

## SORUMLULUK HUKUKUNUN TEMEL İLKELERİ

Temyiz kudreti, hukuka aykırılık, kusur ve tehlike sorumluluğu\*

Prof. Dr. Erwin DEUTSCH, M.C.L., Göttingen

Çeviren : Dr. Şeref Ertuş

### ANLATIM DÜZENİ

#### A. Kusurlu Sorumluluk

##### I. Sorumluluğun Esasları

1. Sorumluluğun hukuki olgusu (unsuru)
2. Temyiz kudreti
3. Haksız fiilin yapısı: Olgu, hukuka aykırılık, kusur
5. Kusur: Kasd ve ihmâl

##### II. Sorumluluğun Kapsamı

1. Zarar unsuru (olgusu)
2. Koruma alanı
3. Uygunluk (Adaequanz)

#### B. Kusursuz Sorumluluk: Tehlike sorumluluğu (Gefährdungshaftung)

##### I. Kusursuz Sorumluluk Tipleri

##### II. Koruma alanı

##### III. Tehlike Sorumluluğunun İstisnası: Mücbir Sebep.

Alman hukukunda kusurlu ve kusursuz (tehlike sorumluluğu) olmak üzere iki tür sorumluluk esası bulunmaktadır. Roma hukuk içinde gelişen kusurlu sorumluluk kasd ve ihmalden sorumluluk şeklinde Alman Medeni Kanununa (= AMK=BGB) alınmıştır(1). Sorumluluk için kusur koşulu, kişilere sosyal olaylara katılma, tesir etme, yani onlara hareket özgürlüğü sağlar, kişi böylelikle yapma veya yapama şeklinde olan (2) eylemlerinin tüm kötü sonuçlarından sorumlu olmamaktadır. Kişi yalnızca hareketleri günlük hayattaki stan-

\* 8 Mayıs 1981 günü Ege Huku Fakültesinde verilen konferansın metnidir. 7

dartlarında (olağan hallerden) saptığı taktirde, bu eyleminden sorumlu olmaktadır. Bu kusurlu sorumluluk esasının yanında, ilk önceleri demir yollarının verdiği zararlar için geliştirilen, bugün özel kanunlarla tipleri düzenlenen tehlike sorumluluğu bulunmaktadır. Burada gerçekleşebilecek aşırı tehlike için özel yasalarla getirilen kusura dayanamayan bir sorumluluk eşi söz konusu olmaktadır. Kursesiz sorumluluk müessesesi, ne hukuken nede fiili olarak kendisine tehlikeli bir eylemin zararlarından kaçınmak imkanı bulunmayan (muhtemel kurbanları) bundan korumak amacını güder(3).

## A. Kusurlu Sorumluluk

### 1. Sorumluluğun Esasları

Sorumluluk hukuku, uygulaması kolaylaştırmak için kendine özgü bir çok huku kavramı yaratmıştır. Bu kabilden olmak üzere özellikle şunları sayabiliriz: Hukuk olgu, unsur (Tatbestand), hukuka aykırılık (Rechtswidrigkeit ve kusur (Verschulden). Hukuki Olguya (sorumluluk yasal unsuru) sorumluluğun tipik meteryallerini teşkil eden ve genel olarak hak ve hukuki varlıklara zarar verip sorumluluk doğuran eylem olarak özetlenebilir. Hukuki olgu (Tatsbestand) esasında Roma Hukukunun olay kurbanının olay kurbanının açıklanmasında anlamını bulan «corpus delicti» kavramından geliştirilip bu günkü anlamını bulan bir kavramdır (5).

Hukuka ve aylaka ayıkırı fiillerle, hak ve hukukun koruduğu varlıklara zarar veren ve sorumluluk doğuran eylemlerin tipleri olan hukuki olgular AMK.nun 823-826. paragraflarında düzenlenmiş bulunmaktadır. Alman Medeni Kanununun 823. paragrafı 2.f.da sınırlı olarak, yorumla genişletilmesi mümkün olmayan iki koruma konusu çeşidi verilmektedir: Yaşam varlıkları, yani hayat, vücut bütünlüğü, sıhhat ve özgürlük. Bunlar sınırlı sayıldığından kişinin şeref ve haysiyeti üezrindeki kişilik hakkı yorumla buraya dahil edilemez(6). İkinci tür koruma konusu ise Mülkiyet ve benzeri mutlak haklardır. Buraya, mahkeme içtihatlarıyla gelişen çerçeve hak «genel kişilik hakkı» ile bir ticari işletme üzerindeki haklar dahil bulunmaktadır. Bu konudaki ayırımı açıklığa kavuşturmak için elektrik kesilmesinden örnekler verebiliriz, uzun elektrik kesilmesi nedeniyle kuluçka makinasında yumurtalar, ve laboratuvardaki mikro organizmalar bozulmuş ise mülkiyete bir tecavüzden söz edebiliriz. Buna karşılık elektrik kesilmesi nedeniyle bir fabrika uzun süre üretim yapamamışsa ortada bir ticari işletmeye tecavüz var demektir.(7).

### 2. Temyiz kudreti

Kanunun yasakladığı eylemin gerçekleştirilmiş olmasının sorumluluk doğurması her şeyden önce bir kimseye isnad edilebilir, bağla-

nabilir olması gerekir. Temyiz kudretinden biz bir eylemin sonuçlarını, bir kimsenin iradesine yükleyebilmeyi anlatmaktayız. Bu tabiki kişinin kasdi veya iradi hareket etmesine bağlı bir husus olmayıp daha ziyade eylem veya eylemsizliğini kontrol edebilip edememesine bağlı bir konudur(8). Larenz tarafından(9) tekrar hukuki tartışmaya sokulan temyiz kudreti Alman Federal Mahkemesinin (AFM=BGH) iki kararında esaslı şekilde araştırılmış bulunmaktadır.

BGHZ 39,103 : Bir Kiy oyununda davacının kardeşi davalıyı eliyle geriye itip yüzüne yana sigarasını bastırır, davalı davacının kardeşinin kulüpten ihraç edileceğini görür görmez, onun yolunu keserek döver. Burada elindeki topu yakında duran davacının yüzüne fırlatır, davacının alt dudak patlar dört dişi kırılır. Davalının topu bilinçli olarak mı fırlattığı yoksa bir karın darbesini engellemek için iradi olmayan bir refleks hareketi sonucu mu topu fırlattığı tespit edilememiş ve AFM.si davayı ret ederek şu sonuca varmıştır: «Tazminat istemenin ilk koşulu bilinçli kontrol ve iradi yönelme ile yapılan bir eylemin varlığıdır. Psikolojik baskı veya başkasının tesirinin yol açtığı refleksin neden olduğu bir eylem, bu anlamda sorumluluk doğuran bir eylem sayılamaz. Bu tür bir eylem souncu yaralandığını ispat davacıya düşer»

BGH Vers R 68,175 : Davacı, bir maskeli balo esnasında çıkan bir kavgayı, bir derneğin başkanı olarak ayırmak ister, davalının arkasından kollarını tutarken davalı arka istikamette savurduğu yumruk davacının daha sonra alınmak zorunda kalınan bir gözünü yaralar. Davada AFM.si kontrolsüz olarak arkaya doğru yapılan bir darbenin iradi olarak yapılan bir savunma hareketi olduğunu, bunun bilinç altının yönlendirdiği bir refleks hareketi olamayacağı sonucuna varmıştır.

### 3. Haksız Fiilin Yapısı: Hukuki Olgu (Tatbestand)

#### Hukuka Aykırılık ve Kusur

Haksız fiillerde sorumluluk sebebinin yapısını yer kabuğunun jeolojik katmaları, tabakaları örneği biçiminde açıklamak mümkündür. En alt tabakada hukuki olgu (yasal unsur), bunun üzerinde hukuka aykırılık ve en üstte de yüzen kusur unsuru bulunmaktadır. Sebeb ve Netice gibi, hukuki olgu ve hukuka aykırılık, koruma konusu ve değerlendirmeye bir ilişki içinde bulunurlar(10). Burada şüphesiz hukuki olgunun (yasal unsurun) türü önemli bir yer kazanmaktadır. Sınırları kesin olarak çizilmiş olmaları nedeniyle hu-

kuka aykırılığa yaklaşan hukuki olgu çeşitleri vardır. Burada sınırlı veya kapalı hukuki olgulardan söz etmek mümkündür. Alman Medeni Kanununun 823.pragraf 1.f.daki yaşam varlıklarına veya mülkiyete tecavüz halinde işte böyle sınırları çizilmiş kapalı hukuki olgular bahis konusudur. Eğer böyle bir hukuki olgu (yasal unsur) gerçekleşmişse, hukuka aykırılığın ortadan kalkması için meşru müdafaa, ızdırar hali gibi bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı gereklidir. Sorumluluğu doğuran bir hukukiolguyu gerçekleştirip bir hukuka uygunluk sebebine dayanan kişi bunu ispatlamalıdır(11). Her kim tabanca kurşunuyla başkasını yaralarsa bunu hukuka aykırı bir haksız eylem olarak nitelenidrmek gerekir. Burada eğer zarar veren meşru müdaafa durumunda, örneğin evine girmekte olan bir hırsıza ateş etmek zorunda kaldığını iddia ediyorsa kanıtlamalıdır.

Sınırları kapalı hukuki olguların yanında, sınırsız, açık hukuki olgularda vardır. Bunlara örnek olarak bir çerçeve hak olan genel kişilik hakkı ve bir ticari işletme üzerindeki haklar gösterilebilir. Bu tip hukuki olguların sınırları öyle geniştir ki daha önce arz ettiğimiz hukuki olguların tersine bunların gerçekleştirilmiş olmasını hukuka aykırılıkla birleştirilmesi söz konusu edilemez. Burada ikinci tip hukuki olgu olan kişilik hakkına veya ticari işletmeye yapılan saldırının hukuka aykırılığını tespit için ayrıca durumun hak ve çıkarların karşılıklı tartılması ve mukayesesi yoluyla tekrar kontrolü gereklidir(12). Son durumda hukuka aykırılığın positif kontrolünden söz edilmektedir.

RGZ 159,235 : Davacı ve davalı birlikte içki içtikten sonra eve dönerken davalı davacıyı tabanca kurşunuyla yaralıyor. Davalının yasal savunma durumu iddiası üzerine, mahkeme bunun davalı tarafından kanıtlanması gerektiğine karar veriyor.

BGHZ 31,308 : Ciddi bir politik münakaşadan sonra bir öğrencinin öğrenci derneğinden ihracı üzerine, yaşlı bir üye ihraç kararının geri alınması için derneğe gönderdiği mektuptan alıntılar, «Spiegel» isimli dergi tarafından Yanıtlar sütününde «Akademikerler» başlığı altında yayınlanıyor ve bu nedenle davacı dergiden tek taraflı olarak anlatılan olayların yalanlanmasını talep etmiştir. Davayı kabulden önce AFM kişilik haklarına tecavüz eidlip edilmediği probleminde hukuka aykırılık açısından karşılıklı hak ve çıkarların mukayesesi ve tartılması ve yapılan yayınlara güdülen amaç ve kişinin onuruna yapılan saldırı arasında, kabul edilebilir uygun bir orantının bulunması gerektiğine, karar vermiştir.

Kusur unsurunun dahi, hukuki olgu (unsur) ile bir ilişki içinde olduğunu söyleyebiliriz. Bu, AMK. 823. paragrafının içeriği incelendiğinde, her iki fıkranın ifadesinden açıkça anlaşılmaktadır. Birinci fıkradaki kusur, hak veya hukukun koruduğu varlıklara yapılan saldırıya da kapsadığı takdirde bir uygulama alanı bulabilir. Bunun gibi Alman hukukunda hakim fikir 823. paragrafın 2. fıkrasına göre koruyucu bir yasa hükmünün (Schutzgesetze) ihlalinde kusurun yalnızca bu yasa hükmünün ihlali hususunda bulunmasını yeterli saymaktadır(13). Buna göre AMK. 823 paragrafı 1.f. çerçevesi içinde, hukuki olgu olarak nitelendirilen yaşam varlıklarına saldırının bir zarar olarak kabul edilebilmesi için, kusurun bu saldırı fiilinde kapsamı gereklidir.

RGZ 69.340: Şilezyalı bir yağlı boya (duvar) ressamı, yardımcılarını, kışın şiddetli soğuk altında büyük bir salonda çalıştırırken soğuğa karşı bir kova içinde kök kömürü yakmış ve yardımcılardan birisi bundan zehirlenerek aynı gün ölmüştür. Alman İmparatorluk Mahkemesi (AIM=RG) ressamı ihmal ile bir kimsenin sağlığına zarar vermekten yargılıyarak onu, ölümün meydana getirdiği zararlardan sorumlu tutmuştur. Olayda ressamın yardımcının ölümünü önceden hesaplayıp hesaplamayacağı hususunun tespit edilmiş olması, önemli bir noktadır.

#### 4. Hukuka Aykırılık (Rechtswidrigkeit)

Konu dikkatlice incelenirse Alman hukukunda, hukuka aykırılığın üç çeşidi görülür. Hukuk düzenine ters düşen, çatışan bir eylem, hukuka aykırıdır. Bu hukuk düzeni ile çatışma açık olarak, birinci halde bir davranış normuna aykırı harekette, ikincisi bir hak veya hukukun koruduğu bir varlığın doğrudan ihlalinde, nihayet üçüncü olarak subjektif nitelikli bir fiilde görülebilir(14). Sorumluluk hukukunun üç ögesi, hukuka aykırılığın bu üç şekliyle, genel olarak bir uyum içerisinde bulunur: 823. paragraf birinci fıkrada, hakka ilişkin (rechtsgutbezofene), ikinci fıkrada, davranışa ilişkin ve 826. paragrafta ise subjektif nitelikli hukuka aykırılık halleri bulunmaktadır. 1950 ve 1960 ların ilk yarısındaki bu konudaki tartışmalar bugün artık önemini büyük ölçüde yitirmiş bulunmaktadır. AFM. sinin büyük senatosunun aşağıda zikredilen iki kararı bu sorunu çözümlenmeye çalışmaktadır :

BKHZ 24,21 : Davacı bir tranvayın ön vagonuna binmek isterken, tranvayın altına düşerek ağır yaralanır ve sağ ayağı daha sonra kesilmek zorunda kalır. Davacının, hareket memurunun hareket işaretinden öncemi, yoksa son-

ramı tranvaya binmek için hamle yaptığı tesbit edilememiştir. Birinci durumda hareket memurunun eylemi hukuka aykırıdır, çünkü yolcu bindiği sürece hareket işareti vermemesi gerekirdi. İkinci halde, yani tranvay sürücüsüne hareket işareti verildikten sonra sürücü harekete geçmiş ve yolcu buna rağmen binmeye çalışmış ise, tranvay personelinin eylemleri hukuk kurallarına uygun sayılacaktır. AFM. si bu olayda, bu gün nadiren uyulan «trafik kuralları ve bir işletmenin emir ve yasaklarına uygun surette hareket eden kişi hukuka aykırı davranmış, olmaz» ilkesini bu kararıyla tespit etmiştir. AFM. burada kişinin eyleminin başkasına zarar vermiş olup olmaması hususunu, konu bakımından önemsiz saymaktadır.

Bugün biz hukuka aykırı hareket hallerini aşağıda olduğu gibi matize edebiliriz :

1. Hukuk normuna, hukuk kuralına aykırı hareket, örneğin karayolunda en yüksek hız limitinin aşılması.
2. Özellikle bir hak veya hukuk varlığının, tehlikeli bir yaklaşımla (Annaehrung) saldırıya uğraması, meselâ bir ateşli silâh veya bir otomobille bir kimsenin vücudunun yaralanması.
3. Alman Medeni kanununun 826 ve 123 paragraflarında olduğu gibi subjektif nitelikli hukuka aykırı davranışın gerekli olduğu haller, mesela politik hakaret iftirada veya şantajla para temininde olduğu gibi.

Hukuka aykırılık kavramının pratik hukuk uygulamasından hukuk teorisine geçtiği açıktır. Bu gün öğretilerde arasına, davranışta haksızlık (kurala aykırılık, Verhaltenunrecht) teorisinin, burada defansif hukuki korunma, örneğin yasal savunma ve negatorisch istemler gibi hukuki korunmalar için doğabilecek mahzur ve sonuçlar hesaba katılmaksızın (AMK. 227, 1004. paragraflar, negatorisch istemler önleme ve durdurma davaları) ön planda tutulduğu görülmektedir(15). Sonuç olarak hukuka aykırılık üzerindeki tartışma yeniden alevlenmiş bulunmaktadır.

##### 5. Kusur : Kasd ve İhmal

Kasd, hukuka aykırı sonucu, önceden görmek ve istemektir. Özel hukukta, kasd ile ihmal arasındaki sınır, fazla önemsenmemiştir. Bu yüzden kasd ile ilgili teoriler fazla gelişip şekillenmemiş bulunmaktadır. Kural olarak sorumluluğun temeli olan hukuk normu tarafından kasdın hukuki olguyu ve hukuka aykırılığı kapsamaları şart

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi	
Arşiv No:	41129

koşulmaktadır. Örneğin AMK. 276 paragraf 2. f. kasd için sorumsuzluk anlaşma koşulunu geçersiz saymaktadır. Bunun sebebi alacaklanın borçluyu tüm hukuki korumalaradan mahrum bırakmasını böylelikle önlemektedir. Eğer borçlu akdi yükümlülüklerinden kurtulmak için bilinçli hareket etmiş örneğin bilinçli olarak borçlu, borç Konusunu bu gaye için tahrip etmişse, sorumsuzluk şartı geçersiz olacaktır(16).

Alman özel hukuk öğretisi daha çok ihmal kavramıyla meşgul olmuştur. Hakim olan görüş 276 maddenin ihmal kavramını bu maddenin düzenleniş sistemi içinde buna uygun olarak yorumlamaya çalışmaktadır. 276 paragrafın 1. f. 2. c. (BGB).si genel yaşamda gerekli olan özeni göstermeyen kişiyi, ihmalkar davranmış saymaktadır. Bununla AMK nadiren başarılı olan tanımlarından birini koymuş oluyor. Bu tanım eksik, normatif ve sosyolojik olduğu için başarılıdır(17). Özünde objektif olarak belirlenen bir ölçütmü yoksa bireysel sübjektif ölçütmü bulunduğu açıklanmadığı için bu tanım eksiktir. İhtilafların çok büyük bir kısmında olduğu gibi, eğer bir zararın tazmini mevzu bahis ise, kriter objektif olarak alınmaktadır.

BGH JZ 68,103 : Bir kamyon sürücüsü karanlıkta işine gitmekteyken daha sonra tespit edilemeyen sebeplerden doğan görme hatası nedeniyle bir bisiklet sürücüsünün farkına varmayıp, çarparak yaralanması üzerine AFM'since kusurla yaralamaya sebebiyet vermektan tazminata mahkum edilmiştir. AFM.sine göre bir kamyon sürücüsü herkes gibi kendi şahsi görme yeteneğinin sınırlarını görmesi gerekirdi.

Kusurun bireysel sübjektif esaslara göre belirlenmesi, mağdurun birlikte kusurunun değerlendirilmesinde veya manevi tazminatın cezai işlevinin söz konusu olduğu hallerde düşünülebilir(18). Burada şahsın kişiliği ve yetenekleri önem kazanmaktadır. Eğer bir kimse kusurlu hareket etmiş olmakla birlikte, eylemi kınanabilir deyilse cezai mahiyette manevi tazminat ödemesi nasıl kabul edilebilir?

Gerekli özenin gösterilmesi olarak, ihmal kavramı, normatiftir. Mutat olarak gösterilen özen kavramının aksine olarak bu normatif özen kavramı, olayın özelliklerine uydurulabilir. Örneğin bir tehlikenin önlenmesinde gösterilmesi gerekli özen görevi gibi. Kanunun hazırlık çalışmalarında, dikkatsizliğin, vurdum duymazlığın afedilemeyeceği açıkça belirtilmektedir(19). Özellikle mutat olmayan, yeterli bulunmayan özenin affı söz konusu edilemez.

BGHZ. 8,138 : Yeterli derecede koruma tedbiri alınmayan ameliyat iğnesiyle çalışan bir dişçinin elinden kayan iğne hasta tarafından yutulması üzerine, mahkemece diş dok-

torlarının büyük çoğunluğunun bu tarz çalıştığı tesbit edilmiş olmasına rağmen, dış hekimi tazminata mahkûm edilmiştir. AFM. sine göre mutata olan özen değil gerekli olan ölçüde özen gösterilmelidir. Bu gerekli özenin icabı olarak ağız boşluğu içinde küçük ameliyat araçlarıyla çalışan doktorun, gerekli koruma tedbirlerini almamış olması kendisi için kusur teşkil eder.

Kanunda» genel hayat ilişkileri içinde gerekli olan ölçüde özen» istendiğinden, bu ihmâl tanımı aynı zamanda sosyolojik içeriklidir. Kişinin ihtimam görevinden, tehlikenin gerçekleşmesini bertaraf edecek ölçüde özen gösterme anlaşılmalıdır. «Tehlikeyi tanı, tehlikeyi önle» ilkesi hukukta geçerli deyiştir(20). Özen yükümlüsünün durumu, genel hayat ilişkilerinin icaplarına göre belirlenmelidir. Özen görevinin objektif çerçeve içinde tayin edilmesi, özen borçlusunun, sorumluluktan kurtarılmasına dahi imkan verebilir.

BGH. LM. paragraf 823 (Eb) Nr. 1 : Davalı kanalizasyon tertibatı olmayan bir evin malikidir. Kaldırımların altından caddeye sızan sıcak kanalizasyon sularının akıntı olmaması nedeniyle kar ve buzların altında meydana gelen boşluğa kamyana saplanarak davalıyı yaralaması üzerine AFM. si, bu mahalle sakinlerinin kanalizasyon sularını sokağa salıvermeme hususunda genel bir yükümlülükleri olup olmadığı sorusuna olumsuz yanıtlamış ve burada davalının kusurunu ret etmiştir. Çünkü mahkemeye göre davalı caddedeki kar ve buzulların altındaki su boşluğunun varlığını bilmiyordu ve basit ve ilkel fizik bilgilerine göre kendisinden bu beklenemezdi.

BGH NJW 61, 600 : Davalı hekim 1948 yılında bir röntgen filminde hafif bir tüberkuloz belirtisinin farkına varamamış ve bunun üzerine açılan davada mahkeme, davalı hekimden bir akciğer uzman hekimden beklenebilecek dikkat ve özeni beklemekle birlikte, o zamanın hal ve şartları, sosyal zaruretler dikkate alınarak, davalının kusursuzluğuna karar vermiştir.

## II. Sorumluluğun Kapsamı

Geleneksel olarak sorumluluğun sebep ve kapsamı öğretide birbirinden ayrılarak incelenir. Buradaki ana düşünce yapılan tecavüzle zarar arasındaki ilişkiyi sağlamaktır. Vücut bütünlüğüne yapılan saldırının sorumluluk doğurması için muhakkak kusurlu olması, lüzumlu olmasına karşın zarar için aranan yegane husus illiyet bağıdır. Alman Medeni Usul Tüzüğü'nün (ZPO) 287. paragrafına göre za-



rar miktarını takdir eden mahkemenin aynı şekilde tecavüzde değerlendirip takdir edebilmesi öngörülemez çünkü bunun mutlaka kanıtlanması gereklidir.

Nasıl sorumluluk sebebinin üçlü bir yapısı varsa, sorumluluğun kapsamında aynı şekilde tabaka tabaka bir yapısı bulunur. Hak veya hukuki varlıklara yapılan saldırının hukuki olgusu ile, zarar ve zararın sebebi, bir uyumluluk içindedir. Böylelikle hukuka aykırılık hukuk normunun koruma alanı üzerine inşaa edilir. Nihayet kusurla mukayese edilebilir şekilde Ugunluk (Adequanz, uygun illiyet) objektif temyiz kudretinin bir özelliğini teşkil eder. Sorumluluk hukunun bu izahata çalıştığımız tabakalı, katmanlı yapısı Alman Hukukunda genellikle kabul edilmemekle birlikte, biz bunun alman hukukunda uygulanmasını önermekteyiz (21).

### 1. Zarar Unsuru (olgusu)

Bu alt ayırmada şu konular incelenmelidir : zararın doğuşu, zararın miktarı ve zarar illiyeti. Bir tazminat borcu doğabilmesi için herşeyden önce bir zararın varlığı şarttır. Ayrıca bu zararın, tazminat borcunun ifasının sağlanabilmesi için miktar olarak belirlenebilir olması gerekir. Ve nihayet bu zararın uygun illiyet kurallarına göre, hukuka aykırı saldırının bir neticesi olmasıda şart bulunmaktadır.

BGH VersR 68,850 : Bir apantist ameliyatı sırasında hastanın tansiyonunun devamlı düşmesinden davalı hekim bir iç kanamanın olabileceğini düşünemiyor, Durumu tespit ettiğiinde ise geç kalınmış ve hasta ölmüştür. Mahkeme hekimin kusurlu davranışını sabit görmekle birlikte, zararın bu tedavi kusurundan mı, yoksa, hekim gerekli tıbbi müdahaleyi zamanında yapsaydı dahi hastanın ölüp ölmeyeceği, problemini inceleyen mahkeme, gerekli tıbbi müdahale yapsaydı dahi hastanın öleceğinin kanıtlanmasının doktora düşeceğine karar veriyor.

### 2. Korunum Alanı

Konumuzun bu ikinci kademesinde zararın miktarıyla huku aykırılık arasında bir paralellik kurulmalıdır. Bu yüzden sık sık hukuka aykırılığın nedenselliğinden söz edilmektedir(22). Modern'teolojik, dini hukuk teorisinin «yalnızca zarar tazmin edilmeli ilkesinden hareketle, bu hukuka aykırılık nedenselliğinin, uyulması halinde zararı önleyen koruyucu hukuk normunun himaye sahası içinde, ifadesini bulduğu söylenebilir. Yeni zararın hukuka aykırılığı belli ölçüler içinde koruyucu hukuk kuralının himaye sahası içinde değer-

lendirilir. Normun koruma sahası, sorumluluğu kişisel veya esas, konu bakımından sınırlar, yani yalnızca bu norm tarafından korunan şahsın bu şekilde korunan hukuki menfaatleri, bir tazminat istemi-ne esas teşkil edebilir.

BGH VersR 72.558 : Bir oto sürücüsünün bir yol inşaatı sahası içindeki en yüksek hız sınırını aşarak bir yayayı çiğnemesi üzerine mahkeme, en yüksek hız tahdidinin yalnızca motorlu taşıtları değil, yayaların korunmasında kapsamına aldığına karar vermiştir.

BGH 12,75 : Bir binanın temellerinin çok derin atılması nedeniyle komşu bitişik bina çökmüş onun bitişigindeki binanın duvarları ise çatlamıştır. Bu bina sahibinin açtığı davayı ret eden mahkemeye göre aşırı derin temelleri yasaklayan AMK 909. paragrafının uzak komşularıda himaye ettiği şüphesizdir. Ancak bu kuralın koruma sahası yalnızca bina temellerinde yapılan değişikliğin yol açtığı zararlarla sınırlıdır.

### 3. Uygunluk (Adequanz)

Sorumluluk hukukunun bu üçüncü safhasında yalnızca zararın hesap edilmesi ele alınacaktır. Ve yalnızca ihtimaliyet, olabilme, sınırları dışında kavramının değerlendirilmesi, uygun nedensellik, illiyet ilişkisine bağlanarak bunun varlığı istenir. Uygunluk kavramında bugün bir nedensellik unsuru değil, zarara ilişkin bir hesap edilebilirlik unsuru söz konusu olduğu kabul edilmektedir(24). Zarar uygun, yani olabilme sınırları içinde bulunmalı tamamiyle ihtimaliyetler dışında olmamalıdır.

BGH VersR 70,61 : Bir motosiklet sürücüsünün çarptığı yaya, kazadan sonra, caddenin karşı tarafında bulunan şapka ve ayakkabısını almak için karşı tarafa geçerken bir kamyon sürücüsü tarafından ezilerek öldürülmesi olayında AFM.si ölümle birinci kaza arasındaki illiyet bağıını ret etmiştir. RGZ 105,265 : Bir polisin kaza kurşunuyla yaralanan bir şahıs hastahanedeki gribe yakalanarak ölmesi olayında AFM.si illiyet bağıını kabul etmiştir çünkü mahkemeye göre bir klinikte yatan yaralının hastalık bulaşma tehlikesinden büyük ölçüde ayırık olması icap ederdi.

## B. Kusursuz Sorumluluk : Tehlike Sorumluluğu

### I. Kusursuz sorumluluk tipleri

Alman hukukunda kusursuz sorumluluk, tehlike sorumluluğu,

kusur ile sorumluluk ilkesinin istisnalarını teşkil eder(25. Tehlike sorumluluğunun endüstri devriminin doğurduğu tehlikelere bir karşılık olması çok dikkat çekicidir. Bu gün uygulama, mahkeme içtihatları tehlike sorumluluğunun özel yasalarla yaratılan istisnalar olduğu, analoji, kıyas yoluyla genişletilmeyeceği hususlarında ısrarlı olduğu görülmektedir(26).

Alman hukukunda tehlike sorumluluğu iki bölümlü, parçalanmış bir resim gibidir. 1838 tarihli Purusya Demiryolları kanunundan beri Alman hukukunda tanınan tehlike sorumluluğu bu gün, (tren otomobil, uçak gibi vasıtaların) aşırı hızdan, Enerjin depolama, dağıtım şebekelerinden (Gaz, su, elektrik şebekeleri), Çevre korunmasından (suyun yapısını fiziksel kimyasal olarak tehlikeye sokmak WHG 22. paragraf) ve nihayet ilaçların tıbbi olarak öngörülemeyen kötü tesirlerinden (AMG par. 88) doğan zararların tazmini alanlarında da geçerli bulunmaktadır. Olması gereken hukuk bakımından, Genteknolojisinden, özellikle DNS-Moleküllerinin yeni kombinasyonlarından doğan, ağır tehlikeler içinde, kusursuz sorumluluk ilkesinin getirilmesi tavsiye edilir.

## II. Korunum Alanı

Tehlike sorumluluğunun ana koşulu, tehlikenin zarar içinde gerçekleşmiş olmasıdır. Hakim görüş tarafından ayrıca zararın uygun illiyet bağı içinde yapılmış olması istenmekle birlikte, bu en fazla tecavüzün devamı halinde doğabilecek zararlar için düşünülebilir (27). Genel olarak değerlendirilirse, mahkeme içtihatlarının, tehlikenin gerçekleşmesi kavramını, çok geniş olarak yorumladığı bunusa, tehlike sorumluluğunun istisnai olma niteliği ile bağdaştırılamayacağı söylenebilir.

RG JW 19,38 : Hareket halinde bir vagonun atlayarak ölen bir yolcu için AİM. si Demiryolları işletmesinin sorumlu olacağını kabul etmiştir, çünkü mahkemeye göre, zarar Demiryolları işletmesinin bir fiilinden doğmuştur. Olayda yolcu, yakında bir kaza olacağı paniği içinde kendisini kurtarmak için trenden atlamıştı.

RG 69,357 : Bir yolcunun Altonadan Blankenese ya seyahat sırasında öldürülmesi olayında da dul eşin açtığı davayı AİM. si İşletmeyle Ölüm arasında bir nedensellik bağı olmaması nedeniyle, ret etmiştir.

BGHZ 37,311 : Davalı, bir hırsıza yük kamyonunu kiralamış ve o da bir polis kontrolü sırasında vasıtayı bilinçli olarak bir direğe çarparak bir polisin ölümüne sebep olmuştur.

Devlet ölen polislin geride kalan aile fertlerine bakmak zorunluluğu sebebiyle, vasıta sahibine karşı dava açmış ve bunun üzerine davayı kabul eden AFM. devletin söz konusu aracın doğurduğu tehlikelerden meydana gelen zararlar için dava hakkı olduğunu ve aracın kiralanan sürücü tarafından kasdi bir adam öldürme suçunda kullanılmış olmasının bu bakımdan bir önemi olmayacağına karar vermiştir.

Alman hukukunda kaideden kusursuz sorumluluk hallerinde manevi tazminat istemek mümkün bulunmamaktadır. Bunun bir istisnası. kusur sorumluluğu ile sistematik bağlantı içinde bulunan ve AMK 833. paragrafında düzenlenen hayvan sahiplerinin sorumluluğunda söz konusu olmaktadır. Bu hususta bu kadar çekingen davranmanın bir eksiklik olduğu genel olarak söylenmektedir(28). Zararın denkleştirilmesi anlamında manevi tazminatın tehlike sorumluluğunda retti için hiçbir makul neden yoktur.

### III. Tehlike Sorumluluğunun İstisnası : Mücbir Sebep

Karşı konulması, kaçınılması mümkün olmayan olaylar, özellikle mücbir sebepler tehlike sorumluluğunu düşüren bir hukuki sebeptir. Buna, Zorunlu Sorumluluk Yasasının 1. paragrafı 2. f. ve Alman Karayolları Yasasının 7. paragraf 2. f. örnek olarak gösterilebilir. Bu istisnasında bazı istisnaları vardır, örneğin uçak sahiplerinin ve yüksek gerilim hatlarının düşmesinden, elektrik santrali sahibinin sorumluluğunda hal böyledir (Uçak Vasıtaları Kanunu 33 par. 2. f. 3. b. ve Zorunlu Sorumluluk Kanunu 3. par.) Tehlike sorumluluğunda zararın tazmini sosyal bir gereksinme olduğundan, bunu ortadan kaldıran düşüren hallerin, zararın denkleştirilmesinin sınırlandırılmasını önlemek için, dar olarak yorumlanması gerekir. Objektif teoriye göre mücbir sebep, özel bir ihtimam gösterilmiş olsa dahi, engellenmesi mümkün olmayan ve dıştan gelen, harici olaylardır(29).

BGHZ 7,338 : Uçurtmasını telle uçurtan bir çocuk, telin yüksek gerilim hattına dokunmasıyla yanarak ağır yaralanmış ve bunun üzerine çocuk tarafından açılan tazminat davasını kabul eden mahkemeye göre burada her ne kadar haricen, vukubulan ve kaçınılması imkansız bir olay söz konusu isede, kazanın olması olağan dışı bir hal sayılamaz. BGHLM Pragraf 1. a, Haftpflichtgesetz Nr. 2. : 8 m. yükseklikteki yüksek gerilim hattının yanına, demir telle sarılmış bir saydam mast, misafirlerin kabulü için konmuş ve elektrik hattından gerilimin sıçramasıyla kaza meydana gelmiştir. AFM. si bu davada tazminat davasını ret ede-

rek, olayda mücbir sebebi, olağan üstü, engellenemez ve harici tesirlerle meydana gelen bir olay söz konusu olması nedeniyle kabul etmiştir.

### Sonuç

Sorumluluk hukukundaki son aşama yoğun bir gelişme periyodu içinde neticelenmiştir. Bu gelişme açık ve kapalı olmak üzere iki hukuku olgu (unsur) tipini yaratmış, hukuka aykırılığı rölatifleştirmiş ve uygunluk (Adequanz) kavramının yanında «Norm koruma sahasını» da kabul ettirmiş bulunmaktadır. Diğer yandan tehlike sorumluluğu özel kanunlarla düzenlenen istisnalar olarak kalmıştır. Kusurlu sorumluluğun gelişmesi, kanuni haksız fiil sistemi içinde kalmış ve özellikle hak ve huküken korunan menfaatlere dayandırılarak, ihlal edilen menfaatleri hareket noktası olarak almıştır. Bundan sonraki gelişmelerde yoğunluğun daha çok haksız fiil failinin eylem tipleri üzerinde toplanması beklenir. Özellikle bu gelişmenin başlangıç noktası zorunlu sorumluluk, sigortası olmalıdır. Kusurlu sorumluluğun yeni muhtemel yasal düzenlemelerdeki çizelgesinde, imalatçının sorumluluğu, mesleki sorumluluk, genel güvenlik borcunun ihlali ve başkası hakkında fikir beyanlarıyla (kişiliğe) yapılan tecavüzler hususlarında toplanmalıdır.

## Dipnotlar

- 1) Heck, Schuldrecht (129) ; Planck/Strohal 4 (1928) §823 Vorbe-  
merkung 1; Hausmaniger, Das Schadenersatzrecht der Aquilia  
2 (1980)
- 2) Prot. II 569,585 ; Bericht der RT-Kommission 98 «Kusursuz olarak  
yapılan hukuka aykırı davranışlarda eğer bir tazminat yükümü  
kabul edilirse bu insanların hareket özgürlüğünü tehlikeli bir  
biçimde sınırlar» ; V. Caemerer, Das Problem des Kausalzusam-  
menhang im Privatrecht (1956),6
- 3) Larenz, JuS 65,374 ; Rümlein, Schadenersatz ohne Verschulden  
(1910) 30,46 ; Enneccerus, Allgemeiner Teil § 199 II ; Mataja, Das  
Recht des Schadenersatzes vom Standpunk der Nationalökono-  
mie (1888), 120 vd
- 4) Kötz, Deliktsrecht 2 (1979), 37 ; Deutsch, Haftungsrecht I (1976),  
110 vd
- 5) Schweikert, Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling  
(1957), 8 ; Deutsch, Haftungsrecht I, 111
- 6) Enneccerus, Schuldverhaeltnisse <sup>10</sup>, § 227 ; v: Lisst, Die Deliktso-  
blicationen im System des BGB (1898), 21 vd
- 7) BGHZ 29,25 ; BGH NJW (—,1280;Münchener Kommentar/Mer-  
tens, § 823 AnM. 94
- 8) Larenz, Schuldrecht, I, § 27 III; Deutsch, Fahrlaessigkeit un Er-  
forderliche Sorgfalt) (1963),65
- 9) Larenz, Hegels Zurechnungslehre un der Begriff des objektiven  
Zurechnung (192)
- 10) Larenz, Schuldrecht II, " § 71 I ; Wiethölter, Der Rechtsferti-  
gungsgrund verkehrsrichtigen Verhaltens (1960), 28; Deutsch,  
tungsrecht I, 117
- 11) Henkel, Prozessrecht und Materielles Recht (1970), 281 vd.; Me-  
dicus, Bürgerlichesrecht <sup>9</sup> § 25 I 3
- 12) Henckel, a.g.e.; Medicus a.g.e.
- 13) Larenz, Schuldrecht II. " § 72 II ; değişik görüş Münchener  
Kommentar, Mertens, § 823 Anm. 42
- 14) Erman Dress <sup>6</sup> § 823 AnM. 46 ; Jauerling Teichmann, § 823 IV 1.;  
Larenz, Schuldrecht II, § 72 I; Stoll, AcP 162,205 vd.

- 15) Esser-Weyers, Schuldrecht II 2, § 55 II 3 ; Koziol, Östereichisches Haftpflichtrecht I 2 (1980), 90 vd.
- 16) Krş. Deutsch, Fahrlaessigkeit und Erforderliches Sorgfalt, 190; Larenz, Schuldrecht <sup>12</sup> 20 II
- 17) Plank Siber, § 276 AnM. 2 b; Prot. II 604; Deutsch, Haftungsrecht I, 273
- 18) Esser, Schuldrecht I <sup>4</sup> 38 IV ; Lehmann/Hübner, Allgemeiner Teil <sup>15</sup> 41 I 3; Larenz, Schuldrecht I, § 20 III.
- 19) Prot. II 598.
- 20) V. Bar, Varkehrspflichten (1980) 51,54.
- 21) Deutsch, Haftungsrecht I, 103
- 22) Esser, Schuldrecht I <sup>4</sup> § 45; Münchener Kommentar/Mertens. AnM. 159; Lange, Schadenersatrecht (1979), § 3 IX 1.
- 23) Max Weber, Objektive Möglichkeit und Adaequater Verursachung, in Methodologische Schriften, Studienangabe, (1968), 130; Traeger der Kausalbegriff im Straf-und Zivilrecht (1904); Linden aier, Adaequater Ursache und Naechste Ursache, ZHR 113 (207)
- 24) Jauering - Teichmann, § 249 BGB Vorbemerkung V 3 ; Lange, Schadenersatz, § 3 IV
- 25) Fikentscher, Schuldrecht, § 109 Einl.; Enneccerus Lehmann, Schuldrecht § 230 II
- 26) BGHZ 54, 336;55,234
- 27) Soergel Schaefer, 10/11, § 833 AnM. 34; Traeger, der Kausalbegriff, 305
- 28) Staudinger/Schaefer 10/11, § 847 AnM. 12; Soergel-Zuener <sup>10</sup> § 847 AnM.2
- 29) V. Caemerer, Rechtsvergleichendes Handwöeterbuch IV, 248, ;Enneccerus, lllgemeiner Teil <sup>12</sup> § 200