

BAZ İSTASYONLARININ YAYDIĞI ELEKTROMANYETİK ZARARLARDAN DOĞAN HUKUKSAL SORUMLULUK

*The Legal Liability for Damages Arising from Electromagnetic
of Base Stations*

**Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ:
Arş. Gör. M. Halit KORKUSUZ****

ÖZET

Türkiye’de, mobil telefonlarının bir nevi anteni ve yansıtıcısı olan baz istasyonları 5809 sayılı “Elektronik Haberleşme Kanunu” (EBK) ile bu kanuna dayalı olarak hazırlanan yönetmelik hükümlerine göre kurulmaktadır. Kanuna genel olarak bakıldığında; Çevre Kanunu’na genel atıfta bulunan 26. Maddesi haricinde, elektronik dalgaların verebileceği zararlara karşı alınabilecek tedbirler ve bunların hukuki sorumluluğu noktasında düzenlemeler çok sınırlıdır. Konu ile ilgili olarak 2813 sayılı Telsiz Kanunu’nda (Tels. K.) ve 406 Telgraf ve Telefon Kanunu’nda (Telg. Telf. K.) da bazı düzenlemeler de vardır. Ancak, bu düzenlemeler zarar verici durumlarda uygulanacak hukuksal dayanakları içermemekte, tamamen elektronik haberleşmeye yönelik olarak getirilen teknik düzenlemelerle sınırlı kalmaktadır. Yine, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’nun (BTK) muhtelif yasaların verdiği yetkiye göre çıkardığı yönetmelikler ile tebliğler de, tamamen elektronik haberleşme teknolojisinin kullanımına yöneliktir.

Kanaatimize göre, baz istasyonlarının muhtemel zararlarına ilişkin olarak kanuni boşluk bulunmaktadır. Baz istasyonlarından kaynaklanan elektromanyetik zararlardan doğan hukuksal sorumluluğun belirlenmesinde, herhangi bir düzenleme olmadığından dolayı, bu sorumluluğun haksız fiil ve Türk Borçlar Kanununun (BK) tehlike sorumluluğunu düzenleyen hükmü ile belirlenmesi gerekmektedir. Gerçekten, yeni yürürlüğe giren BK’ nun 70. Maddesi, bu tür zararları üretebilecek teknolojik imkânların getirdiği risklere karşı, “genel tehlike sorumluluğu” nu düzenlemiştir. Bu düzenleme ile birlikte elektromanyetik zararlardan doğan hukuksal sorumluluğun belirlenmesi de ilgili hükme göre yapılacaktır.

Uzmanların kanaatine göre, baz istasyonlarının zararlarının ortaya çıkması uzun zaman alacaktır. Ancak, bu durumda da, BK’da düzenlenen zamanaşımı süresinin ortaya çıkması mümkündür. Bu nedenle, mümkün ve muhtemel zararlara karşı kamunun ve baz istasyonları sahipleri olan GSM firmalarının birlikte finans edecekleri “elektronik zararlara karşı özel sigorta” konusu düşünülmelidir. Öte yandan, bu elektronik zararlara ve nükleer zararlara yönelik olarak zamanaşımı süresi 30 yıla çıkarılmalıdır.

* Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı (refik.korkusuz@yeniuyuzil.edu.tr).

** Ondokuz Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

Anahtar kelimeler: Tehlike Sorumluluğu, Sorumluluk, Elektronik Zararlar, Baz İstasyonları.

ABSTRACT

The base stations, which can be deemed as the antennae and reflector for the mobile phones, are built according to the Electronic Communication Law, nr.5809 and the related Regulation in Turkey. The regulations with respect to the measures that can be taken against the damages caused by electronic waves and the issue of legal liability are very limited, except the referred art.26 of the Environment Law. There are also some regulations under the Radio Law, nr.2813 and Telegram Law, nr.406. However, these regulations do not contain the legal basis that may be applied in the situation of damages. They are limited with the technical regulations with respect to electronic communication. The regulations and communiques issued by the Office for Information Technology and Communication are related to the utilization of the electronic communication technologies.

According to our opinion, there is a legal gap with respect to the possible damages that base stations may cause. Since there is no regulation on the issue of determining the legal liability that rises from the electromagnetic damages, it is required for this liability to be determined depending on the “danger liability” article in Turkish Obligation Law or the tort liability. The article 70 of the Turkish Obligation Law, which has recently come into force, regulates the “general danger liability” against the risks that come along with the technological feasibility.

According to the expert opinions, it will take a long time for the damages of the base stations to emerge. However, it is possible that the period of limitation, regulated in the Obligation Law, will come into consideration. Therefore the issue of “private insurance against damages caused by electronic”, which shall be financed by the public and GSM firms, who own the base stations should be considered in relation to the possible and likely damages and the period of limitation should be raised to 30 years for the electronic and nuclear damages.

Keywords: Risk Liability, Responsibility, Electronic Damages, Base Stations.

I- GENEL OLARAK

Bilindiği gibi çağın en büyük ve önemli imkânlarından biri, taşınabilir telefonların yaygınlaşması ile sağlanan çok geniş ve alternatifli iletişim fırsatıdır. Gelişen iletişim teknolojisi, hür teşebbüs yeteneği ile birleşince, hem istihdamın artmasına, hem de ülke ekonomisinin zenginleşmesine sebep olmaktadır.

Çağımızın en hızlı gelişen elektronik teknolojisinin, çok sayıda yararının ötesinde, zararlarının da olduğu ve bu zararlarının da, insan hayatına sinsice müdahale ederek sağlık problemlerine neden olduğu ileri sürülmektedir¹⁷². Elektronik madde ve malzemelerin radyasyon yaydığı ve bunun zararlı olduğu konusunda yaygın kanaatin aksine, radyasyonların kanıtlanmış zararlı, tehdit edici ve kanser yapıcı etkisinin bulunmadığı da ileri sürülmektedir¹⁷³. Özellikle “cep telefonları” olarak da ifade edilen teknolojik imkanı kullanabilmek için geliştirilen “baz istasyonları”nın yarattığı ya da yaratabileceği zararlar ile alakalı, bunların iyonlaşma yapmadığı ve beyin tümörü yapıcı etkisinin bulunmadığı da ifade edilmektedir¹⁷⁴.

Elektronik zararlar çok çeşitli madde ve malzemelerden meydana gelebilir. Ancak bunların en önemlilerinin başında baz istasyonları gelmektedir. Elektrik enerjisi ile çalışan birçok cihaz ve sistem elektromanyetik enerji yaymaktadır. Radyo TV ve telsiz verici istasyonları, radar sistemleri, uydu haberleşme sistemleri, tedavide çeşitli frekanslarda kullanılan tıbbi cihazlar, sanayi ve endüstride RF frekansında çalışan sistemler, GSM haberleşme sisteminin temel yapı taşları olan radyo baz istasyonu ve cep telefonu anteni, elektromanyetik enerji yayan kaynaklara örnek olarak gösterilebilir¹⁷⁵. Elektromanyetik dalgaların, ortamda bulunan madde ile etkileşmesi sırasında, atom ve moleküllerle karşılaştığı ve içinden geçtiği ortama enerji aktardığı tespit edilmiştir. Ancak baz istasyonları, günümüzde en fazla tartışılan ve yaydıkları zararlar konusunda, genel olarak toplumsal duyarlılık ihtiva eden ve elektronik dalga yayan işletim sistemidir. Bu nedenle, bu çalışmada, her elektronik zarar değil, ağırlıklı olarak baz istasyonlarının zararlarının hukuksal koruması incelenecektir.

Konumuzun ve uzmanlık alanımızın dışında kalan mevzularda herhangi bir değerlendirme hakkını kendimizde bulmadan, elektronik dalgaların mümkün ve muhtemel zararlarına karşı başvurulacak hukuki dayanaklar ile hukuksal metinlerin yeterliliği konusunu tartışmakla iktifa edeceğiz. Zira elektronik zararlara ilişkin hukuki sorumluluk sürekli olarak tartışma konusu olmaya devam etmekte, konu ile ilgili hukuksal çalışma sınırlılığı nedeniyle, hukuki değerlendirme yapma im-

¹⁷² DAŞDAĞ, Süleyman, Dalga Dalga Geliyorlar, İstanbul-2011, s. 207.

¹⁷³ KURTMAN, Cengiz, Baz İstasyonlarının Sağlığı Etkisi, Yayınlanmamış Tebliğ, s. 10; Aynı konuda, ER-GÖR, Alpaslan, İzmir 1. Asliye Hukuk Mahkemesi Hâkimliği'ne Verilen E. 2005/344 E. Sayılı Dosyaya Sunulan Bilirkişi Raporu, 25.04.2006, s.5.

¹⁷⁴ Bkz. ÖZEMRE, Ahmet Yüksel, Baz İstasyonları ve İnsan Sağlığı Konusu, Baz istasyonları Sağlığımızı Tehdit mi Ediyor?, Eğitim Bilim Dergisi, S. 25, Ekim 2000, s. 25-30; Aynı konuda KURTMAN; s.14. Yazar gözlemlerini çok iddialı bir şekilde ortaya koymuş ve araştırma sonuçlarını şu kaynaklara dayandırmıştır. European Journal of Cancer, 2008 Mobile phone use, ex Cancer Prevention, 2007 Use of mobile phones in Norway and risk of intracranial tumours; British Journal of Cancer, 2008 Mobile phone use, ex Poseure to radiofrequency electromagnetic field and brain tumour; A case-control study; Journal of the National Cancer Institute, 2001 Cellular telephones and cancer; Journal of the Naional Cancer Institute, 2006 cellular telephones use and cancer risk; TÜBİTAK, Elektromanyetik dalgalar ve İnsan Sağlığı Sıkça Sorulan ve Yanıtları, TÜBİTAK Bülteni, 2001.

¹⁷⁵ KAVAS, Aktül, Elektromanyetik Kirlilik ve Standartlar, Yayınlanmamış Tebliğ, s.10.

kânı da sınırlı olmaktadır. Bu nedenle, huzurdaki çalışma, sadece, olası elektronik dalgaların yayması muhtemel elektronik zararlarına karşı, zarar görenin zarar veren işleticilere karşı, hukuksal sorumluluk alanı ile sınırlıdır.

II. HUKUKSAL DURUMUN TESPİTİ

A. Türk Hukuku'nda Genel Olarak Sorumluluk

1- Kusurlu Sorumluluk

Sorumluluk kavramından, çok geniş anlamı ile bir kişinin başkasına verdiği zararı tazmin mükellefiyeti anlaşılır¹⁷⁶. Bu yükümlülük zarar görene, zarar veren kişiye karşı hukuken sahip olduğu hakları kullanma imkânı verir¹⁷⁷. Başka bir ifade ile sorumluluk, meydana gelen zarardan, zarar verenin sorumluluğunu gösterir¹⁷⁸. Ayrıca bu amaçla zarar gören mağdurun, zarar veren kişiye karşı zararın giderilmesi için talep hakkını düzenleyen kurallar bütünü de ifade etmektedir¹⁷⁹.

Genel olarak hukuk sistemlerinin neredeyse tümünde kabul edildiği üzere, bir kişi, başkasına verdiği zarardan hem ahlâken hem de hukuken sorumludur¹⁸⁰. Egemen ilke olan kusur ilkesi çok uzun bir süre varlığını ve güncelliğini devam ettirmiştir. 'Kimseye zarar vermeme' ilkesine dayanan kusur ilkesine, subjektif sorumluluk da denilmektedir¹⁸¹. Geniş anlamda haksız fiil kavramı, hem dar anlamda haksız fiilî, yani kusur¹⁸² sorumluluğunu, hem de sebep sorumluluğunu içine

¹⁷⁶ DOĞRAMACI, Hayriye, Tehlike Sorumluluğu, Eskişehir Barosu Dergisi, S. 14, s. 65; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul- 2010, s. 444.

¹⁷⁷ Bu kavram; Fransızca "Responsabilité", Almanca "Haftung" (İsviçre Borçlar Kanunu, m. 41, 99), "Haftpflicht" (İsviçre Federal Karayolları Trafik Kanunu, LCR, m. 58), "Haftbarkeit" (İBK, m. 928) veya "Verantwortlichkeit" (İsviçre Medeni Kanunu, İMK, m. 426; İBK m. 75), İtalyanca "Responsabilità" İngilizce "Liability" deyimleri ile ifade edilir. Bu kavram aynı zamanda, "kişinin eylemlerinden sorumlu tutulabilme yeteneği" anlamında da kullanılır. DESCHENAUX/ TERCIER, Çev: Salim ÖZDEMİR, Sorumluluk Hukuku, Ankara-1983, s. 1.

¹⁷⁸ NART, Serdar, Noterlerin Hukukî Sorumluluğu, DEÜHFD, C. 11, 2009 Özel Sayı, s. 426; TİFTİK, Mustafa, Akit Dışı Sorumlulukta Maddî Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994, s. 33.

¹⁷⁹ EREN, Borçlar, s. 444; KILIÇOĞLU, Mustafa, Sorumluluk Hukuku, Sözleşme Dışı Sorumluluk, C. 1, Ankara 2002, s. 1.

¹⁸⁰ DESCHENAUX/ TERCIER, s. 2-3; Ayrıntılı bilgi için bkz. TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, İstanbul 1976, s. 426 vd.

¹⁸¹ Sorumluluk hukukunun ilk dönemlerine bakıldığında, 'kısas ve kusur' ilkelerinin egemen oldukları görülebilir. Talion kanunu olarak da adlandırılan bu sorumluluk anlayışına göre belirli bir zarara uğrayan kişi, zarar verene karşı uğradığı zarardan ötürü, benzer bir şekilde zarar verme hakkına sahipti. Yani zarara uğrayanın, intikam almaya ve faile aynı şekilde zarar vermeye hakkı vardı. Roma hukukunda sorumluluğun doğması için zarar veren kişinin kusurunun olması mutlak bir koşul değildi. Nitekim Lex Aquilia'da herhangi bir zarar ortaya çıktığı zaman, zarar verenin kusurunun olması gerekli değildi. Yani bu dönemde zarar verenin kusurunun aranmaması ile birlikte, objektif (kusursuz) sorumluluk ilkesinin egemen olduğu söylenebilir. Kusursuz sorumluluğun egemenliği Justinianus kanunlarına kadar devam etmiştir. İlk defa Justinianus kanunlarında kusur, sorumluluğun doğması için gerekli unsur olarak zorunlu hale gelmiştir. AYDOĞDU, Murat, Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin ve Nükleer Madde Taşıyanın Hukukî Sorumluluğu, Ankara 2009, s. 7- 8.

¹⁸² TİFTİK, Akit, s. 34. Hukuka aykırı fiil sonucu ortaya çıkan maddî veya manevî zararın tazmini için failin şahsî kusurunun şart olduğu sorumluluk türüne, "kusur sorumluluğu" denilir. Sorumluluk hukukunda genel kural, diğer başlıca hukuk sistemlerinde olduğu gibi, Türk hukukunda da, zarar veren kişi veya kişilerin kusur sorumluluğudur. Bkz. KARAHASAN, Mustafa Reşit, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. I- II, Ankara 1981, s. 301; KAPLAN, Emine, İşverenin Hukukî Sorumluluğu, Ankara 1992, s. 57. Nitekim BK. m. 41 hükmü, haksız fiil unsurları arasında "kusur unsuru" nu esaslı bir şart olarak ortaya koymuş ve kusur sorumluluğunun asıl sorumluluk olduğunu açıkça belirtmiştir. Bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet, Borç-

alır. Bundan dolayı hukukumuzda tazminat ödeme yükümlülüğü sadece kusurlu davranışlara dayanmaz¹⁸³.

Hukuk sistemlerinde genel ve ana kural kusur sorumluluğudur¹⁸⁴. Çünkü kusur sorumluluğunun olumsuz sonucu olmakla birlikte olumlu sonucunun da var olduğunun bilinmesi gerekmektedir¹⁸⁵. Hukuka aykırı fiil sonucu ortaya çıkan maddi veya manevi zararın tazmini için failin şahsi kusurunun şart olduğu sorumluluk türüne, “kusur sorumluluğu” denir. Diğer başlıca hukuk sistemlerinde olduğu gibi Türk Hukukunda da genel kural, zarar veren kişi veya kişilerin, kusur sorumluluğudur¹⁸⁷. Nitekim BK. m. 49 hükmü, haksız fiil unsurları arasında “kusur unsuru” nu esaslı bir şart olarak ortaya koymuş ve kusur sorumluluğunun asıl sorumluluk olduğunu açıkça belirtmiştir¹⁸⁸. Bu tür durumlarda, kişi ya da kişilerin sorumlu tutulabilmesi için; mutlaka kusurun bulunmasının yanında, zarar, uygun illiyet bağı ve hukuka aykırılığın da bulunması gerekir¹⁸⁹.

2-Kusursuz Sorumluluk

Kusursuz sorumluluk türü; Roma¹⁹⁰ ve Cermen¹⁹¹ hukukunda yer alan bir hu-

lar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2006, s. 222; TANDOĞAN, Haluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s. 1. Ortaya çıkan zararın karşılanması noktasında insanların kusurlarının olup olmadığına bakılmazsa, başka bir deyişle kusurlu olsun veya olmasın herkese her türlü eylemi sonucunda doğan zararları tazmin borcu yüklenirse, insanlar genel itibari ile herhangi bir girişimde bulunmaya cesaret edemez, hareketsiz kalmayı ve üretmemeyi tercih eder. Veya tam aksine, nasıl olsa her türlü sorumlu tutulacağını düşünerek sorumsuz ve tedbirsiz davranır. Bkz. TANDOĞAN, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 1; AYDOĞDU, s. 11.

¹⁸³ EREN, Borçlar, s. 79. Bir kimse önceden görebileceği ve önleyebileceği bir zarara sebebiyet vermişse, kendisi ortaya çıkan zararı tazmin etmek zorundadır. Bundan dolayıdır ki, tazminat yükümlülüğünü kusura dayandırmak adalete uygun olur. Bunun yanında, iradesi hukuka aykırı bir sonuca yönelmemiş olan ve bir zararın ortaya çıkmaması için halin gerektirdiği bütün önlem ve tedbirleri alan kimseyi kınamak mümkün değildir. Bu yüzden ki o kimseyi tazminat yükümlülüğü altına sokmak doğru olmaz. TANDOĞAN, Türk Mes’uliyet Hukuku, İstanbul 2010, s. 89.

¹⁸⁴ BAŞPINAR, Veysel, ALTUNKAYA, Mehmet, Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanasımının Başlaması ve Süresi, AÜHFD, C. 57, S. 1, s. 99; EREN, Fikret, Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukukî Niteliği ve Unsurları, AÜHFD, C. 39, S. 1- 4, s. 158; KILIÇOĞLU, M., s. 9; KILIÇOĞLU, A., s. 222.

¹⁸⁵ İMRE, Zahit, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mes’uliyet Halleri, İstanbul 1949, s. 17- 18; EREN, Borçlar, s. 448; OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 2009, s. 488; TANDOĞAN, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 1; TANDOĞAN, Mes’uliyet, s. 89.

¹⁸⁶ Sadece olumsuz sonuç olan “kusur yoksa sorumluluk da yoktur” anlayışı ile hareket edildiğinde, özellikle ekonomik yönden zaten zayıf olan kimselerin daha da mağdur edilmesine ve hatta yıkımına sebep olunur. Olumlu sonuca göre sorumluluğun doğması için kusur şarttır. Dolayısıyla kusur sorumluluğunun olumlu sonucunun hiçbir zaman göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

¹⁸⁷ KARAHASAN, s. 301; KAPLAN, Emine, İşverenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara-1992, s. 57.

¹⁸⁸ KILIÇOĞLU, A., s. 222; ATAAY, Aytekin, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, I. Cilt, Fakülteler Matbaası, İstanbul-1981, s. 71; REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul- 2006, s. 155; KARAHASAN, s. 302; ÜÇİŞİK, Güzin, Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, s. 127 vd; ULUSAN, İlhan, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, Kazancı Yayınları, No. 72 İstanbul-1990, s. 28.

¹⁸⁹ KORKUSUZ, Mehmet Refik, Yeni Borçlar Kanununa Göre Tehlike Sorumluluğu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sorumluluk ve Tazminat Sempozyumu Yayınları, Ankara-2009, s. 142.

¹⁹⁰ KILIÇOĞLU, M., Sorumluluk Hukuku, s. 14- 15; KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz, Objektif Sorumluluğun Genel Teorisi, DÜHFD, C. 1, S. 2, s. 182; RADO, Türkan, Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s. 37; ZİLELİ-OĞLU, Hilal, Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış, AÜHFD, C. 39, S. 1- 4, s. 241 vd.

¹⁹¹ ULUSAN, İlhan, Tehlike Sorumluluğu Üstüne, MHAD, 1970, S. 6, s. 25.

sus olmasına rağmen, günümüzdeki önemine hiçbir zaman ulaşamamıştır. Objektif sorumlulukta kusurun yerini, kanunun öngördüğü durumlar almaktadır. Bu durumda, kusur sorumluluğunun temel kuralı olan kusur-sebebe sorumluluğu arasındaki ilişki ortadan kalkmış, bu yolla da zararın başkasına yüklenmesini sağlayan önemli şartlardan biri olan kusur prensibi de objektif sorumlulukta kural olmaktan çıkmıştır¹⁹².

Hukuk düzeni tarafından özel olarak ihdas edilmiş olan bazı sorumluluk hallerinde, fail, hakkaniyet gereği, kusuru olmasa dahi vermiş olduğu zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Kusursuz sorumluluk hallerinde, şartların varlığını ispat mağdura düşer¹⁹³. Ayrıca zarar gören, failin kusurunu ispat etmek zorunda değildir¹⁹⁴.

Kusursuz sorumluluk hallerinde sorumluluk, bu husustaki şartları düzenleyen hükmün koruma amacı ile sınırlıdır. Hükmün koruma amacını, başka bir ifade ile normun koruma amacını, illiyet bağı ile karıştırmamak gerekir. Burada kanunun koruma amacı ile ortaya çıkan zarar arasında bağ bulunmalıdır¹⁹⁵.

Kusura dayanmayan sorumluluk genellikle olumsuz bir biçimde, sorumlu kimsenin kusurunu gerektirmeyen bir sorumluluk olarak tanımlanmaktadır¹⁹⁶. Böylece adı geçen sorumluluk, sorumlu kişinin kişiliğine, irade zayıflığına yönelik subjektif nitelikte kınamayı gerektirmemektedir. Bu tür sorumluluk hallerine, batı hukuk sistemlerinde olduğu gibi, Türk hukukunda da, daha önce de ifade edildiği gibi, objektif sorumluluk denilmektedir. Bu sorumluluk türü ile kanun, sadece kusurun ispatlanmadığı veya ispatlanamadığı “muhtemel” kusur hallerinde değil, aynı zamanda kusurun hiç olmadığı hallerde de sorumluluğun varlığını kabul etmiş, sorumlu tutulmak istenen kişiyi “kefil” gibi sorumlu kılma yoluna gitmiştir¹⁹⁷. Bu tip durumlarda kanun, belli bir olaydan veya olaylar karışımından doğan zararı, bu olay ya da olaylar karışımını ortaya koyan veyahut ona hâkim olan bir kişiye yüklemektedir¹⁹⁸. Gerçek hayatta kusur sorumluluğunun uygulama alanı, sebep sorumluluğunun uygulama alanının devamlı genişlemesi nedeniyle sınırlı kalma-

¹⁹² KILIÇOĞLU, M., Sorumluluk Hukuku, s. 9.

¹⁹³ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 588.

¹⁹⁴ ERDEMOĞLU, Deniz, Türk Özel Hukukunda Tehlike Esasına Dayanan Sorumluluk, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2007, s. 17.

¹⁹⁵ Kusursuz sorumluluk şartlarının oluştuğunun ispatı mağdura düşer. Bu ispatı yerine getirmeyen mağdur iddiasını ispatlayamamış demektir. Zararın tespiti, tazminatın tayini, yetkili mahkeme, zamanasımı konularında, kusursuz sorumluluğu düzenleyen hükümlerde aksi belirtilmiş olmadıkça, Borçlar Kanunu’nun kusura dayanan sorumluluk hükümleri uygulanır. Kusur aranmayan sorumluluk hükümlerine göre, gerek maddi ve gerekse manevi tazminat talep etmek mümkündür. Bkz. OĞUZMAN/ ÖZ, s. 588- 589. Normun koruma amacı teorisi, Türk hukuk doktrininde ilk olarak TANDOĞAN tarafından “Hukuka Aykırılık Bağı”, akabinde ise EREN tarafından “Hukuka Aykırılık Bağı ve Normun Koruma Amacı Teorisi” adlı çalışmaları ile inceleme konusu yapılmıştır. EREN, Fikret, Hukuka Aykırılık Bağı ve Normun Koruma Amacı Teorisi, Mahmut Koloğlu’ya 70. yaş Armağanı, Ankara 1975, s. 461; TANDOĞAN, Haluk, Hukuka Aykırılık Bağı, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, İÜHFY, s. 5 vd. Ayrıca “Normun Koruma Amacı Teorisi” hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ABLK, Yıldız, Normun Koruma Amacı Teorisi, AÜHFD, C. 59, S. 3, s. 345 vd.; ATAMER, Yeşim M., Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, İstanbul 1996, s. 70 vd.

¹⁹⁶ TİFTİK, Akit, s. 38.

¹⁹⁷ Belli şartlarla, belli durumlara kusursuz sorumluluk prensibinin uygulanması istenmiş, başka bir ifade ile kusurlu olmasa dahi bir kimsenin fiiliyle sebep olduğu zararı tazmin etmesi görüşü savunulmuştur. Bkz. KARAHASAN, s. 302; REİSOĞLU, s. 155.

¹⁹⁸ Bu durumda, kişi veya kişiler bazı eylemleri ya da sahip olduğu varlıklar sebebi ile sorumlu tutulmaktadır. Geniş bilgi için bkz. KARAHASAN, s. 303; KILIÇOĞLU, A., Borçlar, s. 222.

ya yani daralmaya başlamıştır¹⁹⁹ . Buna karşın, kusursuz sorumluluk alanları ise günden güne genişlemektedir.

B. Elektromanyetik Zararlara İlişkin Hukuksal Durum

1- Elektromanyetik Zararlara İlişkin Genel Düzenleme

Baz istasyonları 5809 sayılı “Elektronik Haberleşme Kanunu” (EBK) ile bu kanuna dayalı olarak hazırlanan yönetmelik hükümlerine göre kurulmaktadır. Kanuna genel olarak bakıldığında; Çevre Kanunu’na genel atıfta bulunan 26. Maddesi haricinde, elektronik dalgaların verebileceği zararlara karşı alınabilecek tedbirler ve bunların hukuki sorumluluğu noktasında düzenlemenin çok sınırlı olduğu görülmektedir. Konu ile ilgili olarak 2813 sayılı Telsiz Kanunu’nda (Tels. K.) ve 406 Telgraf ve Telefon Kanunu’nda (Telg. Telf. K.) da bazı düzenlemeler var ise de, bu düzenlemeler zarar verici durumlarda, uygulanacak hukuksal dayanakları içermemekte, tamamen elektronik haberleşmeye yönelik olarak getirilen teknik düzenlemelerle sınırlı kalmaktadır. Yine, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’nun (BTK) muhtelif yasaların verdiği yetkiye göre çıkardığı yönetmelikler ile tebliğler de, tamamen elektronik haberleşme teknolojisinin kullanımına yöneliktir.

Görüldüğü üzere bu konu ile alakalı kanuni bir boşluk bulunmaktadır. Baz istasyonlarından kaynaklanan elektromanyetik zararlardan doğan hukuksal sorumluluğun belirlenmesinde, herhangi bir düzenleme olmadığından dolayı, bu sorumluluğun haksız fiil ve Türk Borçlar Kanununun (BK) tehlike sorumluluğunu düzenleyen hükmü ile belirlenmesi gerekmektedir. Gerçekten, yeni yürürlüğe giren BK’nun 70. Maddesi, bu tür zararları üretebilecek teknolojik imkânların getirdiği risklere karşı, “genel tehlike sorumluluğu” nu düzenlemiştir. Bu düzenleme ile birlikte elektromanyetik zararlardan doğan hukuksal sorumluluğun belirlenmesi de ilgili hükme göre yapılacaktır.

2- Elektromanyetik Zararlar ve Tehlike Sorumluluğu

a- 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Tehlike Sorumluluğu

Tehlike sorumluluğu²⁰⁰ “terminolojide”, “ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu” veya “ağırlaştırılmış objektif sorumluluk” olarak yer almaktadır²⁰¹. Bu sorumluluk esas itibarı ile teknik veya motorlu araçların, toplumun vazgeçilmez nesneleri olmaları yanında toplum için tehlike arz etmeleri esasına dayanmaktadır²⁰². Niteliği gereği tehlike oluşturan bir girişimde bulunan kimse, kusurlu olmasa dahi, girişiminin sebep olduğu zararları tazmin etmek zorundadır²⁰³.

¹⁹⁹ KAPLAN, s. 57.

²⁰⁰ Tehlike Sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem, Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler, DEÜHFD, C. 8, S. 1, s. 1 vd; EREN, Borçlar, s. 454- 458; ERİŞGİN, Nuri, Tehlike Sorumluluğunda Kıyas, BATİDER, C. 20, S. 3, s. 83- 104; KILIÇOĞLU, M., s. 15 vd.; KORKUSUZ, s. 147- 209; TİFTİK, Akit, s. 43 vd.; TANDOĞAN, Haluk, Tehlike Sorumluluğu Kavramı ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Düzenlenmesi Sorunu, BATİDER, C. 10, S. 2, s. 291-321; TANDOĞAN, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 22- 48; ÜÇİŞİK, s. 127- 147.

²⁰¹ DESCHENAUX, TERCIER, s. 110; DOĞRAMACI, s. 69- 71; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 488; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 6; ULUSAN, Tehlike, s. 39.

²⁰² EREN, Borçlar, s. 631.

²⁰³ BAŞPINAR/ ALTUNKAYA, s. 99; KAYIHAN, Şaban/ ERDEM, Murat, Haksız İhtiyati Tedbir ve Haksız İhtiyati Haciz Koyduranın Sorumluluğu, AÜEHFD, C. 2, S. 1, s. 241.

Tehlike sorumluluğu²⁰⁴ kusurdan bağımsız bir sorumluluk türüdür. Yani burada kişinin sorumlu tutulabilmesi için kusurunun olması veya objektif özen ya da gözetim ödevini ihlâl etmesi gerekmemektedir²⁰⁵.

Tehlike sorumluluğunun dayandığı temel ilke “tehlike ilkesi” dir. Tehlike esasına dayanan kusursuz sorumluluğun doğması için, tehlikeli bir olgu ve meydana gelen zarar ile söz konusu tehlikeli olgu arasında illiyet bağının bulunması gereklidir²⁰⁶. Dolayısıyla tehlikeli faaliyet ile başkasına zarar veren kimse, bu zararın ortaya çıkmasında hiç kusuru olmasa bile sorumludur²⁰⁷. Bir başka ifade ile, bir kişinin kendisine kusur veya özen eksikliğinin yüklenemediği, fakat meydana gelen zarardan sorumlu olduğu her durumda ağırlaştırılmış objektif sorumluluk veya tehlike sorumluluğu olarak ta ifade edilen bir sorumluluk söz konusudur²⁰⁸. Kusursuz olarak sorumlu kabul edilen işletme veya faaliyet sahibinin tâbi olduğu bu ağır şartlar sebebiyle tehlike sorumluluğu, kusursuz sorumluluk hallerinin en ağırı olarak bilinmektedir²⁰⁹.

Tehlike sorumluluğu doktrinde, işletme veya faaliyetin niteliği gereği zarar gerçekleşme ihtimalinin yüksek olması ve gerçekleşen zararın nicelik yönünden şiddetli olması olarak da ifade edilmektedir²¹⁰. Bu tanımdan anlaşıldığı üzere, tehlike sorumluluğunun temelinde iki anlam yatmaktadır. Bunlardan birincisi, tehlike sorumluluğunun düzenlendiği hallerde zararın meydana gelme ihtimali işletme veya faaliyetin niteliği gereği çok yüksektir. İkincisi ise, meydana gelen zararın nicelik yönünden ağır, şiddetli olması ve zarar gören tarafından kaldırılabilir durumda olmamasıdır.

Hukuk düzeni, tehlikeli işletme ve faaliyetlerin verdiği zarara, zarar görenlerin katlanmasına tahammül edemez. Bu sebeple, modern hukuk sistemleri genel veya özel kanunlarda tehlike sorumluluğunu düzenlemiştir. Ayrıca üçüncü kişiler aleyhine işletmeden doğan zararların tazminini de ilgili işletme sahiplerine yüklemek zorunda kalmıştır. Zira temel fikir, toplumun büyük sermayeye ve teknolojiye dayalı faaliyet ve işletmelere karşı korunma güdüsüdür. Bundan dolayı büyük bir kitlenin himayesi ve gücünün karşısında güçsüzü koruma amaçlanmıştır. Bütün bu düşünceler sorumluluk hukukunda tehlike esasına dayalı bir sorumluluk türünün kabul edilmesini gerekli kılmıştır²¹¹. Amaçlanan tehlike, faaliyet ve işletmelerin zarara yol açmaya aşırı eğilimde oluşumu ile açıklanabilir²¹².

²⁰⁴ Sanayi kuruluşları ve işletmeler faaliyette olmaksızın varlıkları ile dahi tehlike oluşturabilirler. Yani ortaya çıkan veya çıkabilecek zararlar ağır ve büyüktür. Bundan dolayıdır ki tehlike sorumluluğu özel olarak kabul edilmiştir. Geniş bilgi için bkz. ULUSAN, Koruma, s. 28.

²⁰⁵ ANTALYA, Gökhan, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, MÜHFHAD, Roma Hukukundan Modern Hukuka Sorumluluk, C. 14, S. 4, s. 72; YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Kanunu Tasarısına Göre Kusursuz Sorumluluk Halleri ve İlkeleri, MÜHFHAD, Roma Hukukundan Modern Hukuka Sorumluluk, C. 14, S. 4, s. 43.

²⁰⁶ DESCHENAUX, TERCIER, s. 17; EREN, Borçlar, s. 455.

²⁰⁷ KOÇİSARLIOĞLU, s. 183; KAYIHAN/ ERDEM, s. 241.

²⁰⁸ DESCHENAUX/ TERCIER, s. 110.

²⁰⁹ ERDEMOĞLU, s. 24; EREN, Borçlar, s. 454; REİSOĞLU, s. 158; YAVUZ, Kusursuz Sorumluluk, s. 43.

²¹⁰ ANTALYA, s. 72; EREN, Borçlar, s. 456; TANDOĞAN, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 26; TİFTİK, Tehlike Sorumlulukları, s. 21; YAVUZ, s. 45.

²¹¹ Tehlike sorumluluğu sorumluluk türlerinin en ağırıdır. Sorumluluğun kurulması için zararlı faaliyet veya işletmeye özgü tipik tehlikenin gerçekleşmesi gerekmektedir. Bkz. EREN, Borçlar, s. 454- 455; TİFTİK, Tehlike Sorumlulukları, s. 6 vd.

²¹² TANDOĞAN, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 26.

Tehlike sorumluluğu, İsviçre, Avusturya ve Almanya'da olduğu gibi özel yasalar ile ya da Fransa, İtalya, Belçika, Hollanda hukuklarında, kusura dayanan sorumlulukta olduğu gibi, genel bir kural ile düzenlenmiştir. ABD ve İngiltere hukuklarında ise, somut olayda yargıca kusursuz sorumluluğu kabul etme yetkisi tanınmıştır²¹³. Hızlı teknolojik gelişmeler ve bunların doğurduğu tehlikeler de dikkate alınarak, sorumluluk hukukunda, tehlike sorumluluğunun özel olarak kabul edilmesi artık bir zorunluluk haline gelmiştir²¹⁴.

Yeni BK' da, eski Borçlar Kanunu'ndan farklı bir yenilik olarak, tehlike sorumluluğu ile ilgili genel bir hükme yer verilmiştir. Yeni BK' nun 70. Maddesi "Tehlike Sorumluluğu ve Denkleştirme" başlığını taşımaktadır. Maddede genel olarak bir tehlike sorumluluğu düzenlenmiş olup, bu güne değin, öğretide yoğun olarak "tehlike sorumluluğunun yeterli sayılabilecek yasal düzenlemelerin olmaması" yönündeki ifade ve eleştirilerden etkilenecek bu maddenin hazırlandığı anlaşılmaktadır. Bu düzenleme yasalastığı takdirde, zarar veren ortaya çıkan zarardan, kusuru aranmaksızın sorumlu tutulabilecektir²¹⁵.

Maddenin birinci fıkrasında "Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinde zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur." Bu nedenle, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetlerini yürüten kişiler, bu faaliyetlerin gerektirdiği izni veya ruhsatı almış olsalar bile, tipik tehlike olgusunun doğurduğu zarardan sorumlu olmaktan kurtulamazlar.

Maddenin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde, bir işletmenin, hangi durum ve koşullarda, "önemli ölçüde tehlike arz ettiği" nin kabul edileceği düzenlenmiştir. Buna göre; "Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olduğu kabul edilir." Bu hüküm uyarınca, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin beklenmedik hal sonucunda, sık olarak ya da zaman zaman ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu takdirde, söz konusu işletmeyi işletenler hakkında maddenin birinci fıkrası hükmü uygulanabilir. Aynı fıkranın son cümlesinde de, özellikle herhangi bir kanunda, benzeri tehlikeler arz eden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğunun öngörülmüş olması durumunda, bu işletmenin de önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme sayılacağı belirtilmiştir.

Maddenin üçüncü fıkrasında, tehlike sorumluluğu öngören özel kanun hükümlerinin saklı olduğu belirtilmektedir.

Maddenin son fıkrasında ise, hukuk düzenince, önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetine izin verilmiş olsa bile, zarar görenlerin, bu işletmenin faaliyetinden doğan zararların uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilecekleri kabul edilmiştir.

b-Elektromanyetik Zararlarda Tehlike Sorumluluğu

Yeni BK ile getirilen "tehlike sorumluluğu"na ilişkin hususlar, zaten eski Borçlar

²¹³ EREN, Borçlar, s. 457; ULUSAN, Tehlike, s. 55; ÜÇİŞİK, s. 2.

²¹⁴ ULUSAN, Tehlike, s. 28.

²¹⁵ KORKUSUZ, s. 154.

Kanununun tatbik edildiği dönemde bile, yargı kararları ile belirlenen bir sorumluluk türü olduğu için, aksine herhangi bir Yargıtay içtihadı değişikliği olmadığı müddetçe, yürürlükte olmaya devam edecektir.

Yargıtay, vermiş olduğu muhtelif kararlarında, baz istasyonu tesis sahibinin, tesisin kullanılması sonucu doğan zararlardan, kusura dayanmayan tehlike sorumluluğunun bulunduğu karar vermiştir. Yargıtay karar gerekçesini; hukuk kurallarındaki norm düzenlemesi itibarıyla yönetmelik ve yönetmeliğe uygun bir işlem yapılsa bile, bir zararın doğmuş olması halinde eylemde bulunanın sorumlu olacağı, bir yararın sağlanması karşısında kişilerin zarar görmesinin hoş görülemeyeceği, bu bakımdan hizmetten elde edilen yarar ve bunun karşısında verilen zararın dengelenmesi gerektiği, hiçbir hizmetin insan yaşamı kadar öncelik ve önem taşımayacağı, diğer bir anlatımla, yararlı bir hizmetin karşılığında insanın zarara uğramasının uygun bir sonuç olarak kabul edilemeyeceği, insan yaşamında tehlike yaratan bir hizmetin, kişi yaşamı önüne geçmesi ve ona üstünlük tanınmasının doğru bir yaklaşım olarak düşünülemeyeceği, gerekçesi ile açıklamıştır²¹⁶. Bize göre, Yargıtay, burada, elektronik zararların mümkün ve muhtemel olarak özel bir tehlike durumunu meydana getirebileceğine dikkat çekmek istemiştir²¹⁷.

Baz istasyonu işleticilerinin hukuksal sorumluluklarının belirlenmesinde, hukuki süjenin de incelenmesi gerekir. Öncelikle baz istasyonlarının niteliklerinin bilinmesi gerekir. Baz istasyonları, genel itibari ile binaların çatılarına inşa edilmektedir. Böyle bir durumda baz istasyonlarının yapı eseri olarak kabul edilip edilemeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Baz istasyonlarının mütemmim cüz olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Zira yapısı da buna uygun değildir. Bundan dolayı baz istasyonlarının binaların eklentisi olarak kabul edilmesi gerekir.

c- Elektromanyetik Maddelerin Verdiği Zararlardan Doğan Sorumluluğun Şartları

1. Ortada elektromanyetik zarar ihdas eden bir madde ya da malzeme olmalıdır

Bu malzemelerin, gayrimenkul (sabit ve yere bağımlı) veya menkul (hareket ve nakil kabiliyeti olan) bir madde olması arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Baz istasyonları genel itibari ile apartman dairelerinin üzerine inşa edilmektedir. Ancak bunların, binanın mütemmim cüz-ü olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir. Bu baz istasyonları, binanın eklentisi olarak kabul edilebilir.

2. Zarar, ilgili elektronik maddenin kullanılması nedeniyle ortaya çıkmaktadır

Burada, işleticinin kusurunun olup olmaması hiç önem taşımamaktadır. İşleti-

²¹⁶ Muhtelif kanunlarda yer alan ve zarar verici radyasyonlara karşı, bu elektronik radyasyonu yayanların hukuki sorumlulukları yeteri derecede açık olmadığı için, Yargıtayın ilgili dairesi tarafından bu tür sorumluluk "tehlike sorumluluğu" kapsamında değerlendirilmeye başlanmıştır. Bkz. Yarg. 4. HD. E. 2007/ 8650 ve K. 2008/6752 ; Yarg. 4. HD. E. 2004/2954 ve K. 2004/10516; Yarg. 4. HD., 29.01.2004 T., E. 2003/16434, K. 2004/971, ÜÇİŞİK, 130 vd.

²¹⁷ Bu yöndeki tartışmalar için bkz. KILIÇOĞLU, s. 25; EREN, Borçlar, s. 470. Ancak, uygulamada, halen mer'iyette bulunan BK 55 ve 58. maddesinden yararlanarak bu alandaki eksikliğin giderilmesine çalışılmakta ve ve özellikle iş kazalarının vukuu halinde, işverenin sorumluluğunu belirleme açısından, istikrar kazanan Yargıtay içtihatları ile, tehlike sorumluluğu uygulanmaktadır.

ci; yasa ve yönetmeliklere uygun hareket etmiş olsa bile, yine de, hukuken sorumlu olacaktır. Baz istasyonlarının kullanılması neticesinde, herhangi bir elektromanyetik zarar ortaya çıkmadığı takdirde, baz istasyon işleticilerinin sorumluluğuna gidebilmek mümkün değildir. Bundan dolayı baz istasyonlarının kullanılmasına bağlı olarak, ortaya çıkan bir zarar olmalıdır.

3. Zararla, elektronik dalga yayan materyalin kullanılması ve işletilmesi arasında illiyet bağı bulunmalıdır

Baz istasyonunun kapsam alanı içerisinde kaldığının tespit edilmiş olması gerekir. Zira Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin çok yeni olarak vermiş olduğu bir kararında; MK' nin 737. Maddesinde düzenlenen komşuluk hukukuna göre adli yargıda açılacak dava ile istenebileceğini ve bu davada da davacının baz istasyonunun sağlığına zarar verdiğini ve baz istasyonunun yönetmelikte belirtilen limit değerlere uygun bulunmadığını ispatlaması gerektiği hususu yer almıştır. Yine aynı kararda, **“kanıtlanmayan mücerret (soyut) bir taleple “uzun vadede zarar verir, baz istasyonu yakın mesafede, görünce morali bozuluyor ... vs. gibi”** nedenlerle dava açılmasının ve bunun kabulünün hukuka ve yasalara uygun olmadığı da belirtilmiştir²¹⁸. İlgili Yargıtay kararı incelendiğinde, Yargıtay'ın, elektronik zararlara maruz kalanların bunu ispatlamaları yükümlülüğünü aradığı ve uzun vadeli tehlikelerin, Yargıtay tarafından, kabul edilmediği anlaşılmaktadır. Ayrıca zarar ile işletim arasında illiyet bağı kesen sebepler bulunmamalıdır.

4. Kusur Durumu

Baz istasyonu işleticisinin sorumluluğunun doğabilmesi için, ilgili işletme sahibinin kusurunun aranıp aranmayacağı hususunun da araştırılması gerekir. BK 71. Maddesinde tehlike sorumluluğu düzenlenmiştir. Bu sorumluluk türünde önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden doğan zarardan işletme sahibinin tehlike sorumluluğuna gidilebileceği öngörülmüştür.

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

Elektromanyetik zararların, önceden öngörülmesi veya radyasyon salgılamaması için gerekli önlem alınması pek mümkün değildir. Zira ortaya çıkardığı zarar, radyasyondan kaynaklanan zarardır. Radyasyondan kaynaklanan zararlar ise eller tutulabilir ya da göz ile görülebilir zararlar değildir. Yasa ve yönetmeliklere uygun limit değerlere göre inşa edilmiş baz istasyonları olsa bile, bu zararların önüne geçilmesi söz konusu olmayabilir. Bundan dolayı baz istasyonları sık ve ağır zararlar doğurmaya elverişli olan işletmelerdir.

Baz istasyonu işleticisinin sorumluluğuna gidebilmek için, ilgili kişinin kusurunun bulunması gerekmemektedir. Zira baz istasyon işleticisinin sorumluluğu,

²¹⁸ Bkz. Yarg. 4. HD. E. 2011/6287 ve K. 2011/5920 sayılı ilamı.

Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere tehlike sorumluluğudur. Yani kusursuz bir sorumluluk türüdür. Bu sorumluluk türünde tehlikeli işletme sahibinin sorumluluğunun doğması için kusurunun bulunması gerekliliği bulunmamaktadır. Bundan dolayı işletme sahibinin herhangi bir kusuru bulunmasa ve dahi yasa ve yönetmeliklere uygun davranmış olsa bile sorumluluğuna gidilebilecektir.

5. Elektronik işletim ve kullanım sebebiyle verilen zararlar, tehlike sorumluluğu kapsamı dâhilinde olduğu için, işleticilerin veya ilgili elektronik malzemelerin sahiplerinin kurtuluş beyyinesi getirme imkanı bulunmamaktadır.

d-Kusursuz da Olsa Sorumluluğu Bulunan İşleticilerin Ayrıca Kusurunun Bulunması Hali

Kusursuz sorumlu kişinin aynı zamanda kusurunun bulunması halinde; zarar görenin ya da üçüncü kişinin ağır kusuru bulunsun veya illiyet bağına kesen sebeplerden biri olsa dahi sorumluluk söz konusu olacaktır.

Tehlike sorumluluğu nedeniyle sorumlu tutulan kişinin, zarara sebep olan 3. kişiye karşı mevcut BK 62. maddesine göre rücu hakkı saklı olduğu gibi, zarar görenin de sorumluluğu söz konusu ise, duruma göre sorumluluk miktarı ya düşürülür veya tümünden kaldırılır ²¹⁹.

Tehlike sorumluluğunda, kusursuz sorumluluk asıldır. Bununla beraber, sorumlu kişinin zararın doğumunda kusuru var ise buna “munzam (ek) kusur” adı verilmektedir. Kusursuz sorumlu kabul edilen kişinin ayrıca bir zararının bulunması halini ifade eden munzam zararın sonuçlarını kısaca şu şekilde ifade edebiliriz:

- Tazminat miktarından indirim söz konusu olmayacaktır.
- Sorumlu kişinin kusuru mevcut ise, BK m. 62’ in uygulanmasında diğer sorumlu kişilere rücu hakkı ya olmayacak ya da kişilerin sorumluluk oranlarıyla sınırlı olacaktır.
- Munzam kusuru bulunan kusursuz sorumlu kişi, zarar gören kişiye karşı sorumsuzluk anlaşmasına dayanamayacaktır²²⁰. Zira, bu durumda, taraflar arasında yapılan ve işleticinin sorumsuzluğuna dayanan bir anlaşmanın hukuken kabul edilebilir bir tarafı bulunmamaktadır.

e- Maddi ve Cismani Herhangi Bir Zarar Olmaksızın Manevi Zararın Tazmininin Talep Edilip Edilemeyeceği Sorunu

Baz istasyonları işleticilerinin hukuksal sorumluluğunun tespiti ile alakalı herhangi bir düzenleme olmadığından dolayı, bu konu hakkındaki düşüncelerimizi de Yargıtay kararları ışığında ve fakat olması gereken yönü ile incelemeye çalışacağız. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 2008 yılında verdiği kararda kısaca; “Aynı bölgede yaşayan insanların psikolojik olarak yaşamını olumsuz biçimde etkilemekte olduğu ve bunun da insanların psikolojik yapısında tedirginlik ve ümitsizlik yaratacağı açık olup, davacıların zarar gördüğünün kabulü gerekir.

Konumu itibarıyla, uzun sürede kişi, çevre ve bitkilere zarar verdiği, bu nitelikteki bir istasyonun halen bulunduğu yerde kullanılmasının sakıncalı bulunduğu, bunun daha uygun ve yerleşim çevresinden daha uzakta kurulması gerektiği anla-

²¹⁹ Bu konu, özellikle, araç işletenin sorumluluğu ve iş kazası yönünden işverenin sorumluluğunu düzenleyen başlıklarda ayrıntılı incelendiği için şimdilik bu kadarı ile iktifa ediyoruz.

²²⁰ KILIÇOĞLU, A., s. 226.

şılmaktadır. (721/m.737)

Bu belirlemeler itibariyle dar anlamda ve para ile ölçülebilen bir zarar yok ise de, çevre binalarda ve bu bağlamda davacıların meskeninde bulunanların sağlık bakımından büyük endişeler taşıdığı, aynı bölgede yaşayan insanların psikolojik olarak yaşamını olumsuz biçimde etkilemekte ve bunun da insanların psikolojik yapısında tedirginlik ve ümitsizlik yaratacağı açık olup, davacıların zarar gördüğünün kabulü gerekir. Açıklanan nedenlerle davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddine karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.²²¹

221 "Aynı bölgede yaşayan insanların psikolojik olarak yaşamını olumsuz biçimde etkilemekte olduğu ve bunun da insanların psikolojik yapısında tedirginlik ve ümitsizlik yaratacağı açık olup, davacıların zarar gördüğünün kabulü gerekir.

Konumu itibariyle, uzun sürede kişi, çevre ve bitkilere zarar verdiği, bu nitelikteki bir istasyonun halen bulunduğu yerde kullanılmasının sakıncalı bulunduğu, bunun daha uygun ve yerleşim çevresinden daha uzakta kurulması gerektiği anlaşılmaktadır. (721/m.737)

Bunun için zarar görenin zararını değil, tesis ve işletme sahibinin tesisin işletilmesinden dolayı kişilere, bu bağlamda çevreye bir zarar vermediği ve herhangi bir olumsuz sonuç yaratmadığının kanıtlanması gerekir. Bu sonuç genel sorumluluk kurallarının aksine olarak, davalıların işletmesinin ağır tehlike doğuracak özelliğinden kaynaklanmaktadır.

Sertifikada belirtilen limitlerin yönetmelikte belirtilen limitlere uygun olduğu, hatta yönetmelikteki limitlerin de altında bulunduğu belirlense bile bu belirlemelerle bir zararın olmayacağı kabul edilemez. Yönetmelik ve bu yönetmelikteki ölçülere göre verilen sertifika, soyut bir belirlemeyi içermektedir. Bu bağlamda, o anda o yerde ve belirtilen güçte kurulacak istasyonun değerlerini belirtmektedir. Nitekim sertifikada bu nitelikleri içermekte olup, kurulan istasyonun çevresindeki binaların ve giderek konumunu belirtmemektedir. Bu da sertifikadaki ölçülerin tüm bilimsel verilere uygun olduğu ve zarar doğurmayacağı anlamına gelmez. Kaldı ki, hukuk kurallarındaki norm düzenlemesi itibariyle yönetmelik ve yönetmeliğe uygun bir işlem yapılsa bile, buna karşın çevreye verilen zarardan, eylemde bulunanın sorumlu olmayacağı sonucu doğmaz. Ayrıca yargıç, uyuşmazlığın çözümünde yönetmeliğe değil yasaya, genel hukuk kurallarına ve bu bağlamda sorumluluk hukukunun ilkelerine göre karar vermek zorundadır. Bunun içindir ki, yönetmeliğe ve yönetmeliğe göre verilen sertifikayı bağlayıcı olarak kabul etmemek gerekir. Yapılan şu bilimsel açıklamalar itibariyle, tek başına ölçüm sonuçlarının düşük olması, zarar doğurmayacağı anlamına gelmez. Diğer koşulların bu bağlamda, tesisin kurulduğu yerin yerleşim yerlerine ve davacının evine ve bahçesine olan yakınlığı da göz önünde tutulmalıdır. Davalılar, kamu yararına hizmet verdiklerini savunmuştur. Gerçekten yukarıda da açıklandığı üzere davalı tarafından bu ve benzeri tesislerin işletilmesi sonucu geniş bir halk kitlesinin yarar sağladığı bilinen bir olgudur. Ne var ki, bu yararın sağlanması karşısında kişilerin zarar görmesi hoş görülemez. Bu bakımdan gerek hizmetten elde edilen yarar ve bunun karşısında verilen zararın dengelenmesi gerekmektedir. Hiçbir hizmet, insan yaşamı kadar öncelik ve önem taşımaz. Diğer bir anlatımla, yararlı bir hizmetin karşılığı olarak insanın ölümü uygun bir sonuç olarak kabul edilemez. İnsan yaşamında tehlike yaratan bir hizmetin, kişi yaşamının önüne geçmesi ve ona üstünlük tanınması doğru bir yaklaşım olarak düşünülemez. Kaldı ki somut olayda, bu hizmetin aynı yerde verilmesinde zorunluluk da bulunmamaktadır. Muhtemelen fazla bir giderle de olsa, başka bir yerde aynı sonuçları sağlayacak bir istasyonun kurulması ve hizmet vermesi olanaklıdır. Bu nedenle davalının bu yöndeki savunma ve itirazları da yerinde değildir. Davalı tarafından sunulan bilimsel düşünceler genel bir nitelik taşıyıp, doğrudan somut olayla ilgili bulunmadığı gibi, bu konuda aksi düşünceleri içeren görüşler olarak da düşünülmemelidir. Davalıların sunduğu yazılardaki bilimsel düşünceler, genel bir nitelik taşıyıp somut olaya özgü bir içerik taşımadığından bunlara da itibar edilemez.

Bir diğer konu da; bu tür tesislerin konuşmanın yoğun olduğu yerlere yakın kurulmasıdır. Kendilerinin de bu teknik kuralı gözeterek kurulacak yeri belirlemiş olmasıdır. Davalıya konuşmacılara sağlanan yarar bakımından bu belirleme doğru olabilir. Ancak tesisin böyle bir yerde ve bu konumu ile kullanılmasının da özellikle yakın çevresine zarar verdiği de açıktır. Bu bakımdan, bu tesisin üçüncü kişilerle birlikte davacı da yararlanmış olsa, sağlanan yararla verilen zararın dengelenmesi genel bir hukuk kuralıdır. Yarar, haberleşmeyi amaçlamaktadır. Zararın ise, insan sağlığı ve yaşamı ile ilgili olduğu gözetildiğinde, ikinci değere önem verilmesi gerekmektedir.

Yine davalı tarafından ileri sürülen ve daha önce Yargıtay 1 ve 11. Hukuk Dairelerince verilen kararların eldeki bu kararla çeliştiği ileri sürülmüşse de, anılan daire kararlarında uyuşmazlığın çözü-

Konuyla ilgili olarak Yargıtay 1. HD' sinin 08.03.2012 tarihinde vermiş olduğu kararda; "Davalı, kamu yararına hizmet verdiklerini savunmuştur. Gerçekten yukarıda da açıklandığı üzere, davalı tarafından bu ve benzeri tesislerin işletilmesi sonucun geniş bir halk kitlesinin yarar sağladığı bilinen bir olgudur. Ne var ki, bu yararın sağlanması karşısında kişilerin zarar görmesi hoş görülemez. Bu bakımdan hizmetten elde edilen yarar ve bunun karşısında verilen zararın dengelenmesi gerekmektedir. Hiçbir hizmet, insan yaşamı kadar öncelik ve önem taşımaz. Diğer bir anlatımla, yararlı bir hizmetin karşılığı olarak insan ölümü uygun bir sonuç olarak kabul edilemez. İnsan yaşamında tehlike yaratan bir hizmetin, kişi yaşamının önüne geçmesi ve ona üstünlük tanınması doğru bir yaklaşım olarak düşünülemez. Kaldı ki somut olayda, bu hizmetin aynı yerde verilmesinde zorunluluk da bulunmamaktadır. Daha fazla bir giderle de olsa, başka bir yerde aynı sonuçları sağlayacak bir istasyonun kurulması ve hizmet vermesi olanaklıdır. Bu nedenle davalının bu yöndeki savunma ve itirazları da yerinde değildir."²²². Yargıtay kararının genel olarak, Yargıtay 1. HD' sinin 2008 tarihinde vermiş olduğu kararla aynı paralelde olduğunu görüyoruz. Öte yandan, Yargıtay 4. Dairesinin çok yeni verdiği anlaşılan kararı ile "karar düzeltme" ile kaldırdığı kararının zıtlık teşkil ettiği anlaşılmaktadır ²²³. Davacının verilen karar ile tatmin olmayıp, Yargıtay Hukuk Genel

münde yönetmelikteki ölçü birimlerinin davaya konu edilen istasyonda gözetilip gözetilmediği, gözetilmemiş olsa dahi zarar doğurup doğurmadığının belirlenmesi yönündedir. Bu belirlemeye göre anılan kararların eldeki kararla çelişmediği sonucuna varılmalıdır. Şöyle ki; bir istasyon yönetmeliğe uygun olarak çalıştırılrsa dahi, zarar verdiği takdirde yönetmeliğe uygun olduğundan söz edilerek zarar verenin sorumluluktan kurtulması kullanıma devam edilmesi sonucunu doğurmaz. Yönetmeliğe uygun değilse, zaten hukuka aykırılık gerçekleşmiş olacaktır. Tüm dosya kapsamına göre, kullanılan istasyonun konumu itibarıyla, uzun sürede kişi, çevre ve bitkilere zarar verdiği, bu nitelikteki bir istasyonun halen bulunduğu yerde kullanılmasının sakıncalı bulunduğu, bunun daha uygun ve yerleşim çevresinden daha uzakta kurulması gerektiği anlaşılmaktadır.

Bu belirlemeler itibarıyla dar anlamda ve para ile ölçülebilen bir zarar yok ise de, çevre binalarda ve bu bağlamda davacıların meskeninde bulunanların sağlık bakımından büyük endişeler taşıdığı, aynı bölgede yaşayan insanların psikolojik olarak yaşamını olumsuz biçimde etkilemekte ve bunun da insanların psikolojik yapısında tedirginlik ve ümitsizlik yaratacağı açık olup, davacıların zarar gördüğünün kabulü gerekir. Açıklanan nedenlerle davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddine karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir 4. HD. 20.11.2008, E. 2008/1773 K. 2008/14364, <http://www.tazminathukuku.com/yargitay-kararlari/baz-istasyonlari-hakkinda-yargitay-kararlari.htm>.

²²² Yarg. 1. H. D.,T. 08.03.2012 , E. 2011/13424 ve K. 2012/2613 Yargıtay'ın açıkladığı ve emsal teşkil edecek gerekçeli kararda, "Düşük sinyalle olsa bile ve yerleşim yerlerine yakın kurulan baz istasyonlarında tüm tedbirler alınmış olsa bile söz konusu istasyonların, insan sağlığına zarar vermeyeceği anlamına gelmediğine" hükmedildi. 8 Ekim 2008 tarihinde Samsun 1.Asliye Hukuk Mahkemesi'ne dava açtı. 2 yıl sonra mahkeme kararını açıklayarak baz istasyonunun bulunduğu yerden kaldırılmasına hükmetti. GSM şirketi ise yerel mahkemenin kararına itiraz etti. İtiraz üzerine 9 Mayıs 2012 tarihinde N. Koyuncu başkanlığında toplanan Yargıtay 1.Hukuk Dairesi, yerel mahkemenin kararını oy birliği ile onadı. <http://www.trthaber.com/haber/gundem/yargitaydan-baz-istasyonu-ila-ilgili-onemli-karar-65460.html>

²²³ Yarg. 4. HD., 20.06.2011 T., E. 01.02.2011 ve E. 2010/14491 ve K. 2011/929 sayılı ilamı. Yerel mahkeme kararında, davacının kızının lenf kanseri olduğunun altı çizilerek, buna rağmen baz istasyonu karşı karşıya yaşamak zorunda bırakılmasının düşündürücü olduğu kaydedildi. Haberleşme hakkının "bireyin konutunda huzurlu ve sağlıklı yaşama hakkından üstün tutulamayacağı" vurgulandığı kararda, bilirkişi raporuna da atıfta bulunuldu. Kararda, bilirkişi raporunda, davacı ve ailesinin baz istasyonundan olumsuz etkilendiğinin, tedirgin olduklarının gözlemlendiği, bu nedenle istasyonun başka bir yere yerleştirilmesinin uygun olacağına yer verildiği belirtildi. Karara itiraz edilmesi üzerine dosya Yargıtay'ın gündemine geldi. Temyiz talebini değerlendiren Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, yerel mahkemenin kararını yerinde bularak onadı. Daire, yönetmeliğe uygun olarak kurulup işletilse dahi baz istasyonlarının "uzun zaman diliminde insan sağlığında zarara neden olacağını" ve "ölçülebilen bir zarar olmasa da insanların psikolojik yapısında tedirginlik ve ümitsizlik yarattığını" belirterek, baz

Kurulu' na yaptığı başvuru sonucunda; HGK' nun, kanser hastası olan kızının baz istasyonundan etkilenmesine ilişkin nükleer tıp uzmanının da görüşleri doğrultusunda hareket ederek vermiş olduğu kararda, en azından Mahkeme kararından anlaşıldığı kadarı ile davacı tarafından tazminata ilişkin bir talep olmadığı için bu yönde herhangi karar vermemiştir²²⁴. Yargıtay HGK ilamında; belirtilen kararda Anayasa tarafından korunmaya alınan 'yaşam' hakkını önde tutarak insan yaşamında tehlike yaratma ihtimalinin bulunması halinde insan yaşamına, sağlığına üstünlük tanınması gerekir, denmektedir. Kararda; "Baz istasyonlarının insan sağlığına etkileri konusunda başta Dünya Sağlık Örgütü olmak üzere, Uluslararası İyonlaştırılmayan Radyasyondan Koruma Komisyonu (ICNIRP), Elektrik Elektronik Mühendisleri Enstitüsü (IEEE), ... vb bir çok ulusal ve uluslararası kuruluş çalışmalar yapmakta ve bu çalışmaların neticesinde bir takım sınır değerler belirlenmiş bulunmaktadır. Mevzuat gereğince baz istasyonlarının sağlığa ve çevreye zarar vermeyecek şekilde; nerede, nasıl, hangi ölçü ve limitler dahilinde kurulacağını belirlemek ve kurallarını koymak işlemleri, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanlığının (BTK) görev ve yetkisindedir. Anayasa tarafından korumaya alınan 'yaşam hakkı', 'haberleşme hürriyeti' ve 'mülkiyet hakkı' gibi temel haklar arasında bir çatışma meydana gelmesi halinde bu durumun, yargılama makamları tarafından hassasiyetle değerlendirilmesi ve çatışan yararlar arasında öncelik düşüncesine dayalı bir denge kurulması gerekir. Dava konusu tesisin cep telefonlarının kullanımı için zorunlu olduğu ve bu tesisin geniş bir kitleyi ilgilendirmesi nedeniyle kamuya hizmet vermeyi amaçladığı tartışmasız ise de insan yaşamında tehlike yaratma ihtimalinin bulunması halinde insan yaşamına, sağlığına üstünlük tanınması gerekir. Başka bir deyişle; 'Yaşam Hakkı' en kutsal ve birincil hak olup tehdit altında olma şüphesi dahi diğer Anayasal haklardan önce gözetilmesi gerektiğini doğurur. Aksi halde yaşam hakkının tehlikede olduğu bir yerde diğer tüm temel hak ve hürriyetlerin hiçbir değeri kalmayacaktır.

Dosya arasında bulunan Nükleer Tıp uzmanı öğretim üyesi bilirkişi raporunda; baz istasyonlarının genel performansa ve sağlığa olan etkileri konusunda günümüze kadar yayınlanmış çeşitli çalışmaların olduğunu, bu çalışmalarda uzun süre baz istasyonlarının yakınında yaşayanların genel vücut sağlıklarının etkilendiğinin gösterildiğini, baz istasyonlarının yaydığı radyofrekans elektromanyetik dalgalarına maruz kalanlarda en sık rastlanan semptomların, baş ağrısı, konsantrasyon bozuklukları, huzursuzluk, uykusuzluk ve el titremesi olarak saptandığını ne var ki kontrollü ve sistematik yapılmış baz istasyonlarının kanser yapıcı etkisini araştıran bir çalışmanın günümüze kadar gerçekleştirilemediğini belirtmiş ve sonuç olarak baz istasyonlarının kanser yapıcı etkisine yönelik şüphenin şu anda tam olarak ortaya konmamış olmasının, ileride yapılacak çalışmalarda da bu etkinin gösterilemeyeceği anlamına gelmediğini, bu nedenle geçmişe yönelik telafisi mümkün olmayan

istasyonlarının yerleşim yerlerinden uzaklaştırılmasına karar verdi. Davalı GSM şirketinin karar düzeltme talebinde bulunması üzerine dosyayı yeniden görüşen Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, bu kez karar değişikliğine giderek yerel mahkemenin kararını bozdu. <http://www.hukukihaber.net/kararlar/yargitaydan-baz-istasyonu-karari-h24472.html>

²²⁴ Yarg. HGK T. 30.05.2012 T. , E. 2012/4-147 ve K. 2012/327 Söz konusu ilamda baz istasyonlarını şehir dışına çıkarılmasına karar vermiştir Belirtilen kararda Anayasa tarafından korunmaya alınan 'yaşama' hakkı öde tutarak insan yaşamında tehlike yaratma ihtimalinin bulunması halinde insan yaşamına, sağlığına üstünlük tanınması gerektiği belirtilmiştir.

kanser gibi hastalıkların önlenmesi açısından toplumumuzu baz istasyonlarının yaydığı elektromanyetik radyasyondan en makul düzeyde korumak gerektiğini, ayrıca söz konusu davada davacının kızı’nın 1994 yılından beri bir lenf kanseri çeşidi olan malign lenfoma tanısı ile izlendiği Ankara Üniversitesi tarafından düzenlenen epikrizden anlaşıldığını, bu kanser ile baz istasyonlarını ilişkilendirmenin bilimsel açıdan doğru olmadığını ancak bir hekim sıfatıyla, keşif sırasında davacı ve kızı ile yaptığı görüşmede, zaten ailede yaşanan kanser hastalığı nedeniyle endişeli olan ailenin yaşadıkları evin karşısında boş arsada bulunan baz istasyonu nedeniyle sağlık açısından ek endişeler taşıdığını, söz konusu baz istasyonunun psikolojik olarak yaşamlarını olumsuz biçimde etkilediğini ve tedirginlik yarattığını gözlemlediğini belirterek dava konusunu teşkil eden baz istasyonunun yapılan ölçümler sonucunda fimit değerleri aşmadığı tesbit edilmiş olsa bile yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı mevcut yerinden alınarak başka bir yere yerleştirilmesinin uygun olacağı saptamasında bulunmuştur.

Davacının dar anlamda ve para ile ölçülebilen bir zararı kanıtlanmamış ise de, baz istasyonunun yukarıda açıklanan zarar verme ihtimali ile birlikte davacının evine olan mesafesi, kanser hastası bir kızının bulunması, içinde bulunduğu psikolojik ortamın kendisinde tedirginlik ve ümitsizlik yaratacağı ve bu konudaki doktor bilirkişi raporu ile davacının yaşamdaki sağlık değerleri, Anayasaca teminat altına alınan yaşam hakkı, mülkiyet hakkı birlikte değerlendirildiğinde dava açmakta haklı olduğu ve davasının kabulü gerektiği sonucuna varılmıştır.

Kaldı ki, bu hizmetin davacıya ait konutun bulunduğu yerde verilmesinde zorunluluk bulunmadığı gibi, davacıya ve çevreye zarar verme ihtimali olmayan bir başka yerde de verilmesi olanak dahilindedir. Yine taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkileri kullanırken komşularını olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıktan kaçınma yükümlülüğü getirilmiştir.” denilmektedir²²⁵.

Bu durumda, söz konusu kararın, nükleer tıp uzmanının görüşü ile kanser hastası kızı olan davacının psikolojik durumu dikkate alınarak verilen ve ispat sadedinde verilen bir karar olduğunu düşünüyoruz. Bu nedenle konu hakkında uzman olan temel kuruluşlardan, Türkiye Nükleer Tıp Enstitüsü ile Bilgi ve Telekomünikasyon Kurumu’ndan, konusunda uzman bilirkişi heyetinden alınacak rapor’a göre, değerlendirme yapmak ve belki de bölgesel risk alanları belirlenerek, baz istasyonu yerleştirmek yerinde olacaktır. Bu anlamda, özellikle tazminat konusunda; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’ndan “içtihat” mahiyetinden karar çıkmasını sağlamak yerinde olacaktır. Aksi takdirde, çelişkili kararlar ile, Türkiye’de yaşayan herkes, baz istasyonları sahibi olan GSM şirketlerine karşı dava açarak tazminat isteme konusunda, tartışmalar devam edecektir. Yargıtay HGK’nun vermiş olduğu son karar, bireysel ve baz istasyonunu kaldırmak için vaki talep üzerine verilmiş bir karar olduğunu düşünüyoruz. Bu güne değin, Yargıtay’ın vermiş olduğu kararların çok dışında bir karar değildir.

20.000’e yakın mahallesi bulunan, bunun yanında 100.000’e yakın ise baz istasyonu bulunan ülkemizde her mahalleye yaklaşık 5 baz istasyonunun düştüğü

²²⁵ Yarg. HGK T. 30.05.2012 T. , E. 2012/4-147 ve K. 2012/327 Söz konusu ilamda baz istasyonlarını şehir dışına çıkarılmasına karar vermiştir. Belirtilen kararda Anayasa tarafından korunmaya alınan ‘yaşama’ hakkı ödevi tutarak insan yaşamında tehlike yaratma ihtimalinin bulunması halinde insan yaşamına, sağlığına üstünlük tanınması gerektiği belirtilmiştir.

gerçeği karşısında Yargıtay'ın bu kararı düşünüldüğünde, milyonlarca kişinin “baz istasyonlarının psikolojilerini ve manevi bütünlüklerini bozuyor” iddiası ile manevi tazminat talep edebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu yönden Yargıtay kararına yapılan itirazları gören Yargıtay, 2011 yılının mayıs ayında verdiği bir karar ile eski görüşünü değiştirmiştir. İlgili kararda özetle **“kanıtlanmayan mücerret (soyut) “uzun vadede zarar verir, baz istasyonu yakın mesafede, görünce moralim bozuluyor ... vs. gibi”** nedenlerle dava açılmasının ve bunun kabulünün hukuka ve yasalara uygun olmadığı da belirtilmiş ve bir anlamda eski kararından rücu etmiştir²²⁶. Ancak, Yargıtay HGK kararında belirtildiği gibi; davacının ileri sürdüğü hususların, davalı GSM şirketinin baz istasyonundan çıkma ihtimali bulunması halinde; doğrudan tazminat davası olmasa bile, men'i müdahale davası açma hakkının bulunduğu kabulü gerekir.

Sonuç itibari ile Yargıtay'ın son olarak verdiği kararı destekleyen 2011/ 6287 E. sayılı Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin kararına bakıldığında, baz istasyonu işleticilerine karşı, herhangi bir maddi zarar olmaksızın manevi zarar talep edilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varmak mümkündür.

III- ZARAR GÖRENLERİN VEYA GÖRME RİSKİ BULUNANLARIN BAŞVURABİLECEKLERİ HUKUKSAL MERCİLER

A. Genel Olarak

Baz istasyonlarından zarar görenler, baz istasyonu işleticileri aleyhine dava açıp zararlarını tazmin ettirebilirler. Burada zarar görenlerin şahsen zarar görmeleri söz konusu olabileceği gibi, zarar verici olayın doğmamasına rağmen toplumsal risk taşıma ihtimali söz konusu olabilir.

B. Başvurucunun Şahsen Zarar Görmesi Halinde

Elektronik zararlardan şahsen mutazzar olanların, zarar veren işleticilere karşı “adli yargı”da, davalarını ikame etmeleri gerekmektedir. Zira, burada, taraf sıfatı kurduğu elektronik cihaz ile ilgili GSM operatörü ve varsa alt işleticisi müştereken ve müteselsilen sorumlu olacaktır. 3. kişinin de bu zarara katkısı söz konusu ise, tehlike sorumluluğunun genel ilkeleri gereği, bu kişiler de, sorumluluk kapsamı alanına gireceklerdir. Burada, ilgili elektronik cihaza ruhsat veren Bilgi Teknoloji Kurumu (BTK)'nın doğrudan bir katkısı olmadığı için, davanın bu Kuruma da teşmil edilmesi mümkün değildir. Ancak, ilgili kurumun ruhsatı yasa ve yönetmeliklere aykırı olarak vermesi nedeniyle ya da yasa ve yönetmelikte belirlenen görevini savaştırmaması nedeniyle, zararda payı olduğu kanıtlanırsa, davalı işleticilerin yanı sıra, Kurumun dâhili davalı yapılmasında, bize göre, hiçbir yasal engel bulunmamaktadır. Ancak, elektronik zararlara maruz kalanların bunu ispatlamaları ve bu ispatın da yasal sürelerle belirlenen limitlerde ortaya çıkması gerekmektedir. Söz konusu zararların tespiti, çok zor olup, hâkimin veya mahkeme heyetinin kendi bilgisi ve görgüsü ile tek başına hukukçuların çözeceği bir konu değildir. Bu konuda, elektronik mühendislerinin ya da uzman sağlık personelinin oluşacak bilirkişi heyetinin bilimsel çalışmaları sonucunda tespit edeceği verilere göre, bilirkişi raporu tanzim edilmelidir. Konu ile ilgili hukukçu bilirkişinin de, ilgili heyette

²²⁶ Bkz. Yarg. 4. HD. E. 2011/6287 ve K. 2011/5920 sayılı ilamı.

olması, hukuksal sorumluluğun aktüeryal hesaplara aktarılması yönünden faydalı olacaktır. Çağdaş gelişme her üç uzmanlık alanının da bu konuda çalışma zorunluluğunu ortaya koymaktadır.

1. Zararın Oluşumu Nedeniyle Tazminat Davası

Öte yandan, BK 49. maddesinde yer alan, zararın öğrenilmesinden itibaren bir yıl ve her halukarda on yıl içinde davanın ikame edilmesine ilişkin hükmün hangi tarihte başlayacağı sorunu ortaya çıkacaktır. Şüphesiz, ceza zamanaşımı daha uzun olduğundan, ceza söz konusu olan elektronik zararlarda, daha uzun olan ceza zamanaşımı süresinin tatbik edileceği her türlü münakaşadan varestedir. Öte yandan elektronik zararlarla ilgili olarak ileri sürülen tahribatlar en erken 10 ila 20 yıl sonra ortaya çıkacaktır. Bu durumda, Borçlar Kanunu'nda yer alan 10 yıl içinde davayı açma süresinin, zararın ortaya çıktığı andan itibaren mi, yoksa zarar verici olayın vuku bulduğu ya da başlayıp devam edip bittiği andan itibaren mi başlayacağı hususunda hiçbir özel hüküm bulunmamaktadır. Bu durumun hukuk düzeni için bir eksiklik olduğunu düşünüyoruz. Baz işleticisinin işletim esnasında var olan ve fakat işletme tarihinden çok uzun süre sonunda zararın ortaya çıkması durumunda ne olacaktır? Zarar çıktığı anda, işletici sıfatını kaybetmiş olan (örneğin, süreli olarak kurulmuş A.Ş. olması, iflas etmesi, isim hakkı hariç, şirketin sahipleri tarafından fesholunması, ya da yasal merciler tarafından feshine karar verilmesi durumunda) GSM şirketine karşı dava açılmayacağına göre, dava kime karşı ve hangi gerekçe ile açılacaktır? Bu durumda, ilk akla gelen, tıpkı bazı ülkelerde nükleer enerji işletenlerin sorumluluğunda olduğu gibi, muhtemel zararlara karşı sigorta riski düşünülerek, güçlü bir sigorta biriminin kurulması gerektiğidir. Zira “Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıslara Karşı Hukuki Sorumluluğa İlişkin Paris Sözleşmesi” nde etkili bir sigorta sistemi zorunlu kılınmıştır. Elektronik zararlar için de böyle bir sigortanın çok yararlı olacağını, ispat sorunu olmaksızın, mağdur ve diğer zarar görenlerin istifade etme imkanına kavuşması gerektiğini düşünüyoruz.

2. Men'i Müdahale Davası

Bu tür durumlar; özellikle baz istasyonlarının mevcut hastalara zarar verilmesinin muhtemel olması durumunda ikame edilebilir. Örneğin, kanser hastası olan bir çocuğun, evinin hemen yanında bulunan GSM baz istasyonundan daha fazla etkilenmesinin söz konusu olduğu durumlarda, zarar gördüğünü iddia eden kişi zararını ispatlaması halinde, söz konusu baz istasyonunun kaldırılmasını talep edebilecektir. Örneğin; Yargıtay HGK' nun çok yeni olarak vermiş olduğu kararda; Dosya arasında bulunan Nükleer Tıp uzmanı öğretim üyesi bilirkişi raporunda; baz istasyonlarının genel performansa ve sağlığa olan etkileri konusunda günümüze kadar yayınlanmış çeşitli çalışmaların olduğunu, bu çalışmalarda uzun süre baz istasyonlarının yakınında yaşayanların genel vücut sağlıklarının etkilendiğinin gösterildiğini, baz istasyonlarının yaydığı radyofrekans elektromanyetik dalgalarına maruz kalanlarda en sık rastlanan semptomların, baş ağrısı, konsantrasyon bozuklukları, huzursuzluk, uykusuzluk ve el titremesi olarak saptandığını ne var ki kontrollü ve sistematik yapılmış baz istasyonlarının kanser yapıcı etkisini araştıran bir çalışmanın günümüze kadar gerçekleştirilemediğini belirtmiş ve sonuç olarak baz istasyonlarının kanser yapıcı etkisine yönelik şüphenin şu anda tam olarak ortaya

konmamış olmasının, ileride yapılacak çalışmalarda da bu etkinin gösterilemeyeceği anlamına gelmediğini, bu nedenle geçmişe yönelik telafisi mümkün olmayan kanser gibi hastalıkların önlenmesi açısından toplumumuzu baz istasyonlarının yaydığı elektromanyetik radyasyondan en makul düzeyde korumak gerektiğini, ayrıca söz konusu davada davacının kızı’nın 1994 yılından beri bir lenf kanseri çeşidi olan malign lenfoma tanısı ile izlendiği Ankara Üniversitesi tarafından düzenlenen epikrizden anlaşıldığını, bu kanser ile baz istasyonlarını ilişkilendirmenin bilimsel açıdan doğru olmadığını ancak bir hekim sıfatıyla, keşif sırasında davacı ve kızı ile yaptığı görüşmede, zaten ailede yaşanan kanser hastalığı nedeniyle endişeli olan ailenin yaşadıkları evin karşısında boş arsada bulunan baz istasyonu nedeniyle sağlık açısından ek endişeler taşıdığını, söz konusu baz istasyonunun psikolojik olarak yaşamlarını olumsuz biçimde etkilediğini ve tedirginlik yarattığını gözlemlediğini belirterek dava konusunu teşkil eden baz istasyonunun yapılan ölçümler sonucunda fimit değerleri aşmadığı tesbit edilmiş olsa bile yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı mevcut yerinden alınarak başka bir yere yerleştirilmesinin uygun olacağı saptamasında bulunmuştur.” Yagıtay HGK konuya bu yönüyle bakmış ve davacının baz istasyonunu kaldırma konusundaki talebini yerinde görmüştür²²⁷.

C. Zarar Verici Olayın Doğmaması ve Fakat Toplumsal Risk Oluşturması Durumu

1. Şahsi Zararların Dışında Kanuna Aykırı İşletim Nedeniyle Toplumun Zarar Görmesi Riski Durumu

Kişinin doğrudan zarar görmesi hali haricinde kalan ve fakat toplum sağlığına zarar verdiği düşünülen ve işleticinin çalışma statüsünün yasa ve yönetmeliklere uygun olmaması da ihtimal dahilindedir. Mevzuat gereğince baz istasyonlarının sağlığa ve çevreye zarar vermeyecek şekilde; nerede, nasıl hangi ölçü ve limitler dahilinde kurulacağını belirlemek ve kuralları koyma yetkisi Bilgi Teknolojileri Kurumu’na (BTK) aittir. Eğer, Kurumun işleminin yasa ve yönetmeliklerle belirlenen usul ve esaslara aykırı olduğu ve bu aykırılığın kamu düzenini bozucu niteliği ve toplumsal zararlara neden olan yönü olduğu iddiası var ise, bu davanın idari yargıda ve bu Kuruma karşı açılması gerekmektedir. Bu tür davalarda, BTK’ın sorumluluğuna gidilebilmesi için, yargılama esnasında, toplum sağlığının ve kamu düzeninin zararının tespiti de gerekmektedir.

2. Kanuna Uygun İşletim Olmasına Rağmen, Dayanak Yönetmeliğin ya da İşlemin, Zarar veya Güvenliğe Aykırı Muhteva Taşınması

Bazı durumlarda, idare tarafından tesis edilen işlem yasa ve yönetmeliklere uygun olabilir. Ancak, ilgili yönetmelik hükümleri, bilimsel gerçeklere ve insan sağlığına ya da diğer varlıklara zarar verici boyutları dikkate alınmaksızın tanzim edilmiş olabilir. Verilen işletme ruhsatı, yasaya uygun olsa bile, ruhsatın dayandığı yönetmeliğin iptalinin istenmesi halinde ya da işletme ruhsatının daha üst normlara aykırılık arz etmesi durumunda, idari yargıya başvurulması gerekmektedir. Nitekim Yargıtay 4. Hukuk Dairesi kararında; “sağlığa zarar veriyor iddiası haricinde baz istasyonlarının sertifikada belirtilen limit değerlere ve güvenlik mesafesine

²²⁷ Yarg. HGK T. 30.05.2012 T., E. 2012/4-147 ve K. 2012/327 sayılı ilamı.

uygun olarak kurulmadığı, başlangıçta uygun kurulsaydı dahi sonradan sertifikadaki limit değeri ve güvenlik mesafelerine aykırı davranıldığı iddiasının BTK'ya karşı ve idari yargıda idareye karşı, Bilim Teknolojileri Kurumu Başkanlığı'na karşı (BTK), açılması gerektiği..." hususunu belirtmiştir. Yine ilgili Yargıtay kararında; baz istasyonlarının limit değerlere ve güvenlik mesafelerine uygun olmasına rağmen zararlı olduğu iddia ediliyorsa, idari yargıda idareye karşı dava açılması gerektiği de yer almaktadır.

Bu tür davalarda, kamu düzeni ve toplum sağlığına yönelik ihlalin, yargı mercileri tarafından, tespiti de gerekmektedir²²⁸.

D. Tehlikenin Önlenmesi Davası

Baz istasyonlarının kapatılmasını sağlamak için tehlikenin önlenmesi davasının açılıp açılmayacağı sorusunun da cevaplandırılması gerekir. Öncelikle belirtmek gerekir ki baz istasyonları kanunda belirtilen limit değerlere göre kurulmaktadır. Bundan dolayı bu limit değerlere uygun olarak kurulmamış olan baz istasyonlarının kapatılması olağandır. Ayrıca limit değerlere uygun olsa bile, halihazırda meydana gelmiş olan zarardan baz istasyon işleticisinin sorumlu olacağı Yargıtay kararları ile sabittir. Bu sebeplerden dolayı tehlikenin önlenmesi davasının açılmasının kabul edilmesi söz konusu olamaz.

²²⁸ Aksi durum, idarelerin çalışamaz gelmelerinin ötesinde, gereksiz yargı yükü ile karşı karşıya da kalması her zaman mümkün olabilecektir.

IV-SONUÇ:

A- Elektronik radyasyonların verdiği zararlar konusunda, hukuki sorumlulukların ispatına yönelik olarak, genel hükümler geçerlidir. Elektronik zararlardan müteessir olduğunu ileri sürenlerin bunu ispat etme zorunluluğu, mevcut yasal duruma göre, devam etmektedir. Ayrıca hukuksal olarak, bu tür zararların tespiti uzun zaman alması çok kuvvetli ihtimaldir. Davaların açılması ve nihayete ulaşması risk taşımaktadır. Bu nedenle, bu durumun çoğunlukla haksız sonuçlara neden olabileceği gerçeğine bakılarak, mümkün ve muhtemel elektronik materyallerden doğan zararlara karşı, tıpkı nükleer enerjide sorumluluğa ilişkin Paris sözleşmesinde yer aldığı gibi, mağdurları koruyucu “sigorta mekanizması” getirilmesi yerinde olacaktır.

Yargıtay’ın içtihatlarla belirlediği bir ilke olan, elektronik zararlarda “tehlike sorumluluğu” na ilişkin ilke, halen devam ettiği gibi aksine içtihat değişikliği olmadığı müddetçe, Yeni BK döneminde de, ilgili elektronik zarar üreten kurum ya da kuruluşların sorumlulukları devam etmektedir. Baz istasyonları sahipleri başta olmak üzere bütün elektronik zararlar yayan elektronik alet, makine veya araçların sahipleri ‘tehlike sorumluluğu’ ilkesine göre, kusurları olmasa bile, doğan zararlardan sorumlu tutulacaktır.

A- Elektronik radyasyonların verdiği zararların mutlak bir ispatına gerek yoktur. Eğer zarar vermesi muhtemel ise, davacının baz istasyonunu yakında tesis ettiği için bu ihtimali beliren kişinin “men’i müdahale davası” açmakta hukuki yararının bulunduğu kabulü gerektiği kanaatini taşıyoruz. Ancak, tazminat davası için, mutlaka zarar, ziyan ve zarar ve ziyan arasında illiyet bağının mevcudiyeti şartını aramak gerekecektir.

B- Elektronik radyasyonların verdiği zararların ispatının güçlüğü ve dahası ilgili zararların hangi elektronik dalga yayan istasyondan geldiğinin kanıtlanmasının zorluğu bilinmektedir. Söz konusu zararların tespiti, tek başına hukukçuların, elektronik mühendislerinin ya da uzman sağlık personelinin kendi başına tespit edebileceği bir durum değildir. Çağdaş gelişme her üç uzmanlık alanının da bu konuda çalışma zorunluluğunu ortaya koymaktadır. Bu konuda, ilgili kanunlarda, genel düzenlemeler ile varılması mümkün yaklaşımların dışında, herhangi bir özel düzenleme bulunmamaktadır. Acilen konu ile ilgili düzenleme yapılması gerekmektedir. Zira, teknolojinin büyük nimetleri yanı sıra, mümkün ve muhtemel külfetleri de olabilir. Külfetinin nasıl telafi edileceğine ilişkin ek düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktadır.

C- Elektronik zararlardan müteessir olanlar, yani bu durumdan doğrudan ya da dolaylı bir şekilde zarar görenler adli yargıda dava açmak zorundadırlar. Zarar görme fiili; devam etmekte olan bir fiile yönelik olabildiği gibi, ika edilen fiil neticesinde husule gelen zararın giderilmesi (tazminat) şeklinde de olabilir. Ancak, idari işlemin yasalara aykırı tesisi halinde ya da tesis edilen işlem yasaya uygun olsa bile, insan sağlığına ve çevreye zarar vermesi durumunda, veyahut da yönetmelikte belirlenen değerlere ilişkin taleplerde; hasım olarak Bilgi Teknolojileri Kurumu gösterilmesi gerekir. Bu kabil davalar da, idari yargıda dava açılması gerekmektedir.

D- Bu tür zararların ortaya çıkması ve tespit edilmesi uzun zaman aldığından, muhtemel uyumsuzluklarda hangi zaman diliminin başlangıç olarak esas alınıp “za-

manaşımı müessesesi” nin tatbik edileceği de tartışma konusudur. Gerek zamanaşımının başlangıç süresinin belirlenmesi ve gerekse, elektronik zararlar üretmesi mümkün ve muhtemel olan işleticilerin sorumluluk çerçevesinin net olarak ortaya konulması için özel yasa hükümlerine ihtiyaç bulunmaktadır.