

MÜLKİYET HAKKINA DAYALI TEHLİKENİN ÖNLENMESİ SORUMLULUĞUNDA DAVA YOLU

THE SHORT CAUSE IN THE LIABILITY OF PREVENTION OF RISK BASIS OF THE PROPERTY RIGHT

Cüneyt UYSAL*

Özet: Zarar tehlikesinin adaletsizlik ortaya çıkarılmadan önlenmesi işlevini yerine getirmesi nedeniyle bir zararın tazmin edilmesine göre tehlikenin önlenmesinin, adalete hizmet etmekte hukukun düzeltici kurumlarına nazaran daha etkili olduğu değerlendirilmektedir. Zarar ortaya çıkmadan zarara neden olan faktörlerin ortadan kaldırılması, dava yolu ile elde edilebilecek tazminat hakkına göre zarar görecelere daha etkili bir hukuki koruma sağlamaktadır. Zararın ortaya çıkmasından sonra zarar görenin tüm zararları giderilmez. Bu nedenle zarar ortaya çıkmadan zarar tehlikesinin önlenmesi, daha adil sonuçlar ortaya çıkaracaktır.

Zarar tehlikesinin önlenmesinin, sadece taşınmaz, bina ve yapı eseri malikinin hukuki sorumluluğu ile sınırlanmasının, uygulamada ortaya çıkan ihtiyaçları tam olarak karşılamadığı anlaşılmaktadır. Tehlikeli bir faaliyet yürüten tüm işletmelere yönelik olarak işletme tehlikesini artıran faktörlere ilişkin olarak genel bir zararın önlenmesi yolunun düzenlenmesine ihtiyaç olmaktadır.

Zarar tehlikesi ile karşılaşmanın ihkak-ı hak kapsamında malikin mülkiyet hakkını ihlal ederek resen alacağı tedbirler yeni uyuşmazlıklar ortaya çıkarabileceğinden idari yoldan tehlikenin önlenmesine ilişkin bir yöntemin yasal düzenleme konusu yapılması önerilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Tehlikenin Önlenmesi Sorumluluğu, Mülkiyet Hakkı, Dava yolu

Abstract: The prevention of risk is regarded as a more efficient legal protection with regard to compensation for damage to serve the purpose of justice compared to other compensative legal remedies. The reason for this is that it fulfils the function of prevention of risks by the time injustice is not taken place. To remove infictive factors before risks had occurred enables sufferer to obtain more efficient legal protection than right to compensation, because sufferer's all consequential damages cannot to be recovered after risks occur. So, the prevention of risk, before risks had occurred, renders more just results.

* Sungurlu Adliyesi Hâkimi, cnytysl@gmail.com

It is concluded that the prevention of risk is limited to real property, construction, building owners' legal liability that does not satisfy the emerging needs in practical terms. Therefore, general prevention remedies is needed regarding business jeopardy for all risky ventures..

It is suggested that a kind of short cause should prevent any kind of risen risk within the scope of self protection with transgressing right of ownership on his own motion without resorting any judicial procedure.

Keywords: The Liability Of Prevention Of Risk, The Property Right, The Short Cause

GİRİŞ

Tehlikenin önlenmesi sorumluluğu, özü itibariyle haksızlık oluşturmaya elverişli olayları kapsar. Zarar tehlikesi, tazminat sorumluluğuna yol açan tüm hallerde söz konusu olabilmektedir. Tehlikenin önlenmesi sorumluluğu kavramı çalışmamızda bina ve taşınmaz malikinin hukuki sorumluluğu kapsamında incelenmiştir. Zarar tehlikesinin bir haksızlık veya adaletsizlik ortaya çıkmadan önlenmesi işlevini yerine getirmesi nedeniyle, bir zararın tazmin edilmesine göre tehlikenin önlenmesinin, adalete hizmet etmekte hukukun düzeltici kurumlarına nazaran daha etkili olduğu değerlendirilmektedir. Zarar henüz ortaya çıkmadan zarara neden olan faktörlerin ortadan kaldırılması, dava yolu ile elde edilebilecek tazminat hakkına göre zarar görecelere daha etkili bir hukuki koruma sağlamaktadır.¹ Zira adli yargılama sürecinin geç işlemesi kadar, sorumluluk hukukunda ifade edilen zarar görenin kural olarak bu zarara katlanması gerektiği konusundaki ilke² (Casum sentit dominus) nedeniyle zarar görenin

¹ Hayriye Şen Doğramacı, "Tehlikeyi Önleme Yükümlülüğünün Sorumluluk Hukukundaki Yeri ve Önemi", *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Hukuk Özel Sayısı, Eskişehir 2013, s. 56 "Tehlikeyi önleme yükümlülüğü, teknolojik ve bilimsel hayattaki gelişmelerle uyumlu bir sorumluluk düzeni sağlanmasında sözleşme dışı sorumluluk hukuku alanına dâhil edilen temel ilkelere dindir. Tehlikeyi önleme yükümlülüğü, sorumluluk hukuku alanında çok yönlü görevler yerine getirir. Bir yandan söz konusu ilkeye dayanılarak sorumluluk hukukunun sözleşme dışı sorumluluk-sözleşmesel sorumluluk hükümlerinin yarattığı nispi adaletsizliğin giderilmesi konusunda ara bir çözüm bulunmuş olacağı gibi diğer taraftan kusur ilkesi, unsurlarının geniş yorumlanmasıyla günümüz koşullarına uygun bir yapıya kavuşturulacaktır."

² Fikret Eren, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", Beta yayınları no:361, Sevinç

her zaman tüm zararları giderilmez. Üstelik maddi zarar oluşturan bir olayın aynı zamanda manevi bir zarar oluşturması nedeniyle zarar görenin gerçekte tüm zararları kapatılmaz. Örneğin zarar görenin dava yolu ile zararının giderilmesi için kaybettiği zaman, zarar görenin davasını düşünmesi nedeniyle yaşadığı endişe gibi manevi zararlar hiçbir şekilde giderilemez. Bu nedenle zarar henüz ortaya çıkmadan, bu zararı oluşturan tehlikenin ortadan kaldırılması uygulamanın aksine somut olay adaletini yerine getirmede daha başarılı bir işleve sahip olmaktadır. Zarar tehlikesini önleme sorumluluğu, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda düzenleniş şekli itibariyle bina ve yapı eseri malikinin sorumluluğuyla bağlantılı olarak düzenlenmesi nedeniyle diğer kusursuz sorumluluk hallerinde maddenin uygulanmasında tereddüt oluşturabilecektir.³

I- KANUNİ DAYANAK

İnceleme konusu yapılan zarar tehlikesinin önlenmesi ile ilgili eski 818 sayılı Borçlar Kanunu'(BK) nun tedbirler başlıklı 59. maddesi şöyledir:

“Bir binadan yahut diğer bir şahsın imal ettiği şeylerden dolayı zuhura gelecek bir zarara maruz olan kimsenin, tehlikeyi bertaraf etmek için, lazım gelen tedbirlere tevessül etmesini malikten talep etmeye hakkı vardır.

Şahısların ve malların vikayesine dair olan zabıta nizamları baki-
dir”.

Yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'(TBK) nun tedbirler başlığı yerine geçen zarar tehlikesinin önlenmesi başlıklı 70. maddesi şöyledir:

“Bir başkasına ait bina veya diğer yapı eserlerinden zarar görme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu tehlikenin giderilmesi için gerekli önlemlerin alınmasını hak sahiplerinden isteyebilir.

Matbaası, İstanbul 1998, s. 457 “Herkes hukukça korunan varlıklarında, özellikle mal ve şahıs varlığında meydana gelen zarara, ilke olarak, bizzat katlanmak zorundadır.”

³ Eren, a.g.e., s. 487“Ceza hukukunun aksine sorumluluk hukukunda salt tehlike, sorumluluk doğurmaz.”

Kişilerin ve malların korunması hakkındaki kamu hukuku kuralları saklıdır.”

Yine, konunun açıklığa kavuşması bakımından 08.12.2001 tarihinde yayınlanan ve tamamı 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’(TMK) nun 730. maddesine de değinmek gerekmektedir:

“Bir taşınmaz malikinın mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı kullanması sonucunda zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kimse, durumun eski haline getirilmesini, tehlikenin ve uğradığı zararın giderilmesini dava edebilir.

Hâkim, yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan zararların uygun bir bedelle denkleştirilmesine karar verebilir”.

Bu üç hüküm beraberce nazara alındığında; kamu hukukuna ilişkin düzenlemeler varsa zarar tehlikesinin önlenmesine ilişkin TBK’nun 70. maddesi uygulanmaz.⁴ Örneğin Çevre Kanunu’nun 13. maddesi ile bina ve yapı kapsamındaki işletmelerin tehlikeli atıklarının toplatılması ve imhası ile ilgili özel düzenleme, kamu hukukuna ilişkin hususlar arasındadır.

Eldeki çalışmada yukarıdaki maddeler karşılaştırmalı olarak incelenecek ve hükmün günlük hayattaki uygulanma değeri üzerinde durulacaktır.

Tehlike altında bulunan kişiye, malike karşı doğrudan bir talep hakkı tanınarak, onun zor duruma düşmesi önlenmek istenmiştir. Borçlar kanunundaki düzenlemenin mülkiyet hakkıyla kayıtlı olması nedeniyle daha geniş bir düzenleme alanına sahip olduğu vurgulanmaktadır.

Bina ya da yapı eseri malikinın hukuki sorumluluğu sebep sorumluluğu olup kusura dayanmadığından zarar tehlikesinin önlenmesi talebi içinde malikin kusuru aranmaz.

Zarar tehlikesinin önlenmesi, bina ve yapıların tehlikelerine maruz kalabilecekleri tehlikelere yönelik bir talep hakkı olarak karşımıza çıkar.

⁴ M. Ahmet Kılıçoğlu, “Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)”, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 253”Zarar tehlikesinin giderilmesine ilişkin kuralların başında özellikle imar kanunu ve imar hukuku ile ilgili yönetmelikler yer alır.”

Zarar tehlikesine maruz kalabilecek kişiler yönünden bir sınırlama getirilmemiştir.

II - ÇEŞİTLİ YÖNLERİ

A-Sorumluluğunun şartları

Zarar tehlikesinin önlenmesinden söz edilebilmesinin koşulları TBK'nun 69. maddesinde düzenlenen bina ve yapı eseri malikinin hukuki sorumluluğuyla paralellik göstermektedir.

Buna göre; öncelikle bir taşınmaz, bina veya yapı eseri bulunmalıdır.

Taşınmaz 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 704. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre taşınmaz; arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ve kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümlerden oluşabilir.

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 5. maddesi ile bina ve yapı kavramları tanımlanmıştır.

Bina: kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılardır.

Yapı ise: karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesislerdir.

Bina ve yapı kavramlarında ortak olan özellik insan eliyle yapılmış olmalarıdır. Doğal yollarla oluşan ağaçlar, mağaralar, tepeler yapı veya bina kavramı içerisinde yer almaz.

Bina ve yapıdan söz edilebilmesi için bina ve yapının inşaatının belirli ölçüde tamamlanması gereklidir. Henüz inşa halinde olan bir bina veya yapının tanımlarında belirtilen işlevlerini yerine getirmesi mümkün olmadığından TBK'nun 70. maddesindeki sorumluluğun oluşması olanaklı olmadığına dair görüşler⁵ olsa da biz bu görüşe ka-

⁵ M. Kemal Oğuzman -M. Turgut Öz, "Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)", Altıncı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 616

tılmamaktayız. Zira önemli olan yapının tehlike arz edebilecek düzeyde tamamlanmasıdır.

İnşaat tamamlanmadan önce bina veya yapı değil, bina veya yapı inşaatı söz konusudur.⁶

İnşaat halinde olan binanın malikinin TBK 70 kapsamı dışında yer alması ülkemizde bina inşaatlarına ilişkin iş güvenliğine dikkat edilmemesi nedeniyle inşaat faaliyeti nedeniyle meydana gelen olağan tehlikeye karşı TBK 70. maddesinin işletilebilmesi menfaat dengesine daha uygun bir çözüm olacaktır.

Taşınmaz, bina ve yapı eserinin mütemmim cüzleri ile teferruatı niteliğindeki unsurlarından ileri gelen tehlikeler de maddenin kapsamındadır.

Taşınmaz, bina ve yapının gerek kendisinin gerekse mütemmim cüz ya da teferruat niteliğindeki unsurlarının nispeten sabit olması bunların bina ve yapı kavramı içerisinde yer alması için yeterlidir.⁸

Zarar tehlikesi sorumluluğun ikinci koşulu ise taşınmaz, bina veya yapının malikinin bulunması gerekir. Binanın bakımındaki eksiklerle sınırlı olmak üzere oturma ve intifa hakkı sahiplerinin de sorumluluğu yoluna gidilebildiğinden binadaki bakım eksikliğinden kaynaklanan zarar tehlikelerine yönelik olarak intifa ve oturma hakkı sahiplerinin de malikle birlikte sorumlu olduğu kabul edilmektedir.

Zarar tehlikesinin önlenmesi bakımından mülkiyetin elbirliği ya da ortak mülkiyet olması veya malikin gerçek ya da tüzel kişi olması sonucu değiştirmemektedir.

⁶ Oğuzman-Öz, a.g.e., s. 616

⁷ Yargıtay 4.H.D.'nin 11.03.2010 Tarih ve 2009/1377 E.-2010/2690 K. sayılı kararı "...Elektrik Kuvvetli Akım Tesisleri Yönetmeliği'nde, kırsal kesimde bulunan olay yerinde elektrik akımının ahşap direk üzerinden taşınmasını yasaklayan bir düzenleme bulunmamakta ise de, Hukuk Genel Kurulu'nun 12.03.2003 gün ve 2003/4-144 Esas; 2003/161 Karar sayılı kararında '...Yapım bozukluğu, bir inşaatın kötü yapılmasını, imal ve inşaat zamanında uyulması gerekli olan teknik kurallara uyulmamış olmasını ifade eder. Bir yapı eserinin maliki, bunların hiç kimse ve hiçbir şey için tehlike taşımayacak şekilde yapılmasını ve işlenmesini garanti etmekle yükümlüdür. Bu nedenle, bir yapı eserinde herhangi bir yapım bozukluğu olmasa bile, ek güvenlik ve koruma tertibatının bulunmaması, yine de bir yapım eksikliği sayılır.'..."

⁸ Ahmet Çelik, "Bina ve yapı malikinin hukuki sorumluluğu", Yüksek Lisans Tezi, Gazi Ü.S.B.E. Özel Hukuk A.B.D., Ankara 2006, s.27

Şeklen malik olmak yeterli olup zarar tehlikesi ile karşılaşmanın, ortalama bir araştırma ile malik olduğu anlaşılan kişinin sorumluluğu yoluna gitmesi mümkündür.

Kural olarak zilyetlik, taşınmaz, bina ve yapı eseri malikinin hukuki sorumluluğunun bir unsuru değildir. Yani malik yerine binanın ya da yapının zilyedine TBK'nun 70. maddesi kapsamında talep bulunamaz.⁹ Buna karşın olağan veya olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile taşınmaz edinilmesine ilişkin hükümlere dayanarak taşınmaz üzerinde beklemeye hakkı olan zilyedin zilyetliğine değer verilerek anılan hukuki sorumluluğun zilyete yöneltilebileceği değerlendirilmektedir.

Üçüncü koşul ise zarar tehlikesine,¹⁰ bina ya da yapıdaki yapıım bozukluğu veya bakım eksikliği veya taşınmazın aşkın ve taşkın kullanılması yolu ile mülkiyet hakkının kötüye kullanılması neden olmalıdır.

Zarar tehlikesini önleme sorumluluğunun dördüncü koşulu ise zarar tehlikesine illiyet bağıını kesen bir nedenin yol açmamış olmasıdır. Buna göre illiyet bağıını kesen sebepler zarar görenin ya da 3. kişinin ağır kusuru¹¹ ve mücbir sebeplerdir. İlliyet bağıını kesen nedenler varsa zarar tehlikesine bu nedenler yol açıyorsa, zarar tehlikesinin önlenmesi sorumluluğundan söz edilemez.

⁹ Çelik, a.g.e., s.30," Malikin, bina veya yapı eserini doğrudan doğruya zilyetlik kurallarına göre şahsen kullanması gerekmez. Bu sebeple, bir bina veya yapı eseri; intifa, oturma (sükna) hakkı gibi bir sınırlı aynı hak sahibinin ya da kira sözleşmesinde olduğu gibi şahsi hak sahibi kiracının zilyetliği altında olsa bile, BK. m. 58 gereğince bu kişiler değil, yine malik sorumlu olacaktır. Zira bu kişiler doğrudan doğruya zilyet olmalarına rağmen malik sıfatları bulunmamaktadır."

¹⁰ Doğramacı, a.g.m.,s.58,59" Tehlikeyi önleme yükümlülüğü öğretide, izinli bir fiille tehlikeli bir durum yaratan kişinin başkalarının zarar görmemesi için gereken her türlü önlemi alması şeklinde tanımlanmıştır. Sorumluluk hukukunun yazılı olmayan bu ilkesi uyarınca, başkalarına zarar verebilecek bir durum yaratan kimse, durumun gerektirdiği koruma önlemlerini almakla yükümlüdür..."

¹¹ Zeynep Uyar Özbek, "Türk Hukukundaki Kusursuz Sorumluluk ve Tehlike Sorumluluğu", Dicle Ü. S.B.E. Hukuk A.B.D. Özel Hukuk bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır 2009,s. 64. Zarar verenin ek kusuru halinde yazara göre " Kusursuz sorumlu kişi, dikkat ve özen ilkesine dayanan kusursuz sorumluluk hallerinde kurtuluş kanıtı getirerek; tehlike esasına dayanan kusursuz sorumluluk hallerinde ise, "zarar görenin ya da üçüncü kişinin ağır kusuruna dayanan" illiyet bağıını kesen sebeplere başvurarak sorumluluktan kurtulamayacak"tır.

B-Özellik arz eden hususlar

Bina ve yapı malikinin sorumluluğu için kurtuluş kanıtı getirilmediğinden zarar tehlikesinin önlenmesi bakımından da bir kurtuluş kanıtı ileri sürülmesi olanaklı değildir.

Bina veya yapı eseri sebebiyle bir zarara uğrama tehlikesi baş göstermişse, o zaman bu tehlike karşısında bulunan herkes malikten tehlikeyi önlemesini isteyebilir. Bu şekilde talepte bulunma hakkı, sadece komşu taşınmazın sahibine değil, her ilgiliye de tanınmıştır. Örneğin, bina veya yapı eserinin yanından tesadüfen geçen bir kişi de zarar tehdidi altında bulunan kavramının kapsamı içinde kabul edilmektedir.

Yapının dış etkilerle arz ettiği her tehlike de söz konusu hükme dayanabilir.¹²

Bir binada oturan kiracı veya intifa hakkı sahibi de isterlerse TBK'nun 70. maddesinde düzenlenen talep hakkından yararlanabilirler.¹³

Zarara uğrama tehlikesi ile karşı karşıya bulunan kişilerin, TBK'nun 70. maddesindeki hukuki korumadan yararlanabilmesi için, tehlike arz eden bir bina veya yapı eserinin bulunması ve belli bir tedbirin alınmasıyla bu tehlikenin önlenebilir olması gerekir. Örneğin, bir çukurun kapatılması,¹⁴ yıkılmaya yüz tutmuş olan bir duvarın tamir edilmesi, taşan su borusunun düzeltilmesi gibi tedbirlerin alınması talep edilebilir.

Bina ve yapı malikinin sorumluluğu, sebep sorumluluğu olduğundan talep hakkının kullanılması için; tehlike ile taşınmaz, yapı veya bina arasında illiyet bağı olması, tehlikenin yapı ya da bina malikinin özen yükümlülüğünün ihlalinin sonucu olması gerekli ve yeterlidir. Kurtuluş kanıtı getirilemeyen bina ya da yapı malikinin tehlike sorumluluğunda özen yükümlülüğünü aramanın pratik bir faydası yoktur. Özen yükümlülüğünün teorik bir faydasından söz edilebilir.

¹² Oğuzman -Öz, a.g.e, s.624

¹³ Çelik, a.g.e., s.93

¹⁴ Yargıtay 4.H.D.'nin 02.11.1987 Tarih 662 E. -6934 K. sayılı kararına göre: "...Açılan kanalın yarattığı tehlikenin giderilmesi için, komşu tarlanın kiracısı tarafından bu kanalın açıldığı tarlanın malikine karşı, BK m.59'a göre dava açılabilir..."

Bina ve yapı malikinin hukuki sorumluluğu olağan sebep sorumluluğu olduğundan kusura ilişkin bir kavram olan ve davalının en küçük bir kusurunun dahi olmamasını ifade eden “her türlü özenin gösterilmesinin” bir kurtuluş kanıtı olmaması nedeniyle bina veya yapıdaki bozukluk ile zarar tehlikesi arasında illiyet bağı bulunması yeterlidir. Kurtuluş kanıtı getirilememesini hakkaniyet sorumluluğuna bağlayan yazarlar ağırlıkta olmakla birlikte objektif özen borcunun bir sonucu olduğunu ileri sürenler de bulunmaktadır.¹⁵ Bina ve yapı malikinin sorumluluğunun tehlike sorumluluğuna yaklaşması nedeniyle bir kurtuluş kanıtı getirilmediği düşünülebilir. Bina ve yapı malikinin sorumluluğu esasında tehlike sorumluluğuna yaklaşan ağırlaştırılmış sebep sorumluluğudur. Zarar tehlikesinin önlenmesi için ayrıca bir yasal düzenleme yapılmasına ihtiyaç duyularak TBK’nun 70. maddesinin düzenlenmesi bu görüşümüzü desteklemektedir.

Zarar tehlikesinin önlenmesi sorumluluğunun ön şartı öncelikle tehlikenin giderilmesi için alınabilecek tedbir ya da tedbirler bulunmasıdır. Alınabilecek bir tedbir yoksa zarar tehlikesinin önlenmesi sorumluluğundan söz edilemez. Örneğin inşa ettiği bina nedeniyle zemindeki kayma üzerine heyelana yol açan bir taşınmazın sahibinden tonlarca toprak hafriyatı yaparak taşınmazın değerinden dahi fazla olan bir masraf altına girmesi beklenmeyeceğinden bu gibi hukuki imkânsızlık durumlarında alınabilecek bir tedbir yoktur. Zira bu olayda hakkaniyet sorumluluğunun, tehlikeye yol açan malvarlığının değeriyle sınırlamayı gerektirmektedir. Heyelana yol açma tehlikesi olan taşınmazın malikinden zarar tehlikesinin giderilmesi talep edilemez. Ancak malikten heyelan tehlikesine ilişkin bir uyarı koyması istenebilir.

Bina ya da yapının imali, işletilmesi veya kullanılmasının doğrudan sonucu olmayan tehlikelere ilişkin zarar tehlikesinin önlenmesi sorumluluğu meydana gelmez. Ancak ortak illiyet bağı durumunda zarar tehlikesinin önlenmesi sorumluluğunun somut olayın koşullarına göre tartışılması gerekmektedir.

¹⁵ <http://hukukiyardim.blogcu.com/bina-ve-insa-eseri-sahibinin-sorumlulugubolum-1/3986939>, E.T:12.06.2013

Bina veya yapıdaki mevcut bozukluk¹⁶ ya da eksiklik ile birlikte malikin kusurlu hareketi sonucu tehlike ortaya çıkarmışsa bu duruma mahsus olarak hakların telahukundan söz edilebileceğinden TBK'nun 70. maddesine dayanılarak talepte bulunulabilir.

C-İlliyet bağı

Zarar tehlikesinin mevcut veya muhtemel olması yeterli olup zarar tehlikesinin yakın olması gerekmez. Doğrudan zarar, dolaylı zarar ayırımına paralel olarak zarar doğurma ihtimali olan olayın uzak sonuçlarına ilişkin sorumluluk doğmadığına dair bir ayırım yapılmamıştır. Gerek yansıma zarar¹⁷ oluşturan tehlikelerde, gerekse zarar tehlikesi doğuran olay ile tehlike arasındaki illiyet bağına eklenen ve tehlikeli sonucu doğuran olaylar bakımından illiyet bağının kesilmesi sonucunu doğurmayan tüm olaylar bakımından illiyet bağının bulunduğunu kabul etmek gerekecektir. Buna göre kanunun koruduğu hukuki değer taşınmaz, bina ve yapıların neden olduğu tehlikelerin giderilmesi olduğuna göre tazminat talebine konu olabilecek bir zarara yol açan her tehlike için TBK'nun 70. maddesine dayanılması mümkündür. Ancak uygun illiyet bağına göre TBK'nun 69. maddesi kapsamında tazminat talebine konu olamayacak bir zarara yol açan bir tehlike için TBK'nun 70. maddesine göre talepte bulunup bulunulamayacağı konusunda açıklık yoktur. Yine de TBK'nun 70. maddesinin amacının zarar tehlikesinin önlenmesi olduğuna göre, uygun illiyet bağı teorisini genişleten hukuka aykırılık bağı teorisine göre¹⁸ sonuca gitmek gerekmektedir. Buna göre; zarar tehlikesinin neden olduğu uzak zararlı sonuçlar bakımından da bir tazminat sorumluluğu gündeme gelmese dahi

¹⁶ Kılıçoğlu, a.g.e., s.250 "Yapım bozukluğu, yetkililerin hukuka aykırı işlem yapmaları ve izin vermelerinden kaynaklanmış olabilir."

¹⁷ Kılıçoğlu, a.g.e., s.211 "Haksız eylem bazı hallerde, bu eylemin yöneldiği kişiler dışında kalanlarında zarara uğramasına yol açabilir."

¹⁸ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 214,215 "yazar hukuka aykırılık bağı teorisi için 3 koşul olduğunu ifade etmiştir. Bunlar: 1- Uygun illiyet bağının tespitinde mantık kuralları sorumluluk doğurmadığı takdirde ahlak değerlerinin zarar verenin sorumlu olmasını gerektirmesi halinde illiyet bağının bulunacağı kabul edilmelidir. 2- Sorumluluğun kaynağı olan hukuk kuralının korumak istediği kişi ya da kişilere yönelik bir zarar varsa şart teorisine göre sonuca gitmek gerekir. Ölenin desteğinden yoksun kalmaya ilişkin zararlar bu kapsamdadır. 3-Korunmak istenen kişiler açık değilse tazminat sorumluluğuna yol açan hukuk kuralının koruduğu hukuki değere yönelik zararlar bakımından illiyet bağının bulunduğunu kabul etmek gerekir."

hakkaniyet gerektiriyorsa zarar tehlikesinin önlenmesi talep edilebilmelidir. Zira zarar tehlikesinin önlenmesi sorumluluğunun tazminat sorumluluğundan geniş tutulmak suretiyle olası tazminat davalarının önüne geçilmesi kanunun amaçları arasındadır.¹⁹

Ç-Ortak illiyet

Ortak illiyet kavramı doktrinde, tek başına somut olayda meydana gelen türde bir sonucu meydana getiremeyen birden fazla sebebin bir araya gelmesi ile oluşur.²⁰ Birden fazla sorumluluk nedenin bir araya geldiği ortak illiyet türü yalın ortak illiyettir.²¹

Ortak illiyette müteselsil sorumluluk olduğu gibi sebeplerin bir araya gelmiş olması gerekir.

“Ortak illiyetin ve dolayısı ile müteselsil sorumluluğun söz konusu olması için meydana getirilen zararın tek ve aynı zarar olması, bunun failer arasında bölünmesinin mümkün olmaması gerekir. Eğer her sebep, bölünebilen, müstakil bir zarar meydana getirmişse, ortak illiyet ve dolayısı ile müteselsil sorumluluk söz konusu olmaz. Bu takdirde sebeplerden her birinin faili, meydana getirdiği bağımsız zarar için BK. 41’e göre ferdan sorumlu olur”.²²

Bina veya yapıda başlı başına tehlike oluşturmayan bir olgunun araya başka olaylar girmesi ve ya eklenen olaylar nedeniyle tehlikeye yol açması halinde, illiyet bağının araya giren olaylarla kesilmemesi

¹⁹ Doğramacı, a.g.m., s.58 “Sorumluluk hukuku alanında zaman içerisinde meydana gelen değişiklik, yalnızca, sübjektif sorumluluk ilkesinin uygulama alanının, objektif sorumluluk ilkesi lehine daralmasından ibaret değildir. Bunun yanında, sübjektif sorumluluğun kurucu unsurlarının da geniş yorumlanmasıyla zarar verenin sorumluluk kapsamı genişletilmiştir. Kusurluluğun saptanmasında objektifleştirilmiş kusur kavramının benimsenmesi, hukuka aykırılık kavramının kapsamının genişletilmesi anlatılanları destekler niteliktedir. Bunun yanında günlük yaşamda ortaya çıkan değişiklikler, sorumluluk hukuku alanında hakkaniyete uygun çözümlere ulaşılabilmesi için yeni ilkelerin kabulünü gerektirmiştir.”

²⁰ Fikret Eren, “Sorumluluk Hukuku Açısından İlliyet Bağı Teorisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:361, Sevinç Matbaası, Ankara 1975, s. 149 “Hiç biri tek başına yeterli olmayıp, ancak bir araya gelmek suretiyle zararlı sonucu doğuran sebepler topluluğuna, ortak illiyet adı verilir.”

²¹ Eren, a.g.e. (İlliyet), s.150 “Yalın ortak illiyette zararlı sonucu birden çok sebebin meydana getiren sorumlu şahıslar arasında birlikte hareket iradesi yoktur. Hatta bu ihtimalde, sorumlu şahıslar birbirlerinin davranışından bile haberli değildir.”

²² Eren, a.g.e. (İlliyet), s.154

halinde ortak illiyetten²³ söz edilebilir. Ortak illiyet oluşturan halin öngörülmesinin objektif özen yükümlülüğü kapsamında olup olmadığının değerlendirilmesi sonucunda zarar tehlikesinin önlenmesi sorumluluğunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Ortak illiyet durumunda taşınmazın aşkın kullanılmasına yahut binadaki bakım eksikliğine ya da imal hatasına eklenen nedene dair çoğu halde zarar tehlikesinin önlenmesine ilişkin hukuki bir düzenleme bulunmaz. Buna göre bina ya da yapıdaki bir unsura illiyet bağı yönünden eklenen diğer unsurdan doğan tehlikeyi önleme yükümlülüğü kanundan, sözleşmeden, örf adet hukukundan kaynaklanmıyorsa, davalının zarar tehlikesine yol açan illiyet bağına eklenen olayı öngörmesi noktasında özel bir yükümlülüğü yoktur. Yani bu halde illiyet bağına eklenen neden yönünden tehlikenin önlenmesi borcundan söz edilemez. Bu nedenle genel kurala göre sonuca varmak düşünülebilirse de TBK'nun 70. maddesinin zarar gören için daha avantajlı olduğunun anlaşılması halinde zorunlu olarak objektif özen yükümlülüğü kapsamında değerlendirme yapmak gerekecektir. Ancak bu halde de bina ya da yapıdan kaynaklanmayan bir tehlikenin nasıl olurda objektif özen yükümlülüğü gibi ağır bir sorumluluk ile karşılanmasına hukuki bir açıklama getirmek güçleşmektedir. Zira TBK'nun 60 maddesi hukuki nedenlerin karma uygulanmasına olanak tanımamıştır.

Bina ya da yapıdaki bir unsura illiyet bağı yönünden eklenen diğer unsurdan kaynaklanan tehlikeyi önleme yükümlülüğü kanundan, sözleşmeden, örf adet hukukundan kaynaklanıyorsa TBK'nun 60. maddesi hükmüne göre kanun aksine hüküm getirmediği zarar gören açısından en iyi giderim imkânı sağlayan hukuk kuralına göre hukuki meselenin çözümlenmesi gerekmektedir.

Daha da somutlaştırmak gerekirse; zarar tehlikesinin önlenmesi sorumluluğuna yol açan olaya eklenen olayın 3. kişinin ağır olmayan kusuru gibi bir nedenle tehlikenin artması durumunda olduğu gibi zarar tehlikesinin önlenmesi sorumluluğuna yol açan olaya eklenen olayın bina ve yapı malikinin sorumluluğu bahsinde geçen nitelikte bir olay olmaması halinde hukuki meselenin hangi hukuki nedenlere

²³ Eren, a.g.e. (İlliyet), s.154 "Hiçbiri tek başına yeterli olmayıp, ancak bir araya gelmek suretiyle zararlı sonucu doğuran sebepler topluluğuna ortak illiyet adı verilir."

dayanarak çözüme kavuşturulacağı açıklanmalıdır. Olayın meydana getirdiği tehlikenin henüz somutlaşmaması nedeniyle olayların birbirinden ayrılarak her olayın meydana getireceği zarar, somut olarak öngörülemediğinden davacı zarar tehlikesinin önlenmesi konusunda yarışan bir talep hakkına sahip olacaktır.

3. kişinin ağır olmayan kusuru illiyet bağına eklenince, 3. kişiye TBK'nun 113. maddesindeki dava açılabilir midir? Bu halde 3. kişinin sorumluluğunu bina ve yapı malikinin sorumluluğu kapsamında tartışalım. TBK'nun 69. maddesine göre sorumluluk için bina ya da yapının maliki olmak veya tehlikeye yol açan binada intifa hakkı veya oturma hakkı sahibi olmak gerekmektedir.²⁴ Oysa 3. kişi ne maliktir ne de belirtilen aynı haklara sahiptir. Bu nedenle 3. kişinin ağır olmayan kusuru illiyet bağına eklenince TBK'nun 70. maddesi uygulanamaz. Bu halde gerçek kanun boşluğu olduğu, bunun kıyas yoluyla doldurulması olanağı da bulunmadığı belirtilmelidir. 3. kişinin sorumluluğu bu halde haksız fiil sorumluluğudur. Ancak haksız fiillerin oluşturduğu tehlikelere karşı zarar tehlikesinin önlenmesi dava edilemez. Örneğin sürekli eğilen (A) apartmanının yıkılması tehlikesini artıran apartmana komşu malik (S)'nin bahçe sulama fiili bir haksız fiildir. (A) apartmanının eğilerek (B) apartmanı üzerine doğru yıkılacağı anlaşılmaktadır. (B) apartmanın bitişiğinde ise (S)'nin hasmı (H)'nin dükkânı bulunmaktadır. Bahçeyi aşırı sulayarak bu suların komşu apartmanın temelinde giderek daha hızlı yıkılacağını öngören (S), aylarca bahçesini sulayarak (B) apartmanın yanındaki hasmı (H) ye ait dükkânı yıkmak istemektedir. (A) apartmanın maliki (M)'nin aşırı sulama fiilini müdahalenin önlenmesi davası ile, (B) apartmanı maliki (N)'nin ise tehlikenin önlenmesi davası ile önlemesi mümkünken (H)'nin (S)'ye karşı doğrudan TBK'nun 70. maddesine dayanarak dava açması mümkün değildir. (M)'nin (S)'ye müdahalenin önlenmesi davası açması mümkündür. Ancak (H), (M)'yi (S)'ye karşı müdahalenin önlenmesi davası açmaya icbar edemez. Tamda bu noktada gerçek kanun boşluğu olduğu kabul edilmelidir. Bu boşluğun kıyas yoluyla giderilmesi olanağı da yoktur. Zira kıyas, hukuki nedenler arasındaki benzerlik nedeniyle uygulanabilir. Oysa örnek olayda (M)'nin borcu

²⁴ Kılıçoğlu, a.g.e, s. 247 "Bina ve inşaa eseri sahibinin sorumlu tutulabilmesi için kusuru aranmaz"

bir tehlike borcu iken (S)'nin borcu bir haksız fiil borcudur. Haksız fiillerin tehlikelerinin önlenmesine yönelik bir hukuk kuralı, hukukumuzda yoktur. TMK'nun 4. maddesi kapsamında hâkimin hukuk yaratma yetkisi ile meselenin çözülmesi düşünülebilir. TMK 4. Maddesi ile mesele ele alındığında ise; (S)'nin fiilinin dolaylı etkisinin hukuکی yarar bağı teorisi kapsamında ele alınarak (H)'nin doğrudan (S)'ye karşı dolaylı olarak taşınmazına müdahalede bulunduğundan bahisle dava açmasına olanak tanımak gerektiğini düşünmekteyim. Ancak bu davada TBK 70. maddesine dayanılmaz. Bu dava TMK'nun 983. maddesine dayanan el atmanın önlenmesi davasıdır. TBK'nun 70. maddesine dayanılarak ancak (M)'ye husumet yöneltilebilir. Kanımca (S)'nin müdahalesini (A) apartmanı üzerinde zilyetlik olarak yorumlayarak (S)' ye karşı TBK 70 kapsamında dava açılması zorlama bir yorum olur. Zira zilyetlik bina malikinin kusursuz sorumluluğunun bir unsuru da değildir. (A) apartmanına şeklen malik olan (M) dir. O halde TBK'nun 70. maddesi kapsamında sorumlu olabilecek yalnızca (M) dir. Zilyetlik kusursuz sorumluluğun bir koşulu olsaydı, (S)'nin (A) apartmanı üzerindeki müdahalesinin zilyetlik olarak yorumlanması halinde ise (S) ye karşı TBK'nun 70. maddesi kapsamında dava açılması imkânı olurdu. (H)'nin (M)'yi (S)'ye karşı TBK'nun 70. maddesi kapsamında bir dava açmaya zorlaması olanağı da bulunmamaktadır. Yine (M), (S)'ye karşı TBK'nun 70 maddesi kapsamında tehlikenin önlenmesi davası açamaz. Zira (S)'nin sorumluluğu bir haksız fiil sorumluluğudur. Ancak (H)'nin (M)'ye karşı TBK'nun 70. Maddesi kapsamında açtığı davayı, (M)'nin (S)'ye ihbar ederek (S)'nin davaya katılması suretiyle dolaylı olarak dava edilmesi imkânı olduğu kanaatini taşımaktayım. (H)'nin (M)'ye karşı açacağı TBK'nun 70. maddesi kapsamındaki davada 3. kişi olan (S)'nin haksız fiili, (H) için binadan kaynaklanan bir tehlike olduğundan (M)'nin (S)'ye yönelik müdahalenin önlenmesi davası açmaması bir tehlike olduğundan (H)'nin, (M)'yi (S)'ye karşı dolaylı olarak dava açmaya zorlayabileceği kanaatindeyim.

Zararın giderilmesi bahsinde geçen tartışmalar bakımından ortak illiyet durumunda hukuki nedenlerin yarışmasının uyuşmazlığı gören hâkimce değerlendirilmesinde zorluk yaşanmazken tehlike sorumluluğu bakımından tehlike ile tehlikeyi doğuran olaylar arasındaki illiyet bağının yoğunluğuna göre bir çözüme varmak her zaman

olanaklı da görünmemektedir. Zira zarar²⁵ gerçekleşmeden illiyet bağına ilişkin sağlıklı bir değerlendirme yapmak mümkün olmaz. Tehlikenin somutlaşması öngörülenden farklı düzeylerde olabileceğinden, tehlike sorumluluğuna ilişkin illiyet bağının şart teorisine yaklaştırma ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bina veya yapıda ki bakım eksikliği ya da yapım bozukluğunun, eklenen nedene göre tehlikenin artmasına çok az bir katkıda bulunması halinde davalı malikin (TBK'nun 60. maddesi ile 4721 sayılı TMK 2/2. fıkrası kapsamında), davacının TBK'nun 70. maddesinin uygulanmasının hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğunu ileri sürmesine olanak tanımak gerektiği düşüncesindeyim. Bu halde eklenen nedenin oluşturduğu tehlikenin giderilmesine yönelik kanundan, sözleşmeden ya da örf adet hukukundan doğan bir borç bulunmazsa 4721 sayılı TMK 4. maddesi kapsamında menfaat dengesi de tehlikenin önlenmesini gerektirmezse(örneğin tehlikeye zarar görenin ağır olmayan kusuru nedeniyle de yol açılması gibi) tehlikenin önlenmesi sorumluluğunun bulunmadığını kabul etmek gerekecektir.

Örneğin, işverenin binada gerekli yalıtımı yapmaması ve işçilere verilen koruyucu giysinin gerekli teknik özelliklere sahip olmaması nedeniyle oluşan virüs bulaşma tehlikesine karşı görülen bir dava açıldığını varsaymaktayız. Biyolojik etkenlere işçilerin maruziyet riskinin önlenmesi hakkındaki yönetmelikte belirtilen ve yönetmeliğin 11, 10/1-b,2 maddelerine uygun olmayan bir bina tasarımına eklenen işverenin durumu ağırlaştırıcı talimatı nedeni ile muhtemel bir tehlikenin ortaya çıkacağı açıktır. Bu tehlikenin önlenmesi için işçinin açacağı davanın işçi sağlığı ve iş güvenliği kurallarına dayanarak iş sözleşmesi kapsamındaki yan borçlardan²⁶ koruma yükümlülüğü kapsamında mı yoksa TBK'nun 70. maddesi kapsamında mı değerlendirileceği bir başka deyişle işçinin hangi hukuki nedene dayanarak dava açması gerektiği tartışılmalıdır. Bu olayda işverenin ya da vekilinin verdiği talimat nedeniyle zarar tehlikesi orantısız olarak artıyorsa TBK'nu 60.maddesi gereğince en iyi giderim imkânı sağlayan hukuki nedenin öngörülmesi mümkün olmayabilir. Eğer davacının daha

²⁵ Eren, a.g.e., s. 636 "Maddi veya manevi zarardan sorumluluk, yapı malikinin veya yardımcılarının kusurlu olmasını gerektirmez."

²⁶ Eren, a.g.e., s. 32 "Yan edimler, asli edime oranla tali ve tabi bir nitelik taşıyabilir bile asli edimden bağımsız bir amaç ve içeriğe sahip oldukları için, borçlu yönünden bir yüküm, alacaklı açısından bir hakkı ifade ederler."

kolay veya daha çabuk sonuç almasını sağlayan bir kamu hukuku düzenlemesi varsa sorunun çözümü basitken somut örnekte olduğu gibi özel hukuktan kaynaklanan hukuki nedenlerin yarışması halinde TBK'nu 60. maddesinin nasıl yorumlanacağı tartışmalıdır. Zira verilen somut örnekte işçisinin maruz kalacağı tehlike tek ve bölünmez olan davacı işçinin sağlığıdır. İşçinin sağlığının başlı başına binanın mimari tasarımındaki bir hatadan veya işverenin duruma uygun olmayan talimatından kaynaklandığını iddia etme olanağı yoktur. Hukuki nedenler dava nedeni olmadığından davacının lehine olan sonucu sağlayacak bir yöntemin benimsenmesi TBK'nun 60.maddesi kapsamında menfaat dengesine daha uygun düşmektedir. Genel hükümlerden kaynaklanan talep hakkı ile özel hükümlerden kaynaklanan talep haklarının yarışması halinde özel hükmün önceliği ilkesi gereğince, iş güvenliğine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği düşünülebilir. Ancak sözleşmeye dayalı sorumlulukta her ne kadar ispat külfeti ters çevrilmiş olsa da işveren kusursuz olduğunu ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilmektedir. Bu nedenle özel hükmün öncelikle uygulanması uyuşmazlığın çözümü için yeterli bir ölçüt olmayacaktır. Ancak meydana gelen tehlikenin oluşumunda binadaki bakım eksikliği veya imal hatasına eklenen nedenin katkısının nispeten az olduğunun belirlenmesi halinde doğrudan TBK'nun 70. maddesinin uygulanması gerektiğini düşünüyorum. Örneğin, TBK 70. maddesi haksız fiil sorumluluğuna göre özel bir hüküm olacağından zarar görenin hafif kusurunun illiyet bağına eklenmesi halinde duraksamadan TBK'nun 70. maddesi uygulanabilecektir. Yine binadaki bakım eksikliği ya da imal bozukluğuna yönelik alınabilecek tedbirle tehlikenin önemli ölçüde giderilmesi olanağı varsa artık illiyet bağına bakılmaksızın TBK'nun 70. maddesine dayanılabilmesi gerektiği düşüncesindeyim. Yukarıdaki örneğe dönersek işveren biyolojik sızıntıyı giderecek özel yalıtımlar yapmadığı gibi işçilere koruyucu giysiler vermemişse, eğer tehlike yalıtım yapılarak önemli ölçüde giderilebiliyorsa artık TBK 70. maddesinin doğrudan uygulanması gerekmektedir.

Buna karşın, yarışan illiyet durumunda sebeplerden her biri zararlı sonucu tek başına meydana getirmeye elverişli olduğundan zarar tehlikesi ile karşılaşan TBK'nun 70. maddesine dayanarak talepte bulunmakta ve dava açmakta yarışan bir talep hakkına sahip olacaktır. Tehlikeye neden olan olaylar, hem bina veya yapıdaki bir eksik-

likten veya ayıptan hem de bir haksız fiilden veya kusursuz bir sorumluluk nedeninden kaynaklanıyorsa zarar tehlikesiyle karşılaşmanın TBK'nun 70. maddesine dayanmasında tereddüt yoktur.

Seçimlik illiyet durumunda ise tehlikenin hangi sorumluluk nedeninden kaynaklandığı açık olarak bilinmemektedir. Ortak illiyette, illiyet bağına katılan nedenlerin tehlikeli sonuca katkısı açık olarak tespit edilemiyorsa seçimlik illiyet durumu vardır.²⁷ Buna göre bina veya yapıdaki bir ayıptan kaynaklanan nedenin tehlikeli sonuca katkısı net olarak tespit edilemiyorsa TBK'nun 70. maddesine dayanılması olanağı yoktur. Zira seçimlik illiyet durumunda sadece haksız fiil sorumluluğu bakımından bir sorumluluk doğacağı kabul edilmiş olup sebep sorumluluğu açısından borç doğmaz.²⁸ Seçimlik illiyet durumunda illiyet bağı tespit edilemediğinden sorumluluğun bir unsuru eksik kalır. Bu nedenle seçimlik illiyet durumunda, haksız fiili sorumluluğu olmayan TBK'nun 70. maddesi kapsamında bir sorumluluk doğmaz.

D-Zarar tehlikesinin önlenmesinin hukuki niteliği

Zarar tehlikesinin beklenmesi yeterli olup bir zarar tehlikesinin ortaya çıkabileceğinin öngörülebildiği tüm durumlarda zarar tehlikesinin önlenmesinin talep edilmesi mümkündür.²⁹ Bina ve yapı malikinin hukuki sorumluluğu, sebep sorumluluğu olup kusura dayalı sorumluluk olmadığından objektif özen yükümlülüğü kapsamında alınabilecek tüm tedbirlerin alınmamasından kaynaklanan belirli bir

²⁷ Eren, a.g.e. (İllyet), s. 161 "Seçimlik illiyette önemli olan husus, zararlı sonucun, söz konusu sebeplerden biri tarafından meydana getirildiğinin kesin olmasına rağmen, bunun hangi sebep olduğunun tespit edilememesi, bilinmemesidir."

²⁸ Eren, a.g.e. (İllyet), s. 163 "Birden çok sebep birlik manzarası arz etmekle birlikte, haksız Fiil teşkil etmiyorsa, meydana gelen zarardan müteselsil sorumluluğun söz konusu olup olmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir fikre göre, birlik manzarası gösteren birden çok sebep, haksız fiil teşkil etmemekle birlikte, başkaları için aşırı bir tehlike arz ediyorsa, müteselsil sorumluluk kabul edilmelidir. Başkaları için aşırı tehlike arz eden bir faaliyete katılan kişiler, bunun sonucuna birlikte katlanmalıdırlar. Başkalarının hukuki varlıklarını (menfaatlerini) ihlâl edebilecek bir faaliyete sadece katılmış olmak bile, tazminat isteme hakkını doğurur. Meselâ bir süre avına katılan birden çok şahsın kullandığı silâhtan çıkan bir mermi sonucu, bir şahsın ölmesi halinde failin kim olduğu kesin olarak bilinmiyorsa, ava katılan şahıslar müteselsilen sorumlu olurlar."

²⁹ Eren, a.g.e., s. 644 "Henüz zarar doğmuş olmamakla birlikte, zararın doğma tehlikesiyle karşı karşıya bulunan herkes, malikten tehlikeyi giderecek veya önleyecek güvenlik tedbirlerini almasını talep edebilir."

ağırlıktaki zarar tehlikeleri madde kapsamındadır.³⁰ Tehlikeyi önleme yükümlülüğünün hukuki niteliği, koruma yükümlerinin hukuki niteliğine dair tartışmalarda olduğu gibi mutlak hakların ihlali halinde objektif sorumluluk, nisbi hakların ihlali halinde haksız fiil sorumluluğu kapsamında ele alınmalıdır. Ancak her türlü işletme tehlikesinin³¹ maddeler kapsamında değerlendirilmesi hukuki güven ve istikrarı zedeleyebileceğinden tehlikenin önlenmesi sorumluluğunun doğabilmesi için makul ağırlıkta zarar tehlikesi koşulu aranmalıdır. Bunun yanında her türlü tehlikenin maddeler kapsamında değerlendirilmesi, ekonomik daralmaya yol açabilir.

E-Zarar tehlikesi sorumluluğunu ortadan kaldıran haller

Cüzi ya da külli halefiyet yolları ile zarar tehlikesine maruz kalan ile zarar tehlikesine yol açan sıfatlarının birleşmesi halinde, zarar tehlikesinin önlenmesi sorumluluğu ortadan kalkar.

Zarar tehlikesinin belirli ya da belirlenebilir olduğu, zarar görenin belirli ya da belirlenebilir olduğu durumlarda taraflar arasında ismen kararlaştırılan belirli tehlikelere ilişkin olarak TBK 115 maddesi kapsamında sorumsuzluk anlaşması³² yapılması olanaklıdır.

Tehlike borçlusunu olan bina ya da yapı maliki veya intifa veya oturma hakkı sahiplerinin illiyet bağını kesen nedenler nedeniyle veya kusurlu fiilleri sonucu ifanın imkânsız hale gelmesi de borcu ortadan kaldıran haller arasında sayılmalıdır.

³⁰ Doğramacı, a.g.m., s. 59 "Öğretide çoğunluğu oluşturan karşıt görüşe göre ise tehlikeyi önleme yükümlülüğü, başlı başına bir objektif sorumluluğa vücut vermez. Tehlikeyi önleme yükümlülüğü, kusur sorumluluğu içerisinde değerlendirilmelidir."

³¹ Doğramacı, a.g.m., s. 59 Sorumluluğun hukukun yazılı olan ve olmayan kaynaklarından doğduğu anlaşılmaktadır. "Objektif hukuka aykırılığı, salt normun ihlali şeklinde değerlendirenler hukuka aykırılıktan söz edebilmek için yazılı veya yazılı olmayan hukuk kurallarının ihlal edilmiş olmasını yeterli bulurlar (Deschenaux ve Tercier, 1983, s. 40). Bu görüş taraftarlarınca normun bir hakkı veya hukukça korunan bir menfaati himaye etmesi şart değildir. Objektif hukuka aykırılığı oldukça geniş yorumlayan bu görüş tehlikeyi önleme yükümlülüğüne aykırı davranışın da hukuka aykırı olarak değerlendirilmesine imkân verir."

³² Özbek, a.g.t., s. 64 "Munzam kusuru bulunan kusursuz sorumlu kişi, zarar gören kişiye karşı sorumsuzluk anlaşmasına dayanamayacaktır."

Zarar tehlikesi ile karşılaşmanın rızası ise, kamu düzenine aykırı olmayan durumlarda zarar tehlikesinin önlenmesi sorumluluğunu kaldırmaktadır.

Zarar tehlikesi altında olanın rızası varsa dava hakkından başlangıçta feragat etmesi sonucunu doğuran sözleşmeler yapılması olanaklı iken, bina ya da yapıdan kaynaklanan tehlikenin, temel hakların ihlali niteliğindeki tehlikelere yönelik olması veya sözleşmede her türlü tehlikeden sorumlu olunmayacağına dair kayıtlar kamu düzenine aykırı olacağından hükümsüzdür(TBK 27/1). Örneğin bir kimse asansörde uzun süre kapalı kalması tehlikesine karşı sorumsuzluk sözleşmesi yapamaz, zira böyle bir sözleşme klozu, kişi özgürlüğünü ve kamu düzenini bozar. Yine bir kimse (a) apartmanının bakım eksikliğinden kaynaklanan hiçbir tehlikeden sorumlu olmayacağına dair bir sözleşme yapamaz. Böyle bir sözleşme kamu düzenini bozar. Zarar doğuduktan sonra tazminat sorumluluğu gündeme gelecek ancak zarar gören isterse tazminat davası açmayabilecek veya dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edebilecektir.

F-İfa imkânsızlığı

Zarar tehlikesinin önlenmesi, borçlunun kusuru ile sonradan imkânsız hale gelmişse zarar tehlikesinin somutlaşarak zararın ortaya çıkmasına ilişkin talep hakkından bağımsız olarak tazminat sorumluluğu gündeme gelecektir.³³ Zira bu halde artık olağan sebep sorumluluğundan değil malikin sonraki kusurlu bir fiilinden söz edilebileceğinden haksız fiil sorumluluğu gündeme gelecektir. Kanundan kaynaklan bir borcun kusurlu olarak yerine getirilmemesinin kanunun korumasına hukuki olanak yoktur. Özetle malikin, talep hakkı kullanıldığında tehlikeyi ağırlaştırmama yükümlülüğü altında olduğu söylenebilir. Örneğin bir apartmanda üst katta ikamet eden malikin su tesisatından sızan suyun alt kattaki dairenin sıvasını kaptırması tehlikesini önleme yükümlülüğünü yerine getirmesi talebi ile karşılaşan borçlunun buna kızarak su tesisatının vanasını iyice açtığını varsayalım. Malikin, tehlikeyi artırması nedeniyle zarar tehlike-

³³ Kılıçoğlu, a.g.e, s. 483 "Sonradan ortaya çıkan imkânsızlıkta borçlu kusurlu ise, borca aykırılık söz konusu olacaktır."

sini giderilmesi için TBK 113 deki dava hakkı kullanılana dek tehlike alacaklısının sıvasının kabarması durumunda; zarar verenin, vananın iyice açılmak suretiyle zarar tehlikesine maruz kalanın TBK 113 maddesindeki hakkın kullanılmasını engellenmesi aynı zamanda haksız fiil olduğundan TBK 69. maddesinden bağımsız olarak TBK 70 ve 49 maddeleri kapsamında talep hakkı meydana gelecektir.

Yukarıdaki örnekte olduğu gibi bina veya yapı malikinin zarar tehlikesini artırmama yükümlülüğüne uymaması halinde TBK'nun 113 maddesindeki dava hakkını kullanması fiili olarak imkânsız hale gelme tehlikesi ile karşılaşan zarar tehlikesi altında bulunanın, kendi hakkını korumak amacıyla ihkak-ı hakta bulunması TBK'nun 63/2. fıkrası gereğince mümkündür. Yukarıdaki örneğe dönersek vanayı iyice açan malikin, apartmanın ortak alanında bulunan vanasını, zarar tehlikesi ile karşılaşmanın kapatmasında hukuka aykırılık yoktur.

Zarar tehlikesini önleme borcunun kusursuz olarak imkânsız hale gelmesi ise, ancak zarar tehlikesinin ortaya çıkmasından sonraki ve ifadan önceki süreçte illiyet bağıni kesen nedenlerin gerçekleşmesi ile meydana gelmektedir.³⁴

Zarar tehlikesini önleme borcunun ifası kusursuz olarak imkânsız hale gelmesi halinde dahi tehlike borçlusunun zarar tehlikesini artırmama yükümlülüğü devam etmektedir. Bina ve yapı eseri malikinin tehlikenin artırılmasına neden olan davranışları TBK'nun 136/3. fıkrası gereğince tazminat sorumluluğunu gündeme getirmektedir. Ayrıca talep hakkının kullanılmasından itibaren ifa imkânsızlığı malikin kusuruyla olsun ya da olmasın malikin ifa imkânsızlığı oluşturan halleri zarar tehlikesine maruz kalana gecikmeksizin ihbar etme külfeti bulunmaktadır. Zarar tehlikesi borçlusu ihbar ve zarar tehlikesini artırmama külfetlerini yerine getirmemişse bundan dolayı ayrıca bir zarar meydana gelmiş yahut zarar tehlikesi somutlaşarak artmış ise malikin bu zararlardan sorumlu olması söz konusudur.

G-Zamanaşımı

Kural olarak her alacak zamanaşımına tabi olduğundan TBK'nun 146. maddesi kapsamında 10 yıllık genel zamanaşımı süresi, dava

³⁴ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 630 "Edimin ifasını imkansız hale getiren olaylar değişik olabilir. Bunlar genellikle aynı zamanda mücbir sebep oluşturan olaylardır."

hakkı malike talepte bulunulması koşuluna bağlı olduğundan zarar tehlikesinin önlenmesine ilişkin talep hakkına dair zamanaşımı, talep hakkının kullanıldığı tarihten itibaren işlemeye başlaması, menfaat dengesine uygun düşmektedir. Zira zarar tehlikesi borcunun muaccel olması, tehlike borçlusuna talepte bulunulması ile gerçekleşmekte ve zamanaşımının işlemeye başlaması için gerekli muacceliyet koşulu da bu sayede gerçekleşmektedir. Zarar tehlikesinin; malike talep hakkının kullanılmasından sonra da mevcut olduğu bu nedenle zamanaşımının işlemeyeceği düşünülebilir. Ancak malikin ilanihaye dava tehdidi ile karşılaşmasının kamu düzenini bozucu etkisi karşısında ayrıca malikin hukuki güvenliğini sağlama gayesi ile zarar tehlikesi ile karşılaşmanın, malike tehlikenin önlenmesi için talep hakkını kullandığında zamanaşımı süresinin başladığını kabul etmek gerekmektedir.

III- TALEP VE DAVA YOLU

A-Zarar tehlikesi borçlusundan talepte bulunma ve dava yolu

Zarar tehdidi altında bulunan kişi,³⁵ ilk olarak malike(veya intifa veya oturma hakkı sahibine) bizzat kendisi gerekli tedbirleri alması için başvurur. Malik(aynı hak sahibi), istek üzerine gerekli tedbirleri almazsa, onun aleyhine tehlikenin giderilmesi davası açılabilir.³⁶ Açılan davada, ilgili taşınmaz, bina veya yapı eserinin mutlak, muhak-

³⁵ Yargıtay 4.H.D.'nin 01/06/2010 Tarih ve 2010/3327 E.-2010/6533 K. sayılı kararı "...Dava, baz istasyonunun kaldırılması istemine ilişkindir. Davacı site yönetimi, yöneticisi oldukları binaya yakın yerde bulunan aydınlatma direği üzerinde davalılardan Turkcell İletişim Hizmetleri AŞ tarafından kurulan GSM baz istasyonunun insan sağlığı yönünden tehlike yarattığını, bilimsel verilere uygun olmayan bu istasyonun sökülerek kaldırılmasına karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkemece istem reddedilmiş; karar, davacı Köşe Apartmanı Yönetimi tarafından temyiz olunmuştur.

Dava, Köşe Apartman Yönetimi adına açılmış; vekâletname de yönetim adına verilmiştir. 634 sayılı Kat Mülkiyeti Yasası uyarınca bu tür davaların bağımsız bölüm sahiplerince (kat maliklerince) açılması gerektiğinden; davacı vekilinin yargılama sırasında, davanın gerçek kişi adına takip edildiği belirtilmesinin bir önemi yoktur. Husumet sorunu, açıkça veya hiç ileri sürülme bile mahkemele-
rin kendiliğinden gözetmesi gereken bir olgudur.

Yerel mahkemece, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Yasası'na göre tüzel kişiliği bulunmayan ana yapı yönetiminin bağımsız bölüm sahipleri adına dava açamayacağı gözetilerek, davanın aktif husumet yokluğu nedeniyle reddedilmesi gerekirken, işin esasının incelenmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir..."

³⁶ Eren, a.g.e., s. 644

kak ve mevcut tehlike arz ettiği, gerekirse bilirkişi raporu ile belirlenmelidir. Alınacak tedbirlerin niteliği davacının talebiyle sınırlı olarak hâkim tarafından belirlenir. Söz konusu tehlikenin alınacak tedbirlerle giderilebilecek nitelikte olması gerekir. Tehlikeyi giderici tedbirlerin alınması talebinde bulunabilmek için malikin kusurlu olması şartı olmadığı gibi, tehlikenin yapım bozukluğu veya bakım eksikliğine bağlı olması da şart değildir.³⁷

B-Tedbirin niteliği

Kural olarak malikin, derhal zarar tehlikesini önleyecek tedbirleri alması gerekir. Zarar tehlikesini önlemek için alınabilecek tek bir tedbir varsa sorun yoktur. Gerek malikten talep edilebilecek gerekse dava konusu yapılabilecek tedbir belirlidir. Ancak TBK'nun 70/1. fıkrası tehlikenin önlenmesi için alınabilecek tedbirlerden söz ettiğinden alınabilecek birden fazla tedbir olması halinde bu tedbirlerden hangisinin nasıl seçileceği sorusu karşımıza çıkmaktadır. Somut tehlike doğuran olayı önlemek için alınabilecek birden fazla tedbir varsa, kural olarak tedbirlerin başlangıçtaki eşitliğinden söz edilebileceğinden zarar tehlikesinin önlenmesi bir seçimlik borç olarak karşımıza çıkar. Somut olaya uygun tedbirlerin doğrudan doğruya hâkim tarafından alınması gerektiği düşünülebilir. Ancak kanunda tedbirlerin alınmasının hak sahiplerinden istenebileceğinin düzenlenmiş olması karşısında malikin gerekli önlemleri almaması koşuluyla hâkimin müdahalesi istenebilir. Bu nedenle, tehlike alacaklısının malikten talepte bulunmadan önce alınacak tedbirin belirlenmesi için tespit davası açmakta hukuki yararı olmayacağından kanunun gerek tehlike borçlusuna gerekse, tehlike borçlusunun seçimlik hakkını hukuka aykırı kullanması koşuluyla tehlike alacaklısına alınabilecek tedbirlerin belirlenmesi noktasında bir seçim hakkı³⁸ verdiği anlaşılmaktadır. Tehlikeyi önlemek için başvurulabilecek birden fazla tedbir varsa 4721 sayılı TMK'nun 2/2.fıkrası uyarınca tehlikeyi en çabuk yolla ve en az masrafla giderecek tedbiri seçmek gerekmektedir. Alınabilecek tedbirleri seçim hakkı, aynı hakka bağlı tasarruf yetkisinin bir sonucu olarak kural olarak

³⁷ Çelik, a.g.e., s. 94

³⁸ Eren, a.g.e., s. 956 "Yetkili kişi, seçim hakkını kullanmakla bu edimlerden biri kesin olarak borcun konusunu oluşturur."

aynı hak sahibindedir. Aynı hak sahibinin(Mülkiyet, intifa, oturma hakları) seçim hakkını³⁹ kullanmaması, seçim hakkını kötüye kullanması veya tehlikenin önlenmesi talebini halin gerektirdiği bir sürede karşılamaması halinde zarar tehlikesi ile karşılaşmanın dava yolu ile seçim hakkını kullanarak masrafı malike ait olmak üzere tedbir alınması konusunda alınan ilam ile tehlikeyi önlemesi gerekmektedir. Malikin tehlikeyi tümüyle ortadan kaldırmayan tedbirleri seçmesi, zarar tehlikesiyle karşılaşmanın dava hakkını ortadan kaldırmaz. Bu nedenle, tehlike borçlusunun, seçmiş olduğu tedbirlerin tehlikeyi geçici olarak ortadan kaldırdığının anlaşılması halinde ortaya çıkan tehlike; halin icabına göre yeni bir tehlike olarak kabul edilemiyorsa dava yoluna başvurulması mümkündür. Bu halde tehlike borçlusundan yeniden talepte bulunulmasına gerek yoktur. Tehlikenin geçici olarak ortadan kaldırılması halinde, ortaya çıkan tehlikenin, yeni bir tehlike kabul edilmesi halinde ise yeniden malikten tehlikenin önlenmesinin talep edilmesi gerekmektedir. Ancak malikten, tedbirler arasında aşırı masraflı olanın talep edilmesi, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olsa da, bu halde tedbirleri seçme yetkisi borçlu malikte olduğundan dava açılması için talep koşulunun yerine getirildiğini kabul etmek gerekecektir. Zira kanundaki düzenleme şekli itibariyle borçludan zarar tehlikesinin önlenmesinin talep edilmesi, ihbar niteliğinde şekli bir külfet olup bu şekli yükümlülüğün içeriğine ilişkin hususlar davanın esasına etkili olmayacaktır. Davacının talep ettiği tedbir, davalı için aşırı masraflı veya davalı için ifası güçse davacının seçim hakkını kullanması, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğundan bu halde tehlikeyi önleyecek tedbirlere taraflar arasındaki menfaat dengesine göre hâkimce karar verilir.

Malikin zarar tehlikesini önlemek için almış olduğu tedbirler, borcun kötü ifası niteliğinde ise; zarar tehlikesi önlenmediğinden bu durum TBK'nun 113. maddesindeki dava hakkının kullanılmasını engelleyecek ise, zarar tehlikesine maruz kalanın TBK 63/2. fıkrasındaki ihkak-ı⁴⁰ hak yolunu işletmesi mümkündür. Kısaca malikin, TBK'nun 113. maddesi kapsamında açılacak bir davanın kısmen veya tamamen

³⁹ Eren, a.g.e., s. 957 "Seçim hakkı, tek taraflı, varması gerekli irade beyanıyla kullanılan yenilik doğuran bir haktır." "Seçim beyanı geçmişe etkili sonuç doğurur."

⁴⁰ Eren, a.g.e., s. 594 "Kuvvete başvurulmadığı takdirde hakkın dermeyanı kaybolmalı veya önemli ölçüde zorlaşmış bulunmalıdır."

konusuz kalmasına neden olacak davranışları, zarar tümüyle ortaya çıkana kadar ihkak-ı hak ile karşılanabilir. Zarar tümüyle ortaya çıkmışsa ihkak-ı hak yoluna başvurulması olanaklı olmayıp TBK'nun 69. Maddesi kapsamında tazminat davası açılması gerekmektedir. Süregelen zarar, aynı zamanda bir tehlike olduğundan malike karşı hem tazminat davası hem de süregelen zararın önlenmesi için TBK 70 ve 113 maddeleri kapsamında dava açılması olanaklıdır. Örneğin GSM şirketi G'nin, ortalama alan sıcaklık değerlerinin çok üzerinde radyasyon yayan işletmesinin bozuk olan baz istasyonu nedeniyle karaciğer kanseri olan K, hem kanser hastalığına yakalanması nedeniyle TBK'nun 69. maddesine dayanarak tazminat davası hem de G ye karşı süregelen zarar tehlikesinin önlenmesi için TBK 70 ve 113 maddeleri kapsamında baz istasyonunun tamir edilmesi, tehlikenin bu yolla da giderilmesi olanaklı değilse; baz istasyonunun bulunduğu yerden kaldırılmasını talep edebilecektir. Baz istasyonunun bulunduğu yerden kaldırılması G için aşırı masraflı olaksa tehlike baz istasyonunun tamiri ile giderilebiliyorsa hâkim baz istasyonunun tamir edilmesine karar vermekle yetinebilecektir. Davacı sadece baz istasyonunun kaldırılmasını talep etmiş olsa da hâkim talep edilmeyen bir tedbir olan baz istasyonunun tamir edilmesine karar verebilecektir. Dolayısıyla usul hukukundaki taleple bağlılık, somut olguda davacının dürüstlük kuralına uygun talepleriyle sınırlı olarak uygulanabilecektir. Buna karşın örneğin davacı baz istasyonunun aynı bölgede başka bir yere taşınmasını istemiş ve tehlike bu yolla giderilebilecekse baz istasyonunun tümüyle kaldırılması hukuka aykırı olacaktır. Bu olayda baz istasyonunun tümüyle kaldırılması, davalı için çok masraflı olmasa dahi hâkimin taleple bağlı olması kuralına aykırı olacağından (6100 sayılı HMK 26/1) hukuka aykırı olacaktır. TBK 70/1 fıkrası ile TBK'nun 113. ve HMK'nun 26/2 fıkrası kapsamında HMK'nun 26/1. Fıkrasının gerçek bir istisnası olduğuna dair kanunda bir açıklık yoktur. HMK'nun 26/2 fıkrası, 26/1'sinin istisnası olduğuna göre istisnaların dar yorumlanması ilkesi ile TBK'nun 70. maddesi kapsamında HMK 26/2 'nin uygulama alanının davacının olay adaletine uygun olmayan talepleriyle sınırlamak gerekmektedir. TBK 113. maddesinin uygulanması için borçlunun borcunun öncelikle belirlenmesi gereklidir. Seçimlik borçlarda, TBK'nu 87/1. fıkrası ile borçlunun ifa sırasındaki seçim hakkının alınabilecek tedbirlerin belirlenmesinde de geçerli olduğu anlaşılmaktadır. Malikin tehlikeyi önleme borcunun; birden fazla tedbir bulun-

ması halinde seçimlik borç olduğu, malik olan borçlunun ediminin talep hakkının kullanılması ile ferdileştirilebileceği düşünülmektedir. Bu seçim hakkının tehlike borçlusu tarafından yapılmasıyla edimin belirlenebileceği, seçim hakkı borçlu tarafından yapılarak zarar tehlikesinin önlenmesine ilişkin tedbirin belirlenmesi mümkündür. Ancak edim belirlenebilirse, ifa edilebilir hale geldiği anlaşılmaktadır.⁴¹ Seçim hakkının bulunmadığının savunulması ise yine hâkimi talep sonucu olmayan bir dava ile karşı karşıya bırakacağından hukuka aykırı olacaktır. Zarar tehlikesinin derhal malik tarafından önlenmemesi nedeniyle ortaya çıkan zararlar bakımından TBK'nun 113/2 fıkrasındaki tazminat hakkının doğabilmesi kural olarak davalı borçlunun dava tarihinden önce ediminin belirli olmasına bağlı olduğundan birden fazla tedbirler arasında edimin belirlenmesinde seçim yetkisinin bulunduğu anlaşılmaktadır.

C-Zarar tehlikesinin önlenmesinde dava hakkının kullanılması

Zarar tehlikesinin önlenmesi amacıyla dava yoluna başvurulması, tehlikenin somutlaşması nedeniyle meydana gelen zararın giderilmesine yönelik dava hakkını ortadan kaldırmaz. Zarar tehlikesine maruz kalanlar, tehlikenin önlenmesi talebine rağmen tehlikenin önlenmemesi durumunda doğrudan TBK'nun 113. maddesine dayanarak masrafı yapı maliki borçluya ait olmak üzere zarar tehlikesinin doğrudan kendileri tarafından giderilmesini dava yoluyla talep etme hakkına da sahip olmaktadırlar. Zarar tehlikesinin önlenmesine ilişkin kısmi ifa ya da kötü ifa durumlarında da zarar tehlikesinin tümüyle ortadan kalkmaması halinde de TBK'nun 113. maddesi kapsamında dava yoluna başvurulması mümkündür.

818 sayılı BK. m. 59/2 ile 6098 sayılı TBK 70/2. fıkra hükmü, zarar tehlikesiyle karşı karşıya kalan kişilere malikten tehlikenin giderilmesini talep etme hakkının tanınmasının, bu konuyla ilgili kamu hukuku kurallarına ilişkin hükümlerin uygulanmasına engel oluşturmadığını hükme bağlamıştır. Kamu hukukuna ilişkin düzenlemelerin saklı tutulmasının amacı, kamu hukukuna ilişkin kurallara dayanılmasının daha etkin sonuç alınması halinde bu yolunda açık tutulmasıdır.

⁴¹ Eren, a.g.e., s. 956 "Yetkili kişi, seçim hakkını kullanmakla bu edimlerden biri ke-sin olarak borcun konusunu oluşturur"

Ç-Davalının savunma olanakları

Davalı, mutlak haklara yönelik zarar tehlikesi sorumluluğunu ortadan kaldıran hallere dayanarak davanın reddini talep edebilir.

Davalı, mutlak hakların ihlali tehlikesi karşısında zarar tehlikesinin önlenmesi noktasında her türlü özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini veya yerine getirseydi dahi tehlikenin önlenemeyeceğini, tehlikenin kaçınılamaz olduğunu ispat etmesi halinde dahi tehlikenin önlenmesi sorumluluğundan kurtulamaz.⁴² Ancak illiyet bağı kesen nedenler tehlike sorumluluğunu ortadan kaldırır. Örneğin özel bir hastanenin tıbbi atıklarının bulunduğu depoda öngörülemeyen bir sel neticesinde tıbbi atıkların çevreye yayılması tehlikesinin önlenmesi dava edilemez. Zira sel olması olağandışı bir doğa olayı olduğundan davalının bu olayı öngörmesi beklenmez. Sel olması bina ya da yapının olağan işletilmesinin doğrudan bir sonucu değildir. Sel olması, mücbir sebep kapsamında değerlendirilebileceğinden illiyet bağı kesildiğinden söz edilmesi mümkündür. Zira Tıbbi atıkların kontrolü yönetmeliğinin 34/3. fıkrasıyla sadece tabi afetlere ilişkin acil durumlarda valilik onayı ile atıkların yakılmasına değinilmiş olup davalı tarafından alınabilecek bir tedbir bulunduğundan söz edilemez.

Olağandışı ya da davalının irade serbestisi dışında yer alan mücbir sebepler ile 3. Kişinin ve zarar görenin ağır kusuru, illiyet bağı kesitiğinden zarar tehlikesini önleme sorumluluğu ortaya çıkmayacaktır. Aynı zamanda bu hallerde özen yükümlülüğünden söz etmekte olanaklı değildir. Sonuç olarak mücbir sebep halinde, zarar tehlikesinin önlenmesi sorumluluğunun iki koşulu olan özen yükümlülüğünün ihlali ve illiyet bağı bulunmaz. Örneğin, 8,9 şiddetindeki bir depremde yıkılması tehlikesi karşısında nükleer santralin yayacağı radyasyon nedeniyle zarar tehlikesinin önlenmesi talep ve dava edilemez. Zira bu şiddetteki bir depreme dayanaklı bina yapılması mevcut teknolojinin imkânları ile olanaklı değildir. Nükleer Güç Santrali Sahalarına İlişkin Yönetmeliğinin 19 ve 20. maddelerinde belirtilen jeolojik etütler yapılmışsa özen yükümlülüğünün ihlalinden söz edilmesi olanağı da bulunmamaktadır. Buna karşın zorunluluk hali, illiyet bağı kesmediğinden tehlikenin önlenmesi sorumluluğunun bulunduğu kabul etmekte zorunluluk vardır.

⁴² Eren, a.g.e., s. 634

Her ne kadar TBK'nun 63. maddesinde zorunluluk hali, fiilin hukuka aykırılığını kaldıran haller arasında sayılmış ise de; bina ya da yapı malikinin sorumluluğu, aynı zamanda bir hakkaniyet sorumluluğu olduğundan zorunluluk halinde hakkaniyet gerektiriyorsa tehlike sorumluluğu doğacaktır.

Zarar tehlikesinin nisbi haklara yönelik olması halinde ise, zarar tehlikesine yol açanın kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmesi halinde sorumlu olmayacağı değerlendirilmektedir. Zarar tehlikesine yol açan, her türlü önlemi alsa dahi zarar tehlikesinin gerçekleşebileceğini ispat etmesi halinde sorumluluktan kurtulmaktadır. Bu halde ağırlaştırılmış kusur sorumluluğu bulunduğu kanaatini taşımaktayız.

SONUÇ

Zarar tehlikesinin önlenmesinin, sadece taşınmaz, bina ve yapı eseri malikinin hukuki sorumluluğu ile sınırlanmasının, uygulamada ortaya çıkan ihtiyaçları tam olarak karşılamadığı anlaşılmaktadır.⁴³ Tehlikeli bir faaliyet yürüten tüm işletmelere yönelik olarak işletme tehlikesini artıran faktörlere ilişkin olarak genel bir zararın önlenmesi yolunun düzenlenmesine ihtiyaç olmaktadır.⁴⁴ Ayrıca TBK 113 deki dava hakkının kullanılması yoluyla tehlikenin önlenmesi yöntemi, acil tedbir alınması gerekli durumlarda etkili sonuç alınabilmesi bakımından tereddüt uyandırabilecektir. Zarar tehlikesi ile karşılaşmanın TBK'nun 63/2. Fıkrasındaki ihkak-ı hak kapsamında malikin mülkiyet hakkını ihlal ederek resen alacağı tedbirler yeni uyuşmazlıklar ortaya çıkarabileceğinden 3091 sayılı yasada belirtilen yöntemle benzer bir şekilde idari yoldan tehlikenin önlenmesine ilişkin bir yöntemin yasal düzenleme konusu yapılması önerilmektedir.

⁴³ Doğramacı, a.g.m., s. 59 "Bir başkasını zarardan korumak için davranışta bulunma yükümlülüğü getiren genel bir davranış kuralı yoktur."

⁴⁴ Doğramacı, a.g.m., s. 59 "Tehlikeyi önleme konusunda üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmeyen kimsenin davranışının aynı zamanda bir (kusursuz) objektif sorumluluğa yol açtığı kabul ediliyorsa, kişinin sorumlu tutulabilmesi için ayrıca kusur sorumluluğunun şartlarının gerçekleşmesi aranmaz."

Kaynakça

- Çelik Ahmet, "Bina Ve Yapı Malikinin Hukuki Sorumluluğu", Yüksek Lisans Tezi, Gazi Ü.S.B.E. Özel Hukuk A.B.D., Ankara 2006
- Eren Fikret, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", Beta yayınları no:361, Sevinç Matbaası, İstanbul 1998
- Eren Fikret, "Sorumluluk Hukuku Açısından İlliyyet Bağı Teorisi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları no:361, Sevinç Matbaası, Ankara 1975
- Doğramacı Hayriye Şen, "Tehlikeyi Önleme Yükümlülüğünün Sorumluluk Hukukundaki Yeri Ve Önemi", *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Hukuk Özel Sayısı, Eskişehir 2013
- Kılıçoğlu M. Ahmet, "Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)", 6. Bası, Turhan kitabevi, Ankara 2005
- Oğuzman M. Kemal -Öz M. Turgut, "Borçlar Hukuku(Genel Hükümler)", Altıncı bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009
- Özbek Zeynep Uyar, "Türk Hukukundaki Kusursuz Sorumluluk ve Tehlike Sorumluluğu", Dicle Ü. S.B.E. Hukuk A.B.D. Özel Hukuk Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır 2009

İnternet Kaynakları

<http://hukukiyardim.blogcu.com/bina-ve-insa-eseri-sahibinin-sorumlulugubolum-1/3986939>, E.T:12.06.2013

Yargıtay Kararları

Yargıtay 4.HD'nin 02.11.1987 Tarih ve 662 E. -6934K. sayılı kararı

Yargıtay 4.H.D'nin 11.03.2010 Tarih ve 2009/1377E.-2010/2690K. sayılı kararı

Yargıtay 4.H.D'nin 01.06.2010 Tarih ve 2010/3327E.-2010/6533K. sayılı kararı