha ziyade zararın ağırlığı bakımından yıllık ölüm oranlarına bakmayı tercih ederler. Bu nedenle bilim insanları ile meslekten olmayan kişilerin belirli bir teknoloji veya faaliyete farklı büyüklükte risk tanımlamaları söz konusu olabilir. Bu açıdan riskin kabul edilebilirliği, riskin kapsamının farklı tanımlanmasına yol açabilir¹⁷². Örneğin, çok fazla ölüme yol açan bir kazanın daha az toplumsal rahatsızlık vermesi mümkündür¹⁷³. Ancak küçük bir kaza, geleceğin habercisi olarak sonsuz sayıda sosyal sonuçlara sebep olabilir. Bir faaliyetin tanınmama ve endişe verici düzeyi arttıkça daha fazla toplumsal tepki yaratmaktadır. Dolayısıyla bu tür faaliyetlerdeki risk değerlendirilmesinin daha hassas yapılması gerekir¹⁷⁴.

Kanımızca da bir faaliyetin yüksek risk taşıyıp taşımadığını tespit etmek için matematiksel ya da istatistiksel sonuçları veren niceliksel risk değerlendirmesi yanında

¹⁷⁰ Bu noktada tehlikelilik karakterini belirleyen birçok niteliksel risk özelliği birbiriyle yüksek oranda ilgilidir. Slovic/Weber, **Perception of Risk**, s. 9.

¹⁷¹ Abraham, **Tort**, s. 18

¹⁷² Slovic/Weber, **Perception of Risk**, s. 9.

¹⁷³ Bu husus esasen tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun bir kusursuz sorumluluk hali olması gerektiğine ilişkin ileri sürülen “toplumun bakış açısı” gerekçesiyle de uyumlu görünmektedir. Gerekçe için bkz.: yuk. Bölüm 1, III, E.

¹⁷⁴ Slovic/Weber, **Perception of Risk**, s. 13.

risklerin niteliği ve toplumsal risk kavrayışı da önem arz eder. Bu nedenle mahkemelerin de esasen teknik bir değerlendirme olan yüksek risk değerlendirmesini, riskin niteliksel özelliklerini de toplumsal risk kavrayışı açısından dikkate alarak özellikle ağır zarar kapsamında incelemesi yerinde olabilir.

4. Türk ve Amerikan Hukuku Açısından Değerlendirme

Amerikan hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da önemli ölçüde tehlikelilikten bahsedebilmek için, büyük bir zarar olmasa da sıkça zarar doğurma ihtimali ya da sık olmasa da büyük bir zarar doğması ihtimali söz konusu olmalıdır¹⁷⁵. Bu ihtimal, sorumluluğun objektif unsuru olup yoğun tehlikeyi ifade eder¹⁷⁶. Ancak, Amerikan hukukunda sık veya ağır zararlar doğurma niteliği işletmeye değil, faaliyetin kendisine özgülenmiş bir niteliktir¹⁷⁷. Aynı zamanda bu faaliyetin bir işletme ya da herhangi bir insan tarafından yürütülmesi bakımından bir fark yoktur¹⁷⁸. Türk Hukukunda ise sık veya ağır zararlar doğurmaya elverişlilik, işletmenin bizzat kendine izafe edilen niteliklerdir¹⁷⁹. Bir başka deyişle, Amerikan hukukuna göre bir faaliyetin olağanüstü tehlikeli olup olmadığı araştırılırken, Türk hukukunda bir işletmenin önemli ölçüde tehlikeli olup olmadığı araştırması yapılacaktır. Bu araştırma yapılırken de göz önünde bulundurulacak ölçütler; faaliyetin mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler olacaktır.

Her ne kadar TBK’da yer alan düzenlemede önemli ölçüde tehlikelilik vasfı işletmeye özgülense de kanımızca bu hususun pratikte bir farkı olmaması gerekir. Kaldı ki TBK m. 71/I’de yer alan ifade, zararın “önemli ölçüde tehlikeli işletme faaliyetinden doğması” gerektiğini belirtmektedir. Bir başka deyişle, zararın bir faaliyet sonucunda doğması şarttır. Bununla birlikte, TBK m.71/II’ye göre, bir işletmenin önemli ölçüde tehlikeli olup olmadığı tespiti yapılırken, işletmenin

¹⁷⁵ Akkayan Yıldırım, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 209; Yılmaz, **Sebepl Sorumlulukları**, s. 560; İmre, **Kusursuz Mesuliyet**, s. 67; Üçışık, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 128; Özel/Keleş, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 358.

¹⁷⁶ Yücel, **Tehlike**, s. 124.

¹⁷⁷ The Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm § 20 (2010).

¹⁷⁸ Epstein/Sharkey, **Cases and Materials**, s. 631.

¹⁷⁹ Erdem, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 223; Akkayan Yıldırım, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 211.

mahiyeti ve faaliyetinde kullandığı malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulmalıdır¹⁸⁰. İşletmenin mahiyeti kavramı oldukça geniş bir kavram olup, işletmenin genel olarak yürüttüğü faaliyetin tehlikeliliğine odaklanır¹⁸¹. İşletmenin faaliyetinde kullandığı malzeme, araçlar ya da güçler ifadesi de yine bir işletme faaliyetinin daha tehlikeli hale getiren malzeme, araç ya da güçleri ifade etmektedir. Şu halde, bir işletmenin önemli ölçüde tehlike arz edip etmediği, her ihtimalde faaliyetinin nitelikleri değerlendirilmek suretiyle belirlenmektedir. Bu nedenle de, Amerikan hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda, yüksek risk taşıma ihtimali, faaliyete göre değerlendirilmelidir. Örneğin, çok tehlikeli sınıfına dahil bir zararlı madde taşımacılığı yapan bir işletmenin bu faaliyetinden bir zarar doğduğu takdirde, Amerikan mahkemelerinin, faaliyetin makul özenin gösterilmesine rağmen yüksek derecede zarar riski yaratıp yaratmadığı kapsamında ilk tespit edeceği husus, söz konusu faaliyetin makul özenin gösterilmesine rağmen sık veya ağır zarar doğuran bir faaliyet olup olmadığıdır. Şu halde Amerikan mahkemelerinin, örnek olayda tespit edecekleri husus, *zararlı madde taşımacılığı faaliyetinin* makul özen gösterilmesine rağmen sık veya ağır zararlar doğurup doğurmadığı yönünde olacaktır¹⁸². Aynı örneğin, Türk mahkemeleri tarafından tehlike sorumluluğu gerektirip gerektirmediği de benzer şekilde takdir edilebilir. Şöyle ki, zararlı madde taşımacılığı yapan bir işletmenin, bu faaliyetinden bir zarar doğması halinde ilk bakılacak husus, işletmenin önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olup olmadığıdır. Bu hususun tespiti için de örnek olayda, öncelikle işletmenin faaliyetinde kullandığı malzeme göz önünde tutulmalıdır. Faaliyette kullanılan malzeme, çok tehlikeli sınıfına dahil zararlı bir maddedir. O halde, söz konusu zararlı maddenin taşımacılığını yapan işletmenin bu faaliyetinden, uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesine rağmen sık veya ağır zarar doğma ihtimalinin ne olduğu da cevaplanması gereken ikinci sorudur. Türk mahkemeleri somut olayda, zararlı madde taşımacılığı yapan bir işletmenin bu faaliyetinden, uzman bir kişiden

¹⁸⁰ Akkayan Yıldırım, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 209; Erdem, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 222; Özel/Keleş, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 360.

¹⁸¹ Çekin, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 159; Saraç, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 45; Erdem, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 222.

¹⁸² The Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm § 20 (2010). <https://lawschool.westlaw.com>, 17.12.2017.

beklenen tüm özenin gösterilmesine rağmen sık veya ağır zarar meydana geldiğine karar verirse, işletme, önemli ölçüde tehlikeli kabul edilecek ve tehlike sorumluluğu kurulacaktır. Görüldüğü gibi tüm cevaplar, işletmenin yürüttüğü faaliyetin esas alınmasıyla cevaplanması mümkün olan sorulardır. Kaldı ki, faaliyette kullanılan araç, güç ve malzemenin özündeki tehlikelilik değerlendirilmeden faaliyetin yarattığı risk değerlendirilemez. Aynı zamanda faaliyetin yarattığı risk değerlendirilmeden işletmenin tehlikeliliği değerlendirilemez. Bir başka ifadeyle, tehlikeli faaliyet yoksa önemli ölçüde tehlikeli işletme de yoktur. Son tahlilde, kanımızca, TBK m.71 düzenlemesinde yapılan önemli ölçüde tehlikeli işletme araştırması esasen, somut olaydaki işletme faaliyetinin, kullanılan araç, güç veya malzemenin özellikleri dikkate alınarak yüksek derecede risk taşıyan bir faaliyet olup olmadığı araştırmasından ibarettir. Bu konuda da Amerikan hukukundaki uygulama yol gösterici olabilir

E. TEHLİKENİN KAÇINILMAZLIĞI

1. Genel Olarak

Hem Türk hem de Amerikan hukukunda tehlikeli faaliyetlere ilişkin kusursuz sorumluluğun uygulanabilmesi için, yalnızca yüksek zarar riskinin varlığı yeterli değildir. Aynı zamanda faaliyetin yarattığı bu yüksek risk, kaçınılamaz bir risk olarak tanımlanabilmelidir. Bir diğer ifadeyle, faaliyetin arz ettiği yüksek risk, alınması beklenen tüm önlemlere rağmen varlığını sürdürmelidir. Amerikan hukukunda bu husus, faaliyetin, güvenlik seviyesine katkıda bulunan tüm taraflarca makul özenin gösterilmesine rağmen yüksek zarar riski taşımaya devam etmesi olarak kabul edilmiştir¹⁸³. Türk hukukunun aksine makul özenin zarar verenin de dahil olduğu tüm taraflarca gösterilmesi gereği, üçüncü Restatement'ta açıkça ifade edilmiştir. Her ne kadar diğer Restatement düzenlemelerinde bu husus açıkça ifade

¹⁸³ The Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm § 20 (2010). Speiser/Krause/Gans, **The American Law of Torts**, s. 1002-1004.

edilmese de mahkemeler kararlarında bu gerekliliğin önemi üzerinde durmuş ve bu nedenle bu şart, üçüncü Restatement düzenlemesinde açıkça yer almıştır¹⁸⁴.

TBK 71/II düzenlemesine göre ise, bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ve güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bu önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmedir. Şu halde, bir işletmenin önemli ölçüde tehlike arz edip etmediğinin tespiti, işletmenin sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişliliği olarak ifade edilen objektif unsur ile birlikte, uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilip gösterilmediği araştırmasını gerektirecek subjektif unsurun varlığına göre yapılacaktır.¹⁸⁵ Ancak Türk hukukunun Amerikan hukukundan farkı, bir işletmenin önemli ölçüde tehlike arz edip etmediğinin tespiti için zarar görenin göstereceği özenin dikkate alınmamasıdır.

2. Tehlikenin Kaçınılmazlığı ile Yüksek Risk İlişkisi

a. Yüksek Riskin Kaçınılamaz Olması Gereği

Makul özen şartı ile yüksek risk unsurunun birlikte değerlendirilmesi gerekmesi sonuç açısından belirleyicidir. Zira hem Amerikan hem Türk hukukuna göre, yüksek risk gösterilen makul özenden sonra dahi artık olarak kalan risktir¹⁸⁶. Bir diğer ifadeyle faaliyetin yarattığı risk, makul özen gösterildikten sonra dahi yüksek olarak sınıflandırılabilir. Bu noktada başlangıçtaki yüksek riskin önemi yoktur. İlk bakışta çok yüksek risk taşıdığı düşünülen bir faaliyet, mahkemeler tarafından az ya da normal riskli olarak kabul edilebilir. Bir örnekle açıklamak

¹⁸⁴ Hahn v. Chevron, USA. Inc., 60 F3d 828 (6th Cir. 1995); Henderson v. United States, 965 F.2d 1488, 1496 (8th Cir. 1992); Indiana Harbor v. American Cynamid Co., 916 F.2d 1174 (7th Circuit 1990); Toledo v. Van Waters&Rogers, Inc., 92 F.Supp. 2d 44,55 (D.R.I. 2000).

¹⁸⁵ The Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm § 20 cmt. g; Uluşan, **Fedakarlığın Denkleştirilmesi**, s. 362; Büyüksağış, **Genel Sorumluluk Kuralı**, s. 4-5; Erdem, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 222; Özel/Keleş, **Tehlike Sorumluluğu**, 360; Sanlı, **Kusursuz Sorumluluk**, s. 75

¹⁸⁶ Glannon, **The Law of Torts**, s. 329.

gerekirse, Amerikan mahkemeleri bir işletmenin kat kat dayanıklı varillerle, çarpmaya karşı dirençli araçlarla ve nispeten az sayıda yerleşimin bulunduğu güzergah üzerinde yüksek seviye zararlı atık taşınması faaliyetinde zarar riskini düşük kabul edebilir. Zira bu halde zararlı atığın dayanıklı varil ve çarpmaya karşı dayanıklı araçlarla taşınması, bir kaza anında dahi zararlı atık üzerindeki kontrol kaybını (zararlı atığın açığa çıkması hali) önemli ölçüde azaltabilmektedir¹⁸⁷. Her nasılsa söz konusu zararlı atığın açığa çıkması durumunda ise, şarta bağlı olan ihtimalin gerçekleşmesi, bir başka deyişle atığın vereceği zarar ihtimali, az sayıda yerleşimin bulunduğu bir mahalde görece daha az olabilir. Böyle bir olayda, her iki ihtimalin değerlendirilmesiyle birlikte, zarar ihtimalinin çok yüksek olmadığı sonucuna ulaşılabilir. Aynı değerlendirme, başka bir işletmenin, en son ve en iyi teknolojiyi kullanarak güvenli bir baraj inşa etmesi halinde de söz konusu olabilecektir. Böyle durumlarda zarar ihtimali düşük kabul edilebilir ve faaliyeti yürütenin toplum üzerinde yarattığı riskin, toplum üyelerinin onun üzerinde yarattığı riskten çok daha fazla olmadığına kanaat getirilebilir¹⁸⁸.

Amerikan hukukunda makul özenin kilit ve olmazsa olmaz şart olarak tanımlayan mahkeme kararlarından bazılarında göre, kimyasal maddelerin nakliyesi¹⁸⁹, kuyu kazılması¹⁹⁰, gazların borularla iletimi¹⁹¹, gazların depolanması¹⁹², zararlı maddelerin taşınması¹⁹³, suyun içindeki elektrikli su boruları¹⁹⁴ gibi birçok faaliyetten doğan zararlar, makul özenin gösterilmesiyle engellenebilir ya da

¹⁸⁷ Somut olayda makul önlemlerin zararı engelleyebileceğini, genel olarak da yer altı depolama tankları ile ilgili zarar riskin düşük seviyede tutulabileceğini ifade eden ve bu faaliyeti olağanüstü tehlikeli kabul etmeyen; aynı zamanda bir faaliyetten doğan zararın kusursuz sorumluluğa yol açıp açmayacağı belirlemesinde makul özen şartının kilit şart olduğu yönünde karar veren karar için bkz. Arlington Forest Assocs. V. Exxon Corp., 774 F.Supp. 387, 390 (E.D. Va. 1991); Yine gösterilen delillerin, makul özenle riskin azaltılamayacağını göstermemesi sebebiyle yer altı depolama tanklarının olağanüstü tehlikeli faaliyet kabul edilemeyeceği yönünde Walker Drug Co. v. La Sal Oil Co., 972 P.2d 1238 (Utah 1998)

¹⁸⁸ Speiser/Krause/Gans, **The American Law of Torts**, s. 1005; Kress, **The Seriousness of Harm**, s. 285.

¹⁸⁹ Sprankle v. Bower Ammonia Chem. Co., 824 F.2d 611, 1989.

¹⁹⁰ Hagen v. Texaco Ref. Inc., 526 N.W.2d,531, 1995.

¹⁹¹ Dudley v. Balt. Gas/Elec. 632, A.2d., 492, 1993.

¹⁹² Hahn. V. Chevron, USA, Inc., 60 F.3d 828, 1995.

¹⁹³ Robbins Corp. v. Eastman Chem. Co., 912, F.Supp., 1476, 1995.

¹⁹⁴ Fleege v. Cimpl., 305 N.W.2d. 409, 1981.

azaltılabilir¹⁹⁵. Mahkemeler, bir faaliyeti güvenli olarak sürdürmenin mümkün olduğu somut olayın şartlarından anlaşılıyorsa o faaliyeti tehlikeli olarak kabul etmemektedirler. Öte yandan, riskin makul özen gösterilmesine rağmen engellenememesi ya da azaltılamaması halinde ise kusursuz sorumluluk mahkemeler tarafından kabul gören bir sorumluluk biçimidir. Bu duruma uygun olarak kazık çakma¹⁹⁶, radyoaktif yayılım¹⁹⁷, civa atıklarının yok edilmesi¹⁹⁸, tarım ürünlerinin ilaçlanması¹⁹⁹ gibi bazı faaliyetleri de tehlikeli kabul etmişlerdir²⁰⁰.

TBK m. 71 kapsamında yapılacak olan önemli ölçüde tehlikelilik değerlendirilmesi de, Amerikan hukukunda yapılan yüksek derecede risk değerlendirmesine kısmen benzerlik göstermektedir. Hem Restatement hem de Amerikan mahkemeleri, bir faaliyetin yüksek risk taşıyıp taşımadığını, söz konusu faaliyetin makul özen gösterilmiş olmasına rağmen sık veya ağır zararlar doğurmuş olmasına göre tespit etmektedirler²⁰¹. TBK düzenlemesi de açıkça aynı yaklaşımı benimsemiştir. Buna göre, bir işletmenin önemli ölçüde tehlikeli olduğu, o işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesine rağmen sık veya ağır zarar doğurmaya elverişli olması halinde kabul edilecektir²⁰². Daha önce de belirttiğimiz gibi, bu araştırma, işletme faaliyetinin taşıyabileceği yüksek derecedeki risk araştırmasıdır. O halde bir işletme faaliyetinin yüksek risk taşıyıp taşımadığı, o faaliyetin sadece sık veya ağır zararlar doğurmaya elverişliliği üzerinden değil; uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesine rağmen sık veya ağır zararlar doğurmaya elverişliliği üzerinden değerlendirilecektir²⁰³. Bu noktada Türk hukukunda da sonucu belirleyen husus, esasen bir faaliyetin kaçınılmaz olup olmadığıdır²⁰⁴.

¹⁹⁵ King, **Dangerous Activities**, s. 355; Speiser/Krause/Gans, **The American Law of Torts**, s. 1004.

¹⁹⁶ Sachs v. Chiat, 162 N.W.2d 243, 1968.

¹⁹⁷ Bennett v. Mallinckroth, Inc., 698S.W.2d, 854, 1985.

¹⁹⁸ State v. Ventron Corp., 468, A.2d 150, 1983.

¹⁹⁹ Langan v. Valicopters, Inc, 567 P2d 1255, 1982.

²⁰⁰ Boston, **The Negligence Barrier**, s. 597-622.

²⁰¹ The Restatement (third) of Torts: The Restatement (third) of Torts, Liability for Physical and Emotional Harm § 20 (2010).

²⁰² Üçışık, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 141; Yılmaz, **Sebepl Sorumlulukları**, s. 571.

²⁰³ Widmer, **Strict Liability**, s. 333; Büyüksağış, **Genel Sorumluluk Kuralı**, s. 4-5; Yılmaz, **Sebepl Sorumlulukları**, s. 572.

²⁰⁴ Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 277; Özel/Keleş, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 361.

Bu çerçevede Türk hukukunda, hangi işletme faaliyetinin önemli ölçüde, hangi işletme faaliyetinin ise normal ölçüde tehlikeli olduğunun tespiti için, hangi faaliyet üzerinde kontrol imkanının mümkün olduğunun belirlenmesi gerekir. Kaldı ki Türk hukukunda da tehlike sorumluluğuna temel olan ilkelerden olan hakimiyet ilkesi, işletmelerden beklenen tüm özen ölçütünün temelinde yer alır. İşletmenin yürüttüğü faaliyet alanında uzman kişiden beklenen özen derecesi ve buna bağlı olarak alınacak önlemler, faaliyetin tehlikesini engelleyememelidir. Bir diğer ifadeyle, tehlike kaçınılmaz olmalıdır. Kaçınılmazlık değerlendirmesi ise, faaliyetin doğası, faaliyette kullanılan araç, malzeme ve güçler, faaliyetin yürütüldüğü yer, mevcut teknolojik gelişmişlik düzeyi, ilgili idari düzenlemeler, istatistikler ve özellikle uzman görüşleri dikkate alınarak yapılmalıdır.

b. Amerikan Hukukundaki Yaklaşım Farkı

Bu noktada ifade edilmesi gereken önemli bir husus ise, Amerikan hukukunda karşımıza çıkan, zarar görenin hareketinin sorumluluğunun kurulmasındaki etkisi ile zarar görenin hareketinin sorumluluk kurulduktan sonra kusur olarak dikkate alınıp tazminattan indirim sebebi teşkil etmesinin birbirinden farklı konular olduğudur²⁰⁵. Tüm taraflarca gösterilecek makul özen ifadesi, zarar görenin de esasen faaliyetten doğacak zarar üzerinde önemli derecede kontrolü olmaması gerektiğini ifade ederken; zarar görenin zararın üzerinde makul olmayan hareketinin de etkili olması hali ise tazminattan indirime yol açabilecek kusuru olduğunu ifade etmektedir. Zarar görenin davranışının sorumluluğun kurulmasında etkin olması ise temelini tek taraflı sebep olma anlayışından almaktadır. Bu ilke ise daha önce de belirttiğimiz gibi Amerikan hukukundaki bazı faaliyetlerin neden daha tehlikeli olduğunu ve dolayısıyla neden kusursuz sorumluluğu tabi olması gerektiğini yansıtan ilkelerden biri ve belki de bu ilkelerin en önemlisidir. Bu ilkeye göre, riskin tamamen zarar verenin kontrolünde olduğu, zararın doğmasında zarar gören ya da

²⁰⁵ Zarar görenin kusuru konusu aşağıda detaylı olarak ele alınacaktır. Bkz.: aŞ. Bölüm 3, I, C. Epstein/Sharkey, **Cases and Materials**, s. 631; The Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm, § 20 (2010); Speiser/Krause/Gans, **The American Law of Torts**, s. 1004.

üçüncü kişilerin önemli derecede etkisinin olmadığı ve bu nedenle de gereken önlemlerin sadece zarar veren tarafından alınabileceği faaliyetler kusursuz sorumluluğa tabi olmaya daha uygundur²⁰⁶. Haksız fiil hukukunun zararın önlenmesi amacı ile de ilgili olan bu ilkeye göre, tehlikeli bir faaliyet dolayısıyla zararın ortaya çıkmasında, zarar görenin ya da üçüncü bir kişinin etkisi yoktur. Zarar gören tamamıyla pasif konumdadır²⁰⁷. O halde, ortaya çıkması muhtemel zararları önlemek ya da azaltmak için alınması gereken önlemler yalnızca zarar veren tarafından alınabilir²⁰⁸. Zarar gören tarafından alınan önlemlerin, zarar riskini ortadan kaldırmadığı ya da önemli ölçüde azaltmadığı bu gibi faaliyetlerde kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanması daha adil bir çözüm olarak gözükmektedir. Eğer, zarar görenin göstereceği özen, zararın meydana gelmesini engelleyebiliyor ya da en azından azaltabiliyor ise sorumluluk kurulmaz²⁰⁹. Bu açıdan bakıldığında bir faaliyetin tehlikeli sayılabilmesi için gereken şartlardan biri de zarar görenin göstereceği özenin, zararın ortaya çıkmasında ya da büyüklüğünde bir etkisinin olmamasıdır. Bir diğer deyişle, zarar görenin kendini korumasının mümkün olmaması, faaliyeti hem daha tehlikeli yapar hem de risk kontrolünün tamamen zarar verende olduğunu kanıtlar. Şu halde, zararın doğumuna, riski tamamen kontrol edebilecek zarar verenin sebep olması, faaliyetin tehlikeli sayılması için gereklidir²¹⁰.

²⁰⁶ Johnson, **Mastering Torts**, s. 209; Simons, **Strict Liability**, s. 10; Schwarts, **Raylands v. Fletcher**, s. 219; Demiryollarında işleyen trenler sebebiyle doğan zararlar için de tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluk kurulmamaktadır. Karayolunda kesişme sonucu meydana gelen kazalar açısından bakıldığında bu faaliyet patlatma faaliyetinin özünde taşıdığı risk gibi bir risk içermemektedir. Warner v. Norfolk&Western Railway Co., 758 F.Supp. 370 (W.D. Va. 1991); Raymond v. Southern Pacific Co., 488 P.2d 460 (Or. 1971). Örneğin, Los Angeles hafif raylı sistemin dahil olduğu kazaların istatistiği oldukça yüksektir. Üstelik oldukça ölümlü kazalar da meydana gelmektedir. Buna rağmen kazalarda raylı sistemde alınması gereken tüm önlemlerin alındığı; ölümlü tüm kazalara yayaların ya da motorlu taşıt işletenlerin dikkatsizliğinin sebep olduğu ifade edilmektedir. Douglas P. Shuit, “Where Rapid Transit Means Constant Risk”, **Los Angeles Times**, 15.11.1999 tarihli gazete haberi, 1999, s.1.

²⁰⁷ Schwarts, **Raylands v. Fletcher**, s. 219.

²⁰⁸ Simons, **Strict Liability**, s.10.

²⁰⁹ Jones, **Hazardous Enterprise** s. 342.

²¹⁰ Johnson, **Mastering Torts**, 209; Kent v. **Gulf States Utilities Co.** davasında, mahkeme, elektrik iletimi faaliyetinin, kusursuz sorumluluk gerektirmediğine karar vermiştir. Çünkü bu faaliyet, yüksek zarar riski olmadan yapılabilen günlük bir faaliyettir. Mahkeme, işletmenin neredeyse her zaman zarara yol açabileceği ve zarar görenin nadiren kendini koruyabilmesinin mümkün olduğu faaliyetlerin kusursuz sorumluluğu gerektireceğini de not düşmüştür. (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 17.11.2015.

Bu ilke gereğince de makul özenin, sadece faaliyeti yürüten tarafından gösterilmesi yeterli değildir. Hem faaliyeti yürüten hem de faaliyetin güvenlik seviyesine katkıda bulunan diğer tarafların, makul özeni göstermesi gerekir. Eğer zararın ortaya çıkmasında faaliyeti yürüten taraftan başka, zarar görenin de dahil olduğu diğer tarafların etkisi varsa, kusur sorumluluğu daha uygun bir çözüm yoludur. Kusursuz sorumluluk ilkesi, doğası gereği kaçınılmaz olan bir tehlikeden, bu tehlikeden kendi önlemleriyle korunması mümkün olmayan zarar göreni korumak için uygulanır²¹¹. Ancak, bir faaliyetin yürütülmesi sırasında ortaya çıkacak zarardan, bütün tarafların ve potansiyel mağdurların kaçınması mümkün ise, o halde faaliyet “*özü itibariyle kaçınılmaz olarak tehlikeli*” değildir ve kusursuz sorumluluk uygulanmasına gerek yoktur.²¹² Türk hukukunda da tehlike sorumluluğunun varlığı için ileri sürülen ilkelerden hakimiyet ilkesi de Amerikan hukukundaki tek taraflı sebep olma ilkesiyle benzerlik göstermektedir. Hakimiyet ilkesinde göre de tehlikeli faaliyeti yürüten tarafın riski kontrol eden taraf olması gerekir. Eğer faaliyeti yürüten tarafın, önlemleri almada makul özeni göstermesiyle risk yok edilebiliyor yahut en azından azaltılabiliyorsa, kusursuz sorumluluk uygulanmayacaktır. Bu açıdan tehlike sorumluluğunda zarar görenin pasif taraf olması gerektiği ileri sürülebilir. Zira, zarar görenin, zarar verenin hakimiyet ya da kontrolü altında olan bu alana müdahale etmesi pek mümkün değildir. Ancak belirtmek gerekir ki, Amerikan hukukunda bu ilke oldukça katı uygulanmaktadır. Türk hukukunda faaliyetin tehlikeliliği belirlenirken, zarar görenin göstereceği özenin de dikkate alınması, örneğin elektrik dağıtımının konu olduğu davalarda kusursuz sorumluluğun yersiz olmasına yol açabilir. Zira zarar gören elektirikle temas etmekten kaçınınsaydı zarar meydana gelmezdi anlayışı ile zarar görenin faaliyet üzerinde önemli derecede kontrolü

²¹¹ Epstein/Sharkey, **Cases and Materials**, s. 631; The Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm § 20 (2010).

²¹² Amerikan mahkemeleri genel olarak, kaza doğuran olayın içinde başka kişilerin de olduğu durumlarda kusursuz sorumluluğu uygulamazlar. Örneğin, gazın yer altı borularıyla iletimi faaliyetinde bu borulara başka şirketlerin de erişimi vardır ve bu şirketler de kazaların olmasına etki edebilir. Aynı şekilde mahkemeler, tehlikeli ürünlerin üretilmesi ve satılması faaliyetini de tehlikeli faaliyet olarak görmezler. Zira bu faaliyeti yürüten şirketler makul özeni gösterecekleri dahi bu ürünlerin dağıtımını hala risklidir. Bu nedenle ürünleri satın alan ve dağıtımını yapan kişiler de makul özeni gösterirler ve uygun olmayan kullanımdan kaçınırlarsa bu risk azaltılabilir. Douglas P. Shuit, “Where Rapid Transit Means Constant Risk”, **Los Angeles Times**, 15.11.1999 tarihli gazete haberi, s. 1; The Restatement (third) of Torts: The Restatement (third) of Torts, Liability for Physical and Emotional Harm § 20 cmt. h (2010).

olduğu ileri sürülebilir. Oysa ki böyle bir yaklaşım, değerlendirmenin soyut tehlike üzerinden somut tehlikeye kaymasına ve somut olay üzerinden inceleme yapılmasına neden olur. Zarar görenin hareketinin, zararın inhisari nedeni olduğu tespit edilirse zaten sorumluluk kurulmayacaktır. Ancak zarar görenin kusuru olması tehlike üzerinde kontrolü olduğu anlamına gelmemektedir. Bu nedenle zarar görenin kendini koruyacak önlemi imkanı varken almaması, sorumluluğun kurulması aşamasında bir şart olarak değil; ancak sorumluluk kurulduktan sonra bir indirim sebebi olarak dikkate alınabilir. Aksi halde zarar görenin üzerine tehlike sorumluluğunun varlık amacına uymayacak şekilde ağır bir yük bindirilmiş olacaktır. Zarar görenin elbette ki önlem alacağı faaliyetler olabilir ancak bu husus faaliyetin kontrolünün zarar görende olduğunu veya faaliyetin soyut tehlikesinin zarar gören tarafından yaratıldığı anlamına gelmemelidir.

3. Beklenen Özen Derecesi

Amerikan hukukunda gösterilmesi beklenen özen derecesi makul kabul edilecek bir derece olarak belirlenmiştir²¹³. Türk Hukukunda ise bu derece, bu işlerden uzman kişinin göstereceği tüm özen olarak ifade edilmiştir. Ancak Amerikan hukukunda makul olan derece, faaliyetin tehlikeliliği ile birlikte değerlendirilir. Türk hukukundaki tüm özen ifadesinin de işletme faaliyetinin tehlikeliliği ile orantılı ve makul olan tüm özen biçiminde anlaşılması daha uygun olur²¹⁴. Aynı zamanda belirtmek gerekir ki, burada bahsedilen özen, somut olaydaki işletmenin önemli ölçüde tehlikeli olup olmadığı değerlendirmesi sırasındaki özen şartı olup, işletme sahibi ya da işletenin özen yükümlülüğü ile ilgisi yoktur.

Amerikan hukukuna göre, çeşitli davalarda ortaya çıkan anlayışa göre, tehlikeli materyalleri kontrolü altında tutan kimse, bu tehlikeli materyalle birbirini tutan ve bu tehlike riski ile orantılı olarak gereken özeni gösterme yükümlülüğü

²¹³ The Restatement (third) of Torts: The Restatement (third) of Torts, Liability for Physical and Emotional Harm § 20 cmt. h (2010).

²¹⁴ Sanlı, **Kusursuz Sorumluluk**, s. 75, Yazar, tüm özen ifadesinin amacı aşan bir fade olduğunu; ifadenin tüm çaba ya da maksimum yatırım yapılması olarak anlaşmaması gerektiğini haklı olarak belirtmiştir.

altındadır. Başkalarını, bu tehlikeli faaliyeti sürdürürken kazalardan korumak için gereken özeni göstermelidir²¹⁵. Makul özenin temel olarak gerektirdiği ise, somut şartlar altında gösterilecek yüksek (*high*) ve mükemmel (*great*) derecedeki²¹⁶ özendir. Elbette ki burada beklenen en yüksek ve en mükemmel olan özen değildir. Bu derece, hayatın sıradan ilişkilerinde ya çok daha az risk içeren işlerinden daha yüksek bir özendir. Özdeki tehlike ne kadar büyükse, o kadar daha fazla ilave özen gerekir. Bu özenin aranmasının nedeni, başkaları için yıkıcı ve hatta ölümlere yol açıcı özelliği olan bu faaliyeti bilgi ve rızaya dayalı olarak yürütmektir.²¹⁷

İstisnai olarak tehlikeli yer, araç-gereç ve faaliyet sorumluluğu alan kimseler, bu faaliyetleri yürütürken de istisnai ölçüde özen göstermelidir. Hukuk kuralları gereği de, özü itibariyle tehlikeli ve başkalarına zarar verici olabilen elektrik, havai fişek, yanıcı madde, patlayıcı gibi araç-gereç, güç, madde ya da malzeme kullananlar, yüksek ve de istisnai derecede özen göstermelidir²¹⁸. Her ne kadar bu özenin derecesi ile ilgili kesin ölçütler olmasa da genel olarak deneyimlerin ve bilinen tehlikelerin alınmasını gerektirdiği ölçüde özen gerekir²¹⁹. Bu özen, kullanılan ya da sahibi olunan tehlikeli aracın doğasına, onun hangi şartlar altında kullanımının sürdürüldüğünü çevreleyen zamana ve yere göre²²⁰ belirlenebilir. Bu aracın sahibi ya da faaliyeti yürütenin tehlikenin özelliği ile ilgili bilgisi ve bilebilme imkanına da bağlıdır²²¹.

TBK m. 71 düzenlemesi açısından da öncelikle “*tüm özen*” ifadesinin incelenmesi gerekir. Türk haksız fiil hukuku kapsamında özen kavramı; bir riski

²¹⁵ Myers v. Dronet, 801 So. 2d 1097 (La. Ct. App. 3d Cir. 2001); Louisiana Civil Code’un öngördüğü hüküm altında bir şeyi mahveden, bozan, arıza yaratan şeyin sahibi ya da sorumlu kişinin, bu zararı engellemek için makul özeni göstermesi gerekir. Özenin derecesi, büyük ölçüde bu zararın meydana gelebilme olasılığına bağlı olmalıdır.

²¹⁶ Tehlikeli bir araç ile ilgili olarak gösterilmesi gereken özen, o aracın tehlikeli karakteri ile orantılı olmalı ve gösterilecek yüksek özen hiçbir zaman son bulmamalıdır. Long v. Turk, 265 Kan. 8555, 962 P2d 1093, 1998.

²¹⁷ Saullo v. Douglas, 957 So. 2d 80 (Fla. 5th DCA 2007).

²¹⁸ Cambridge Mut. Fire Ins. Co. v. State Fire & Cas Co., 405 So. 2d 587 (La. Ct. App. 3d Cir., 1981).

²¹⁹ Maize v. Atlantic Refining Co., 352 Pa. 51, 41 A.2d 850, 160 A.L.R 449, 1945.

²²⁰ Zarar doğuran makul olmayan riskin varlığı için yapılacak Risk yarar analizi; 1) şeyin faydası 2) açık ve anlaşılır olan zararın ve ihtimalinin büyüklüğü 3) zarardan kaçınma maliyeti 4) sosyal fayda ve yada tehlikeli doğal olarak tehlikeli olu olmadığına gereğince zarar görenin faaliyeti gibi dört unsura göre belirlenir. Speiser/Krause/Gans, **The American Law of Torts**, s. 222.

²²¹ Speiser/Krause/Gans, **The American Law of Torts**, s. 1004.

veya olası zararları engellemek ya da azaltmak bağlamında gösterilen davranışlar olarak ifade edilebilir²²². Şu halde, özen göstermenin amacı, riskin yönetilerek engellenmesi ya da azaltılmasını sağlamaktır. Ancak, risk yönetimi açısından ne derece bir özen gösterilmesi gerektiği de belirlenmesi gereken bir diğer noktadır. Bir faaliyetin olası risklerini engellemek için teknik ve teknolojik açıdan mümkün tüm önlemlerin alınması zorunlu mudur? Öncelikle TBK m. 71’de yer alan tüm özen ifadesinin, amacı aşan bir ifade olduğunu söylemek gerekir²²³. Zira bir işletmeden, ekonomik açıdan kendi mahvına yol açacak derecede bir özen beklemek rasyonel değildir. İşletmeler, insanların aksine çoğunlukla kar amacı güderler. Dolayısıyla alacakları önlemlerin maliyetinin, zarar maliyetini geçmesi, işletmeler açısından sorun teşkil eder. Bu nedenle özen kavramının ekonomik boyutu her zaman göz önünde bulundurulmalı ve tüm özen ifadesinin, ekonomik açıdan mümkün olduğu kadarıyla, alanında uzman kişiden beklenmesi makul olan tüm özen biçiminde anlaşılması daha uygundur. Aksi halde işletmelerin potansiyel olarak faydalı olacak faaliyetlere girişmemesi de ihtimal dahilindedir. Bu sonuç ise adeta bu işlerin en baştan kanun koyucu tarafından yasaklanmış olmasıyla benzerdir. Her iki durumda da faaliyet en baştan yapılmaz. Kanun koyucunun bu sonucu tercih etmediği ise açıktır. Bir başka açıdan bakıldığında da büyük harcamalar yapılarak birçok yüksek riskin azaltılabileceği mümkün olabilir²²⁴. Ancak ekonomik açıdan makul olmayacak bu önlemlerin varlığı, birçok faaliyetten doğabilecek olası zararın önlenemez olduğunu ve dolayısıyla tehlike sorumluluğunun uygulanamayacağı sonucunu doğurur. Bu durumda da tehlike sorumluluğunun ihdas edilmiş olmasının bir anlamı kalmaz. Kusur sorumluluğunun varlığı yeterli olur. Bu nedenle tüm özen kavramının, öğretide kabul edilen makul özen kavramına karşılık geldiği kabul edilmelidir. Kaldı ki makul olan tüm özen, ilgili tehlike ile orantılı daha yüksek bir özen belirlenmesine de engel değildir.

²²² Sanlı, **Ekonomik Analiz**, s. 195.

²²³ Sanlı, **Kusursuz Sorumluluk**, s. 75; Saraç, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 41.

²²⁴ Hemen hemen hiçbir zararın önlenemez olmadığı, her zaman önlemlerin artırılarak kazaların azaltılabileceği veya önlenilebileceği ancak bu önlemlerin çok maliyetli olacağı için kimsenin katlanmak istemeyeceği yönünde bkz. Murat İnceoğlu/Gökçe Kurtulan, “TBK M.71/F.4 Hükmüne Alternatif Çözüm: Örtülü Boşluk”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 2, Temmuz 2016, s. 53; Risk ve kazalar hakkında yapılan çalışmaların, her türlü riskin azaltılabileceğini ve hatta riskin tamamen ortadan kaldırılabilirliğini gösterdiği yönünde bkz. Sanlı, **Kusursuz Sorumluluk**, s. 75.

4. Özenin Kilit Şart Olmasının Gerekçeleri

Riskin önlenemez doğası, bir faaliyetin tehlikeli olup olmadığının belirlenmesinde en önemli unsur ya da vazgeçilemez nitelikteki gereklilik olarak ifade edilebilir²²⁵. Makul özen unsurunun, Amerikan mahkeme kararlarındaki vurgulanma sıklığına bakıldığında, tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun düğüm noktası olduğu görülmektedir²²⁶. Zira yürütülen faaliyet ilk bakışta çok yüksek riskli olarak algılansa da bu riskin gerçekten yüksek olup olmadığı ve dolayısıyla kusursuz sorumluluğa yol açıp açmayacağı, özen şartının değerlendirilmesiyle tespit edilecektir²²⁷.

Aynı hususun Türk hukuku açısından geçerli olduğu söylenebilir. Zira TBK m. 71 hükmü de önemli ölçüde tehlikeli işletmeyi tanımlarken, “*bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sık ve ağır zararlar doğurmaya elverişlilik*” ifadesini kullanmıştır. Şu halde, Türk hukukunda da sık ve ağır zararlar doğurmaya elverişlilik, bir diğer ifadeyle riskin önlenemez doğasının olup olmadığı ancak özenin gösterilmesinden sonra tespit edilecek bir özelliktir. Makul özen unsurunun, tehlikeli faaliyetler için uygulanacak kusursuz sorumluluk için kilit şart olmasının nedenleri, Amerikan mahkeme kararlarında çeşitli gerekçelere dayandırılarak izah edilmiştir²²⁸. Bu gerekçelerin incelenmesi ise, hem konunun daha iyi anlaşılması hem de Türk hukukuyla karşılaştırma yapmak bakımından yerinde olabilir.

²²⁵ The Restatement (third) of Torts: The Restatement (third) of Torts, Liability for Physical and Emotional Harm § 20 cmt. h (2010); Makul özenin yüksek zarar riskini engellemedeki etkisinin kilit şart olarak dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. E.S. Robbins Corp. v. Eastman Chem. Co., 912 F.Supp. 1476 (N.D. Ala. 1995)

²²⁶ Kamp ateşi yakmanın yüksek derece zarar riski içerdiğini ancak olağanüstü tehlikeli faaliyet kabul edilemeyeceğini, zira riskin uygun önlemlerle azaltılabileceğini ya da tamamen yok edilebileceğini ifade eden karar için bkz. King v. United States, 53 F.Supp.2d 1056 (D. Colo. 1999)

²²⁷ Makul özen göstermenin riski engellemede ne derece etkili olacağı üzerinden değerlendirme yapan mahkeme, tehlikeli kimyasalların taşımacılığı faaliyetini, makul özen gösterildiğinde güvenli biçimde yürütülebileceği sebebiyle olağanüstü tehlikeli faaliyet kabul etmemiştir. Toledo v. Van Waters & Rogers, Inc., 92 F.Supp.2d 44, 55 (D.R.I. 2000)

²²⁸ Boston, **The Negligence Barrier**, s. 633.

a. Kusur Sorumluluğunun Etkisi

Amerikan hukukunda zarar gören, tehlikeli faaliyetten doğan bir zarar için kusursuz sorumluluk iddiası ile mahkemeye başvurduğunda, zarar verenin, zarar doğuran olayın meydana gelmesindeki kusurunu ispatlayamadığını ve kusur sorumluluğunun somut şartlar altında yetersiz kaldığını ortaya koyabilmelidir. Bu husus, birçok mahkeme kararında açıkça belirtilmiştir²²⁹.

Wisconsin Yüksek Mahkemesi²³⁰, yer altı depolama tanklarının yarattığı kirlenmenin değerlendirildiği bir davada, faaliyetin makul özenle güvenli olarak sürdürülebilmesi halinde kusur sorumluluğunun hem tazminat hem de dikkatsizliği caydırıcı özelliğinin yeterli olduğunu ifade etmiş, kusursuz sorumluluğun sadece kusur sorumluluğunun tazminat ve caydırıcılık noktasında yetersiz kaldığı, yaygın olmayan ve olağanüstü tehlikeli faaliyetler için düşünülmüş bir sorumluluk biçimi olduğunu belirtmiştir.

New York Temyiz Mahkemesi²³¹ ise yerel mahkemenin kusursuz sorumluluk kararını değerlendirirken, davacının mülküne zarar veren su basınçlı arazi doldurma davasında, eldeki delillerin faaliyetin tehlikeli olup olmadığını göstermede yetersiz olduğunu, örneğin, bu faaliyetin komşu mülkler üzerinde ne derece yüksek bir risk yarattığının bilinemediğini belirtmiştir. Kararda, ne bu tehlikenin büyüklüğü ile ilgili ne de hangi tehlikenin makul özenle engellenebileceğine ilişkin bir veri olduğunu, araştırmanın temeli olmasına rağmen gösterilen kayıtlarda arazi doldurmanın alternatifleri olabilecek bir faaliyetin varlığı ya da maliyeti ile ilgili bir bilgi bulunamadığını belirtmiştir. Bu kararda önemli olan nokta, mahkemeye göre, ortaya konan delillerde, mutlaka faaliyetin alternatifinin gösterilmesi gerektiğinin, bunun da faaliyetin makul özenle engellenip

²²⁹ İhmal dayalı haksız fiil sorumluluğunun gerektirdiği özenin gösterilmemesi sebebiyle kusursuz sorumluluk reddedilmiştir. Bkz. *Indiana Harbor v. American Cyanamid Co.*, 916 F.2d 1174 (7th Cir. 1990); *Ergon, Inc. v. Amoco Oil Co.*, 966 F.Supp 577 (W.D. Tenn. 1997); *Miller v. Civil Constructors, Inc.*, 651 N.E.2d 239 (III. App. Ct. 1995); *Brigham v. Moon Lake Elec. Ass'n*, 470 P.2d 393 (Utah 1970)

²³⁰ *Grube v. Daun*, 570 N.W.2d 851, 857 (Wis. 1997).

²³¹ *Doundoulakes v. City of Hempstead*, 368 N.E.2d 24 (N.Y. 1977).

engellenemeyeceğinin tespiti açısından önemli olduğunun ve faaliyeti tehlikeli bulmanın bir gerekliliği olduğunun ifade edilmesidir²³².

New Hampshire Yüksek Mahkemesi²³³ de, davalıya ait zararlı kimyasalların, davacının toprağını ve yer altı suyunu kirletmesi üzerine açılan davada, kusurun olmadığıın ispatlanamamasının kritik rolünü tespit etmiştir. Söz konusu davada, atıkların atılması ve kimyasalın sızması ile doğan zarar için kusursuz sorumluluk reddedilmiştir. Zira, mahkemeye göre davacı, delil sorunları yüzünden kusurun ispatlanmasının mümkün olmadığını yargılama sürecinde göstermek zorundadır.

California Temyiz Mahkemesi²³⁴ tarafından değerlendirilen başka bir davada da davalının atık arıtma tesisindeki sülfirik asitin yanlış tanka pompalaması sonucu, toksik gazın açığa çıkmasına yol açan bir kimyasal reaksiyona meydana gelmiştir. Kararda, yüksek risk unsurunun gerçekleşmesine rağmen, makul özen unsurunun yokluğu sebebiyle davacının davayı kaybettiği belirtilmiştir. Kararda, bilirkişi ifadelerinden de anlaşılacağı üzere, faaliyetin uygun yolla yürütülmesi halinde zararın engellenebileceği, sülfirik asitin doğru biçimde idare edilmesi halinde tehlikeli olmadığı, sülfirik asitin devlet düzenlemeleri kapsamında tehlikeli materyal kabul edildiği ve bu nedenle de bu madde taşıyıcılarının özel eğitimli ve kayıtlı taşıyıcılar olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla, söz konusu karardan, bu eğitime sahip olarak materyali idare eden kişilerin makul özenle davranmaları halinde, materyalin tehlikeli olmadığı sonucu çıkmaktadır. Uzmanların ifadesi üzerine çıkan mantıklı sonuç; bu materyalin özel bir idare biçimi ve dikkatli davranma gerektirmesi ve faaliyetten doğan zararın, makul özenle engellenmesinin mümkün olduğu yönündedir. Faaliyetin, sadece makul özen gösterilmediği zamanlarda tehlikeli hale geldiği durumlarda, kusur sorumluluğu risk paylaşımı açısından yeterlidir. Kusurdan doğan bir zararın olduğu hallerde de zarar zaten tazmin

²³² Speiser/Krause/Gans, **The American Law of Torts**, s. 1004; Boston, **The Negligence Barrier**, s. 633; Mahkemeler genellikle zarar verenin faaliyet seçimindeki ya da faaliyet seviyesi seçimindeki özen derecesini tespit edemez. Böyle davalarda ispata ilişkin sorunlar söz konusudur. Dolayısıyla kusursuz sorumluluk uygulanmalıdır. Shavell, **Economic Analysis**, s. 21-26

²³³ Bagley v. Controlled Environment, 503 A.2d 823 (N.H. 1986).

²³⁴ Edwards v. Post Transportation Co., 279 Ca. Rptr. 231(Ct.App. 1991).

edilebilir niteliktedir²³⁵. Bu davaların ve diğer birçok yakın dönem davalarının ortak noktası; tehlikeli faaliyetler için kusursuz sorumluluğun sadece kusur sorumluluğunun etkili olmadığı davalarda sonuç belirleyici olduğudur. Tehlikeli faaliyetler için kusursuz sorumluluk uygulaması, davacının kusuru için kanıt sunabildiği ya da sunabilme ihtimalinin olduğu davalarda uygulanabilir değildir.

Son dönem davalarının bazılarında ise makul özen unsuru, kusursuz sorumluluğun uygulanması bakımında farklı değerlendirilmiştir²³⁶. Washington Yüksek Mahkemesi, tarım ürünlerinin tozlanması (*crop dusting*) ve dökülen benzinin patlaması gibi davalarda, makul özenin gösterilmesiyle bu zararların engellenmesinin mümkün olmadığını, dolayısıyla kusursuz sorumluluğun uygulanması gerektiğine karar vermişlerdir²³⁷. *Langan v. Valicopters Inc.*²³⁸ davasında, havadan spreyleme yoluyla ekin tozlama faaliyeti neticesinde yandaki organik ürünlerin bundan etkilenmesi ve organik özelliklerini kaybetmesi üzerine görülen davada, kimyasalların hava şartları sebebiyle sürüklenmesinin, üç belirsiz ve kontrol edilemez sebep yüzünden fiilen tahmin edilemez olduğunu ifade etmiştir. Buna göre; tozlama ya da spreyleme parçacıklarının miktarı, hava taşıtıyla uygulamanın yarattığı düzensizlik ve doğal hava koşulları bu faaliyetin tahmin edilemez sonuçlara yol açmasına sebep olur. Ekin tozlama faaliyetinin tehlikelerini hafifletmek üzere çalışan bilim insanlarının görüşüne göre de sürüklenme ve yayılmayı engelleyecek güncel bir bilgi ve ekipman bulunmamaktadır. Bu durumda faaliyetin risklerinin makul özenle engellenebileceğine ilişkin bir delil bulunmamaktadır. Mahkeme, ikinci Restatement'ta belirlenmiş diğer faktörleri de değerlendirirken, sorumluluğun çekirdek gerekçesinin, risklerin makul özenle engellenememesi olduğu tespitinde bulunmuş ve söz konusu davada sorumluluk için en önemli noktanın, kontrol edilemeyen risk ve davacının mahvolan organik ürünlerinin makul özenle önüne geçilebileceğine ilişkin delilin olmamasıdır²³⁹.

²³⁵ Boston, **The Negligence Barrier**, s. 634.

²³⁶ The Restatement (third) of Torts: The Restatement (third) of Torts, Liability for Physical and Emotional Harm § 20 cmt. h (2010).

²³⁷ Boston, **The Negligence Barrier**, s. 635.

²³⁸ *Langan v. Valicopters Inc.*, 567 P.2d 218 (Wash. 1977).

²³⁹ Aynı husus, *Stiegler v. Kuhlman* davasında da mahkeme tarafından belirtilmiştir. Buna göre; kusurun varlığını ispatlamaya yönelik deliller, benzinden kaynaklanan patlama sebebiyle yok

Bu davalardan ve çoğunluğu oluşturan benzer davalardan çıkan ortak sonuç; faaliyetin tehlikeli olup olmadığının belirlenmesinde zarar gören, zarar veren tarafından gösterilecek makul özenin uğradığı zararı engelleyemeyeceğini ispatlamalıdır. Diğer bir deyişle, mahkemeler, zararın sebebi olarak kusurun gösterilmesinin mümkün olmadığına ikna olmalıdır. Buna göre de davacılar, kusurun gösterilemediğini ispatlamak yükü altındadır²⁴⁰.

Türk hukuku açısından incelendiğinde ise kanımızca tehlike sorumluluğunun varlığının birincil amacı kusurun varlığının zarar gören tarafından ispat edilememesi sorunu değildir. Aksi halde ispat yükünün ters çevrilmesiyle bu sorunun aşılması mümkündür. Bu nedenle somut olayda zarar gören tehlike sorumluluğu iddiası ile dava açtığında işletmenin önemli ölçüde tehlike arz eden işletme olduğunu, tipik tehlikenin gerçekleştiğini ve zararı ile arasında nedensellik bağı olduğunu ispat etmelidir. Bu kapsamda zarar görenin işletmenin önemli ölçüde tehlikeli olduğunu ispat ederken zarar verenin kusurunu gösteremediğini değil; faaliyetin soyut olarak makul özen gösterilmesine rağmen tehlikeli olduğunu kanıtlaması yeterlidir.

Amerikan hukukunda kusur sorumluluğunun varlığı bir başka açıdan daha tehlikeli faaliyetlerden doğan kusursuz sorumluluğun uygulanmasını engel teşkil etmektedir. Amerikan mahkemelerine göre kusur sorumluluğun varlığı ve özündeki esneklik, kusursuz sorumluluğun uygulanma alanı daraltmaktadır²⁴¹. Şöyle ki, kusur sorumluluğu, tüm şartlar altında aynı derece özen derecesi gerektirmez. Kusurlu olarak sorumlu tutulmaktan kaçınmak için faaliyetin riskliliği ile oranlı ve uyumlu olan özen miktarının gösterilmesi gerekir²⁴². Bu nedenle, tehlikeli olma ihtimali yüksek olduğundan kusursuz sorumluluk için aday olan faaliyetler için özen ölçüsü, davalıdan ek önlemler almasını kusur sorumluluğu kapsamında da gerektirmektedir. Bir diğer ifadeyle kusur sorumluluğu uygulanırken de objektif olarak aranan özen derecesi, faaliyetin tehlikeliliği oranında yükseltilebilir. Bu açıdan kusur

olmuşsa, bu durum kusursuz sorumluluk lehine değerlendirilmelidir. Sieglar v. Kuhlman, 502 P.2d 1181 (1972); Boston, **The Negligence Barrier**, s. 636.

²⁴⁰ King, **Dangerous Activities**, s. 364; Boston, **The Negligence Barrier**, s. 636.

²⁴¹ Boston, **The Negligence Barrier**, s. 646.

²⁴² The Restatement (third) of Torts: The Restatement (third) of Torts, Liability for Physical and Emotional Harm § 20 cmt. h (2010).

sorumluluğundaki özen derecesinin bu esnek yapısı sayesinde tehlikeli olabilecek birçok faaliyetin yürütülme biçiminin, yüksek özen aranmasıyla birlikte özen ödevine ihlal oluşturacağı ve sorumluluk uygulanabileceği kabul edilmektedir.

Bazı mahkeme kararlarında da bu gerekçenin ileri sürüldüğü görülmektedir. Minnesota Yüksek Mahkemesi²⁴³ ve Batı Virginia Yüksek Mahkemesi²⁴⁴, doğalgaz gaz borularının sızdırması üzerine verdiği kararında, bütün yargılamalarda gaz dağıtıcıları için yarattıkları riskle orantılı olacak şekilde yüksek ölçüde bir özen arandığını ifade etmiştir. Zira gaz, hem görünmez nitelikte hem de toprağa sızdığı anda kokusuz olduğu için yüksek derecede risk içermektedir.

Amerikan hukukunda kusursuz sorumluluk, hiçbir özen ölçüsünün faaliyetin güvenliğini sağlayamadığı davalar için uygun bir sorumluluk türüdür. İkinci Restatement'in yorumlarına bakıldığında da şu ifade göze çarpar: *Kaçınılamaz risk*, faaliyeti yürüten tarafından hem faaliyet öncesi hem de faaliyet sırasında tüm makul önlemler alındığında dahi kalan risktir. Dolayısıyla bu riskler açısından kusur sorumluluğu söz konusu olmaz. Bu açıdan uygun ve makul olan tüm önlemler ve teknolojik imkanlar kullanılmalıdır²⁴⁵. Bununla birlikte tehlike sorumluluğunun ortaya çıkış nedeni, kusur sorumluluğunun yetersiz kaldığı durumlarda ortaya çıkan adaletsiz sonuçların önüne geçmektir. Elbette ki Türk hukukunda da makul olarak tespit edilecek tüm özen ifadesi, faaliyetin tehlikeliliği ile doğru orantılı olarak daha yüksek bir özen aranmasına olanak tanıyabilir. Bu açıdan Amerikan hukukundaki yaklaşımın doğru olduğu söylenebilir. Ancak unutulmamalıdır ki, tehlike sorumluluğunun ortaya çıkmasına yol açan düşüncelerden biri de tehlike sorumluluğunun olmadığı zamanlarda kusur sorumluluğunun adaleti sağlamak amacıyla çok zorlanmasıdır²⁴⁶. Bu nedenle kusur ilkesi ile tehlike ilkesi birbiriyle karışmamalı, objektif özen yükümlülüğünün kapsamı aşılmamalıdır. Bu açıdan faaliyet üzerindeki kontrol zorluğu belirleyicidir. Bir riski, makul önlemler alındığında kontrol etme imkanı var ise kusur sorumluluğu, yok ise tehlike

²⁴³ Mahowald v. Minnesota Gas. Co., 344 N.W.2d 856 (Minn. 1984).

²⁴⁴ Foster v. City of Keyser, 501 S.E.2d 165, 174 (W.Va. 1997).

²⁴⁵ Epstein/Sharkey, **Cases and Materials**, s. 631.

²⁴⁶ Yücel, **Tehlike**, s. 95.

sorumluluğu söz konusu olacaktır. Aynı zamanda çok maliyetli önlemlerle kontrol imkanı var ise yine faaliyet kontrol edilemez kabul edilmelidir²⁴⁷.

b. Sadece Yüksek Riskin Engellenmesinin Aranması

Restatement'larda yer alan ifadeler incelendiği, makul özenle engellenmesi gereken riskin, sadece yüksek, olağanüstü ya da ilave risk olarak ifade edildiği görülür. Amerikan haksız fiil hukukunda kusursuz sorumluluğun doğmaması için faaliyete ilişkin tüm risklerin engellenmesi gerekmemektedir. Eğer *olağanüstü risk seviyesi* önlenebilir nitelikte ise, zarar verenin kusursuz sorumlu tutulması mümkün değildir²⁴⁸. Aynı anlayışın Türk hukukunda da kabul edildiğini söylemek mümkündür. Hem Amerikan hem Türk hukukunda kusursuz sorumluluğun uygulanması için gereken şartlardan biri, yüksek risklerin makul özenle engellenememesi olarak ifade edilebilir.

Bu açıdan Türk hukuku açısından da faydalı olabilecek örnek mahkeme kararları incelenebilir. Washington Yüksek Mahkemesi'nin, doğal gaz şirketine karşı açılmış ve gaz hatlarının sebep olduğu bir yangın nedeniyle tazminat talep edildiği bir davada²⁴⁹, Restatement'teki yüksek zarar riskine ilişkin unsurların varlığı kabul edilmiş ancak makul özen unsurunun gerçekleşmediği belirlenmiştir. Bu karara göre, zararın makul özenin gösterilmesine rağmen kaçınılamaz olması faktörü, faaliyetin özünde bulunan riskin, makul özenin gösterilmesi sonucu artık o riskin yüksek risk olarak tanımlanamadığı seviyeye düşürülmesini işaret etmektedir. Mahkemeye göre, doğal gazın sızmasına ilişkin bazı riskler her zaman vardır. Ancak bu husus o faaliyetin, maddenin tehlikeli karakteri dikkate alınarak gösterilecek makul özenle engellenemeyecek riskler taşıdığı anlamına gelmemektedir²⁵⁰. Gaz şirketleri, federal devlet ve federe devletler düzeyinde katı düzenlemelere tabidir. Aşınma kontrolü, boru testi, gaz sızıntı araştırması ve gaz şirketinin tesisinin yanındaki inşaat alanlarının farkında olunması gibi önlemler devam ettirilmek

²⁴⁷ Yücel, **Tehlike**, s. 126.

²⁴⁸ The Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm, § 20 cmt. h.

²⁴⁹ New Meadows Holding Co. v. Washington Water Power Co., 687 P.2d 212 (Wash. 1984).

²⁵⁰ King, **Dangerous Activities**, s. 365.

zorundadır. Gazın içine yerleştirilen koku verici maddeler, sızıntıyı tespit etme ihtimalini yükseltmektedir. Buna göre, bu faaliyetlerden doğacak yüksek zarar riski, düzenlemelerle öngörülen güvenlik önlemlerinin alınması ve makul özenin gösterilmesiyle yok edilebilir.

Aynı şekilde Federal Bölge Mahkemesi²⁵¹ de sızdıran yer altı tankı davasında, Restatement, makul özenin tüm riskleri engellemesi şartının aranmadığı ve kesin bir güvenliğin gerekli olmadığı şeklinde yorumlanmıştır. Mahkeme, kusur sorumluluğunun yer altı depolama tanklarından doğan zararlar için caydırıcı olduğunu belirtmiştir. Karara göre, bakımı yapılan, sürekli gözlenen ve takip edilen ve makul özen gösterilen yer altı depolama tankları, içeriklerinden sızan gaz nedeniyle neredeyse hiç risk taşımamaktadırlar. Bu nedenle de olağanüstü tehlikeli kabul edilemezler. Bozulan tankların zamanında değiştirilmesi, aşınma kontrol modern tekniklerinin ve sızıntı ile ilgili yeterli testlerin uygulanması ile küçük riskler dışındaki tüm riskler engellenebilir²⁵². Bu davadaki zarara neden olan sızmanın, tankın bakıma ihtiyaç duyması nedeniyle ortaya çıktığı belirlenmiştir. Dolayısıyla söz konusu davada makul önlemlerin alınmasıyla engellenebilecek bir zararın söz konusu olması nedeniyle kusursuz sorumluluğun uygulanmasına gerek yoktur²⁵³. Bu gerekçeyi en azından yorum olarak reddeden hiçbir mahkeme kararı yoktur. Bu nedenle mahkemeler, riskin kabul edilebilir bir seviyeye çekilebileceğinin tespit edildiği davalarda, kusursuz sorumluluğu uygulamayı reddetmektedirler²⁵⁴.

TBK m. 71 düzenlemesinde önemli ölçüde tehlikeliliğin tespitinde bir unsur olarak ifade edilen, uzman bir kişiden beklenen tüm özenin, işletme faaliyetinden doğan riskleri tamamen engellemesinin aranıp aranmadığıdır. Bir başka deyişle, tüm özenin olası riskleri tamamen engellememesi ancak azaltması halinde, işletme yine de önemli ölçüde tehlikeli kabul edilecek midir? Esasen her işletme, yürüttüğü faaliyete göre belirlenebilecek bazı riskler taşımaktadır. Dolayısıyla her işletmenin

²⁵¹ Arlington Forest Assoc. v. Exxon Corp., 774 F.Supp. 387 (E.D. Va. 1991).

²⁵² Hayward, **Common Law Remedies**, s. 634.

²⁵³ Boston, **The Negligence Barrier**, s. 638.

²⁵⁴ The Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm, § 20, cmt. h.; Boston, **The Negligence Barrier**, s. 638.

bazı tehlikeler arz ettiğini söylemek mümkündür. Ancak her tür işletme faaliyetinden doğan zararlar açısından tehlike sorumluluğunun kurulması mümkün değildir²⁵⁵. TBK m. 71 düzenlemesindeki amaç da tehlikeli işletmeleri kapsama almak değil, önemli ölçüde tehlikeli işletmeler açısından tehlike sorumluluğunun kurulmasını sağlamaktır. Şu halde, tüm özenin gösterilmesi halinde bir işletme faaliyetinin yüksek riskinin olağan ya da makul seviyeye düşürülmesi mümkünse, bu işletmenin önemli ölçüde tehlike arz ettiğini kabul etmek doğru değildir²⁵⁶. Tehlike sorumluluğunun kurulması bakımından önemli olan, bir işletme faaliyetinin özündeki kaçınılmaz riskin engellenememesidir. Eğer bir riskin azaltılması mümkün ise, bu riskin kaçınılmaz olduğunu söylemek mümkün olmaz²⁵⁷. Kanımızca ilgili maddede yer alan tüm özen ifadesi de tehlikenin kaçınılmaz derecede yoğun olmasını ifade etmek üzere kullanılmıştır²⁵⁸.

Ancak belirtmek gerekir ki, kaçınılmazlık vasfı, o riskin hiçbir surette engellenemeyeceği anlamına gelmez. Tehlikeli faaliyetlerden doğacak olası zararlar da elbette ki önceden alınan önlemlerle azaltılmaktadır. Burada bahsedilen kaçınılmazlık, alınan önlemlerin hiç etkili olmaması değil, sınırlı ölçüde etkili olması demektir²⁵⁹. Bir başka ifadeyle, kaçınılmazlık, alınan önlemlerin sınırlı ölçüde etkili olması ve bu önlemlere rağmen faaliyetin sıkça ve ağır zarar doğurmaya elverişliliği sebebiyle yoğun tehlike yaratmaya devam etmesini ifade eder. Kaldı ki önleyicilik işlevi de bu sınırlı önlemlerin mümkün olduğunca alınmasını ve kazaların en azından daha az sayıda kalmasını sağlamaya yöneliktir. Bu nedenle, bir işletme faaliyetinin tehlikesinin alınan önlemlerle azaltılması, faaliyetin tek başına bu sebeple tehlikeli sayılmamasına yol açamaz. İşletme faaliyetin tehlikelilik vasfını kaybetmesi için, alınan önlemlerle tehlike düzeyinin makul düzeye indirilmesini gerekli kılar. Bir diğer deyişle, faaliyetin tehlikeli kabul edilmemesi için, alınan önlemlerin sınırlı ölçüde etkili olan önlemler değil, yoğun tehlikeyi önemli ölçüde azaltan önlemler olması gerekir.

²⁵⁵ Özel/Keleş, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 359; Erdem, **Tehlike Sorumluluğu** s. 218; Yücel **Tehlike**, s. 122.

²⁵⁶ Saraç, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 40.

²⁵⁷ Yücel, **Tehlike**, s. 122; Saraç, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 37-42.

²⁵⁸ Aynı yönde Özel/Keleş, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 362.

²⁵⁹ Tiftik, **Genel Kural**, s. 44; Üçışık, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 140-141.

Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, Amerikan hukukunda her ne kadar faaliyetin soyut tehlikesi esas alınsa da, bazı hallerde somut tehlike değerlendirmesi yapıldığı görülmektedir. Oysa ki somut tehlike üzerinden yapılacak özen değerlendirmesi daha kolay olur ve yanlış bir sonuca götürebilir. Örneğin, faaliyetin yürütüldüğü yerin, bir faaliyetin arz ettiği riskin büyüklüğü tespitinde kullanılmasında durum böyledir. Yüksek risk, makul özenin gösterilmesine rağmen sık ve ağır zarar doğurmaya elverişlilik üzerinden izah edilse de bazı risklerin ağır zarar ihtimali yürütüldüğü çevreye göre değişiklik arz edebilir. Örneğin, faaliyetin tipik tehlikesi meydana geldikten sonra hiçbir zarar doğurmaması mümkündür. Bu da faaliyetin ücra bir alanda gerçekleştirilmesi durumunda söz konusu olur. Ancak faaliyetin somut olayda yürütüldüğü mahallin ücra bir yer olması, o tür faaliyetlerin yürütüldüğü her mahallin ücra olacağı anlamına gelmez. Örneğin, dinamitle patlatma faaliyeti köprü yapımı sebebiyle şehrin merkezinde olabileceği gibi, kimsenin olmadığı bir yerde bir yol yapımı için de olabilir. Ancak Türk hukukunda somut tehlikeye göre değerlendirme yapılması uygun değildir. Bir faaliyet niteliği ya da yasal zorunluluk gereği zaten ücra bir mahalde yapılmak zorunda ise bu halde faaliyetin yürütüldüğü yer, risk değerlendirmesine katılmalıdır. Ancak bir faaliyetin hem ücra hem de yerleşim alanlarında yapılması mümkün ise o halde yürütüldüğü yerin riski azaltan önlem olarak her faaliyete göre ayrı ayrı dikkate alınması mümkün olmamalıdır. Zira bu değerlendirme somut olaya göre yapılan bir değerlendirme olur. Bunun dışında faaliyetin ücra bir yerde yürütülme imkanı varken, daha kalabalık bir mahalde yürütülmesi de tehlike sorumluluğunun kurulduğu bir kurguda ek kusur olarak nazara alınabilir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, somut olayda riskin azaltılabilmesi hususu yalnızca faaliyetin tehlikeli olup olmamasını belirlemede etkili değildir. Faaliyetin soyut olarak tehlikeli bulunmasına rağmen somut olayda zarar verenin yine de riski azaltma imkanı varsa ve azaltmamışsa, bu durum tazminatın belirlenmesinde dikkate alınabilecektir.

c. Yasal Düzenlemelerin Etkisi

Tehlikeli kabul edilebilecek birçok faaliyet, nasıl sürdürülmesi gerektiği ile ilgili yasal düzenlemelere tabidir. Bu nedenle birçok Amerikan mahkemesi, bu düzenlemelerin, düzenlemelere konu faaliyetlerin makul özen gösterilerek makul bir güvenlik düzeyinde sürdürülebileceği fikrini doğrudan veya dolaylı olarak desteklediğini ifade etmiştir²⁶⁰. Örneğin, Federal Bölge Mahkemesi²⁶¹, zararlı madde atıklarının imhasının değerlendirildiği bir davada, zararlı madde ve petrol ürünlerinin kötü idare edildiği zamanlarda yüksek risk yaratmasına rağmen, bu riskin makul özenin gösterilmesiyle engellenebileceğini, çevreye ilişkin birçok yasal düzenlemede öngörülen idare ve imha kurallarının, bu riskleri azaltmaya ve önlemeye uygun olduğunu belirtmiştir.

Connecticut Yüksek Mahkemesi de bir davada²⁶², kurşunlu boyanın yol açtığı bir zararı değerlendirirken, bu boyanın zararlarının azaltılmasına ilişkin kapsamlı düzenlemelerin önemini vurgulamıştır. Bu karara göre, bu boyayı kullananların, yasa ve düzenlemelere uygun hareket etmesi halinde, kurşunlu boyadan doğacak zararlardan kaçınmak mümkündür.

Illinois Temyiz Mahkemesi²⁶³ de havai fişek kullanımının nasıl sürdürüleceğinin ve bu materyalin nasıl kullanılacağına yasal düzenlemelerle belirlendiğini ifade etmiş, bu sebeple de bu davalarda kusursuz sorumluluğu uygulamayı reddetmiştir. Söz konusu mahkeme, havai fişek kullanımından doğan zarar için kusursuz sorumluluk uygulayan Washington Yüksek Mahkemesi'nin *Klein*

²⁶⁰ Bazı davalarda kapsamlı biçimde yapılan idari düzenlemelerin olağanüstü tehlikeli faaliyet tanımına etkisi değerlendirilmiştir. Kapsamlı düzenlemelerin varlığı halinde faaliyeti tehlikeli tanımlamanın zor olduğunu kabul eden kararlar için bkz. *Schwartzman, Inc. v. Gen. Elec. Co.*, 848 F.2Supp. 942 (D.N.M. 1993); *Dudley v. Balt. Gas&Elec. Co.*, 632 A.2d.492 (Md. Ct. Spec. App. 1993); Kapsamlı idari düzenlemelerin esasen bir faaliyeti olağanüstü tehlikeli olarak nitelendirmeyi kolaylaştırdığı yönünde bkz. *State v. Ventron Corp.*, 468 A.2d. 150 (N.J. 1983); *Branch v. W. Petroleum, Inc.*, 657 P.2d 267 (Utah 1982)

²⁶¹ *Schwartzman v. Inc. v. General Elec. Co.*, 848 F.Supp. 942, 945 (D.N.M. 1993).

²⁶² *Sanchez v. General Urban Corp.*, 1997 WL 78176 (Conn. Super. Ct. Feb.6 1997).

²⁶³ *Cadena v. Chicago Fireworks Mfg. Co.*, 697 N.E.2d 802, 814-15 (III.App.Ct. 1998).

v. *Pyrodyne Corp.*²⁶⁴ davasını takip etmeyi reddetmiştir. Zira bu davada mahkeme, yasal düzenlemenin varlığının, riskin makul özen gösterilerek azaltılabileceği anlamına gelmediğini, tam tersi bir yaklaşımla, havai fişek kullanımı hakkında yasal düzenleme yapılmasının, bu faaliyetin ne derece yüksek risk taşıyan bir faaliyet olduğuna ilişkin gösterge olduğunu ifade etmiştir. Ancak aynı mahkeme, ilginçtir ki *New Meadows* davasında²⁶⁵ doğal gaz boruları ile ilgili geniş kapsamlı düzenlemelere dayanarak, doğal gaz boru hatlarının risklerinin, yasal güvenlik önlemlerine uyulmak suretiyle engellenebileceğine karar vermiş ve kusursuz sorumluluğu reddetmiştir.

Bu konuyu detaylı irdeleyen mahkeme kararlarının çoğunda kusursuz sorumluluk, uygulanabilir yasal güvenlik düzenlemelerinin olduğu alanlarda, bu düzenlemelerin büyük ölçüde riski engelleyebileceği düşüncesi sebebiyle reddedilmektedir²⁶⁶. Bu kararlar, daha fazla faaliyetin yasal düzenlemeye tabi olmasının ve düzenlemelere daha fazla uymanın, riskleri kabul edilebilir bir seviyeye düşüreceği düşüncesine dayanmaktadır. Bu düşünce, özellikle çevre kirlenmesine ilişkin zararlar için daha fazla öne çıkmaktadır. Zira, çevreye ilişkin güncel düzenlemeler; hava²⁶⁷ ve suyun korunması²⁶⁸ ve zararlı atıkların idaresi ve imhasına²⁶⁹ ilişkin tehlikelerin kaldırılmasına ilişkindir.

Ancak bu yaklaşımın tersi yönünde yaklaşımlar da mevcuttur. Örneğin, *New Jersey* Yüksek Mahkemesi²⁷⁰ ve *Utah* Yüksek Mahkemesi²⁷¹, nin verdiği kararlarda bu husus dikkat çekmektedir. Buna göre, eyalet politikası, atıkların imhası için kusursuz sorumluluğu desteklemektedir. *Utah* eyalet hukukunun, suyun görünen yüzeyini ve yer altındaki halini petrol kirlenmesinden koruması, mahkeme için kusursuz sorumluluğun uygulanmasına destek olarak yorumlanmıştır. Ancak yine de

²⁶⁴ Klein v. Pyrodyne, 117 Wash. 2d 1, 810 P.2d 917 (1991).

²⁶⁵ New Meadows Holding Co. v. Washington Water Power Co., 687 P.2d 212 (Wash. 1984).

²⁶⁶ Boston, **The Negligence Barrier**, s. 642.

²⁶⁷ **Cleer Air Act**, 42 U.S.C &7401-7671 (1994 Supp. III. 1997).

²⁶⁸ **Federal Water Pollution Control Act**, 33 U.S.C & 1251-1387 (1994 Supp. III. 1997).

²⁶⁹ **Resource Conservation & Recovery Act**, 42 U.S.C.&6901-6992 (1994 Supp. III. 1997).

²⁷⁰ State Department of Environmental Protection v. Ventron, 468 A.2d 150 (N.J. 1983).

²⁷¹ Branch v. Western Petroleum Inc., 657 P.2d 267 (Utah 1982).

vurgulamak gerekir ki, bu kararlar çoğunluğun uygulaması değildir ve yasal düzenlemeler, mahkemeler için kusursuz sorumluluğu reddetmek yönünde bir başka gerekçe olarak göze çarpmaktadır²⁷².

Sonuç olarak Restatement'ın vardığı ve bizim de katıldığımız sonuca göre, kapsamlı idari düzenlemelerin temelde faaliyetin tehlikeli olup olmadığını belirlemede bir etkisi olmaması gerektiği yönündedir²⁷³. İdari düzenlemelerin varlığı ve bu düzenlemelere tamamen uymak tek başına bir faaliyetin yüksek riskini azaltabileceği anlamına gelmemelidir. İdari düzenlemeler, asgari standartlar getirir²⁷⁴ ve bu standartlara uyulduğu anda zararın makul seviyeye çekildiği kabul edilemez. Ekonomik açıdan etkin olan çok daha yüksek bir özenin aranması somut olay açısından mümkün olabilir. Zira tehlike sorumluluğunda aranan makul özenin daha yüksek seviye bir özen olması gerektiği de faaliyetin olağanüstü risk yaratması sebebiyle mümkündür²⁷⁵. Bu nedenle, Amerikan hukukunda çoğunlukla kabul edilen görüşün aksine, hakkında idari düzenleme bulunan bir faaliyet, bu sebeple ne önlenemez kabul edilebilir²⁷⁶ ne de faaliyetin riskinin bu düzenlemelere uyulmak suretiyle yeteri kadar azaltılabileceği kabul edilebilir. Bu nedenle idari düzenlemeler sadece hakimin fikir almak üzere başvurabileceği birer kaynak olabilir²⁷⁷.

²⁷² Yasal düzenlemelerin varlığının bir diğer etkisi de yasal düzenlemelere uymamanın Amerikan haksız fiil hukuku açısından kusur sorumluluğuna yönelik bir iddia olabilmesidir. Zira hakkında yasal düzenleme bulunan bir faaliyeti yürütürken, söz konusu düzenlemeye uymama, zarar verenin özen ödevini ihlal anlamına geldiğinden kusur sorumluluğu iddiası güçlenir. Boston, **The Negligence Barrier**, s. 644; Örneğin bir davada mahkeme, kusurun ispatlanmasının imkansız olmaması sebebiyle kusursuz sorumluluğu reddetmiştir. Ancak mahkeme, davalının, *New Hampshire* eyaletinin atıkların imhasına ilişkin düzenlemesini ihlal ettiğini belirtmiştir. Buna göre; yasal düzenlemenin de dikkatsizlikle ihlal edilmesi, aynı şekilde makul özene ilişkin ortak hukuk standardının dikkatsizlikle ihlal edilmesidir. *Bagley v. Controlled Environment*, 503 A.2d 823 (N.H. 1986).

²⁷³ Restatement (third) of Torts, Reporters' Note, cmt. h. (2010); *Fortier v. Flambeau Plastics Co.*, 476 N.W.2d 593 (Wis. Ct. App. 1991)

²⁷⁴ Inceoğlu/Kurtulan, **Örtülü Boşluk**, s. 53.

²⁷⁵ Sanlı, **Ekonomik Analiz**, s. 197, Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 53.

²⁷⁶ Inceoğlu/Kurtulan, **Örtülü Boşluk**, s. 53.

²⁷⁷ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 54; Sanlı, **Ekonomik Analiz**, s. 197.

d. Mahkemelerin Faaliyeti Tanımlanma Biçimi

Kusursuz sorumluluk, tehlikeli “*faaliyet*”lere uygulanmaktadır. Bu nedenle, faaliyetin nasıl tanımlandığı, faaliyetin tehlikeliliği hususundaki sonucu belirleyicidir. Yani bir faaliyetin yüksek tehlikeli ya da tehlikesiz olarak belirlenmesi, en başta o faaliyetin nasıl tanımlanacağına bağlıdır²⁷⁸. Faaliyeti büyük bir genellikle tanımlamak kusursuz sorumluluğun uygulanma ihtimalini düşürmektedir. Amerikan mahkemelerinin ise, “faaliyeti tanımlamak” için ilkesel bir yöntemi olduğunu söylemek güç olsa da genellikle geniş tanımlamayı tercih ettikleri söylenebilir²⁷⁹.

Bir örnekle açıklamak gerekirse, yer altı deposundan sızan benzinin zarara yol açtığı bir kurguda, mahkemeler yürütülen faaliyeti, “sızdıran yer altı depolama tankları” olarak değil, “yer altı tanklarındaki petrol ürünlerinin yerleştirilmesi” olarak tanımlayıp, zarara yol açan faaliyeti daha geniş olarak tanımlamaktadır. Bu geniş tanımlama, yine faaliyetin tehlikeli olup olmadığının tespiti açısından sonuç belirleyici olmaktadır. Zira, faaliyetin tanımlanma biçimi, hem yaygın olup olmadığı hem de makul özenle engellenip engellenemeyeceği şartlarında fark yaratmaktadır. Buna göre; zaten hali hazırda sızdıran tankların yol açacağı zararın makul özenle engellenmesi mümkün değilken, petrol ürünlerinin en başta bozuk ya da özürlü olmayan bir tanka yerleştirilmesiyle makul özenin riski engelleyeceği sonucuna varılmaktadır²⁸⁰. Dolayısıyla bir faaliyetin tehlikeli bir faaliyet olup olmadığının tespiti, yürütülen faaliyetin mahkemeler açısından nasıl bir faaliyet olarak tanımlandığı ile doğrudan ilgilidir²⁸¹.

Bu çerçevede *Indiana Harbor* davasında²⁸² Hakim *Posner*'ın yaptığı tespit de önemlidir. *Posner*'a göre, olağanüstü tehlikelilik maddeye ait değil faaliyete ait bir değerlendirmedir. Maddenin taşımacılığına atıf yapmak yerine yanıcı ya da toksik

²⁷⁸ Dobbs, *Torts*, s. 967.

²⁷⁹ Dobbs, *Torts*, s. 967.

²⁸⁰ Boston, *The Negligence Barrier*, s. 649-650.

²⁸¹ Boston, *The Negligence Barrier*, s. 649-650.

²⁸² *Indiana Harbor v. American Cyanamid Co.*, 916 F.2d 1174 (7th Cir. 1990).

vasfına atıf yapmak faaliyete ilişkin değerlendirmeyi yanlış yapmaktır. Maddeye atıf yapmak ayrıca indekste listelenen tüm zararlı maddelerden doğan davalara kusursuz sorumluluğu uygulamayı gerektir. Bu nedenle faaliyet üzerinden yapılan bir değerlendirmede özen seviyesinin etkisi daha yüksek olacaktır.

Pennsylvania’da görülen *Smith v. Weaver*²⁸³ davasında da hakim, sızdıran yer altı tankından doğan zararın değerlendirildiği kusursuz sorumluluğu reddetmiş ve en önemli hususun, faaliyetin nasıl tanımlandığı olduğunu belirtmiştir. Buna göre, yer altı tankları olağanüstü tehlikeli değil, zararlı madde sızdıran yer altı tankları olağanüstü zararlıdır. Bu nedenle mahkemenin, faaliyetin sonucuna değil, faaliyetin kendisine odaklanması gerekir. Bu davada da faaliyetin kendisi “potansiyel olarak zararlı maddelerin depolanması”dır. *Restatement*’taki şartlar uygulanmadan önce bu tespitin yapılması gerekir. Daha sonradan bazı zararlı koşullar ortaya çıkabilir ya da zarar meydana gelebilir ancak değerlendirme önceden yapılmalıdır. Ancak elbette ki, sorumluluk için sonuç gerekmektedir. Bu açıdan bakıldığında da bu depolama faaliyeti makul özenin gösterilmesiyle güvenli olarak sürdürülebilen bir faaliyettir. Bir başka davada²⁸⁴ da, yerel mahkeme, yüksek derecede toksik haşere ilacının ambarda depolanması faaliyetini, ineklerinin yemlerini zehirlemesine ve bazı ineklerin ölümüne yol açması sebebiyle tehlikeli bulmuş ve kusursuz sorumluluğa karar vermiştir. Ancak yüksek mahkeme, bu kararı hatalı bulmuş ve mahkemenin, faaliyeti sızan haşere ilaçları olarak değerlendirdiğini, oysa ki değerlendirmenin haşere ilacının depolanması faaliyeti olarak kabul edilip değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre haşere ilacının depolanması yüksek risk içermemektedir ve uzman ifadelerine göre makul özenin gösterilmesiyle riskleri engellenebilir.

Rhode Island Yüksek Mahkemesi²⁸⁵, toksik bir madde olan asbest ile ilgili iyileştirme projesi yürüten bir şirketin, bina yıkma faaliyeti sonucu asbest liflerinin davacının mülküne yayılmasını tehlikeli faaliyet olarak kabul etmemiştir. Mahkeme,

²⁸³ *Smith v. Weaver*, 665 A.2d 1215 (Pa. Super. Ct. 1995).

²⁸⁴ *Diffenderfer v. Staner*, 772 A.2d 1103 (Pa. Super. Ct. 1998).

²⁸⁵ *Splendoria v. Bilray Demolition Co.*, 682 A.2d 461 (R.I. 1996).

tehlikeli faaliyetlerden doğan kusursuz sorumluluğun, zararlı maddelere değil, faaliyetlere uygulanacağını ifade etmiştir. Mahkeke aksi yönde bir uygulama olması halinde, tehlikeli madde içeren herhangi bir ticari faaliyetin doğrudan tehlikeli sayılması gerekeceğini, bunun ise kabul edilemez bir sonuç olduğunu da eklemiştir.

Federal Bölge Mahkemesi²⁸⁶ de bir davasında, davacının dava konusu faaliyeti, sızdıran zayıf yer altı tankı olarak sınıflandırmasını eleştirmiş ve faaliyet tanımının normal ve arızalı olmayan bir yer altı tankı üzerinden yapılması gerektiğini ifade etmiştir. Aksi halinde herhangi bir davacının, kusurlu olarak yürütülen tüm faaliyetler için kusursuz sorumluluk iddiasında bulunmasının mümkün olduğu anlamının çıkacağını ileri sürmüştür.

Ancak bazı mahkeme kararları da faaliyeti, Restatement'ın fikrine aykırı olarak kusursuz sorumluluğa yol açacak şekilde yorumlamıştır. Örneğin, New Jersey Yüksek Mahkemesi²⁸⁷, civa yüklü atıkların buldukları alandan kaçarak davacının suyunu kirletmesi ile ilgili olarak incelediği davada Rylands v. Fletcher davasındaki doktrini uygulamıştır. Mahkeme bu kapsamda, davalının kendi arazisinde topladığı toksit atıklarının kontrolden çıkıp başkasının mülküne zarar vermesi halinde kusursuz sorumluluğun uygulanması gerektiğine karar vermiştir. Bu kararı verirken de Restatement'ta yer alan şartları davaya uygulamıştır. Ancak makul özene ilişkin şart incelenirken mahkeme, araştırmasını zararlı atıkların atılmasındaki riskin azaltılması olarak yapmış ve civa atıklarının arazi ya da suya atarak imha etmenin başkaca bir güvenli yolu olmadığı belirtmiştir. Mahkemenin burada yaptığı en son sonuca odaklanmaktır. Faaliyet de bu kapsamda “arazi ya da suya atma” olarak tespit edilmiştir. Dolayısıyla mahkeme, kolayca zararın önlenemeyeceği sonucuna ulaşabilir durumdadır.

New Jersey Yüksek Mahkemesi²⁸⁸, radyum atıklarının imhası ile ilgili başka bir davada, hiç kimsenin, radyum atıklarının kentsel bir alanın boş bölgesine atılması

²⁸⁶ Arlington Forest Assoc. v. Exxon Corp., 774 F.Supp. 387 (E.D. Va. 1991).

²⁸⁷ State Department of Environmental Protection v. Ventron, 468 A.2d 150 (N.J. 1983).

²⁸⁸ T&E Industries v. Safety Light Corp., 587 A.2d 1249 (N.J. 1991).

faaliyetini, güvenle yapamayacağını ifade etmiştir. Zira bu maddenin işlenmesi ve sonrasında imhasının, radyumun olağanüstü zararlı doğası gereği kentsel alanda yapılması uygun değildir. Bu nedenle mahkeme, radyumun yararlarına rağmen, davalının radyumu işleme, idare etmesi ve imha etmesi tehlikeli olarak kabul edilmelidir diyerek kusursuz sorumluluğu uygulamıştır²⁸⁹.

New Jersey Mahkemesi'nin bu kararlarına karşın birçok mahkeme, faaliyetin tehlikesiz yani zararın henüz meydana gelmediği önceki koşullarında tanımlama yapmaktadır. Bunun sonucu olarak da bu risklerin makul özenle engellenebileceği sonucuna varmaktadır²⁹⁰. Bu davalarda da eğer mahkeme, civa ya da radyumun üretim sürecindeki idaresi olarak tanımlasaydı, faaliyetin zararlarının makul özenle engellenebileceği fikrine varabilirdi. Diğer açıdan bakıldığında ise mahkemenin verdiği kararların doğru olduğunu söylemek mümkündür. Zira, civa ya da radyum bir kez toprağa ya da suya bırakıldığı takdirde, zararlarının makul özenle engellenmesi imkanı yoktur. Gerçek sorun, faaliyetin nasıl tanımlanmasının daha mantıklı olduğunun bulunmasıdır²⁹¹.

Amerikan hukukundaki faaliyetin zararlı sonuç meydana gelmeden önce tanımlanması esasen doğru bir yaklaşımdır. Bu anlayış Türk hukukunda da kabul edilen anlayışı yansıtır. Türk hukukunda da faaliyetin ne olduğu sorusu genel zarar verme potansiyeline bakılarak tespit edilmelidir. Bu anlamda faaliyetin soyut tehlikesi, üzerindeki faaliyetin yürütülmesindeki kontrol zorluğu sebebiyle faaliyetin zarar verme olasılığı barındırmasıdır. Bu açıdan somut olaydaki faaliyetin, zarar henüz somutlaşmadan önceki haliyle tehlike sorumluluğuna tabi olup olmadığı belirlenmelidir²⁹². Ancak faaliyetin zarar verici sonuç meydana gelmeden önceki haliyle tanımlanması tek başına zararın makul özenle engellenebileceği anlamına gelmemelidir. Örneğin, zararlı ya da zehirli maddelerin imhası söz konusu olduğunda Amerikan mahkemesinin bu faaliyeti zararlı maddenin üretim sürecinde idaresi

²⁸⁹ Boston, **The Negligence Barrier**, s. 651.

²⁹⁰ Boston, **The Negligence Barrier**, s. 651.

²⁹¹ Boston, **The Negligence Barrier**, s. 652.

²⁹² Yücel, **Tehlike**, s. 120-122.

olarak tanımlaması mümkündür²⁹³. Ancak böyle bir tanım, faaliyetin belirli idari düzenlemelerde gösterilen yöntemlere uyulmak suretiyle yüksek risk yaratmayacak şekilde idare edilebileceği sonucuna götürebilir. Böylece de faaliyet tehlikeli sayılmaz. Ancak faaliyetin zararlı atıkların imhası olarak değerlendirilmesi halinde ortaya başka bir sonuç çıkabilir. Esasen zararlı atıkların imhası da ilgili işletmenin yürüttüğü ayrı bir faaliyettir. Böyle bir kabul olduğunda zararlı atıkların imhasının soyut bir değerlendirmeye makul özene rağmen engellenemeyen bir risk yatattığı kabul edilebilir. Böylece de kusursuz sorumluluk kurulabilir.

e. *Res Ipsa Loquitor* İlkesinin Etkisi

Bir haksız fiil davasında zarar gören ilgili haksız fiil unsurlarını ispat etmek yükü altındadır²⁹⁴. İhmal dayalı haksız fiil esasen özen yükümünü ihlal anlamına geldiğinden zarar gören ihmali, zarar verenin ne yaptığını, yaptığı ya da yapmadığı şeyin makul özenli bir davranış teşkil etmediğini göstermek zorundadır. Ayrıca ne yapılırdı makul özenli davranış teşkil edeceğini göstermek de zarar görenin lehinedir. Bu nedenle neredeyse he davada zarar gören, makul özen teşkil edebilecek alınmamış olan önlemleri de ispat etmeye çalışır²⁹⁵. Ancak bazen zarar görenin bu hususları ispatlayabilecek belirgin kanıtları yoktur. Bu halde bazı durumlarda ikincil derecede kanıtlar (*circumstantial evidence*) kusur atfı için yeterli olabilir. Bazı hallerde bu ikincil kanıtların sunulduğu ve bu ikincil kanıtların ihmal davası için yasal açıdan yeterli sayılabileceği ilkesi olan ve ispat yükünün ters çevrilmesi anlayışı ile benzerlik gösteren *res ipsa loquitor* ilkesinin devreye girdiği davalar olabilir²⁹⁶.

Res ipsa loquitor ilkesinin uygulanabilmesi için zarar görenin zararının genelde zarar verenin pozisyonundaki birinin ihmalden meydana geliyor olması,

²⁹³ Boston, **The Negligence Barrier**, s. 651.

²⁹⁴ Abraham, **Tort Law**, s. 101.

²⁹⁵ Abraham, **Tort Law**, s. 103.

²⁹⁶ Goldberg/Zipursky, **Torts**, s. 152, 153; Her ikincil kanıt bir *res ipsa loquitor* davasına yol açamaz. Bu ilke sadece ikincil kanıtların dahil olduğu bir davada zarar verenin bir şekilde muhtemelen ihmalkar davrandığı davalar için geçerlidir. Sadece kusur atfı için net bir kanıt yoktur. Abraham, **Tort Law**, s. 106; Henderson/Pearson/Kysar, **Torts**, s. 467.

zarara sebep olan aracın zarar verenin kesin kontrolü altına olması ve zarar, zarar görenin isteyerek yaptığı bir eylemin ya da katkının sonucu olmamalıdır. Bazı hallerde zararın olası nedeni, geçmişteki tecrübelerle bakıldığında yeteri kadar teknik bir neden olarak kabul edilebilir. Böyle durumlarda yargılama esnasında uzman görüşlerine başvurmak yoluyla bu tip kazaların ihmal neticesinde olağan olarak doğduğuna karar verilebilir²⁹⁷.

Res ipsa loquitur ilkesi, tehlikeli faaliyetler için öngörülen sorumluluğun kapsamını da etkilemektedir²⁹⁸. *Foster v. City of Keyser*²⁹⁹ davasında, kazı yapılan bir alanda toprağın sıkışması ve basınç uygulaması sonucu birbirinden ayrılan doğalgaz borularının ayrılması sonucu meydana gelen zarar için tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğu reddetmiştir. Mahkeme bu kararında yüksek miktarda özen aranmasının ve *res ipsa loquitur* ilkesinin davanın çözümü için yeterli olduğunu ifade etmiş ve sıradan doğalgaz aktarımının tehlikeli faaliyet sayılamayacağına hükmetmiştir.

Kanımızca tehlike sorumluluğunun öngörülmüş olmasının birincil sebebi kusur sorumluluğunun yarattığı ispat sorunları değildir. Elbette ki tehlike sorumluluğunun varlık sebeplerinden biri de zarar görenlerin karmaşık teknolojilerin yarattığı ve zarar verenin kontrolünde olan alanda yaşacağı ispat zorlukları olarak gösterilebilir. Ancak bu husus, Türk hukukunda da ispat yükünün zarar verende bırakılmasıyla çözülebilecek bir husustur³⁰⁰. Ayrıca tehlike sorumluluğunun birincil amacı sadece işletme sahibi ya da işletenin kusurlu olması halinde zarar göreni korumak değil; işletme sahibi ya da işleten kusursuz olsa dahi zarar görenin tek

²⁹⁷ Abraham, **Tort Law**, s. 106, 107.

²⁹⁸ Epstein/Sharkey, **Cases and Materials**, s. 642; Makul özenin gösterilmesi halinde zararın engellenebileceği hususu kusursuz sorumluluğun uygulanmasını önlemiştir. *Res ipsa loquitur* ilkesini uygulayan mahkemeler de mevcuttur. Su kanalının sebep olduğu bir zararda mahkemenin kusursuz sorumluluğu bu ilkeye dayanarak reddettiği dava için bkz. *State Farm Fire&Cas Co., v. Municipality of Anchorage*, 788 P.2d 726 (Alaska 1990); Doğalgaz patlamasının incelendiği bir davada, mahkemenin kusursuz sorumluluğu bu ilkeye dayanarak reddettiği dava için bkz. *Hartford Fire Ins. Co. v. Pub. Derv. Co.*, 676 P.2d 25 (Colo. Ct. App. 1983).

²⁹⁹ *Foster v. City of Keyser*, 501 S.E.2d 165, 175, W.Va., 1997.

³⁰⁰ Çekin, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 40.

başına zarara katlanmasına engel olmaktadır³⁰¹. Bu nedenle ispat yükünün yer değiştirmesi ya da benzer ilkelerin tehlike sorumluluğunun yerini tamamen doldurması mümkün değildir.

F. ZARAR RİSKİNİN ÖNGÖRÜLEBİLİR OLMASI

1. Genel Olarak

Amerikan hukukunda tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun uygulanması aynı zaman olası zararın öngörülebilir olup olmadığına da bağlıdır. Üçüncü ve son Restatement da faaliyetin tehlikeli kabul edilebilmesi için öngörülen ve önemli derecede yüksek zarar riski yaratması gereğini açıkça ifade etmiştir. Bu nedenle, tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluk bağlamında bir faaliyetin yarattığı zarar riski, zarar veren tarafından öngörülemeyen bir risk ise sorumluluk kurulmayacaktır³⁰². Amerikan mahkeme kararları da bu düzenlemeyle uyumluluk göstermektedir³⁰³.

Türk hukukunda ise kanun koyucu, TBK m. 71 düzenlemesi kapsamında böyle bir uygulanma şartını açıkça öngörmemiştir. Bununla birlikte, Amerikan hukuku ile benzer olarak Avrupa sorumluluk hukukunun esaslarını düzenleyen PETL 5.101 hükmünde öngörülebilir zarar tehlikesi, tehlikeli faaliyet nitelendirilmesi için olmazsa olmaz bir şart olarak açıkça düzenlenmiştir. Widmer-Wessner Tasarısı'nda ise tehlike sorumluluğuna ilişkin hükmün metninde bu sınırlama açıkça getirilmemiş; ancak madde gerekçesinde gelişim risklerinin maddenin kapsamına dâhil olmadığı belirtilmiştir³⁰⁴. Bu açıdan gelişim riskleri de öngörülemeyen zarar risklerine karşılık gelmektedir. Kıta Avrupası hukuk sistemi açısından farklı yaklaşımlara konu olan gelişim risklerinden doğan zararların Türk hukukunda sorumluluk doğurup doğurmayacağına ise tehlike sorumluluğunun varlık amacı, dayandığı ilkeler ve diğer şartların kapsamı bağlamında incelenmesi gerekmektedir.

³⁰¹ Paksoy/Arslan Demir, **TBK 71**, s. 450, dn. 10.

³⁰² Flemming, **The Law of Torts**, s. 215.

³⁰³ Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, **Torts**, s. 273.

³⁰⁴ Paksoy/Arslan Demir, **TBK 71**, s. 309, dn. 33

2. Dayandığı Düşünce

Amerikan hukukunda tehlikeli faaliyet yürütenlere tatbik edilen kusursuz sorumluluk için ileri sürülen gerekçe, bu faaliyeti yürütenlerin bilerek ve kendi yararları için riskli bir faaliyet yürütmeleridir³⁰⁵. Örneğin, patlatma faaliyeti gerçekleştiren bir kişi, faaliyetin tehlikesi hakkında bilgiye sahiptir. Buna göre tehlikeli bir faaliyet yürüten kişi, bu faaliyetinin riskinin farkındaysa, yani bu riski biliyor ya da bilmesi gerekiyorsa kusursuz sorumluluk için gereken bir şart oluşmuş olur.

Amerikan hukukundaki tüm Restatement'lar da aynı anlayışı yansıtmaktadır. Birinci Restatement, kusursuz sorumluluğu, davalının faaliyetinden doğacak olası zararı bilmesi gerektiğinin, mahkemede gösterilmesi gerektiği şartına bağlamıştır³⁰⁶. İkinci Restatement da aynı anlayışı benimsemiş fakat bunu net biçimde ifade etmemiştir³⁰⁷. Üçüncü ve son Restatement ise bu şartı açıkça aramıştır. Bu anlayış, *Yslava v. Hughes Aircraft Co.*³⁰⁸ davasında mahkeme tarafından, öngörülebilirliğin, faaliyetin “bilinebilen” bir zarar riski içermesi gerektiği biçiminde yorumlanmıştır. *Mclane v. Nw. Natural Gas Co.*³⁰⁹ davasında da mahkeme, tehlikeli faaliyetler için kusursuz sorumluluğun temelini; toplumu bilerek (öngörerek) riske maruz bırakma olarak ifade etmiştir. Bir diğer mahkeme de *Boliver v. RH Oil/Gas Co.*³¹⁰ davasında kusursuz sorumluluğun mutlaka, davalının o faaliyetin riskini bildiğinin kanıtlanmasına bağlı olduğunu belirtmiştir. 1991 yılında Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından yapılan araştırma çalışması da kusursuz sorumluluğun uygulanması için faaliyetin öngörülebilir şekilde tehlikeli olması gerektiği hususunda öneride

³⁰⁵ The Restatement (third) of Torts: The Restatement (third) of Torts, Liability for Physical and Emotional Harm § 20 (2010) ; *Mclane v. Nw. Natural Gas Co.*, 467 P.2d 635, Or., 1970.

³⁰⁶ Fleming, **The Law of Torts**, s. 218; The Restatement of Torts (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 17.12.2017.

³⁰⁷ Fleming, **The Law of Torts**, s. 218; The Restatement (second) of Torts, § 519 (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 11.02.2016.

³⁰⁸ *Yslava v. Hughes Aircraft Co.*, US Dist. 17228, Ariz., 1998.

³⁰⁹ *Mclane v. Nw. Natural Gas Co.*, 467 P.2d 635, Or., 1970.

³¹⁰ *Boliver v. RH Oil/Gas Co.*, 789, F.Supp. 1374 Miss., 1991.

bulunmuştur³¹¹. Buna göre, davalının faaliyeti gerçekleştirdiği sıradaki bilimsel bilgi durumu, bu faaliyetin, insan sağlığı üzerinde büyük risk teşkil ettiğini göstermiyorsa kusursuz sorumluluk uygulanmamalıdır. Haksız fiil hukuku alanında çıkarılan ikinci *Restatement*'ta yer alan, “zarar veren, faaliyetinin toplumu maruz bıraktığı risk ve tehlikeden dolayı kusursuz sorumlu tutulmalıdır” ifadesinin³¹² de ima ettiği üzere, eğer zarar veren, faaliyetinin riskinin farkında değilse, o zaman toplumu belirli bir riske maruz bırakmak hususunda gerçek ve belirli bir seçim yapmamış olacaktır³¹³. Bu nedenle, düzeltici adalet anlayışı altında, davalının “kaçınılamaz bilgisizliği” (*unavoidable ignorance*), davalının kusursuz sorumlu tutulmasını engellemelidir³¹⁴. Görüldüğü üzere, Amerikan hukukunda kusursuz sorumluluğun varlık sebeplerinden biri de davalının bilgiye dayalı bir seçim yapması sebebiyle kusursuz sorumluluğun gerekçelendirilebilmesidir. Aksi halde kusursuz sorumluluğun, kusur sorumluluğu gibi geniş uygulanan bir sorumluluk türü haline geleceği endişeleri ortaya çıkmaktadır.

Riskin öngörülebilir olması şartının sorumluluk için gerekmediği görüşünde olanlar ise, kusursuz sorumluluğun amacının toplumu tehlikelere karşı korumak olduğu, bu nedenle zarar verenin bu riskleri bilip bilmemesinin kusursuz sorumlulukla bir ilgisi olmadığını savunmaktadırlar³¹⁵. Bilginin gerekli olmayan bir unsur olması halinde zarar vereni sorumlu tutmak kolaylaşacaktır. Zarar görenlerin

³¹¹ The American Law Institute, “Enterprise Responsibility for Personel Injury Law”, **Reporter’s Study**, 1991, s. 368; Bu anlayış, Amerikan hukukundaki temel eserlerden birinin de benimsediği anlayıştır. Bu anlayışa göre, zarar veren riskin farkında değilse kusursuz sorumluluk uygulanamayacaktır. Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, **Torts**, s. 559; Güncel bilgi testi (*actual-knowledge test*) olarak ifade edilen bu anlayışın aksine kararlar da mevcuttur. *Garcia v. Estate of Norton* davasında mahkeme, öngörülebilirliğin, davalının riski, “mantıklı olarak düşündüğünde bilmeli” testine göre belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. *Garcia v. Estate of Norton*, 228 Cal.Rptr. 108 (Ct. App), 1986; *Branch v. Western Petroleum* davasında da mahkeme temel olarak “bilmeliydi” (*should have known*) testini uygulamıştır. *Branch v. Western Petroleum Inc.*, 657 P.2d 267 (Utah 1982), Beggs, **Abnormally Dangerous Activities Doctrine**, s. 211.

³¹² The Restatement (second) of Torts (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 11.02.2016.

³¹³ King, **Dangerous Activities**, s. 377; William R. Ginsberg/Lois Weiss, Common Law Liability for Toxic Torts: A Phantom Remedy, **Hofstra Law Review**, C. 9, 1981, s. 918; Robert W. James, “Absolute Liability for UltrahazardousActivity: An Appraisal of the Restatement Doctrine”, **California Law Review**, C. 37, 1949, s. 272.

³¹⁴ Fletcher, **Fairness and Utility**, s. 552-554.

³¹⁵ Banks Mcdowell, “Foreseeability in Contract and Tort: The Problems in Responsibility and Remoteness”, **Case Western Reserve Law Review**, C. 36, S. 2, 1985, s. 289; R. Zazzali/Frank P. Grad, “Hazardous Wastes: New Rights&Remedies?” The Report of the Study Group, **Seton Hall Review**, C. 13, 446, 1983, s. 462.

zararı kolaylıkla karşılanacak ve zarar verenler öngöremedikleri risklerden de sorumlu olacakları için faaliyetleri ile ilgili olarak olağanüstü dikkatli olmaları konusunda uyarılacaklardır³¹⁶. Endüstriyi bu şekilde uyarmak, faaliyetlere girişmeden önce güvenlik önlemlerinin ve olası riskler hakkındaki bilimsel araştırmaların yapılmasını sağlamak bakımından yararlı olabilir. Ancak öte taraftan işletmeler, olası risklerin boyutlarını bilmedikleri için ve şu anda bilinmeyen ancak ileride bilinme ihtimali olan riskler sebebiyle alacakları risk çok yüksek olacağından, bu faaliyetlere girişmenin çok riskli olacağına da karar verebilirler. Böylelikle de potansiyel olarak çok faydalı faaliyetlerin gelişmesi engellenebilecek ve mevcut faydalı faaliyetler de bu sebeple son bulabilecektir.

Sonuç olarak Amerikan hukukunda tehlikeli faaliyetlerden doğan kusursuz sorumluluk, zarar veren faaliyetinin tehlikesini bilmedikçe ve bu faaliyete gönüllü olarak yürütmeye karar vermedikçe uygulanmamaktadır. Kendi sorumluluğu ya da kendi risk alanı altında, riskini öngördüğü bir faaliyete olan başlamış zarar verenden ise, bu faaliyetin sonuçlarına katlanması beklenmiştir³¹⁷. Aksi halde, riskin öngörülebilir olması kriteri olmaksızın davalıyı kusursuz sorumlu tutmak, sorumluluğun çok daha geniş uygulanmasına sebep olacaktır. Bu nedenle faaliyetin taşıdığı tipik riskin sebep olduğu kestirilebilir ya da tahmin edilebilir bu sonuç, zarar verenin bu riski bildiğini ve fakat buna rağmen bu faaliyeti yürütmeye karar verdiğini ortaya çıkarır. Bu nedenle de topluma karşı istisnai ve olağan olmayan bir tehlike yaratmaya bilerek ve isteyerek karar vermek, bu faaliyeti yürütenler açısından ağır bir sorumluluk rejimine tabi olmayı gerektirmiştir. Genişletilmiş bir sorumluluk türü olan bu sorumluluğun zarar veren üzerinde ağır bir yük olduğu açıktır. Bu nedenle tehlikeli faaliyet yürüten işletmelerin sorumluluğunun da makul sınırları olmalıdır. Kusura dayanan sorumluluğun dahi belirli sınırları varken, kusur olmadan yüklenen sorumluluğun sınırsız bir sorumluluk olması makul değildir. Bu nedenle, kusursuz sorumluluk kendisinin de varlık sebebi olan olağanüstü riskin kapsamında kalan ve dolayısıyla öngörülebilir sonuçlarla sınırlandırılmalı ve bu sorumluluğa

³¹⁶ King, **Dangerous Activities**, s. 377.

³¹⁷ Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, **Torts**, s. 559; Simons, **Strict Liability**, s. 10-11.

tabi olacak işletmelerin, faaliyetlerinin risklerini, mevcut teknik ve bilimsel durumun olanak tanıdığı ölçüde bildikleri kabul edilmelidir³¹⁸.

3. Diğer Uygulanma Şartları ile İlişkisi

Riskin öngörülebilir olması şartı, tehlike sorumluluğunun uygulanması için gereken diğer olmazsa olmaz şartlarla da yakından ilişkilidir. Bu açıdan tipik risk ve makul özen çerçevesinde belirlenen kaçınılmaz tehlike şartlarının, riskin öngörülebilir olması şartıyla ilişkisi özellikle önem arz eder.

a. Tipik Risk ile İlişkisi

Riskin öngörülebilmesi şartı, kusursuz sorumluluğun kapsamını belirleyen tipik risk unsuru ile kanımızca yakından ilişkilidir. Tehlikeli faaliyetlerden dolayı kusursuz sorumluluk, hem Türk hem de Amerikan hukukunda sadece faaliyeti tehlikeli kılan tipik riskler için uygulanabilir³¹⁹. Zarar verenin sadece tipik riskin yol açtığı zarardan sorumlu olması, hukukun kusursuz sorumluluk için sadece tipik riskin yol açtığı zararlardan sorumlu olmasını uygun gördüğü anlamına gelir. Bu açıdan da tipik risk, sorumluluğu sınırlayan bir işlev görmektedir. Tipik risk aynı zamanda ayırıcı ya da belirli bir özelliği olan risk demektir³²⁰. Kusursuz sorumluluğun sadece faaliyetlerin arz ettiği tipik risk sebebiyle uygulanması, atipik ve tesadüfi risklerin bu sorumluluğun kapsamı dışında tutulabilmesi³²¹ esasen tipikliğin belirlenmiş olmasını gerektirir. Bir faaliyet sebebiyle kusursuz sorumluluğun kurulabilmesi için faaliyetin tipik riskinin gösterilebilmesi ise o riskin bilinir ve belirlenebilir olmasını gerektirir. Şu halde, tipik riskin kendi içinde öngörülebilirlik unsurunu taşımakta olduğu da söylenebilir. Esasen bu anlayış da kusursuz sorumluluğun, sadece faaliyet yürütmekten dolayı uygulanan mutlak bir

³¹⁸ Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, **Torts**, s. 559; Schwartz, **Rylands v. Fletcher**, s. 215.

³¹⁹ Simons, **Strict Liability**, s. 10-11.

³²⁰ Türk Dil Kurumu Sözlüğü'nde tipik ya da karakteristik terimleri, bir kimseye ya da nesneye özgün olan, ayırıcı nitelik olarak tanımlanmıştır. (Çevrimiçi) <http://www.tdk.gov.tr/index.php?option 14.10.2017>.

³²¹ Sanlı, **Ekonomik Analiz**, s. 198.

sorumluluk olmadığının, sadece bu sorumluluk biçiminin kabul edilmesine yol sebeplerden dolayı sorumluluğun söz konusu olmasının altını çizer³²².

b. Kaçınılmaz Tehlike İle İlişkisi

Tipik risk şartının yanı sıra faaliyetin tehlikeli olup olmadığını tespit eden özen şartı da, riskin öngörülebilir olup olmamasıyla yakından ilgilidir. Hem Amerikan hukukundaki makul özen şartı, hem Türk hukukundaki tüm özen şartı, tehlike sorumluluğunun belirleyicisi konumundadır ve kanımızca gelişim risklerini dışarıda bırakır. Zira beklenen özen derecesi, ancak mevcut teknolojinin seviyesine göre belirlenir. Aksi halde bilinmeyen bir riske karşı gösterilecek bir özen derecesi olmadığından, tüm özene rağmen tehlikenin kaçınılmaz olması şartı anlamsızlaşır³²³. Tehlike sorumluluğuna konu risklerin yol açacağı olası zararların da faaliyeti yürütenler tarafından öngörülmesi ve bu açıdan sınırlı ölçüde etkili olsa da gereken önlemleri almaları beklenir. Bu nedenle toplumu olağan dışı bir riske maruz bırakarak bu tür bir faaliyetle iştigal etmeyi seçmiş işletmelerin, ancak öngördükleri ve mevcut teknoloji ölçüsünde öngörebilmeleri beklenen zararlar bakımından sorumlu tutulmaları gerekmektedir.

4. Gelişim Riskleri Açısından Değerlendirilmesi

Teknolojinin ivme kazanan bir hızla sürekli gelişmesi ve dinamik bir yapısının olması, birçok faaliyetin olası tipik risklerinin önceden bilinmesini mümkün kılmayacak ve adaletsizliğe sebebiyet verebilecektir. Bu nedenle gelişim riskleri denilen bu risklerden doğan zararlar bakımından tehlike sorumluluğunun uygulanıp uygulanmaması Türk hukuku açısından tartışmalıdır³²⁴. Yeni teknolojiden

³²² Abraham, **Tort Law**, s. 203; Dobbs, **Torts**, s. 686.

³²³ Yücel, **Tehlike**, s. 126; Kişinin öngöremediği zararı engellemek için belirli bir biçimde davranamayacak olması, bir diğer deyişle, zarar verenin risk üzerinde bir etkisi olmaması halinde, amacın salt gelir transferi olacağı yönünde bkz. Sanlı, **Ekonomik Analiz**, s. 273.

³²⁴ Başak Baysal, **Zarar Görenin Kusuru, (Müterafik Kusur)**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2012, s. 269; Pelin Oğuzer, "Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Üreticinin Sorumluluktan Kurtuluş Sebepleri", **Sorumluluk Hukuku Seminerler**, Ed. Başak Baysal, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016, s. 384.

doğan risklerin adaletli dağılımı açısından tartışmalı olan bu husus, hem yeni teknolojilerin gelişimine yol vermek hem de bireyleri korumak arasında bir dengenin kurulmasını gerektirmektedir³²⁵. Bu çerçevede de, faaliyetin yarattığı riskin ne zaman tipik risk kabul edileceği ve sorumluluğunun nasıl paylaşılacağı bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

Gelişim risklerinin söz konusu olduğu bir kurguda, faaliyetin başladığı ve devam ettiği sırada bilinmeyen bir riskin varlığı söz konusudur. Mevcut bilimsel ve teknik gelişmelerin bu riskin varlığını tespit edecek düzeyde olmaması sebebiyle, faaliyeti yürütenler bu riski önceden bilememektedir. Bu tür risklerin zarar doğurması halinde tehlike sorumluluğunun uygulanması da uygulanmaması da belirli sonuçlar doğurur. Sorumluluğun uygulanması halinde olası sorumluluğunun belirsizliği sebebiyle işletmeler tarafından yeniliklere karşı ihtiyatlı bir yaklaşımın olma ihtimali ve belirsiz risk kapsamı sebebiyle sigorta güçlükleri ihtimal dahilinde olacaktır³²⁶. Sorumluluğun uygulanmaması halinde ise zararın zarar görende kalmasının kusursuz sorumluluğun varlık amacına ters düşebileceği de söylenebilir. Zira, kusursuz sorumluluğun uygulanma sebebi Türk hukukunda temel olarak bu risklerin faaliyeti yürütenlerin hakimiyeti altında olması ve faaliyetten doğrudan faydalananların bu faaliyetlerden doğan zararlara katlanması gerektiği (menfaat ilkesi) fikrine dayanmaktadır³²⁷. Kanımızca zarar görenle zarar veren arasında kurulması gereken denge, öncelikle gelişim riskinin kapsamının dar tutulmasıyla kısmen sağlanabilir. Şöyle ki, bir riskin gelişim riski olarak kabulü ve sorumluluğu engellemesi, ancak o riskin hiçbir şekilde bilinmemesine bağlı olmalıdır. Eğer olası risk, o andaki mevcut bilimsel bilgi düzeyi ile bilinemiyorsa gelişim riskidir ve sorumluluk uygulanmamalıdır. Bununla birlikte, o andaki mevcut bilimsel gelişmelerin kapsamı tartışmalı olabilir. Zira bu tür gelişmeler yavaş yavaş meydana gelmekte ve her zaman kesin sonuçlar içermemektedir³²⁸. Belirli sonuçların ise

³²⁵ Çekin, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 177.

³²⁶ Tuba Akçura Karaman, **Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 38; Ayşe Havutçu, **Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005, s. 80; Oğuzer, **Sorumluluktan Kurtuluş Sebepleri**, s. 384.

³²⁷ Çekin, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 176.

³²⁸ Akçura Karaman, **Ayıplı Ürün**, s. 346; Oğuzer, **Sorumluluktan Kurtuluş Nedenleri**, s. 388.

belirli çevrelerce kabulü ve belirli çevrelerce reddi de mümkündür. O halde ne tür bir bilgi seviyesi nazara alınarak riskin öngörülebilir olması şartı değerlendirilecektir? Burada da bir nedensellik bağı sorunu ortaya çıkmaktadır³²⁹. Ortaya çıkan bir zarar ile yürütülen faaliyetin yarattığı risk arasında kesin bir nedensellik bağı kurulamamaktadır. Nedenselliğin kesin olarak ispat edilememesi ise her türlü ihtimalde sorun yaratır niteliktedir. Zira zararın zarar gören üzerinde kalması da adil görülmemekte, zarar veren üzerinde kalması da sorumluluk hukukunun ilkelerine ters düşmektedir³³⁰. Ortaya çıkan zarardan kimin sorumlu tutulacağı bir türlü belirlenememesi bir tercih yapılmasını zorunlu kılmaktadır.³³¹ Bilimsel açıdan ileri sürülen bazı şüphelerin, risk ile zarar arasında nedensellik kurmaya yetmesi mümkün müdür? Bilimsel araştırmanın içeriği, güvenilirliği, azınlık mı yoksa çoğunluk görüşü mü olduğu, bu bilgi düzeyini etkileyecek midir? Ya da ortaya koyulan tüm araştırmalar faaliyeti yürütenlerce takip edilmeli mi, yoksa temel bulgularının bilinmesi yeterli mi olacaktır?

Bir işletme faaliyetinin yarattığı riskin sonuçları arasında nedensellik bağının kurulması ya da olumsuz sonucun kesin olarak belirlenmesi telafisi mümkün olmayan zararlara neden olabilir³³². Öte yandan en azından biraz bilinen risklerin sorumluluk kapsamına alınması bu faaliyeti yürütmeleri sebebiyle kontrolü altındaki teknolojiyi daha iyi bilecek pozisyonda olanları bu riskleri daha fazla araştırmaya ve faaliyeti yürütmeye devam etme noktasında dikkate alarak olası sorumluluk düşünerek karar vermeleri sağlanabilecektir³³³. Böylece riskin kapsamı tam bilinemese de, varlığı kısmen olsa da biliniyorsa önleyicilik işlevi devreye girebilecektir.

³²⁹ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 272.

³³⁰ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 272-274.

³³¹ Üreticinin sorumluluğu ile ilgili bir davada, Fransız Yüksek Mahkemesi, gelişim ayıplarına ilişkin olarak, nedensellik bağındaki şüpheden zarar görenin yararlanacağına ilişkin bir ilke geliştirmiştir. Buna göre zarar veren aksini kanıtlamalıdır. Cass. Civ. 1re 5/3 2009, RCA 209, comm. N. 102 (naklen, Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 274, dn. 957)

³³² Çekin, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 177.

³³³ Çekin, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 174.

Kanımızca riskin olasılığı, olası zararın ağırlığı, mevcut bilginin niteliği ve güvenilirliği ilişkin yapılan değerlendirmeler neticesinde bazı hallerde bilimsel açıdan kesinlik sağlanmayan bilgiler de bu bilgi düzeyine dahil kabul edilmelidir. Ayrıca görüşlerin azınlıkta kalması ise tek başına sorumluluğu engellemek için yeterli kabul edilmemelidir³³⁴. Zira zarar veren, ortaya konan bazı çalışmalarla dahi yürüttüğü faaliyete ilişkin uyarılmış kabul edilebilir. Bu durumda faaliyeti yürütenlerin bu çalışmaları yok saymama ve faaliyete devam etmek istiyorlarsa ilgili araştırmaları teşvik etmeleri ve bu araştırmalara kaynak ayırmaları sağlanabilir ki, bu da önleyiciliğin sağlanması bakımından faydalı olabilir. Ayrıca mevcut durum bilimin ulaştığı en ileri noktayı da kapsamalıdır³³⁵. Bu halde işletme, isterse faaliyete devam eder, isterse sonlandırır ve isterse sorumluluğu üstlenerek devam eder veya araştırmalara kaynak ayırır. Bu noktada işletme, faaliyetinin riskinin tamamen öngörülemez olduğunu ileri sürememelidir. Zira, hakimin hukuku uygularken bilimsel görüşlerden yararlanması mümkündür ve bu görüşlerin çoğunluk görüşü olması şartı da aranmamaktadır³³⁶. Kaldı ki hukuki nedensellik bilimsel nedensellik aynı değildir. Hakimler de bilimsel kesinliğin olmamasını tek başına bir sorumluluğun reddi için bir sebep olarak görmemelidir.

³³⁴ Oğuzer, **Sorumluluktan Kurtuluş Nedenleri**, s. 390; Hasan Petek, **İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s. 202.

³³⁵ Akçura Karaman, **Ayıplı Ürün** s. 174; Oğuzer, **Sorumluluktan Kurtuluş Nedenleri**, s. 390.

³³⁶ Hakimin yararlandığı görüşlerin teyit edilmiş, yerleşmiş, kabul edilmiş görüşler olması gerekir. Ancak görüşün kabul edilmiş sayılması için çoğunluk tarafından desteklenmesine gerek yoktur. Güçlü gerekçelere dayanan yeni ortaya atılmış bir görüş de hakim tarafından nazara alınabilir. Mustafa Dural/Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanun'un Başlangıç Hükümleri**, 10. bs., Filiz, İstanbul, 2015, s. 144, 145.

G. DİĞER ŞARTLAR: FAALİYETİN SOSYAL DEĞERİ VE FAALİYETİN YÜRÜTÜLDÜĞÜ YERE UYGUNLUĞU

1. Genel Olarak

Birinci Restatement, tehlikeli faaliyetlerden doğan zararlar bakımından kusursuz sorumluluğu, daha önce de ifade ettiğimiz gibi, azami özen gösterilmesine rağmen engellenemeyen yüksek zarar riski ve bununla birlikte yaygın kullanım konusu olmayan faaliyetlere uygulanacak bir ilke olarak belirlemiştir. Buna göre, eğer bir faaliyet, bu iki unsuru birlikte içeriyorsa, faaliyet tehlikelidir. Eğer ki, bu unsurlardan herhangi biri eksikse, faaliyet, tehlikeli faaliyet değildir³³⁷.

İkinci Restatement ise, bir faaliyetin tehlikeli olup olmadığının tespiti için belirli faktörler sıralamış ve bu faktörleri, mahkemelerin değerlendirmesine bırakmıştır. Bu faktörlerden ilk üçü; faaliyetin yüksek risk taşıması, olası zararın büyük olması, ve makul özene rağmen olası zararın engellenememesi olarak sıralanmıştır³³⁸. Esasen bu üç faktör, birinci Restatement'ta yer alan birinci unsuru karşılayan faktörlerdir. Bununla birlikte ikinci Restatement, birinci Restatement'ta yer alan yaygın kullanım şartını, olmazsa olmaz şart olarak değil, mahkemeler tarafından hesaba katılması mümkün bir faktör olarak listelemiştir. Hatta ikinci Restatement, daha da ileriye giderek, faaliyetin yürütüldüğü mahale uygunluğunu ve faaliyetin sosyal değerinin, faaliyetin taşıdığı riskle olan oranını da birer faktör olarak sunmuştur. İkinci Restatement'ta yer alan ifadeye göre, tüm faktörler önemlidir ve bir faaliyetin tehlikeli olup olmadığının tespiti yapılırken tüm faktörler değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Ancak, bu faktörlerden hiçbiri tek başına kusursuz sorumluluğa yol açacak derecede yeterli değildir ve birden fazla faktörün mutlaka bir arada bulunması gerekmektedir. Birkaçının ağır basması halinde ise hepsinin bir arada bulunması, faaliyetin tehlikeli olup olmadığının tespitinde gerekli değildir. Bu faktörlerin birbirleriyle etkileşimi farklı sonuçlar doğuracağından tehlikeli

³³⁷ The Restatement of Torts (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 17.02.2015.

³³⁸ The Restatement (second) of Torts (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 17.02.2015.

faaliyetlere ilişkin net bir tanım vermek de mümkün olmamaktadır³³⁹. Ayrıca bu faktörlerden hangisinin daha öncelikli olduğu, her birinin önem derecesi belirsizdir. Bu da belirlemenin sadece duruma göre değişeceği sonucunu ortaya çıkarmaktadır. İkinci Restatement'ın bu yaklaşımı, mahkemeler için iyi bir rehberlik sağlamadığı ve her davanın *sui generis* bir özellik taşımasına yol açacağı için oldukça eleştirilmiştir³⁴⁰. Ancak mahkemeler, zaten bu düzensizliği kabul etmemiş ve makul özen ve yagın kullanım şartlarını, sosyal değer ya da mahale uygunluk şartlarına göre çok daha fazla vurgulayarak bu düzensizliği büyük ölçüde engellemişlerdir³⁴¹.

İkinci Restatement'ta yer alan bu şartların da kısaca değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Zira her ne kadar ikinci Restatement'ın yerine üçüncü Restatement yayımlanmış olsa da, mahkemeler bu derlemelerle bağlı değildir. Dolayısıyla bir mahkemenin uygun bulursa ikinci Restatement'ta yer alan şartları da değerlendirmeye alması mümkündür.

2. Faaliyetin Sosyal Değeri

İkinci Restatement, birinci ve üçüncü Restatement'ta yer verilmeyen faaliyetin sosyal değerini bir faktör olarak sunmuştur. İkinci Restatement'ta yer alan yorumlara bakıldığında, dikkat çekici bir ifade göze çarpmaktadır. Bu ifadeye göre, eğer bir faaliyetin sağladığı yarar, o faaliyetin yarattığı riski gereçlendiremiyorsa, o halde bu faaliyeti sadece yürütmek dahi kusurlu bir davranış olarak kabul edilebilir. Şu halde, bazı davalarda kusursuz sorumluluk kurulması gerekli olmayabilir³⁴².

Sosyal değer kriteri, oldukça önemli tartışmalara da yol açmıştır. Bu tartışmaların ortak noktası, bu faktörün, kusursuz sorumluluğun tüm amacını yok eden bir araç olduğu, diğer faktörlerin etkisini ortadan kaldırdığı ve dolayısıyla bu

³³⁹ Abraham, **Tort Law**, s. 178-180.

³⁴⁰ Christie, **Discretion**, s. 747.

³⁴¹ Boston, **The Negligence Barrier**, s. 597.

³⁴² The Restatement (second) of Torts § 520 (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 17.12.2015.

kriterin silinmesi gerektiğidir³⁴³. Amerikan hukukunda verilen mahkeme kararlarını ve eleştirileri incelediklerinde, raportörler de aynı sonuca ulaşmıştır. Amerikan içtihat hukukunda, sosyal değer faktörüne bazı davalarda atıfta bulunulmuş olsa bile, bu faktöre, faaliyetin kaçınılmaz derecede riskli olması ve yaygın olarak yürütülmemesi şartları kadar ağırlık verilmediği ve bazen sadece bu şartları gerektirmek için dikkate alınan bir kriter olarak bahsedildiği söylenebilecektir. Dahası, belirli sayıdaki mahkeme kararlarında bu kriterin yerinde olup olmadığı sorgulanmış ve sosyal değer varlığına rağmen kusursuz sorumluluğa karar verilmiştir³⁴⁴.

*Koos v. Roth*³⁴⁵ davasında, faaliyetin sosyal değerinin neden kusursuz sorumluluğa etki edemeyeceği iki sebep üzerinden ifade edilmiştir. Birincisi; bir faaliyetin sosyal değeri ya da faydası, genellikle öznel ve tartışmalı bir husustur. Hakimler bu değer noktasında birbirlerinden farklı görüşlere sahip olabilir ki, bu da hukukun benzer olaylara benzer sonuçlar doğurmasına engel teşkil etmektedir. Diğer sebep ise, tehlikeli faaliyetler için kusursuz sorumluluğun uygulanması, zarar doğuran o faaliyetin devam edip etmemesi ile ilgili bir karar olmaması, sadece ortaya çıkan zarara kimin katlanması gerektiğine ilişkin bir karar olmasıdır³⁴⁶.

Faaliyetin topluma olan sosyal değeri ve faydası sebebiyle kusursuz sorumluluğun reddedildiği çok sınırlı sayıda karar mevcuttur. *Ramada Inns, Inc. v. Salt River Valley Water Ass.*³⁴⁷ davasında Salt River vadisinde toprağı işlemek için uzun yıllardan beri faydalanılan Arizona kanalının sebep olduğu zarar için kusursuz sorumluluk, bu kanalın sosyal değeri sebebiyle reddedilmiştir. Ancak mahkeme, kanalın ilk yapıldığı zaman kırsal bir alanda olduğu, daha sonraları kanalın bizzat kendisinin varlığı nedeniyle çevresinde yerleşim yerlerinin oluşmaya başladığını da

³⁴³ Epstein, **Cases and Materials 2004**, s. 584; Fletcher, **Fairness and Utility**, s. 537; Jones, **Hazardous Enterprise**, s. 170; Nolan, **Hazardous Activitiy**, s. 307.

³⁴⁴ Fowler v. Harper/James Fleming/Oscar S. Gray, **Harper, James and Gray on Torts**, 2007, s. 251.

³⁴⁵ Koos v. Roth, 652 P.2d 1255, 1261-1262 (Or. 1982).

³⁴⁶ The Restatement (third) of Torts: The Restatement (third) of Torts, Liability for Physical and Emotional Harm § 20 (2010).

³⁴⁷ Ramada Inns, Inc. v. Salt River Valley Water Ass., 523 P.2d 496 Ariz.,1974.

kararında belirtmiştir. *Albig v. Municipal Authority*³⁴⁸ davasında da mahkeme, yerleşim yeri yakınındaki büyük su barajının, bu barajın ticari bir işletme tarafından işletilmesi halinde tehlikeli faaliyet olarak sayılabileceğini, ancak barajın hali hazırda ilçe tarafından idare edilmesini ve bu sebeple de yerel halka hizmet ettiği gerekçesine dayanarak reddetmiştir. Mahkemenin bu ayrımının tartışmalı olduğu da söylenmelidir. Yine, *Chi Flood Litig.*³⁴⁹ davasında kazık çakma faaliyetinden doğan zarar için kusursuz sorumluluk, kazıkların, şehirde inşa edilen köprünün kazıkları olması sebebiyle reddedilmiştir.

Sosyal önem kriterine yapılan bir başka eleştiri de bu kriterin, güçlü bir kusursuz sorumluluk iddiasını zayıf olandan ayırmada yeterli bir veri sağlamamasıdır. Zira, neredeyse tüm davalarda mahkemeler, söz konusu faaliyetlerde toplumsal bir değer bulmuşlardır³⁵⁰. Bu nedenle söylebilir ki, faaliyetin sosyal değeri unsuru, bir faaliyetin diğerine oranla daha tehlikeli olup olmadığını belirlemede yetersiz bir unsurdur.

3. Faaliyetin Yürütüldüğü Yere Uygunluğu

Birinci Restatement düzenlemesinde yer almayan bu şart, ikinci Restatement'ın çok faktörlü sisteminde yer almıştır³⁵¹. Buna göre bir faaliyetin tehlikeli olup olmadığının tespitinde, o faaliyetin yürütüldüğü yere uygun olup olmaması da mahkemeler tarafından değerlendirmeye tabi tutulabilecek bir faktör olarak kabul edilmiştir³⁵².

İkinci Restatement'ta yer alan tartışmalar esasen, faaliyetin yürütüldüğü mahale uygunluğu kriterinin, bağımsız bir değişken değil, bağımlı bir değişken

³⁴⁸ *Albig v. Municipal Authority*, 502 A.2d, 658 Pa. Super. Ct., 1985.

³⁴⁹ *Chi. Flood Litig.*, 680 N.E.2d 265 1997.

³⁵⁰ The Restatement (third) of Torts: The Restatement (third) of Torts, Liability for Physical and Emotional Harm § 20 (2010); Geistfeld, *Enterprise Liability*, s. 611.

³⁵¹ Dobbs/Hayden/Bublick, *Torts*, s. 442.

³⁵² Diamond, *Cases and Materials*, s. 481; Dobbs, *Torts*, s. 953; Keeton/Sargentich/Keating, *Tort and Accident Law*, s. 565; The Restatement (second) of Torts § 520 (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 11.12.2016.

olarak değerlendirilmesi gerektiği yönündedir³⁵³. Çoğu zaman bu tartışmalar, faaliyetin yürütüldüğü yere uygunluğunun, faaliyetin taşıdığı riski belirlemeyle bir ilişkisi olduğu noktasında toplanır. Örneğin, patlayıcıların depolanması, kolay tutuşan sıvıların depolanması ya da patlatma faaliyetinin kendisinin taşıdığı riskin büyüklüğü, bu faaliyetlerin nerede yapıldığına göre değişmektedir. Yerleşim yerlerinin uzağında yapılan bu faaliyetlerin taşıdığı risk, yerleşim yerlerine yakın yerlerde yapılanlara göre oldukça küçük riskler taşımaktadır. Aynı şekilde baraj ya da su deposu inşaatı da kırsal alanda yapılması halinde tehlikeli değilken, şehrin orta yerinde yapılması halinde tehlikeli hale dönüşmektedir. Bu nedenle mahale uygunluk kriteri esasen, riskin büyüklüğü ile ilgili bir kriter haline gelmektedir³⁵⁴.

Faaliyetin yürütüldüğü yerin uygun olup olmaması faktörü, aynı zamanda bu faaliyetin sosyal değerine ilişkin kriterle de ilişkilidir. Örneğin, her yeri oldukça bol yağış alan İngiltere’de, sıradan amaçlarla büyük miktarda suların toplandığı su deposu yaptırmak gereksiz olabilir ancak kurak olan Teksas’ta suyu depolama faaliyeti çok büyük bir sosyal öneme sahiptir³⁵⁵. Bu sosyal önem dolayısıyla da oldukça yaygındır. Bu nedenle de bu faaliyetler için kusursuz sorumluluğu reddetmek için yaygın kullanım şartı yeterli olacaktır³⁵⁶. Mahale uygunluk kriterine belli oranda dayanarak kusursuz sorumluluğu reddeden mahkeme kararlarından biri olan *Hagen v. Texaco*³⁵⁷ davasında mahkeme, izleme kuyusunun, o mahalde olağan olduğundan tehlikeli olarak sayılmasını reddetmiştir. *New Meadows Holding Co. v. Wash*³⁵⁸ davasından da mahkeme, yer altı gaz borularından doğan zarar için, bu boruların geçtiği yerin planlanmış ve istenilen yararları sağlamaya uygun olduğu gerekçesiyle reddetmiştir.

³⁵³ The Restatement (second) of Torts, § 520 (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 17.12.2017.

³⁵⁴ Keeton/Sargentich/Keating, **Tort and Accident Law**, s. 567; The Restatement (third) of Torts: The Restatement (third) of Torts, Liability for Physical and Emotional Harm § 20 (2010).

³⁵⁵ Keeton/Sargentich/Keating, **Tort and Accident Law**, s. 565.

³⁵⁶ The Restatement (third) of Torts: The Restatement (third) of Torts, Liability for Physical and Emotional Harm § 20 (2010).

³⁵⁷ *Hagen v. Texaco Ref. Mktg., Inc.*, 526 N.W.2d 531, Iowa 1995.

³⁵⁸ *New Meadows Holding Co. v. Wash, Water Power Co.* 687 P.2d 212 Wash 1984.

Faaliyetin yürütüldüğü yerin uygun olmadığı gerekçesiyle kusursuz sorumluluğu kabul eden bazı mahkeme kararları da mevcuttur. Örneğin, *Yommer v. McKenzie*³⁵⁹ davasında mahkeme yer altı depolama tanklarındaki gazın topluma her zaman bir tehlike yaratmadığını, ancak bu tankların bitişikteki komşunun su kullandığı kuyunun yanına yerleştirilmesi halinde tehlikeli sayılması gerektiğine karar vermiştir. Bu yaklaşımdan çıkan sonuç, yine faaliyetin büyük risk yaratması şartıyla ilişkili olmasıdır. Yine *Continental Building Corp. v. Union Oil Co.*³⁶⁰ davasında mahkeme, yüksek derecede yanıcı kimyasal deposunun, yerleşim yerlerinde olması halinde tehlikeli olacağını, ancak ticari faaliyetlerin yoğun olduğu alanlarda, örneğin, diğer depolama alanları ve fabrikaların olduğu alanlarda yapılması halinde tehlikeli sayılmayacağını belirtmiştir. Yerleşim yerleri ile ticari alanlar arasındaki fark, yine riskin büyüklüğü ile ilgilidir. Ama aynı zamanda riskin karşılıklı olmaması ilkesi ile gerekçelendirilmektedir ki, bu da yaygın kullanım unsurunun temelini oluşturmaktadır.

Bazı mahkemeler ise mahale uygunluk kriterini oldukça eleştirmiştir. Patlayıcıların kullanıldığı faaliyetler açısından özellikle eleştirilen bu kriter, bu tür faaliyetler açısından gereksiz bulunmuştur. Bu mahkemeler, patlayıcıların söz konusu olduğu davalarda kusursuz sorumluluğun öncelikli olduğunu ve patlayıcıların kullanıldığı faaliyetin yerinin önemli olmadığını kabul etmişlerdir. Hatta, Alaska Yüksek Mahkemesi, ikinci Restatement'ta yer alan bu yaklaşımı reddedip, birinci Restatement'ı dikkate alarak kararını oluşturmuştur³⁶¹.

Bununla beraber, faaliyetin yürütüldüğü yere uygunluğu ve sosyal değeri kriterini kusursuz sorumluluğu desteklemek üzere uygun bulan gerekçeler de vardır. Örneğin; faydası taşıdığı riske göre az olan bir faaliyetin yürütülme seçimi makul olmayabilir. Faaliyeti daha az risk yaratan başka bir yerde yürüterek de aynı faydalar sağlanabilir. Kusur sorumluluğun geçerli olduğu bir kurguda, ispat sorunu sebebiyle davalının sorumluluktan kurtulabilme ihtimali yine de vardır. Bu açıdan

³⁵⁹ *Yommer v. McKenzie*, 257 A.2d 138, Md., 1969.

³⁶⁰ *Continental Building Corp. v. Union Oil Co., of California*, 504 N. E2d 787 (III App. Ct.) 1987.

³⁶¹ *Parks Hiway Enters., LLC v. CEM Leasing, Inc.*, 995 P2d 657, Alaska, 2000.

bakıldığında, kusursuz sorumluluk, kusur sorumluluğuna karşı tamamlayıcı bir ilke olarak savunulabilir. Böylece kusursuz sorumluluk ilkesi, hem yerin uygun seçimi hem de faaliyetin kendisinin seçimi açısından güvenliği teşvik edici işlevine hizmet edecek davalarda, düşük toplumsal değerli ve uygun olmayan yer seçimi kriterlerini dikkate almayı sınırlar³⁶². *Indiana Harbor v. American Cyanamid*³⁶³ davasında da Hakim Posner'ın bu analizini görmek mümkündür. Ancak bu değerlendirmede de bazı sorunlar mevcuttur. Şöyle ki; bu değerlendirme, kusursuz sorumluluğu destekleyen etik tüm gerekçeleri ya dışarda bırakır ya da reddeder. Örneğin, patlatma faaliyetinin tamamen uygun bir yerde ve yüksek toplumsal değeri olacak şekilde yapıldığı bir kurguda, bu değerlendirme, adalet teorisinin destekleyebileceği kusursuz sorumluluğu reddedecektir. Bunun dışında geliştirilen bir başka görüşe göre de bir faaliyeti yürütmekle ilgili makul olmayan bir kararın yanı sıra, o faaliyetin makul olmayan seviyede yürütülmesi ihtimali de kusur sorumluluğu kurgusunda ortaya çıkamayabilir³⁶⁴. Örneğin; bir barajın yapımı makul bir faaliyet olmasına rağmen, yapılan barajın aynı faydayı sağlayabilecek ölçüdeki bir alandan daha büyük olması hali, faaliyet seviyesinin makul olmadığı anlamına gelecektir. Kusur sorumluluğunun geçerli olduğu bir kurguda mahkemenin bu gerçeği tespit edebilmesi güçtür. Ancak kusursuz sorumluluğun doğduğu bir kurguda, bu ilke, faaliyete yürüten tarafa, faaliyet seviyesini gözden geçirmesi ve faaliyeti uygun seviyede yürütmesine karar vermesi hususunda katkı sağlayacaktır. Ancak sosyal değerlerin yere uygunluk kriteri dikkate alınarak daraltılan kusursuz sorumluluğun bu avantajı azaltılabilir³⁶⁵.

4. Değerlendirme

İkinci *Restatement*'ta yer alan altı faktörlü sistem, esasen mahkemelerin davaları tek tek inceleme ve ve bu uygulamayı destekleme niyetlerinin bir göstergesini yansıtmış olabilir. Böylelikle her bir olayda faaliyetler arasındaki ayırım

³⁶² Geistfeld, **Enterprise Liability**, s. 612.

³⁶³ *Indiana Harbor v. American Cyanamid Co.*, 916 F.2d 1174 7th Circuit, 1990.

³⁶⁴ Stephen G. Gilles, "Rule Based Negligence and the Regulation of Activity Levels", **Journal Legal Studies**, C. 21, 319, 1992, s. 132.

³⁶⁵ Shavell, **Strict Liability**, s. 21-26.

ve farklılıklar daha net ifade edilebilmektedir. Ancak faaliyetlerin her bir olayda bu derece net şekilde birbirinden ayrılması, hukuk açısından çok düşük bir genellik sağlamak anlamına gelmektedir³⁶⁶. Birinci *Restatement*'taki yaklaşım ise uygulamaya çok daha fazla kolaylık ve genellik sağlamaktadır. Esasen kusursuz sorumluluğu uygulama kararının Amerikan mahkemelerinde jüriye değil hakime bağlı bir karar olması da kusursuz sorumluluk uygulamasının genellik özelliğinin ne kadar önemli olduğunun bir göstergesidir. Bununla birlikte söylemek gerekir ki, belirlenen altı faktörün mahkemelerce nazara alınan değeri birbirinden zaten farklı olmuştur. Bazı faktörler, bir faaliyetin olağanüstü tehlikeli kabul edilmesinde çok daha etkilidir. Makul özene rağmen yüksek risk taşıma ve yaygın kullanım faktörleri en etkili olan faktörlerdir. Buna karşın, faaliyetin toplumsal değeri, en az etkili faktördür. Hatta bazı mahkemeler bu faktörün kusursuz sorumlulukla tamamen ilgisiz olduğunu ifade etmişlerdir³⁶⁷. Bu nedenle üçüncü *Restatement*'ın ilk *Restatement*'a dönüş yaptığı söylenebilir. Ancak belirtmek gerekir ki, üçüncü *Restatement*'ta da sosyal değer faktörü dışında diğer faktörlerin gerekirse dikkate alınabileceği ifade edilmiştir. Özellikle faaliyetin yürütüldüğü yere uygunluğu faktörü, risk değerlendirmesi açısından önem arz edebilecektir³⁶⁸.

III. ÖRNEK DAVALAR ÜZERİNDEN OLAY İNCELEMELERİ

A. GENEL OLARAK

Bu bölümde Amerikan mahkemelerinde tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluk kapsamında tartışılan örnek davalar incelenerek, aynı somut olayların Türk hukuku kapsamında nasıl değerlendirileceği incelenecektir. Bu incelemenin hem tehlike sorumluluğu şartlarının uygulamadaki görünümünü bakımından hem de Amerikan hukuku ile Türk hukukunun farkını ortaya koyması bakımından faydalı olacağı kanısındayız.

³⁶⁶ Dobbs, *Torts*, s. 859.

³⁶⁷ Dobbs/Hayden/Bublick, *Torts*, s. 442.

³⁶⁸ The Restatement (third) of Torts: The Restatement (third) of Torts, Liability for Physical and Emotional Harm § 20 (2010); Dobbs, *Torts*, s. 859.

B. KLEIN V. PYRODYNE DAVASI

1. Karara Konu Olan Olay

*Klein v. Pyrodyne*³⁶⁹ davasında davacılar, havai fişek gösterisinde fişegin yanlarına düşerek patlaması üzere yaralanan kişilerdir. Davalı ise, bu gösteriyi yapmak üzere fişekleri ayarlamak ve patlatmak için anlaşma sağlanan şirkettir. Söz konusu gösteri, Amerika Birleşik Devletleri'nin Bağımsızlık Günü olan 4 Temmuz kutlamaları sebebiyle yapılmıştır.

Davaya konu olayda, gösteri sırasında 5 inçlik³⁷⁰ bir havan, yatay pozisyona getirilmiş ve bu pozisyondayken kovan ateşlenmiştir. Kovan, 500 fit³⁷¹ kadar dünyaya paralel bir hizada ilerlemiş ve kalabalık izleyicilerin yanında patlamıştır. Davacıların kıyafetleri alev almış, yüzlerinde yanıklar oluşmuş ve ciddi düzeyde göz hasarı almışlardır.

Taraflar, dava sırasında, olayın meydana geliş sebebiyle ilgili, birbiri ile çelişen iddialar ileri sürmüşlerdir. Davalı, başka bir 5 inçlik fişegin henüz tüpünün içindeyken patlayıp, zarara neden olan fişegin gidiş yolunu etkilediğini ve ona etki ederek yatay ilerlemesine sebep olduğunu ileri sürmüştür. Davacılar ise tam tersine, kovanın yanlış yöne hizalandığını, zararın şirket çalışanlarının gösteriyi uygun olmayacak şekilde ayarladıklarını iddia etmişleridir. Ancak, bütün delilerin de patlamadan dolayı yok olması sebebiyle, olayın nasıl meydana geldiğini anlamının bir yolu kalmamıştır.

Dava, davalının kusursuz sorumlu tutulması iddiası ile açılmış ve davalı, mahkeme tarafından kusursuz olarak sorumlu tutulmuştur.

³⁶⁹ Klein v. Pyrodyne, 117 Wash. 2d 1, 810 P.2d 917 (1991)

³⁷⁰ İnç (inch), Amerika Birleşik Devletleri'nde kullanılan ve 2.54 cm. uzunluğuna karşılık gelen bir uzunluk ölçü birimidir.

³⁷¹ Fit (feet), Amerika Birleşik Devletleri'nde kullanılan ve 30.48 cm. uzunluğuna karşılık gelen bir uzunluk ölçü birimidir.

2. Mahkeme Kararının Gerekçeleri

Mahkemenin yaptığı değerlendirmeye göre; tehlikeli faaliyetler açısından çağdaş uygulama, köklerini *Rylands v. Fletcher* davasından almaktadır. Bu davada çıkan karara göre, zarar veren, yüksek tehlikeli ve yapıldığı yerde, yerin karakteri ve çevresinde bulunanlar sebebiyle uygunsuz olan bir şey ya da faaliyet başkasına zarar verdiği takdirde, bu zarardan kusursuz sorumlu tutulacaktır³⁷². Bu temel prensip, bazı hususlar dışında ikinci *Restatement* tarafından da kabul edilmiştir³⁷³. İkinci *Restatement*'ta yer alan çok faktörlü değerlendirme yaklaşımı esasen tam bir tehlikeli tehlikeli faaliyet tanımını zorlaştırmaktadır. Ancak, mahkemeye göre tehlikeli faaliyetin belirlenmesindeki temel soru, riskin olağandışı olup olmadığının, tüm makul özenin gösterilmesine rağmen hem riskin büyüklüğünün hem de onu çevreleyen şartların, kusursuz sorumluluğun uygulanmasını gerekçelendirecek derecede olup olmadığıdır.

Mahkeme, ikinci *Restatement*'ta yer alan faktörlerin incelemesi sonucunda, havai fişek gösterisinin tehlikeli olduğu hususunda ikna olmuştur. Mahkeme verdiği kararda şu ifadeleri kullanmıştır:

“Biz, yüksek zarar riskinin varlığı, doğacak zararın büyük olma ihtimali ve zararın, makul özen gösterilmesine rağmen kaçınılamaz olması faktörlerinin bu davada mevcut olduğunu tespit ettik. Bir kişinin, bilinçli olarak kalabalıkların olduğu bir alanda fişek ya da roket gibi havada patlayan şeyleri fırlatmasıyla, ciddi kişisel ve malvarlığı zararına yol açacak derecede yüksek risk yaratılmış olur. Bu risk, havaya fırlatılan şeyin, yanlış yönlendirilip hedef şaşırması ya da işlev bozukluğu (arıza) sebebiyle oluşur. Dahası, bunun için bu faaliyeti yürütenlerin ne kadar özen göstermiş olması önemli olmaz. Zira, bu tür kalabalıklar yanında tetiklenmiş güçlü patlayıcıların özündeki yüksek riskin tamamen yok edilmesi mümkün

³⁷² Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, *Torts*, s. 547-548.

³⁷³ Davanın görüldüğü tarihte henüz üçüncü *Restatement* yayımlanmadığı için mahkeme tarafından dikkate alınan ikinci *Restatement*'tir.

görünmemektedir. Ayrıca, havai fişek gösterisi düzenleyeceklerin lisans alma şartına ilişkin düzenlemeler de bu faaliyetin tehlikeliliğini göstermektedir.”

Davalı, mahkemede, düzenlemelere tamamen uyulması durumunda riskin tamamen ortadan kalkmasının mümkün olduğunu ileri sürmüştü de mahkeme, düzenlemelere tamamen uyulması halinde riskin biraz azaltılabileceğine ancak tamamen yok edilemeyeceğine kanaat getirmiştir. Mahkemeye göre, düzenlemelerle zorunlu görülen şartlara uygun olarak, tüm güvenlik önlemleri alınsa dahi, kalabalıkların yanında yapılan bu gösteri, hala çok riskli bir faaliyet olarak kalmaya devam edecektir. Mahkeme aynı zamanda her gösteri için bir milyon dolarlık sigorta öngörülmesini, yasa koyucuların da buna katıldığı anlamına geldiğini ifade etmiştir.

Mahkemeye göre, ikinci *Restatement*'ta yer alan; yüksek zarar riskinin varlığı, doğacak zararın büyük olma ihtimali ve zararın, makul özen gösterilmesine rağmen kaçınılmaz olması faktörleri, beraber ve bazen tek başına, hangi faaliyetin tehlikeli olduğunu belirleyebilir. Ancak *Restatement*'ta yer alan yorumlara bakıldığında bu üç faktörün hiçbiri tek başına tehlikeli faaliyeti belirlemek için yeterli değildir. Hatta, diğer üç faktör de mutlaka hesaba katılmalıdır. Mahkeme, *New Meadows*³⁷⁴ davasında da bu son üç faktörden en az biri olmadığı takdirde kusursuz sorumluluk uygulanmamalı fikrini de bu açıklamalara dayanak göstermiştir.

Mahkemenin yaygın kullanım unsuru değerlendirmesi ise şu şekildedir:

“Restatement'ta yer alan dördüncü faktör, faaliyetin yaygın kullanım olmaması gerektiğine ilişkindir. Buna göre, bir faaliyet, eğer yüksek sayıdaki insanoğlu tarafından ya da bir toplulukta birçok insan tarafından geleneksel olarak yürütülüyorsa yaygın demektir. Restatement'ta yaygın olmayan faaliyetlere verilen örnekler; tank kullanılması, patlatma faaliyeti, yüksek patlayıcıların üretimi, taşınması, depolanması ve kullanımı, petrol sondajı gibi faaliyetlerdir. Bu faaliyetler çok az sayıda insan tarafından yürütülmektedir. Aynı şekilde havai fişek gösterisi de

³⁷⁴ *New Meadows Holding Co. v. Washington Water Power Co.*, 102 Wash. 2d 687 P.2d 212, (1984)

nispeten daha az sayıda insan tarafından yapılmaktadır. Bu sebeple havai fişek gösterisi sunmak, yaygın kullanım konusu değildir.”

Davalı ise faaliyetin yaygın bir faaliyet olduğunu, zira havai fişek gösterilerinin 4 Temmuz’un kutlanmasının yaygın yolu olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme bu iddiayı reddetmiştir. Mahkemeye göre, havai fişek gösterileri, her ne kadar toplumun sık sık ve düzenli olarak eğlenme aracı olsa da, bu gösteriler çok az sayıda kişi tarafından düzenlenir. Gerçekten de toplumun herhangi bir üyesinin toplum içinde bu faaliyeti yürütmesi yasaklanmıştır. Yapmak isteyen kişilerin öncelikle lisans alması gerekmektedir.

Restatement’ta yer alan bir diğer faktör olan faaliyetin yürütüldüğü yerin uygunluğu da değerlendirilmesi gereken bir husustur. Bu davada mahkemeye göre faaliyet, izleyicilerin gösteriden makul uzaklıkta oturabilecekleri bir alanda gerçekleştirilmiştir. Her ne kadar suyun üzeri gibi daha güvenli yerler olsa da, gösterinin düzenlendiği yerin de uygun olduğuna kanaat getirmiştir. Dolayısıyla mahkeme bu faktörün bu dava açısından gerçekleşmediğine karar vermiştir.

Öte yandan, mahkemeye göre, faaliyetin sosyal değeri faktörü açısından, havai fişeklerin topluma olan faydasının, tehlikesine ağır basıp basmadığının değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme, bu faktörün de davada bulunmadığına karar vermiş ve bu kararı şu şekilde izah etmiştir:

“Ülkenin, 4 Temmuz’u havai fişeklerle kutlamak gibi uzun süreli bir geleneği bulunmaktadır. Bu gelenek gösterir ki; biz, toplum olarak ulusal bağımsızlığımızı ve birliğimizi havai fişeklerle kutlamanın, zarar riskine ağır bastığına karar vermiş bulunmaktayız. Dolayısıyla bu faktör de bu davada bulunmamaktadır.”

Özetle, mahkeme, İkinci *Restatement*’ta yer alan altı faktörden dördünün davada mevcut olduğuna, faaliyetin yaygın olmayan ve önlenemez düzeyde yüksek risk taşıyan bir faaliyet olduğuna, dolayısıyla da faaliyetin tehlikeli olduğuna karar

vermiştir. Mahkemeye göre bu sonuç, patlayan dinamitlerin verdikleri zararı içeren davalarla da uyumludur³⁷⁵. Mahkeme bu uyumluluğu şu şekilde belirlemiştir:

“Havai fişeklerle dinamit arasında da belirli sayıda benzerlikler vardır. İki faaliyet de bu işi yürütenlerin lisanslı olmasını gerektirir. Patlamanın gerçekleşmesinden sonra iki faaliyette de ilk patlamaya ilişkin deliller kalmaz. Ancak bu iki faaliyet arasındaki önemli bir fark ise havai fişek gösterisini izlemeye insanların davetli olmasıdır. Oysa ki dinamitle yapılacak patlatma faaliyetinde, bu faaliyetin çevresine insanların girmesi genellikle yasaktır. Bunun dışında, dinamit ve havai fişek arasındaki benzerlikler, havai fişekin de kusursuz sorumluluğa tabi olup olmadığının belirlenmesi açısından uygun davalardır.”

Mahkemeye göre, toplumla ilgili düşünceler de bu davada kusursuz sorumluluğun uygulanmasını destekler niteliktedir. Bu açıdan ilk basit soru; kusurlu olmayan ama tehlikeli bir faaliyet yürüten birinin, bu faaliyetinden zarar gören masum insanlar söz konusu olduğunda, bu zarar maliyetine kimin katlanması gerektiğine ilişkindir. Mahkemenin tespitine göre, halka açık bir havai fişek gösterisinde de bu zarara katılması gerekenler, zarar gören şanssız izleyiciler değil, bu gösteriyi sunanlardır. Bunun yanında kusursuz sorumluluk, iki kusursuz taraf arasında, kimin hareketi zarara sebep olduysa zararı ona yüklemeyi gerektiren bir sorumluluk biçimidir. Aynı zamanda başka bir sorumluluk kuralı uygulanması halinde, zarara uğramış kişilerin, zarara neden olan olayı kanıtlamakta zorluk yaşamaları da kusursuz sorumluluk fikrini güçlendirmektedir. Örneğin; tehlikeli faaliyetlerin sebep olduğu yıkımlar, aynı zamanda gerçekte ne olduğunu ortaya koyacak delillerin de ortadan kalkmasına yol açar. Bu husus da genellikle dinamitle patlatma, büyük miktardaki gazların ve diğer patlayıcıların kullanıldığı faaliyetlerde söz konusu olur³⁷⁶. Bu sebeple mahkemeye göre, delillerin yok olduğu bu tür davalarda kusursuz sorumluluğun uygulanması yerindedir³⁷⁷

³⁷⁵ Bkz. Foster v. Preston Mill Co., 44 Wash. 2d 440, 443,268 P.2d. 645 (1954); Bringle v. Lloyd, 13 Wash. App. 884, 537 P.2d 1060 (1975).

³⁷⁶ Siegler v. Kuhlman, 81 Wash.2d 448,455,502, P.2d 1181 (1972).

³⁷⁷ Bu kararı alan mahkeme üyelerinden birinin, kararda ifade ettiği karşı görüşe göre; havai fişeklerle yürütülen faaliyet yüksek risk taşımaya rağmen, bu risk makul özen gösterilerek azaltılabilir. Zira,

3. Kararın Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

TBK m. 71'in öngördüğü uygulanma şartları bakımından bu davanın Türk hukukunda nasıl sonuçlanacağı da incelenebilir. Söz konusu olayda faaliyeti yürüten bir işletme olduğundan TBK m. 71'in uygulanması mümkündür. Daha önce de belirttiğimiz gibi bu maddenin de temelinde tehlikeli faaliyet sürdürme yer almaktadır. Bu nedenle söz konusu olayda işletme tarafından yürütülen faaliyetin tehlike sorumluluğunu gerektirecek şekilde tehlikeli olup olmadığı araştırması yapılarak işletmenin önemli ölçüde tehlike arz edip etmediği belirlenmelidir³⁷⁸.

Söz konusu davada davalı, havai fişek gösterisi sunan bir işletmedir. Bu açıdan faaliyet de havai fişek gösterisi sunma faaliyetidir. TBK m. 71'e göre, havai fişek gösterisi düzenleme ve sunma faaliyeti yürüten bir işletmenin önemli ölçüde tehlikeli olup olmadığının tespiti yapılırken, bu işletmenin faaliyetini yürütürken kullandığı araç, malzeme ve güçler göz önünde tutulduğunda bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır bir zarar doğurmaya elverişlilik söz konusu olmalıdır. Bu değerlendirme ise soyut tehlike üzerinden yapılır³⁷⁹. Havai fişek gösterisi düzenleme faaliyetinde kullanılan malzeme, havai fişeklerdir. Havai fişeklerin ise patlayıcı özellikleri vardır ve patlayarak zarara yol açmaları, bu faaliyetin tipik riskini oluşturur. Faaliyetin niteliği gereği, genellikle kalabalıklar içinde tetiklenen ve patlayıcı özelliği nedeniyle özü itibarıyla tehlikeli sayılabilecek havai fişeklerin üzerindeki kontrol imkanının ise kısıtlı olduğu söylenebilir. Kontrol zorluğu nedeniyle bilinmeyen bir sebeple, olmaması gereken şekilde patlayabilecek bu fişeklerin, özellikle izleyen kişiler açısından ağır zarar vermeye elverişli olduğu ifade edilebilir. Faaliyetin kalabalıklar

yasa koyucu havai fişeklerdeki bu tehlikeyi dikkate alarak oldukça kapsamlı bir düzenleme getirmiştir. Yasa koyucu bu düzenlemede, gösterinin nasıl yapılacağını kapsamlı olarak belirlemiştir. Bu düzenlemedeki sürecin takip edilmesi halinde havai fişek gösterisindeki risk, yeteri derecede azaltılabilir. Aynı zaman da yaygınlık şartı da bu olayda gerçekleşmiştir. Zira havai fişek gösterileri tamamen geniş kalabalıkların katıldığı faaliyetlerdir. Esasen havai fişek gösterisi izlemek, geleneksel olarak insanlığın büyük çoğunluğu ve belirli bir toplumdaki birçok kişi tarafından yapılan faaliyettir. Esas olan izleme faaliyetidir. Bu nedenle Rsetatement'ta yer alan sadece iki şart bu davada mevcuttur. Dolayısıyla kusursuz sorumluluk uygulanmamalıdır.

³⁷⁸ Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 378.

³⁷⁹ Yücel, **Tehlike**, s. 120; Tiftik, **Genel Kural**, s. 33.

içinde yürütülmesi, çevresel faktörler ve faaliyetin yürütüldüğü yer dikkate alındığında riskin daha da yoğunlaşabileceği görülmektedir. Bu nedenlerle objektif unsur olan yoğun tehlikenin varlığı şartının gerçekleşmiş olduğu kabul edilebilir.

Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, havai fişeklerle yürütülen söz konusu faaliyetin tipik riskinin, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özene rağmen sık ya da ağır zarar vermeye elverişli olup olmadığıdır. Bir diğer deyişle, bu yoğun tehlikenin kaçınılmaz olup olmadığı belirlenmelidir. Buna göre araştırılması gereken, gösterilen tüm özene rağmen malzemenin özündeki riskin engellenemeyerek, faaliyetin önlenemez biçimde tehlikeli olup olmadığı hususudur. Ancak daha önce de ifade ettiğimiz gibi tüm özen kavramı, makul özen kavramı çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Kanımızca özünde patlayıcılık riski taşıyan bir malzeme ile yürütülen işletme faaliyeti, bu faaliyeti yürüten uzman bir kişinin tüm özeni göstermesine rağmen büyük bir artık risk ihtiva etmektedir. Her ne kadar bazı hallerde özenin yetersiz olması nedeniyle bu riskin açığa çıkması mümkünse de her olayda bunu söylemek ya da bu özensizliği tespit etmek mümkün görünmemektedir. Değerlendirme somut olay üzerinden değil, soyut olarak yapılacağı için somut olay için verilecek karar aynı tür faaliyetin genel olarak taşıdığı yüksek risk tespit edilmek suretiyle yapılmalıdır.

Söz konusu davada tehlike sorumluluğunu desteklemek için normatif sebepler de mevcuttur. Tehlike sorumluluğunun temelindeki tehlike ilkesi, toplumsal yaşama getirilen olağanüstü tehlikeler sebebiyle sorumluluğu öngörmektedir. Olağandışı riskli doğası bilinmesine rağmen üzerindeki kontrolün sağlanamadığı patlayıcı özelliği olan malzemelerin, eğlence amacıyla toplumsal hayata sokulması ve bundan tek taraflı olarak maddi yarar sağlanması kusursuz sorumluluğun uygulanmasını destekleyen en önemli gerekçelerdendir. Kaldı ki patlayıcılarla yürütülen faaliyetlerde potansiyel zarar görenler genellikle etkisiz konumdadır. Yürütenin kontrolünde olan ve zarar görenin kendisini koruma ihtimalinin zayıf olduğu bu tür faaliyetler kusursuz sorumluluğun uygulanması için oldukça uygundur. Bununla birlikte, havai fişek gösterisi izlemeyenlere gelenlerin etkisi Türk hukuku açısından

önemsizdir. Zira Amerikan hukukunda Türk hukukunun aksine, zarar görenin davranış biçimine faaliyetin tehlikeliliğini belirleme noktasında oldukça önem verilmektedir. Örneğin, zarar görenin göstereceği makul özen sorumluluğun kurulması aşamasında yapılacak tehlikeli faaliyet tanımlamasında önem arz etmekte, faaliyetten karşılıklı bir fayda sağlaması ise sorumluluğun kapsamını etkileyebilmektedir. Oysa ki Türk hukukunda zarar görenin bu faaliyeti izlemek suretiyle eğlenmesi ve bu açıdan bir fayda sağlaması, tehlike sorumluluğunun uygulanmaması için bir gerekçe olmamalıdır. Aksi halde daha önce de ifade ettiğimiz gibi, hemen her faaliyette sosyal bir yarar bulmak mümkün olur ve sorumluluğunun sınırları oldukça genişler.

Tüm bunlarla birlikte böyle bir davada tehlike sorumluluğunun uygulanması, önleyiciliğin sağlanması bakımından da etkili olabilir. Zira patlayıcıların kullanıldığı faaliyetlerde kusursuz sorumluluğun uygulanmadığı bir kurguda bu işletmenin sorumluluktan kurtulabilmesi mümkündür. Ancak mahkeme tarafından patlayıcıların delilleri ortadan kaldırması sebebiyle haricen tespit edilemeyen kusurlu davranış, kusursuz sorumluluğun uygulanması yoluyla engellenebilir³⁸⁰. Şöyle ki, bu davada gerçekten de davacıların iddia ettiği gibi havai fişek kovanının yanlış yöne hizalanması sebebiyle zarar doğduysa kusur sorumluluğunun uygulandığı bir kurguda deliller yok olduğundan ve kusur tespit edilemediğinden, zararın, zarar gören üzerinde kalması gündeme gelebilecektir. Bu durum ise kusur sorumluluğu ile önleyiciliğin sağlanması ihtimalini ortadan kaldırabilir. Zira patlayıcılarla yürütülen bir faaliyet ile iştilal eden bir işletme, genellikle sorumluluktan kurtulma ihtimali olduğunu tahmin edebilir. Oysa ki, kusursuz sorumluluğun uygulandığı bir kurguda böyle bir işletme her ihtimalde sorumlu olacağını bileceği için, bu zararların ortaya çıkma ihtimalini azaltacak uygun önlemleri almada daha dikkatli olacaktır. Nitekim Türk Yargıtay'ı da 17.06.2014 tarihli kararında³⁸¹ bu hususta “ *...bunların sebep oldukları zararlarda, kusurun bulunup bulunmadığı ya da rolünün olup olmadığı*

³⁸⁰ Bu konuda kapsamlı değerlendirme için bkz. Sanlı, **Ekonomik Analiz**, s. 475-515

³⁸¹ Yargıtay, 3. Hukuk Dairesi, E.2014/4403, K.2014/9751 (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 17.11.2016.

çoğu zaman bilinemediği veya ispat edilemediği gibi,... ” şeklinde ifadeler kullanarak tehlike sorumluluğu doğuran faaliyetlerin bu özelliğine dikkat çekmiştir.

Önleyiciliği sağlamak bakımından kusursuz sorumluluğun uygulanması bu faaliyetin, faaliyet seviyesi seçimine ise kanımızca çok önemli derecede etki etmeyecektir. Zira tehlikeli sorumluluğunu uygulayarak zarar veren işletmeden faaliyet seviyesini göz geçirmesini sağlamak bu olayın niteliği gereği pek mümkün değildir. Bu faaliyet niteliği gereği kalabalıklar içinde ve onlar izlesin diye yürütülen bir faaliyettir. Bu nedenle bu faaliyetin daha az yapılmasını ya da başka bir yerde, başka bir biçimde yapılmasını beklemek mantıklı olmaz. Bir ihtimal, kalabalıkların daha uzaktan izleyeceği şekilde konuşlanmaları mümkün olabilir. Ancak yine de bu davada faaliyet seviyesine etkiyi, kusursuz sorumluluğun uygulanması için iyi bir gerekçe olarak kabul etmek pek olası gözükmemektedir.

Bu çerçevede belirtmek gerekir ki, söz konusu faaliyetin tehlikeliliğine ilişkin yaptığımız değerlendirmeler sübjektif tahminlerimize dayanmaktadır. Elbette ki havai fişek gösterisi faaliyetinin yoğun tehlike arz edip etmediği ve bu yoğun tehlikenin kaçınılmaz olup olmadığı hususları teknik bir incelemeyi ve uzman görüşlerini almayı gerektirir. Bu nedenle böyle bir davada karar, örneğin faaliyetin tehlikesinin kaçınılmaz olmaması sebebiyle aksi yönde de çıkabilir.

C. SIEGLER V. KUHLMAN DAVASI

1. Karara Konu Olan Olay

*Siegler v. Kuhlman*³⁸² davasında, görgü tanıklarının ifadeleri üzerine tespit edilen olay şu şekilde gerçekleşmiştir: Olay gecesini, tamamen benzinle dolu *Pacific Inter-Mountain Express* şirketine ait kamyon ve ona bağlı yük vagonu, otoyolda Washington'a doğru ilerlerken, herhangi bir uyarı vermeksizin kamyonun kopan yük vagonunun yuvarlanması ve yoldan çıkarak durmasıyla meydana gelmiştir. Bir süre sonra, etrafta binlerce galonluk benzinin oluşturduğu havuzun içine doğru arabasını süren kişi, nasıl olduğu bilinmeyen bir şekilde alev alan benzin sebebiyle hayatını kaybetmiştir.

2. Mahkeme Kararının Gerekçeleri

Davacının kusursuz sorumluluk iddiası, yerel mahkeme tarafından reddedilmiştir. Ancak temyiz mahkemesi, bu olay için en etkili sorumluluk türünün kusursuz sorumluluk olduğunu kabul etmiştir. Temyiz mahkemesine göre, kusursuz sorumluluk, en az *Rylands v. Fletcher* davası kadar eski bir sorumluluk türüdür³⁸³. Bu davayı destekleyen en temel ilke uyarınca da, benzinin otoyol boyunca bir yük olarak taşınması, en az suyun bir alanda depolanması kadar aynı sebebe dayanmaktadır. Bir çok açıdan, benzinin bir yük olarak kamyonla taşınması, suyu belirli bir alanda toplamaktan daha olağandışı değildir ama daha tehlikelidir. Benzinin kargo olarak taşınması, ona aynı büyük miktarlardaki suyun depolanması kadar benzersiz bir zararlı özellik katar. Benzinin kendi özündeki tehlike, kargo olarak taşındığı vakit çok daha büyük bir zarar potansiyeli geliştirir. Burada gelişen ilave tehlike; benzinin miktarından, hacminden ve ağırlığından kaynaklanır.

³⁸² *Siegler v. Kuhlman*, 81 Wash.2d 448,455,502, P.2d 1181 (1972).

³⁸³ Epstein/Sharkley, *Cases and Materials*, s. 642.

Mahkemeye göre, bu yükün büyüklüğünden ya da hacminden ve otoyol boyunca ilerlemesinden dolayı özünde olarak kabul edilen zarar, *Rylands v. Fletcher*'in uygulanması için başka bir sebep daha yaratır. Benzinin kusur sorumluluğuna ilişkin ikna edici önemli delilleri tahrip etme gücü yüksektir. Oldukça büyük bir ihtimal olarak, benzinin yanması ya da patlaması sonucu delillerin en önemli içeriği kaybolacaktır. Benzinin uçucu, alev alıcı ve patlayıcı özelliği olması küçük veya büyük miktarlarda olması fark etmeksizin onu her zaman tehlikeli kılar. Ancak, birkaç bin galon benzinin otoyol boyunca dökülmesi, üçüncü kişilere gelebilecek zararları muazzam derecede büyütür. Sonuç olarak, “benzinin toplandığı yerden taşması” ve “sonradan alev alıp patlaması”, taşmaya ve patlamaya neden olan şeyin ve sebeplerinin yani önemli delillerin patlamada yok olmasına yol açar.

Yüksek mahkeme, gerekçesinde izah ettiği sebeplerden ötürü, bu davada kusursuz sorumluluğun uygulanmasına karar vermiştir. Mahkemeye göre, yüksek derecede uçucu, yanıcı ve patlayıcı maddelerin, nispeten yüksek hızla gidilen otoyollarda, büyük miktarlarda kargo olarak taşınması halinde, miktar ve hacminin büyüklüğünün ve maddenin kendi özünde bulunan tehlikelinin katlanması sebebiyle kusursuz sorumluluğa tabi olması gerekmektedir. Kanımızca bu ifadelerle, somut olaydaki beş bin galonluk benzinin, kamyonlardan ayrılarak yollara yayılması, görünmez ama uçucu olması ve patlaması halinde neden kusursuz sorumluluğa tabi olması gerektiği etraflıca açıklanmıştır.

Mahkeme, kararında, kusursuz sorumluluk kuralının, aynı eyalette, *Pacific Northwest Bell Tel. Co. v. Port of Seattle*³⁸⁴ davasında da uygulandığını ve bu davada da ikinci *Restatement*'ta yer alan tanımlamaya yer verildiğini belirtmiştir. Bu davada da, benzinin bir yük olarak otoyol ve caddeler boyunca taşınmasının çok yüksek risk içeren bir faaliyet olduğu, yüksek zarar riski taşıdığı ve makul özenle engellenemeyen bir tehlike yarattığı kabul edilmiştir. Buna göre, benzinin, otoyol dışından başka yerlerden taşınması da zarar ihtimalini düşürmez. Aynı zamanda mahkemeye göre, makul özenin gösterilmesi, riske maruz kalanlar için taşıyıcının

³⁸⁴ *Pacific Northwest Bell Tel. Co. v. Port of Seattle*, 491 P.2d 1037 80 Wn.2d 59 (1971).

ekipmanında gizli kalmış örtülü mekanik ya da metalurjik arızaların felakete varacak sonuçlarından ya da üçüncü kişilerin kusurlu davranışlarından ya da otoyol ve caddelerin gizli kalmış bozukluklarından koruması onları açığa çıkartması için kesin bir koruma garanti edemez.

Çoğunluğuna katılan ama başka bir görüş de ileri süren diğer bir hakime göre; bu davada kusursuz sorumluluğu uygulamak için iyi bir diğer neden de ticari taşıyıcının maliyeti, bu faaliyetinden faydalanan kendi müşterilerine dağıtabilecek olmasıdır. Bunun dışında eğer bu kaza, maddenin üretiminden kaynaklanan bir hata ise üreticiyi sorumlu tutmak için en iyi pozisyonda olan da kendisidir.

3. Kararın Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

Bu davanın TBK m. 71 hükmü uygulanması halinde de kanımızca aynı sonuç ortaya çıkmalıdır. Söz konusu taşımacılık faaliyeti bir işletme tarafından yürütülmektedir. İşletmenin önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olup olmadığının tespitinde yine faaliyeti yürütürken kullandığı malzeme, araç ve güçler göz önünde tutulacaktır. Taşımacılığı yapılan madde benzindir. Alev alıcı ve patlayıcı özelliği sebebiyle özü itibariyle riskli kabul edilebilecek benzinin büyük miktarda yük olarak taşınması, olası tehlikeyi artıracaktır. Amerikan mahkeme kararında tespit edilen bu husus, olası bir benzer davada Türk mahkemeleri tarafından da tespit edilecektir. Zira herhangi bir zararlı madde kullanılarak yürütülen faaliyetin gösterilecek özene rağmen yarattığı risk derecesi, her davada ayrı ayrı incelenmeli ve bilirkişi marifetiyle tespit edilmelidir. Bu noktada benzinin yanıcı ve patlayıcı özelliği sebebiyle yürütülen faaliyetin risk derecesinin, benzin taşımacılığı yapılan bir faaliyette uzman kişi tarafından gösterilecek özene rağmen artık risk ihtiva edip etmediği belirlenecek ve TBK m. 71 gereği bu davada işletme sahibi ya da işleten kusursuz sorumlu tutulabilecektir.

Bu davadaki olaya açısından da işletme sahibi ya da işletenin kusursuz sorumlu tutulması, kanımızca tehlike sorumluluğunun varlık amacı ve temelinde yer alan düşünceler gereği de uygun düşmektedir. Teknolojik bir ilerlemeye dayanan bu

faaliyet, yine olağanüstü riskli doğası bilinmesine rağmen yürütülmekte ve faaliyeti yürütmeyi seçenler, toplumsal hayata olağanüstü kabul edilebilecek bir tehlike getirmektedirler. Olayda olduğu gibi, zarar gören farkında olmadığından yolda oluşan benzin havuzundan kendini koruyamayabilir. Zarar gören oldukça etkisiz konumdadır. Yine benzinin alev alıcı özelliği sebebiyle, kazanın ne sebeple gerçekleştiği ve dökülen benzinin ne sebeple alev aldığı belirsizdir. Özellikle benzinin taşıdığı vagonun kusur sonucu kopmuş olması ihtimal dahilindedir. Ancak mevcut şartlar altında bunun belirlenme imkanı kalmamıştır. Bu nedenle tehlike sorumluluğunun önleyicilik fonksiyonu bu sorumluluğun uygulanmasıyla etkin hale gelebilir. Bu tür maddelerin taşımacılığını yapan işletmelerin her halde sorumlu olacaklarını bilmeleri, onları özen konusunda daha da teşvik edebilecektir.

Bu nedenlerle kanımızca özü itibariyle patlayıcı özelliği kontrol edilemeyebilecek benzinin büyük miktarda taşımacılığı faaliyeti yoğun tehlike yaratmaktadır. Yine bu yoğun tehlikenin üzerindeki kontrol imkanının kısıtlı olması, faaliyetin riskinin kaçınılmaz olduğunu gösterebilir. Anılan kamyonun trafiğe çıkması ise faaliyetin yürütüldüğü yer bakımından çevresel etki alanını genişlettiği için tehlikeyi daha da yoğunlaştırmaktadır. Bu nedenle kanımızca faaliyetin tehlikeli, dolayısıyla faaliyeti yürüten işletmenin önemli ölçüde tehlikeli sayılması yüksek olasılıkla mümkündür.

D. INDIANA HARBOR V. AMERICAN CYANAMID CO. DAVASI

1.Karara Konu Olan Olay

*Indiana Harbor v. American Cyanamid Co.*³⁸⁵ davasında, Amerikan *Cyanamid* şirketi, davalı olup akrilik lif, plastik, boya, ilaçla ilgili kimyasallar ve diğer ara mal ve nihai malların üretiminde kullanılan akrilonitril maddesini de içeren çeşitli kimyasalların en önde gelen üreticilerindendir. Şirket, Louisiana’da bulunun tesisinden 20 milyon galon likit akrilonitrili, *North American Car Corporation* isimli şirketten kiraladığı demiryolu sarnıçlı vagonuna yüklemiştir. Ertesi gün, *Missouri Pasific Railroad* treni, şirketin tesisinden vagonu almıştır. Trenin son durağı, şirketin New Jersey’de yerleşik tesisidir. Ancak, bu tesisin bulunduğu yerde hizmet veren *Missouri* değil, *Conrail* şirkettir. *Missouri*, vagonu, *Indiana Harbor Belt Railroad* şirketinin alanı olan kuzeye taşımaktadır. *Indiana Harbor* ise *Conrail* ile sözleşmesi bulunan, küçük bir aktarma alanına sahip şirkettir. Diğer trenyollarından gelen vagonları *Conrail*’in tren yoluna aktarmaktadır.

Vagon, *Indiana Harbor*’un alanı olan *Blue Island* alanına varduktan birkaç saat sonra, aktarma hattının çalışanları, sıvının vagonun altından sızdığını fark etmişlerdir. Alttaki kapağın kırıldığı tespit edilmiştir. Hattın malzeme müdürü, sızdırmayı, yukarıda bulunan açma kapama vanasını kapatmak suretiyle ancak iki saat sonra durdurabilmiştir. O anda, ne kadar bir sızma olduğu hakkında kimsenin bir bilgisi yoktur. Ancak tüm galonların sızdığından şüphelenilmiştir. Zira bu madde, 30 Fahrenheit³⁸⁶ ya da üstünde bir sıcaklıkta kolay tutuşan bir madde haline gelmektedir. Aynı zamanda toksik ve kanserojendir. Olayda yerel otoriteler, çevredeki evleri tahliye etmiştir. Vagon uzak alana çekilene kadar tahliye birkaç saat sürmüştür. Daha sonra yapılan incelemeler sonucunda, maddenin dörtte birinin sızdığı tespit edilmiştir. Ancak yine de Illinois Çevre Koruma Departmanı, aktarma hat sahibi şirketten toprak ve suların kirlenmiş olması sebebiyle, bir milyon dolara yakın tutan temizleme masrafını ödemesini talep etmiştir.

³⁸⁵ *Indiana Harbor v. American Cyanamid Co.*, 916 F.2d 1174 (7th Cir. 1990).

³⁸⁶ Fahrenheit (*fahrenheit*), Amerika Birleşik Devletleri’nde kullanılan sıcaklık ölçü birimidir.

Davada ortaya çıkan ihtimallerden biri, *Cyanamid*'in kusurlu olarak sızdıran bir vagonla faaliyetini sürdürdüğüne ilişkindir. Diğeri ise, bu maddenin Chicago yerleşim alanına doğru büyük partiler halinde taşımacılığının yapılmasının tehlikeli faaliyet olduğu noktasındadır.

2. Mahkeme Kararının Gerekçeleri

Mahkeme sırasında hakim *Posner*, bu davada anahtar çözümün, ikinci *Restatement*'ta yer alan altı faktör olduğunu belirtmiş, bu bölümün de köklerinin 19.yy davası olan *Rylands v. Fletcher* davasına dayandığını ifade etmiştir. Ancak günümüz davalarından *Guille v. Swan*³⁸⁷ davasının, bu açıdan daha aydınlatıcı olduğunu da eklemiştir. Söz konusu davada, sıcak hava balonu ile havalanan balon pilotu, *New York City*'deki bir sebze bahçesine iniş yapmıştır. Sebzelere zarar veren bu iniş endişe ile izleyen kalabalık, balon indiği zaman pilotu kurtarmak için uğraş vermiştir. Bahçe sahibi, balon pilotunu ortaya çıkan zarar sebebiyle dava etmiş ve kazanmıştır. Baloncunun dikkatsiz olmasına rağmen, durum, doğru noktaya iniş yapmak için imkansızdır. Hakim *Posner*'a göre, bu dava, kusursuz sorumluluğun uygulanması bakımından örnek bir davadır. Zira bu faaliyette zarar riski (ihtimali) çok büyüktür ve risk gerçekleşirse ortaya çıkacak zarar çok büyük olabilir. Somut olayda baloncunun, sebzeler yerine büyük kalabalığın olduğu yere çarpma ihtimali de vardır. Şanslı olarak bu davada zarar çok büyük değildir. Bunun dışında, bu kazanın makul özenle engellenmesi de balonculuktaki teknoloji seviyesinin gelişmişliği yeterli olmadığından mümkün değildir. Aynı zamanda bu faaliyet, yaygın bir faaliyet de değildir ve dolayısıyla risklerine karşın toplum açısından sosyal faydasının yüksek olduğu da söylenemez. Faaliyetin yürütüldüğü yer, yoğun nüfuslu *New York City* olduğundan, bu yerin bu faaliyet için uygun yer olmadığı da açıktır. Bu faaliyetin riski, şehri çevreleyen ıssız alanlarda yapılması halinde azaltılabilir niteliktedir.

³⁸⁷ *Guille v. Swan*, 19 Johns. 381 (N.Y. 1822).

Hakim *Posner*, dava sırasında kusur ve kusursuz sorumluluk ile ilgili de şu değerlendirmeleri yapmıştır:

“Common law’ın temeli kusur sorumluluğudur. Bu ilkenin sonuç verdiği zamanlarda, yani zarardan dikkatli olarak kaçınmanın mümkün olduğu hallerde sorumluluk ilkesini kusursuz sorumluluğa döndürmek gereksizdir. Ancak bazen, belirli türdeki kazalar, gereken özen gösterilse dahi engellenemez ama faaliyetin yürütüldüğü yerin, zararın daha az meydana gelebileceği bir yerle değiştirilmesi ya da kaza sayısını azaltmak için faaliyetin ölçeğinin düşürülmesiyle kazalardan kaçınmak ya da zararlı sonuçlarını azaltmak mümkün olabilir³⁸⁸. Faaliyeti yürüten kusursuz sorumlu tutmak, bir başka deyişle ona, daha dikkatli olmasına rağmen kazadan kaçınmak için yetersiz olduğunu söylemekle, ona kusur sorumluluğunun vermediği bir teşvik vermiş oluruz. Buna göre, faaliyeti yürütene, kazayı engelleyebilecek özen konusunda daha fazla efor sarf etmesinin boşa olduğunu, bununla ilgili yöntemler araştırması yerine yerini değiştirmesi, faaliyetinin türünü ya da seviyesini değiştirmesi konusunda yönlendirmiş oluruz.”

Hakim *Posner*’a göre, kusursuz sorumluluk davalarının büyük bölümünü, dinamit gibi patlayıcıların kullanıldığı faaliyetler oluşturur. Patlayıcılar dikkatlice idare edilse bile tehlikelidir. Bu nedenle, bu faaliyeti yürütenlerden yerlerini dikkatli seçmeleri ya da daha elverişli ve güvenli olan yıkı gülleri gibi diğer yöntemleri kullanmaları istenebilir. Bununla birlikte patlayıcılar ile yapılan faaliyetler, yaygın faaliyet de değildir. Dava konusu akronitrile gelince bu madde, yanıcı ve toksik olabilen birçok kimyasaldan biridir. Zararlı materyallerin güvenliğinin istatistiki indeksinde, yüz yirmi beş zararlı madde listelenmiştir. Akronitril, bu listede en zararlı elli üçüncü madde olarak yer almıştır. Davalı tarafı, bu maddeden daha tehlikeli ve daha tehlikesiz olarak listelenen diğer maddelerden dolayı kusursuz sorumluluğun uygulandığını, bu nedenle bu listedeki tüm maddelerin kent alanını doğru nakliyeleri sırasında dökülmesi halinde ortaya çıkacak tüm zararlar için kusursuz sorumluluğun uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. *Posner*’a göre

³⁸⁸ Shavell, **Strict Liability versus Negligence**, s. 605.

buradaki tek önemli nokta, davalının kiraladığı ve doldurduğu vagonun dökülen bu maddenin, davalı tarafından Chicago kent alanından geçecek şekilde ticaret akışına sokulmasıdır.

Hakim Posner, mahkemede bizim de yukarıda değerlendirdiğimiz *Siegler v. Kuhlman*³⁸⁹ davası hakkında da bazı değerlendirmelerde bulunmuştur:

“Bu davada, zararlı madde taşıyana kusursuz sorumluluk uygulanmıştır. Ancak burada da şartlar farklıdır. Bu davada benzin taşıyan kamyon patlamıştır ve davacının arabasını imha etmiştir. Aynı zamandan patlama, sorumluluğun kusur sorumluluğuna göre çözülmesini sağlayacak kazanın nasıl olduğuna ilişkin delilleri de yok etmiştir. Bu davada kusursuz sorumluluk uygulanmasaydı herhangi bir sorumluluk söz konusu olamayacaktı. Ancak zararın, davalının zararlı faaliyetinin sonucu olduğu oldukça açıktır. Bu davadan çıkan sonuç da incelendiğinde, bizim davamızda vagonun dökülen kimyasal dolayısıyla ortaya çıkan zararın, kusur sorumluluğu ile çözülemeyeceğine ilişkin hiçbir neden sunulmamıştır. Bu madde de elbette patlayabilir ve delilleri yok edebilirdi. Ancak bu davada öyle bir durum olmamıştır. Daha da önemlisi, bu maddenin, nispeten düşük bir sıcaklıkta toksik ve yanıcı olmasına rağmen, bu maddenin vagon kapağına zarar verecek ya da zayıflatacak aşındırıcı ya da bozucu bir özelliği yoktur. Bu nedenle bu davada, bu zararın bu maddenin özünde olan bir özelliği sonucu ortaya çıktığını söylemek mümkün değildir. Bu zarar, dikkatsizlik sonucu meydana gelmiştir. Bu dikkatsizlik ise; North American Car Corporation şirketinin ya da Cyanamid şirketinin vagonun bakımını ya da denetimini yapmamasından, Missouri'nin ya da aktarma hattının sızıntıyı fark etmemesinden ya da tüm bu ihtimallerin birleşiminden doğan bir dikkatsizliktir. Makul özenin gösterilmemesinden doğan bu zarar, bu özenin gösterilmesi halinde engellenebilirdi. Aynı zamanda bu özenin yokluğu, Siegler davasının aksine mahkemede gösterilebilir niteliktedir. Dolayısıyla, böyle kazalar için kusur sorumluluğu tehdidi yeteri kadar caydırıcıdır. Elbette ki herhangi bir şeyin, büyük miktarlardaki taşımacılığında, trenin raydan çıkması ya da diğer tür bir

³⁸⁹ Siegler v. Kuhlman, 81 Wash.2d 448,455,502, P.2d 1181 (1972).

facia olması halinde kaçınılmaz risk vardır. Bu gerçekçiliktir, her şey olabilir. Önemli olan, bu tür kazaların, makul özenin gösterilmesi halinde meydana gelme ihtimalinin ne olduğu sorusudur. Elimizdeki tüm veriler değerlendirildiğinde, eğer vagonun bakımı dikkatlice yapılırsa idi, dökülme tehlikesi önemsiz olurdu. Bu da doğruysa, rejimi kusursuz sorumluluğa çevirmek için ikna edici bir neden yoktur.”

Mahkemede davacı taraf ve yerel mahkeme, kimyasal sızıntısının, yoğun yerleşimli kent alanında meydana geldiğini belirtmiş ve olayda her ne kadar dört bin galon dökülse de hepsinin dökülmesi halinde sonucun ne olacağını sormuşlardır. Bununla birlikte, bu riskin, herkesin dikkatli olduğu zamanlarda bile mevcut olması ve taşıyıcıya başka alternatif yollar bulması hususunda teşvik vermenin gerekip gerekmediğini de sormuşlardır. *Posner* ise bu soruya, kusursuz sorumluluğun bu teşviki sağladığını ancak şu noktayı da gözden kaçırmamak gerekir diyerek şu şekilde cevap vermiştir:

“Diğer ulaşım ağları gibi tren ağları da transfer merkezlerine sahiptir ve bunlar kent alanlarında bulunur. Chicago da en geniş tren yolu transfer alanlarından biridir. Ayrıca Chicago tren istasyonları, ülke genelinde en büyük hacimli zararlı madde taşımacılığının yapıldığı alanlardan biridir. Bir diğeri de yine Illinois eyaleti içinde yer almaktadır. Bu açıdan davacı tarafından da gösterilemediği gibi bütün eyaleti dışarıdan dolaşarak çok yüksek fiyatlara rota hariç, yeniden rota belirlemenin bir yolu yoktur. Bu açıdan yeni rota belirleme, ya yolu uzatacak ya da daha kötü yolların kullanılmasına yol açacaktır. Bu da her ne kadar sonuçları daha kabul edilebilir olsa da kazaların sayısında artışa neden olur. Bu davada en kolay yol, makul maliyetle ve daha iyi bir özenle, bu kazanın nasıl önlenebileceğine odaklanmaktır.”

Hakim *Posner*'a göre maddenin nakliyesinin zararındansa maddenin yanıcı ve toksik özelliğine odaklanmada da sorun vardır. Buna göre davacının gözden kaçırdığı nokta, aşırı zararlılık ya da olağanüstü tehlikeliliğin maddeye değil faaliyete verilen bir sıfat olduğudur. Bu nedenle bu sıfatlar akronitrilin değil, tren aracılığı ile akronitril ulaştırılmasına aittir. Bununla birlikte ilgili faaliyet, üretim

ya da taşımacılık değil, ulaştırma. Bu husus da davacının yok saydığı bir husustur. Ancak davalı, sadece taşımacı değil ulaştırmacı olarak kabul edilse bile, yine de bu davada özen gösterildiğinde büyük miktarda akronitrilin tren yolu ile yoğun nüfuslu yerlere doğru taşınmasının çok tehlikeli bir faaliyet olduğu gösterilememiştir.

İkinci *Restatement*'in yaklaşımına bakıldığında kusursuz sorumluluk, dağıtıcı değil paylaştırıcı bir sorumluluk türü olarak görülmektedir. *Posner*'a göre, bu açıdan vurgu, sorumluluğu yükleyecek en zengini aramaya değil, kazaları etkin olarak kontrol edecek bir sorumluluk rejimi seçilmesi (kusur ya da kusursuz) üzerinedir. Ancak davacı taraf, daha dağıtıcı düşüncelerle davalının büyük bir şirket olduğunu, kendilerinin ise neredeyse iflas noktasına geldiklerini ileri sürmüştür. *Posner*'a göre bu durumun bir önemi yoktur.

Indiana Harbor davasında mahkeme kusursuz sorumluluğu reddederken özellikle iki husus üzerinde durmuştur. Birinci husus, tankın sızdırma ihtimalinin, makul özenin gösterilmesiyle engellenebileceğidir. Mahkeme, benzinin patladığı davalarda uygulanan kusursuz sorumluluğu bu noktada sızdırdığı davalardan ayırmıştır. Zira bu davalarda kusurun tespit edilebileceği deliller yok olmaktadır. Oysa ki sızdırma davalarında böyle bir durum söz konusu değildir. Mahkemenin kusursuz sorumluluğu uygulamaya engel gördüğü ikinci husus ise, kusursuz sorumluluğun bu davada uygulanmasının faaliyet seviyesinde bir değişiklik yaratmayacağını düşünülmesidir. Zira, tren yolu ile taşınan maddelerin, tren yolu merkezleri olan büyük şehirler dışında taşınması zordur

3. Kararın Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

Öncelikle belirtmek gerekir ki, söz konusu dava, Amerikan hukukundaki kusur sorumluluğu ile kusursuz sorumluluk tercihi açısından birçok yazar tarafından önemle değerlendirilen, konuyla ilgili hemen her eserde üstünde durulan, bu açıdan

son yıllarda tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluk için örnek kabul edilen en önemli davadır³⁹⁰.

Karar değerlendirme noktasında ise kanımızca mahkemenin izahı, belirli açılardan doğru kabul edilebilir. Zira daha tehlikeli faaliyetler, daha yıkıcı (şiddetli) olmaya eğilimli faaliyetlerdir. Bu sebeple de zarar görenin, zarar verenin faaliyeti kusurlu şekilde yürüttüğünü ispatlamasını sağlayacak delilleri yok etme ihtimalleri yüksek olan faaliyetlerdir. Dolayısıyla kusursuz sorumluluk bu bilgi ve hata maliyetini düşürmeye de yöneliktir³⁹¹. Ancak mahkemenin sunduğu bu ölçütler, tehlikeli faaliyetlerden doğan kusursuz sorumluluğun uygulanması bakımından yeterli derecede genellik sağlamamaktadır. Örneğin mahkeme, genel bir soru olarak yanıcı özelliği bulunan toksik maddelerin taşımacılığının olağanüstü tehlikeli olup olmadığını ayrıca araştırmamıştır. Aksine mahkemeye göre, kaçabilen bu maddenin kaçması (kaçması özünde olabilir), makul özenle engellenebilir kabul edilmiştir. Bununla birlikte mahkemedeki gerekçelere göre, bir alternatif yolun olması halinde kusursuz sorumluluk uygulanabilecektir. Ancak bu sorular oldukça içeriğe bağlı ve somut olayın vakıalarına göre değişebilecek sorulardır³⁹². Örneğin, bu mahkeme kararı, sızdırma yerine patlama olması ya da tren yolu ile daha az miktarda madde taşınması halinde sonucun ne olacağına ilişkin yetersiz bir rehber olarak kabul edilebilir. Bununla birlikte, vagonun altının delinmesi ya da vandallar tarafından zarar verilmesi hallerinde ne olacağı da belirsizdir³⁹³.

Türk hukuku bakımından ise zararlı maddelerin sızarak çevreyi kirletmesi TBK m. 71/3 hükmünün belirli bir tehlike hali için öngörülen özel sorumluluk hükümlerini saklı tutması sebebiyle Çevre Kanunu'na tabi olabilir. Ancak kanımızca böyle bir zararda TBK m. 71'e başvurmak da mümkün olmalıdır.

³⁹⁰ Diamond, **Cases and Materials**, s. 484; Galligan Jr. vd., **Cases, Perspectives, and Problems**, s. 439; Alan O. Sykes, "Strict Liability versus Negligence in Indiana Harbor", **Chicago Law Review**, C. 74, 2007.

³⁹¹ Abraham, **Tort Law**, s. 202.

³⁹² Abraham, **Tort Law**, s. 202.

³⁹³ Epstein/Sharkey, **Cases and Materials**, s. 642.

Dava konusu olayın çözümünün Türk mahkemelerinden talep edildiği bir kurguda önemli ölçüde tehlikelilik araştırması, soyut tehlike esasına göre yapılacaktır. Şu halde, işletmenin yürüttüğü zararlı madde taşımacılığı faaliyeti temel alınarak işletmenin genel olarak önemli ölçüde tehlike arz edip etmediği belirlenmelidir. Zararlı madde taşımacılığı faaliyeti öncelikle nasıl bir maddenin taşındığı, bu madde taşımacılığı faaliyetinin uzman kişi tarafından gösterilecek tüm özene rağmen sık veya ağır zarar yaratmaya meyilli olup olmadığı tespit edilecektir. Bu tespit, yine öncelikle bilirkişi incelemesi ve diğer önemli rapor, düzenleme ve bilimsel eserler dikkate alınarak yapılmalıdır.

Bu faaliyet, büyük miktar ve hacimde yanıcı ve toksik bir madde taşımacılığı olduğundan, soyut olarak bakıldığında yüksek risk yaratan bir faaliyet olarak değerlendirilebilir. Zira faaliyet, örnek davadaki gibi sızdırma sonucu zarar vermek yerine, taşımacılık faaliyetinin yürütüldüğü sırada patlama meydana gelmesi sebebiyle daha büyük zararlara da yol açabilirdi. Her ne kadar söz konusu davada zarar makul özenin gösterilmemesi sebebiyle meydana gelse ve bu durum ispat edilebilir vaziyette olsa da, işletme faaliyetinin taşıdığı soyut tehlike çok daha yüksektir. Aynı işletme faaliyetinin başka bir zamanda özdeki tehlike sebebiyle çok daha büyük zararlara kaçınılamaz biçimde yol açması mümkündür. Böyle bir olasılıkta yine özen seviyesinin ve delillerin tespit edilememesi hali söz konusu olabilir. Elbette ki bu hususlar her davada, taşımacılığı yapılan her maddede ayrı ayrı incelenmeli ve uzman kişilerce belirlenmelidir. Ancak kanımızca Amerikan mahkemelerinde tespit edilen hususlar dikkate alındığında böyle bir olay Türk hukukunda tehlike sorumluluğuna da yol açabilmelidir.

Öte yandan Türk hukukunun Amerikan hukukundan fark arz eden bir özelliğine de dikkat çekmek gerekir. Türk hukukunda somut olay tehlike sorumluluğu ile birlikte kusur sorumluluğun da şartlarını taşıyorsa TBK m. 71'in uygulanmasına bir engel görülmeyebilir³⁹⁴. Bu nedenle Türk mahkemelerinin, şartları var ise zarar görenin daha lehine olan tehlike sorumluluğuna karar vermesi

³⁹⁴ Erdem, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 220, dn. 12; Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku C. II**, s. 280.

olasıdır. Oysa ki Amerikan mahkemelerinde kusursuz sorumluluk kararı hakime kalmış bir karardır³⁹⁵. Hakim, kusur sorumluluğunun yeterli olduğunu düşünüyorsa genellikle kusursuz sorumluluğu reddeder ve kusur tespiti için davayı jüriye gönderir. Türk hukukunda ise kusur tespit edilebilse dahi, tehlike sorumluluğu yine de uygulanabilir ve mevcut kusur ek kusur olarak dikkate alınır³⁹⁶. Bu nedenle Türk hukukunda bir faaliyete kusur sorumluluğunun uygulanabilmesi için faaliyetin tehlikeli sayılmaması, faaliyetin TBK m.71'deki şartları soyut bir değerlendirme sonucunda taşımadığına hükmedilebilmesi gerekmektedir. Bu nedenle söz konusu davada Türk hakiminin faaliyeti maddenin patlayıcı özelliğine de dikkate alarak soyut olarak tehlikeli bulması ve söz konusu olaydaki zarar verenin kusurunu ek kusur olarak dikkate alması daha olası gözükmemektedir.

³⁹⁵ Henderson/Pearson/Kysar, **Torts**, s. 466.

³⁹⁶ Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku C. II**, s. 280.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK AMERİKAN HUKUKUNDA TEHLİKELİ FAALİYETLERDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASI

I. TEHLİKELİ FAALİYETLERDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASI

A. GENEL OLARAK

Amerikan hukukundaki tipik bir ihmale dayalı haksız fiil davasında zarar gören, zarar verenin özen ödevine aykırı davrandığını ve zarara sebep olduğunu; zarar veren da zarar görenin özen ödevine aykırı davrandığını ve kendi zararına sebep olduğunu ispatlamaya çalışır. Zarar veren sorumluluktan kurtulmak için, zarar görenin kusurunu ya da riski üstlendiğini, diğer bir ifadeyle zararın nedeninin ve en yakın sebebinin zarar görenin davranışı olduğunu göstermelidir¹. Amerikan hukukunda kusursuz sorumluluk da sınırsız bir sorumluluk türü değildir². Zarar verenin faaliyetinin en azından zarar görenin zararının gerçek nedeni (*cause in fact*) olması zorunludur. Bunun da ötesinde zarar verenin faaliyeti bu zararın en yakın

¹ Abraham, **Tort Law**, s. 173. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, Amerikan hukukunda ihmale dayalı haksız fiiller kapsamında zarar verenin davranışı riskli olsa bile bazı hallerde kusurlu kabul edilmez Abraham, **Tort Law**, s. 58. Bunlardan biri, zararın zarar veren tarafından alınan makul önleme rağmen meydana gelmesi; diğeri ise zarar verenin davranışının öngörülebilirlik testi sonucunda zararın en yakın sebebi olarak tespit edilmemesi halidir. John G. Fleming, **The Law of Torts**,1993, s. 215.

Öngörülebilirlik, haksız fiil türlerini incelerken belirttiğimiz gibi Amerikan haksız fiil hukukunun temel kavramlarından biri olarak kabul edilmektedir¹. Esasen sorumluluğun sınırlandırılması amacına hizmet eden bu kavram, zararın doğmasına sebep olabilecek bir riskin varlığının bilinmesi ya da bilinebilme imkanının olmasını ifade etmektedir. Fleming, **Torts**, s. 215; Buna göre, bir davranış ya da faaliyet ile bilgi arasındaki ilişki, makul özen şartının belirlenmesi açısından da önem arz eder. Bir davada, zarar verenin alması gereken önlemler belirlenirken ve buna göre de kusur hesabı yapılırken öngörülebilir bir zarar riski mevcut olmalıdır. Zira, zarar verenin objektif olarak öngörülemeyen bir risk için makul özenle davranması beklenmeyecektir. Amerikan hukukunda ihmale dayalı haksız fiil sorumluluğu için kabul edilen bu yaklaşım kusursuz sorumluluk halleri için de kabul edilmiştir. Abraham, **Tort Law**, s. 141; Deakin/Johnston/Markesinis, **Tort Law**, s. 613.

² Fleming, **Torts 1993**, s. 394.

sebebi de (*proximate cause*) olmalıdır³. Türk hukukundaki genel haksız fiil sorumluluğuna göre de, bir kişi hukuka aykırı bir fiille kusurlu olarak başkasına zarar verirse, bu zararı telafi etmekle yükümlüdür. (TBK m. 49/1). Genel haksız fiil sorumluluğunun unsurlarına göre zarar verenin davranışı ile zarar arasında uygun nedensellik bağı kurulmalıdır⁴. Buna göre, bir haksız fiil davasında zarar gören, zarar verenin özen yükümlülüğünü ihlal ettiğini, ortaya bir zarar çıktığını ve zarar verenin davranışı ile zarar arasında nedensellik bağı bulunduğunu ispat etmeye çalışır.

Türk hukukunda da zararlı sonuç ile davranış arasında neden-sonuç ilişkisinin bulunması, zorunlu olarak aranan bir unsurdur⁵. Türk hukukunda da Kanun'da açıkça tarif edilmeyen bu kavram, öğretisi ve yargı içtihatları tarafından somutlaştırılmıştır. Hukuki açıdan sorumluluğun kurulabilmesi için öncelikle doğal nedenselliğin kurulması gerekir. Buna göre, o davranış olmasaydı zarar meydana gelmeyecek idiyse neden-sonuç ilişkisinden bahsedilemez. Ancak hukuki sorumluluğu kurulabilmesi için doğal nedenselliğin varlığı yetmez. İlgili davranış, meydana gelen zararın uygun sebebi de olmalıdır. Amerikan hukukundaki kişinin davranışının yakın sonuçlarından sorumlu tutulması mantığı ile Türk hukukundaki uygun nedenselliğin aranması hususu esasen benzer yaklaşımlardır. Türk hukukunda da kişinin davranışlarının olası tüm uzak sonuçlarından sorumlu tutulması uygun görülmemektedir⁶. Sorumluluğun bir şekilde sınırlandırılması adalet fikrinin gereği olarak görülür.

Uygun nedensellik bağına göre de önemli olan, bulunması zorunlu şartın, hayatın olağan tecrübelerine göre meydana gelen zararlı sonucu ortaya çıkarmaya elverişli olmasıdır. Bir diğer ifadeyle bu zorunlu şart, zararlı sonucun meydana gelmesini kolaylaştıran bir şart olmalıdır⁷. Bu halde şart, zararın uygun nedeni kabul edilecek ve sorumluluk kurulacaktır. Uygun nedensellik teorisine göre, şartın zararlı

³ Dobbs/Hayden/Bublick, **Torts**, s. 872; Dobbs, **Torts**, s. 956; Zararın en yakın sebebi olma (*proximate cause*) kavramı, Türk hukukundaki uygun nedensellik bağı kavramını karşılamaktadır.

⁴ Nomer, **Borçlar Hukuku**, s. 137-155; Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku C. II**, s. 12; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Hukuku**, s. 475.

⁵ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 558

⁶ Sanlı, **Ekonomik Analiz**, s. 267

⁷ Eren, **Uygun İlliyet**, s. 60; Atamer, **Normun Koruma Amacı**, s. 43; Sanlı, **Ekonomik Analiz**, s. 268

sonucun meydana gelmesini sonucu objektif olarak önemli ölçüde artırması gerekir⁸. Buna göre de sadece tipik ve uygun sonuçlardan zarar veren sorumlu tutulur. Buna göre tesadüfi ve atipik şekilde meydana gelen zararlar sorumluluğu yol açmaz.

Uygun neden değerlendirmesi için ise çeşitli teoriler ileri sürülmüştür⁹. Teorilerden birine göre, hakim fiil öncesindeki durumu (*ex ante*) dikkate alarak değerlendirme yapılmalıdır. Buna göre fiilin işlendiği anda şartların ne derece öngörülebilir olduğu incelenir. Diğer teori ise hakim tarafından yapılacak değerlendirmenin sadece fiilin işlendiği andaki şartları değil; sonradan öğrenilen şartların (*ex post*) da dikkate alınabileceği yönündedir. Türk hukukunda ise hakim olan görüş objektif *ex post* teorisidir¹⁰. Zira öngörülebilirliğin esasen kusur kavramı ile ilgili olduğu ve nedensellik bağı ile bir karışıklığa yol açtığı yönünde fikirler ileri sürülmüştür¹¹. Ancak öngörülemez şartların da dikkate alınması, sorumluluğu ölçüsüz biçimde genişletebileceği sebebiyle somut olayda TMK. m. 2'nin de dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir¹².

Nedensellik bağı da Türk hukukunda, hem sorumluluğu kurucu bir şart hem de sorumluluğu sınırlayıcı bir işlev görmektedir. Sorumluluk kurulurken Amerikan hukukunda olduğu gibi ilgili davranışın zararın zorunlu şartı olup olmadığı (*but for test/doğal nedensellik*) incelenmektedir. Eğer şart, zorunlu şart ise ikinci inceleme sebebin uygun neden olup olmadığı yönünde yapılmaktadır. Esasen her iki hukuk sisteminde asıl amaç, zarar verenin tazminat sorumluluğunu adalete uygun biçimde sınırlamaktır¹³.

Amerikan haksız fiil hukukunda ihmale dayalı sorumluluk (*negligence*) için zarar veren tarafından zarar görenin davranışına dayanan savunmalar ise zarar görenin kusuru, karşılaştırmalı sorumluluk ve riskin üstlenilmesidir. Ortak hukuktaki

⁸ Sanlı, **Ekonomik Analiz**, s. 269

⁹ Eren, **Uygun İlliyet**, s. 85-96; Atamer, **Normun Koruma Amacı**, s. 52-57

¹⁰ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 78; Atamer, **Normun Koruma Amacı**, s. 62.

¹¹ Sanlı, **Ekonomik Analiz**, s. 271.

¹² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Hukuku**, s. 576.

¹³ Ekonomik analiz ise, sorumluluğu öngörülebilir zararlar ile sınırlamanın uygun olduğunu ifade eder. Sanlı, **Ekonomik Analiz**, s. 273.

geleneksel zarar görenin kusuru ilkesi, zarar görenin tazminat edinmesinin engellenmesidir. Ancak oldukça katı olan bu ilkenin yerini giderek aşağıda inceleyeceğimiz karşılaştırmalı sorumluluk ilkesi almıştır¹⁴. Bununla birlikte Amerikan hukukunda sorumluluk, hem ihmale dayanan haksız fiil halinde hem de kusursuz sorumluluk hallerinde karşılaştırmalı sorumluluk ilkesi, üçüncü kişinin kusuru ya da mücbir sebep dolayısıyla sınırlanabilir ya da ortadan kaldırılabilir¹⁵. Dolayısıyla Amerikan hukukunda bir kusursuz sorumluluk türü olan tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluk için zarar görenin davranışına dayanan bir savunma sunulması imkan dahilindedir. Aynı zamanda üçüncü kişinin davranışı ya da mücbir sebep de araya giren bir neden (*intervening cause*) sayılarak yerine geçen bir neden (*superseding cause*) olarak kabul görüp nedensellik bağına kesebilir¹⁶. Türk hukukunda da tehlike sorumluluğu açısından faaliyetin tipik tehlikesi ile zarar arasında nedensellik bağına bulunması sorumluluğun kurulması için şarttır¹⁷. Türk hukuku bakımından da zarar verenin sorumluluğunun kurulmasını engelleyecek sebepler kabul edilmiştir. Nedensellik bağına keserek zarar verenin sorumluluktan kurtulmasını sağlayabilecek sebepler; Amerikan hukukuna benzer şekilde zarar görenin kusuru, üçüncü kişinin kusuru ve mücbir sebep olarak ifade edilmektedir¹⁸. Bu sebeplerin varlığının, failin sorumluluktan kurtulmasına yol açabilmesi ihtimalinin, kusursuz sorumluluk halleri ve dolayısıyla tehlike sorumluluğu açısından da genel olarak kabul edildiği söylenebilir¹⁹.

B. RİSKİN KAPSAMI

1. Genel Olarak

Amerikan hukukunda da Türk hukukunda olduğu gibi zarar veren, davranışını ile zarar arasında doğal nedensellik olan tüm sonuçlardan sorumlu tutulmaz. Zarar

¹⁴ McAlinn/Rosen/Stern, **American Law**, s. 211; Bkz. aş. I, C, 2, a.

¹⁵ Dobbs, **Torts**, s. 960; Fleming, **Torts**, s. 394.

¹⁶ Abraham, **Tort Law**, 180.

¹⁷ Tiftik, **Genel Kural**, s. 24; Yücel, **Tehlike**, s. 154.

¹⁸ Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 152; Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 318, 319.

¹⁹ Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku**, s. 133; Eren, **Uygun İlliyet**, s. 174; Üçışık, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 128.

aynı zamanda zarar verenin davranışının en yakın sebebi olarak tespit edilmelidir. Amerikan uygulanmasında bu bağın tespiti için yaygın olarak uygulanan öngörülebilirlik testi ise, bir davanın ihmale dayanan bir haksız fiil ya da kusursuz sorumluluk davası olması fark etmeksizin, zararın en yakın sebebini belirleyen önemli bir incelemedir²⁰. Buna göre, ihmale dayanan bir haksız fiil davasında zarara yol açma, zarar verenin davranış biçiminin öngörülebilir sonucu ise zarar verenin ihmali, zararın en yakın sebebi olarak kabul edilir²¹. Aksi halde ise sorumluluk kurulmaz. Böylece değerlendirme, sorumluluğun sınırlandırılması amacına hizmet eder²².

Bir haksız fiil davasında zararın, zarar verenin davranışının en yakın sebebi olup olmadığı, öngörülebilirlik testinin yanı sıra, bu testi biraz daha netleştiren risk kapsamı testiyle de tespit edilebilir²³. Kaldı ki, üçüncü *Restatement*, uygulamada öngörülebilirlik testiyle tespit edilen en yakın sebep unsuru ile yapılan sınırlama yerine, risk ölçütüne göre yapılan sorumluluk kapsamı değerlendirmesini önermiştir. Bu nedenle en yakın sebep unsuru (*proximate cause*) başlığı bu *Restatement*'ta "*Sorumluluğun Kapsamı*" (*Scope of Liability*) şeklinde ifade edilmiştir²⁴. Buna göre, sorumluluk, zarar verenin davranışının haksız fiil teşkil etmesine yol açan riskinden doğan zararlarla sınırlıdır²⁵. Bir başka ifadeyle, sorumluluk için, zarar verenin haksız fiil teşkil edebilecek bir risk taşıyan davranışının sonucunda, ilgili riskin bünyesinde olduğu kabul edilen bir zarar doğmalıdır. Bu yaklaşım, riskin kapsamı (*scope of risk*) kuralı olarak ifade edilmektedir²⁶. Bu açıdan zararın, zarar verenin davranışının yakın sonucu olup olmadığı, riskin kapsamı kuralı ile değerlendirilmektedir²⁷. İhmale dayalı haksız fiillerde olduğu gibi kusursuz sorumluluk hallerinde de riskin kapsamı, sorumluluğu sınırlandırırken dikkate alınacaktır. Bu açıdan nedensellik bağının

²⁰ Bu kapsamda zarar görenin, zararın türünün ve zararın doğma şeklinin öngörülüp öngörülemediği incelenir. Calabresi, **Concerning Cause**, s. 93.

²¹ Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, **Torts**, s. 273; Abraham, **Tort Law**, s. 143.

²² Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, **Torts**, s. 273; Galligan Jr. vd., **Cases, Perspectives, and Problems**, s. 450.

²³ Abraham, **Tort Law**, s. 142.

²⁴ Restatement (third) of Torts: Physical and Emotional Harm, Ch.6, Spec. Note, 2010.

²⁵ "An actor's liability is limited to those harms that result from the risks that made the actor's conduct tortious" Restatement (third) of Torts: Physical and Emotional Harm, § 29 (2010).

²⁶ Dobbs/Hayden/Bublick, **Torts**, s. 874.

²⁷ Restatement (third) of Torts: Physical and Emotional Harm, Ch.6, Spec. Note, (2010).

kurulması için şart olan en yakın neden unsuru, kusursuz sorumluluk için de sınırlandırıcı bir işlev görmektedir.

Türk hukuku açısından bakıldığında da daha önce ifade ettiğimiz gibi, nedensellik bağının hangi ölçütlere göre değerlendirileceği tartışmalıdır. Doğal nedenselliğin sorumluluğu yeteri kadar sınırlamaması sebebiyle adaletsiz sonuçlara yol açması, *uygun nedensellik bağı* teorisinin kabulüne yol açmıştır. Buna göre, belirli bir eylemin meydana gelen zarar, hayatın olağan akışına ve genel hayat tecrübelerine göre uygun ve normal bir sonucu ve bu zararı objektif olarak artıran bir eylem ise, o eylem ve zarar arasında uygun nedensellik bağı mevcuttur²⁸. Türk hukukunda baskın olarak kabul edilen görüş de budur. Ancak Türk hukukunda uygun nedensellik bağının yetersizliği nedeniyle hem sorumluluğunun kurulması hem de sınırlanması amacına hizmet eden *normun koruma amacı teorisi* ileri sürülmüştür²⁹. Tamamlayıcı olan bu teoriye göre de normun koruma amacına bakılarak, somut olayda ortaya çıkan zararın, söz konusu normun koruma alanına girip girmediği de araştırılacaktır.

2. Tehlikeli Faaliyetlerden Doğan Sorumlulukta Riskin Kapsamı

Amerikan haksız fiil hukukunda bir kusursuz sorumluluk hali olan tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluk için de aynı sınırlama geçerlidir. Buna göre, sorumluluğun uygulanması için zararın olağanüstü tehlikeli bir faaliyetten doğmuş olması yetmez. Zararın mutlaka faaliyetin olağanüstü tehlikeli kabul edilmesine yol açan riskten doğmuş olması gerekir. Ancak bu şekilde faaliyetin yürütülmesinden doğan riskin zararın en yakın sebebi olduğu kabul edilir. Şu halde, tehlike sorumluluğunun uygulanabilmesi için zararın, faaliyetin tipik riskinden doğması şarttır. Örneğin, dinamit yüklü bir kamyonun yoldan geçen bir yayaya çarpması, ilgili faaliyetin tipik riskinden doğmuş bir zarar kabul edilmeyecektir³⁰.

²⁸ Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 77; Eren, *İllyet Bağı*, s. 52.

²⁹ Atamer, *Sorumluluğun Sınırlandırılması*, s. 70 vd.; Eren, *İllyet Bağı*, s. 54.

³⁰ Restatement(second) of Torts, § 519, cmt. e. (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 19.02.2015.

Bir başka örnek olarak *Foster v. Preston Mill Co.*³¹ davası gösterilebilir. Bu davada, zarar görene ait olan bir vizon çiftliğinde anne vizon, patlama sesinden korkarak kendi yavrularını yemiştir. Amerikan hukuku uygulamasına göre, patlatma faaliyetinin yürütülmesi sonucu ortaya çıkan zarar, esasen kusursuz sorumluluk gerektirse de davalı kusursuz sorumlu tutulmamıştır. Zira patlatma faaliyeti sebebiyle böyle bir zararın meydana gelmesi zarar veren açıdan öngörülebilir değildir ve bu sebeple zararın en yakın sebebi sayılamaz. Ancak, üçüncü Restatement, aynı sonucun risk kapsamı ölçütü ile de çözülebileceğini belirlemiştir. Zira, patlatma faaliyetinin tipik riski, havada uçuşan molozlara maruz kalma ve yerin titreşiminden ya da havadaki parçacıklardan etkilenme olarak tespit edilmiştir. Bu nedenle patlama sesinden korkan vizonun aşırı gergin yapısı sonucu yavrularını yemesi riski, patlatma faaliyetini yürütenler tarafından öngörülebilir bir risk olmadığından tipik riskin kapsamına dahil görülmemiştir. Kaldı ki, vizon çiftliği iki mil uzaklıktadır ve daha yakında bulunanlar herhangi bir zarara uğramamıştır.

Türk hukukunda da tehlike sorumluluğu açısından bakıldığında, sorumluluğua yol açan olgu ile zarar arasındaki ilişki olarak ifade edilebilecek nedensellik bağı³², bu sorumluluk türü için de aranacaktır. Ancak tehlike sorumluluğunun kurulması ve sınırlandırılması diğer sorumluluk biçimlerine göre özellik arz eder. Bu açıdan ileri sürülen *tehlike bağı teorisi*, tehlike sorumluluğu normunun kendi içinde sebep-sonuç ilişkisini barındırdığını ileri sürer³³. Tehlike sorumluluğunu sebebi, faaliyetin taşıdığı özel ve tipik risktir. Kusur sorumluluğunda olduğu gibi faaliyeti yürütenlerin göstereceği özen seviyesi, sorumluluğun kurulması için önem taşımaz. Kusurdan bağımsız olarak karşılanacak olan zararın sebebi, tipik riskin varlığıdır³⁴. O halde tipik riskten dolayı meydana gelmeyen zararlar için tehlike sorumluluğunun kurulması mümkün değildir. Bu husus da Amerikan hukukunda olduğu gibi sorumluluğun kapsamını belirler. Sorumluluğun kapsamı,

³¹ Foster v. Preston Mill Co., 268 P.2d 645 (Wash. 1954).

³² Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 71; Sanlı, **Ekonomik Analiz**, s. 266; Atamer, **Sorumluluğun Sınırlandırılması**, s. 39.

³³ Nuri Erişgin, “Tehlike Bağı”, **AÜHFD**, C.49, S.1-4, Ankara, 2000, s. 144.

³⁴ Çekin, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 220.

sorumluluğun sebebi olan tipik riskle uyumlu olmalıdır³⁵. Bu açıdan tehlike bağı teorisinin, esasen normun koruma amacı teorisinin tehlike sorumluluğundaki bir yansıması olarak kabulü mümkündür³⁶.

Tehlike bağı tespiti için de ilgili normun koruma kapsamına giren varlık ve değerler, korunması gereken kişiler ve tehlike alanı belirlenmeli; tipik riskin tehlike alanı, yer, zaman ve nasıl meydana geldiği hususlarının incelenmesi gerekir³⁷. Bu da ilgili tehlike alanında korunması gereken kişiler ve o kişilerin korunması gereken varlık ve değerlerinin belirlenmesini gerekli kılar. Bu açıdan tehlike sorumluluğun kapsamının tipik risk ile sınırlandırılması, hem nedenselliğin kurulmasına ve hem de koruma amacı işlevlerinin birlikte yerine getirmesine imkan sağlamaktadır. TBK m. 71 hükmünün gerekçesi de “tipik tehlike olgusunun doğurduğu tipik zararlar” demek suretiyle esasen sorumluluğun kapsamını da belirlemiştir³⁸. Buna göre, tipik riskin sınırlarının belirlenmesi gerekir. Sorumluluğun sınırını da ilgili tipik risk oluşturmaktadır. Bu çerçevede, tehlike sorumluluğunun uygulanabilmesi için ilgili işletmenin faaliyetinin tipik riski ile zarar arasında nedensellik ilişkisinin kurulması şarttır³⁹. Sorumluluğun kurulması için zararın mutlaka faaliyetin tipik riskinden meydana gelmesi gerekir. Zararın, faaliyetin tipik riskinden meydana gelmemesi halinde, zarar ne kadar büyük olursa olsun, tehlike sorumluluğunun uygulanması mümkün olmaz⁴⁰. Türk hukukunda kabul edilen tehlike sorumluluğu için de nedensellik bağı esasen bu sorumluluğu sınırlayan bir işleve sahiptir⁴¹.

3. Nedensellik Bağını Kesen Sebeplerin Riskin Kapsamı ile İlişkisi

Amerikan hukukundaki riskin kapsamı yaklaşımını tipik riskin yanı sıra nedensellik bağını kesen sebepler ya da *yerine geçen nedensellik (superseding cause)*

³⁵ Çekin, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 220; Erişgin, **Tehlike Bağı**, s. 145.

³⁶ Başoğlu, **Çevre Zararları**, s. 198; Çekin, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 221.

³⁷ Erişgin, **Tehlike Bağı**, s. 148-150.

³⁸ Hasan Erman/Emrehan İnal/Başak Baysal, **Karşılaştırmalı-Gerekçeli 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu**, On iki Levha Yayıncılık, s. 158.

³⁹ Saraç, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 60; Tandoğan, **Kusura Dayanmayan Sorumluluk**, s. 27.

⁴⁰ Tiftik, **Genel Kural**, s. 24.

⁴¹ Çekin, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 217.

açısından da değerlendirmek gerekebilir. Bazı davalarda üçüncü kişilerin davranışının ya da mücbir sebebin sonuçla doğrudan ilişkisi vardır. Bu durumda zarar verenin sorumlu olup olmayacağı sorunu doğabilir. Sorumluluğu sınırlandıran bu haller de esasen riskin kapsamıyla doğrudan ilgilidir. Buna göre araya giren neden öngörülebilir değil ise riskin kapsamı dışında kabul edilebilir. Araya giden nedenin öngörülebilir olmadığı kabul edilirse zarar veren kusurlu kabul edilmez. Ancak bu nedenin öngörülebilir olup olmadığı tartışmalıysa konu jüriye gönderilir. Jürinin araya giren nedeni öngörülebilir kabul etmemesi halinde bu neden, yerine geçen neden kabul edilerek sorumluluk kurulmaz⁴². Bazı hallerde üçüncü kişinin davranışı kasıt, hatta suç teşkil edebilir. Bu hallerde de nedensellik kesilebilir. Ancak bazen bu hallerde de nedenselliğin kesilmediğine karar verilebilir. Zira, zarar verenin davranışı, üçüncü kişinin davranışına olanak tanımış olabilir. Bu hallerde zarar verenin davranışının da risk oluşturduğu kabul edilebilir⁴³.

Öte yandan, ağır bir sorumluluk türü olan tehlike sorumluluğunda zarar veren, zararın tipik riskten doğmadığını; zarara, zarar görenin kusurunun, üçüncü kişinin kusurunun ya da mücbir sebebin yol açtığını ispat etmesi halinde sorumluluğun uygulanmaması imkan dahilindedir⁴⁴. Zira öğretilerde ileri sürülen sebeplerden birine göre, bu olaylar az öngörülebilir olduğu ve bu sebeple faaliyet seviyesinin ayarlamasına yardımcı olmayacağı için önleyiciliğin sağlanması bakımından kusursuz sorumluluk tehdidi ile bir fayda sağlanamayacağı yönündedir⁴⁵. Kusursuz sorumluluğun uygulanmasıyla zarar verenden beklenen faaliyetin güvenlik seviyesini değiştirmesine ilişkin fayda, böyle bir durumda mümkün değildir. Bu nedenle, mücbir sebep ve üçüncü kişinin öngörülemez şekilde araya girmesi ya da davacının riski üstlendiği bir durumda ortaya çıkan zarardan zarar veren kural olarak kusursuz sorumlu tutulmamalıdır⁴⁶.

⁴² Zararın öngörülebilir olmaması ya da davranışın zararın en yakın sebebi olmaması kararı jüriye gönderilmediyse hukuk gereği sorumluluk sınırlanmış anlamına gelir. Jüriye gönderilmesi halinde ise çözümü daha zor olan bir sorun jüriye bırakılmış demektir. Abraham, **Tort Law**, s. 163.

⁴³ Abraham, **Tort Law**, s. 149-150.

⁴⁴ Tiftik, **Genel Kural**, s. 24.

⁴⁵ Abraham, **Tort Law**, s. 203; Aynı görüşün Türk hukukundaki yansıması için bkz. Sanlı, **Ekonomik Analiz**, s. 488.

⁴⁶ Abraham, **Tort Law**, 180; Schwartz, **Rylands v. Fletcher**, s. 216.

Amerikan hukukunda da olağanüstü tehlikeli bir faaliyet yürütenler, sadece sözkonusu olağanüstü tehlikeliliğe ait sonuçlardan sorumlu tutulmaktadır. Söz konusu faaliyeti yürütmenin olağanüstü riskli kabul edilmesine yol açan riskler dışında meydana gelen zararlardan sorumluluk söz konusu olmaz⁴⁷. Yine ilgili zararın belirli bir biçimde meydana gelmesi aranır. Örneğin, suyun belirli bir alanda toplanması faaliyetinin tipik riski, suyun taşması sonucu zarar vermesi halidir. Ancak suyun taşmasına yerine geçen bir neden, örneğin kasırga ya da sel sebep olduysa kural olarak sorumluluk yoktur. Örneğin, aşağıda inceleyeceğimiz üzerine, zarar verenin öngörmediği bir mücbir bir sebep nedeniyle zarar meydana geldiyse ya da o anki şartlar altında zarar, zarar verenin öngörmesinin mümkün olmadığı üçüncü kişinin kusurlu bir davranışı sebebiyle meydana geldiyse, zarar vereni sorumlu tutmak adil görünmez⁴⁸. Zira zarar aynı zamanda faaliyetin riskinin en yakın sebebi olmalıdır. Suyun taşması üçüncü bir kişinin öngörülemez ve bağımsız bir davranışı sebebiyle meydana gelmişse zarar o suyun taşmasının en yakın sonucu kabul edilmez. Türk hukuku açısından da böyle bir durumda nedensellik bağının kesilmesi kural olarak mümkündür⁴⁹. Ancak tipik riskin yoğunluğu bu hususta önem arz eder.

C. ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞI

1. Zarar Görenin Kusuru Kavramı ve Sorumluluğa Etkisi

Amerikan hukukunda zarar görenin kusuru (*contributory negligence*/katkıda bulunan ihmal), zarar görenin kendisini ya da malını riskten ya da kayıptan korumak için göstermesi gereken özeni göstermediği hallerde söz konusu olur⁵⁰. Amerikan hukukunda zarar görenin kusuru savunması, neredeyse 19. yüzyılın başlarında ihmale dayanan kusur sorumluluğu ortaya çıktığından bu yana onunla birlikte gelişmiştir. Bununla birlikte, zarar görenin kusurunun varlığı hali, Amerikan

⁴⁷ Fowler V. Harper, "Liability without Fault and Proximate Cause" *Michigan Law Review*, C. 30, S. 7, Mayıs 1932, s. 1006.

⁴⁸ Harper, *Proximate Cause*, s. 1007.

⁴⁹ Bkz. aş. I, E, 3.; Eren, *İllyet Bağı*, s. 176

⁵⁰ Restatement (third) of Torts: Physical and Emotional Harm, § 25 (2010); Abraham, *Tort Law*, s. 173.

hukukunda uzun yıllar süresince oldukça katı bir etki göstermiştir. Bu etki ise, zarar görenin kendisinden beklenen özeni göstermemesi sebebiyle tazminattan tamamen men edilmesi halidir⁵¹. 1970'lere kadar da kusurlu zarar görenin kusurlu zarar verenden tazminat elde edemeyeceğine ilişkin bu görüş, Amerika'daki çoğu eyalette hakim görüş olmuştur⁵². Bir diğer ifadeyle, zarar görenin kusurunun varlığı tazminatı tamamen engelleyen bir unsur olmuştur. Bu savunmaya göre, zarar görenin kusuru, zararın hem nedeni hem de en yakın sebebi ise zarar gören hafif kusurlu dahi olsa tazminat elde edememiştir. Zarar görenin kusurunun varlığının tazminatı tamamen engellemiş olması, zarar vereni kusuru varken sorumluluktan kurtarmakla sonuçlanmıştır.

Zarar görenin tazminattan men edilmesine yol açan zarar görenin kusuru savunmasının kabulünün adil olduğunu söylemek güçtür. Zira nedensellik bağı açısından bakıldığında birçok davada hem zarar görenin hem de zarar verenin davranışı zararın sebebidir. Zarar görenler açısından ağır sonuçlara yol açan bu savunma, zarar görenleri zararın tamamıyla baş başa bırakmıştır. Öte yandan, önleyiciliğin sağlanması açısından da bu yaklaşım uygun kabul edilmemektedir. Zira, bu yaklaşım, zarar görenin daha dikkatli davranmasına yol açarken; zarar veren açısından aynı sonuca yol açmayabilir. Birçok olayda zarar veren sorumluluktan kurtulabileceğini rahatlıkla tahmin edebilir⁵³.

Bu nedenle mahkemeler, zarar görenin üzerindeki bu sert etkiyi bertaraf etmek için bu anlayışı "karşılaştırmalı kusur" (*comparative negligence/comparative fault*) ilkesiyle terk etmeye başlamadan önce de belli sınırlamalar kabul etmişlerdir⁵⁴.

⁵¹ Restatement (third) of Torts: Physical and Emotional Harm, § 25 cmt. e, (2010); Mark M. Hager, "What's (NOT!) in a Restatement? ALI Issue-Dodging on Liability Apportionment", **Connecticut Law Review**, C. 33, S. 77, 2000-2001, s. 79; Esasen bu anlayış, Roma hukukunda da hakim olan bir anlayıştır. Bir zararın meydana gelmesinde zarar görenin kusuru var ise kural olarak sorumluluk doğmazdı. Kıta Avrupasını da etkileyen bu anlayış, Ortaçağ'dan itibaren yavaş yavaş değişmeye başlamıştır. Avusturya, Almanya ve İsviçre'de değişen düzenlemeler yer almıştır. Türk hukuku İsviçre'deki bu anlayışı kabul etmiştir. Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 1-3.

⁵² Restatement (third) of Torts: Physical and Emotional Harm, § 25 cmt. e, (2010).

⁵³ Abraham, **Tort Law**, s. 173; McAlinn/Rosen/Stern, **American Law**, s. 211.

⁵⁴ Güvelik yasası istisnası, daha yüksek dereceli kınanabilirlik istisnası, son net şans, jüri soruları/genel karar yaklaşımı gibi sert etkiyi azaltıcı istisnalar yaratılmıştır. Abraham, **Tort Law**, s. 174.

Zarar görenin kusurunun varlığı halinde zarar görenin tazminat edinmemesi kuralının sert etkisi sebebiyle daha sonra birçok yazılı kural ve bazı mahkemeler hızlı bir biçimde tazminatı tamamen engelleyen zarar görenin kusuru savunması yerine tazminatta indirim yol açan karşılaştırmalı kusur ilkesini kabul etmeye başlamıştır⁵⁵.

Aynı yaklaşımın kusursuz sorumluluk hallerine de yansıdığı görülmektedir. Ancak zarar verenin kusursuz sorumluluğunun söz konusu olduğu hallerde karşılaştırmalı kusur kavramı, tatmin edici bir kavram olmaktan uzak bulunmuştur⁵⁶. Zira kusursuz sorumluluğun söz konusu olduğu bir kurguda zarar verenin hiçbir kusurunun olmadığı hallerde karşılaştırma yapılacak kusurlar söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle tüm sorumluluk biçimleri için yapılan inceleme, daha kapsayıcı bir ifade olan “karşılaştırmalı sorumluluk” (*comparative responsibility*) kavramı altında değerlendirilmektedir⁵⁷. Bu husus, hem üçüncü *Restatement*'ta hem de sorumluluğun paylaşılmasına ilişkin olarak derlenmiş *Restatement*'ta açıkça ifade edilmiştir⁵⁸. Buna göre, karşılaştırmalı sorumluluk ilkesi, hem kusur hem de kusursuz sorumluluk hallerinde uygulanan ve karşılaştırmalı kusur kavramını da kapsayan bir kavram olarak kabul edilmiştir. Bu açıdan Türk hukuku ile bir benzerliğin olduğu ifade edilebilir. Zira Türk hukuku açısından incelendiğinde de zarar görenin kusuru kavramı, zararın meydana gelmesi ya da artması hususunda hukuk düzeninin zarar görenden beklediği makul özeni gösterememiş olması olarak ifade edilmektedir⁵⁹. Zarar görenin davranışının ağırlık derecesi, sorumluluk açısından farklı sonuçlara yol açmaktadır⁶⁰. TBK m. 52 hükmüne göre; zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili

⁵⁵ Goldberg/Zipursky, **Torts**, s. 111; Abraham, **Tort Law**, s. 173.

⁵⁶ Restatement(third) of Torts: Physical and Emotional Harm, § 25 cmt. e, (2010).

⁵⁷ Amerikan hukukunda bir kusursuz sorumluluk hali olan ürün sorumluluğu ile ilgili derlenen Restatement da aynı yaklaşımı benimsemiştir. Buna göre, ürün sorumluluğu davalarında zarar görenin kusurunun varlığı, karşılaştırmalı sorumluluk ilkesi altında değerlendirilmektedir. Restatement(third) of Torts: Product Liability § 17 (1998) (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 19.12.2015.

⁵⁸ Sorumluluğun paylaşılmasına ilişkin derlenen Restatement, temelde tüm haksız fiil davaları için olsa da özellikle kusursuz sorumluluk halleri için karşılaştırmalı sorumluluğu desteklemektedir. Restatement(third) of Torts: Apportionment of Liability, § 8 (2000) (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 19.12. 2016.

⁵⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Hukuku**, s. 594; Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku C. II**, s. 116; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 788; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 83; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 181.

⁶⁰ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 192-193.

olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hakim tazminatı indirebilir ya da tamamen kaldırabilir. Zarar görenin kusuru nedensellik bağına kesecek ağırlıkta değilse tazminattan indirim söz konusu olacaktır. Ancak zarar görenin kusuru, zararın başlıca nedeni ise zarar veren açısından sorumluluk kurulmayacaktır⁶¹. Türk hukukunda kusursuz sorumluluk halleri açısından da aynı yaklaşım benimsenmiştir. Tehlike sorumluluğuna ilişkin 71. maddede de aksi belirtilmediğinden, TBK m. 52 düzenlemesinin bir kusursuz sorumluluk türü olan bu sorumluluğa da uygulanacağını kabul etmek gerekir⁶². Buna göre, sorumluluğu sınırlandıran hallerden biri olan zarar görenin kusurunun tehlike sorumluluğunun söz konusu olduğu bir davada ileri sürülmesi ve zarar verenin sorumluluktan kurtulabilmesi imkan dahilindedir⁶³. Bu konudaki 03.10.2002 tarihli bir Yargıtay kararında⁶⁴ da, zararın işletmeye özgü bir tehlikeden değil de araya giren başka bir nedenden dolayı meydana gelmesi halinde işverenin sorumlu tutulmaması gerektiği ifade edilmiştir.

Amerikan hukukunda son yayımlanan *Restatement*'lerin karşılaştırmalı sorumluluk anlayışını tercih etmesinin belirli sebepleri vardır. Bu açıdan hem adaletin sağlanması hem de her iki tarafı da özenli davranması yönünden teşvik eden karşılaştırmalı sorumluluk değerlendirmesi, hem zarar görenin kusurlu olması halinde tazminattan yoksun kalması anlayışını, hem de kusursuz sorumlulukta zarar görenin kusurunun ilgisiz olması anlayışını bertaraf etmektedir. Ayrıca birinci ve ikinci *Restatement*'ta öngörülmüş olan, zarar görenin tazminattan tamamen yoksun kalmasına ya da kalmamasına yol açacak kusur biçimleri arasındaki keskin ayrımlara da ihtiyaç kalmamaktadır. Buna göre karşılaştırmalı sorumluluk anlayışı altında, zarar gören ne şekilde olursa olsun, kendini zarardan korumak için gereken özenin

⁶¹ Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku** s. 49; Tandoğan, **Kusura Dayanmayan Sorumluluk**, s. 319.

⁶² Tandoğan, **Kusura Dayanmayan Sorumluluk**, s. 7; Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku**, C. II, s. 133; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 245; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Hukuku**, s. 596; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 97; Emre Gökyayla, **Destekten Yoksun Kalma Tazminatı**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 255; Tiftik, **Genel Kural**, s. 27.

⁶³ Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku**, s. 49; Tiftik, **Genel Kural**, s. 35; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 275.

⁶⁴ Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, E. 2002/7447, K. 2002/8012 (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 12.12.2017.

göstermezse karşılaştırmalı sorumluluk ilkesi devreye girecektir⁶⁵. Bu anlayış esasen hem kusur hem de kusursuz sorumluluk halleri için kabul edilmiştir. Bu nedenle çalışmamızda özellikle kusur sorumluluğunda yaygın olarak kullanılan karşılaştırmalı kusur kavramı yerine de karşılaştırmalı sorumluluk ifadesi kullanılacaktır.

2. Karşılaştırmalı Sorumluluk

a. Kavram

Amerikan hukukunda karşılaştırmalı sorumluluk (*comparative responsibility*), tazminatın, zarar görenin zararın meydana çıkmasında kendisine atfedilebilen sorumluluk derecesini temsil eden bir paylaşımdır⁶⁶. Bu yaklaşıma göre, zarar görenin tazminatının tamamen engellenmesi gerekmez. Onun yerine zarar görene atfedilen kusur oranında tazminattan indirim yapılır⁶⁷. Kusur sorumluluğunda devreye giren karşılaştırmalı sorumluluk ilkesi esasen, bir kusur karşılaştırmasıdır. İkinci *Restatement*'in hazırlanmasından sonraki yıllar içinde karşılaştırmalı kusur, kusur davalarında geniş olarak kabul edilen bir savunma haline gelmiştir.

Bu ilkenin kabul edilmesindeki amaç, zarar görenin herhangi bir kusuru halinde tazminattan tamamen yoksun kalmasına yol açan zarar görenin kusuru savunmasının gerektirdiği ya hep ya hiç anlayışının yarattığı adaletsizlik olarak ifade edilmektedir. Bu nedenle günümüz itibarıyla tazminattan tamamen yoksun bırakan kavram olarak zarar görenin kusuru ifadesi, daha ziyade geçmişte kalan bir ifadedir. Zira, 1970'lerden sonra karşılaştırmalı sorumluluk ilkesi zarar görenin kusuru savunmasının yerini almış; kırk altı eyaletin otuz altı tanesi bu anlayışı yazılı olarak, dört tanesi de mahkeme kararı ile benimsemiştir⁶⁸.

⁶⁵ Restatement (third) of Torts: Physical and Emotional Harm, § 25 cmt. e, (2010).

⁶⁶ Hager, **Liability Apportionment**, s. 79; McAlinn/Rosen/Stern, **American Law**, s. 211.

⁶⁷ Goldberg/Zipursky, **Torts**, s. 359.

⁶⁸ Bu yeni uygulamadan doğan birçok sorun ve çözülmemiş birçok husus olduğuna yönelik bkz. Abraham, **Tort Law**, s. 174.

Karşılaştırmalı sorumluluk altında yapılan karşılaştırmalı kusur değerlendirmesinin iki çeşidi vardır. Sade hali (*pure comparative fault*) olarak ifade edilen birinci türünde ortak kusur tazminatı tamamen engellemez. Zarar görenin ne kadar daha fazla kusurlu olduğuna bakılmaksızın bu ilke uygulanır. On üç eyalette bu yaklaşım kabul edilmiştir⁶⁹. Bu yaklaşım zarar görenin tazminat alamaması haliyle, zarar verenin sorumluluğunu hiç etkilemeyen bir unsur olması arasında bir uzlaşma sağlamıştır⁷⁰. Değiştirilmiş (*modified comparative fault*) olarak ifade edilen ikinci halinde ise zarar gören zarar verenden daha fazla kusurlu ise (ya da bazen en az onun kadar) karşılaştırmalı sorumluluk uygulanmaz ve zarar gören tazminattan tamamen yoksun kalır⁷¹. Otuz üç eyalette de bu yaklaşım kabul edilmiştir. Zarar görenin bu yaklaşıma göre tazminat hakkı olursa, sade halindeki esaslara göre tazmin yapılır⁷².

Türk hukuku açısından da esasen benzer bir değerlendirme yapıldığı söylenebilir. Esasen Türk hakiminin tazminatın belirlenmesi hususunda geniş bir takdir hakkı bulunmaktadır. Zarar görenin kusurunun varlığı halinde tazminatın belirlenmesinde her iki tarafın da karşılıklı kusurları değerlendirilir. Buna göre hakimin indirim karar vermesi mümkündür⁷³. Hakim, tazminatı hesaplarken zarar verenin kusurunu, zararın doğumuna katkı sağlayan olayları ve zarar görenin kusurunu tespit edecektir. Hakim zararın tespitinden sonra zararın ne ölçüde zarar veren tarafından telafi edileceğini TBK m. 51 ve TBK m. 52 uyarınca belirleyecektir⁷⁴. Ancak belirtmek gerekir ki, Türk hukukunda Amerika'daki bazı eyaletlerde kabul edildiği gibi zarar görenin kusur derecesine göre yapılacak indirimde, zarar verenden daha az ya da daha fazla kusurlu olmasına göre yapılan bir ayırım bulunmamaktadır.

⁶⁹ Abraham, **Tort Law**, s. 173.

⁷⁰ Dobbs, **Torts**, s. 972; Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm § 25 (2010).

⁷¹ Goldberg/Zipursky, **Torts**, s. 359.

⁷² Abraham, **Tort Law**, s. 173; Goldberg/Zipursky, **Torts**, s. 111.

⁷³ Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 90.

⁷⁴ Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 94.

Günümüzde Amerikan hukukunda mahkemeler de, Türk hukukunda olduğu gibi, normatif gerekçelere de dayanarak tek bir zarar için gerektiği takdirde sorumluluğu paylaştırmayı tercih etmektedirler⁷⁵. Bir zarara sebep olma, diğer bir deyişle nedensellik, düzeltici adalet ilkesi gereği hem adaletin hem de hakkaniyetin sağlanması için temel unsur olarak görülmektedir⁷⁶. Haksız fiil hukuku elbette ki ortaya çıkan zararın telafisini gerekli kılar. Ancak temel adalet yaklaşımı gereği, haksız fiil hukuku zarar verenin adil olmayan bir tazminat ödemesine yardımcı olmamalı, zarar verenin sadece neden olduğu zararları tazmin etmesini sağlamalıdır⁷⁷. Türk hukukunda sorumluluğun genel ilkelerinden biri de tazminat borçlusunun ne ölçüde sorumlu tutulacağını bilmesi gerektiği olarak ifade edilmektedir⁷⁸. Elbette ki Türk hukukundaki genel yaklaşım, zarar görenin mümkün olduğu kadar zarar doğmadan önceki haline iadesi yönündedir⁷⁹. Ancak bazı hallerde zarar, zarar verenin öngörebileceğinin çok ötesinde olabilir. Bu nedenle zarar verenin tahmin edemediği bir tazminatla karşı karşıya kalması adil görülemez.

Bununla birlikte birçok davada nedensellik ilişkisi belirsizdir. Örneğin, bir zarar verenin haksız fiili zararın ne kadarına sebep olduğu ilk bakışta anlaşılabilir⁸⁰. Ancak öğretide de ifade edildiği gibi, bu tür bir zorluğu rağmen mahkemeler, zarara sebep olan olguları ya da güçleri makul bir şekilde değerlendirebiliyor ve zararın oluşumuna katkı sağlayan her bir sebebe bir olasılık değeri atfedebiliyorsa sorumluluğu buna göre paylaşmalıdır⁸¹. Örneğin, uzun yıllar sigara içmiş olan ve aynı zamanda yoğun olarak asbes maddesine maruz kalmış olan bir zarar görenin akciğer kanseri olduğu bir durumda, zarara esasen hangisinin sebep

⁷⁵ **Montalvo v. Lapez**, 884 P.2d, 345, 356 (Haw. 1991).

⁷⁶ Epstein, **Strict Liability**, s. 160; Alan Schwartz, "Causation in Private Tort Law: A Comment on Kelman", **Chicago Kent Law Review**, C. 63, 1987, s. 639; Richard W. Wright, "Causation, Responsibility, Risk Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts", **Iowa Law Review**, C. 73, 1988, s. 1018-19; Jules L. Coleman, "Tort Law and the Demands of Corrective Justice", **Indiana Law Journal**, C. 67, 1992, s. 349-358. Coleman'ın eserindeki ifadesine göre, düzeltici adalet; haksız zarara uğratmayı tartıştığı kadar, bir kişinin başka birine sağladığı yarar ve sebep olduğu zararlarla da ilgilenmektedir.

⁷⁷ Gerald W. Boston, "Apportionment of Harm in Tort Liability: A Proposed Restatement", **University of Dayton Law Review**, C. 21, 1995-1996, s. 372.

⁷⁸ Atamer, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı**, s. 22; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 202.

⁷⁹ Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 37-38; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 96.

⁸⁰ Boston, **Apportionment**, s. 370.

⁸¹ Boston, **Apportionment**, s. 371.

olduğu net olarak bilinemeyecektir. Ancak adalet yaklaşımı nedenselliği bir gereklilik olarak tanımladıysa ve belirsizlik tamamen giderilemeyecekse, eldeki kanıtlara göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Buna göre, toksikolojik ve epidemiyolojik⁸² kanıtlar ışığında asbes maddesinin de akciğer kanserine yüksek oranda yol açma ihtimali olduğundan zarar verenin de sorumlu tutulması düzeltici adalet ilkesine de aykırı olmayacaktır. Bu nedenle böyle bir olayda ikili bir neden kabulü, sorumluluğun paylaşılması açısından en adil yol olarak görülmektedir⁸³. Konuya ilişkin bir davada da mahkeme benzer şekilde karar vermiştir⁸⁴.

Zarar görenin zararı artırmasına yol açması hali için de karşılaştırmalı sorumluluk ilkesi devreye girecektir. Bu açıdan “kaçınılabılır sonuç” (*the avoidable consequence doctrine*) ilkesi gereği, zarar görenin haksız fiilin vuku bulmasından sonraki davranışının yol açtığı zararlar da gözetilerek sorumluluk belirlenir. Bu anlayış gereği herkes, zararın oluşmasından sonra makul bir biçimde davranmalıdır. Tazminat, haksız fiilin yol açtığı zarar oranı ile zarar görenin sonraki davranışının yol açtığı zarar oranı birbirinden ayrılarak yapılır⁸⁵. Kaldı ki birçok haksız fiil kuralı da orantısız sorumluluk endişesiyle kabul edilmiş kurallardır⁸⁶.

⁸² Epidemiyolojik kanıtlara ilişkin tartışmalar için bkz. Troyen A. Brennan, “Causal Chains and Statistical Links: The Role of Scientific Uncertainty in Hazardous-Substance Litigation”, **Cornell Law Review**, C. 73, 469, 1988; Michael D. Green, “Expert Witnesses and Sufficiency of Evidence in Toxic Substances Litigation: The Legacy of Agent Orange and Bendectin Litigation”, **Northwestern University Law Review**, C. 86, 1992, s. 643; Ven R. Walker, “The Concept of Baseline Risk in Tort Litigation”, **Kentucky Law Journal**, C. 80, 1992, s. 631.

⁸³ Boston, **Apportionment**, s. 371.

⁸⁴ **Dafler v. Raymark Indus., Inc.**, 611 A.2d 136, 140 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1992). Davada uzmanların her iki nedenin de oldukça yüksek oranda akciğer kanserine yol açacağına ilişkin olasılıklar üzerinden ifade vermesi sonucu her bir sebebin yarattığı risk oranında sorumluluk paylaştırılmıştır. Davaya ilişkin tartışmalar için ayrıca bkz. Gerald W. Boston, “Toxic Apportionment: A Causation and Risk Contribution Model”, **Environmental Law**, C. 25, 1995, s. 549; Gerald W. Boston, “A Mass-Exposure Model of Toxic Causation: The Content of Scientific Proof and the Regulatory Experience”, **Columbia Journal of Environmental Law**, C. 18, 1993, s. 189; Böyle bir paylaşım yapıldığında zarar veren aleyhine gelişigüzel bir sorumluluk yaratıldığı, zarar görenin yeterli delil göstermesinin dahi bunu engelleyemeyeceği yönünde bkz. Walker, **Baseline Risk**, s. 635; Brennan, **Scientific Uncertainty**, s. 470-71. Bu yaklaşıma göre, sigara ve asbes davalarında dahi akciğer kanserine asbes maddesinin değil, tamamen geçmiş sigara tüketiminin yol açmış olması ihtimali güçlüdür.

⁸⁵ Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, **Torts**, s. 350.

⁸⁶ Öngörülebilirlik testinin uygulanması suretiyle tespit edilen zararın en yakın sebebi (*proximate cause*) unsuru da bu endişenin bir sonucudur. Boston, **Apportionment**, s. 372.

b. Tehlikeli Faaliyetlerden Doğan Sorumlulukta Karşılaştırmalı Sorumluluk

(1) Genel Olarak

Amerikan haksız fiiller hukukunda ihmale dayalı haksız fiillerde olduğu gibi kusursuz sorumluluk hallerinde de karşılaştırmalı sorumluluk ilkesi kabul edilmiştir⁸⁷. Buna göre, zarar görenin kusurunun varlığı bazı kusursuz sorumluluk davalarında da sorumluluğu sınırlandırabilir. *Restatement*'ta kabul edilen anlayışa göre, zarar görenin kusuru savunmasının tazminattan yoksun kalmaya yol açtığı kusursuz sorumluluk davaları için de karşılaştırmalı sorumluluk savunması mümkündür. Zira, zarar gören kusuru nedeniyle, bir kusuru olmasa da kusursuz olarak sorumlu tutulan zarar verenle sorumluluğu paylaşmalıdır⁸⁸. Ancak diğer taraftan zarar verenin kusursuz olarak sorumlu tutulması demek, zarar verenin kusurlu olmadığı anlamına da gelmez. Kusursuz sorumlulukta kusurun varlığı sadece önemsizdir. Zarar verenin kusurlu olması ihtimali her zaman vardır ve kusur kıyası yapılması mümkündür. Bu nedenle zarar verenin zarar görenin kusurunu ileri sürdüğü bir kusursuz sorumluluk davasında zarar verenin kusurunun olup olmadığı ve varsa ne kadar kusurlu olduğu çözülmesi gereken bir konu haline gelebilir⁸⁹.

Zarar verenin hiçbir kusurunun olmadığı ama yine de kusursuz sorumlu tutulduğu davalar açısından kusur karşılaştırmasının nasıl yapılacağı sorun teşkil edebilir⁹⁰. Aynı sorun Türk hukuku açısından da kabul edilebilir. Ancak kusursuz sorumluluk bakımından karşılaştırmalı sorumluluk, elma ile armudun karşılaştırması olarak da kabul edilmez. Bu karşılaştırma, zarar verenin kusuru yerine, zarar verenin yürüttüğü faaliyetin tipik tehlikesinin tehlikelilik derecesi ile zarar görenin kusuru arasında yapılan bir karşılaştırmadır. Ancak bu karşılaştırma çok dikkatli

⁸⁷ Restatement (third) of Torts: Physical and Emotional Harm, § 25 cmt. e, (2010); Restatement(third) of Torts: Apportionment of Liability, ALI, § 8 (2000)

⁸⁸ Restatement (third) of Torts: Physical and Emotional Harm, § 25 cmt. e (2010).

⁸⁹ Abraham, **Tort Law**, s. 180.

⁹⁰ Restatement (third) of Torts: Apportionment of Liability, § 8 cmt. a, (2000) (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 19.12.2016.

yapılmalıdır⁹¹. Buna göre, zarar görenin kusuru, meydana gelen olayda aslında ne şekilde davranması gerektiği ile karşılaştırılabilir. Olması gerekenin yarısı kadar özenli davrandıysa tazminat yarı oranında indirilebilir. Ancak mahkemeler genelde bu şekilde birbirleriyle uyumlu çözümler bulmamaktadırlar⁹². Örneğin Kaliforniya Yüksek Mahkemesi'ne göre⁹³, karşılaştırmalı sorumlulukta beklenen, tarafların kusurlarının karşılaştırılması değil, sorumluluğun adaletli biçimde paylaşılmasıdır.

(2) Zarar Görenin Risk Üzerindeki Etkisi

Tehlikeli faaliyetlerden doğan kusursuz sorumlulukta zarar görenin davranışı, sorumluluğun kurulması ya da sınırlandırılması hususunda etkili olabilir. Ancak tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğunun varlık sebebi ve kendine özgü şartları farklı bir değerlendirmeye de yol açabilir. Bu nedenle öncelikle tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğa zarar görenin kusurunun nasıl etki edeceğinin, bu sorumluluk biçiminin varlık sebebi ve hizmet ettiği amaç ışığında ayrıca değerlendirilmesini gerekli kılar.

Tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun varlık sebebi, daha önce de ifade ettiğimiz gibi, öncelikle faaliyeti yürütenlerin kendi yararları için toplumu karşılıklı olmayan ve gösterilen makul özene rağmen engellenemeyen risklere maruz bırakması sebebiyle gerekçelendirilmektedir. Bu nedenle de zarar görenden özen talep edilmesinin adil olmadığı sonucuna varılabilir⁹⁴. Bununla birlikte, bu sorumluluk biçiminin temelini oluşturan *Rylands v. Fletcher* davasındaki yaklaşım da, zarar görenin rolünü azaltacak niteliktedir. Bu davada ifade edildiğine göre, kişi kendi arazisinde istediğini yapmakta özgürdür. Ancak kişinin arazisine getirdiği tehlikeli şeyler sınırlarını aşar ve başkalarına zarar verirse bu özgürlüğünün sonucu bu zararı telafi etmektir. Zira bu şeyleri arazisine getiren kişi yüksek bir risk yaratmış olur. Bu ifadelerden ve dava konusu olaydan da anlaşılacağı üzere, zarar görenin davranışı etkisiz ve genellikle olayla da ilgisizdir. Zarar görenler bu risklere

⁹¹ Hager, *Liability Apportionment*, s. 92.

⁹² Abraham, *Tort Law*, s. 181.

⁹³ *Daly v. General Motors Corp.*, 20 Cal.3d 725, 144 Cal. Rptr, 380, 575 P.2d 1162, (1978).

⁹⁴ Keating, *Enterprise Liability*, s. 1359.

sadece gerektiğinde telafi edileceği için katlanmazlar; aynı zamanda hayatlarını buna göre düzenlemek zorunda olmadıkları için de katlanırlar. Bir başka ifadeyle, zarar görenler kendi alanlarında bu faaliyetlere göre önlem almak zorunda değildirler. Zarar görenlerden risk seviyesi üzerinde etkileri olmayacak bu tür olaylarda önlem almasının beklenmesi, onların mülkiyet ya da özgürlük haklarının üzerinde adil olmayan bir yük yaratmak demektir⁹⁵.

Öte yandan kusur sorumluluğuna tabi bir olayda zarar görenin risk seviyesi üzerinde etkisi vardır. Ancak zarar görenlerin tehlikeli faaliyetin yürütüldüğü durumlarda, her tehlikeli faaliyetteki tipik riski tespit edip buna göre önlem alması oldukça zordur. Zarar gören istediği yerde oturma ve gezme hakkına sahiptir. Ancak zarar görenden de gündelik hayattaki davranışlarında olduğu kadar dikkatli olması beklenmelidir. Örneğin, nasıl ki zarar görenin trafik kurallarına uyması beklenir, dinamit kamyonunun trafikte olduğu bir kurguda da aynı kurallara uyması beklenecektir. Bu anlamda zarar görenin kusuru, kusursuz sorumlulukla tamamen ilgisiz de değildir. Bir başka ifadeyle, zarar verenin yürüttüğü faaliyetin risk seviyesi üzerinde bazı hallerde zarar görenin de etkisi olduğu söylenebilecektir.

Tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun uygulanması için gösterilen gerekçelerden biri de hukuk ve ekonomi yaklaşımının ileri sürdüğü gibi, etkin önleyiciliğin sağlanmasıdır. Ancak etkin önleyiciliğin sağlanabilmesi için zarar görenin de özen seviyesini buna göre ayarlaması gerekir. Zira bu yaklaşıma göre toplumsal refahın artması için kaza sayısını düşürmek birincil hedeftir. Bu nedenle de neredeyse her zaman başkalarının kontrolünde yürütülen tehlikeli faaliyetler için dahi zarar görenden gündelik hayattaki özeninden çok daha fazla özen göstermesi beklenir. Örneğin, hukuk ve ekonomi yaklaşımının, belirli bir tehlikeli faaliyetin yürütüldüğü alanın yakınında ev sahibi olmayı ya da bir faaliyetin yakınından geçerek yürümeyi zarar görenin kusuru olarak kabul etmesi mümkündür⁹⁶. Oysa ki kusursuz sorumluluk rejimi, temel olarak zarar verenin önlem alabileceği ve onun kontrolünde olan faaliyetler için getirilmiştir. Çoğu zaman, zarar görenin kontrolüne

⁹⁵ Keating, *Enterprise Liability*, s. 1369.

⁹⁶ Landes/Posner, *Economic Structure of Tort Law*, s. 117.

tabi bir risk seviyesi bulunmaz. Bu nedenle zarar görenden gündelik hayatta göstermesi gereken seviyede özen beklenmesi genellikle daha uygundur. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, kanımızca zarar görenlerin kendilerini ve hayatlarını bu faaliyetlere göre düzenlemesini beklemek akla ve sağduyuya uygun değildir.

Bununla birlikte zarar görenin kusuru, genellikle zarar görenin zararı önleyebilecek iken, gereken önlemleri almadığı, tehlikenin farkında olmasına rağmen gereken özeni göstermediği, daha dikkatli olsa idi zararın önlenebileceği noktada ileri sürülmektedir. Ancak her olayda zarar görenden bu davranışı beklemenin makul olmadığı değerlendirilmelidir. Zira, her zaman zarar görenin tehlikeyi bilecek durumda olması, onun kusurlu addedilmesi için de yeterli olmamalıdır. Zira zarar gören haklı olarak, zararın zarar veren tarafından önleneceğine ilişkin bir güven duyuyor olabilir⁹⁷. Bu noktada değerlendirilmesi gereken ise somut olayda zarar görenin böyle bir haklı beklentisinin olup olmadığıdır. Zarar görenin risk alanının ne olduğu zarar verene duyduğu güvenin kapsamı açısından incelenmelidir⁹⁸. Buna göre de, zarar görenle zarar veren arasındaki mevcut ilişkide, zarar görenin zarar görmemeye ilişkin ne derece haklı ve makul bir güven duyduğu belirleyici olacaktır⁹⁹.

Bir haksız fiilin meydana gelmesi zarar gören açısından genellikle tesadüfidir. Burada da esasen genel ve soyut bir güven ilişkisinden bahsedilir. Somut olayda zarar görenin beklediği güvenin değerlendirmesi ise objektif ölçütlere göre değerlendirilmelidir. Ancak belirtmek gerekir ki, güven duygusu tek başına yeterli bir ölçüt değildir. Örneğin, kişinin vücut bütünlüğünün ihlal edilmemesine yönelik mutlak ve haklı bir beklentisi vardır¹⁰⁰.

Bununla birlikte, zarar görenin zarar henüz meydana gelmeden zararın meydana gelebileceğini öngörmüş olabilir. Kanımızca da burada belirleyici olan dürüstlük kuralıdır. Dürüstlük kuralı gereği, zarar görenin makul önlemleri alabilme

⁹⁷ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 120.

⁹⁸ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 124,125.

⁹⁹ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s.127.

¹⁰⁰ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s.127, 128.

durumunda olduğu andan itibaren, bu önlemlerin alınması beklenmelidir¹⁰¹. Ancak bu demek değildir ki zarar gören mutlak haklarını ihlal edebilecek her zarara karşı tetikte olması gerekir¹⁰². Birçok olayda kanımızca zarar görenin zarar verenden önlem almasını bekleme hakkı vardır. Zira birçok olayda önlemlerin alınabileceği risk alanı zarar verenin hakimiyetindedir ve dolayısıyla risk üzerinde zarar verenin etki alanı çok daha fazladır.

c. Zarar Görenin Davranışının Tehlikeli Faaliyetlerden Doğan Sorumluluğa Etkisi

Amerikan hukukundaki uygulamada zarar görenin kusurunun, bir kusursuz sorumluluk hali olan tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumlulukta ne derece etkin olduğunu tespit etmek için ise yine haksız fiil alanında derlenmiş olan *Restatement*'lerin incelenmesi gerekir. Elbette ki üçüncü ve son olarak çıkarılan *Restatement (third) of Torts*, günümüz Amerikan hukuku anlayışını anlamak bakımından en önemli *Restatement*'tir. Ancak, 2010 yılında yayınlanan *Restatement*'tan önce 1979-2010 yılları arasında etkin olan *Restatement (second) of Torts* isimli ikinci *Restatement*'ın da günümüzü etkileyen daha önceki uygulamaları anlamak açısından kanımızca incelenmesi faydalı olacaktır.

(1) İkinci *Restatement* Dönemi

1970'li yıllarda kaleme alınan İkinci *Restatement*'ın tehlikeli faaliyetlerden doğan kusursuz sorumluluk halinde zarar görenin kusurunu ne şekilde derlediğini anlamak için ilgili düzenlemeyi incelemek gerekir. Buna göre;

*Zarar Görenin Kusuru*¹⁰³:

¹⁰¹ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 151.

¹⁰² Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 153.

¹⁰³ Restatement(Second) of Torts, § 524 Contributory Negligence

(1) The contributory negligence of the plaintiff is not a defence to the strict liability of one who carries on an abnormally dangerous activity.

(2) The plaintiff's contributory negligence in knowingly and unreasonably subjecting himself to the risk of harm from the activity is a defence to the strict liability.

(1) Zarar görenin kusuru, tehlike faaliyetlerden doğan sorumluluğun söz konusu olduğu hallerde bir savunma değildir.

(2) Zarar görenin kendisini bilerek ve makul olmayacak şekilde faaliyetten doğacak zarar riskine maruz bırakan ortak kusuru, kusursuz sorumluluk için bir savunmadır.

İkinci *Restatement*'ta yer alan düzenlemeye göre, zarar görenin kusuru kural olarak tazminatı engelleyecek bir savunma olarak kabul edilmemiştir. Bir diğer ifadeyle, tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun söz konusu olduğu bir olayda zarar görenin de kusurunun olması sorumluluğu etkilemeyecektir¹⁰⁴. Buna göre, ikinci *Restatement*, kusursuz sorumluluğun uygulandığı birçok örnekte, genel olarak zarar görenin kusurunun sorumluluğu sınırlamaması gerektiği sonucuna varmıştır. Bununla birlikte, söz konusu *Restatement*, zarar görenin ağır olarak nitelendirilebilen kusurunun ise tam bir savunma olması gerektiğini ifade etmiştir¹⁰⁵. Buna göre ise, kendisini bile bile ve makul olmayacak şekilde riske sokan ağır kusurlu zarar gören hiçbir tazminat edinemeyecektir.

İkinci *Restatement*'ın bu yaklaşımına göre, zarar gören ağır kusurlu değilse, örneğin, kusurlu olarak tehlikeyi fark edemediyse kusursuz sorumluluk yine de uygulanabilir¹⁰⁶. İkinci *Restatement*'ın zarar görenin kusuruna rağmen zarar görenin tam tazminat almasına onay vermesinin sebebi, kusursuz sorumluluk eyleminin en başta zarar verenin kusuruna dayanmaması görüşü olarak ifade edilebilir. Ancak buradan çıkacak sonuç, zararın oluşmasında kusuru olan kişinin, zararın oluşmasında hiçbir kusuru olmayan kişiden tazminat edinmesine yol açacağı yönünde eleştiriye

(Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 11.12.2015.

¹⁰⁴ Restatement (Second) of Torts, § 524 (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 04.12.2016; Birinci Restatement'a göre de zarar görenin kusuru kural olarak savunma kabul edilmez. Buna göre, kusursuz sorumluluğun uygulandığı birçok örnekte, genel olarak ortak kusurun sorumluluğu sınırlamaması gerektiğini ifade eder. Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, **Torts**, s. 341.

¹⁰⁵ Restatement (Second) of Torts, § 524 (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 06.12.2016. Birinci restatement da aynı yaklaşımı benimsemiştir. Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, **Torts**, s. 341.

¹⁰⁶ Restatement (Second) of Torts, § 524 (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 04.12.2016. Birinci Restatement'a göre zarar gören yakınında olan tehlikeli faaliyeti belirlemede başarısız olmuşsa ortak kusur savunma değildir. Ancak zarar görenin kusuru, eğer ki zarar gören kasten ya da ağır kusurlu olarak faaliyetin kötü yürütülmesine sebep olmuşsa tam bir savunmadır. Bununla birlikte, eğer zarar gören faaliyetin kötü yürütüldüğünü ya da yürütülmek üzere olduğunu bildiği halde bu zarardan kaçınmak için makul özeni gösteremezse ortak kusur tam bir savunmadır. Dobbs, **Torts**, s. 877.

maruz kalmıştır¹⁰⁷. Bu durum, ikinci *Restatement*'ta bir hukuk politikası tercihi olarak açıklanmış, ancak bu tercih için herhangi bir gerekçe sunulmamıştır.

Mahkeme kararları açısından bakıldığında ise, birçok mahkeme, zarar göreni kendi kusurundan koruyan bu kuralı reddetmiştir¹⁰⁸. Zira, zarar görenin kusurlu olarak kendi zararına katkıda bulunması, kendisinin de riskler üzerinde belirli bir kontrolü olduğunu gösterir. Bu durumda riskin tamamen zarar verenin faaliyetinden doğduğu söylenemez. Bununla birlikte, zarar görenin, zarar verenin faaliyetinin güvenliği olduğuna güvenmesi, zarar göreni her zaman kusurlu kılmak zorunda değildir. Örneğin, bir kişinin tehlikeyi bilmesine rağmen evini ya da iş yerini zarardan kaçınmak için oradan taşınmayı reddetmesi, onun kusurlu olmasını gerektirmez. Kişi nerede isterse orada ikamet edebilir ve bu sebeple kusurlu kabul edilmemelidir¹⁰⁹.

Bununla birlikte, ikinci *Restatement*'a göre *bilerek ve makul olmayan şekilde* zarar görenin kendini riske atması, bir başka ifadeyle, bilerek ve makul olmayan şekilde tehlikeye yaklaşan veya tehlikeyle karşılaşan kişi sebebiyle oluşan zarar görenin kusuru, tam bir savunmadır¹¹⁰. Riskin üstlenilmesi olarak da ifade edilebilecek bu yaklaşım nedeniyle zarar gören hiçbir tazminat elde edemez¹¹¹.

İkinci *Restatement*'ta kabul edilen anlayış, yani sıradan bir zarar görenin kusurunu herhangi bir savunma olarak kabul edilmemesi ama ağır kusurun ya da aşağıda ayrıca inceleyeceğimiz riskin üstlenilmesinin tam bir savunma olarak kabulü bazı davalarda kabul edilmiştir¹¹². Aynı zamanda ikinci *Restatement*'ın ortak kusurun

¹⁰⁷ Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, **Torts**, s. 341.

¹⁰⁸ Dobbs, **Torts**, s. 877.

¹⁰⁹ Jones, **Hazardous Enterprise**, s. 1756; Schwartz, **Rylands v. Fletcher**, s. 224.

¹¹⁰ İkinci *Restatement*'ın birinci *Restatement*'ta kabul edilen zarar görenin tehlikeli faaliyetin kötü yürütülmesine sebep olan davranışını bir savunma olarak neden kabul etmediği net değildir. *Restatement (Second) of Torts*, § 510, 522 (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 19.12.2015.

¹¹¹ Ürün sorumluluğu hakkında yayımlanmış olan *Restatement*, zarar görenin hareketi ile üründeki ayıbın birlikte sebep olduğu zararlar için zarar görenin edineceği tazminatın indirilmesini kabul etmiştir. *Restatement (Third) of Torts: Product Liability* (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 19.12.2015.

¹¹² “*Ekonomik analizcilerin yaklaşımından bakıldığında, zarar verenin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olmasındaki önemli nokta, zarar görenin ortak kusurunun tam bir savunma haline*

bir savunma olmayacağına ilişkin kuralı *Seim v. Garavalia*¹¹³, davasında da kabul edilmiştir. Bazı mahkemeler ise kusursuz sorumluluk iddiasında zarar görenin kusurunu ikinci *Restatement*'ın ifade ettiğinin aksine olarak tam bir savunma olarak kabul etmişlerdir¹¹⁴. Ortak hukukunun her zaman tek bir cevabı olmadığından elbette ki başka yaklaşımlar da söz konusu olmuştur. Örneğin, zarar görenin kusurunu savunma kabul etmeyen, ancak riskin üstlenilmesini kısmi savunma kabul eden kararlar da mevcuttur¹¹⁵. Ancak denebilir ki, giderek daha fazla kabul edilen yaklaşım, zarar görenin kusurunun, kusursuz sorumluluk için uygun bir savunma olduğu yaklaşımıdır¹¹⁶.

İkinci *Restatement*'ın hazırlanmasından sonraki yıllar içinde ise karşılaştırmalı kusurun, kusur davalarında geniş olarak kabul edilen bir savunma haline gelmiş olması, kusursuz sorumluluğa da yansımıştır. Ancak, zarar verenin kusursuz sorumluluğu söz konusu ise karşılaştırmalı kusur terimi yerine karşılaştırmalı sorumluluk terimi daha tatmin edici olarak kabul edilmektedir. Sorumluluğun paylaşılması ile ilgili olan *Restatement*'ta da kusursuz sorumluluk davaları için karşılaştırmalı sorumluluk ilkesi kabul edilmiştir¹¹⁷.

(2) Üçüncü *Restatement* Düzenlemesi

Amerikan haksız fiil hukuku incelemesinde gelişim açısından her ne kadar önceki *Restatement* derlemeleri önem arz etse de daha önce de ifade ettiğimiz gibi esas olarak üçüncü ve son *Restatement*'ın incelemesi gerekmektedir. Bu noktada ifade edilmelidir ki, haksız fiil alanında çıkarılmış olan son *Restatement*, zarar görenin kusuru kuralını içeren geleneksel ortak hukuk anlayışını terk ederek

gelebilmektedir. Ancak böyle bir analizde, zarar göreni makul olmayan bir hareketinden caydırmada kusursuz sorumluluğunun tercih edilmesi oldukça iyimser bir beklentidir." Restatement(Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm, § 25 Comparative Responsibility (2010).

¹¹³ *Seim v. Garavalia*, 306 N.W. dd 806 (Minn. 1981).

¹¹⁴ *Robison v. Robison*, 394 P. dd 876 (Utah 1964, Blasting).

¹¹⁵ *Matkovic v. Shell Oil Co*; 707, P. dd 2 (Mont. 1985).

¹¹⁶ *Maddy v. Vulcan Materials Co*; 737 F. Supp. 1528 (D.Kan. 1990).

¹¹⁷ Restatement (third) of Torts: Apportionment of Liability, § 8 (2000).

geleneksel kusursuz sorumluluk hallerinde karşılaştırmalı sorumluluk ilkesini kabul etmiştir¹¹⁸. Buna göre;

“Eğer zarar gören makul önlemleri almada ortak kusurlu ise; zarar görenin fiziksel ve duygusal zararları için kusursuz sorumluluk altında kendisine verilecek tazminat, karşılaştırmalı sorumluluk paylaşımına göre indirilmelidir.”¹¹⁹

Üçüncü *Restatement*, karşılaştırmalı sorumluluk ilkesi altında zarar görenin kusurunu ve riskin üstlenilmesini, zarar görenin tazminatından indirim sebebi olarak kabul etmektedir¹²⁰. Bu *Restatement*'a göre de kusursuz sorumluluk için zarar görenin kusuru esasen uygun bir savunmadır. Kaldı ki, araba kazaları gibi zarar görenin zarara önemli derece katkısı olabilecek kazalar, tehlikeli faaliyetlerin dışında tanımlanmıştır. Buna göre zarar görenin kusuru, kusursuz sorumluluğun kapsamında kalan davalarda kritik rol oynamamalıdır. Bazı hallerde zarar gören zarardan kaçınabilecek bir pozisyonadır ve makul özeni göstermesi için teşvik edilmelidir. Bu sebeple, zarar görenlerin kendi kusurlarının olduğu ya da riski üstlendikleri olaylarda tamamen tazmin edilmemesi gerekir. Bunun yerine kendi zararlarında oynadıkları rolü yansıtacak şekilde tazminat indirilmelidir¹²¹.

Ancak burada dikkat edilmesi gereken önemli bir husus vardır. Üçüncü *Restatement*'ın tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğu içeren düzenlemesi, daha

¹¹⁸ Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm § 25 Comparative Responsibility (2010).

¹¹⁹ *“If the plaintiff has been contributorily negligent in failing to take reasonable precautions, the plaintiff's recovery in a strict liability claim under §20-23 for physical or emotional harm is reduced in accordance with the share of comparative responsibility assigned to the plaintiff.”* Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm § 25 (2010).

¹²⁰ Dobbs, **Torts**, s. 876. Ancak, aşağıda inceleneceği üzere, eğer zarar gören faaliyetten fayda sağlıyorsa ya da bazılarında göre faaliyetin katılımcısı ise kusursuz sorumluluk topyekün reddedilecektir. Bunun da ötesinde kusursuz sorumluluk faaliyetin riski zarar görenin ya da başka birinin makul özeni göstermesi halinde normal bir seviyeye düşürülebildiği takdirde hiç uygulanmayacaktır. Üçüncü *Restatement*'ta yer alan sınırlara bakıldığında sözleşme, rıza ve açık rızası sebebiyle bilinen bir tehlike ile karşılaşan zarar gören için kusursuz sorumluluk uygulanmayacaktır. Restatement(Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm § 25 (2010).

¹²¹ Sorumluluk, örneğin, molozlardan etkilenmiş binaya, zarar görenin dikkatsizce girmesi ve binanın yıkılmasıyla zarar görmesi halinde reddedilmeli ya da sınırlandırılmalıdır. Jones, **Hazardous Enterprise**, s. 1757.

önce makul özen şartını açıklarken ifade ettiğimiz gibi, zarar görenin gösterdiği özen seviyesini, faaliyetin tehlikeli olup olmadığının tespitinde incelenecek bir şart olarak düzenlemiştir. Bu düzenlemeye göre, hem zarar gören hem de zarar verenin göstereceği özen ile bir faaliyetin tehlikelilik seviyesi makul düzeye indirilebiliyorsa o faaliyet tehlikeli kabul edilmemektedir. Bu noktada zarar görenin özen seviyesi esasen tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluk açısından kurucu bir rol oynamaktadır. Şu halde, tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun kurulması için aranan zarar görenin özeninin etkisi ile sorumluluk kurulduktan sonra dikkate alınacak zarar görenin kusuru birbirinden farklı değerlendirilecek hususlardır.

i. Tehlikeli faaliyeti belirlemede zarar görenin davranışı

Üçüncü *Restatement*, karşılaştırmalı sorumluluk ilkesi altında, ortak kusuru ve riskin üstlenilmesini zarar görenin tazminatından indirim sebebi olarak kabul etmektedir. Ancak *Restatement*'in bu bölümdeki düzenlemesi, zarar verenin en başta kusursuz sorumluluğa tabi olduğu bir olayda, zarar görenin maruz kaldığı zararın sebebinin zarar görenin ortak kusuru sebebiyle ortaya çıktığı davalar bakımından uygulama alanı bulacaktır¹²². Tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumlulukta kusursuz sorumluluğu uygulanabilirliği daha önce de bahsettiğimiz gibi genel olarak potansiyel zarar görenlerin davranışına da bağlıdır. Buna göre bir faaliyet tüm taraflar tarafından gösterilen makul özene rağmen yüksek derecede risk yaratmadıkça tehlikeli kabul edilmez. Bir başka deyişle; tehlikeli faaliyetler için kusursuz sorumluluk, faaliyet ile ilgili zararın olası boyutu potansiyel zarar görenlerin önemli derecede kontrolüne tabi ise kurulmaz¹²³. Buna göre de eğer faaliyete ilişkin riskler, potansiyel zarar görenlerin uygun önlemleri aldığında azalıyorsa faaliyet tehlikeli kabul edilmez. Böyle davalarda zarar görenin hareketi bir savunma değil ve fakat zarar verenin en başta kusursuz sorumluluğa tabi olup olmayacağına ilişkin bir değerlendirmedir. Bu nedenle tehlikeli faaliyetlerden doğan

¹²² Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm, § 25. Bu kabul, Amerikan hukukunda sorumluluğun paylaşılması hususunda derlenmiş olan Restatement (Third) of Torts: Apportionment of Liability isimli Restatement'ta kabul edilen esaslarla uyumludur. Restatement Third of Torts: Apportionment of Liability § 7 (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 19.12.2016.

¹²³ Vetri, **Tort Law and Practice**, s. 779.

sorumluluk sebebiyle karşılaştırmalı sorumluluğun uygulanabilmesi için öncelikle zarar görenin kusursuz sorumluluğa tabi olup olmadığı belirlenmelidir.

Amerikan hukukunda mahkeme kararlarına bakıldığında, zarar verenin faaliyetinin tehlikeli olmadığına karar veren mahkemeler, aniden vuku bulan kazaların zarar gören tarafından gösterilecek makul özen ile engellenebileceğini kabul etmişlerdir. Örneğin; patlamanın kısmen zarar görenin uygun olmayan davranışından kaynaklanması sebebiyle dinamit depolama faaliyeti tehlikeli faaliyet kabul edilmemiştir¹²⁴. Yine yüksek voltaj hatlarıyla elektrik iletimi tehlikeli faaliyet sayılmamıştır¹²⁵. Zira zarar kısmen zarar görenin iletim hatlarıyla temas etmesi sonucu meydana gelmiştir. Bu tür davalar söz konusu olduğunda zarar görenin kusurunun esasen tam bir savunma olması da gündeme gelebilir. Ancak mahkemeler, zarar görenin alacağı önlemlerinin zararı engellemede etkili olduğunu vurgulamak için, zarar verenin faaliyetini tehlikeli kabul etmeme yönünde karar verebildikleri ifade edilmektedir¹²⁶.

Bir davada, madencilik faaliyeti yürüten zarar veren, maden kuyusunun yanında patlatma faaliyeti için patlayıcı depolamıştır. Patlayıcıların üzerine yıldırım düşmesi sonucu meydana gelen sarsıntı, yaklaşık 220 metre (700 feet) ilerideki evinin kapısının önünde bekleyen zarar görene zarar vermiştir. Mahkeme, zarar görenin faaliyetin yapıldığını bildiği alanın çok yakınında beklemesini kusursuz sorumluluğu reddetmek için bir sebep olarak görmüştür¹²⁷. Bu anlayış esasen zarar görenin göstereceği özenin, faaliyetin tehlikelilik seviyesine etki ettiği fikrini yansıtmaktadır. Zarar görenin evinin önünde beklemesi, tehlikeli faaliyetin varlığı tespit edildikten sonra değerlendirilen bir davranış olmamış; bilakis faaliyetin

¹²⁴ Otero v. Burgess, 505 P. 2d 1251 (N. M. Ct. App 1973).

¹²⁵ Wirth v. Mayrath Indus., Inc., , 278 N.W. dd 789 (N. D. 1979).

¹²⁶ Restatement(Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm § 25 (2010).

¹²⁷ Bu görüş, *Landes* ve *Posner* tarafından savunulmuştur. Görüşe göre, zarar görenin etkin faaliyet seviyesi önemli bir değişkendir. İnsanlar maden arazisinden 700 fit uzaklıkta yaşamamalıdır. Aynı görüş, *Bolton v. Stone* davasında da kabul edilmiştir. Bu davada evinin yanındaki yolda dikilen zarar gören zarar verenin çitle çevirili kriket sahasından gelen kriket topu ile yaralanmıştır. Profesöre göre zarar gören nedenselliğe katkı sağlamıştır. Çünkü daha önceden kriket sahasının olduğu bir mahallede yaşamayı seçmiş ve kriket maçı sürerken bitişik yolda yürümeyi seçmiştir. Jones, **Hazardous Enterprise**, s. 1705.

tehlikeli olup olmadığını tespit ederken değerlendirilmiştir. Oysa ki zarar görenin, belirli bir yerde olmak haricinde kazaya hiçbir katkısı yoktur. Zarar görenin faaliyetin risk seviyesi üzerinde bir kontrolü de bulunmamaktadır. Aksi halde kişinin, kendine ait özel mülkünde ya da kamuya ait alanlarında beklemesi dahi risk üzerinde kontrolü olduğu anlamına gelebilir. Oysa ki kişinin bu alanların güvenliği olacağına dair bir beklentisinin olması makuldür. Bir kişiye belirli bir binada veya belirli bir caddede olmamasın demek, zarar verene hiçbir yetkisi olmadan bitişik tüm özel ve kamu mülkleri üzerinde kontrol vermek demektir. Böyle bir olayda ise kanımızca zarar verenin risk üzerinde kontrolü olduğunu kabul etmek daha makul olur. Olayda madenin sahibi zararı engellemek adına, örneğin bir tampon bölge kuracak şekilde daha fazla güvenlik önlemleri almalıdır¹²⁸. Bu nedenle kanımızca bu karar, tehlike sorumluluğunun adeta yok sayan bir karardır. Elbette ki zarar görenin nasıl davrandığı sorumluluk açısından önem arz eder. Ancak tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumlulukta önleyiciliğin sağlanması için dahi olsa, zarar görenden beklenen önlemler makul olmalıdır¹²⁹.

ii. Nedensellik bağına etkisi açısından zarar görenin davranışı

Zarar görenin tehlikeli faaliyet olup olmadığını belirleyici davranışı dikkate alındıktan ve tehlikeli faaliyet tespiti yapıldıktan sonra da zarar görenin savunma olarak kabul edilebilecek bir davranışı söz konusu olabilir. Zira zarar verenin iştiğal ettiği faaliyet, tüm taraflarca gösterilecek makul özene rağmen engellenemeyen bir risk yaratması sebebiyle kusursuz sorumluluğa tabi olsa bile, somut olayda zarar gören karşılaştırılmalı sorumluluğun uygulanmasını gerektirecek şekilde makul özeni göstermemiş olabilir. Bir diğer ifadeyle, zarar görenlerin risk üzerinde böyle bir kontrolden yoksun oldukları ve kusursuz sorumluluğun uygun olduğu bazı olaylarda zarar görenin makul davranmaması söz konusu olabilir¹³⁰. Tipik kusursuz sorumluluk davalarında zarar gören faaliyetle hiçbir ilgili olmayan biri iken; bu tür davalar, kusursuz sorumluluğun uygulanmasına rağmen zarar görenin tazminatında

¹²⁸ Jones, **Hazardous Enterprise**, s. 1705.

¹²⁹ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 127

¹³⁰ Jones, **Hazardous Enterprise**, s. 1712.

indirim gerektiren uygunsuz hareketinin olduğu atipik davalardır. Böyle davalarda ise Amerikan hukukuna göre zarar görenin kusuru dikkate alınmalıdır¹³¹.

Kusursuz sorumluluk davaları içinde zarar görenin kusuru olarak kabul edilebilecek çok çeşitli davranışlar olabilir¹³². Zarar görenin davranışı, tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluk açısından, tehlikeye maruz kalabileceği bir alana makul olmayan şekilde girmesi ya da o alanda kalması şeklinde olabilir. Bunun yanında böyle bir risk ortaya çıktığında ya da devam ederken, zarar görenin ortaya çıkan tehlikeye verdiği cevap da makul olmayabilir.

TBK m. 71 açısından bakıldığında da tehlike sorumluluğuna yol açan tipik riskin gerçekleşmesiyle, tipik risk ile zarar arasında bir nedensellik ilişkisi olduğu kabul edilecektir. Ancak nedenselliğin kurulması için normun koruma amacı teorisinin bir görünümü olan tehlike bağının da incelenmesi gerekir. Bu açıdan sorumluluğu sınırlamak için 71. maddenin amacını incelemek gerekecektir. Korunması gereken kişiler ve menfaatler dikkate alındığında ilgili hükmün korumak istediği kişi, zararın ortaya çıkmasına neden olmuş ise nedensellik bağının kurulmadığına karar verilebilir¹³³. Zarar görenin davranışının kusurlu olması da gerekmez. Zira zarar veren açısından böyle bir kusur değerlendirmesi yapılmamaktadır. Zarar görenin davranışının, zarar ile uygun nedensellik içinde olup olmadığı araştırılmalıdır. Ancak zarar görenin kusuru olması halinde elbette sorumluluğu doğuran olayın tehlikeliliği ile zarar görenin kusurlu davranışı arasında bir karşılaştırma yapılabilir¹³⁴.

iii. Sorumluluğun Paylaşılması

Üçüncü *Restatement*, bir tehlikeli faaliyetin varlığı tespit edildikten sonra uygulanacak kusursuz sorumlulukta, zarar görenin de bir kusuru olması halinde sorumluluğunun nasıl paylaşılacağına ilişkin olarak, sorumluluğun paylaşılması

¹³¹ Jones, **Hazardous Enterprise**, s. 1705.

¹³² Restatement(Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm § 25 (2010).

¹³³ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 277

¹³⁴ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 277

hususunda yayımlanan *Restatement*'ın yaklaşımını benimsemiştir¹³⁵. Karşılaştırmalı sorumluluğun sağladığı esneklik, ikinci *Restatement*'ta öngörüldüğü gibi, zarar görenin kusurunu tamamen reddeden ya da zarar görenin tazminatını tamamen engelleyen ihtimallere göre daha makul ve adil kabul edilmiştir. Bu anlayışa göre, haksız fiil hukukunun amacı hakkaniyeti sağlamak ise, güvenli davranmak için her iki tarafın da teşvik edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle zarar gören kendisini korumak için gereken makul özeni gösteremediği hallerde, karşılaştırmalı sorumluluk ilkesi uygulanır. Bu değerlendirme esasen tarafların olayın meydana gelmesinde ne kadar paylarının olduğunun tespiti ile yapılabilir. Zira sorumluluğun paylaşılmasına ilişkin *Restatement*'ın kullandığı ifade de bu hususu doğrular niteliktedir. İlgili *Restatement*, bu değerlendirmenin, tarafların sorumluluk paylarının tespiti (*assigning shares of responsibility*) ile ilgili olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla temelde ölçülemeyen şeylerin karşılaştırılmasının yerine, taraflarını sorumluluk paylarının belirlenmesi gerekmektedir¹³⁶.

İfade ettiğimiz üzere, sorumluluğun paylaşılmasına ilişkin olarak yayımlanan *Restatement*, kusursuz sorumluluk halleri için de karşılaştırmalı sorumluluğu kabul eder¹³⁷. Söz konusu *Restatement*, zarar görenin makul davranmama derecesini de içeren orantılı paylaşımın belirlenmesinde dikkate alınacak faktörleri izah etmektedir. Bu *Restatement*'a göre, zarar görenin tehlikeyi dikkatsizlik sebebiyle algılayamaması ve tehlikeye yaklaşması ile farkında olduğu tehlikeye yaklaşan zarar gören arasında fark kabul edilmelidir. Buna göre ilk zarar görenin sorumluluğu daha düşük bir yüzdede tahsis edilmelidir. Bununla birlikte, tehlikeli faaliyetin kötü yürütülmesine, dolayısıyla zararın doğumuna makul olmayan davranışıyla sebep olan zarar gören, tehlikeli faaliyetin yürütüldüğü alana makul olmayan şekilde giriş yapan zarar görene göre de daha yüksek bir sorumluluk payına sahip olmalıdır. Zarar

¹³⁵ Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm, § 25 (2010).

¹³⁶ Restatement Third of Torts: Apportionment of Liability § 8 (2000) (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 19.12.2016.

¹³⁷ Restatement Third of Torts: Apportionment of Liability § 7 (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 19.12.2017. Karşılaştırmalı sorumluluğun kusursuz sorumluluk içeren haksız fiil davalarında da uygulanması *Uniform Comparative Fault Act* (12 U.L.A. 127, 1977) yasasında kabul edilmiştir. İlgili bölüm Iowa ve Washington'da kabul edilmiştir. Çok daha yeni olan *Uniform Apportionment of Tort Responsibility Act* (U. L. A. 12 Supp. 2005) ise kusursuz sorumluluk davalarında zarar görenin kusurunun kısmi bir savunma olup olmayacağı konusunu açık bırakmıştır.

verenlere tahsis edilecek pay da, yarattığı tehlikenin yapısına göre olmalıdır. Örneğin, tehlikeli faaliyetlerden bazıları hem riskin büyüklüğü hem de çok yaygın olmaması sebebiyle diğer tehlikeli faaliyetlerden daha tehlikeli kabul edilir. Şu halde tehlikenin yoğunluğu artıkça, zarar verenin sorumluluk payı artabilir¹³⁸.

Türk hukukunda sorumluluğun paylaşılmasında da benzer bir yaklaşım görmek mümkündür. Türk hukukunda da kusur sorumluluğuna ilişkin hükümler aksi belirtilmediği takdirde kusursuz sorumluluk hallerinde uygulanır¹³⁹. Buna göre, Türk hukukunda da kusursuz sorumluluk hallerinde zarar görenin kusuru nedensellik bağımlı kesebilir. Ancak bunun için zarar görenin davranışının zararın başlıca sebebi olması gerekir. Bununla birlikte, kusursuz sorumluluk davalarında yapılacak zarar görenin davranışı değerlendirmesi farklılık gösterebilir. Zira kusursuz sorumluluk hallerinde kural olarak zarar görenin kusuru ile kıyaslanabilecek zarar verene atfedilecek bir kusur mevcut değildir¹⁴⁰. Bu husus, tehlike sorumluluğu bakımından KTK m. 85/1 hükmünün incelenmesiyle değerlendirilebilir.

Türk hukukunda Karayolları Trafik Kanunu'nda m. 85/1'de bu hususta örnek teşkil edebilir, zira bu hükümde düzenlenmiş olan motorlu aracın işletilmesinde doğan sorumluluk bir tehlike sorumluluğu halidir¹⁴¹. Aynı kanunun "işletenin veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin sorumluluktan kurutulması veya sorumluluğunun azaltılması başlıklı 86. maddesine göre ise zarar görenin ağır kusuru, motorlu aracın işletilmesiyle zarar arasındaki nedensellik bağımlı kesen bir sebep olarak düzenlenmiştir¹⁴². Yine aynı kanunun 90. maddesi tazminatı kapsamı ile

¹³⁸ Restatement Third of Torts: Apportionment of Liability § 7 (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 19.12.2016.

¹³⁹ Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku**, s. 133.

¹⁴⁰ Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 97; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 247.

¹⁴¹ Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku C.II.**, s. 202; Bolat Bolatoğlu, **Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, 1988, s. 18.

¹⁴² Ahmet Kılıçoğlu, "2981 Sayılı Yasaya Göre Motorlu Araç İşletenin Sorumluluğu", **BATİDER**, 1984, C.XII, S. 2-3, s. 39 (ss.3-52); KTK m. 86 hükmü; "(1) İşleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru bulunmaksızın ve araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın, kazanın bir mücbir sebepten veya zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur. (2) Sorumluluktan kurtulamayan işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kazanın oluşmasında zarar görenin kusurunun bulunduğunu ispat ederse, hakim, durum ve şartlara göre tazminat miktarını indirebilir." şeklinde düzenlenmiştir.

ilgili olarak Borçlar Kanunu'nun haksız fiile ilişkin hükümlerinin uygulama alanı bulacağını düzenlemiştir. Buna göre, TBK m. 52 hükmünün de bu Kanun kapsamında meydana gelecek zararlara uygulanacak tazminat yaptırımını bakımından uygulanacağı söylenebilir¹⁴³. Ancak KTK m. 86 hükmü zarar görenin ağır kusurundan bahsettiğinden, TBK m. 52/1 hükmüne göre zarar görenin kusurunu daha etkisiz görmektedir¹⁴⁴. Zira TBK m. 52'de zarar görenin sadece ağır kusurunu kapsayan bir sınırlama bulunmamaktadır. Buna göre, zarar görenin ağır kusuru dışında kalan haller, özel hüküm olan KTK m. 86'ya göre ancak tazminattan indirim sebebi olacaktır. Aynı zamanda zarar görenin kusurunun nedensellik bağımlı kesilmesi için zararın tek nedeni olması gereklidir. Zarar verenin kusurunun varlığı, zarar görenin kusurunun nedensellik bağımlı kesmesine engel olacaktır. Şu halde, zarar görenin kusuru, zararın başlıca nedeni olmalıdır.

KTK m. 85/1'de düzenlenmiş olan motorlu aracın işletilmesinden doğan sorumluluğun, tehlike esasına dayanan bir kusursuz sorumluluk olması sebebiyle, zarar görenin kusuru değerlendirmesi özellik arz eder. Zira zarar verenin kusurlu olup olmaması, sorumluluğun nasıl paylaşılacağını etkileyecektir. Buradan hareketle, genel tehlike sorumluluğu için yapılacak değerlendirme de benzer özellikler taşıyacaktır. Tehlike sorumluluğunun söz konusu olduğu bir kurguda zarar verenin kusuru yoksa, karşılaştırılacak bir kusur da bulunmamaktadır. Bu halde, TBK m. 62/1'de yer alan tehlikenin yoğunluğu ölçütü, yapılacak değerlendirmede dikkate alınabilir¹⁴⁵. Eğer zarar görenin davranışı, nedensellik bağımlı kesecek ölçüde zararın başlıca sebebi değil ise, sorumluluk paylaşılırken tehlike yoğunluğu ile zarar görenin kusuru arasında bir karşılaştırma yapılabilir¹⁴⁶. Örneğin, intihar etmek amacıyla bir motorlu taşıdın önüne atlayan kişinin davranışı zararın başlıca sebebi sayılabilir ve KTK kapsamında motorlu araç işleten sorumluluktan kurtulabilir. Zarar

¹⁴³ TBK m. 52/1 hükmüne göre; “Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hakim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.”

¹⁴⁴ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 254.

¹⁴⁵ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 255

¹⁴⁶ Yılmaz, **Sorumluluğun Paylaşılması**, s. 70.

görenin kusurunun bu kadar ağır olmaması halinde ise sorumluluğun paylaşılması gerekebilir¹⁴⁷.

Motorlu araç işletenin de ek kusuru var ise, zarar görenin kusuruna atfedilen önem azalabilir. Zira kusurlarını yanı sıra kusursuz sorumluluğu yol açan tehlike de halen dikkate alınmaktadır. Özellikle de tehlike sorumluluğunun söz konusu hallerde tipik tehlike zarar doğurmaya çok daha elverişlidir¹⁴⁸.

KTK m. 86/1 hükmünde dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da zarar verenin ek kusurunun varlığı halinde, zarar gören ağır kusurlu olsa dahi, zarar görenin kusuru nedensellik bağıını kesmeyecektir. Zarar verenin kusurunun varlığı halinde zarar görenin kusurunun etkisinin azalması amaca uygundur. Ancak, somut olayda zarar görenin davranışı yine de zararın başlıca nedeni olabilir. Zarar verenin kusuruna rağmen, zarar görenin davranışı, zarar veren açısından öngörülemez ve önlenemez nitelikte olabilir. Bu halde de nedensellik bağıının kesilmesi ve zarar verenin sorumluluktan kurtulması gerekecektir¹⁴⁹.

Genel tehlike sorumluluğunda ise, işletme faaliyetinin taşıdığı tipik risk ile meydana gelen zarar arasındaki nedensellik ilişkisi sorumluluğun kurulması için gereken unsurdur¹⁵⁰. Şu halde, zararın tipik risk sebebiyle değil de zarar görenin kusuru sebebiyle meydana geldiği bir olayda zarar verenin sorumluluktan kurtulabilme ihtimali mevcuttur. Bununla birlikte zarar görenin davranışının tehlike sorumluluğunu engelleyebilmesi için belirli bir ağırlıkta olması şarttır. Bir diğer deyişle, kanımızca çok zor olsa da, zarar görenin davranışı tipik riski ortadan kaldıracabilecek nitelikte¹⁵¹ zararın başlıca sebebi olmalıdır¹⁵². Eğer ki davranış, bu

¹⁴⁷ Taraflardan sadece zarar verenin motorlu taşıt işleteni olduğu kurguda riski önceliği; iki tarafın da motorlu taşıt işleteni olduğu kurguda kusurun önceliği ilkesi savunulmaktadır. Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 255; Olağan sebep sorumluluklarında zarar görenin kusuruna daha büyük bir pay verilmesi gerekir. Zira esas sorumluluk kusur sorumluluğudur. Kusursuz sorumluluğu yol açan olaydan daha büyük bir pay zarar görene yüklenmelidir. Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 98

¹⁴⁸ Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 99

¹⁴⁹ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 258

¹⁵⁰ Çekin, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 230; Tiftik, **Genel Kural**, s. 24; Yücel, **Genel Tehlike Sorumluluğu**, s. 154.

¹⁵¹ Çekin, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 309.

derece bir ağırlık taşıyorsa, diğer bir ifadeyle tipik riski ortadan kaldıracak nitelikte değilse¹⁵³ indirim sebebi olarak dikkate alınabilir¹⁵⁴. Ancak kusursuz sorumlulukta zarar görenin kusurunun derecesine göre değil, zararın gerçekleşmesine katkısı ölçüsünde bir indirim yapmak gerekecektir¹⁵⁵.

Tehlike sorumluluğu doğuran bir olayda zarar görenin kusuru var ise bir kusur karşılaştırması yapılamayacağından Amerikan hukukunda da kabul edildiği gibi karşılaştırma, sorumluluk payları üzerinden yapılmalıdır¹⁵⁶. Öğretide de ifade edildiği gibi, tehlike sorumluluğu söz konusu ise, zarar görenin kusurlu davranışıyla tehlike doğuran olayın zarar vermeye elverişliliği karşılaştırması yapılmalıdır¹⁵⁷. Zarar verenin ek kusuru olması halinde olayın meydana çıkmasındaki şartlar dikkate alınarak sorumluluk payları tahsis edilmelidir¹⁵⁸. Bu açıdan Türk hukuku ile Amerikan hukuku arasında sorumluluğun paylaşılması hususunda bir benzerlik söz konusu olduğu söylenebilir.

d. Yapısal Yatkinlık

Türk hukukunda değinilmesi gereken bir diğer husus da zarar görenin yapısal yatkinlığı olarak ifade edilen durumdur. Amerikan hukukunda zarar görenin aşırı hassas yapısı olarak ifade bulan bu durum, zarar verenin sorumluluğunu kural olarak sınırlamamaktadır. Zira, Amerikan hukukunda sorumluluk için zarar türünün öngörülebilir olması yeterli iken zararın kapsamının ya da miktarının öngörülebilir olması gerekmemektedir. Bu anlayışa temel olan kural ise, Amerikan mahkemelerinde de sık sık ifade edilen “*thin-skull rule*” kuralıdır. Bu kural gereği

¹⁵² Baysal, , **Zarar Görenin Kusuru**, s. 275.

¹⁵³ Çekin, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 309.

¹⁵⁴ Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku C. II**, s. 118; İmre, **Kusursuz Mesuliyet**, s. 203; Saraç, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 136.

¹⁵⁵ Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku C. II**, s. 118.

¹⁵⁶ Bu paylaşım ilişkine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Hamdi Yılmaz, **Karayollar Trafik Kanununda Zararın Paylaştırılması**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1995, s. 56-75

¹⁵⁷ Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 95-99.

¹⁵⁸ Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 100; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 250; Gökyayla, **Destekten Yoksun Kalma**, s. 262.

zarar veren, zarar göreni bulduğu durumda bırakmalıdır¹⁵⁹. Buna göre öngörülebilir bir zarar görenin, öngörülebilir bir zarar türüne maruz bırakılması halinde, öngörülemeyen zarar boyutu önemli olmaz. Zarar veren zararın tamamından sorumlu tutulur¹⁶⁰.

Türk hukuku açısından da yapısal yatkınlık, zarar görenin bünyesinde zararın doğmasından önce mevcut olan ve zararın doğmasına veya artmasına etki eden hali tanımlar¹⁶¹. Zarar görenin yapısal yatkınlığının var olması halinde ise zarar görenin kusurundan bahsedilemez¹⁶². Kanımızca burada bir nedensellik sorunu mevcuttur. Türk hukukundaki uygun illiyet bağı kuramına göre, ortaya çıkan zararın bu derece yoğun olması hayatın olağan akışına uygun değilse, uygun nedenselliğin olmadığı kabul edilebilecektir. Bu durumda zarar görenin yapısal yatkınlığı zararın başlıca sebebidir.

Ancak zarar görenin yapısal yatkınlığı zararın başlıca nedeni değilse ve zarar verenin davranışı ile birlikte zararın doğmasına yol açıyorsa sorumluluğun paylaşılması gerekecektir¹⁶³. Bu açıdan zarar görenin kusurlu olup olmaması da önem taşımamalı; zarar görenin kusurlu olmaması, sorumluluğun tamamen zarar veren üzerinde kalması anlamına da gelmemelidir. Buna göre, yapısal yatkınlığın iddia edildiği bir davada Türk mahkemeleri de zararı meydana getiren tüm etkenleri dikkate almalıdır. Zarar görenin yapısal yatkınlığı kusur olmasa dahi TBK m. 51/1 uyarınca “durumun gereği” olarak dikkate alınıp tazminatın belirlenmesinde hesaba katılabilir¹⁶⁴.

¹⁵⁹ Abraham, **Tort Law**, s. 156.

¹⁶⁰ Abraham, **Tort Law**, s. 156.

¹⁶¹ Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 143; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 327; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 194.

¹⁶² Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 144; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 196.

¹⁶³ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 198, 199; Mikail Bora Kaplan/Ege Türel, “Yapısal Yatkınlıkta Nedenselliğin Kurulması ve Riskin Paylaşılması”, **Sorumluluk Hukuku Seminerler**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016, s. 219.

¹⁶⁴ Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku C. II**, s. 122; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 144; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **Borçlar Hukuku**, s. 600.

Bununla birlikte tehlike sorumluluğu açısından yapısal yatkınlık hususu ayrıca değerlendirilmelidir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, tehlike sorumluluğu öncelikle faaliyeti tehlikeli kılan ve o faaliyete sorumluluk bağlanmasına sebep olan tipik riskin kapsamıyla sınırlanmaktadır. Bu nedenle tehlike sorumluluğunun söz konusu olduğu bir davada yapısal yatkınlığın, ilgili tipik riskin kapsamı ile birlikte değerlendirilmesi daha uygun olabilir. Örneğin, dinamitle patlatma faaliyeti yürüten bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, faaliyetin tipik riski ile zarar arasında nedensellik bağının kurulması gerekir. Bu örnekte, patlamanın ani ve yüksek sesi sonucu kalp rahatsızlığı olan bir kişinin korkup ölmesi halinde, patlatma faaliyetinin tipik riski ile ölüm olayı arasında nedenselliğin kurulması şarttır. Şu halde öncelikle yüksek sesin patlatma faaliyetinin tipik riski olup olmadığı belirlenmelidir. Örneğin, yukarıda bahsettiğimiz *Foster v. Preston Mill Co.*¹⁶⁵ davasında mahkeme, yüksek sesi patlama faaliyetinin tipik riski olarak tespit etmemiş ve bu nedenle sorumluluğu uygulamamıştır. Türk mahkemelerinin de aynı yönde karar vermesi halinde zarar görenin kalp rahatsızlığı sonucu yüksek sese karşı aşırı hassasiyeti, tehlike sorumluluğuna yol açmayabilir. Aksi halde ise zararın, tipik riskin kapsamında kaldığına, zarar görenin yapısal yatkınlığını tipik riskin tetiklediğine ve nedensellik bağının kurulduğuna hükmedilebilecektir.

3. Riskin Üstlenilmesi

a. Riskin Üstlenilmesi Kavramı

Amerikan hukukunda zarar görenin makul olmayacak şekilde risk alması iki biçimde olabilir. Birincisi, zarar görenin riskini farkına varma, değerlendirme ya da kavramadaki dikkatsizliğidir. Bir diğer ifadeyle, dikkatsizlikle makul olmayan risk almıdır. Bu risk alımı yukarıda da incelediğimiz ağır olmayan zarar görenin kusuru halidir. İkincisi ise, zarar görenin bilinçli bir şekilde makul olmayan bir risk almasıdır. Esasen bilinçli alınan bu risk de zarar görenin kusurlu olması halidir. Ancak ikinci tür risk alma, bu konuda bahsedilen klasik ve tipik riskin üstlenilmesi

¹⁶⁵ Foster v. Preston Mill Co., 268 P.2d 645 (Wash. 1954).

savunmasıdır. Buna göre, zarar görenin bilinçli olarak makul olmayan bir risk alması, zarar görenin davranışına dayanan bir savunma olup zarar verenin sorumluluktan kurtulmasını sağlayabilir. Birincisi için ise ayrıca bir terim kullanılmadığından sadece zarar görenin kusuru ifadesi kullanılmaktadır¹⁶⁶.

Amerikan hukukunda riskin üstlenilmesi (*assumption of risk*) ise bir tür rıza olarak kabul edilmektedir. Zarar görenin tazminat talebi, zarar verenin, zarar görenin zarar riski olduğunun farkında olduğunu ve gönüllü olarak bu riskle yüzleştiğini ispatlaması halinde reddedilir. Örneğin bir kişinin sarhoş bir kişinin arabasına binmesi halinde olduğu gibi, zarar veren zarar görenin riski gönüllü olarak aldığını iddia edebilir. Riskin üstlenilmesi, açık (*express assumption of risk*) ya da örtülü (*implied assumption of risk*) biçiminde olabilir¹⁶⁷. Açık olarak ifade edebileceğimiz risk alınması bir tür feragattir. Zarar gören önceden bir anlaşma ile dava hakkında vazgeçer. Örtülü olarak ifade edebileceğimiz risk alımı ise, esasen bizim konumuzun inceleneme alanına giren türdür. Bu tür bir risk alımı ise zarar görenin zarar verenin dikkatsiz davrandığı ya da davranabileceği belli olan, diğer bir deyişle zarar tehdidi hakkındaki güncel farkındalığına rağmen davranışına devam etme kararı almasıdır¹⁶⁸. Bu açıdan bildiği bir riske maruz kalmayı gönüllü olarak tercih eden zarar görenin tazminatı engellenecektir¹⁶⁹.

b. Sorumluluğa Etkisi

Amerikan hukukunda mahkemeler de geleneksel olarak zarar görenin bilinçli ve kusurlu olarak risk almasını tazminattan yoksunluk sebebi olarak görürler. Ancak Amerikan hukukunda ileri sürülen görüşlere göre, karşılaştırmalı sorumluluğun uygulanmaya başlamasıyla birlikte, makul olmayan risk alımı, zarar görenin kusurunun bir türü olarak tazminattan tamamen yoksun olmaya yol açmamalıdır¹⁷⁰.

¹⁶⁶ Vetri, **Tort Law and Practice**, s. 779; Dobbs, **Torts**, s. 877.

¹⁶⁷ Goldberg/Zipursky, **Torts**, s. 112.

¹⁶⁸ Goldberg/Zipursky, **Torts**, s. 112.

¹⁶⁹ Franklin/Cardi/Green, **Torts**, s. 212.

¹⁷⁰ Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm § 25 Comparative Responsibility (2010)

Bununla birlikte, mahkemeler, zarar gören tarafından göze alınan risk ile zarara yol açan riskin aynı risk olup olmadığını çok dikkatli incelemelidir. Örneğin, bir hasta açık kalp ameliyatı olmaya karar vermiş ve bu ameliyatın riskini üstlenmişse, ameliyat esnasında hemşirenin hekimin koluna çarpması sonucu ortaya çıkan zararın, hastanın üstlendiği risk olarak kabul edilmesi mümkün değildir¹⁷¹. Aynı husus, tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluk için de geçerlidir. Zarar görenin üstlendiği risk, tehlikeli kabul edilen faaliyetin tipik riski olmalıdır.

Burada önemli olan bir diğer husus da, zarar görenin bilerek kendisini bir riske maruz bırakması halinin sorumluluğa hangi şartlarda ve nasıl etkileyeceği hususudur. Zarar görenin hemen her zaman bir riski üstlendiğini söylemek mümkündür. Zira evden dışarı çıkmakla dahi birçok risk göze alınmış olur. Bu nedenle zarar görenin göze aldığı riskin zarar verenin sorumluluğunu sınırlandıracak boyutta olması öncelikle bu riskle karşılaşıldığı andaki zarar verenle zarar gören arasındaki ilişkiye göre belirlenmelidir. Örneğin, bir kişi zarar verenin tesisinden dışarıda bir yerde tehlikeli bir faaliyetin yürütüldüğü alandaki evinden uzaklaşmayı seçmemişse riski üstlendiği kabul edilmemelidir.

Öte yandan, zarar görenin zarar verenle sözleşmesel bir ilişkisi olması halinde, ihmalin olmadığı noktada sorumluluk da yoktur. Genel olarak söylenebilir ki, Amerikan hukukunda tehlikeli faaliyet yürüten zarar verenin hizmetinden yararlanan zarar görenin, bilinen bir riski üstlendiği kabul edilir. Bu nedenle, ticari hava yolunu kullanan bir kişinin, havacılık faaliyeti tehlikeli sayılsa dahi havacılık faaliyetinin riskini üstlendiği kabul edilir. Zira Amerikan hukukunda tehlikeli faaliyetlerden doğan kusursuz sorumluluk, bu işletmelerin faaliyetlerindeki riske, faaliyetten yararlanmak suretiyle gönüllü olarak maruz kalmayanlar için kabul edilmiş bir sorumluluk biçimidir. Söz konusu faaliyet, zarar görenin yararı için yürütülüyorsa, bu faaliyetten doğan zarar için tehlikeli faaliyetlerden doğan kusursuz sorumluluk kurulmaz. Örneğin, su ve gaz borularının zarara sebebiyet verdiği

¹⁷¹ McAlinn/Rosen/Stern, **American Law**, s. 212.

davalarda, zarar görenin bu faaliyetten faydalanmayı kabul etmesinden riskle karşılaşmaya gönüllü olduğu çıkarımı yapılabilmektedir¹⁷².

İkinci *Restatement*, yukarıda incelerken belirttiğimiz gibi, zarar görenin ağır kusurlu olması halinde tazminat alamaması gerektiğini ifade eder. Buna göre, riskin üstlenilmesi esasen zarar görenin ağır kusurudur. Dolayısıyla riski üstlendiği tespit edilen zarar gören hiçbir tazminat elde edemeyecektir¹⁷³. Bu savunmaya *riskin üstlenilmesi* savunması da denebilir. İkinci *Restatement*, riskin üstlenilmesi savunmasını aydınlatırken şu örneği kullanmıştır: Otoyolun yanında bir patlatma faaliyetinin olmak üzere olduğunu bilmesine rağmen motorcu, o otoyolda sürmekte ısrar etmişse riski üstlenmiş sayılır ve bu sebeple zararı tazmin edilmez¹⁷⁴. Bu örneğe göre, motorunu bilerek ve makul olmayan şekilde patlatma faaliyetinin bulunduğu yönde süren motorcunun kendisini zarar riskine tabi tuttuğu dolayısıyla da tazminat elde edemeyeceği anlaşılmaktadır. Aynı örnekle ilgili değerlendirmeyi üçüncü *Restatement*'a göre yapmak da mümkündür. Üçüncü ve son olarak yayımlanan ve bizim de bu sebeple Amerikan uygulaması bakımından daha fazla dikkate aldığımız *Restatement*'a göre, zarar gören makul önlemleri almada ortak kusurlu ise; zarar görenin zararları için kusursuz sorumluluk altında kendisine verilecek tazminat, karşılaştırılmalı sorumluluk ilkesi altında yapılacak paylaşımına göre indirilecektir. Bu nedenle verilen örnekte motorunu bilerek ve makul olmayacak şekilde patlatma alanına doğru süren motorcu, karşılaştırılmalı sorumluluk ilkesi altında kısmi bir tazminat elde edebilecektir¹⁷⁵.

İkinci *Restatement*'ın kabul ettiği anlayış bir başka örnekle de açıklanabilir. Dinamit nakliyesi yapan bir kamyonun arkasından süren zarar gören kusurlu biçimde kamyonu solladığı ve bu davranışı sebebiyle kamyonla çarpışarak bir patlamaya

¹⁷² E. I. Dupont de Nemours & Co. v. Cudd, 10th Cir. 176 F.2d 855, 1949; Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, *Torts*, s. 567.

¹⁷³ Restatement (Second) of Torts § 520 (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 19.05.2016. Birinci Restatement, tehlikeli faaliyetin katılımcıları için sorumluluğu reddetmiştir. Katılımcı kişi, potansiyel olarak risk taşıyan faaliyette yer alan ya da kendisini o alana sokan kişidir. Katılımcı savunması, zarar görenin olağanüstü riski bildiği ya da bilmesi gerektiği savunmasını gerektirir. Restatement of Torts § 121 (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 19.05.2016.

¹⁷⁴ Restatement(Second) of Torts § 520 (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 19.05.2017.

¹⁷⁵ Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm § 25 (2010).

sebepe olduğunda, zarar gören kusurlu olmasına rağmen kamyonu dinamit olduğunun farkında değildir. Bu halde zarar gören riski bilmediği için riski üstlenmiş de kabul edilmez. Dolayısıyla ikinci *Restatement*, zarar görenin tam bir tazminat almasına imkan tanır. Ancak hatalı sollama yapan sürücünün kamyonunun dinamit taşıdığını bildiği bir kurguda İkinci *Restatement*'a göre kendisini bilerek ve makul olmayan şekilde riske maruz bırakmış kabul edilecektir. Bu nedenle de riski üstlendiği gerekçesiyle hiçbir tazminat elde edemeyecektir¹⁷⁶. Ancak aynı örnekle ilgili değerlendirme üçüncü *Restatement*'a göre yapılıncaya sonuç değişecektir. Üçüncü *Restatement*'ın kabul ettiği karşılaştırmalı sorumluluk gereğince verilen örnekte zarar gören, hatalı olarak solladığı kamyonun dinamit taşıdığını bilmemesi halinde de tam tazminat alamayacaktır. Zira karşılaştırmalı sorumluluk ilkesi altında zarar görenin hatalı sollamadaki kusuru dikkate alınacaktır. Ancak bununla birlikte, zarar gören, kamyonun dinamit taşıdığını bilmesi halinde de tazminattan tamamen yoksun bırakılamayacaktır. Zira zarar görenin kusuru karşılaştırmalı sorumluluk ilkesi altında değerlendirilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, zarar görenin kamyonun dinamit taşıdığını bilmesi ağır kusur kabul edilecek ve edineceği tazminat daha düşük olacaktır.

Bazı hallerde bilinçli ancak makul olarak alınan risk de riskin üstlenilmesi olarak ifade edilebilir¹⁷⁷. Ancak makul olarak alınan bu tür bir risk, zarar görenin kusuru kabul edilmez. Örneğin, trenin çarpacağı çocuğu kurtarmak için atlayan ve kendisi ölen kişinin durumu böyledir. Bu ve benzer durumlarda bilinçli bir risk alımı vardır. Zarar gören, zarar göreceği ihtimaline rağmen riski almıştır. Ancak bu durum

¹⁷⁶ Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm § 25 (2010). Şunu da eklemek gerekir ki, birinci Restatement'a göre, faaliyetin kötü yürütülmesine kusurlu olarak sebep olduğundan zarar gören iki örnekte de hiç tazminat alamayacaktır. Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, **Torts**, s. 566; Dobbs, **Torts**, s. 963; Integrated Waste Serv. inc. v. Akzo Nobel Salt, inc., 113 F. ddd 296 (dd Cir. 1997); Moor, Kelly&Reddish, inc. v. Shannondale, inc., 165 S.E. dd 113 (W. Va. 1968 Blasting) Arrowhead Electric Cooperative, inc., v. LTV Steel Mining Co.; 568 N.W. dd 878 (Minn. Ct. App. 1997).

¹⁷⁷ Bir davada, Arizona Kanalı zarar görenin oteline zarar veren bir sele sebep olmuştur. Mahkeme kanalın sosyal değerinden ötürü kusursuz sorumluluğu uygulamamıştır. Ancak mahkeme aynı zamanda kanalın inşa edildiği sırada çevresinin nispeten az yerleşimli kırsal bir alan olduğunu belirtmiştir. Ancak yıllar içerisinde şehir büyümüş genişlemiş dolayısıyla kanal yoğun nüfuslu yerleşim ve ticari alanların arasında kalmıştır. Mahkeme mal sahiplerine kanal kenarına yerleşim yapmayı seçtiklerini ve kanala yakınlıktan doğacak sıkıntıyı kabul ettikleri sonucuna varmıştır. Ramada Inns. Inc. v. Salt River Valley Water Users' Association 523 P.2d 496 (Ariz. 1974).

hukuki anlamda riskin üstlenilmesi kabul edilmez. Elbette ki ortak hukuk sıklıkla ifade ettiğimiz gibi, her zaman tek bir cevap vermeyebilir. Ancak modern davalarda bilinçli ama kusurlu olmayan risk alımı savunma kabul edilmemektedir. Zira kabul edilen görüşe göre, zarar veren tarafından kusurlu olarak yaratılan bir riski bilmeyen zarar görenler ile riskin farkında olan ancak makul olarak bu riski alan zarar gören esasen birbirinden farklı değildir¹⁷⁸.

Sonuç olarak söylenebilir ki, zarar görenin makul olmayan risk alması, karşılıklı kusur isnadı yapılırken mahkemeler tarafından hesaba katılabilir. Zarar görenin ortak kusuruyla ilgili olduğu sürece her türlü ortak kusur, karşılaştırılmalı sorumluluk sürecine tabidir. Riskin üstlenilmesiyle ilgili ayrı bir savunma yapılmasına gerek yoktur¹⁷⁹. Buna göre, ikinci *Restatement* altında riski üstlenmesi sebebiyle tazminat edinmesi engellenen bir zarar gören, üçüncü *Restatement*'a göre kısmi bir tazminat elde edebilecektir. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, ikinci *Restatement* altında riskin alınması savunması olarak ileri sürülebilecek bazı haller, aşağıda inceleyeceğimiz üzere üçüncü *Restatement*'da tehlike sorumluluğunun sorumluluğunun uygulama alanı dışında kalan haller başlığı altında sınıflandırılmıştır. Buna göre, riskin üstlenilmesi olarak kabul edilebilecek bir davranış, kusursuz sorumluluğun en baştan kurulmasını engelleyebilecek bir durum da teşkil edebilir¹⁸⁰.

c. Türk Hukukunda Riskin Üstlenilmesi

Zarar görenin riski üstlenmesini Türk hukuku bakımından da incelemek mümkündür. Türk hukuku bakımından da zarar görenin tehlikeden korunması mümkün iken bunu yapmaması ve zararın doğmasında katkısının olmasının sorumluluk üzerinde etkileri vardır¹⁸¹. Türk hukukunda riskin üstlenilmesinin söz konusu olabilmesi için, mevcut bir tehlikenin olması, zarar görenin bu tehlikeyi

¹⁷⁸ Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm § 25 (2010); Dobbs, **Torts**, s. 963.

¹⁷⁹ Gary T. Schwartz, "Contributory Negligence under United States Law", **Unification of Tort Law**, Ed. U. Magnus, M. Martin-Casals, C. 8, London, New York, 2004, s. 185-188.

¹⁸⁰ Bkz.: aş. Bölüm 3, I, C, 3.

¹⁸¹ Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 106-107.

bilmesi ve bu tehlikeyi göze alarak hareket etmesi gerekir¹⁸². Ancak zarar görenin hangi hallerde riski üstlenmiş sayılacağıın tespiti ve bu tespitin belirli ölçütler ışığında yapılması da önem arz eder. Riskin üstlenilmesi esasen oldukça geniş bir ifade olarak anlaşılabilir. Örneğin, bazı hallerde zarar görenin evinden dışarı çıkması ya da sadece yolda yürümesi dahi riski üstlendiği anlamına gelebilir. Bu nedenle, kişinin ne zaman kendisini bilinçli olarak tehlikeye atmasının bir savunma olacağıın ve tehlike sorumluluğunu nasıl etkileyeceğinin belirlenmesi önem arz eder.

Amerikan hukukunda kabul edildiği gibi kişinin kendisini bilerek ve isteyerek riske maruz bırakması, bu riskten korunması mümkünken bu korunmayı bilinçli bir biçimde yapmaması, Türk hukukunda da belirli hallerde zarar görenin kusuru kabul edilebilir¹⁸³. Ancak kanımızca kişinin kendisini bilerek ve göze alarak bir riske maruz bırakması, zarar görenin olası zarara örtülü biçimde rıza verdiğini gösteremez. Elbette ki zararın doğmasına etkisi varsa zarar görenin bu yöndeki iradesine hukuki sonuç bağlanmalı ve bu husus sorumluluğun paylaşılmasında dikkate alınmalıdır¹⁸⁴. Ancak, zarar görenin zarara uğramak noktasında örtülü de olsa bir rızası olduğu kabul etmek makul değildir. Zarar gören bir riski göze alarak hareket etse bile hiç bir zarara uğramak istemez. Özellikle olağanüstü tehlikeli olarak yürütülen ve soyut bir tehlike arz eden tehlikeli faaliyetin yürütüldüğü bir durumda zarar görenin zarar görmeye rıza gösterdiğini düşünmek mantıklı değildir. Örneğin Amerikan hukukunda verilen örnekte, bir kişinin dinamit yüklü olduğunu bildiği bir kamyonu hatalı olarak sollayıp zararın doğmasına yol açması, o kişinin zarar görmeye örtülü biçimde de olsa rıza gösterdiği anlamına gelmemesi gerekir.

Öte yandan, Türk hukukunda da zarar görenin böyle bir riski bilerek, hesaba katarak ve bilinçli bir karar vererek alması iradesine sonuç bağlanmalıdır. Ancak bu sonucun, Amerikan hukukunda üçüncü *Restatement*'ta kabul edilen karşılaştırmalı sorumluluk ilkesinde de olduğu gibi, zarar görenin kusuru olarak dikkate alınması

¹⁸² Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 206; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 107.

¹⁸³ Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 107; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 206; Nilgün Başalp, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 64.

¹⁸⁴ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 208-210.

daha uygundur¹⁸⁵. Zarar görenin üstlendiği risklere, zarar görenin kusuru altında da hukuki sonuç bağlanabilir. Zarar görenin göze aldığı risk, aynı zamanda zarar görenin söz konusu riski öngördüğünün ispatıdır. Zarar görenin öngördüğü ve buna rağmen göze aldığı risk, zarar görenin kusuru teşkil etmelidir¹⁸⁶. Ayrıca riskin üstlenilmesi başlığı altında bir tartışma yapmaya kanımızca gerek yoktur.

Bununla birlikte zarar görenin riski üstlenmesinin sorumluluğa etkisi, kusursuz sorumluluk ilkesinin bir hukuk sistemindeki varlık amacına ve ona yüklenen anlama göre de değişiklik arz edebilir. Bu açıdan Amerikan hukukunda tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun esas varlık amacı genel olarak pasif olan, yani faaliyetle uzaktan yakından ilgisi olmayan zarar göreni korumak için savunulmaktadır. Bu nedenle Amerikan hukukunda tamamen hareketsiz olmayan zarar görenin kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazminat elde etmesi pek arzu edilmemektedir. Oysa ki Türk hukuku açısından sorumluluk bu derece sınırlı anlaşılmamaktadır. Örneğin Amerikan hukukunda elektrik ya da doğalgaz hatlarından doğan zararlarda zarar görenin de etkisinin olabileceğini düşünen Amerikan mahkemeleri bu davalar için tehlike sorumluluğunu uygun bulmamaktadırlar. Oysa ki Türk hukukunda böyle bir yaklaşım söz konusu değildir¹⁸⁷. Bu anlayış farkı, iki hukuk sisteminde kimi zaman farklı sonuçları kaçınılmaz kılacaktır. Örneğin, elektrik hatlarına temas etme imkanı bulunan bir zarar görenin, elektrik hatlarından doğan zararlarda tamamen hareketsiz olamayacağı nedeniyle kusursuz sorumluluk altında tazminat edinmemesi, Türk hukuku bakımından aynı sonucu doğurmayabilir. Zira, Türk hukukunda zarar görenin elektrik hatlarına dikkatsizlikle teması dahi olsa, buradan doğan zararlar sebebiyle sadece bu gerekçeye dayanılarak kusursuz sorumluluğun reddedilmesi mümkün olmamalıdır. Kanımızca tehlike sorumluluğun öncelikli varlık sebebi, bir fayda temin etmek amacıyla toplumsal hayata olağanüstü riskler getirenlerin, meydana gelen zarara katlanmasının adil görülmesidir. Böyle bir temas ancak tazminattan indirim yol açabilmelidir.

¹⁸⁵ Schwartz, *Contributory Negligence*, s. 188.

¹⁸⁶ Baysal, *Zarar Görenin Kusuru*, s. 210.

¹⁸⁷ Yarg. 3. HD., E.2014/4403, K.2014/9751, T. 17.06.2014; Yarg. 3. HD., E.2016/6701, K. 2017/17400, T. 11.12.2017

D. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN KUSURU

1. *Rylands v. Fletcher* Davasındaki Yaklaşım

Amerikan hukukunda tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun üçüncü kişinin davranışının, araya giren bir neden olarak sorumluluğu engelleyip engellemeyeceğini tespit etmeden önce, bu sorumluluk biçiminin temelini oluşturan *Rylands v. Fletcher* davasının bu hususta kabul ettiği anlayışı incelemek gerekir.

Rylands v. Fletcher davasında mahkeme, zarar verenin inşa ettiği su deposundan taşan suyun zarar görenin madenine zarar vermesi sebebiyle kusursuz sorumluluğu uygulamıştır. Ancak mahkeme, bu olayın araya giren öngörülemeyen bir sebep nedeniyle meydana geldiğinin zarar veren tarafından gösterilmesi halinde, kusursuz sorumluluğun kurulmayacağını da belirtmiştir. Mahkemenin bu ifadesinde yer alan, kusursuz sorumluluğu kesen bir sebep olarak öngörülemeyen bir sebebin araya girerek zarar sebep olması hususu önem arz eder. Zira bu kararın sonrasında dava konusu olan benzer olaylarda da mahkemeler bu anlayışı takip etmiştir. *Rylands v. Fletcher* davasında esasen mücbir sebep olarak belirtilen durum, aynı şekilde üçüncü kişinin önlenemez ve öngörülemez müdahalesi neticesinde meydana gelen zararlardan da zarar verenin sorumlu tutulmasını engellemiştir¹⁸⁸. Örneğin bir davada, akış yönü üçüncü kişi tarafından değiştirilen bir barajın sebep olduğu zarar için mahkeme, üçüncü bir kişi tarafından sebep olunan zarar için zarar verenin sorumluluğunun bu kadar genişletilemeyeceğini ifade etmiştir¹⁸⁹. Benzer şekilde benzinin üçüncü kişinin müdahalesi sebebiyle kamyonun sızması ile ilgili birçok davada da sorumluluk uygulanmamıştır¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Deakin/Johnston/Markesinis, **Tort Law**, s. 620.

¹⁸⁹ **Box v. Jubb**, L.R. 4 Ex.Div. 76, 1898. Zarar görenin kendisinin bu zarara sebep olması halinde ise sorumluluğun evleviyetle uygulanmayacağı yönündeki karar için bkz. **Rozewski v. Simpson**, 9 Cal. 2d 515, 71 P.2d 72, 18937.

¹⁹⁰ **Smith v. Great Western R. Co.**, 42 T.L.R., 391, 1926; **Kaufman v. Boston Dye House**, 280 Mass. 161, 182 N.E. 297, 1932; **Siegler v. Kuhlman** davasındaki bir mahkeme üyesinin değerlendirmesine göre; aracın sahibi sadece, zarara neden olan yanıcı ve patlayıcı maddenin, üreticinin kontrolünün, kamyon taşımacılığı yapan işletmecinin veya sahibinin ötesinde dışarıdan herhangi bir gücün görünen bir müdahalesi olmaksızın yayılması halinde kusursuz sorumlu tutulmalıdır. Diğer bir kusurlu kullanılan aracın söz konusu kamyonu çarpması halinde kamyon

Esasen tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun sınırının nerede çizileceği bazı hallerde bir hukuk politikası tercihi de olabilir ve her bir tercih muhtelif sebeplerle gerekçelendirilebilir. Örneğin, zarar verene tehlikeli faaliyetin yürütülmesinde bir zarar meydana geldiğinde kusursuz sorumluluğun uygulanması, bu sorumluluğun kusur aranmayan ağır bir sorumluluk türü olması nedeniyledir. Buna göre bir kişi, zarara üçüncü kişilerce yol açılması halinde de zarar verenin sorumlu tutulmasının, oldukça ağır olan bu sorumluluğun daha da genişletilmesi anlamına geleceğini düşünebilir¹⁹¹. Ancak öte yandan, zarar verenin kendi kontrol alanına getirdiği ve orada tuttuğu olağanüstü bir riskin, üçüncü kişilerin müdahale ihtimalini de içinde barındırdığı ifade edilebilir. Zira üçüncü kişilerin müdahalesinin olağandışı ya da olanaksız bir müdahale olarak düşünülmemesi de mümkündür. Bu nedenle sorumluluğun üçüncü kişileri de dahil edecek ve üçüncü kişilerin olası müdahalesini önlemeyi de içine alacak şekilde genişletilebilmesi olasıdır. Bir başka ifadeyle, üçüncü kişilerin müdahalesi öngörülemez olarak kabul edilmeyip, faaliyetin tipik riskinin kapsamında kabul edilebilir.

2. Restatement Düzenlemelerinde Üçüncü Kişinin Kusuru

Amerikan hukukunda haksız fiile yol açan davranışı riskli hale getiren araya giren neden, sorumluluğu sınırlandıran bir etken olarak görülmektedir¹⁹². Araya giren bir neden, yerine geçen neden halini alarak; zararın, zarar verenin davranışının en yakın nedeni olmasını engeller. Ancak zarar verenin üçüncü kişi tarafından yaratılan riskle ilişkili olarak sorumlu tutulması da mümkündür. Buna göre riskin, zarar verenin sorumluluğunun kapsamında kalıp kalmadığı incelenmelidir¹⁹³. Bir diğer deyişle, zarar, zarar verenin davranışının en yakın sebebi olabilir. Burada üçüncü kişinin davranışının ihmal ya da kasıt taşıması önem taşımaz. Hatta suç teşkil eden bir davranış dahi öngörülebilir bir davranış olabilir. Mahkemelerin büyük

sahibinin zarardan sorumlu olacağı anlamına gelmemelidir. Ancak bu olayda, yük vagonu dışarıdan bir müdahale olmaksızın kamyonundan ayrılmıştır. Dolayısıyla kusursuz sorumluluk uygulanmalıdır. Sieglar v. Kuhlman, 81 Wash.2d 448,455,502, P.2d 1181 (1972) Bkz.: yuk. Bölüm 2, III, C.

¹⁹¹ Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, **Torts**, s. 565; Deakin/Johnston/Markesinis, **Tort Law**, s. 619.

¹⁹² Restatement of Torts, §447 (a), 448; Restatement (second) § 442A, 447 (a), 448

¹⁹³ Harper/Fleming/Gray, **Torts**, s. 190-192.

çoğunluğu da araya giren nedenin öngörülebilir olup olmadığını değerlendirmektedir¹⁹⁴.

Amerikan hukukunda bir zararın doğma şekli de zararın en yakın sebebi yaklaşımı altında öngörülebilirlik testinin uygulanmasıyla incelenmektedir. Buna göre üçüncü kişinin davranışı sebebiyle doğan zararın, tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğu sınırlayıp sınırlamadığı yine öngörülebilirlik testi kapsamında tespit edilebilir. Bu açıdan ilgili tehlikeli faaliyet yürütenler için üçüncü kişilerin müdahalesinin az sayıda ve olağan olup olmaması önem taşır. Bu nedenle üçüncü kişilerin müdahalesinin makul biçimde öngörülebildiği hallerde sorumluluk yine de kurulabilir. Bu anlayış, birinci ve ikinci *Restatement*'ta da kabul edilen anlayıştır. Buna göre, tehlikeli faaliyet yürütenler, üçüncü kişilerin müdahalesi sebebiyle sorumluluktan kurtulmamalıdır¹⁹⁵. Bununla birlikte üçüncü *Restatement*, daha önce de ifade ettiğimiz gibi, sorumluluğun sınırlandırılmasının, risk ölçütü ile sorumluluğun kapsamı başlığı altında değerlendirmenin daha uygun olduğunu ifade etmiştir. Bu yaklaşıma göre de araya giren bir nedenin tehlike faaliyetin tipik riskinin kapsamı içinde olup olmadığı değerlendirilmelidir.

İkinci *Restatement*, kusursuz sorumlulukta araya giren nedenler ilgili tek bir kural geliştirmemiştir¹⁹⁶. Ancak yine de mücbir sebep, üçüncü kişinin kusuru gibi beklenmeyen araya giren nedenlerin varlığı halinde sorumluluğun kesileceğini ifade etmiştir¹⁹⁷. Bununla birlikte ikinci *Restatement*, tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluk için farklı bir yaklaşım öngörmüştür¹⁹⁸. Buna göre, araya giren nedenler öngörülebilir olsa dahi kusursuz sorumluluk uygulanacaktır. Üçüncü kişinin davranışının kasıt içermesi hali ise sorumluluğu engelleyebilir¹⁹⁹. Üçüncü

¹⁹⁴ Öngörülebilene araya giren nedenin, yerine geçen neden olmadığı yönünde bkz. *Coyne v. Tabe Partners I*, 53 F.3d 454, 460 (1st Cir. 1995); *Stagl v. Delta Airlines, Inc.*, 52 F.3d 463, 473-474 (2d Cir. 1995)

¹⁹⁵ Harper, **Proximate Cause**, s. 1009.

¹⁹⁶ *Restatement (Second) of Torts*, § 504(3)(c) (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 17.02.2015

¹⁹⁷ *Restatement (Second) of Torts*, § 510 (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 17.02.2015.

¹⁹⁸ *Restatement (Second) of Torts*, § 504(3)(c) (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 17.02.2015

¹⁹⁹ Bazı raportörler, kusursuz sorumlulukta ortak bir ilke olması gerektiğini ve özellikle beklenmeyen kasti müdahalelerde zarar verenin kusursuz sorumlu tutulmaması yönünde ortak bir kanı olduğu ifade etmiştir. Ancak başka bir görüşe göre, kusursuz sorumluluk halleri arasında risklere göre önem farkı olduğu beyan etmiş bu sebeple daha az risk içeren bir kusursuz sorumluluk türünde zarar verenin

Restatement ise arz ettikleri tehlikeye göre farklı temellere dayanan kusursuz sorumluluk türlerinin birbirinden farklı olan risklerini dikkate almayı önermektedir²⁰⁰.

Amerikan hukukunda ileri sürülen bir görüşe göre de, ikinci *Restatement*'in yaklaşımı doğrudur. Örneğin, uçağın yere verdiği zararlar kapsamında havadan gelen şeye maruz kalan kişilerin zararları için kusursuz sorumluluk uygulanır. Havadan gelen bu şey, uçağın mekanik yapısından kaynaklanan bir sorun sebebiyle düşen bir metal ya da yıldırım veya bir terörist bombası sebebiyle düşen uçak parçaları olabilir. O halde sorumluluk biçimlerini farklılaştırmaya gerek yoktur. Öyle ki, havayolu şirketi; kötü metale, kötü havaya ve kötü insanlara karşı gerekli önlemleri almalıdır. Kusursuz sorumluluk uygun önleyici önlemleri almada havayolu şirketini teşvik eder ve havayolu şirketinin kaçınılmaz kaza yüküne katlanmasını gerekli kılar. Dolayısıyla zarar verenin tehlikeli faaliyet seviyesini düşürebilir. Bu nedenle bu tip bir kazayı diğerlerinden ayırmak için bir gerekçe yoktur²⁰¹.

Türk hukukunda da üçüncü kişini kusuru hem kusur hem de kusursuz sorumluluk hallerinde sorumluluğun kurulmasını engelleyebilir²⁰². Ancak üçüncü kişinin kusurunun failin sorumlu tutulmasını engelleyebilmesi için belirli bir ağırlığa ulaşmış olması gerekir. Bir diğer ifadeyle üçüncü kişinin zarara yol açan kusurlu davranışı, zararın tek sebebi olmalıdır²⁰³. Bir kusursuz sorumluluk türü olan tehlike sorumluluğunda ise zarar ile işletme faaliyetinin tipik riski arasında nedensellik bağı olması gerektiği için, üçüncü kişinin kusuru bu tür faaliyetlerde özellik arz eder²⁰⁴. Tehlike sorumluluğunda üçüncü kişinin nedensellik bağını kesip kesmeyeceği ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre, üçüncü kişinin kusurunun, tipik tehlikeyi ortadan

araya giren neden sınırlamasından fayda sağlamaması gerektiğini ifade etmiştir. (Dean William Lockhart'ın ifadesi). *Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm* § 25 (2010).

²⁰⁰ *Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm* § 25 (2010).

²⁰¹ Jones, **Hazardous Enterprise**, s. 1705.

²⁰² Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku**, s. 49; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 538; İmre, **Kusursuz Mes'ûliyet**, s. 204.

²⁰³ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 527.

²⁰⁴ Çekin, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 309.

kaldırarak yoğunluğa ulaşması mümkün değildir²⁰⁵. Kanımızca üçüncü kişinin davranışının tipik riski ortadan kaldırması oldukça zordur²⁰⁶.

3. Mahkeme Kararlarında Üçüncü Kişinin Kusuru

Amerikan mahkemelerinin öngörülebilirliğin vurgusu üzerine temellendirilen araya giren nedenlerle ilgili, uyumlu olmayan kararları mevcuttur. *Bianchini v. Humble Pipe Line Co.* davasında²⁰⁷ gemi operatörlerinin, boru hatlarına zarar vermesi üzerine mahkeme, müdahalenin öngörülebilir olup olmadığını tartışmadan üçüncü kişinin müdahalesinin kusursuz sorumluluğu engelleyeceğine karar vermiştir. Başka bir davada²⁰⁸ ise zarar verenin hem beklemediği hem de kontrol edemediği üçüncü kişilerin müdahalesinde kusursuz sorumluluğun uygulanmayacağı ifade edilmiştir. *Melso v. Sun Pipe Line Co.* davasında²⁰⁹ ise zarar verenin petrol boruları, televizyon kablosu döşeyen işletme tarafından patlatılmıştır. Mahkeme bu davada araya giren kusurlu müdahalenin sorumluluğu engelleyeceğini ifade etmiştir. Başka bir davada ise araya giren kusurlu davranış, sınırlama olarak kabul görmemiştir. Davada, gaz ile uygulanan dezenfektasyonda gazlar, üçüncü kişi tarafından hatalı yapılan duvarı aşmıştır. Ancak, mahkeme burada üçüncü kişinin kusurunun kusursuz sorumluluğu engellemediğini ifade etmiştir²¹⁰.

Daha önce incelediğimiz *Siegler v. Kuhlman* davasında²¹¹ Washington Yüksek Mahkemesi, kamyonla benzin nakliyesinin tehlikeli faaliyet olduğunu ifade etmiştir. Ancak, mahkeme hakimlerinin çoğunluğu, kazanın üçüncü bir araç sürücüsünün kusurlu hareketi sebebiyle meydana gelmesi halinde kusursuz sorumluluğun uygulanamayacağını beyan etmişlerdir. Bununla birlikte, aynı mahkeme, *Klein v. Pyrodyne Corp.* davasında²¹², hatalı üretilen havai fişegin,

²⁰⁵ Tandoğan, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 296.

²⁰⁶ Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 189; Tiftik **Genel Kural**, s. 29; Çekin, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 309; Başoğlu, **Çevre Zararları**, s. 216.

²⁰⁷ *Bianchini v. Humble Pipe Line Co.*, 480 F.2d 251 (5th Cir. 1973).

²⁰⁸ *Albig v. Mun. Auth.*, 502 A.2d 658, 664 (Pa. Super. Ct. 1985).

²⁰⁹ *Melso v. Sun Pipe Line Co.*, 576 A.2d 999 (Pa. Super. Ct. 1990).

²¹⁰ *Old Island Fumigation, Inc. v. Barbee*, 604 So.2d 1246 (Fla. Dist. Ct. App. 1992).

²¹¹ *Siegler v. Kuhlman*, 502 P.2d 1181 (Wash. 1972). Bkz.: yuk. Bölüm 2, III, C.

²¹² *Klein v. Pyrodyne Corp.*, 810 P.2d 917 (Wash. 1991).

üreticisinin kusurlu olması ihtimalinde dahi sorumluluğun uygulanacağını belirtmiş ve üçüncü kişinin kusurunu bir savunma olarak reddetmiştir. Mahkeme, üçüncü kişinin kusuru savunmasının bazı hallerde kabul göreceğini ifade etmiş ve bunun da faaliyetin olağanüstü riskiyle ilgili olarak öngörülen bir durum olup olmadığına göre değişeceğini ifade etmiştir. Bu açıdan *Yukon Equipment v. Fireman's Fund Insurance Co.*²¹³ davasındaki karar da önemlidir. Davada dört hırsızın, hırsızlığa ilişkin delilleri yok etmek maksadıyla yangın çıkardıkları patlayıcı deponun verdiği zarar nedeniyle mahkeme kusursuz sorumluluğu uygulamıştır. Söz konusu deponun kent dışında kalan bir arazide konuşlandırılmış olması ve davalı tarafın hırsızlarının hareketinin zararın tipik riskin yerine geçen nedeni (*superseding cause*) olduğuna ilişkin iddiaları bu kararı engelleyememiştir. Zira zarar veren daha önce de böyle bir hırsızlık olayına maruz kalmıştır. Bu nedenle mahkemeye göre, hırsızların bu hareketi zarar verenin farkında olduğu bir risktir ve olağandışı sayılacak kadar yaygın olmayan bir hareket biçimi değildir. Buna göre öngörülebilirlik de esasen tipik riskin kapsamı ile ilgili bir test olarak görünmektedir.

Amerikan hukukundaki uygulamaya bakıldığında, ikinci *Restatement*'a göre, üçüncü kişinin bir müdahalesi olduğunda, bu kişinin ağır kusurlu davranışının dahi kusursuz sorumluluğa engel olmayacağı; ancak üçüncü kişinin kasti müdahalesinin zarar verenin kusursuz sorumluluğunu engelleyeceği kabul edilmiştir²¹⁴. Bir davada²¹⁵ bir kişi, zarar verenin dinamit yüklü tırına tüfikle ateş ederek büyük bir patlamaya sebep olmuştur. Mahkeme zarar verenin kusursuz sorumlu olmadığına karar vermiştir. Öte yandan bilerek yerleştirilen dinamit yığınları üzerindeki kontrolün zor olması nedeniyle patlama riskini her zaman taşıdığı düşünülebilir. Bu sebeple benzer bir davada Alaska Mahkemesi, zarar vereni kusursuz sorumlu tutarak tersi yönünde karar vermiştir²¹⁶.

²¹³ *Yukon Equipment v. Fireman's Fund Insurance Co.*, 585 P.2d 1206, 1211 (Alaska, 1978).

²¹⁴ Barajın sabotaj sonucu patlatılmasında, zararın zarar veren tarafından öngörülebilir olup olmadığı araştırılmadan kusursuz sorumluluk reddedilmiştir. *Wheatland Irrigation District v. McGuire*, 537 P.2d 1128 (Wyo. 1975). Başka bir davada ise işvereni ile ihtilafçı çalışan işletmeye ait patlayıcıları kasten patlatmıştır. Üçüncü kişinin suç içeren davranışı nedeniyle kusursuz sorumluluk reddedilmiştir. *Pecan Shoppe v. Tri-State Motor Transit Co.*, 573 S.W.2d 431 (Mo. Ct. App. 1978).

²¹⁵ *Pecan Shoppe of Spring Field, Missouri Inc. v. Tri-State Motor Transit Co.*; 573 S.W. dd 431 (Mo. App. 1978).

²¹⁶ *Yukon Equip. v. Fireman Fund Ins. Co.*; 585 P. 2d 1206 (Alaska, 1978).

Kanımızca da örneğin, Amerikan hukukundaki örnek davaya bakıldığında, dinamit deposuna üçüncü kişinin tüfekle ateş ederek patlamaya neden olmasında esasen zarara tipik risk sebebiyet vermiştir. Zira patlayıcıların depolanması faaliyeti, patlayıcı yığınlarının üzerindeki kontrol imkanının zayıf olması sebebiyle özü itibariyle oldukça tehlikelidir. Elbette ki üçüncü kişinin davranışı burada savunma olarak kabul edilebilir. Ancak bu kabul, tipik riskin içerdiği tehlike yoğunluğunun araştırmasını gerektirir. Yukarıda verdiğimiz örnekte patlama rastgele olmamış; tipik risk üçüncü kişi tarafından tetiklenmiştir. Kanımızca bir dinamit deposuna ateş etmekle bir mobilya deposuna ateş etmek arasında fark olduğu kabul edilmelidir²¹⁷. Tehlikeli faaliyeti yürütme kararı verenlerin ağır bir sorumluluğa tabi olduğu gerçektir. Ancak ağır sorumluluğa tabi olmalarının esasen bir sebebi vardır. O sebep de toplumsal hayata, makul özen gösterilse dahi kontrol edilmesi zor olan olağanüstü bir tehlike getirmektir. Bu sebebin üçüncü kişilerin müdahalesi açısından da dikkate alınması gerekir. Patlayıcı depolamak toplumsal hayata oldukça yoğun bir tehlike getirmektedir. Bu faaliyetin içerdiği tipik risk üzerindeki kontrol oldukça zordur ve bu sebeple tehlike sorumluluğuna tabi tutulmuştur. Bu nedenle üçüncü kişilerin davranışının kontrol edilmesinin zor olması, bu sorumluluğun uygulanmasını tek başına engellememelidir.

Bununla birlikte, tehlikeli bir faaliyeti yürütmeye karar verenler, tipik riskin aktif olmaması için en azından makul özeni göstermeli, üçüncü kişilerin olası müdahalelerini de yaptıkları faaliyetin türüne göre dikkate almalıdır. Örneğin, dinamit depolayan bir işletme, üçüncü bir kişinin ateş etmesi sebebiyle tipik riskin tetiklenebileceğini hesaba katmalıdır. Bu müdahaleyi tamamen olanaksız ya da tahmin edilemez kabul etmek mümkün olmamalıdır. Zira, böylece üçüncü kişilerin müdahalesinin tehlikeli faaliyetin tipik riskinin kapsamına dahil edilmesi de mümkündür. Bu açıdan zarar verene sorumluluk yüklenmesi, önleyicilik açısından da etkin olabilir. Böyle bir durumda tehlikeli faaliyet yürütenlerin üçüncü kişilerin müdahalesini dikkate almaları sağlanabilir ve olası kazaların önlenmesi bakımından fayda sağlanabilir.

²¹⁷ Çekin, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 309.

Kanımızca burada temel sorun, mahkemeleri kusursuz sorumluluğa yöneltenin, riskin üçüncü kişi tarafından başlatılan, tetiklenen ya da üçüncü kişinin katıldığı bir risk olup olmadığı sorunudur. Bu görüş, üçüncü *Restatement*'da kabul edilen risk kapsamı kuralını yansıtmaktadır. Eğer, başkaları dinamit depolanmasının taşıdığı özel riski tetiklemiyorsa o zaman yukarıdaki ilk mahkeme kararı doğrudur. İkinci *Restatement* uygulamadayken başkalarının, en azından kasti hareketinin olmadığı durumlarda müdahalesinin tehlikeli faaliyetin bir parçası olduğunu ilişkin bir görüş belirtilmiştir²¹⁸. Ancak bazı mahkemeler böyle durumlarda kusursuz sorumluluk uygulamayarak ikinci *Restatement*'ın görüşünü reddetmişlerdir²¹⁹. Bu uygulamalara bakıldığında ise, riskin kapsamını dikkate almadan kusursuz sorumluluğu kesen kurallar sorun teşkil edebilir. Örneğin, havaya sıkılan ilaç zerreciklerinin kontrol edilemezliği kusursuz sorumluluğa karşı değil, onun uygulanması için bir gerekçedir. Aynı yorum üçüncü kişinin müdahalesinde de uygulanabilir. Bu açıdan her davada ayrı yapılacak değerlendirme ile sadece üçüncü kişinin müdahalesinin tipik riskin kapsamında kalıp kalmadığı belirlenmelidir²²⁰.

E. MÜCBİR SEBEP

1. *Restatement* Düzenlemelerinde Mücbir Sebep

Amerikan hukukunda *Restatement*'ta ifade edildiği üzere mücbir sebep (*act of God*) ciddi derecede etkili ve olağandışı olumsuz doğa olaylarıdır²²¹. İhmale dayalı sorumlulukta mücbir sebebin nedensellik bağına kesmesi mümkündür. Buna göre öncelikle mücbir sebebin öngörülebilir olasılığının öngörülebilir zarar olasılığı ile ilgisi incelenmeli; eğer mücbir sebebin öngörülebilir olduğu tespit edilirse, zarar veren açısından ne gibi önlemlerin alınmasının mümkün olduğu değerlendirilmelidir²²². Örneğin, öngörülebilir bir kasırganın etkilediği bir tesisin uygun yapılmaması, zarar verenin ihmali olarak değerlendirilebilir. Böyle bir dava

²¹⁸ Restatement(Second) of Torts § 510, 522 (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 13.05.2015.

²¹⁹ Bianchini v. Humble Pipeline Co. 480 F.2d 251 (5th Cir. 1973).

²²⁰ Restatement (third) of Torts: Physical and Emotional Harm, § 34, (2010).

²²¹ Restatement (third) of Torts: Physical and Emotional Harm, § 3, (2010).

²²² Restatement (third) of Torts: Physical and Emotional Harm, § 3, (2010).

söz konusu olduğunda, mücbir sebeple ilişkili olarak meydana gelebilecek zarar ihtimalinin ne derece hesaba katıldığı incelenecektir. Aynı zamanda olması beklenen ya da olmakta olan bir mücbir sebep için ne şekilde önlem alındığı da ihmalin varlığı açısından önemlidir. Ancak meydana geldiği sırada öngörülebilirlik değerlendirmesi artık yapılmaz; sadece önlem değerlendirilmesi yapılır. Esasen böyle bir değerlendirme jüri açısından bir kusur ve nedensellik değerlendirmesidir. Bu nedenle de önlenebilirlik, öngörülebilirlik ve nedensellik araştırması yeterli olabilir.

Türk hukukunda ise mücbir sebep, öngörülemeyen ve zararın doğmasına kaçınılmaz olarak yol açan olağanüstü olaylar olarak tanımlanmaktadır²²³. Mücbir sebebin varlığı Türk haksız fiil hukukunda belirli hallerde zarar verenin sorumluluktan kurtulmasına imkan verebilir. Kusursuz sorumluluk halleri için de bir sorumluluktan kurtuluş sebebi olarak kabul gören mücbir sebep, mutlaka kaçınılmaz bir olay olmalıdır²²⁴.

Tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluk açısından bakıldığında ise, Amerikan hukukundaki tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun temelini oluşturan *Rylands v. Fletcher* davasında, mahkeme her ne kadar zarar verenin bu olayın araya giren öngörülemeyen bir güç yani mücbir sebep nedeniyle meydana geldiğini göstermesi halinde sorumluluğun uygulanmayacağını ifade etmiş olsa da, hem İkinci *Restatement* hem de son yayımlanan üçüncü *Restatement*, mücbir sebebi kusursuz sorumluluğa engel olarak kabul etmemiştir²²⁵. Ancak bununla birlikte bazı mahkemeler bazı hallerde mücbir sebebin sorumluluğu kaldırabileceğini kabul etmişlerdir²²⁶.

Öte yandan, bir zararın, mücbir sebebin tetiklediği tipik risk sebebiyle doğması halinde mücbir sebebin öngörülemez olması sebebiyle tehlikeli faaliyet

²²³ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 518; İmre, **Kusursuz Mesuliyet**, s. 201; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 464.

²²⁴ Eren, **İllyet Bağı**, s. 176; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 464.

²²⁵ Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, **Torts**, s. 564; Restatement (Second) of Torts; Restatement(Third) of Torts Liability for Physical and Emotional Harm § 25 (2010); Deakin/Johnston/Markesinis, **Tort Law**, s. 620.

²²⁶ Restatement (Second) of Torts; Restatement(Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm § 25 (2010); Deakin/Johnston/Markesinis, **Tort Law**, s. 620.

yürütenlerin sorumlu tutulmaması gerektiği de ileri sürülebilir. Ancak, birinci ve ikinci *Restatement*, tehlikeli faaliyet yürütenlerin, mücbir sebeple tetiklenen bir tipik riskten zarar doğduğu takdirde sorumluluktan kurtulmamaları gerektiğini ifade etmiştir. Buna göre, eğer zarar, sonuç olarak faaliyeti tehlikeli kılan tipik riskten meydana gelmişse sorumluluk kurulmalıdır²²⁷.

2. Mahkeme Kararlarında Mücbir Sebep

Restatement'lardaki yaklaşımın aksine bazı mahkeme kararlarında mücbir sebebin kusursuz sorumluluğu engellediği görülmektedir. *Smith v. Bd. of County Rd. Comm'rs* davasında²²⁸ mücbir sebep savunması çok güçlü sağanak yağmur sebebiyle taşan baraj için kabul edilmiştir. Yine *Trotter v. Callens* davasında²²⁹ mahkeme, havadan spreyleme davasında ikinci *Restatement*'ın görüşünden ayrılmış; insan yetenek, özen ve öngörmesiyle engellenmesinin mümkün olmadığı derecede sıra dışı olan mücbir sebebin sorumluluğu keseceğini ifade etmiştir. Bu görüş ise esasen kusur sorumluluğunun bir şekilde kusursuz sorumluluk yaklaşımına sokulmasını ifade ettiği yönünde eleştirilmiştir.

Tehlike sorumluluğu açısından ise kanımızca mücbir sebep nedeniyle sorumluluğun uygulanmaması zor olmalıdır. Zira her durumda zararın sebebi tipik risktir ve soyut olarak tanımlanan tehlike somutlaşmıştır. Kaldı ki tehlike sorumluluğunun varlık amacı her türlü önleme rağmen engellenemeyen zararlar için tazminin sağlanmasıdır. Örneğin deprem sonucu bir boru hattında sızıntı meydana geldiğinde tipik risk zarara sebebiyet vermiştir. Sızıntının deprem olmasa da her türlü önleme rağmen meydana gelebilecek olması sorumluluğun zaten varlık nedenidir²³⁰. Kontrol zorluğu her ihtimalde vardır. Riskin önlemlere rağmen belirli olmayan bir zamanda, belirli olmayan bir sebeple tetiklenmesi ihtimali hali hazırda sorumluluğun uygulanma sebebidir. Şu halde, tipik riskin yine kaçınılmaz olarak ve belirli olmayan bir zamanda meydana gelen mücbir sebepten dolayı tetiklenmesi, sorumluluğu derhal

²²⁷ Harper, **Proximate Cause**, s. 1009.

²²⁸ *Smith v. Bd. of County Rd. Comm'rs*, 146 N.W.2d 702, 703 (Mich. Ct. App. 1966).

²²⁹ *Trotter v. Callens*, 546 P.2d 867 (N.M. Ct. App. 1976).

²³⁰ Çekin, **Tehlike Sorumluluğu**, s. 245.

kesen bir sebep olarak dikkate alınmamalıdır. Üçüncü kişinin kusurunda olduğu gibi, zararın faaliyetin tipik riskinin kapsamına dahil olup olmadığı araştırılmalıdır. Kanımızca bir işletme faaliyeti ne kadar tehlikeli ise, mücbir sebebin nedenselliği kesmesi de o kadar zor olmalıdır²³¹. Burada da mücbir sebebin öngörülemezlik unsuru devreye girer. Örneğin, bir bölgede tehlikeli bir faaliyet yürütenler için, o bölgede sık sık gerçekleşen bir doğa olayının öngörülemez olduğunu söylemek güç olmalı ve depremin, tipik riskin kapsamında kaldığı kabul edilmelidir²³².

Hem Türk hem Amerikan hukukunda tehlike sorumluluğu, bu sorumluluğa temel olan ilkeler ışığında incelendiğinde de zaten engellenemeyen zararlardan zarar göreni korumak maksadıyla kabul edilmiş bir sorumluluk biçimidir. İşletme sahibi, engellenemeyen tipik riskin varlığını bilmesine rağmen ilgili faaliyeti yürütmeye karar vermiştir. Mücbir sebep teşkil edecek birçok olay da ihtimal dahilinde olduğu bilinen ama ne zaman vuku bulacağı öngörülemeyen olaylardır²³³. Bu olaylarını da faaliyetin tipik riskinin böyle bir olayla da tetiklenebileceğini bilmektedir. Örneğin, üçüncü kişinin kusuru konusunda ifade ettiğimiz gibi yıldırımın dinamit deposuna düşmesiyle giyim deposuna düşmesi arasında fark olduğu, dinamit deposuna düştüğünde bir patlamaya sebebiyet verebileceği bilinir²³⁴. Bu nedenle mücbir sebep her ne kadar ne zaman ve ne şekilde vuku bulacağı öngörülemeyen bir olay olsa da, olabileme ihtimali olan olaylardır. Mücbir sebebin sorumluluğu her zaman kesmemesi, toplumsal hayata zaten hali hazırda olağanüstü risk getirmiş olan tehlikeli faaliyet yürütenleri, mücbir sebebin yürüttükleri faaliyetin tipik riski üzerindeki olası etkisini ve sonuçlarını hesaba katmaya da yöneltebilir. Bu husus önleyicilik açısından önem taşır. Örneğin, bir boru hattı projesinde, bu boru hattının güzergahı, deprem riskini hesaba katılarak belirlenmeli, her türlü uyarı ve müdahale sisteminin buna göre kurulması gerekir²³⁵. Buna rağmen elbette ki zararın doğması mümkündür. Ancak bilinen bir riske karşı önlem alınmaması halinde ek kusur söz konusu olabilir.

²³¹ Erişgin, **Tehlike Bağı**, s. 126.

²³² Aynı yönde bkz. Başoğlu, **Çevre Zararları**, s. 212.

²³³ Yamaç Güneylı, **Sınıraşan Boru Hatlarının Üçüncü Kişilere Verdiğı Zararlardan Doğan Sorumluluk**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 104.

²³⁴ Çekin, **Tehlike Sorumluluğı**, s. 309.

²³⁵ Güneylı, **Sınıraşan Boru Hatları**, s. 104.

Ayrıca bazı hallerde tipik risk, mücbir sebep olarak kabul edilebilecek bir etkene de bağlı olabilir²³⁶. Örneğin, hava boşluğuna giren bir uçağın düşmesi böyledir. Bu noktada Amerikan hukukunda da ileri sürülen fikirde olduğu gibi kontrol edilemezlik kusursuz sorumluluğun uygulanması için bir gerekçedir. Bu nedenle tahmin edilebilmesine rağmen engellenemeyen olayları ifade eden mücbir sebep, her somut olaydaki tipik riskin arz ettiği tehlikenin yoğunluğu dikkate alınarak ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

F. TEHLİKELİ FAALİYETLERDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN UYGULAMA ALANI DIŞINDA KALAN HALLER

1. Genel Olarak

Amerikan hukukunda tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun kapsamı ile sorumluluğun sınırlandırılması (sorumluluktan kurtuluş sebepleri) esasen tehlikeli faaliyetlerden doğan kusursuz sorumluluğun ne ilgili olduğu ve neden var olduğu hakkındadır. Buna göre, kusursuz sorumluluk sadece tipik kabul edilen risk seviyesi, faaliyeti olağanüstü tehlikeli hale getiren zararlar için uygulama alanı bulur²³⁷. Kusursuz sorumluluk, yalnızca ilgili faaliyeti yürütme ile zarar görenin zararının meydana gelmesi arasında hem nedensellik bağı (*cause in fact*) kurulması hem de faaliyeti yürütmenin zararın meydana gelmesinin en yakın sebebi (*proximate cause*) olması halinde uygulanır. Amerikan hukukunda kusur sorumluluğu için de aranan bu unsurlar, kusursuz sorumluluk için de şarttır. Zararın en yakın sebebi olma unsuru, zarar verenin yalnızca davranışının ya da faaliyetinin sonuçlarını öngörebilmesi halinde sorumlu tutulacağını ifade ettiğinden, bu unsurun kusursuz sorumluluk uygulanırken de aranması, kusursuz sorumluluğun bir tür kesin ya da mutlak sorumluluk (*absolute liability*) olmadığını altını çizmektedir²³⁸. Bu açıdan tehlikeli

²³⁶ Yücel, **Tehlike**, s. 165.

²³⁷ The Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm, Chapter 4. Strict Liability, Scope Note (2010).

²³⁸ Abraham, **Tort Law**, s. 173.

faaliyetlerden doğan kusursuz sorumluluk, sadece bir faaliyetle işgal etme sebebiyle uygulanabilecek bir mutlak sorumluluk değildir.²³⁹

Amerikan hukukunda kusursuz sorumluluğun kapsamı açısından öncelikle *Restatement (third) of Torts*'ta yer alan düzenleme incelenmelidir. Buna göre, Amerikan hukukunda genel olarak kusursuz sorumluluk ilkesi aşağıdaki hallerde uygulanmaz²⁴⁰:

- a) Eğer bir kişi, kendisi için bir fayda elde etmek amacıyla, zarar verenin hayvanı ya da yürüttüğü olağanüstü tehlikeli faaliyet ile temasa geçmesi ya da yakınlığa girmesi sonucu maddi ya da manevi bir zarara uğramışsa,
- b) Eğer bir kişi, hukuk tarafından kendisine emredilen bir görevi yerine getirmek sebebiyle bir hayvanın sahiplik ya da zilyetliğini sürdürüyor ya da olağanüstü tehlikeli bir faaliyeti yürütüyorsa.

2. Fayda Sağlayanlar

Amerikan hukukunda kusursuz sorumluluk kuralları büyük ölçüde masum (*innocent*), diğer bir deyişle zarara sebep olan olayla hiçbir ilgisi olmayan üçüncü kişileri korumak amacıyla kabul edilmiş kurallardır. Dolayısıyla, zarar verenin tehlikeli faaliyetine belirli bir fayda elde etmek amacıyla gönüllü olarak yaklaşan kişiler bu kapsamın dışında tutulmaktadır. Böyle bir durumda kusur sorumluluğunun daha uygun olduğu düşünülmektedir.

Fayda sağlama ilkesini örneklerle açıklamak gerekirse, bazı davalarda uçakların yerde meydana getirdiği zararlar için kusursuz sorumluluk uygulanırken, uçakların çarpışması sonucu zarar gören yolcuların zararına ilişkin sorumluluk

²³⁹ Abraham, **Tort Law**, s. 173; The Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm, Chapter 4. Strict Liability, Scope Note (2010).

²⁴⁰ The Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm § 24 (2010) Strict Liability does not apply,

(a) If the person suffers physical or emotional harm as a result of making contact with or coming into proximity to the defendant's animal or abnormally dangerous activity for the purpose of securing some benefit from that contact or that proximity; or

(b) If the defendant maintains ownership or possession of the animal or carries on the abnormally dangerous activity in pursuance of an obligation imposed by law.

türünün kusur sorumluluğu olduğu ifade edilebilir. Zira Amerikan hukukuna göre, yolcular isteyerek bir uçma faaliyetinden fayda sağlamaktadırlar. Aynı şekilde zarar verenin, zarar görenin isteği üzerine zarar görene ait bir arazide patlatma faaliyetinde bulunması ya da evini böcek öldürücü bir kimyasal ile ilaçlaması halinde, bu faaliyetlerden doğacak olası zarar için de kusursuz sorumluluk uygulanmayacaktır²⁴¹.

Sorumluluğun paylaşılması konusunda çıkarılmış olan *Restatement(third) of Torts: Apportionment of Liability*, riskin üstlenilmesi (*assumption of risk*) savunmasını genel olarak tüm haksız fiil davaları için kabul etmiştir. Ancak aynı zamanda zarar görenin ilk bakışta riskin üstlenilmesi anlamına gelecek davranışının belli bazı sorumluluk hallerinde zarar verenin sorumluluğunu sınırlayacak bir davranış olabileceğini de belirtmiştir. Bu nedenle bazı hallerde zarar görenin davranışı, zarar veren açısından ödevin olmadığı (*no duty*) ya da sınırlı ödevin kabul edildiği (*limited duty*) kurallarının devreye girmesine sebep olabilir. Bir başka açıdan da zarar verenin normalde zarar görene karşı yükümlü olduğu bir ödevin kabulünü gerektirecek hallerde zarar verenin çok daha sınırlı bir ödevinin olduğu sonucuna ulaşılabilir. Bu nedenle bir zarar görenin gönüllü davranışı zarar verenin sorumluluğunu etkileyebilirken aynı zamanda zarar verenin göstermekle yükümlü olduğu özen ödevini de etkileyebilir²⁴².

Bir faaliyetten fayda sağlayanların bu faaliyet sebebiyle zarar görmeleri halinde kusursuz sorumluluğun uygulanmayacağına ilişkin olan sınırlama da sorumluluğun paylaşılması hakkında yayınlanmış olan *Restatement*'ta da incelenmiş bir sınırlamadır²⁴³. Buna göre, bu sınırlama normal şartlarda uygulanacak kusursuz sorumluluğu engelleyecek bir savunma değildir. Daha ziyade bu sınırlama, kusursuz sorumluluğun kendi temelinde yer alan kurala ilişkindir. Bu nedenle riskin

²⁴¹ **Villari v. Terminix Int'l. Inc.**, 663 F.Supp. 727 (E.D. Pa. 1987); **Carroll-Boone Water Dist. v. M. & P. Equip. Co.**, 661 S.W.2d, 345, 351 (Ark 1983). "Zarar gören, zarar veren ile arasında zarar verenin evinde kuyu açılmasına ilişkin anlaşma vardır. Bundan zarar gören zarar verenin, 'masum taraf' (*innocent party*) kabul edilmesi mümkün olmadığından, sorumluluk kusursuz olamaz." **Trull v. Caroline-Va. Well Co.**, 142 S.E.2d 622, 625 (N.C.1965).

²⁴² The Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm, Chapter 4. Strict Liability, Scope Note (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 19.12.2017.

²⁴³ Restatement (third) of Torts: Apportionment of Liability (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 19.12.2017.

üstlenilmesi ile yapılacak bir savunma ile fayda sağlama sebebiyle getirilen sınırlama birbirine benzemez. Zira riskin üstlenilmesi, zarar görenin zarar verenin faaliyeti ile karşılaştığında verdiği bir kararın güncel ileri düzey bilgisi olmasını gerektirirken; fayda sağlama sınırlaması, böyle bir bilgi gerektirmez. Fayda sağlama sınırlamasında odaklanılan nokta, zarar görenin faaliyetin yürütülmesinden doğan ve kusursuz sorumluluğunun koruma altına almak için uygulandığı sıradan bir seyirci olmamasını yol açan bir fayda sağlamasıdır. Bu nedenle bir faaliyetten fayda sağladığı sırada göreceği zarar sebebiyle görülen davada kusursuz sorumluluk kurulmayacaktır. Bununla birlikte, evinde telefon hattı kurulması için patlatma faaliyeti gerçekleştirilen zarar gören, kusursuz sorumluluk altında tazmin edilmiştir. Zira, zarar gören, telefon hattı kurulması için patlatma faaliyetinin gerektiğini bilmemektedir²⁴⁴. Bunun dışında zarar görenlerin, tehlikeli faaliyetlerle gönüllü ilişkileri, kusursuz sorumluluğun uygulanmasını engellemektedir. Örneğin, zarar görenin arazisi benzin istasyonu olarak kiralaması ve benzin sızıntısı nedeniyle arazisinde zarar meydana gelmesi halinde kusursuz sorumluluk uygunsuz bulunmuştur²⁴⁵. Yine tehlikeli faaliyet yürüten ile zarar gören arasında bir sözleşme olduğu bir davada mahkeme, zarar görenin kendisini sözleşme ile koruma imkanı olduğundan kusursuz sorumluluğu uygulamayı reddetmiştir²⁴⁶. Yıkma alanına yayınlamak üzere çekim yapmaya gelen kişinin kusursuz sorumluluk talebi de reddedilmiştir. Mahkeme zarar görenin makul özeni göstermediği noktasına odaklanmıştır²⁴⁷. Ancak başka bir davada mahkeme, havai fişek gösterisi sebebiyle izleyicilerin zarar görmesi sonucunda kusursuz sorumluluğu uygulamıştır²⁴⁸. Bu davada mahkeme, sorumluluğu sınırlandırmayı kabul etmemiştir. Ancak bu davadaki karar, diğer benzer yargılamalarda reddedilmiştir.

İkinci *Restatement* da riskin üstlenilmesini tehlikeli faaliyetler için bir tam savunma olarak kabul etmiştir²⁴⁹. Buna göre, zarar görenin patlatma faaliyeti yürütüldüğünü bildiği bir alana gönüllü olarak girmesi halinde patlama riskini

²⁴⁴ Guido v. New York Telephone Co., 538 N.Y.S.2d 87 (App.Div. 1989).

²⁴⁵ Davis Bros. v. Thornton Oil. Co., 12 F.Supp.2d 1333,1337 (M.D.Ga.1998).

²⁴⁶ M.W. Worley Constr. Co. v. Hungerfold, Inc., 210 S.E.2d 161, 164 (Va. 1974).

²⁴⁷ Southwick v. S.S. Mullen, Inc., 432 P.2d 56 (Utah 1967).

²⁴⁸ Klein v. Pyrodyne Corp., 810 P.2d. 917 (Wash. 1991).

²⁴⁹ Restatement (Second) of Torts, § 520 (Çevrimiçi) <https://lawschool.westlaw.com>, 19.10.2016.

üstlendiği kabul edilir ve kusursuz sorumluluk uygulanmaz. Bu girme, patlatma faaliyeti ile ilgili olmasa ya da bu faaliyetten bir fayda sağlamasa dahi sorumluluk uygulanmaz. Ancak üçüncü *Restatement*, böyle bir zarar görenin zararının kusursuz sorumluluk altında telafi edilmesini engellemektedir. Zarar görenin bu patlatma alanına girmesi ve patlayıcılara yaklaşması makul olmayan bir seçim ise bu seçim zarar görenin kusuru kabul edilecek ve tazminatta indirim sebebi olacaktır. Aynı şekilde otobanda araba kullanan zarar gören, zarar verenin otoban yanında bir patlatma faaliyeti olacağına ilişkin açık uyarısına rağmen arabayı o bölgeye doğru kullanmaya devam ettiyse ikinci *Restatement*'a göre riski üstlenmiş kabul edilecek ve kusursuz sorumluluk kurulmayacaktır. Ancak yine üçüncü *Restatement*'a göre, zarar gören sürücünün o yöne doğru sürüş yapma seçimi kusursuz sorumluluğun kurulmasına engel olmayacak ama büyük ihtimalle makul bir seçim kabul edilmeyerek tazminatta indirime yol açacaktır. Zira üçüncü *Restatement*'a göre, zarar gören, faaliyete yaklaşmak suretiyle bir fayda elde etmemektedir. Bu hususa ilişkin bir genelleme önerenler de vardır. Buna göre, tehlikeli bir faaliyetin hizmetinden yararlanan kişilerin, varlığı evrensel olarak bilinen riski üstlendiği kabul edilmelidir²⁵⁰.

Faaliyetten fayda sağlayanlar, faaliyetin yürütülmesinde yer alanlar olarak anlaşılmalıdır. Fayda sağlamak, faaliyetin yürütülmesi sırasında bu faaliyete iştirak etmeyi gerektirir. Ancak hemen söylemek gerekir ki, faaliyetin yürütülmesinde çalışan kişilerin bir zarar görmesi halinde de tehlikeli faaliyetlerden doğan kusursuz sorumluluk uygulama alanı bulmaz²⁵¹. Ancak kanımızca tehlike sorumluluğunun uygulanmasına bakımından faaliyetten fayda sağlamanın bir önemi olmaması gerekir. Tehlikeli bir faaliyetin yürütülmeye başlanması, o faaliyetin tehlikelerinin faaliyeti yürüten tarafından kabul edildiğini gösterir²⁵². Bu açıdan bir faaliyetten fayda sağlama ölçütü, sorumluluğu engellemek için uygun bir ölçüt değildir. Faaliyetten fayda sağlayan bir kişinin zarara uğramayı istediği kabul

²⁵⁰ Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, **Torts**, s. 566. Sorumluluğun sınırlandırılmasının düzeltici adalet ilkeleri ile de desteklendiğine ilişkin bilgi için bkz. James Gordley, "Tort Law in the Aristotelian Tradition", **Philosophical Foundations of Tort Law**, Ed. David G. Owen, 1995, s. 156-157.

²⁵¹ Nagy v. State of New York, 456 N.Y.S.2d 241, 242 (App. Div, 1982); Peneschi v. Nat'l Steel Corp., 295 S.E.2d 1 (W. Va. 1982).

²⁵² Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 109.

edilmemeli, gerektiği takdirde, riski göze alması söz konusu ise tazminattan indirime gidilmelidir. Aksi halde, örneğin havai fişek gösterisi izlemeye gelen kişilerin ya da lunaparka eğlence amacıyla giden kişilerin bu faaliyetlerden fayda sağladıkları gerekçesiyle, olası tehlike sorumluluğunun şartlara ilişkin inceleme yapılmadan kurulması engellenir. Bu açıdan zarar görenle zarar veren arasında sözleşmesel bir ilişki olduğunda da bu iki sorumluluk sebebine dayanan taleplerin yarışması Türk hukukunda hakim olan görüştür²⁵³. Bu nedenle zarar gören istediği sorumluluk sebebine dayanabilmelidir.

3. Yasal Yükümlülükler

Amerikan hukukunda sorumluluğun herkes için uygulanma ihtimali vardır. Ancak, belirli şartlar altında eğer ki zarar veren zarar verenin sorumluluğu altında hukuk tarafından gerekli görülen bir faaliyet sürdürüyor ise kusursuz sorumluluk uygulanmaz. Aynı şekilde kusursuz sorumluluk eğer zarar gören bir kamu çalışanı ya da memuru ise kamudaki işvereni tarafından zorunlu olarak bir faaliyeti yürütüyorsa uygulanmaz²⁵⁴. Adalet gerekçesi gereği kusursuz sorumluluk tehlikeli faaliyet ile iştiğal etmeyi seçen kişiye uygulanmasını gerekli kılar. Eğer böyle bir seçim yoksa kusursuz sorumluluğun uygulanması makul değildir. Aynı şekilde önleyicilik gerekçesi de kusursuz sorumluluğun zarar verenin seçiminde doğru karar vermesini teşvik için vardır. Eğer ki bu seçim yasal bir zorunluluk gereği elinden alınıyorsa önleyicilik gerekçesi de zayıflar²⁵⁵. Türk hukukunda ise sadece işletmelerin sorumluluk öznesi olması sebebiyle, bir kamu çalışanın zaten böyle bir sorumlulukla karşı karşıya kalması mümkün değildir.

Buna göre; yasal yükümlülük sınırlaması bir yasal ve kamu zorunluluğu gerektirir. Bu sınırlama, eğer zarar gören sadece bir kamu idaresinden belirli bir faaliyeti yürütmek için izin almış olması halinde kabul edilmez. Dolayısıyla örneğin, patlatma faaliyeti gibi bir faaliyet yürütmek için alınan bir lisans, izin ya da

²⁵³ Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku**, s. 278; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 537; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Hukuku**, s. 981.

²⁵⁴ Dobbs/Hayden/Bublick, **Torts**, s. 879.

²⁵⁵ Dobbs/Hayden/Bublick, **Torts**, s. 879; The Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm, Chapter 4. Strict Liability, Scope Note (2010).

franchise kusursuz sorumluluğun uygulanmasına neden olmaz. Bu izin ya da yetki sadece zarar verenin faaliyetinin hukuki olarak kabul edilebilirliği olduğu anlamına gelir. Ancak kusursuz sorumluluk faaliyeti kabul edilebilir ya da gerekçelendirilebilir olsa da faaliyetin özü gereği yarattığı riskler hususunda kimin sorumlu olduğunu izah eder. Dolayısıyla lisans, yetki, izin gibi konular bu konuyla ilgisizdir. Birçok dava da sadece lisans ya da iznin kusursuz sorumluluk için bir sınırlama teşkil etmediğini onaylamıştır²⁵⁶.

Bu sınırlama *Lobozzo v. Adam Eidemiller, Inc*²⁵⁷; davasında kabul edilmiştir. Davada kamu görevlisinin işverenin zorunlu tutması sebebiyle çalıştığı, dolayısıyla yaratacağı zarar derecesinin üzerinde kontrolü olmadığı sebebiyle kusursuz sorumlu olmayacağı belirtilmiştir. *Cairl v. City of St. Paul*, davasında²⁵⁸ ise polis memurunun hızlı takibi sonucu zarar gören yaralanmıştır. Ancak burada da uygulanan sınırlama yanlış kabul edilmektedir²⁵⁹. Zira dava, polis memurunun kendisine değil, kamu idaresine karşı açılmıştır.

Bununla birlikte kamu görevi sınırlaması, *Chaves v. South Hern Pasific Transportation Co*²⁶⁰; davasında da tartışılmıştır. Kamu taşıyıcısı olan zarar veren, bomba yüklü 18 vagon taşımaktadır. Mahkeme, bomba taşımacılığını tehlikeli faaliyet kabul etmiştir. Ancak mahkemeye göre, eğer ki hakkaniyet kusursuz sorumluluk için bir gerekçeyse kamu görevi sınırlaması kabul edilmelidir. Ortada bir kamu görevi olduğundan taşıyıcı sorumlu tutulmamalıdır. Ancak mahkeme yine de bu sınırlamayı reddetmiş, kusursuz sorumluluğu zararın dağıtılması gerekçesine dayanarak uygulamıştır. Bu davadaki sonuç, *National Steel Service Center, Inc. v. Gibbons*²⁶¹, davasında da öncelikle zararın dağıtılması, ikinci olarak da önleyicilik gerekçesine dayanılarak kabul edilmiştir.

²⁵⁶ *Koos v. Roth*, 652 P. dd 1255 (Or. 1982) ; *McLane v. Nw. Gas Co*; 467 P. dd 635 (Or. 1970).

²⁵⁷ *Lobozzo v. Adam Eidemiller, Inc.*, 263 A.dd 432 (Pa. 1970).

²⁵⁸ *Cairl v. City of St. Paul*, 268 N.W. dd 908 (Minn. 1978).

²⁵⁹ *Dobbs, Torts*, s. 973.

²⁶⁰ *Chaves v. South Hern Pasific Transportation Co.*, 413 F.Supp. 1203 (E.D. Cal 1976).

²⁶¹ *National Steel Service Center, Inc. v. Gibbons*, 319 N.W. dd 269 (Iowa 1982).

Bununla birlikte tehlikeli faaliyet yürüten zarar verenin örneğin, patlatma faaliyeti gibi devletle sözleşmesel bir ilişkisi olması da sınırlamayı gerektirmez. Örneğin, devletle sözleşmesi olan ve roket motor testi faaliyeti yürüten zarar veren için kusursuz sorumluluk uygulanmıştır²⁶². Zira mahkemeye göre zarar verenin seçiminin devlet tarafından kontrol edildiğine ilişkin bir delil yoktur. Genel olarak ifade edilebilir ki, devletle sözleşmesi olanların davalarında modern eğilim bunun bir istisna olmasını kabul etmemektedir. Mahkeme kararlarında da belirttiği gibi, devletle sözleşmesi olanlar sözleşmelerini buna göre düzenleyebilirler²⁶³.

4. Zarar Görenin Arazi Üzerindeki Durumu

Amerikan hukukunda tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğa ışık tutan *Rylands v. Fletcher* davasında kusursuz sorumluluk kuralı, daha önce de detaylı açıkladığımız gibi zarar verenin arazisinde kontrol altında tutulamayan şeyler için oluşturulmuştur. Geliştirilmiş Amerikan uygulamasındaki haline göre ise sorumluluk, faaliyet halka açık alanda yürütülse ya da o arazi üstünde zarara yol açsa dahi uygulanabilir. Ancak tehlike zarar verenin arazisinde kaldığında, kasten ya da ihmalle zarar verenin arazisine tecavüz eden kişiyi (*trespasser*) kusursuz sorumluluk kuralından yararlandırmak için sebep yoktur. Bu nedenle *Restatement*²⁶⁴, böyle mütecevizler için kusursuz sorumluluğu kabul etmemiştir. Ancak uygun şekilde, örneğin davet veya lisans üzerine zarar verenin arazisinde olunması halinde kusursuz sorumluluk uygulanabilir²⁶⁵. Kanımızca Türk hukuku açısından zarar görenin ihmalle zarar verenin arazisinde bulunması, bir diğer deyişle, zarar görenin gerekli dikkati göstermeyerek zarar verenin arazinde kalması, zarar görenin kusuru olarak kabul görüp, tazminattan indirim sebebi teşkil etmelidir.

²⁶² Smith v. Lockheed Propulsion Co. , 56 Cal. Rptr. 128 (Ct. App. 1967).

²⁶³ Jones, **Hazardous Enterprise**, s. 1719; Dobbs, **Torts**, s. 878.

²⁶⁴ The Restatement (third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm § 24 (2010).

²⁶⁵ Dobbs/Hayden/Bublick, **Torts**, s. 445; Dobbs, **Torts**, s. 875.

III. ARA DEĞERLENDİRME

Amerikan hukukunda tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluk mutlak bir sorumluluk değildir. Dolayısıyla da kural olarak zarar görenin kusuru, üçüncü kişinin kusuru ya da mücbir sebep sorumluluğu sınırlandırılabilir. Bu yaklaşımda köklerini Rylands v. Fletcher davasından almaktadır.

Bununla birlikte, tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumlulukta zarar görenin kusuru özellik arz eder. Zira Amerikan hukukunda zarar görenin davranışı henüz sorumluluğun kurulduğu aşamada da dikkate alınan bir unsurdur. Şöyle ki, eğer zarar görenin göstereceği özen, faaliyetin taşıdığı riski azaltabiliyorsa sorumluluk kurulmaz. Bu da göstermektedir ki, sorumluluğun uygulama alanı daha en baştan sınırlanmaktadır. Ancak bir şekilde yürütülen faaliyetin tehlikeli olduğuna karar verilmişse de yine zarar görenin kazaya katkısı değerlendirilebilir. Zira bu halde de zarar görenin makul davranmadığı durumlar olabilir. Bu noktada mahkemeler sorumluluğun adil biçimde paylaşılmasını, karşılaştırmalı sorumluluk esaslarına göre yapmaktadırlar.

Zarar görenin davranış birden fazla biçimde tezahür edebilir. Örneğin, bir riski kavramada dikkatsiz kalmış olabileceği gibi, kendisini bildiği bir riske bilinçli olarak maruz bırakmış da olabilir. Ancak genel olarak söylenebilir ki, her iki durumda da değerlendirme zarar görenin kusuru kavramı karşılaştırmalı sorumluluk esaslarına göre yapılmaktadır. Bununla birlikte zarar gören bir fayda sağlamak amacıyla riskle gönüllü olarak karşılaşmış olabilir. Bu halde ise sorumluluk en baştan kurulmamaktadır.

Ancak ifade etmek gerekir ki, Amerikan hukukunda tehlikeli faaliyetlerden sorumluluğa uygulanan bu kurallar sorumluluğun aşırı dar uygulanmasının da birer göstergesidir. Mahkemelerin bu kuralları katı uygulaması halinde neredeyse tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun hiç uygulanmaması dahi gündeme gelebilir. Örneğin, dinamit taşıdığını bildiği bir kamyonu hatalı sollayan zarar görenin hiç tazminat edinememesi mümkündür. Şöyle ki, mahkemeler dilerse bu faaliyetin

riskini en baştan zarar görenin göstereceği özen ile azaltılabilecek risk olarak görüp faaliyetin tehlikeli olmadığına karar verebilir. Kaldı ki, dinamit taşıdığı bilinmeyen bir kamyon söz konusu olsa dahi aynı sonuca varılabilir. Zira zarar gören hatalı sollama yapmasaydı zarar meydana gelmeyecektir. Faaliyetin başta tehlikeli kabul edildiği bir noktada da dinamit taşıdığı bilinen bir kamyonu hatalı sollamanın zarar gören tarafından riskin üstlenildiğini gösterdiğini, bu nedenle sorumluluk uygulanmayacağına da karar verebilirler. Dahası, dinamit taşıdığı bilinmeyen bir kamyonu hatalı sollayan zarar görenin kusurunun, araya giren neden olarak görülmesi ve nedensellik bağının kesilmesi de mümkün olabilir. Bununla birlikte, zarar görenin bir faaliyetten fayda sağlaması ise kendi başına sorumluluğun uygulanmaması için bir nedendir. Bu halde de örneğin, sadece havai fişek gösterisi izlemek dahi bu faaliyetten fayda sağlandığı anlamına gelebilir. Her ihtimalde ortaya çıkan sonuç, zarar görenin aleyhine olma ihtimali taşımaktadır.

Elbette ki, tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun sınırlanması kural olarak mümkün olmalıdır. Ancak tehlikeli faaliyet tanımı yapılırken zarar görenin göstereceği özen zaten dikkate alınmakta ve zaten sınırlı sayıdaki faaliyete tehlikeli sıfatı yüklenmekteyken, bir de sorumluluğu sınırlarken bu derece katı olmak makul gözükmemektedir. Kaldı ki, bu sınırlama sorumluluk kurulduktan sonra dahi çok dikkatli yapılmalıdır. Zira bu halde de sorumluluk artık kurulmuş ve faaliyetin toplumsal yaşama olağanüstü risk getirdiği tespit edilmiştir. Bu nedenle gerek zarar görenin davranış biçimi, gerekse üçüncü kişinin ya da mücbir sebebin etkisi daha sınırlı kabul edilmelidir. Zira toplumsal yaşamda birbirlerine karşı benzer riskleri yaratanlar ve aynı tür özensizlikleri gösterebilenler için uygun olan kusur sorumluluğunun sınırlanması ile toplumsal yaşama özgün riskler getirenlerin sorumluluğunun sınırlanması aynı kapsamda yorumlanmamalıdır.

Bu nedenle Türk hukukunda da tehlike sorumluluğunun sınırlanması, bu sorumluluğun varlık nedeniyle çelişmeyecek şekilde yorumlanmalıdır. Türk hukukunda tehlike sorumluluğunun kurulması aşamasında soyut tehlike değerlendirilmesi yapılacağından zarar görenin göstereceği özen ölçüsünün faaliyetin tehlikeliliği noktasında bir etkisi olmayacaktır. Ancak sorumluluk kurulduktan sonra

zarar görenin davranışının, zararın ortaya çıkmasındaki etkisi de dikkatli incelenmelidir. Örneğin, dinamit taşıdığını bilinen bir kamyonu hatalı sollayan zarar görenin bu kusuru zararın başlıca nedeni kabul edilmemelidir. Zira, dinamit kamyonun trafiğe çıkması başlı başına olağanüstü riskin toplumsal yaşama sokulmasıdır. Normal bir aracı hatalı sollamak ile dinamit kamyonunu hatalı sollamak arasında bir fark kabul edilmelidir. Bir diğer taraftan da patlatma faaliyetinin yürütüldüğü bir alanda kalmaya devam eden zarar görenin bu kusuru da, riskin üstlenildiği anlamına gelmemelidir. Bu davranışlar ancak TBK m. 52 kapsamında bir indirim sebebi teşkil etmelidir. Ayrıca zarar görenin faaliyetten fayda sağlaması da Türk hukuku açısından sorumluluğun uygulanmama sebebi olarak görülemez. Aksi halde örneğin, lunaparka gidip eğlenmeyi düşünen bir kişinin soyut olarak risk arz ettiği bilinen araçlara binmesi, o kişinin bu araçların yol açacağı bir zarara örtülü olarak rıza gösterdiği anlamına gelebileceği gibi, zarar görenin bu faaliyetten fayda sağladığı için faaliyetin tehlikeli kabul edilmemesi riski de doğabilir. Aynı sebeplerle üçüncü kişinin kusuru ya da mücbir sebep gibi araya giren nedenlerin olduğu bir kurguda da tehlikeli faaliyetin arz ettiği tipik riskin üçüncü kişi ya da mücbir sebep yüzünden tetiklenmesinin tipik riskin kapsamına dahil olup olmadığı incelenmelidir.

SONUÇ

Amerikan haksız fiil hukukunda sorumluluğun temeli kusur esasına dayanmaktadır. Ancak belirli şart ve gerekçeler altında kusursuz sorumluluğun da uygulanması mümkündür. Tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluk da kendine ait şartları olan bir kusursuz sorumluluk biçimidir. Bu sorumluluğun uygulanabilmesi için gereken en önemli şart ise tehlike bir faaliyetin varlığıdır. Tehlike faaliyetin varlığı halinde belirli gerekçelere dayanarak bu sorumluluk uygulama alanı bulabilmektedir. Amerikan haksız fiil hukukunda genelde olduğu gibi, tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun uygulanma ihtimali gündeme geldiğinde de bu sorumluluk biçimine ait şartlar, belirli bir amaca yönelik olarak yorumlanmakta ve gerekçelendirilmektedir. Amerikan hukukunda olduğu gibi, Türk hukukunda da temel ilke kusur esasıdır. Ancak Türk hukukunda da kendine ait şartları olan kusursuz sorumluluk halleri kabul edilmiştir. Bu hallerden biri de TBK m. 71’de yer alan tehlike sorumluluğuna ilişkin düzenlemedir. Bu düzenlemenin uygulama alanı bulabilmesi için öncelikle önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin tespit edilmesi gerekir.

Amerikan hukukunda tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun uygulanma şartları, Amerikan haksız fiil hukukunu derleme amacı taşıyan 2010 yılında yayımlanmış haksız fiil alanındaki son Restatement’ta yer almaktadır. Buna göre, kişi, yürüttüğü tehlikeli faaliyetten maddi bir zarar doğması halinde bu zarardan kusursuz sorumlu tutulur. Bir faaliyetin tehlikeli kabul edilebilmesi için ise, söz konusu faaliyetin, tüm taraflarca makul özenin gösterilmesine rağmen öngörülebilir ve yüksek derecede maddi zarar riski yaratması ve yaygın olarak yürütülmemesi (kullanılmaması) gerekmektedir. Türk hukukunda ise tehlike sorumluluğunun uygulanma şartları TBK m. 71’de yer almaktadır. Buna göre, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur. Bir işletmenin önemli ölçüde tehlikeli kabul edilmesi için ise, hem işletmenin mahiyeti ve hem de 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 varılmalıdır.

Amerikan hukukunda tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluk, temelini *Rylands v. Fletcher* davasından almaktadır. Esasen tehlikeli faaliyet yürütenlerin kusursuz sorumluluğa tabi olması, bu davada kabul edilen ilkelerin bir sonucudur. Buna göre, tehlikeli bir faaliyetten zarar doğduğunda, bu faaliyetten doğan zararlara, faaliyetle zarar görme dışında hiçbir ilgisi olmayan zarar gören yerine iş yapmanın bir maliyeti olarak zarar veren katlanmalıdır. Temel olarak bu gerekçeye dayanan tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluk, daha sonraları başka gerekçelerle de uygulanmıştır. Buna göre, toplumsal alana karşılıklı olmayan risk getirenler, bu risklerden karşılıklı olmayan yarar sağlayanlar ve tek tarafın kontrolüne tabi faaliyet yürütenler için kusursuz sorumluluk uygun bir sorumluluk biçimidir. Bu gerekçelerden çıkan sonuç, kusursuz sorumluluğun esasen tek taraflı kazalar için uygun olduğudur. Bu nedenle bu sorumluluk genellikle zarar görenin etkisiz kaldığı olaylar açısından uygulama alanı bulur. Türk hukukunda da tehlike sorumluluğunun uygulanması için ileri sürülen gerekçeler benzer özellikler taşımaktadır.

Tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun uygulanma gerekçelerinde bir diğeri de Amerikan haksız fiil hukukunun genel amaçlarından biri kabul edilen önleyiciliğin sağlanmasıdır. Tehlikeli faaliyetler açısından önleyicilik amacı daha da önemli kabul edilmektedir. Zira tek taraflı kazalarda hem özen hem faaliyet seviyesine dikkat etmek suretiyle olası kaza sayısını azaltabilecek tek taraf zarar verendir. Kusursuz sorumluluğun uygulanmasıyla zarar veren makul özeni göstermek noktasında teşvik edilecek ve büyük kazaların meydana gelme ihtimali azaltılabilecektir. Türk hukukunda da önleyicilik amacı özellikle tehlikeli faaliyetler için kabul edilmelidir. Her ne kadar birincil amaç, adalet ilkesi gereği zararın zarar verene yüklenmesi olsa da yüksek risk taşıyan faaliyetlerin kaza ihtimallerinin düşürülmesi toplumsal açıdan büyük önem arz etmektedir.

Tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun tek taraflı kazalarda uygun olmasının bir diğer sonucu da zarar görenin faaliyete etki etme imkanının

olmamasının gerekmesidir. Bu hususun en net görünümü, üçüncü *Restatement*'ta yer alan uygulanma şartında karşımıza çıkmaktadır. Bu şarta göre, faaliyetin yüksek riski tüm taraflarca gösterilecek makul özenle azaltılabiliyorsa sorumluluk en baştan kurulmayacaktır. Türk hukukunda ise zarar görenin sorumluluğun kurulması noktasında gösterdiği özenin soyut olarak bir önemi olmamalıdır. Ancak somut olayda zarar görenin davranışı, sorumluluğun sınırlanması açısından değerlendirilebilir.

Tehlikeli faaliyetlerden sorumluluğun zarar görenin etkisi sebebiyle bu derece az uygulanması esasen Amerikan hukukundaki kusur esasının etkisinden kaynaklanmaktadır. Amerikan mahkemeleri, iki tarafın da etkisinin olduğu davalarda kusur sorumluluğunu daha etkin bir çözüm yolu kabul etmektedirler. Zira bu hallerde kusur sorumluluğu hem daha etik, hem de sorumluluğu daha iyi paylaştıran bir ilkedir. Ayrıca, önleyiciliği iki taraf açısından da sağlaması bakımından daha faydalı görülmektedir. Türk hukukunda da temel ilke kusur esasıdır. Tek tarafın kontrolüne tabi olmayan kazalar bakımından kusur sorumluluğu Türk hukuku açısından da daha uygundur. Ancak zarar görenin göstereceği özen seviyesi TBK m. 71 düzenlemesinde aranan bir şart olmadığından sorumluluğun Amerikan hukukuna göre daha geniş uygulanacağı bir gerçektir.

Amerikan haksız fiil hukukunda tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluk, kusur sorumluluğunun etkisi sebebiyle oldukça dar bir uygulama alanına sahiptir. Amerikan mahkemeleri, belirli bir takım faaliyetler dışında kusursuz sorumluluğu uygulamayı reddetmektedirler. Dar uygulama konusundaki kabul edilen bu yaklaşım, aynı zamanda tehlikeli faaliyetin varlığına ilişkin şartların da katı yorumlanmasına yol açmaktadır. Amerika gibi teknolojinin ve dolayısıyla teknolojik kaza çeşitliliğinin yoğun olduğu bir ülkede dahi kabul edilen dar uygulama, ilkesel bir yaklaşım olarak Türk hukukunda da kabul edilmeli, tehlike sorumluluğunun genel bir işletme sorumluluğuna dönüşmemesi için sorumluluğun uygulama alanının belirli normatif gerekçelere dayanılarak daraltılması gerekmektedir. İlgili maddenin sadece lafzi yorumlanması, hemen her işletmenin tehlikeli kabul edilmesine yol açabilecek,

kusur esasına tehdit oluşturabilecektir. Ancak yapılacak dar yorum, Amerikan hukukunda olduğu gibi zarar görenin aleyhine olacak şekilde aşırı katı olmamalıdır.

Genel olarak bakıldığında mahkemeler, tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğu uygularken belirli şartlara daha fazla ağırlık vermişlerdir. Bir faaliyetin yüksek zarar risk taşıması, bu riskin makul özen gösterilmesine rağmen azaltılamaması ve faaliyetin yaygın yürütülmeyen bir faaliyet olması, mahkemelerin en önem verdikleri şartlardır. Mahkemelerin aynı uygulanma şartlarını farklı yorumlaması sebebiyle aynı tür faaliyetler için farklı kararlar verebilmeleri de mümkündür.

Restatement ve mahkeme kararları incelendiğinde, tehlikeli faaliyetlerden doğan kusursuz sorumluluğun, şartları gerçekleştiği takdirde herkes açısından uygulama alanı bulduğunu söylemek gerekmektedir. Bu açıdan zarar verenin gerçek kişi ya da işletme olması arasında bir fark yoktur. Ancak uygulamada ortaya çıkan gerçek, genellikle işletmeler açısından bu sorumluluğu karar verildiğidir. Türk hukukunda TBK m. 71 ise gerçek kişileri doğrudan sorumluluk dışında bırakmıştır. Sorumluluğun uygulanabilmesi için bir işletme faaliyetinin olması zorunludur.

Amerikan haksız fiil hukukunda bir faaliyetin tehlikeli olabilmesi için gereken en önemli şartlardan biri faaliyetin yaygın bir faaliyet olmamasıdır. Bu nedenle, insanlığın büyük çoğunluğu tarafından yürütülen ya da belirli bir toplum içinde birçok insan tarafından yürütülen faaliyetler tehlikeli faaliyet olarak tanımlanmayacaktır. Türk hukukunda ise böyle bir şart aranmamaktadır. Ancak toplum hayatına faaliyetleriyle yoğun tehlike getiren kişilerin, ortaya çıkan zarardan kusursuz olarak sorumlu tutulması ilkesi olan “tehlike ilkesi”, yaygınlık unsuru ile benzer bir işlev görebilecek ve sorumluluğun daraltılmasında etkin rol oynayabilecektir.

Amerikan hukukunda tehlikeli faaliyetin kabulü için aranan diğer bir şart da, davalının faaliyetinin makul olarak bakıldığında öngörülebilir bir zarar riski yaratması, bu riskin önemli derecede yüksek bir risk olması ve bu yüksek riskin

makul özen gösterildiğinde dahi kalması halidir. Amerikan hukukunda konuya ilişkin mahkeme kararları incelendiğinde, yüksek zarar riski unsurunun yapılan değerlendirmeler sonucu davadaki temel unsur olarak ele alındığı görülmektedir. Bu açıdan yüksek risk, faaliyet ya da faaliyete konu yıkıcı ya da zarar verici vasıta üzerindeki kontrolün kaybedilmesi ihtimali ve bu kontrolün kaybedilmesinden sonra zararın ortaya çıkması ihtimali ile olası zararın büyüklüğü üzerinden değerlendirilir. Zarar riskin büyük olup olmadığı, çevrede bulunan koşullara göre de farklılık arz edebilir. Amerikan hukukunda yapılan bu değerlendirme Türk hukuku açısından da uygundur. Yıkıcı vasıta üzerindeki kontrolün kaybedilmesi ve kontrol kaybedildikten sonra zararın ortaya çıkma ihtimali ile olası zararın büyüklüğünün birlikte değerlendirilmesi yüksek riskin tespiti için bir yol olarak görülmektedir. Bir tür kontrol değerlendirmesi olan bu yaklaşım, Türk hukukunda da faaliyetin tipik riskinin yarattığı büyüklüğü tespit etmek için kullanılabilir. Ancak Amerikan hukukunda her somut olayda farklı bir sonuca götürebilecek olan faaliyetin yürütüldüğü yere uygunluğu ve faaliyetin olağanlığı unsurları Türk hukukundaki yüksek risk değerlendirmesine bu derece etki etmemelidir. Ancak faaliyetin yürütüldüğü yer ve olağanlığı soyut olarak bakıldığında riski yükseltebilen bir unsur olarak gözlemleniyorsa dikkate alınmalıdır.

Amerikan hukukunda tehlikeli faaliyetlere ilişkin kusursuz sorumluluğun uygulanabilmesi için yalnızca yoğun zarar riskinin varlığı yeterli değildir. Aynı zamanda faaliyet, faaliyetin güvenlik seviyesine katkıda bulunan tüm taraflarca makul özenin gösterilmesine rağmen hala yüksek zarar riski taşınmalıdır. Makul özen unsurunun, Amerikan mahkeme kararlarındaki vurgulanma sıklığına bakıldığında, tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluğun kilit noktası olduğu açıkça görülmektedir. Mahkemeler genellikle makul özenin yüksek riski azaltabileceğine karar vermektedirler. Bunun ana sebebi de yüksek riskin önlenmesi için aranan özenin yüksek seviyeye çekilebilmesi ve yasal düzenlemelerin yüksek riski engellemede uygun çözümler getirmesidir. Türk hukukunda da faaliyetin yarattığı riskin kaçınılmazlığını belirlemede makul özen kilit bir öneme sahiptir. Türk hukukunda da sadece yüksek riskin engellenmesi aranmakta, zararın makul bir seviyeye çekilerek azaltılabilmesi mümkün ise faaliyet tehlikeli kabul

edilmemektedir. Aranılan makul özen, faaliyetinin taşıdığı tehlike ile orantılı olarak artabilir. Ancak birtakım önlemlerin alınmasının mümkün olması tek başına tehlikenin kaçınılabilir olduğu anlamına gelmemelidir.

Amerikan hukukunda faaliyetin tehlikeli kabul edilebilmesi için aranılan bir diğer şart da yüksek riskin zarar veren açılarından öngörülebilir olmasıdır. Buna göre, zarar verenin objektif olarak öngörülemeyen bir risk için makul özenle davranması beklenmeyecektir. Zira kusursuz sorumluluğun tehlikeli faaliyeti yürütenlere uygulanma sebebi, bu faaliyeti bilerek ve kendi yararları için yürütmeleridir. Bu nedenle bu tehlikeli bir faaliyeti yürütmeye karar verenler, faaliyetlerinin riskleri hakkında bir değerlendirme yapma imkanına sahip olmalı ve buna uygun olarak gereken önlemleri de alabilmelidir. Türk hukuku açısından aynı gerekçelerle tipik riskin öngörülebilir olması bir şart olarak aranmalıdır.

Amerikan hukukunda tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluk, kesin bir sorumluluk değildir. Bu nedenle zarar veren tarafından ileri sürülebilecek savunmalar mevcuttur. Bu savunmalar, zarar görenin davranışına dayalı olabileceği gibi, üçüncü kişinin kusuruna ya da mücbir sebebe de dayanabilir. Amerikan haksız fiiller hukukunda ihmale dayalı haksız fiillerde olduğu gibi kusursuz sorumluluk hallerinde de karşılaştırmalı sorumluluk ilkesi kabul edilmiştir. Buna göre mahkemeler, normatif gerekçelere dayanarak gerektiği takdirde sorumluluğu paylaşabilirler. Türk hukukunda da tehlike sorumluluğunun nedensellik bağımlı kesen sebeplerin varlığı halinde uygulanmaması mümkündür.

Tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumlulukta zarar veren tarafından ileri sürülebilecek en önemli savunma zarar görenin davranışına dayanan savunmalardır. Bu konudaki üçüncü *Restatement*'taki düzenlemeye göre, zarar görenin kusurunun varlığı bazı kusursuz sorumluluk davalarında sorumluluğu sınırlandırabilir. Buna göre, eğer zarar gören makul önlemleri almada ortak kusurlu ise; zarar görenin zararları için kusursuz sorumluluk altında kendisine verilecek tazminat, karşılaştırmalı sorumluluk paylaşımına göre indirilecektir. Ancak zarar görenin savunma olarak dikkate alınacak bu davranışı, zarar görenin kusursuz sorumluluğunun

uygulanıp uygulanmayacağı hususundaki belirleyici davranışı dikkate alındıktan ve sorumluluk kurulduktan sonraki bir davranışı olmalıdır. Türk hukukunda da zararın tipik risk sebebiyle değil de zarar görenin kusuru sebebiyle meydana geldiği bir olayda zarar verenin sorumluluktan kurtulabilme ihtimali mevcuttur. Bununla birlikte zarar görenin davranışının tehlike sorumluluğunu engelleyebilmesi için zarar görenin davranışı tipik riski ortadan kaldıracak nitelikte zararın başlıca sebebi olmalıdır. Eğer ki davranış, bu derece bir ağırlık taşımıyorsa, diğer bir ifadeyle tipik riski ortadan kaldıracak nitelikte değilse TBK m. 52 gereğince indirim sebebi teşkil edebilir. Aynı zamanda Türk hukukunda üçüncü kişinin kusuru ve mücbir sebep kural olarak nedensellik bağımlı kesebilir. Ancak bu sorumluluğun tehlikeli faaliyet içermesi sebebiyle, sorumluluğu kesebilecek üçüncü kişinin kusuru ve mücbir sebebin tipik riskin kapsamında kalıp kalmadığı dikkatli incelenmelidir.

Sonuç olarak Amerikan hukuku ile Türk hukuku arasında tehlikeli faaliyeti belirleyen şartlar kısmen benzeşse de uygulamada oldukça büyük farkları olacağı muhakkaktır. Bunu bir dava üzerinden tekrar somutlaştırmak gerekirse, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 2016/6701 E., 2017/17400 K., 11.12.2017 Tarihli kararı üzerinden bir sonuç karşılaştırması yapılabilir. Dava, enerji dağıtım hattından doğan zararın tazminine ilişkindir. Dava konusu olayda davacı, arkadaşının evinin bacasını temizlerken yerden bağladığı 3-4 metre uzunluğundaki boruyu yukarı doğru çekerken, binanın önünden geçen enerji nakil hatlarına temas ederek akıma kapılmış ve ağır şekilde yaralanmıştır. Bilirkişi raporunda tellerin olması gereken güvenlik mesafesinden daha uzakta olduğu ve zararın davacının dikkatsizliği sebebiyle meydana geldiği belirtilmiştir. İlgili rapor hükme esas alınmıştır. Ancak Yargıtay tarafından yapılan değerlendirmede ilgili rapor, tehlike sorumluluğuna ilişkin hiçbir değerlendirmede bulunulmamış olması sebebiyle hükme esas alınacak nitelik ve yeterlilikte görülmemiştir. Aynı zamandan davalının sorumluluğunun kusursuz sorumluluk kapsamında olduğu ve sorumluluğun ancak uygun illiyet bağının kesilmesi halinde ortadan kalkacağı ve davacının kusurunun ise tazminatın miktarı belirlenirken dikkate alınabileceği ifade edilmiştir.

Bu nedenle Yargıtay kararında, davalı kurumun Yönetmeliğe uygun olarak gerekli bakım ve özen borcunu yerine getirip getirmediğinin, olabilecek tehlikelere karşı gerekli denetimleri yapıp yapmadığının, yüksek gerilim ve yaklaşma mesafesi ile ilgili uyarı koyup koymadığının; mesafe ile ilgili bir ihlali söz konusu olmasa da ağır özen yükümlülüğü gereği meydana gelen olayda sorumlu tutulup tutulamayacağına araştırılmasının gereğine dikkat çekmiştir. Bu nedenle de davalının kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince sorumlu olduğu gözetilerek, davalı taraf açısından tehlike sorumluluğuna dair değerlendirmeler içeren, taraf kusur oranlarının da gerekçeleriyle belirtildiği yeni oluşturulacak üç kişilik konusunda uzman bilirkişi heyetinden alınacak rapora göre hüküm kurulması gerektiğini ifade etmiştir.

Karardan anlaşılacağı üzere, Yargıtay hakimleri bu tür bir faaliyetin tehlike sorumluluğu da teşkil edebileceğini ve bu yönde bir bilirkişi incelemesine ihtiyaç duyulduğunu ifade etmiştir. Gerçekten de TBK m. 71 hükmünün şartları bakımından bir değerlendirme yapılması kanımızca da şarttır. Zira davalı hem bir işletme teşkil etmekte, hem tehlike arz eden bir gücü faaliyetinde kullanmaktadır. Öncelikle yapılması gerek ise, sorumluluğun özünü oluşturan tehlikeli faaliyet belirlenmesi yapmaktır. Bu açıdan da faaliyetinde elektrik gibi bir güç kullanan işletmenin önemli ölçüde tehlike arz edip etmediği belirlenmelidir. Buna göre Türk hukuku açısından yapılacak önemli inceleme, faaliyetin hangi sıklıkta ve ağırlıkta zarar vermeye elverişli olduğu yönünde olacaktır. Ancak bu elverişliliğin tespiti, ancak özen şartının dikkatle incelenmesi sonunda tespit edilebilecektir. Buna göre bu işlerde uzman bir kişinin göstereceği makul özene rağmen, faaliyetin artık risk teşkil edip etmediği belirlenmelidir.

Türk hukukunda bu şartların değerlendirilmesiyle belirlenecek tehlikeli faaliyet, Amerikan hukukunda da esasen benzer şartların incelenmesiyle tespit edilir. Ancak böyle bir davanın Amerikan hukukuna göre tehlike sorumluluğuna yol açması oldukça güçtür. Bu noktada Amerikan uygulamasının ne derece dar olduğu bir kere daha ortaya çıkmaktadır. Elektrik dağıtım faaliyeti, birçok sebepten ötürü tehlikeli bir faaliyet kabul edilmemektedir. Bunlardan en önemlisi, faaliyetin yaygınlığıdır. Zira Amerikan hukukuna göre, elektrik dağıtımının toplum içinde geniş kitlelere

ulaştırılması, faaliyeti yaygın bir faaliyet halinde getirmektedir. Bununla birlikte bu faaliyetin faydası toplum içinde paylaşılmaktadır. Bir diğer deyişle, bu faaliyetten sağlanan yararın karşılıklı olduğu düşünülmektedir. Aynı zamanda faaliyetin riskinin tanıdık ve geleneksel bir risk olması, faaliyetin yaygınlığı bakımından bir ölçüttür.

Amerikan hukuku açısından bir diğer bakış açısı farklılığı da zarar gören yönündendir. Dava konusu olayda olduğu gibi, zarar görenin elektrik hatlarına teması olduğu bir durumda, Amerikan mahkemelerinin sorumluluğu kusur sorumluluğu olarak belirlemesi büyük olasılıktır. Zira Amerikan uygulamasına göre, böyle bir risk üzerinde zarar görenin de kontrol imkanı vardır. O halde, zarar görenin risk seviyesini azaltmada gereken önlemleri alması beklenecektir. Amerikan mahkemelerinde göre, her iki tarafın da göstereceği özen sayesinde faaliyetin yüksek riski düşürülebiliyorsa, faaliyetin tehlikeli kabul edilmesi mümkün değildir. Türk hukuku açısından ise zarar görenin böyle bir teması büyük olasılıkla, kusuru oranında tazminattan indirime sebebiyet verecektir. Bu nedenlerle Türk hukukunda yüksek olasılıkla ve haklı olarak tehlike sorumluluğuna yol açabilecek bu olay, Amerikan hukuku açısından aynı sonucu doğurmayacaktır. Her halde tehlike sorumluluğu açısından iki ülke hukuku arasındaki en önemli fark, zarar görene yaklaşım noktasında belirginleşmektedir.

KAYNAKÇA

- Abraham, Kenneth S. : **The Forms and Functions of Tort Law**, 4. bs., New York, Foundation Press, 2012. (“**Tort Law**”)
- Akçura Karaman, : **Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar**
Tuba : **Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu**,
İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.
- Akkayan Yıldırım, : “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri
Ayça : Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü
Olarak Tehlike Sorumluluğu”, **İÜHFİM**, C. LXX, S. 1,
2012, s. 203- 220. (“**Tehlike Sorumluluğu**”)
- Licht, Amir N. : “Social Norms and Law: Why People Obey the Law”,
Review of Law and Economics, C. 4, S. 3, 2008.
- Arkan, Sabih : **Ticari İşletme Hukuku**, 15. bs., Ankara, Banka ve
Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2011.
- Arslan Demir, Gizem : “Haksız Fiil Hukukuna Yönelik Muhtelif Yaklaşımların
Liebeck v. McDonald’s Davası Kapsamında
İncelenmesi”, **Sorumluluk Hukuku (Seminerler-
Makaleler)**, Ed. Başak Baysal, On iki Levha Yayıncılık,
2017, s. 59-76.
- Atamer, Yeşim M. : “Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin
Değerlendirme ve Teklifler” **Hukuki Perspektifler
Dergisi**, S. 6, Mayıs 2006, s. 8-37. (“**Türk Borçlar
Kanunu Tasarısı**”)
- : **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun
Sınırlandırılması Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve
Normun Koruma Amacı Kuramları**, İstanbul, Beta
Yayınları, 1996. (“**Sorumluluğun Sınırlandırılması**”)
- Aydoğdu, Murat : **Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin ve Nükleer
Madde Taşıyanın Hukuki Sorumluluğu**, Ankara,
Adalet Yayınevi, 2009.
- Başalp, Nilgün : **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, İstanbul, On İki Levha
Yayıncılık, 2011, s. 64.

- Baçoğlu, Başak : **Çevre Zararlarından Doğan Hukuki Sorumluluk, İstanbul**, Vedat Kitapçılık, 2016. (“Çevre Zararları”)
- Baysal, Başak : **Zarar Görenin Kusuru, (Müterafik Kusur)**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2012. (“Zarar Görenin Kusuru”)
- Beggs, Christine M. : “As time Goes By: The Effect of Knowledge and the Passage of Time on the Abnormally Dangerous Activities Doctrine”, **Hofstra Law Review**, S. 21, 1992, s. 205-233
- Bolatoğlu, Bolat : **Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, 1988.
- Bosmajian, Haig : “Is a Page of History Worth a Volume of Logic?”, **Journal of Church and State**, C. 38, S. 2, Oxford University Press, 1996, s.397-409 . (“Volume of Logic”)
- Boston, Gerald W. : “Strict Liability for Abnormally Dangerous Activity: The Negligence Barrier”, **San Diego Law Review**, S. 36, 1999, s. 597-669. (“The Negligence Barrier”)
- : “Apportionment of Harm in Tort Liability: A Proposed Restatement”, **University of Dayton Law Review**, S. 21, 1995-1996, , s. 267-378. (“Apportionment”)
- : “Toxic Apportionment: A Causation and Risk Contribution Model”, **Environmental Law**, S. 25, 1995, s. 549-650.
- : “A Mass-Exposure Model of Toxic Causation: The Content of Scientific Proof and the Regulatory Experience”, **Columbia Journal of Environmental Law**, S. 18, 1993, s. 181-383.
- Brennan, Troyen A. : “Causal Chains and Statistical Links: The Role of Scientific Uncertainty in Hazardous Substance Litigation”, **Cornell Law Review**, S. 73, 1988, s. 469-533. (“Scientific Uncertainty”)

- Brostoff, Teresa : **United States Legal Language and Culture: An Introduction to the U.S. Common Law System**, 3.bs., New York, Oxford University Press, 2013.
- Kissane/
Sinsheimer, Ann
- Büyüksağış, Erdem: : “Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler”, **DEÜHFD**, C. 8, S. 1, 2006, s. 1-19. (“**Genel Sorumluluk Kuralı**”)
- Büyüksağış, Erdem/
van Boom, Willem : “Strict Liability in Contemporary European Codification: Torn Between Objects, Activities, and Their Risks”, **Georgetown Journal of International Law**, C. 44, S. 2, 2013, s. 609-640. (“**Strict Liability**”)
- Calabresi, Guido : “Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr.”, **University of Chicago Law Review**, C. 43, N.1, 1975, s. 69-108. (“**Concerning Cause**”)
- : **The Cost of Accident: A Legal and Economic Analysis**, Yale University, 1970. (“**The Cost of Accident**”)
- : “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”, **Yale Law Journal**, S. 70, 1961, 517-27, s. 499-553.
- Calabresi, Guido/
Hirschhoff, Jon T. : “Toward a Test for Strict Liability in Torts”, **Yale Law Journal**, S. 81, N.1, 1972, s. 1055-1085 (“**Strict Liability**”)
- Christie, George C. : “An Essay on Discreation”, **Duke Law Journal**, N. 5, 1986, s. 747-778. (“**Discreation**”)
- Christie, George C./
Sanders, Joseph/
Jonathan W. : **Cases and Materials on Torts**, 5. bs., West, 2012. (“**Torts**”)
- Coleman, Jules L. : “Tort Liability and the Limits of Corrective Justice in any Harm’s Way”, **Essays in Honor of Joel Feinberg**, ed. Jules L. Coleman, Allen Buchanan, 1994.
- : “Tort Law and the Demands of Corrective Justice”, **Indiana Law Journal**, S. 67, N. 2, 1992, s. 349-380.
- : “Efficiency, Utility and Wealth Maximization”, **Hofstra Law Review**, S. 8, 1980, s. 509-552.

- Coleman, Jules L./
Mendlow, Gabriel: : "Theories of Tort Law", **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Ed. Edward N. Zalta, 2010. (Çevrimiçi) <https://plato.stanford.edu/entries/tort-theories/>
- Cotter, Thomas F.: : "Legal Pragmatism and the Law and Economics Movement", **The Georgetown Law Journal**, S. 84, N. 6, 1995-1996, s. 2091-2135.
- Covello, Vincent T./
Mumpower Jeryl L. : "Risk Analysis and Risk Management: An Historical Perspective", **Risk Analysis International Journal**, C. 5, S. 2, Haziran 1985, s. 103-120.
- Croley, Steven/
Hanson Jon D. : "What Liability Crisis? An Alternative Explanation for Recent Events in Products Liability", **Yale Journal on Regulation**, C. 8, S. 1, 1991, s. 1-111.
- Çekin, Mesut Serdar : **Tehlike Sorumluluğu**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016. ("Tehlike Sorumluluğu")
- Çetin, Canan/
Arslan, Lütfi : **Temel İşletmecilik**, 7. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2017. ("İşletmecilik")
- Çipil, Mahir : **Risk Yönetimi & Sigortacılık**, 2. bs., Ankara, Nobel Yayıncılık, 2013.
- Deakin, Simon/
Johnston, Angus/
Markesinis, Basil : **Markesinis and Deakin's Tort Law**, 5. bs., 2003. ("Tort Law")
- Deutsch, Ernest : "Sorumluluk Hukukunun Temel İlkeleri", Çev. Şeref Ertaş, **DEÜHFD**, S. 2, 1981, s. 245-259.
- Diamond, John : **Cases and Materials on Tort**, West Group, St. Paul, Minnesota, 2001. ("Cases and Materials")
- Dobbs, Dan B./
Hayden, Paul T./
Bublick, Ellen M. : **The Law of Torts**, 2.bs., West Group, 2012. ("Torts")
- Dobbs, Dan B. : **Torts and Compensation: Personal Accountability and Social Responsibility for Injury**, 7.bs., West, 2013. ("Torts and Compensation")
- : **The Law of Torts**, St. Paul, Minn., Hornbook Series, 2000. ("Torts")

- Dural, Mustafa/
Sarı, Suat : **Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanun'un Başlangıç Hükümleri**, 3. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006.
- Dworkin, Ronald : **Law's Empire**, Cambridge, Massachusetts, Belknap Press, 1986.
- Ehrenzweig, Albert : "Negligence Without Fault", **California Law Review**, S. A. 54, 1966, s. 1442-1477.
- Elias, Stephan : **Legal Research: How to Find & Understand the Law**, 16. bs., Nolo, 2012. ("Legal Research")
- Erdem, Mehmet : "Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Tehlike Sorumluluğu", **Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011, s. 217-226. ("Tehlike Sorumluluğu")
- Epstein, Richard/
Sharkey, Catherine
M. : **Cases and Materials on Torts**, 10. bs., Wolters Kluwer, 2012. ("Cases and Materials")
- Epstein, Richard A. : **Cases and Materials on Torts**, 8. bs., Aspen, 2004. ("Torts")
- Epstein, Richard : "A Theory of Strict Liability", **Journal of Legal Studies**, S. 2, 1973, s. 151-204. ("Liability")
- Eren, Fikret : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2017. ("Borçlar Hukuku")
- : **Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu**, Ankara, 1974.
- : **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi**, Ankara, 1975. ("İlliyet Bağı")

- Erişgin, Nuri : “Tehlike Bağı”, **AÜHFD**, C. 49, S. 1-4, Ankara, 2000, s. 137-154. (“**Tehlike Bağı**”)
- Erman, Hasan/İnal Emrehan/Baysal Başak : **Karşılaştırmalı - Gerekçeli Yeni Türk Borçlar Kanunu**, İstanbul, On iki Levha, 2011.
- Fischer, David A./ Jerr II, Robert H. : “Teaching Torts Without Insurance: A Second Best Solution”, **St. Louis University Law Journal**, S. 45, 2001, s. 857-896.
- Fletcher, George P. : “Fairness and Utility in Tort Theory”, **Harvard Law Review** S. 85, 1972, s. 537- 573. (“**Fairness and Utility**”)
- Fleming, John G. : **Fleming’s The Law of Torts**, 10. bs., Thomson Reuters, 2011. (“**The Law of Torts**”)
- : **The Law of Torts**, 8.bs., Law Book Co., 1993. (“**Torts**”)
- Foster, Kenneth R./ Bernstein, David E./ Huber, Peter W. : **Phantom Risk**, Massachusetts, The MIT Press, 1999.
- Franklin, Marc : **Franklin, Rabin, and Green's Tort Law and Alternatives, Cases and Materials**, 9. bs., Foundation Press, 2011. (“**Tort Law and Alternatives**”)
- Franklin, Marc A./ Cardi, Jonathan W./Green Micheal D. : **Torts-Gilbert Law Summaries**, 24.bs., Thomson West, 2008.
- Galligan Jr, Thomas C./ Haddon, Phoebe A./ Maraist, Frank L./McClellan, Frank M./Rustad, Michael L./ Terry, Nicolas P./ Wildman Stephanie M. : **Tort Law: Cases, Perspectives, and Problems**, 4. bs., Lexis Nexis, 2007. (“**Cases, Perspectives, and Problems**”)

- Geistfeld, Mark : “Economics, Moral Philosophy, and the Positive Analysis of Tort Law”, **Philosophy and the Law of Torts**, Ed. Gerald J. Postema, 2001, s. 250-275.
- : “Should Enterprise Liability Replace the Rule of Strict Liability for Abnormally Dangerous Activities”, **UCLA Law Review**, S. 45, 1998, s. 611-671. (“**Enterprise Liability**”)
- Gilles, Stephen G. : “Rule Based Negligence and the Regulation of Activity Levels”, **The Journal of Legal Studies**, S. 21, N. 2, 1992, s. 319-363.
- Gillette, Clayton P./ Krier, James E. : “Risk, Courts, And Agencies”, **University of Pennsylvania Law Review**, S. 138, 1990, s. 1027-1109. (“**Risk**”)
- Ginsberg, William R./ Weiss, Lois : “Common Law Liability for Toxic Torts: A Phantom Remedy”, **Hofstra Law Review**, , S. 9, N. 3, 1981, s. 859-941. (“**Toxic Torts**”)
- Glannon, Joseph, W. : **The Law of Torts**, 4. bs., Aspen, 2010. (“**The Law of Torts**”)
- Goldberg, John C. P./ Zipursky, Benjamin C. : **Torts**, New York, Oxford University Press, 2010. (“**Torts**”)
- Goldberg, John C. P. : “Twentieth Century Tort Theory”, **Georgetown Law Journal**, S. 91, 2003, s. 514-583.
- Gordley, James : “Tort Law in the Aristotelian Tradition”, **Philosophical Foundations of Tort Law**, Ed. David G. Owen, 1995, s. 131-158.
- Gökyayla, Emre : **Destekten Yoksun Kalma Tazminatı**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Green, Michael D. : “Expert Witnesses and Sufficiency of Evidence in Toxic Substances Litigation: The Legacy of Agent Orange and Bendectin Litigation”, **Northwestern University Law Review**, 643, S. 86, 1992, s. 643-699.
- Gregory, Charles O. : “Trespass to Negligence to Absolute Liability”, **Virginia Law Review**, S. 37, N. 3, Nisan 1951.

- Güneyli, Yamaç : **Sınraşan Boru Hatlarının Üçüncü Kişilere Verdiği Zararlardan Doğan Sorumluluk**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012. (“**Sınraşan Boru Hatları**”)
- Güneysu, Gülin : “Nükleer Reaktörlerin Yol Açtığı Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluk”, **AÜHFD.**, C. 41, S. 1-4, 1989-1990, s. 207-223.
- Hager, Mark M. : “What’s (NOT!) in a Restatement? ALI Issue-Dodging on Liability Apportionment”, **Connecticut Law Review**, S.33, N.1,2000, s. 77-126. (“**Liability Apportionment**”)
- Harper, Fowler V./ Fleming James JR. : **The Law of Torts**, 1956. (“**Torts**”)
- Harper, Fowler V./ Fleming James/ Gray, Oscar S. : **Harper, James and Gray on Torts**, New York, Aspen, 2007. (“**Torts**”)
- Harper, Fowler V. : “Liability Without Fault and Proximate Cause”, **Michigan Law Review**, S. 30, N.7, 1932, s. 1001-1015 . (“**Proximate Cause**”)
- Havutçu, Ayşe : **Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005.
- Hayward, Allison Rittenhouse : “Common Law Remedies and the US Regulations”, **Boston College Environmental Affairs Law Review**, S. 21, 1994, s. 619-666. (“**Common Law Remedies**”)
- Heinrich, J./ Heine, S. J./ Norenzayan, A. : “The Weirdest People in the World”, **Behavioral and Brain Sciences**, S. 33, N. 2-3, 2010, s. 61-83.
- Henderson, James A. : “Why Negligence Dominates Tort”, **Cornell Law Review**, S. 50, 2002-2003, s. 377-405. (“**Negligence**”)
- Henderson, James A./ Pearson, Jr, Richard N./ Kysar, Douglas A. : **The Torts Process-Cases and Materials**, 8. bs., Wolter Kluwer, 2012. (“**Torts**”)
- Homes, Oliver W. Jr : **The Common Law**, Harvard University Press, 1963.
- İmre, Zahit : **Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1949.

(“Kusursuz Mesuliyet”)

- İnceoğlu, Murat/
Kurtulan, Gökçe : “TBK M.71/F.4 Hükümüne Alternatif Çözüm: Örtülü Boşluk”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 2, Temmuz 2016, s. 45-60.
(“Örtülü Boşluk”)
- James, Robert W. : Absolute Liability for Ultrahazardous Activity: An Appraisal of the Restatement Doctrine, **California Law Review**, S. 37, N.2, 1949, s. 269-282.
- Jenks, Edward : “The Prerogative Writs in English Law”, **The Yale Law Journal** S. 32, N. 6, Nisan 1923, s. 523-534.
- Jensen, K./
Call, J./
Tomasello, M. : “Chimpanzees ar Rational Maximizers in an Ultimatum Game”, **Science**, S. 318, N. 5847, 2007, s. 107-109.
- Johnson, Vincent R. : **Mastering Torts**, 5. bs., North Caroline, Caroline Academic Press, 2013. (**“Mastering Torts”**)
- : **Studies in American Tort Law**, 5. bs, North Caroline, Caroline Academic Press, 2013. (**“American Tort Law”**)
- Jones, William K. : “Strict Liability for Hazardous Enterprise”, **Columbia Law Review**, S. 92, N. 7, 1992, s. 1705-1779.
(“Hazardous Enterprise”)
- Kaplan, Mikhail : “Yapısal Yatkinlıkta Nedenselliğin Kurulması ve Riskin Paylaşılması”, **Sorumluluk Hukuku Seminerler**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016, s. 199-228.
- Bora/
Türel, Ege
- Kaplow, Louis/
Shavell, Steven : “Any Non-Welfarist Method of Policy Assessment Violates the Pareto Principle”, **Journal of Political Economy**”, S. 109, N.2, 2001, s. 281-286.
- Karahasan, Mustafa : **Sorumluluk Hukuku, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk**, 6. bs., İstanbul, Beta Yayınevi, 2003.
(“Sorumluluk Hukuku”)
- Reşit
- Keating, Gregory C. : “Strict Liability Wrongs”, **Philosophical Foundations of the Law of Torts**, Oxford University Press, 2014.
- : “The Idea Of Fairness in the Law of Enterprise Liability”, **Michigan Law Review**., S. 95, N. 5 1997, s. 1266-1380.

- : “Distributive and Corrective Justice in the Tort Law of Accident”, **Southern California Law Review**, C. 7, 2000, s. 193-224.
- Keeton, W. Page/
Dobbs, Dan B./
Keeton, Robert E./
Owen, David G. : **Prosser and Keeton on Torts**, 5. bs., St.Paul Minnesota, West Publishing Co., 1984. (“**Torts**”)
- Keeton, Robert E./
Sargentich, Lewis D./
Keating, Gregory C. : **Cases and Materials on Tort and Accident Law**, 3. bs., St. Paul, Minnesota, West Group, 1998. (“**Tort and Accident Law**”)
- Özel, Çağlar/
Keleş, Adem : “Tehlike Sorumluluğu ve Türk Borçlar Kanununun 71. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 2, Temmuz 2016, s. 347-376. (“**Tehlike Sorumluluğu**”)
- Kılıçoğlu, Ahmet M. : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2017. (“**Borçlar Hukuku**”)
- : , “2981 Sayılı Yasaya Göre Motorlu Araç İşletenin Sorumluluğu”, **BATİDER**, 1984, C.XII, S. 2-3, s. 39 s. 3-52.
- King, Joseph : “A Goals Oriented Approach to Strict Tort Liability for Abnormally Dangerous Activities”, **Baylor Law Review**, S. 48, N. 2, 1996, s. 341-390. (“**Dangerous Activities**”)
- Korkusuz, Halit : "Tehlike Sorumluluğunun Hukukumuzdaki Yeri", **DÜHKD**, S. 22-23-24-25, 2010-2011, s. 89-99.
- Korkusuz, Refik : “Hukukumuzda Tehlike Sorumluluğunun Uygulanması ve Yeni Borçlar Kanunu Tasarısındaki Düzenlemesi”, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, Ankara, 2009, s. 149-207. (“**Tehlike Sorumluluğunun Uygulanması**”)
- Kress, Ken : “The Seriousness of Harm Thesis for Abnormally Dangerous Activities”, **Philosophical Foundations of Tort Law**, Ed. David G. Owen, 2001, s. 277-298. (“**The Seriousness of Harm**”)

- Kuru, Baki : **Medeni Usul Hukuku**, 8. bs., İstanbul, YetkinYayınevi, 2017.
- Landes, William M./Posner, Richard A. : **The Economic Structure of Tort Law**, Cambridge, Harvard University Press, 1987.
- Licht, Amir N. : “Social Norms and Law: Why Peoples Obey the Law”, **Review of Law and Economics**, C. 4, S. 3, 2008, s. 715-750. (“**Social Norms**”)
- Lunney, Mark/ Oliphant, Ken : **Tort Law: Text and Materials**, 5. bs., Oxford, Yayınevi, 2013
- McAlinn, Gerald : **An Introduction to American Law**, 2. bs., North Carolina, Carolina Academic Press, 2010. (“**American Law**”)
- Rosen, Dan/ Stern, John P.
- Mcdowell, Banks : “Foreseeability in Contract and Tort: The Problems in Responsibility and Remoteness”, **Case Western Reserve Law Review**, C. 36, S. 2, 1985, s. 286-325.
- Milinski, M. : “Chimps Play Fair in the Ultimatum Game”, **Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America**, C. 10, N. 6, 2010, s. 1978-1979.
- Neethlings, Johann : “Toward a European Ius Commune in Tort Law: a Practical Experience, Fundamina”, **A Journal of Legal History**, C. 12, N.1, 2006, s. 81-98.
- Nolan, Virginia E./ Ursin, Edmund : “The Revitalization of Hazardous Activity Strict Liability”, **North Carolina Law Review**, S. 65, 1987, s. 257-314. (“**Hazardous Activity**”)
- Nomer, Halûk N : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 15. bs., Beta Yayınevi, 2017. (“**Borçlar Hukuku**”)
- : **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul, Beta Basın Yayım, 1996. (“**Maddi Tazminat**”)
- : “2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 66, S. 1-2-3, 1992, s. 36-89. (“**Karayolları Trafik Kanunu**”)

- Oberdiek, John : “Method and Morality in the New Private Law of Torts”, **Harvard Law Review**, C.125, S.89, 2012, s. 189-203.
- Oğuzman, M. Kemal/
Öz, M. Turgut : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, 13. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017. (“**Borçlar Hukuku**”)
- Oğuzer, Pelin : “Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Üreticinin Sorumluluktan Kurtuluş Sebepleri”, **Sorumluluk Hukuku Seminerler**, Ed. Başak Baysal, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016, s. 351-412.
- Owen, David G. : **Philosophical Foundations of Tort Law**, New York, Oxford University Press, 2001.
- Owen, David : **Madden and Owen on Product Liability**, 3. bs., West
G./Madden Stuart Group, 2000.
M./Davis, Mary J.
- Page, Talbot : “A Generic View of Toxic Chemicals and Similar Risk”, **Ecology Law Quarterly**, S. 7, N.2, 1978, s. 207-244.
- Paksoy, Meliha : “Üreticinin TBK 71 Kapsamında Sorumlu Tutulması”,
Sermin/ **İÜHFİM, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Armağan**, C.
Arslan Demir, Gizem LXXI, S. 2, İstanbul, 2013, s. 299-316. (“**TBK 71**”)
- Perry, Stephen R. : “Risk, Harm, and Responsibility”, **Philosophical Foundations of Tort Law**, Ed. David Owen, New York, Oxford University Press, 2001, s. 321-346. (“**Risk**”)
- : “The Impossibility of General Strict Liability”, **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, C. 1, N. 2, 1988, s. 147-172.
- Petek, Hasan : **İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009.
- Philips, Jerry : **Tort Law: Case, Materials, and Problems**, 3. bs.,
J./Nicolas, Terry Lexis Nexis, 2002. (“**Tort Law**”)
P./Maraist, Frank
L./McClellan, Frank
M.
- Pildes, Richard H./
Sunstein, Cass R. : “Reinventing the Regulatory State”, **University of Chicago Law Review**, S. 62, N. 1, 1995, s. 1-129. (“**Regulatory**”)

- Posner, Richard A. : **Economic Analysis of Law**, 8. bs., Aspen, Wolter Kluver, 2011.
- : “Some Uses and Abuses of Economics in Law”, *The University of Chicago Law Review*, C. 46, 1979, s. 281-306.
- : “A Theory of Negligence”, **Journal of Legal Studies** S. 1, N.1, 1972, s. 29-96.
- Prosser, William : **Prosser and Keeton on Torts**, 5. bs., Minnesota, West Llyod/ Publishing Co., 1984.
Keeton, W. Page
- Ripstein, Arthur : “Philosophy of Tort Law”, ed. Jules Coleman, Scott Shapiro, **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**, Oxford, Oxford University Press, 2002, s. 656-686.
- Robinette, Christopher J. : “Can There Be a Unified Theory of Torts? A Pluralist Suggestion from History and Doctrine”, **Brandeis Law Journal**, S. 43, N.3, 2005, s. 369-414.
- Rogers, W. V. H. : **Winfield and Jolowicz on Tort**, 17. bs., London, Sweet & Maxwell, 2006. (“Tort”)
- Sanlı, Kerem Cem : “Kusursuz Sorumluluk Halleri”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu**, ed. Murat İnceoğlu, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012. (“Kusursuz Sorumluluk”)
- : **Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi - Hukuk ve Ekonomi Öğretisi**, İstanbul, Arıkan Yayıncılık, 2007. (“Ekonomik Analiz”)
- : “Hukuk ve Ekonomi Yönteminden Haksız Fiil Hukukuna Bakış”, **Sorumluluk Hukuku (Seminerler-Makaleler)**, Ed. Başak Baysal, On iki Levha Yayıncılık, 2017, s. 3-24
- “İhmal Kavramının Ekonomik Yorumu-Hand Formülü”, **Uğur Alacakaptan’a Armağan**, C. 2, Ed. Mehmet Murat İnceoğlu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Şubat 2008, s. 561-596.

- Saraç, Senem : **Türk Borçlar Kanunu'nda Tehlike Sorumluluğu (TBK m. 71)**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2013. (**"Tehlike Sorumluluğu"**)
- Schroeder, Christopher : "Corrective Justice, Liability for Risks, and Tort Law", **UCLA Law Review**, S. 38, N.1, 1990, s. 143-162.
- Schwartz, Alan : "Causation in Private Tort Law: A Comment on Kelman", **Chicago Kent Law Review**, S. 63, N.3, 1987, s. 639-652.
- Schwartz, Gary T. : "Contributory Negligence under United States Law", **Unification of Tort Law**, Ed. U. Magnus/M. Martin-Casals, C. 8, London, NewYork, 2004.
- : "Raylands v Fletcher, Negligence, and Strict Liability", **Essays in Celebration of John Fleming**, Ed. Peter Cane/Jane Stapleton, Oxford, 1998, (**"Raylands v. Fletcher"**)
- : "Mixed Theories of Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice", **Texas Law Review**, S. 75, 1996-1997, s. 1801-1834. (**"Mixed Theories"**)
- : "The Vitality of Negligence and the Ethics of Strict Liability", **Georgia Law Review**, S. 15, N. 4, 1981, s. 963-1006.
- Serozan, Rona : **Hukukta Yöntem**, 2. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Shavell, Steven : **Economic Analysis of Accident Law**, Harvard University Press, 2007. (**"Accident Law"**)
- : **Economic Analysis of Accident Law**, Harvard University Press, 1987. (**"Ekonomik Analysis"**)
- : "Strict Liability versus Negligence", **Journal of Legal Studies**, C. 9, N. 1, 1980, s. 1-25. (**"Strict Liability versus Negligence"**)
- Shmuali, Benjamin : "Legal Pluralism in Tort Law Theory: Balancing Instrumental Theories and Corrective Justice", **University of Michigan Journal of Law Review**, C. 48, N. 3, 2015, s. 745-812. (**"Legal Pluralism"**)

- Shuit, Douglas P. : “Where Rapid Transit Means Constant Risk”, **Los Angeles Times**, 15.11.1999 tarihli gazete haberi, (Çevrimiçi), <http://articles.latimes.com/1999/nov/15/news/mn-33865> 17.04.2017.
- Shulman, Harry/ James, Fleming J./Gray, Oscar S./ Gifford, Donald G. : **Cases and Materials on the Law of Torts**, 4.bs., New York, Foundation Press, 2003.
- Simons, Kenneth W. : “The Restatement (third) of Torts and Traditional Strict Liability: Robust Rationales, Slender Doctrines”, **Wake Forest Law Review**, S. 44, 2009, s. 1335-1382. (“**Strict Liability**”)
- Slovic, Paul/ Weber, Elke U. : “Perception of Risk Posed by Extreme Events”, **Risk Management Strategies in an Uncertain World Conference**, New York, 12/13.04.2002. (“**Perception of Risk**”)
- Soloman, Jason M. : **Civil Recourse as Social Equality**, College of William & Mary Law School, Faculty Publications, 2011, s. 243-272. (“**Civil Recourse**”)
- Sunstein, Cass R. : “A Note on Voluntary Risks versus Involuntary Risks”, **Duke Environmental Law&Policy Forum**, S. 8, N. 1, 1997, s. 173-180.
- Sykes, Alan O.: : “Strict Liability versus Negligence in Indiana Harbor”, **Chicago Law Review**, S. 74, Özel Sayı, 2007, s. 1911-1932.
- Tandoğan, Haluk : **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 1981. (“**Kusura Dayanmayan Sorumluluk**”)
- : “Tehlike Sorumluluğu Kavramı ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Düzenlenmesi Sorunu”, **BATİDER**, C. 10, S. 2, 1979, s. 291-322. (“**Tehlike Sorumluluğu**”)
- Türk Mesuliyet Hukuku**, 1961 yılı Birinci Basıdan Tıpkıbası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010. (“**Mesuliyet**”)

- Tekin, Vasfi Nadir/
Şenol, Leyla : **İşletme**, 3. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Tekinay, S. Sulhi/
Akman, Sermet/
Burcuoğlu, Haluk/
Altop, Atilla : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993. (“**Borçlar Hukuku**”)
- Tiftik, Mustafa: : **Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural İle Düzenlenmesi Sorunu**, 2. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2005. (“**Genel Kural**”)
- : **Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1994. (“**Maddi Tazminatın Kapsamı**”)
- Tutar, Hasan : **İşletme Yönetimi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.
- Tyler, Tom R. : **Why People Obey The Law**, New Haven, Yale University Press, 1990.
- Ulusan, İlhan : “Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Genel Tehlike Sorumluluğu Kuralına İlişkin Birkaç Tespit ve Hukuk Düzeni Tarafından Faaliyetine İzin Verilmiş Önemli Ölçüde Tehlike Arzeden İşletmelerin Yol Açtığı Zararların Uygun Bir Bedelle Denkleştirilmesi Sorunu”, **Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Özel Sayı, C. 8, Özel Sayı, 2013, s. 2897-2905
- : **Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı**, İstanbul, 2012. (“**Fedakarlığın Denkleştirilmesi**”)
- : **Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Boreu**, İstanbul, 1990.
- : “Tehlike Sorumluluğu Üstüne”, **MHAD**, S. 6, 1970, s. 23-57. (“**Tehlike**”)
- Üçışık, Güzin : “Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural ile Düzenlenmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Ankara, 2009, s. 127-145. (“**Tehlike Sorumluluğu**”)

- Vetri,
Dominic/Levine,
Lawrence C./Vogel,
Joan E./Gassama
Ibrahim J. : **Tort Law and Practice**, 4.bs., Lexis Nexis, 2011.
(“Tort Law and Practice”)
- Walker, Vein R. : **“The Concept of Baseline Risk in Tort Litigation”**,
Kentucky Law Journal, S. 80, N. 3, 1992, s. 631-690.
(“Baseline Risk”)
- Weaver, Russell
L./Bauman John
H./Cross, John
T./Klein Andrew
R./Martin, Edward
C./Zwier, Paul J.,II : **Torts: Cases, Problems, and Exercises**, 3. bs., Lexis
Nexis, 2009. **(“Cases, Problems and Exercises”)**
- Weston, A. Nancy : **“The Metaphysics of Modern Tort Theory”**, **Valparasio
University Law Review**, C. 28, N.3, 1994, s. 919-1006
- Weinrib, Ernest J. : **The Idea of Private Law**, Oxford University Press,
2012. **(“Private Law”)**
- : **“Corrective Justice in a Nutshell”**, **University of Toronto
Law Journal**, S. 52, 2002, s. 349-356.
- : **“Corrective Justice”**, **Iowa Law Review**, C. 77, N.2,
1992, s. 403-426.
- : **“Toward a Moral Theory of Negligence Law”**, **Law and
Philosophy**, C. 2, S. 1, s. 37-62.
- Weir, Tony : **A Casebook of Tort Law**, 5. bs., Sweet & Maxwell,
1983. **(“Casebook”)**
- Widmer, Pierre : **Switzerland, Unification of Tort Law: Strict Liability**,
New York, Kluwer Law International, 2001.
(“Strict Liability”)
- Wittman, Donald : **Economic Foundations of Law and Organization**,
New York, Cambridge University Press, 2006.
- Wright, Richard W. : **“Causation, Responsibility, Risk Probability, Naked
Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by
Clarifying the Concepts”**, **Iowa Law Review**, S. 73, N.
5, 1988, s. 1001-1078.

- Yılmaz, Süleyman : “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler”, **AÜHFD**, C. 59, S. 3, 2010, s. 551-578 . (“**Sebep Sorumlulukları**”)
- Yücel, Özge : **Genel Tehlike Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014. (“**Tehlike**”)
- Zazzali, R./
Grad, Frank P. : “Hazardous Wastes: New Rights & Remedies?” The Report of the Study Group, **Seton Hall Law Review**, S. 13, N. 3, 1983, s. 446-474.
- Zipursky, Benjamin C. : “Philosophy of Tort Law”, Ed. Martin P. Golding,/William A. Edmundson, **The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory**, Oxford, Blackwell Publishing, 2005, s. 122-137.
- : “Civil Recourse, Not Corrective Justice”, **Georgetown Law Journal**, S. 91, Mart 2003, s. 695-756.
- : “Philosophy of Private Law”, Ed. Jules Coleman/Scott Shapiro, **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**, Oxford, Oxford University Press, 2002. (“**Philosophy of Private Law**”)
- The American Law Institute : “Enterprise Responsibility for Personal Injury Law”, Reporter’s Study, The Institutional Framework, C.1, 1991.
- Restatement of Torts : The Restatement of Torts, **American Law Institute**, (1939), (Çevrimiçi) www.lawschoolwestlaw.com
- Restatement (third) of Torts : Apportionment of Liability, **American Law Institute**, (2000)
(Çevrimiçi) www.lawschoolwestlaw.com
- Restatement (third) of Torts : Physical and Emotional Harm, **American Law Institute**, (2010)

Restatement (second) of Torts : **American Law Institute**, (1965-1977-1979)
(Çevrimiçi) www.lawschoolwestlaw.com

Restatement (third) of Torts : Products Liability, **American Law Institute**, (1998)
(Çevrimiçi) www.lawschoolwestlaw.com

www.tdk.gov.tr/index.php?option (Çevrimiçi) 14.10.2016.

www.kazanci.com, (Çevrimiçi) 17.11.2016.

ÖZGEÇMİŞ

1981 yılında doğan Gizem Arslan Demir, 1999 yılında Bandırma Anadolu Lisesi'nden mezun olmuştur. Aynı yıl İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni kazanan yazar, 2003 yılında da bu Fakülte'den lisans derecesini almıştır. 2004 yılında avukatlık stajını tamamlayarak avukatlık mesleğini icra etmeye başlamıştır. 2008 yılında İstanbul Ticaret Üniversitesi'nde "Uluslararası Ticaret Hukuku ve Avrupa Birliği" alanında yüksek lisansını tamamlayan Gizem Arslan Demir, 2011 yılında da İstanbul Üniversitesi Özel Hukuk Doktora öğrencisi olmaya hak kazanmış ve 2012 yılında doktora yeterlilik sınavı başarı ile vermiştir. 2014 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nin Teksas eyaletinde bulunan St. Mary's Üniversitesi'nde Prof. Dr. Vincent R. Johnson danışmanlığında altı ay süreyle misafir araştırmacı olarak çalışmalarda bulunan yazar, 2016 yılında da iki ay süreyle yine Amerika Birleşik Devletleri'nde bulunan Harvard Üniversitesi'nin hukuk kütüphanesinde çalışmalarına devam etmiştir.