

Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Teorileri ve Bunların Sorumluluğa Etkisi

Unlawfulness Theories in Tort and Their Effect on Liability

Fırat KORKMAZ* 

ÖZ

Hukuka aykırılık haksız fiil sorumluluğunu derinden etkileyen, ona ismini veren teknik ve teorik yapıyı haiz bir unsurdur. Hukuka aykırılık kusur ve illiyet bağı unsurları birbirleri ile karışmaya müsait karakterdedirler. Hukuka aykırılık unsuruyla ilgili farklı teoriler bu unsurların birbirlerinden iyice ayrılmasına veya birbirlerine karışmasına alt yapı oluşturmaktadır. Yine hukuka aykırılıkla ilgili teoriler kusur ve sebebiyet sorumluluklarında farklı sonuçlar doğurmakta hatta sorumluluğu bu sorumluluk çeşitlerine doğru yaklaştırabilmektedir. Ayrıca mutlak hakların ve özellikle salt malvarlığı haklarının korunması ihtiyaçlarının giderilmesinde hukuka aykırılık kilit rol oynamaktadır. Makalede hukuka aykırılık unsuruyla ilgili teorilerin mahiyetleri, haksız fiilin unsurları ile ilişkileri ve sorumluluğa nasıl ve ne yönde etki ettikleri ortaya konulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Haksız fiil sorumluluğu, Hukuka aykırılık unsuru, Hukuka aykırılık teorileri, Tazmin, Sorumluluk ilkeleri.

ABSTRACT

Unlawfulness, is an element with a technical and theoretical structure that deeply influences tort law and gives its name. Unlawfulness, fault, and causation are prone to being confused with one another. Different theories of unlawfulness form the basis for distinguishing these elements or for their confusion with one another. Moreover, different theories about unlawfulness have different results on strict and fault liability and may even bring these forms of liability closer. In addition, unlawfulness plays a key role in protecting absolute rights and particularly pure economic rights from damage. This article, examines the nature of the theories of unlawfulness, their relationship with other elements of tort and how they affect liability.

Keywords: Tort law, Unlawfulness element, Theories of unlawfulness, Compensation, Liability principles.

* Dr. Öğr. Üyesi, KTO Karatay Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, firat.korkmaz@karatay.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5834-9393.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Fırat KORKMAZ

E-posta/E-mail: firat.korkmaz@karatay.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 16.08.2024

Kabul Tarihi/Accepted: 26.11.2024

GİRİŞ

Haksız fiil sorumluluğu borçlar hukukunun en temel konularından birisidir. Zaten Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) sistematğine göre haksız fiiller borçlar hukukunun en temel konusu olan borcu doğuran üç farklı kaynaktan birisi olarak kabul edilmektedir. Diğer iki kaynak ise sözleşmeler ve sebepsiz zenginleşmedir. Haksız fiil sorumluluğu konusuna doktrin ve uygulamada da büyük önem verilmektedir. Pratik açıdan da bakıldığında gerçekten insanlık, hayatın hemen hiçbir merhalesinde haksız fiilden boş kalmamaktadır. Farklı mekan ve zamanlarda insanlık tarihi boyunca haksız fiilden doğan zararın giderilmesi problemi hukukta büyük bir ihtiyaç olup, bütün hukuk düzenlerinde buna yönelik çalışmaların varlığı görülmektedir.

Haksız fiil kavramı, hayatın içinden kopan insanlık ve hukuk alemlerindeki bu büyük önemiyle birlikte, incelenmesi gerçekten zorlu bir konudur. Zira bunun için haksız fiilin unsurlarının teorik alt yapısının oturaklı bir şekilde inşa edilmesi gerekmektedir. Haksız fiil sorumluluğu bu teorik yönüne rağmen esasında sadece beş unsurdan oluşan bir kavramdır. Bunlar davranış, zarar, illiyet bağı, hukuka aykırılık ve kusurdur¹. Bu beş unsurun oluştuğu bir somut olayda haksız fiilin de oluştuğuna hükmedilir. İşin zorlu kısmı ise bu unsurların soyut ve teorik yapısıdır ve bu özellikle illiyet bağı, hukuka aykırılık ve kusura ilişkindir. Bu unsurlara dair teorik görüşlerin en vurucu noktası bu unsurların oluşup oluşmadığını tespiti yaramasıdır. Ayrıca bu unsurların birbirlerine etkileri ve birbirleriyle uyumudur. Makalemizin konusu ise hukuka aykırılık unsuruna yöneliktir. İşte haksız fiil sorumluluğundaki hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği böylece haksız fiil sorumluluğunun² gerçekleşip gerçekleşmediği; hukuka aykırılığın haksız fiilin diğer unsurlarına olan etkisi hususları, hukuka aykırılığa ilişkin teorilere göre şekillenecektir. Bu itibarla haksız fiil

1 Kenan Tunçomağ, *Borçlar Hukuku C. I Genel Hükümler*, (İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları 1972) 270 vd; Şahin Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi* (Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Sayram 2019) 136; Cevdet Yavuz, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre Kusursuz Sorumluluk Halleri ve İlkeleri", (2008) 14(4) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 29, 31; Doğan Şenyüz, *Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler* (7. Baskı, Ekin 2013) 84; Alfred Keller, *Haftpflicht Im Privatrecht* (sechste vollständing überarbeitete und ergänzte Auflage, Stämpfli verlag 2002) 132; Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Yirmidördüncü Bası, Beta 2013) 163; Gökçe Kurtulan, "Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru" (2017) 23(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 465, 466; Hanspeter Strickler, *Die Entwicklung der Gefährdungshaftung: Auf dem Weg zur Generalklausel?* (Verlag Paul Haupt Bern und Stuttgart 1983) 12; Wolfgang Fikentscher, *Schuldrecht* (Achte Auflage, Walter de Gruyter Berlin New York 1992) 280; Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk* (22. Baskı, Vedat Kitapçılık 2016) 176; Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Medeni Hukuka Giriş* (Güncelleştirilmiş 10. Baskı, Mimoza 2014) 133 – 134.

2 Makalede haksız fiil sorumluluğu kavramı kusur ve kusursuz sorumluluklarını kapsar şekilde geniş anlamıyla kullanılmaktadır. Kanundaki sistematik de bu şekildedir. Kanun sistematğinde de "Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri" üst başlığı altında "Sorumluluk" ve onun altında "Kusursuz sorumluluk" alt başlıkları vardır. Zaten kusursuz sorumluluklar da haksız fiil mahiyetindedirler ve kusursuz sorumluluğu haksız fiil kavramından ayırmak kanaatimize gerekli olmayıp kavram kargaşasına sebep olur. Kusursuz sorumluluğun, haksız fiil kavramının bir alt başlığı olduğu görüşüne katılıyor olsak da buna şu yönden bir eleştirimiz de vardır. Kusursuz sorumluluklarda davranış yani fiil sorumluluğun bir unsuru değildir. Kusursuz sorumluluklarda ortada aslında bir haksız fiil olmayabilir zira davranış olmadan da kusursuz sorumluluk gerçekleşebilir. Bu itibarla haksız fiil ibaresi kusursuz sorumlulukları kapsayıcı ve onu tam ifade edebilen bir kullanım da değildir. Bütün bu sebeplerle hem kusur hem kusursuz sorumluluk için sorumluluk literatüründe kuvvetli şekilde yerleşmiş bulunan "Haksız Fiil Sorumluluğu" ibaresinin değil "Haksız Zarar Sorumluluğu" ibaresinin daha doğru bir kullanım olacağı kanaatindeyiz. Bu kullanım söz konusu kavram karmaşasını çözebilecek bir öneridir. Gerçekten kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluğu "Haksız Zarar Sorumluluğu" başlığı altında toplamakta bir mahzur bulunmamaktadır.

sorumluluğu daralacak veya genişleyecektir. Haksız fiil sorumluluğunun daralıp genişlemesi hususu belki haksız fiil konusunun en önemli noktasıdır. Zira buna göre ya haksız fiil sorumluluğu hiç doğmayacak ya da doğsa bile sorumluluğun miktarı değişecektir. Nitekim haksız fiil sorumluluğunun en temel iki prensibi olan kusur ve sebebiyet sorumlulukları da sorumluluğun genişleyip daralmasına doğrudan olan etkileri sebebiyledir ki sorumluluk hukukunun en temel iki kutbudurlar³.

Hukuka aykırılık haksız fiil sorumluluğunun zorunlu bir unsuru olmakla beraber⁴ sorumluluk hukukunun amaçlarına da hizmet eder. Sorumluluk hukukunun iki temel amacı vardır. Bunlar zararın hiç ortaya çıkmaması ve çıkan zararın adaletli şekilde tazmin edilmesidir⁵. Makalede daha çok sorumluluk hukukunun ikinci amacı olan ortaya çıkan zararın adaletli şekilde tazmin edilmesinde hukuka aykırılık unsurunun ve buna ilişkin kabul edilen teorilerin etkileri ortaya konulacaktır⁶.

I. SORUMLULUK HUKUKUNDA HUKUKA AYKIRILIK KAVRAMI VE HAKSIZ FİİLİN DİĞER UNSURLARIYLA BAĞLANTISI

Hukuka aykırılık zararın tazmin edilip edilmeyeceği konusunda failin sorumluluğunu daraltan veya genişleten kavramlardan birisidir. Sorumluluğu daraltıp genişleten diğer unsurlar ise illiyet

- 3 Sorumluluk sözleşmeden, sebepsiz zenginleşmeden veya haksız fiilden doğabilir. Sorumluluk hukuku deyince geniş anlamda bunların hepsi anlaşılabilir. Makalede ise bu kullanımla haksız fiil sorumluluğu kast edilmektedir. Sorumluluk hukukundaki en büyük gerilim şahıs ve malvarlıklarını korumakla, hareket özgürlüğünü korumak arasındaki tercih hususundadır. Bakınız (bkz) Maximilian Fuchs, Werner Pauker ve Alex Baumgärtner, *Delikts und Schadensersatzrecht* (9. Auflage, Springer 2016) 4; Sorumluluk hukukunun bir kutbu olan kusur sorumluluğu hareket özgürlüğünü korumaya yönelmişken, diğer kutup olan sebebiyet sorumluluğu ise şahıs ve malvarlıklarını korumaya yönelmiştir. İşte hareket özgürlüğünü koruyan her yönelim failin sorumluluğunu daraltır ve ona hareket özgürlüğü tanırken şahıs ve malvarlıklarını korumaya her yönelim failin sorumluluğunu genişletip mağdurun uğradığı haksız zarardan onu korumaktadır. Böylece kusur ilkesi sorumluluğu daraltan ve faili koruyan yönelimleri; sebebiyet ilkesi ise failin tazmin sorumluluğunu genişleten ve mağduru koruyan yönelimleri içerirler.
- 4 Bu husus tehlike sorumluluğu bakımından tartışmalıdır. bkz dn. 7.
- 5 Karl Larenz and Wilhelm Canaris, *Lehrbuch Des Schuldrechts Zweiter Band Besonderer Teil 2. Halbband*, (Dreizehnte, vollig neuverfaßte Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1994) 354; Erwin Deutsch, *Allgemeines Haftungsrecht* (2. Auflage, Carl Heymanns Verlag 1996) 14; Helmut Koziol, "Objektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabes im Schadensersatzrecht?", (1996) 196(6) *Archiv für die civilistische Praxis* 593, 600; Gert Brüggemeier, *Haftungsrecht Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, Ein Beitrag zur Europäisierung des Privatrechts* (Springer 2006) 9; Heinrich Honsell, Bernhard Isenring and Martin A. Kessler, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 5. Neu bearbeitete und ergänzte Auflage, Schulthess 2013) 18; Roberto Vito, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (Schulthess Juriste Medien AG 2002) 9; Hans Prütting, Gerhard Wegen and Gerd Weinreich, *BGB Kommentar* (10. auflage, Luchterhand 2015) 1770; Doktrinde haksız fiil hukukunun amaçları konusunda bazı tartışmalar da vardır. Başka bir ayrıma göre haksız fiil hukukunun üç amacı bulunmaktadır. Bunlar zararın telafisi, ihlal edilen hakkın devam ettirilmesi ve zararı önlemedir. Bununla ilgili bkz Günhan Gönül Koşar, "Haksız Fiil Hukukunun Amacı" (2020) 69(3) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1437, 1439 vd.
- 6 Haksız fiil hukukunun birinci amacı olan zararı önleme ile hukuka aykırılığa ilişkin teorilerin şöyle bir bağlantısı kurulabilir. Bir zararın neticesinde hukuka aykırılık ne kadar kolay olursa sorumluluk da o kadar kolay gerçekleşir. Bu sebeple fail sorumlu olmamak, zarar ve hukuka aykırılığı oluşturmamak için hem giriştiği işi seçerken hem de faaliyeti sırasında gösterdiği dikkat ve tedbiri daha üst seviyede tutacaktır. Yani kişiler hukuka aykırılık ve sorumluluk kolay ortaya çıktığı için daha dikkatli olacaklardır. Böylece sorumluluğu genişleten, hukuka aykırılığın kolay oluştuğu hukuka aykırılık teorileri, haksız fiilin birinci amacı olan zararın ortaya çıkmamasına daha çok hizmet ederler. Böylece makalede hukuka aykırılığın kolay ortaya çıktığı her teori, sorumluluk hukukunun birinci amacı olan zararı önleme amacını daha kuvvetli temin ederken hukuka aykırılığın daha zor ortaya çıktığı teoriler bu amacı daha zayıf temin edecektir. Bununla ilgili tekrar eden bir değerlendirmeye ihtiyaç yoktur.

bağı ve kusurdur. Hukuka aykırılığın bu işlevi kusur sorumluluğunda mutlak iken kusursuz sorumlulukların bir kısmında tartışmalı olabilmektedir⁷. Böylece sorumluluğu kurup kurmamaya doğrudan etkisi vardır. Hukuka aykırılığın haksız fiilin diğer unsurlarına da doğrudan ya da dolaylı etkisi ve bunlarla yapısal bir uyumu vardır. İşte hukuka aykırılığın ne olduğu hususunda uygulama ve doktrindeki görüşler hem hukuka aykırılık kavramını hem de haksız fiilin diğer unsurlarını etkileyerek sorumluluğa adeta yeni bir renk vermektedir. Bu itibarla hukuka aykırılık unsurunun ne olduğu ve bunun hakkındaki görüşlerin etraflıca araştırılarak sorumluluk hukukundaki etkisi ortaya konulmalıdır.

A. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Türk Borçlar Kanununda haksız fiil sorumluluğu ile ilgili genel düzenlemede hukuka aykırılıktan bahsedilmektedir. TBK m. 49'a göre: "*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*" Kanunda hukuka aykırılık kavramına yer verilmekte olsa da hukuka aykırılığın tanımına ve açıklamasına ve hangi fiillerin hukuka aykırılık oluşturacağıyla ilgili bir kıstasa yer verilmemektedir. Bu husus doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır⁸. Böylece hukuka aykırılığın ne olduğu ve tanımı hakkında farklı görüşler ortaya çıkmıştır. İşte bu görüşler hukuka aykırılıkla ilgili teorileri oluşturmaktadır.

Hukuka aykırılığın ne olduğu ile ilgili doktrindeki farklı görüşler üç temel teori altında toplanabilir. Bunlar objektif hukuka aykırılık teorisi, subjektif hukuka aykırılık teorisi ve üçüncü hukuka aykırılık teorisidir⁹. Objektif hukuka aykırılık teorisine göre hukuka aykırılık kişilerin malvarlıklarını ve şahısvarlıklarını koruyan davranış normlarının ihlâlidir. Subjektif hukuka aykırılık teorisine göre hukuka aykırılık ise ortaya çıkan zarar bakımından kanunda bir hukuka uygunluk nedeni bulunmamasıdır¹⁰. Üçüncü hukuka aykırılık teorisine göre ise zarara sebep olan davranışın özen yükümlülüğüne, genel davranış yükümlülüğüne veya koruma yükümlülüğüne aykırı olmasıdır¹¹.

7 Tehlike sorumluluğunda hukuka aykırılık unsurunun aranıp aranmadığı tartışmalıdır. Tehlike sorumluluğunun düzenlendiği TBK m. 71'de hukuka aykırılıktan bahsedilmemiştir. Aslında diğer kusursuz sorumluluk hallerine dair düzenlemelere bakılırsa hukuka aykırılıktan bahsedilmediği görülebilir. Fakat hukuka aykırılık sorumluluğun genel bir unsurdur ve bu kusursuz sorumluluklar için de geçerlidir. Bununla beraber hukuka aykırılığın, kusursuz sorumluluğun kurucu unsuru olması mutlak değildir. Tehlike sorumluluğunda hukuka aykırılığın aranmamasına dair görüşler tehlike sorumluluğunun çok sert bir sebebiyet sorumluluğu olması olgusuna dayanırlar. Ayrıca hukuka aykırılığın davranışta aranması durumunda, davranış unsurunun aranmadığı kusursuz sorumluluklarda hukuka aykırılıktan bahsetmek de mümkün olmaz. Tehlike sorumluluğu ise sorumluluğu kurma tekniği bakımından davranış kavramından son derece uzaklaşmış bir metot izlemektedir. bkz Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (25. Baskı, Yetkin 2020) 672-673; Haluk Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku* (Turhan 1981) 6; Akıncı (n 1) 168 vd.

8 Haluk Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku* (Vedat kitapçılık 2010) 17; Eren (n 7) 661-662; Pınar Çağlayan Aksoy, *Hukuka Aykırılık ve Ahlakla Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini* (On iki levha 2016) 225; Gönül Koşar, *Haksız Fiilin Amacı* (n 5) 1438.

9 Eren (n 7) 659; Tandoğan, *Mesuliyet* (n 8) 17; Karl Oftinger and Emil W Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band Allgemeiner Teil* (5. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag) 170-171; Vito (n 5) 14vd.

10 Roland Brehm, *Berner Kommentar Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht Die Entstehung durch Unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR* (4. Überarbeitete Auflage, Stämpfli Verlag 2013) 32; Michel Verde, *Die Widerrechtlichkeit im Haftpflichtrecht Gedanken zu dieser Haftungsvoraussetzung und den dazu entwickelten Lehren* (Jusletter 18 April 2016) 5-6. Michael Cartier, *Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR*, (digiprint Eschen 2007) 6.

11 Kurtulan (n 1) 477-478; Cartier (n 10) 87,91; Honsell, Isenring and Kessler (n 5) 80-81; Beat Schonenberger, *Die dritte*

Haksız fiil sorumluluğunda hukuka aykırılığın oynadığı en önemli rollere bakılacak olursa bunların altı tane olduğu kanaatindeyiz. Birincisi kusur kavramının temelini hukuka aykırılığa dayanmasıdır¹². Bu durum kusurun oluşabilmesine doğrudan bir etki oluşturup özellikle kusur sorumluluğunda büyük önem arz eder. İkincisi hukuka aykırılığın mutlak haklarda veya salt malvarlığı haklarında söz konusu olabilmesidir¹³. Bu durum tazmin ilişkisinin doğacağı sahaya ve sorumluluğun genişliğine doğrudan etki eder. Hukuka aykırılık konusunda incelenen temel koruma normu ihlâli veya özel koruma normu ihlâli gibi kavramlar bunun bir sonucudur. Üçüncüsü hukuka aykırılığın davranış unsuru veya zarar unsuru üzerinde olabilmesidir¹⁴. Bu durum ise hukuka aykırılığın aranacağı yeri tespit için önemlidir. Ayrıca sonuçta yani zarar unsurunda aranan hukuka aykırılıklarda sorumluluğun genişlemesi ve kusursuz sorumlulukla uyum arz etmesi gündeme gelir. Dördüncüsü hukuka aykırılığın haksız fiilin diğer unsurları üzerinde oluşturacağı etkidir. Bu etki daha çok teorik bir önem arz edip haksız fiilin unsurlarının birbirlerinden ayrıştırılmasında önem arz eder. Beşincisi hukuka aykırılığın normun koruma amacı yönünden değerlendirilmesidir. Bu ise sorumluluğu illiyet bağı haricinde sınırlamakta kullanılan bir yöntem içermektedir. Altıncısı hangi norm ihlâllerinin veya norm ihlâlleri haricinde tehlike ortaya çıkarmak, koruma yükümlülüklerine aykırı davranmak gibi hangi durumların hukuka aykırı sayılabileceğidir. İşte her bir hukuka aykırılık teorisi hukuka aykırılığın bu gibi rollerini kendi bünyesine göre şekillendirmekte ve bu hukuka aykırılık içerisinde bu konular temelinde inceleme yapılmaktadır. Makalede hukuka aykırılığa ilişkin farklı teorilerin bu hususlarla bağlantılarına da değinilecektir.

Haksız fiildeki hukuka aykırılık unsuru esasında haksızlık demektir. Zarara sebep olan davranışın veya zararın haksız olmasına hukuka aykırılık denilmektedir¹⁵. Böylece hukuka aykırılık esasında haksız fiil sorumluluğu kavramına ismini de vermektedir. Haksız olmayan bir fiil veya zarar hukuka aykırı olmaz böylece bundan sorumluluk da kural olarak doğmaz. Bunun en bilinen istisnâsı ise fedâkarlığın denkleştirilmesidir. Hukuka uygun bir şekilde zarar gören hakkaniyet gerektiriyorsa fedâkarlığın denkleştirilmesine dayanarak tazmin talebinde bulunabilir¹⁶.

Hukuka aykırılık, haksız fiilin temel ve en teknik unsurlarından biridir. Hukuka aykırılık hem kusur hem sebebiyet sorumluluğunda kurucu unsurdur¹⁷. Kusur ise sadece kusur sorumluluğunda kurucu

Widerrechtlichkeitstheorie (Have/Reas, 2004) 9 vd. Vito (n 5) 16.

12 Javier Wilenmann, *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff Die Dogmatik Des Defensivnotstands im Strafrecht* (Mohr Siebeck 2014) 239; Andrej Pletter, *Verschulden als Grundlage der Haftung Ein historischer Vergleich*, (Grin 2005) 2; Fırat Korkmaz, *Türk Borçlar Hukukunda Kusur ilkesinin Haksız Fiiller Açısından Değerlendirilmesi* (Yetkin 2021) 229-230.

13 Eren (n 7) 673 vd; Cartier (n 10) 88.

14 Eren (n 7) 672 vd; Çağlayan Aksoy (n 8) 162-163.

15 Hukuka aykırılığın davranış veya fiilde ortaya çıkması dikkat çekicidir. Hangi hukuka aykırılık teorisi kabul edilirse edilsin, hukuka aykırılık ya davranışın unsurunun veya zarar unsurunun üzerinde ortaya çıkmaktadır.

16 Eren (n 7) 575; Larenz and Canaris (n 5) 669; Deutsch (n 5) 11, 413.

17 Kanunda açıkça belirtilmesi haricinde hukuka aykırılığın sebebiyet sorumluluklarında unsur olması tartışmalıdır. Bu husustan 6. dn. de bahsedilmişti. Biz genel yaklaşım olarak kusursuz sorumluluğu ve hukuka aykırılığı sonuçta arayan teorileri benimsediğimiz için sorumluluktan bir de hukuka aykırılığın kaldırılarak sorumluluğun aşırı derecede genişlemesini doğru bulmamaktayız. Bu itibarla hukuka aykırılığın kusursuz sorumluluğun da bir unsuru olduğu görüşündeyiz.

unsurdur¹⁸. Bu itibarla hukuka aykırılık kusur kavramına göre sorumlulukta daha önceliklidir. Hukuka aykırılığın kusura göre diğer bir öncelikli ve önemli noktası kusur unsurunun temelini teşkil etmesidir. Hukuka aykırı olmayan bir fiil veya zarar bakımından failin kusurlu olmasından bahsedilemez. Böylece kusurun ortaya çıkması için mutlaka bir hukuka aykırılığın varlığı aranır. Zira kusur, kınanabilirlik olgusuna dayanır. Hukuka uygun davranan veya hukuka uygun kabul edilen bir zarara sebep olan bir kimseyi kınayabilmek ise mümkün değildir¹⁹.

Bir fiilin veya ortaya çıkan zararın ne zaman hukuka aykırı yani haksız sayılacağı meselesi failin sorumluluğuna doğrudan etki eder. Roma Hukukundan günümüz Kıta Avrupası Hukukuna intikal etmiş olan *casum sentit dominus* (zarara malik katlanır) ilkesi failin kusuru olmadığı sürece sorumlu olmayacağını böylece kusur ilkesini ifade etmektedir²⁰. Hukuka aykırılığın gerçekleşmediği zararlar bakımından da benzer bir durum söz konusudur. Hukuka aykırılık gerçekleşmeyince zarara yine malik katlanacaktır. Kaldı ki hukuka aykırılık gerçekleşmeden kusurun gerçekleşmesi de mümkün değildir²¹.

B. HUKUKA AYKIRILIĞIN HAKSIZ FİİLİN DİĞER UNSURLARIYLA BAĞLANTISI

Haksız fiilin her bir unsuruna ilişkin kabul edilen her bir teori, sorumluluğu ya genişletici veya daraltıcı etki yapar. Bu ise sorumluluğun ya kusur ya da sebebiyet sorumluluğuna yaklaşması sonucunu doğurur. Sorumluluğu daraltan yaklaşımlar kusur sorumluluğuna, sorumluluğu genişleten yaklaşımlar ise sebebiyet sorumluluğuna paraleldir. Bu noktada en kilit unsurların kusur ile hukuka aykırılık olduğu söylenebilir. Hukuka aykırılığa ilişkin kabul edilen teorilere göre bir somut olayda hukuka aykırılık ortaya çıkabilir veya çıkmayabilir. Bu ise sorumluluğun doğmasına veya hiç doğmamasına sebep olur. Ayrıca hukuka aykırılığa ilişkin kabul edilen teori haksız fiilin diğer unsurlarını da etkileyecektir. Bu durumun incelenmesi gerekmektedir.

18 Kusursuz sorumlulukta kusurun olması durumunda ek kusurdan bahsedilir. Ek kusur sorumluluğu kurmaz veya doğurmaz, ancak zarar görenin kusuru veya üçüncü kişinin kusuru gibi tazminatta indirim sebeplerini kendi ağırlığı oranında nötralize eder. bkz Eren (n 7) 869; Hasan Tahsin Gökcan, *Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku* (Seçkin 2016) 406.

19 Wilenmann (n 12) 239; Pletter (n 12) 21; Bu konunun tartışıldığı yer için bkz Hans Godin, *Wettbewerbsrecht Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb nebst Warenzeichenverletzungen* (Zugabeverordnung und Rabattgesetz, Zweite Auflage, De Gruyter 1974) 39; Korkmaz (n 12) 393.

20 Söz konusu ilke 19. yüzyılda kanunlaştırma hareketleri sırasında korunmuştur. bkz Andreas Schwarz, "Satış Aktinde Hasarın İntikali (Çeviren: Kudret Ayiter)", (1947) 4(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 159, 161; Eren (n 7) 557; İsviçre Borçlar Kanununda açıkça geçerse de ABGB § 1311'de bu ilkenin varlığı açıkça görülebilir. bkz Emil W Stark, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht* (Schulthess Polygraphischer Verlag 1982) 5; İsviçre Hukukunda *casum sentit dominus* ilkesi geçerlidir. bkz Honsell, Isenring and Kessler (n 5) 23. Kusur ilkesi sorumluluğun varlığını kusurun varlığına bağlamaktadır. bkz Rudolph Jhering, *Das Schuld Moment Im Romischen Privatrecht* (Verlag Von Emil Roth 1867) 40, 55 vd; Eren (n 7) 556; Pletter (n 12) 1; Deutsch (n 5) 4-5; Strickler (n 1) 12; Walter Fellman, *Schweizerisches Haftpflichtrecht Band I* (Stämpfli Verlag 2013) 7; Larenz and Canaris (n 5) 351.

21 Wilenmann (n 12) 239; Pletter (n 12) 21; Günhan Gönül Koşar, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi* (On iki levha 2020) 300; Korkmaz (n 12) 393.

Öncelikle hukuka aykırılığın kusur unsuruna temel etkisine bakılacak olursa kusur kavramının temeli zaten hukuka aykırılığa dayanır²². Hukuka aykırılık ne kadar geniş bir çerçevede kabul edilirse, kusurun oluşması da o kadar kolaylaşır. Böylece hukuka aykırılığı genişleten teoriler, failin kusurlu bulunma dairesini de genişletmiş olurlar²³.

Ayrıca hukuka aykırılık ve kusur tanım olarak her ne kadar birbirleriyle farklı unsurlar olsalar da sorumluluk hukukunda bunların birbirleriyle karışması sebebiyle birbirlerinden ayırt edilmesi problemi de vardır. Hukuka aykırılığın kusurun temelini teşkil etmesi bu duruma yol açmaktadır. Bu da sorumluluk hukukçularını meşgul eden, çözülmesi gerekli son derece mühim bir problemdir. Bu iki unsurun birbiriyle karıştığı beş ana nokta tespit etmiş bulunuyoruz.

Birincisi objektif kusur anlayışında, kusur failin davranışında aranır. Ortalama, makul üçüncü kişinin davranışından sapan davranış tarzı kusur olarak kabul edilir. Fakat objektif kusur anlayışı failin ahlâki kınanabilirliğinden kopmuştur. Fail ahlâken kınanamaz bir davranışta bulunsa bile, sırf davranışı ortalama bir üçüncü kişiden ayrıldığı için kusurlu kabul edilir. Bu anlayış kınanabilirlikten uzaklaştığı için hukuka aykırılığa yaklaşan bir kusur anlayışı içermektedir.

İkincisi davranışın hukuka aykırılığı teorisi, hukuka aykırılığın davranışın içerisinde aramaktadır. Objektif kusur anlayışıyla ve özellikle objektifleştirmede ileri gidilmesiyle beraber bu hukuka aykırılık teorisi kabul edilirse, iki kavramda davranış unsuru içerisine girer ve kusur ile hukuka aykırılığı ayırt etmek güçleşmeye başlar.

Üçüncüsü hukuk normları bazen ihmalî tespit eder tarzda düzenlenirler²⁴. Dolaylı olarak hakları koruyan normlar böyledirler. Emniyet şeridinden gidilmesinin yasak olması veya gece farları yakmamanın hukuka aykırı olması gibi. Bu gibi normların ihlâlî hukuka aykırılık teşkil ettiği gibi kusur da teşkil eder.

Dördüncüsü, üçüncü hukuka aykırılık teorisi de kusur ile hukuka aykırılığın birbirine karışmasına sebep olmaktadır. Bu teorinin özen yükümlülüğü, koruma yükümlülüğü gibi kusuru andırır kavramları hukuka aykırılık unsuru içerisine taşıyan bir yapısı vardır²⁵. Bu teori İsviçre 2020 Borçlar Kanunu Tasarısında, kusur unsurunu sorumluluktan ortadan kaldırmak için kullanılmıştır. Esasında kusur sorumluluktan kaldırılmamış, aslında biraz değiştirilerek hukuka aykırılığın içerisine dahil edilmiştir. Bu teoride hukuka aykırılık zararda değil davranışta aranmaktadır.

Beşincisi tehlike ortaya çıkartıp buna ilişkin tedbir almamanın hukuka aykırılık mı kusur mu olduğu hususu da doktrinde tartışmalıdır. Biz bu durumun hukuka aykırılık olarak kabul edilmesinin hukuk tekniğiyle önemli ölçüde bağdaşmayacağı bunun ancak kusur olabileceği fikrine katılıyoruz²⁶. Tehlike ortaya çıkarmanın kusur mu yoksa hukuka aykırılık mı olduğunun, kabul edilen hukuka aykırılık

22 Wilenmann (n 12) 239; Pletter (n 12) 21 Korkmaz (n 12) 393.

23 Korkmaz (n 12) 209-210.

24 Vito (n 5) 15 vd

25 Cartier (n 10) 90 vd; Schonenberger (n 11).

26 Tehlike ortaya çıkartıp gerekli özen ve tedbir göstermemenin kusur olduğu yönündeki görüş için bkz Oftinger ve Stark (n 9) 182.

teorisine göre şekillendiğini söyleyen yazarlar da vardır. Bu fikre göre hukuk tekniği bakımından tehlike ortaya çıkarmanın hukuka aykırılık olarak kabul edilebilmesi için hukuka aykırılığın davranışta aranması şarttır. Söz konusu fikre göre hukuka aykırılığın davranışta aranması, kusur ile hukuk aykırılığın birbirine karışmasına yol açacak, bu itibarla hukuka aykırılığın sonuçta yani zararda aranması gerekmektedir. Yazara göre hukuka aykırılık sonuçta aranınca da tehlike ortaya çıkarıp tedbir almamak ancak kusur olabilecektir²⁷.

Burada dikkate değer nokta ise hukuka aykırılık ile kusurun birbirine karıştığı tüm bu beş noktada hukuka aykırılık ve kusurun davranış unsuru üzerinde birleşmesidir. Gerçekten hukuka aykırılık zararda-sonuçta değil, davranış unsurunda arandığı zaman kusurla karışma problemi gündeme gelmeye başlamaktadır. Bu karışmanın meydana gelebilmesi için keza kusurun da failin iradesinde değil failin davranışında olduğu kabul edilmelidir. Böylece hukuka aykırılığa ilişkin kabul edilen teorinin sonuç-zarar değil davranış odaklı olması durumunda hukuka aykırılığın kusurla karışmasına yol açabileceği görülür. Bunun davranış unsuru üzerinde gerçekleşmesi ise sorumluluğu kurma tekniği bakımından dikkate değerdir.

Hukuka aykırılığın ayrıca davranış ve zarar unsurlarıyla doğrudan ve son derece önemli bir bağı da vardır. Şöyle ki hukuka aykırılık kendisi hakkında kabul edilen teoriye göre ya davranışın veya zararın üzerinde oluşur. Böylece doktrinde ya hukuka aykırı davranıştan veya hukuka aykırı zarardan bahsedilmektedir. Hukuka aykırılığın davranış mı yoksa sonuç üzerinde mi oluştuğu hususu sorumluluk anlayışını da derinden etkiler. Hukuka aykırılığı davranışta bulan teoriler failin sorumluluğunu daraltıcı etki yaparlar ve kusur sorumluluğu ile uyum gösterirler. Hukuka aykırılığı sonuç üzerinde bulan teoriler ise failden koparak daha çok sebep-sonuç ilişkisiyle somut olaya yaklaşırlar ve sorumluluğu genişletirler ve kusursuz sorumluluk ile uyum gösterirler.

Hukuka aykırılığın illiyet bağı ile de bağlantısı bulunmaktadır. Bu da hukuka aykırılığı davranışta arayan hukuka aykırılık teorilerinde illiyet bağının failin davranışı ile sonuç arasında aranması; hukuka aykırılığı sonuçta arayan teorilerde ise illiyet bağının faile sorumluluğu isnadı mümkün kılan kusursuz sorumluluk olgusu ile sonuç arasında aranmasıdır. Yani hukuka aykırılıkla ilgili kabul edilen teoriye göre zararın illiyet bağı ile bağlanacağı olgu değişmektedir. Bunun kusur-sebebiyet sorumlulukları ile de alakalı bir izahı vardır: İlliyet bağı kural olarak failin davranışı ile zarar arasında araştırılır²⁸. Fakat kusursuz sorumluluklarda – özel bir şart olarak düzenlenmemişse – kural olarak davranış unsuru aranmaz²⁹. Bu takdirde illiyet bağı ilgili kusursuz sorumluluğun dayandığı esasın görünümü ile mesela tehlike sorumluluklarında tehlike oluşturma olgusu ile veya olağan sebep sorumluluklarında objektif özeni yerine getirmeme olgusu ile zarar arasında araştırılır³⁰. Böylece

27 Konunun ayrıntılı izah edildiği yer için bkz Korkmaz (n 12) 374-378.

28 Deutsch (n 5) 61.

29 Eren (n 7) 673; Tunçomağ (n 1) 272; Ali Naim İnan ve Özge Yücel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (4. Baskı, Seçkin Yayınları 2014) 379; Max Keller ve Sonja Gabi Bolliger, *Haftpflichtrecht Band II* (Helbing Lichtenhahn Verlag 1985) 5.

30 Pek çok yargıtay kararlarında bu hususa yer verildiği görülmektedir. Bir karara göre: Bu sebeple sorumluluğunun bağlandığı olgu ile zarar arasında uygun illiyet bağı kurulduğu zaman, sorumluluk da gerçekleşmiş olacağından, bu işletme veya nesnelere sahip veya işletenleri, bunların sebep oldukları zararı gidermek zorundadır". Yargıtay 3. HD, E 2017/13829 K 2018/12168, 29.11.2018. <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 24 Şubat 2023. Burada açıkça illiyet bağının

kusursuz sorumluluklarda illiyet bağı davranış ile zarar arasında değil, kusursuz sorumluluk esas ile zarar arasında araştırılmaktadır. Kusur sorumluluklarında hukuka aykırılığın davranış unsurunda olması, kusursuz sorumluluklarda hukuka aykırılığın sonuç unsurunda olması yapılarıyla müsait olduğuna göre ortaya çıkan sonuç şudur: Kusur sorumluluklarında hukuka aykırılığı davranışta bulan teoriler kabul edilecek illiyet bağı da davranış ile zarar arasında araştırılacak³¹, kusursuz sorumluluklarda ise hukuka aykırılığı sonuçta bulan teoriler kabul edilecek – kusursuz sorumlulukta davranış unsuru da aranmadığından⁻³² illiyet bağı kusursuz sorumluluk esasının o sorumluluk tipindeki görünümü ile zarar arasında kurulacaktır. Böylece kusursuz sorumluluklarda hukuka aykırılık sonuçta araştırılacak ve zarar illiyet bağıyla sadece failin davranışı üzerinden değil ilgili kusursuz sorumluluk esasının görünümü üzerinden de failin şahsına atfedilebilecektir³³. Bu ise sorumluluğun genişlemesi demektir.

Görüldüğü üzere hukuka aykırılığın, kusur, davranış, zarar ve illiyet bağı ile ayrı ayrı bağlantıları vardır. Bu itibarla hukuka aykırılıkla ilgili kabul edilen her farklı teorinin hem hukuka aykırılık unsuruna hem de haksız fiilin diğer unsurlarına farklı etkileri bulunmaktadır. Haksız fiilin unsurlarının birbirleriyle bağlantıları derin teorik temellere dayanmaktadır. Bu sorumluluk hukukunda çözümlenip ortaya konması son derece zor ve oldukça teknik bir meseledir. Hatta hukuka aykırılık, kusur ve illiyet bağının birbirine geçmiş ve ayırt edilmesi zor karışık yapılarından, sınırlarının belirsizliğinden dolayı bu üç unsura doktrinde sorumluluk hukukunun bermuda şeytan üçgeni de denilmektedir³⁴. İşte hukuka aykırılıkla ilgili teorileri ayrı ayrı incelemeden önce hukuka aykırılığın, haksız fiilin diğer unsurlarıyla temel bağlantılarına değindik. Makalemizde bundan sonra hukuka aykırılıkla ilgili doktrinde ortaya atılmış teorileri inceleyeceğiz. Yeri geldikçe kabul edilen teoriye göre hukuka

“sorumluluğun bağlandığı olgu” ile zarar arasında aranması gerektiği belirtilmektedir; Tehlike sorumluluğu ile ilgili başka bir yargıtay kararına göre: Burada tehlikeli nesne veya işletme ile gerçekleşen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması sorumluluk için gerekli olup hareket unsurunu haksız fiilin sonuç unsuruyla birlikte değerlendirmek gerekir (Doç. Dr. A. Akartepe TBK. Haksız fiilden doğan borç ilişkileri – Prof Dr. Pierre Tercier sorumluluk hukuku Özdemir çevirisi. 1983 Sh. 12-14).... Bu sebeple, sorumluluğunun bağlandığı olgu ile zarar arasında uygun illiyet bağı kurulduğu zaman, sorumluluk da gerçekleşmiş olacağından, bu işletme veya nesnelere sahip veya işletenleri, bunların sebep oldukları zararı gidermek zorundadır. (Prof. Dr. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler 1991 Baskı Cilt 2 sf: 14-15).” Yargıtay 3. HD, E 2014/20887 K 2015/16846, 28.10.2015 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 24 Şubat 2023. İlgili kararda açıkça sorumluluğunun bağlandığı olgu ile zarar arasında uygun illiyet bağı arandığı belirtilmektedir; Yapı malikinin sorumluluğunu ele alan başka bir Yargıtay kararına göre: “Yapı malikinin sorumluluğu için oluşan zarar ile yapım bozukluğu ve bakım eksikliği arasında uygun illiyet bağı olmalıdır.” Yargıtay İBBGK, E 2015/1 K 2016/1, 06.05.2016 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi: 24 Şubat 2023. Bu kararda da illiyet bağının objektif özen ödevinin ihlali ile yani yapım bozukluğu ve bakım eksikliği ile zarar arasında aranması gerektiği belirtilmiştir.

31 Deutsch (n 5) 61.

32 Eren (n 7) 673; Tunçomağ (n 1) 272; İnan ve Yücel (n 29) 379; Keller and Gabi-Bolliger (n 29) 5.

33 Sorumluluk hukukunda, sorumluluğu kurmanın temel esasları zararı faile atfedebilmektir. Bu atfı illiyet bağı unsuru sağlamaktadır. bkz Wilenmann (n 12) 79. Hangi sorumluluk tipi olursa olsun zararı şayet failin şahsına atfetmek mümkün ise fail bundan sorumlu olur demektir. Sorumluluk hukukunda kabul edilen bütün unsurlar zararı failin sorumluluk dairesine atfedilmesi ile ilgilidir. Mesela kusur sorumluluğunda zarar illiyet bağı ile failin davranışına sorunsuz şekilde bağlanmış olsa bile zarar hala faile atfedilemez. Failin davranışının, faile atfedebilmek için ayrıca failin kusurlu olması da gerekir. Yani failin davranışını faile atfedebilmek için failin kusurlu olması aranır. Ancak böylelikle failin davranış şahıslanmış olur. Yani bu atfı sorunu sadece illiyet bağıyla çözülen bir sorun değildir, aksine haksız fiilin tüm unsurları bu atfıta rol oynamaktadırlar.

34 Çağlayan Aksoy (n 8) 240.

aykırılığın, haksız fiilin diğer unsurlarına olan etkilerine de tekrar yer vererek ilgili hukuka aykırılık teorisinin haksız fiil sorumluluğuna etkisini etraflıca ortaya koyacağız.

II. HUKUKA AYKIRILIK TEORİLERİ VE BUNLARIN SORUMLULUK HUKUKUNA DAİR KAVRAMLARLA ÖZELLİKLE SORUMLULUK İLKELERİYLE VE SALT MALVARLIĞI ZARARLARIYLA BAĞLANTISI

Makalede şu ana kadar hukuka aykırılık kavramının ne olduğu ve hukuka aykırılık unsurunun haksız fiil sorumluluğunun diğer unsurlarıyla bağlantısı incelenmiş bu yolla hukuka aykırılığın haksız fiil sorumluluğuna etkisi araştırılmıştır. Bundan sonra ise ağırlıklı olarak hukuka aykırılığa dair teorilerin kusur ve sebebiyet ilkeleri ile bağlantısı ortaya konularak bu konu araştırılacaktır. Ayrıca hukuka aykırılıkla ilgili teorilerin salt malvarlığı zararları, menfi davranış, normun koruma amacı kavramları ile bağlantısı da ortaya konmalıdır. Hukuka aykırılığın davranış unsuru veya zarar unsuru üzerinde oluşması da bu incelemeye yer yer dahil edilecektir.

Hukuka aykırılıkla ilgili üç farklı teori kabul edilmektedir. Bunlar objektif hukuka aykırılık, subjektif hukuka aykırılık ve üçüncü hukuka aykırılık teorileridir. Objektif hukuka aykırılık teorisi ise kendi içerisinde davranışın ve sonucun hukuka aykırılığı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Üçüncü hukuka aykırılık teorisi de farklı şekillerde anlaşılmakta ve kendi içerisinde bazı ayrımlara tabi tutulmaktadır

A. OBJEKTİF HUKUKA AYKIRILIK TEORİSİ

Objektif teoriye göre hukuka aykırılık, hukuk düzeninin şahısların kişilik ve malvarlıklarını korumak amacıyla koyduğu emredici ve objektif nitelikteki yazılı veya yazılı olmayan hükümlerin ihlali ile ortaya çıkar³⁵. Böylece objektif hukuka aykırılık görüşüne göre hukuka aykırılık aslında kanun normuna aykırılıktan ibarettir. Bu teori hukuka aykırılığı, kanun normuna aykırılıkla izah ederek oldukça anlaşılır ve sade şekilde ortaya koymaktadır.

Bu teoriye göre her normun ihlali haksız fiil anlamında hukuka aykırılığa sebebiyet vermez. İhlal edilen normun bazı özellikleri de arz etmesi gerekir. Bunlardan başlıcası ise bu normun kişilik ve malvarlıklarını koruyucu nitelikte emredici nitelikte olmalarıdır³⁶. Bu normlara doktrinde davranış normları da denilmektedir³⁷. Davranış normu denmesinin sebebi kişilerin, toplumu oluşturan diğer fertlere verebilecekleri zararlar bakımından nasıl davranmaları gerektiğinin norm ile tespit edilmesidir. Bu teoriye objektif denmesinin sebebi ise, normun objektif nitelikte açıkça düzenlenmiş olması ve hukuka aykırılığın bu açık norm ihlaline dayanıyor olmasıdır³⁸. Alman hukukunda hâkim

35 Vito (n 5) 15; Akıncı (n 1) 141; Eren (n 7) 660 vd; Tandoğan, Mesuliyet (n 8) 18; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış 8. Tıpkı Baskı, Mimoza) 207; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2* (12. Baskı, Vedat Kitapçılık 2016) 14 vd; Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I*, (2. Baskı, Beta) 432; Çağlayan Aksoy (n 8) 156-157,161; Verde (n 10) 6; Brehm (n 10) 31.

36 Theo Guhl, *Das Schweizerische Obligationenrecht Mit Einsluß Des Handels-Wechsel – Und Versicherungsvertragsrechtes* (Dritte verbesserte und ergänzte Auflage, Polygraphischer Verlag 1944) 130; Tandoğan, Mesuliyet (n 8) 19-20; Vito (n 5) 14.

37 Vito (n 5) 13-14; Akıncı (n 1) 141; Eren (n 7) 660 vd.

38 Davranış normları objektif niteliktedir. bkz Vito (n 5) 17, 72-73; Keller (n 1)106.

teori olan objektif hukuka aykırılık teorisi³⁹ Türk ve İsviçre Hukuklarında da Alman Hukukunun da etkisiyle hâkim görüştür⁴⁰.

Objektif hukuka aykırılık temel yaklaşım olarak sorumluluğu genişletici bir anlayış üzere hareket etmez. Bu açıdan faili korumaya meyilli bir teori olduğu söylenebilir. Hukuka aykırılığın meydana gelebilmesi için zararın ortaya çıkması yeterli gelmemekte ayrıca o zararın veya bu zararı meydana getiren davranışın hukuka aykırı olduğunu da ortaya koymak gerekmektedir. Böylece objektif teoriye göre bir zararın ortaya çıkması, karine olarak o zararın hukuka aykırı da olduğu varsayımını da beraberinde getirmez. Tam tersine adeta hukuka aykırılığın olmadığı yönünde bir karineyle sorumluluğa yaklaşılır. İşte söz konusu zarar objektif nitelikteki bir davranış normunun ihlâlini teşkil ediyorsa veya bu normu ihlâl eden bir davranış neticesinde ortaya çıkmışsa ancak o takdirde hukuka aykırılıktan bahsedilir⁴¹. Böylece zararın varlığını tespitten sonra hâkim bunun hukuka aykırılık teşkil edip etmediğini de ayrıca araştırmak durumunda kalacaktır.

Objektif hukuka aykırılık aslında hukuk ilmiyle meşgul olmayan sıradan bir vatandaşın dahi hukuka aykırılıktan anladığı manayı ifade eden, ona denk gelen bir teoridir. Zira bu teori hukuka aykırılığı, norm ihlaliyle eşitlemiştir. Buna göre hukuka aykırılık aslında kanun hükmünün ihlâlinden ibarettir. Gerçekten hukuka aykırılığı, hukuk düzeninin kuralları olan kanun normuna aykırılıkla eşitlemek aklen doğrudur ve oldukça makul bir yoldur. Bununla beraber teorinin uygulanabilir hale gelmesi için cevaplanması gereken bazı sorular vardır. Hangi ve ne özellikteki normlar ihlâl edildiği zaman hukuka aykırılık gerçekleşecek veya bu kanun normlarına ne gibi kurallar dahil edilebilecektir? Ayrıca hukuka aykırılık teşkil eden failin davranışı mıdır yoksa hukuk düzeninin yasakladığı sonuç mudur gibi cevaplanması gereken hukukî problemler de vardır. Yani her normun ihlâli aslında bir hukuka aykırılık oluştursa da haksız fiil anlamında hukuka aykırılık teşkil etmez, bunun için o normda aranan bazı ölçüler de bulunmaktadır.

Kanun normunu ihlâl olgusuna Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 2 gibi hukukun genel ilkelerinin veya yazılı olmayan davranış kurallarının (örf ve adet) ihlâli de dahildir⁴². Elbette bunların şahıs ve malvarlıklarını korumayı amaçlaması da gerekir. Bu hukuk kuralları özel hukuk kaynaklı olabileceği gibi kamu hukuku kaynaklı da olabilirler. Böylece ceza, idare hukuklarına dair bir norm ihlâli haksız fiil anlamında hukuka aykırılık teşkil edebilir⁴³. Bu norm doğrudan şahıs ve malvarlığı haklarını

39 Koziol (n 5) 593; Oftinger ve Stark (n 9) 171; Çağlayan Aksoy (n 8) 157-160.

40 Hubert Stöckli, *Notizen zur Widerrechtlichkeit* (Schulthess 2007) 232; Cartier (n 10) 5 vd; Kurtulan (n 1) 470; Eren (n 7) 660-661; Vito (n 5) 14 vd; Çağlayan Aksoy (n 8) 157-160; Gönül Koşar, Kusur (n 21) 104-105; Oftinger ve Stark (n 9) 171. Ayrıca objektif hukuka aykırılık teorisinin kabul edildiği İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz BGE 119 II 128; BGE 115 II 18; BGE 123 III 306.

41 Cartier (n 10) 31; Vito (n 5) 15; Akıncı (n 1) 141; Eren (n 7) 660 vd; Tandoğan, Mesuliyet (n 8) 18; Ayan (n 35) 207; Oğuzman ve Öz (n 35) 14 vd; Antalya (n 35) 432; Tandoğan, Mesuliyet (n 8) 17; Çağlayan Aksoy (n 8) 156-157, 161; Verde (n 10) 6; Söz konusu zarar objektif bir kanun normunu ihlâl ediyorsa sonucun hukuka aykırılığı, söz konusu zararı doğuran davranış objektif bir kanun normunu ihlâl ediyorsa davranışın hukuka aykırılığı söz konusu olur. Her ikisi de objektif hukuka aykırılık teorisine dahildir. Tanımda herhangi bir teoriyi dışlamak için iki ihtimale de yer verilmiştir.

42 Guhl (n 36) 130,133; Tandoğan, Mesuliyet (n 8) 25; Eren (n 7) 665.

43 Guhl (n 36) 130; Ayan (n 35) 208; Tandoğan, Mesuliyet (n 8) 20; Kurtulan (n 1) 471; Vito (n 5) 15.

koruyor olabileceği gibi dolaylı olarak da hakları koruyor da olabilir⁴⁴. Norm emredici surette olabileceği gibi yasaklayıcı olarak da düzenlenmiş olabilir. Ayrıca ihlâl edilen ilgili normda bütün bu özellikler olsa bile bu haksız fiil anlamında hukuka aykırılığın gerçekleşmesine yetmemesi gerektiği fikri kabul edilmektedir. Buna göre bu normun somut olayda gerçekleşen türden bir zararı korumayı amaçlıyor olması da gerekir. Buna normun koruma amacı teorisi denilmektedir⁴⁵.

Normun koruma amacı teorisi haksız fiil anlamındaki hukuka aykırılığın kapsamının biraz daha daraltılması için ortaya konan bir teoridir⁴⁶. Mesela korona salgınının engellemek küçük sayılabilecek dükkan niteliğindeki kapalı alanlara aynı anda on kişiden fazla alınmasını yasaklayan bir hukuk kuralı var olsa ve bunun ihlâli neticesinde o dükkanda kalabalıktan yararlanarak bir hırsızlık yapılmış olsa dükkan sahibini haksız fiilden sorumlu tutmak mümkün olmaz. Normun koruma amacı teorisi buna engel olur. Her ne kadar dükkan sahibi şahıs ve malvarlıklarını koruyan bir davranış kuralını ihlâl etmiş olsa da bu normun koruma amacı kişileri hastalıktan ve toplumu hastalığın yayılmasından korumaktır. Hırsızlığın engellenmesi değildir⁴⁷.

Objektif hukuka aykırılık teorisinin genel özelliklerinden bahsedildi. Kanaatimizce objektif hukuka aykırılık yönünden asıl önemli nokta iki tanedir. Bunlardan birincisi hukuka aykırılığın davranışta mı sonuçta mı aranacağıdır. Diğeri ise salt malvarlıklarına zararın hukuka aykırılık sayılması hususundaki ölçüdür. Hukuka aykırılığın davranış veya sonuçta aranmasına dair teoriler; hem kusur sorumluluğu hem kusursuz sorumluluk ile, hem haksız fiilin davranış-zarar unsurlarıyla hem de sorumluluğun genişliğiyle irtibatlı olan teorilerdir. Salt malvarlığı zararlarının tazminini meselesi ise sorumluluğun genişleyip daralmasına sebep olabilecek büyük etki alanı olan bir sahadır⁴⁸. Objektif hukuka aykırılık teorisi kanun normunun ihlâlini aradığı için salt malvarlığı zararının hukuka aykırı olarak kabul edilebilmesi için mutlaka bunu koruyan bir özel koruma normunun varlığı da gerekecektir⁴⁹. Bu durum da salt malvarlığı zararlarından doğan tazminin gündeme gelmesini zorlaştırmaktadır.

1. Davranışın Hukuka Aykırılığı Teorisi

Objektif hukuka aykırılık teorisinde bir görüşe göre kanun normunun ihlâli olgusu haksız fiilin davranış unsuru ile gerçekleşmektedir. Bu görüşe göre normun ihlâli aslında failin davranışının üzerinde oluşmaktadır. Zararlı sonuç, hukuka aykırı olamaz. Zaten ihlâl edilen bir davranış kuralıdır

44 Vito (n 5)15; Tandoğan, Mesuliyet (n 8) 19-20.

45 Oftinger ve Stark (n 9) 182; Normun koruma amacının tespiti hakkında bkz Vito (n 5) 20 vd.

46 İlliye bağının araştırılması da sorumluluğu sınırlar. Vito normun koruma amacının sorumluluğu sınırlamakta uygun illiyete göre daha önemli olması gerektiğini söylemektedir. bkz Vito (n 5) 58; Yine Vito'ya göre normun koruma amacı üç yönden tespit edilmelidir. Bunlar yaralanan kişinin korunan insan gurubundan olup olmadığının araştırılması, ihlâl edilmiş olan davranış normunun ilgili yasal mülkiyeti ve şahsiyeti korumak isteyip istemediği ve ilgili davranış yükümlülüğünün karşılığı olan tehlikenin somut olayda ortaya çıkıp çıkmadığıdır.

47 Normun koruma amacına örnek olarak bir federal mahkeme kararında: Ormanla ilgili bir yönetmeliğine aykırı olarak kesilen bir ağaçtan sebebiyle bir kimse yaralandı. Normun koruma amacı ormanı korumak olduğu, kişilerin malvarlığı ve şahısvarlığı değerlerini korumak olmadığı için sorumluluğun oluşmadığına hükmedilmiştir. bkz BGE 30 II 572.

48 Stöckli (n 40) 229 vd.

49 ibid 235; Çağlayan Aksoy (n 8) 160 vd; Gönül Koşar, Kusur (n 21) 108; Kurtulan (n 1) 475.

ve bu ancak bir davranışla gerçekleştirilebilir⁵⁰. Fail hukuka aykırılık vasfını taşıyan bir davranışta bulunmuştur ki kanunla yasaklanan da işte failin bu davranışdır. Kanun koyucu ilgili hukuk kuralıyla failin bu davranışını yasaklamıştır. Buna hukuka aykırı davranış teorisi denilmektedir. Bu teoriye göre hukuka aykırı olan davranış ihlâlin sonucundan değil önceden (*ex ante*) tanımlanmaktadır⁵¹.

Hukuka aykırı davranış teorisinin, hukuka aykırı sonuç teorisine göre sorumluluğu daraltıcı etkisi vardır. Bu teori hukuka aykırılığı sonuçtan, davranışa kaydırıp faile yakınlaştırması açısından, kusur ilkesini anımsatır. Sorumluluğa hükmederken sonuç yerine, faile ilişkin değerlendirmelerin temele konulup esas alınması kusur ilkesinin karakteristiğidir⁵². Gerçekten kusur-sebebiyet ilkeleri ayırımında da sorumluluğu doğuran unsurlar faile yaklaştırıldıkça, fail açısından değerlendirmeler esas alındıkça kusur ilkesi; sonuca doğru yaklaştırılıp maddesel bakıldıkça sebebiyet ilkesi güçlenmektedir⁵³. İşte hukuka aykırı davranış teorisi kusur ilkesini güçlendiren ve onunla uyumlu bir yapıya sahiptir. Hatta kusursuz sorumluluklarda hukuka aykırı davranış teorisinin uygulanamayacağı dahi söylenebilir. Zira kusursuz sorumluluk hallerinde davranış sorumluluğun genel bir unsuru değildir⁵⁴. Davranış unsuru aranmadığı için somut olayda failin bir davranışı gerçekleşmeksizin sorumluluğun gerçekleşmiş olması ihtimali hiç de az değildir. Davranış unsurunun olmadığı bir olayda hukuka aykırı davranış teorisi nasıl uygulanacak, hukuka aykırılık nasıl tespit edilecektir? Hukuka aykırı davranış teorisi kabul edilirse kusursuz sorumluluklarda hukuka aykırılığın, kurucu unsuru olmadığı fikri kabul edilmek zorunda kalınacaktır. Mesela tehlikeli bir nükleer santralden hiçbir kusur ve davranış olmaksızın bir nükleer sızıntı olmuş olsa hukuka aykırılığı davranışta ararsak, ilgili santral yetkili mercilerden her türlü izin alınarak çalıştırıldığı ve sızıntının meydana gelmesine sebep olan bir davranış da olmadığı için hukuka aykırılıktan bahsetmek mümkün olmayacak, tehlike sorumluluğundan hukuka aykırılık unsurunu kaldırmak gerekecektir⁵⁵.

50 Eren (n 7) 672 vd; Cartier (n 10) 87.

51 Eren (n 7) 672.

52 Bu konunun kusur ilkesinin ferdiyetçiliği bağlamında ele alındığı yer için bkz Korkmaz (n 12) 102 vd.

53 Bu bilgi, sorumluluk hukuku literatüründe genellikle üstü kapalı şekilde bulunmakta olan oldukça önemli bir bilgidir. Bu itibarla izaha da muhtaçtır. Sorumluluk şemasında failden irade kavramına, iradeden davranışa, davranıştan illiyet bağına, illiyet bağından sonuç olan zarara uzanan bir şema vardır. Bu şemada hukuka aykırılık ve kusur unsurları fail tarafına yakın yerlere konumlandırılırsa kusur sorumluluğu, sonuç kısmına yakın konumlandırılırsa sebebiyet ilkesi güçlenmektedir. Mesela ihmal çeşidinde kusuru tespitinde doktrinde iki teori vardır. Bunlar objektif ve subjektif ihmâl teorileridir. Objektif ihmâl teorisi kusuru davranışta ararken subjektif ihmâl teorisi kusuru iradede arar. İrade faile daha yakın bir kavramken davranış failden biraz daha sonuca doğru uzaklaşmıştır. Gerçekten ihmali davranışta arayan objektif kusur teorisinin kusursuz sorumluluğa yaklaştığı da pek çok yazar tarafından tespit edilmiştir. Bunun bir sebebi de işte kusurun iradeye göre faile daha uzak bir kavram olan davranışın içerisinde aranmasıdır. Aynı şey hukuka aykırılık için de geçerlidir. Hukuka aykırılık sonuçtan faile doğru yaklaştırıldıkça sorumluluk anlayışı kusur ilkesiyle uyum arz etmeye başlar. Konuyla ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz Korkmaz (n 12) 256 vd.

54 Eren (n 7) 673; Tunçomağ (n 1) 272; İnan ve Yücel (n 29) 379; Keller and Gabı-Bolliger (n 29) 5.

55 Eren (n 7) 672-673; Akıncı (n 1) 168 vd; Tandoğan, Sözleşme Dışı (n 7) 6; Bu problemi bertaraf etmek için hukuka aykırı davranış kavramını haksız fiilin unsuru anlamındaki davranıştan daha geniş anlamak gerekir. İlliyet olarak daha gerilerdeki davranışların hukuka aykırı olması aranması önerilebilir. Ancak bu somut olaydan uzaklaşılmasına sebep olur ve somut olaydan uzak hukuka aykırılıkların konuya bağlanması sonucuna sebep olabilir. Tabiri caizse hukuka aykırı davranış teorisini kusursuz sorumlulukla uyumlu hale getirmek için zorlamaya gerek yoktur. Zira mahiyeti uyumlu değildir. Çünkü davranış kavramı kusur ilkesi ile kaım olup kusursuz sorumluluklarda asli unsur değildir.

Hukuka aykırı davranış teorisi, kusur sorumluluklarında kullanılabilir olduğu için her sorumlulukta kullanılabilen genel geçer bir teori değildir. Fakat kabul gören bir teoridir⁵⁶. Sorumluluğu daraltıcı etkisi sebebiyle doktrinde bu teorinin salt malvarlığı zararlarında kullanılması önerilmektedir⁵⁷. Mutlak hakların korunması hususunda sorumluluk hukukunda hassasiyet vardır ve mutlak hakların korunmaları önemlidir. Bu itibarla mutlak hakların ihlali alanında sorumluluğu genişletici etkisi olan hukuka aykırı sonuç teorisinin kullanılması önerilmektedir. Hukuka aykırı davranış ile hukuka aykırı sonuç teorisinin beraberce uygulanması gerektiğini ileri süren bu görüşe karma teori denilmektedir⁵⁸.

Kusur ilkesini isabetli bir ilke olarak görmediğimiz ve bu ilkenin pek çok sakıncayı da beraberinde getirmesinden dolayı⁵⁹ sorumluluğun mümkün merteye objektifleştirilmesini doğru görüyoruz. Bu itibarla kusur ilkesiyle uyum arz eden ve faili koruyarak sorumluluğu daraltan hukuka aykırı davranış teorisinin uygulanmasını doğru bulmuyoruz. Görüşümüz haricinde, bu teori kabul edilecekse dahi, teorinin mahiyeti gereği bu teori ancak kusur sorumluluklarında kabul edilmelidir. Hukuka aykırı davranış teorisinin kusursuz sorumluluklarda uygulanması iki tane temel sakınca içerir: Birincisi kusursuz sorumluluklarda davranış unsurunun aranmaması ve bazı kereler davranış bile olmadan kusursuz sorumluluğun ortaya çıkmasıdır. Hukuka aykırılık davranışta aranırsa, kusursuz sorumluluklarda pek çok kere davranış olmadığı için hukuka aykırılık da oluşamaz bu da hukuka aykırılığın ilgili kusursuz sorumluluk halinde aranmaması sonucunu doğurur⁶⁰. İkincisi de sorumluluğu genişletme meylinde olan kusursuz sorumlulukla, sorumluluğu daraltma meylinde olan hukuka aykırı davranış teorisinin birbirine mahiyet olarak uyum arz etmemesidir⁶¹.

Kusur sorumluluklarında bu teorinin uygulanması, kusur ilkesinin mahiyetine de uyum arz eder⁶². Ancak mutlak hakların korunması veya salt malvarlığı zararlarının korunması hususunda hukuka aykırı davranış veya sonuç teorilerinin ayırımının yapılmasına böylece karma teoriye katılmıyoruz. Zira salt malvarlığı zararlarında hukuka aykırı davranış teorisi uygulanacaksa, faraza

56 Eren (n 7) 673 vd.

57 ibid 673 vd.

58 ibid 673 vd.

59 Kusur ilkesinin zarar görenin masumiyetini korumaması, tazminle ceza sorumluluğunu birbirine karıştırması, topluma güven ve emniyet vermede yetersiz kalması, günümüz hayat şartlarına uygunluk sağlayamaması gibi önemli sakıncaları vardır. Ayrıca kusuru tespit ve ispat güçlüğü problemi, tazmine konu olan zarar olduğu halde zararlar kusurun birbirinden bağımsız olması ve aralarında orantısızlık bulunması gibi hususlar da kusur ilkesinin yetersizliğine sebep olmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz Korkmaz (n 12) 287 vd; Kusuru tespit esasında kusursuz sorumluluklarda daha zorlaşabilmektedir. Fakat kusursuz sorumluluklarda kusur sorumluluğun kurucu unsuru değildir. Kusur sorumluluğu sorumluluğun temelinde kusuru koyduğu için bunun tespitindeki küçük bir problem bile aslında büyüktür. Kusursuz sorumluluk ve bilhassa tehlike sorumluluğunda kusuru tespitinin zorlaştığı hakkında bir yargıtay kararında *".. bunların sebep oldukları zararlarda, kusurun bulunup bulunmadığı ya da rolünün olup olmadığı çoğu zaman bilinemediği veya ispat edilemediği gibi..."* ifadesine yer verilmiştir. Yargıtay 3.HD, E 2014/12700 K 2015/5795, 08.04.2015 bkz Gökcan (n 18) 407.

60 Akıncı (n 1) 168 vd.

61 Korkmaz (n 12) 211 vd.

62 Gerçekten kusur ilkesi fail tarafından sorumluluğa yaklaşan sorumluluğun faile atfında kusur gibi faile ait kavramları temel sorumluluk unsuru olarak kabul eden bir ilkedir. Zararlı sonucu esas almaz. Bu ilkede sorumluluğun en temelindeki olgu faille ilgili bir değerlendirme olan kusurdur. İşte böylece hukuka aykırılığın tespitinde sonuç değil faille ilgili bir kavram olan davranışın değerlendirilmesi ve onun esas alınması kusur ilkesine mahiyet olarak uyum arz etmektedir.

salt malvarlığının ihlâli bir kusursuz sorumluluk halinin ihlâliyle gerçekleşmişse hukuka aykırı davranış teorisi, ilgili kusursuz sorumluluk halinde nasıl uygulanacaktır? Konunun salt malvarlığı ve mutlak hak ihlâli ile net bir bağlantısı yoktur bunu kurmaya ihtiyaç da yoktur. Ancak konunun kusur ve kusursuz sorumlulukla ise doğrudan doğruya bağlantısı vardır. Bu itibarla salt malvarlığı haklarının ve mutlak hakların ihlalleri yönünden herhangi bir ayırım yapılmasına ihtiyaç olmaksızın – hukuka aykırı davranış teorisi kabul edilecekse – hukuka aykırı davranış teorisinin ancak kusur sorumluluklarında, hukuka aykırı sonuç teorisinin ise hem kusur hem de kusursuz sorumluluklarda uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Hukuka aykırı davranış teorisini, sorumluluğu çok daraltması yönüyle isabetli bir teori olarak da görmüyoruz. Kanaatimizce bu teori ancak failin sorumluluğunun azaltılmasının gerektiği, failin mağdur lehine bir işe girişirken zararı ortaya çıkartması veya mağdurun kendi aleyhine önemli tehlike ortaya çıkarttığı hallerde failin ona zarar vermesi veya zararlı sonuçtan illî olarak uzakta bulunan dolaylı failin sorumlu tutulması gibi hallerde ve ancak kusur sorumluluklarında kullanılmalıdır. Genel bir hukuka aykırılık teorisi olarak sadece kusur sorumluluğunda uygulanabileceği için yetersizdir ve kusur ilkesi ile zaten fazlasıyla korunan failin korunmasını artırarak taraflar arası mutedil menfaat-zarar dengesini mağdur aleyhine bozmaktadır.

2. Hukuka Aykırı Sonuç Teorisi

Objektif hukuka aykırılık görüşünün diğer bir görünümü olan hukuka aykırı sonuç teorisi, hukuka aykırılığı fail ile ilgili bir değerlendirmeye girmeksizin doğrudan sonuçta arar⁶³. Bu teoriye göre kanun normu aslında failin davranışını değil meydana gelebilecek sonucu yasaklamıştır. Kanun normunca yasaklanan bu sonuca sebep olan fail açısından hukuka aykırılık gerçekleşmiştir. Burada sonuç faile herhangi bir yolla atfedilebiliyorsa – bu failin bir davranışı da olabilir, failin hukuka uygun davranarak tehlike ortaya çıkarması da olabilir – fail hukuka aykırılıktan sorumludur. Bu itibarla hukuka aykırı sonuç teorisi zararı faile sadece davranışı üzerinden değil başka yollar üzerinden atfedilmesini de caiz görek sorumluluğu genişletir⁶⁴. İşte bu sebepten dolayı hukuka aykırı sonuç teorisi kusursuz sorumlulukla ve sorumluluğu genişletme anlayışıyla tam bir uyum içerisindedir⁶⁵.

Hukuka aykırı sonuç teorisi kusursuz sorumlulukla uyum arz etmekle beraber kusur sorumluluğunda uygulanması da sakıncalı sonuç doğurmamaktadır. Sadece sorumluluğun belirli ölçüde genişlemesine sebep olur fakat uygulanamaz değildir. Hatta kusur ilkesinin sakıncalarını belirli ölçüde bertaraf etmesi yönüyle de kanaatimizce isabetlidir, tercih edilmelidir. Nitekim kusur unsuru yönünden de benzeri yapılmaktadır. Uygulama ve doktrinde objektif kusur teorisi kabul edilerek⁶⁶ kusur ilkesinin

63 Eren (n 7) 672 vd; Çağlayan Aksoy (n 8) 162-163.

64 Vito (n 5) 14; Eren (n 7) 672 vd.

65 Nasıl ki kusursuz sorumlulukta önemli olan sonuçtur, faille ilgili değerlendirmelere gidilmez işte hukuka aykırı sonuç teorisinde de sonucun hukuka aykırı olması yeterli olup bunun failin davranışıyla gerçekleşip gerçekleşmediği ile ilgilenilmez. Bu yönden de kusursuz sorumluluk ile hukuka aykırı sonuç teorilerinin sorumluluğa yaklaşım şekillerinin ne kadar benzer olduğu görülür.

66 Eren (n 7) 644; Fellman (n 20) 8.

sakıncaları⁶⁷ giderilmeye çalışılmaktadır. İşte aynı fayda doğrultusunda objektif kusur teorisinin dahi hukuka aykırı sonuç teorisine birleştirilerek uygulamasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

Sonucun hukuka aykırılığı teorisinin sorumluluğu genişletmesinin somutlaştığı alana menfi davranışla⁶⁸ meydana gelen zararlar ve salt malvarlığı zararları örnek verilebilir. Menfi davranışla sorumluluğa ilişkin doktrinde farklı görüşler vardır⁶⁹. Bu görüşlerden birisi menfi davranışın varlığını hukuka aykırılık unsurunun oluşmuş olmasına bağlar⁷⁰. Özellikle bu görüş açısından menfi davranışın varlığı hukuka aykırılığın varlığına bağlı olduğu için hukuka aykırı sonuç teorisi menfi davranış alanında sorumluluğu genişletici rol oynar. Zira hukuka aykırılığın genişlemesi menfi davranışın oluşma sahasını da genişletecektir. Keza salt malvarlığı zararlarında özel koruma normunun sonuç esas alınarak yorumlanması sorumluluğu genişletecek, davranış gerçekleşmese bile faile illiyet bağıyla atfedilebilen zararlardan fail sorumlu olacaktır. Böylece hukuka aykırı sonuç teorisi, hukuka aykırı davranış teorisine göre genel olarak sorumluluğu genişlettiği gibi menfi davranışla meydana gelen zararlar ve salt malvarlığı zararları bakımından da sorumluluğu genişletmektedir.

3. Davranışın ve Sonucun Hukuka Aykırılığı Teorilerinin Bazı Yönlerden Kıyaslanması

Hukuka aykırılıkla ilgili bu teorilerin yukarıda bahsedilen salt malvarlığı zararları, menfi davranış, kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk ile bağlantısı haricinde ayrıca illiyet bağı ve kusur unsurlarıyla bağlantısı bakımından ve sorumluluğu kurma tekniği ve sorumluluğun genişliği bakımından da önemli farkları vardır.

Bu iki teori ayrımının illiyet bağı unsuruyla ilgili en esaslı bağlantısı şu noktadadır: Hukuka aykırı davranış teorisinde illiyet bağı araştırması zarar ile failin hukuka aykırı davranışı arasında araştırılırken, hukuka aykırı sonuç teorisinde hukuka aykırı zarar ile failin davranışı veya faile sorumluluğu isnadı mümkün herhangi bir olgu (tehlike sorumluluklarında tehlike ortaya çıkarma olgusu gibi) arasında yapılacaktır. Böylece hukuka aykırı sonuç teorisinin davranış unsurundan bağımsız bir yapıda olduğu görülür.

67 Haksız fiillerde kusur sorumluluğunun pek çok sakıncası var olsa da objektif kusur teorisi ile özellikle kusurun tespiti ve ispatı sorunu ve de zarar görenin üstün masumiyetinin kusur ilkesince gözetilmemesi gözetilmemesi sorunları çözülmek istenmiştir.

68 Menfi davranış, yapılması hukuken gerekli bir davranışın yapılmaması neticesinde bir zararın ortaya çıkması durumunda söz konusu olur. İnsan vücudunun pasif davranışı ve eylemsizliğidir. bkz Christian Förster, *Schuldrecht Besonderer Teil Eine Einführung mit Fällen* (C.F. Müller 2012) 331; Deutsch (n 5) 13; Brüggemeier (n 5) 25.

69 Bir görüşe göre hareketsizlik davranış sayılmaz. Eylemsizlik ile illiyet bağı süreci başlamış olamaz. Böylece menfi davranışla zarar arasında illiyet bağı bulunmamaktadır. Hüseyin Hatemi ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (2. Bası, Vedat Kitapçılık 2012) 113-114; Brehm (n 10) 98. Diğer bir görüşe göre menfi davranış, hukuk kuralına aykırılık teşkil ediyorsa bu takdirde bu eylemsizlik bir davranış olarak kabul edilmelidir. bkz Deutsch (n 5) 69 vd; Vito (n 5) 46; Larenz and Canaris (n 5) 365; Keller (n 1) 108; Guhl (n 36) 133; Oftinger ve Stark (n 9) 126. Bu görüş menfi davranışın varlığını tamamen, hukuka aykırılığa bağladığı için konu açısından daha çok önem arzeder. Üçüncü ve menfi davranışın varlığını en çok genişleten görüş ise failin eylemsizliği yerine failin iktidar dairesinde farazi olarak yapacağı bir eylemi koyar. Şayet bu farazi eylemi yapsaydı bu zarar ortaya çıkmazdı denebiliyorsa bu takdirde menfi davranışın varlığından söz edilir. Eren (n 7) 588 vd.

70 Deutsch (n 5) 69 vd; Vito (n 5) 46; Larenz and Canaris (n 5) 365; Keller (n 1) 108; Guhl (n 36) 133; Oftinger ve Stark (n 9) 126.

Bu iki teorinin kusur bakımından dikkat çeken bir noktası da vardır. Davranışın hukuka aykırılığı teorisi kusur ile hukuka aykırılık unsurlarının birbirine yaklaşp karışmasına sebep olabilecek bir teoridir. Özellikle ihmali tespit eder tarzda düzenlenmiş dolaylı olarak hakları koruyan normların varlığı halinde bu durum daha da kuvvetlenir. Mesela çukur açma yasağının olduğu halde bunu yapan açısından hukuka aykırılık, hukuk aykırı davranış teorisine göre çukuru açma eylemidir. Kusur ise bu eylemin üçüncü ortalama kişinin davranışından sapmış olmasıdır⁷¹ yani yine bu eylemdir. Böylece çukur açma davranışı hem kusur hem hukuka aykırılık teşkil etmiş olur. Sonucun hukuka aykırılığı teorisinde ise hukuka aykırılık ancak çukurdan dolayı ortaya çıkan zarardır ve kusurlu davranıştan tamamen ayrılmıştır. Böylece hukuka aykırılığı sonuçta-zararda tespit eden teorilerin kusur ile hukuka aykırılığın karışma problemini genel olarak ortadan kaldırdıkları söylenebilir.

Bu iki teorinin sorumluluğu kurma tekniğine ve sorumluluğun genişlemesine etkisi her bir farklı somut olayda hissedilebilir. Mesela yapım bozukluğu olan binayı satın alan bir kimsenin dairesi depremde yıkılsa ve üçüncü bir kişi bundan zarar görse yapı malikinin kusursuz sorumluluğu yanında kanaatimizce müteahhitin üçüncü kişiye karşı kusur sorumluluğu da gündeme gelir. Zira depremin yapım bozukluğu nedeniyle binayı yıktığı ve illiyet bağıını kesmediği düşünülürse haksız fiilin tüm unsurları somut olayda gerçekleşmiş olur. Hukuka aykırı davranış teorisi üzerinden sorumluluk kurulursa, hukuka aykırılık da kusur da yapım bozukluğu olan bir binanın imâl edilmesi davranışı olur ve bu iki kavram birbiriyle karışır. Kavramların birbirine girmesi ve birbirinden ayırt edilememesi pek istenen bir şey değildir. Hukuka aykırı sonuç teorisinde ise kusur yine yapım bozukluğu olan bir binanın imâl edilmesi ve bunda ihmâl gösterilmesyiken, hukuka aykırılık ortaya çıkan zarar olmuş olur ve kavramlar birbirinden tamamen ayrılır. Böylece bunların tespiti ve sorumluluğa hükmetmek kolaylaşır. Zaten hukuka aykırı sonuç teorisinde, hukuka aykırılığın ortaya çıkması da genel yapısı itibarıyla daha kolaydır. Bu teoriye göre hukuka aykırılık şahıs ve malvarlığında haksız olarak zarar ortaya çıkarılmasıdır yani hukuka aykırılık zarar unsurunun üzerinde çıkmaktadır. Aynı örnekte yapı mâlikinin sorumluluğu için de şayet objektif hukuka aykırılık teorisi kabul edilecekse hukuka aykırı sonuç teorisinin kabul edilmesi neredeyse zorunluluktur. Zira bakımdaki eksikliğin veya yapımdaki bozukluğun, mâlikin davranışı ile irtibâtlandırılması bazen güçtür. Fakat ortaya çıkan zararın hukuka aykırı olduğunu kabul etmek bu problemi doğrudan çözer. İşte bu durumun sebebi kusursuz sorumluluklarda hukuka aykırı davranış teorisinin neredeyse uygulanamaz bir teori olmasındadır. Kusur sorumluluklarında ise hukuka aykırılık daraldığı gibi, kusurla da karışma problemi ortaya çıkar.

B. SUBJEKTİF HUKUKA AYKIRILIK TEORİSİ

Subjektif hukuka aykırılık teorisi sorumluluğu objektif teoriye göre genişletici bir yapıyı haizdir⁷². Bu teoriye göre zararın ortaya çıkması bu zararın hukuka aykırı da olduğu karinesini beraberinde getirir. Fail tarafından (davranış ile veya başka bir yol ile) bir zarar ortaya çıkartılmışsa bu zarar hukuka aykırıdır. Yeter ki fail bu zararın hukuka uygun olduğunu ve bu zararı vermeye hakkı olduğunu

71 Eren (n 7) 644; Fellman (n 20) 8.

72 Cartier (n 10) 6.

ispatlamamış olsun⁷³. Bu teori hukuka aykırılık unsurunu öznel olarak değerlendirir⁷⁴. Böylece bu teori, bir hukuka uygunluk nedeni ispat edilmediği sürece ortaya çıkartılan zararı hukuka aykırı saymakta böylece hukuka aykırılığı ve sorumluluğu oldukça genişletmektedir.

Bu teori İsviçre doktrini ve içtihatlarında kabul görmemektedir⁷⁵. Kusursuz sorumluluğun, sorumluluğu genişletmesi, ispat yükünün failden çıkması özellikleri bu teoride de görülür⁷⁶. Ortaya çıkan zararın hukuk normunu ihlâl etmesi gibi bir unsur aranmaksızın, ortaya çıkan her zarar, zarar vermeye dair hak ispat edilmedikçe hukuka aykırı olacaktır⁷⁷.

Bu teoride hukuka uygunluk nedeni ispat edilmediği sürece ortaya çıkan zararın mutlak hakları veya salt malvarlığı haklarını ihlâl etmesi ayrımı yapılmamaktadır⁷⁸. Subjektif hukuka aykırılık teorisinde de hukuka aykırılık davranışın değil zararın üzerinde oluşmaktadır. Zira davranış olmasa bile mesela tehlike ortaya çıkarma olgusu ile veya objektif özen ödevinin ihlâli neticesinde bir zarar gelmişse de bu teoriye göre hukuka aykırılık gerçekleşebilir. Zaten bu teoride hukuka aykırılığın oluşmadığını ispat için ilgili zararı-sonucu meydana getirmenin hukuka uygun olduğu ortaya konmaktadır⁷⁹. Subjektif hukuka aykırılık teorisi sonuç odaklı bir teori olduğu için kusursuz sorumlulukla uyum gösterir. Bununla beraber kusur sorumluluklarında da uygulanabilir. Fakat hukuka aykırı sonuç teorisinde olduğu gibi kusur sorumluluğunun objektifleşmesine sebep olur.

1. Sonucun Hukuka Aykırılığı Teorisiyle Kıyaslanması

Objektif hukuka aykırılık teorisinin bir görünümü olan hukuka aykırı sonuç teorisi, subjektif hukuka aykırılık teorisine yapısı ve sonuçları bakımından oldukça benzer. Her iki teori de kusursuz sorumlulukla uyum arz ederler, sorumluluğu genişletici etki gösterirler ve her iki teoride de hukuka aykırılık davranış unsurundan bağımsızdır. Ancak bu iki teorinin sonuçlarının belirgin şekilde ayrıştığı noktalar da vardır.

73 ibid 6, 13; Brehm (n 10) 32; Verde (n 10) 5-6.

74 Walter G Becker, *Das Recht der unerlaubte Handlungen* (Duncker Humblot 1976) 442; Brehm (n 10) 32.

75 Cartier (n 10) 31; BGE 115 II 15; Ayrıca bkz Gönül Koşar, *Kusur* (n 21) 102 vd.

76 Subjektif hukuka aykırılık teorisi kusursuz sorumlulukla uyum gösterdiği için kusursuz sorumluluğun genel özelliklerine uygun sonuçlar doğurmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere haksız fiilin her unsuruna ait farklı teoriler kusur veya sebebiyet ilkelerinden birisiyle uyum göstermektedir. Subjektif hukuka aykırılık, hukuk tekniği yönünden sonuca zarar odaklanması ve ispat yükünü mağdura yüklemesi bakımından, sonuçları yönünden de sorumluluğu genişletmesi bakımından sebebiyet sorumluluğunun karakteristikleri ile paralel sonuç doğurmaktadır. Sorumluluk hukukunda Kıta Avrupası Hukukunda kusur ilkesinin esas kabul edilmesi, kusur ilkesinin karakteristikleri olan sorumluluğun fail lehine sınırlanması, ispat yükünün mağdura olması gibi konularda oturmuş bir kabule dönüşmüştür. İşte subjektif hukuka aykırılık görüşü bu kabullere aykırı sonuç doğurduğu için kolaylıkla kabul edilmesi beklenmez. Biz subjektif hukuka aykırılık teorisini uygun bir hukuka aykırılık teorisi olarak görmekteyiz. Kanaatimizce kusur sorumluluğu pek çok yönden özellikle mağdurun korunmasının sınırlanması yönünden sakıncalıdır. Subjektif hukuka aykırılık teorisinin mağduru koruyucu ve sorumluluğa zarar odaklı yaklaşımı, sorumluluk hukukunun güncel ihtiyacı olan kusursuz sorumluluk hallerinin genişletilmesi yönündeki ihtiyacı karşılamaya elverişlidir.

77 Cartier (n 10) 6, 13; Brehm (n 10) 32; Verde (n 10) 5-6.

78 Andres Von Tuhr and Hans Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts* (Schulthess Polygraphischer Verlag 1979) 409; Cartier (n 10) 6.

79 Brehm (n 10) 32; Eren (n 7) 659-660; Von Tuhr and Peter (n 78) 409; Tandoğan, *Mesuliyet* (n 8) 17-18; Cartier (n 10) 6.

Birincisi salt malvarlığı zararları bakımındandır. Subjektif teori salt malvarlığı zararlarını son derece genişletici bir etki gösterir. Zira bir ekonomik zararın meydana gelmesi onun hukuka aykırı da olduğu karinesini beraberinde getirecek, fail ancak söz konusu zararın ortaya çıkmasında kendisi açısından bir hukuka uygunluk sebebinin varlığını ortaya koyarak bundan kurtulabilecektir. Böylece subjektif hukuka aykırılık teorisi ortaya çıkan zararın mutlak hak veya salt malvarlığı zararı olmasıyla yani niteliği ile ilgilenmemektedir⁸⁰. Sonucun hukuka aykırılığı teorisinde ise salt malvarlığı zararları ancak bununla ilgili bir özel koruma normu varsa hukuka aykırı kabul edilebilecektir. Hukuka aykırılığın gerçekleşmesi için sonucun bu özel koruma normunun koruduğu değere aykırı olması gerekmektedir. Özel koruma normunun var olmaması ortaya çıkan zararın da sonucun hukuka aykırılığı teorisine göre hukuka uygun olması sonucunu beraberinde getirecektir. Halbuki subjektif hukuka aykırılık kanun normunun ihlâlinden bağımsız olduğu için hukuka aykırılığın gerçekleşmesi için bir özel koruma normunun ihlâlüne de gerek yoktur.

İkincisi bu teoriler sorumluluğa farklı yaklaşım içermektedirler. Subjektif teoride zarar karine olarak hukuka aykırıdır. Ortaya çıkan zararda fail açısından hukuka uygunluk sebebinin olduğu ortaya konulmadığı sürece zarar hukuka aykırı demektir. Sonucun hukuka aykırılığı teorisinde ise zarar karine olarak hukuka uygundur. Bu zararlı sonucun ayrıca objektif nitelikteki kanun normuna aykırılığının ortaya konulması ile hukuka aykırılık gerçekleşmiş olur. Bu yönden subjektif teori tıpkı salt malvarlığı zararlarında olduğu gibi sorumluluğu daha genişletici bir yaklaşım içerisindedir.

2. Subjektif Hukuka Aykırılık Teorisinin Uygulanmasının Sorumluluk İlkeleriyle Bağlantısı

Bu teoride hukuka uygunluk nedeni olmadığı sürece her zarar hukuka aykırı olacağı için hukuka aykırılığın kapsamı daha geniştir. Zararın gerçekleşmesiyle hukuka aykırılığın da gerçekleştiği karinesi de vardır. Böylece genişleyen hukuka aykırılık kapsamı nedeniyle failin kusurlu bulunması imkânı da genişler. Bu nedenlerle teori failin sorumlu bulunması olanağını artırmaktadır. Böylece bu teori sorumluluğu objektifleştirmekte ve sebebiyete yaklaştırmaktadır.

Subjektif hukuka aykırılık teorisi kusur ilkesine tâbi olarak kullanılabilirse de sonuç odaklı olması bakımından aslında sebebiyet sorumluluğuyla daha çok uyum arz eder. Subjektif hukuka aykırılık teorisinin uygulanmasına bu teorinin kabul edildiği bir hukuk düzeni olarak Fransız hukuku örnek gösterilebilir⁸¹. Fransız hukukunda sorumluluğun şartı olarak kusur ile hukuka aykırılığı beraberce barındıran *Faute* kavramı aranmaktadır⁸². Halbuki subjektif hukuka aykırılık davranış değil sonuç odaklı olması yönüyle hukuka aykırılıkla kusurun birbirinden ayrılmasını temin etmeye müsait yapıdadır. O halde subjektif hukuka aykırılık teorisi nasıl oluyor da kusur ile hukuka aykırılığın karışmasına sebep olmaktadır? Halbuki onları birbirinden ayırmaya müsait yapısı vardır. İşte subjektif hukuka aykırılık uygulandığı halde kusur ile hukuka aykırılığın birbirine karışması başka

80 Von Tuhr and Peter (n 78) 409; Cartier (n 10) 6.

81 Eren (n 7) 660-661; Vito (n 5) 12; Çağlayan Aksoy (n 8) 157-159.

82 Bu hukuk sisteminde sorumluluk için temelde hukuka aykırılık fikrinden hareket edilmektedir. bkz Vito (n 5) 12; Fransız Hukukunda sorumluluğun unsurları olarak zarar, illiyet bağı ve faute aranmaktadır. Faute kelimesi, kusur anlamına geliyorsa da bu kelime hukuk kuralının ihlâli anlamına da gelir. bkz Gönül Koşar, Kusur (n 21) 41 vd, 298.

bir yönden olmaktadır. Şöyle ki subjektif hukuka aykırılık teorisi sebebiyet sorumluluğuna yakın bir teori olduğu için uygulandığı zaman kusur kavramını ortadan kaldırılmasına müsait bir zemin hazırlar. İşte sorumluluktaki rolü azalan kusur kavramı adeta görünmez olmaya başlar ama kusur sorumluluğu anlayışından tam vazgeçilmediği için kusur varlığını hukuka aykırılık kavramının içerisine yerleşmeye başlayarak sürdürme imkânı bulur. Böylece hukuka aykırılıkla kusur karışmaya başlamakta, sorumlulukta başrolde olma durumunu kaybeden kusur nedeniyle sorumluluk da objektifleşmeye başlamaktadır.

Türk Hukukunda da kişilik haklarının saldırıya karşı korunmasında subjektif hukuka aykırılık teorisi kabul edilmiştir. Nitekim TMK m. 24'e göre: "*Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır*". Madde metninde açıkça hukuka uygunluk nedeni ortaya konulmadığı sürece kişilik haklarında ortaya çıkan her zararın hukuka aykırı olduğu düzenlenmiştir. Böylece Türk Hukukunda kişilik haklarının ihlâlinin daha kolay gerçekleştiği ve buna bağlı maddi ve manevi tazminat taleplerinde mağdurun korunmasının daha fazla artırıldığı görülmektedir.

C. ÜÇÜNCÜ HUKUKA AYKIRILIK TEORİSİ

Üçüncü hukuka aykırılık teorisi, özen yükümlülüğünün, koruma yükümlülüğünün veya bir genel davranış kuralının ihlâline dayanmaktadır. Buna göre failin davranışı genel bir davranış kuralını ihlâl etmelidir⁸³. Objektif hukuka aykırılıktan farklı olarak bu teori bir kanun normunun ihlâline dayanmaz. Failin davranışının kanun normuna değil genel davranış yükümlülüğü, koruma yükümlülüğü, özen yükümlülüğü gibi kavramlara aykırı olması yeterlidir⁸⁴. Böylece üçüncü hukuka aykırılık teorisi, hukuka aykırılık kavramını genişletmiş bulunmaktadır.

1. Üçüncü Hukuka Aykırılık Teorisine Dair Farklı Yorumlar

Üçüncü hukuka aykırılık teorisi daraltılıp genişletilmeye uygun yapısı olan bir hukuka aykırılık teorisidir. Failin davranışı hangi kavrama aykırı olunca hukuka aykırılık gerçekleşecektir? İşte bu noktada hukuka aykırılığın ölçüsü yazarlara göre farklı tanımlanmaktadır. Bazı yazarlara göre hukuka aykırılık özen yükümlülüğü ihlâl edildiği zaman⁸⁵, bazı yazarlara göre koruma yükümlülüğü ihlâl edildiği zaman⁸⁶ bazı yazarlara göre de genel davranış yükümlülüğü ihlâl edildiği zaman⁸⁷ hukuka aykırılık gerçekleşir. İşte bu teori davranıştaki hukuka aykırılığı tespit için kullanılan olgu bakımından esneklik gösterir. Bu yönüyle teori sorumluluğu ihtiyaca göre daraltmaya genişletmeye, kusur ve sebebiyet sorumluluklarına yaklaştırmaya müsait karakterdedir.

83 Cartier (n 10) 87; Kurtulan (n 1) 477-478.

84 Cartier (n 10) 88.

85 Honsell, Isenring and Kessler (n 5) 80-81; Ayrıca bkz Cartier (n 10) 91.

86 Schonenberger (n 11) 9 vd.

87 Vito (n 5) 16.

a. Özen Yükümlülüğünün İhlâli Görüşü

Bir görüşe göre, hukuka aykırılık özen yükümlülüğünün ihlâli ile gerçekleşmektedir. Kişi özensiz davranarak verdiği zararlar bakımından hukuka aykırı davranmış olur⁸⁸. Halbuki özen kusura ait bir unsurdur. Görüş sahiplerine göre özen gösterme ve tedbir alma hukuka aykırılık unsuruyla ilgili olup kusur araştırması için failin ayırt etme gücünün olup olmadığına bakılmalıdır⁸⁹. Bu görüş, kusur ile hukuka aykırılığı neredeyse tamamen üst üste bindirdiği için doktrinde eleştirilmektedir⁹⁰.

b. Koruma Yükümlülüğünün İhlâli Görüşü

Bu konudaki ikinci görüşe göre hukuka aykırılık koruma yükümlülüğünün ihlâline dayanmaktadır. Kişiler yakınlaştıkları fiziksel ve sosyal temasa girdiği kimselerin şahıs ve malvarlıklarına zarar vermeme yükümlülüğü altına girerler. Buna koruma yükümlülüğü denilir ve buna aykırı bir davranış hukuka aykırılık teşkil edecektir. Koruma yükümlülüğü, failin özen göstermesi olgusundan daha geniştir. Şöyle ki kişi özenli ve son derece tedbirli olsa da yine de yakınlaştığı bir kişiye karşı bir zarara sebep olmuşsa koruma yükümlülüğünü yerine getirememiş olur. Böylece koruma yükümlülüğü kusur, özen, tedbir gibi kavramlardan bağımsız olarak yakınlaşılan kişiye verilmemesi gereken bir zarara sebep olunması durumunda ortaya çıkan bir olgudur. Kusurdan daha geniştir. Gerçekten kusur araştırmasında failin davranışının ortalama üçüncü kişinin davranışından sapma olgusu araştırılır. Koruma yükümlülüğüne dayanan hukuka aykırılık araştırmasında failin velev ki kusuru hiç olmasa bile çevresindeki kişilerin can ve mal varlıklarını korumaya yönelik uygun davranışlarda bulunup bulunmadığı araştırılacaktır⁹¹. Bu görüşteki *Schönenberger* refleksi ile verilen zararları buna örnek verir⁹². Buna göre refleksiyle tamamen iradeden bağımsız bir beden hareketiyle zarara sebep olan kusursuz olsa da hukuka aykırı hareket etmiş olabilir.

Bu görüş sorumluluğu olabildiğince genişletip kusursuz sorumluluğa yaklaştırır. Hatta yaklaşım olarak sonuç odaklı olması ve davranış unsurundan bağımsız olması yönleriyle sebebiyet sorumluluğuna benzemektedir. Zira refleksi ile yapılan beden hareketleri kusur içermezler böylece kusur sorumluluğuna sebep olamazlar. Hatta refleksi bir iradeye dayanmadığı için haksız fiil anlamında bir davranış ortada yoktur. Yazar hukuka aykırılığa ilişkin bu görüşüyle ya haksız fiil için davranış unsurunu aramamaktadır – ki bu sebebiyet ilkesinin özelliğidir – veya davranış unsurunun oluşması için davranış iradesini aramamaktadır. Sorumluluk objektifleştirilmek istenirse sorumluluktan kusur unsurunun kaldırılıp bu teorinin kullanılması oldukça verimli bir yoldur. Fakat kusur unsuru ile beraber kullanılması mahiyetine uyum göstermez. Zaten üçüncü hukuka aykırılık teorileri kusur unsurunun sorumluluktan kaldırılması ile beraber kullanılmaya elverişlidir.

88 Honsell, Isenring and Kessler (n 5) 80-81; Ayrıca bu teori hakkında bkz Cartier (n 10) 91.

89 ibid 81.

90 Cartier (n 10) 93 vd; Schonenberger (n 11) 9.

91 Schonenberger (n 11) 9 vd.

92 ibid 10.

c. Genel Davranış Yükümlülüğünün İhlâli Görüşü

Bu konudaki üçüncü görüş hukuka aykırılığın genel bir davranış yükümlülüğüne aykırı davranılmasını hukuka aykırılıkla vasıflandırır. Davranış yükümlülüğünün varlığı, kanuna, yargı içtihatlarına dayanıyor veya doktrinde kabul ediliyor olabilir⁹³. Bu davranış yükümlülükleri kanun normlarından daha geniş ve kanunlardaki normları da kapsayıcıdır. Bu normlara özel koruma normları da dahildir. Keza özen yükümlülüğünün ihlâlini teşkil eden davranışlar da genel davranış yükümlülüğünün ihlâline sebep olur⁹⁴. Böylece bu görüşün hukuka aykırılığı genişlettiği görülmektedir.

Bu görüşe göre bir koruyucu norm ihlâline gerek yoktur⁹⁵. Failin mensup olduğu grubun genel hareket tarzından sapan davranışlar, hukuka aykırı olarak kabul edilmelidir. Böylece hukuka aykırılık unsuru, artık kanuni normlar değil, kanuni düzenlemeleri içerse de ondan kopartılmış ve hâkimin takdir yetkisine bağlı olan somut olayın şartlarına göre tespit edilen bir sorumluluk unsuru olur⁹⁶. Hatta genel standartlar benimsenmemeli her olay ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Zira ortalama davranış standartları zaman içerisinde değişkenlik gösterebilir⁹⁷.

Özen yükümlülüğünün ihlâli bu görüşe göre hukuka aykırılık teşkil edeceği için kusurla karışma problemi yine gündeme gelecektir. *Vito* ise hukuka aykırılığın tespitinde ortalama üçüncü kişinin özeninin ölçü alınmaması gerektiğini fikrindedir. Böylece objektif kusur teorisinden farklı bir yaklaşım sergilenir. *Vito*'ya göre failin mensup olduğu grubun davranış özelliklerinin taşınması gereken seçici standartların temel alınması gerekmektedir. Böylelikle kusurla karışma problemi olmayacaktır. Yine *Vito*'ya göre bu konuda da titiz olunmalı failin grubunun ince ayrıntıları ve özellikleri de göz önüne alınmalıdır. Mesela bir doktorun fiilindeki hukuka aykırılık tespit edilirken onun pratisyen mi yoksa uzman mı olduğu dikkate alınarak hukuka aykırılık tespit edilmelidir⁹⁸. Böylece kusur objektif bir kavram iken, hukuka aykırılık subjektifleştirilerek ondan ayrılmış olacaktır.

2. Üçüncü Hukuka Aykırılık Görüşünün Sorumluluk Hukukundaki Etkileri

Hangi görüş kabul edilirse edilsin üçüncü hukuka aykırılık teorisi sorumluluktan kusur unsurunu kaldırmaya yönelik bir teoridir. Kusur kavramıyla beraber uygulanırsa teori işlevsiz hale gelir veya kusur mükerrer olarak araştırılmış olur. Bu teori sorumluluktan kusur kavramını kaldırmış ve adeta kusur kavramını olduğu gibi veya belirli değişikliğe tabi tutarak hukuka aykırılık unsurunun içerisine dahil etmiştir. İşte birinci görüş olan özen yükümlülüğüne aykırılık görüşü kusuru olduğu gibi hukuka aykırılık unsurunun içerisine dahil etmişken, diğer görüşler kusur kavramını sorumluluktan kaldırmakla birlikte kusur olmayan ancak kusura belirli benzerlikler

93 *Vito* (n 5) 16; Çağlayan Aksoy (n 8) 241.

94 Çağlayan Aksoy (n 8) 241.

95 Özel koruma normu ihlâli, temel koruma normu ihlâli gibi kavramlar hukuka aykırılık unsuru bakımından bu teoriyle anlamını kaybetmiş olurlar. bkz *Cartier* (n 10) 88.

96 Çağlayan Aksoy (n 8) 244.

97 *Cartier* (n 10) 101.

98 *Vito* (n 5) 16-17.

arz eden koruma yükümlülüğü veya genel davranış yükümlülüğü gibi kavramları hukuka aykırılık unsurunun içerisine dahil etmiştir. Bu kavramlar kusurdan daha geniş bir daire içerdikleri için fail kusurlu olmasa bile hukuka aykırı davranabilecektir. Sorumluluktan kusur da kalktığı için böylece sorumluluk artık sebebiyet sorumluluğuna yaklaşmış olacaktır. Şunu da belirtelim ki velev ki birinci görüşteki gibi kusur kavramı olduğu gibi hukuka aykırılık unsurunun içerisine taşınmış olsaydı ve failin kusuru hukuka aykırılık için şart olsaydı bile yine de sorumluluğun belirli ölçüde objektifleşeceğinden yani sebebiyete yaklaşacağından söz edebilirdik. Zira hukuka aykırılık, kusur kavramına göre daha objektif bir kavramdır. Kusur kavramının hukuka aykırılık ismi altında aranması bile sorumluluğu objektifleştirici etki yapar.

Üçüncü hukuka aykırılık teorisi İsviçre 2020 Borçlar Kanunu Tasarısı Art. 46'da kabul edilen hukuka aykırılık anlayışıdır. Gerçekten İsviçre 2020 Borçlar Kanunu Tasarısında kusur unsuru haksız fiil sorumluluğundan kaldırılarak genel sorumluluk ilkesi olarak kusursuz sorumluluk kabul edilmiş ancak kusur kavramı adeta hukuka aykırılığın içerisine dahil edilerek kusursuz sorumluluğa sert bir geçiş yapılmamıştır. Sorumluluğun ne kadar sebebiyete yaklaştığı üçüncü hukuka aykırılıkla ilgili yukarıda bahsedilen teorilerden hangisinin kabul edildiğine göre değişiklik gösterecektir. Dikkat edilmesi gereken nokta ise hukuka aykırılıkla ilgili bir teorinin sorumluluğu aslında kusurla ilgili gözükken kusur sorumluluğu-sebebiyet sorumluluğu kutuplarına doğru yaklaştırmasıdır. Gerçekten haksız fiil sorumluluğunun karakteristiğini en kuvvetli belirten veri onun sebebiyet veya kusur sorumluluğuna dahil olmasıdır. İşte hukuka aykırılıkla ilgili teoriler içerisinde bunu en çok etkileyen ise üçüncü hukuka aykırılık görüşüdür. Bu itibarla bu teorinin pratik ihtiyaca göre şekillenebilme özelliği de düşünüldüğünde oldukça kullanışlı olduğu kanaatindeyiz.

Üçüncü hukuka aykırılık teorisi, hukuka aykırılığı sonuçta değil davranışta aramaktadır. Bu yönden de her ne kadar kusursuz sorumluluğu öngören bir hukuka aykırılık teorisi olsa da davranış unsurunu araması yönüyle kusur sorumluluğu karakteristiğini de içinde barındırır. Bu teori özellikle salt malvarlığı zararlarından sorumluluğu genişletmektedir. Zira bu teoriye göre salt malvarlığı zararından sorumluluk için artık özel koruma normuna ihtiyaç kalmayacaktır⁹⁹. Kişi genel davranış yükümlülüğüne, koruma yükümlülüğüne aykırı olarak bir salt malvarlığı zararına sebep olmuşsa bundan sorumlu tutulabilecektir¹⁰⁰. Üstelik kusurlu olmasına da gerek yoktur. Menfi davranıştan sorumluluk için de bu teori genişletici etki oluşturur. Zira failin hareketsiz kalmaması gereken alanı, objektif hukuk kuralları değil bundan daha geniş bir alan olan genel davranış yükümlülüğü, koruma yükümlülüğü gibi olgular belirleyecektir. Bunlara aykırı olarak hareketsiz kalış hukuka aykırılık teşkil ettiği için aynı zamanda menfi davranış sayılacaktır¹⁰¹.

Kanaatimizce bu teorideki hukuka aykırılık kavramı yazılı olmayan hukuk kurallarının yani örf adet hukukunun ihlâline de benzemektedir. Objektif hukuka aykırılık teorisine göre yazısız hukuk kurallarının ihlâli de hukuka aykırılıktır. Üçüncü hukuka aykırılık teorisinde örf adet olgusu yerine

99 Cartier (n 10) 88; Kurtulan (n 1) 477-478.

100 Cartier (n 10) 88.

101 Menfi davranışın varlığını tespitinde hukuk kurallarına aykırılığa bakılmalıdır. bkz Keller (n 1) 108; Deutsch (n 5) 65-66, 69 vd; Vito (n 5) 46; Larenz and Canaris (n 5) 365; Guhl (n 36) 133; Otfinger and Stark (n 9) 126.

adeta kişilerin genel olarak birbirlerine zarar vermemeye ilişkin uymaları gereken davranış kuralları ikame edilmiştir. Elbette ki bu kavramlar aynı değillerse de bir benzerlik kurmanın mümkün olduğu kanaatindeyiz.

SONUÇ

Haksız fiilin tüm unsurları haksız fiil sorumluluğuna etki etse de hukuka aykırılık unsuru ve buna ilişkin teorilerin bu sorumluluğun yapısına en çok etki eden unsur olduğu söylenebilir. Bu etkinin dört temel görünümü olduğu söylenebilir. Birincisi hukuka aykırılığın davranışta aranması sorumluluğun ruhunu kusur sorumluluğuna, sonuçta aranması kusursuz sorumluluğa yaklaştırır. Dolayısıyla kusur veya kusursuz sorumluluğun yapısına uygun olan hukuka aykırılık teorisi seçilmelidir. Bu noktada hukuka aykırılığı sonuçta arayan teorilerin üstünlüğü vardır. Zira bunların kusur sorumluluğu ile de uygulanması mümkündür. İkincisi hukuka aykırılık kavramı, kusur kavramının temelidir ona doğrudan etki eder, illiyet bağının kurulma suretine etki eder, davranış unsurunun da zarar unsurunun da üzerinde kurulabilir. Böylece haksız fiilin diğer unsurlarına ve onlar hakkında kabul edilecek teorilere dahi etki edecektir. Üçüncüsü hukuka aykırılıkla ilgili kabul edilen teorilerin hukuka aykırılığı ziyadesiyle daraltıp genişletebildiği hatta neredeyse sorumluluğu kusursuz sorumluluğa çevirebildiği görülmektedir. Dördüncüsü ise hukuka aykırılık unsuru hakkında kabul edilen teorinin özellikle salt malvarlığı zararlarının tazmin edilip edilmeyeceği hususunda etkili olduğu görülür.

Hukuka aykırılık teorilerden birisinin kategorik olarak esas alınmasını Türk Hukuku bakımından isabetli bulmuyoruz. Bunun yerine sorumluluk hukukunun ve zamanın ihtiyaçlarına göre, sorumluluğun kusur veya kusursuz sorumluluk olmasına göre, ortaya çıkan zarar tipine göre farklı teoriler kullanılmalıdır. Bununla beraber sorumluluğu objektifleştirip kusur sorumluluğundan uzaklaştırmaya uygun teorilerin tercih edilmesinden yanayız. İsviçre 2020 Borçlar Kanunu Tasarısında da bu yönde üçüncü hukuka aykırılık teorisinin kabul edilmesi tesadüf değildir. Bu teori ile kusur ortadan kaldırılmış ve mahiyeti değiştirilerek hukuka aykırılık unsuru içerisine dahil edilmiştir. Bu olumlu bir gelişmedir. Haksız fiil sorumluluğunun günümüz dünya şartlarında artık objektifleştirilmeye ihtiyacı vardır. Bunun temini için hukuka aykırılık unsurunun kullanılması elverişli bir yoldur. Bu bağlamda davranışın hukuka aykırılığı teorisi artık terk edilerek sonucun hukuka aykırılığı teorisi veya subjektif hukuka aykırılık teorisi veya üçüncü hukuka aykırılık teorileri sorumluluk hukukunda daha çok tercih edilmelidir. Bu hem mutlak hakların, salt malvarlığı zararlarının, menfi davranışla meydana gelen zararların, yazılı olmayan hukuk kurallarına aykırılıktan doğan zararların hepsi için daha isabetli bir yoldur.

KAYNAKÇA

Akıncı Ş, *Borçlar Hukuku Bilgisi* (Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Sayram 2019).

Antalya G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I*, (2. Baskı, Beta).

Ayan M ve Ayan N, *Medeni Hukuka Giriş* (Güncelleştirilmiş 10. Baskı, Mimoza 2014).

- Ayan M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış 8. Tıpkı Baskı, Mimoza).
- Becker WG, *Das Recht der unerlaubte Handlungen* (Duncker Humblot 1976).
- Brehm R, *Berner Kommentar Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht Die Entstehung durch Unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR* (4. Überarbeitete Auflage, Stämpfli Verlag 2013).
- Brüggemeier G, *Haftungsrecht Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, Ein Beitrag zur Europäisierung des Privatrechts* (Springer 2006).
- Cartier M, *Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR*, (digiprint Eschen 2007).
- Çağlayan Aksoy P, *Hukuka Aykırılık ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini* (On iki levha 2016).
- Deutsch E, *Allgemeines Haftungsrecht* (2. Auflage, Carl Heymanns Verlag 1996).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (25. Baskı, Yetkin 2020).
- Fellman W, *Schweizerisches Haftpflichtrecht Band I* (Stämpfli Verlag 2013).
- Fikentscher W, *Schuldrecht* (Achte Auflage, Walter de Gruyter Berlin New York 1992).
- Förster C, *Schuldrecht Besonderer Teil Eine Einführung mit Fällen* (C.F. Müller 2012).
- Fuchs M, Pauker W ve Baumgärtner A, *Delikts und Schadensersatzrecht* (9. Auflage, Springer 2016).
- Godin H, *Wettbewerbsrecht Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb nebst Warenzeichenverletzungen* (Zugabeverordnung und Rabattgesetz, Zweite Auflage, De Gruyter 1974).
- Gönül Koşar G, “Haksız Fiil Hukukunun Amacı” (2020) 69(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1437-1474.
- Gönül Koşar G, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi* (On iki levha 2020).
- Gökcan HT, *Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku* (Seçkin 2016).
- Guhl T, *Das Schweizerische Obligationenrecht Mit Einschuß Des Handels- Wechsel- Und Versicherungsvertragsrechtes* (Dritte verbesserte und ergänzte Auflage, Polygraphischer Verlag 1944).
- Hatemi H ve Gökyayla E, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (2. Bası, Vedat Kitapçılık 2012).
- Honsell H, Isenring B and Kessler MA, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 5. Neu bearbeitete und ergänzte Auflage, Schulthess 2013).
- İnan AN ve Yücel Ö, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (4. Baskı, Seçkin Yayınları 2014).
- Jhering R, *Das Schuld Moment Im Romischen Privatrecht* (Verlag Von Emil Roth 1867).
- Keller M ve Gabi Bolliger S, *Haftpflichtrecht Band II* (Helbing Lichtenhahn Verlag 1985).
- Keller A, *Haftpflicht Im Privatrecht* (sechste vollständig überarbeitete und ergänzte Auflage, Stämpfli verlag 2002).
- Korkmaz F, *Türk Borçlar Hukukunda Kusur ilkesinin Haksız Fiiller Açısından Değerlendirilmesi* (Yetkin 2021).
- Koziol H, “Objektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabes im Schadenersatzrecht?,” (1996) 196(6) Archiv für die civilistische Praxis 593-610.
- Kurtulan G, “Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru” (2017) 23(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 465-503.
- Larenz K and Canaris W, *Lehrbuch Des Schuldrechts Zweiter Band Besonderer Teil 2. Halbband*, (Dreizehnte, vollig neuerfaßte Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1994).
- Oğuzman K ve Barlas N, *Medeni Hukuk* (22. Baskı, Vedat Kitapçılık 2016).
- Oğuzman K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.2 (12. Baskı, Vedat Kitapçılık 2016).
- Oftinger K and Stark EW, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band Allgemeiner Teil* (5. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag).

- Pletter A, *Verschulden als Grundlage der Haftung Ein historischer Vergleich*, (Grin 2005).
- Prütting H, Wegen G and Weinreich G, *BGB Kommentar* (10. auflage, Luchterhand 2015).
- Reisoğlu S, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Yirmidördüncü Bası, Beta 2013).
- Schonenberger B, *Die dritte Widerrechtlichkeitstheorie* (Have/Reas, 2004).
- Schwarz A, "Satış Aktinde Hasarın İntikali (Çeviren: Kudret Ayiter)", (1947) 4(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 159-167.
- Stark Emil W, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht* (Schulthess Polygraphischer Verlag 1982).
- Stöckli H, *Notizen zur Widerrechtlichkeit* (Schulthess 2007).
- Strickler H, *Die Entwicklung der Gefährdungshaftung: Auf dem Weg zur Generalklausel?* (Verlag Paul Haupt Bern und Stuttgart 1983).
- Şenyüz D, *Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler* (7. Baskı, Ekin 2013).
- Tandoğan H, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, (Turhan 1981).
- Tandoğan H, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, (1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık 2010).
- Verde M, *Die Widerrechtlichkeit im Haftpflichtrecht Gedanken zu dieser Haftungsvoraussetzung und den dazu entwickelten Lehren* (Jusletter 18 April 2016).
- Vito R, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (Schulthess Juriste Medien AG 2002).
- Von Tuhr A and Peter H, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts* (Schulthess Polygraphischer Verlag 1979).
- Wilenmann J, *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff Die Dogmatik Des Defensivnotstands im Strafrecht* (Mohr Siebeck 2014).
- Yavuz C, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre Kusursuz Sorumluluk Halleri ve İlkelere", (2008) 14(4) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 29-61.