

# HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNDA HUKUKA AYKIRILIK UNSURUNA İLİŞKİN İLERİ SÜRÜLEN KLASİK TEORİLER HAKKINDA BAZI DÜŞÜNCE VE ELEŞTİRİLER

Dr. Öğr. Üyesi Nilgün BAŞALP YILDIRIM\*

**Öz:** Klasik hukuka aykırılık teorilerinden kasıt subjektif ve objektif hukuka aykırılık teorileridir. Subjektif hukuka aykırılık teorisi uyarınca her zarar verici eylem hukuka aykırı kabul edilmektedir. Hukuka aykırılığın oluşup oluşmadığının belirlenmesinde tek ölçüt eylemi hukuka uygun kılan bir hukuka uygunluk nedeninin olup olmamasıdır. Objektif hukuka aykırılık teorisi ise iki yaklaşımı temel almaktadır. Alman hukukunun etkisi ile bu yaklaşımlardan ilki “sonucun hukuka aykırılığı (Erfolgsunrecht)”, ikincisi ise “davranışın hukuka aykırılığı (Verhaltensunrecht)” olarak ifade edilmektedir. İhlal edilen hakkın bir mutlak hak olması halinde sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımı doğrultusunda hukuka aykırılığın oluştuğu kabul edilmektedir. Mutlak hakkın ihlaline yönelik olmayan bir fiil neticesinde bir salt malvarlığı zararı meydana gelmiş ise, özel koruma normları dikkate alınarak davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımı doğrultusunda hukuka aykırılık belirlenmektedir. Esasen BK m. 49 hükmü incelendiğinde böyle bir ayırımın yapılması dikkat çekicidir. Zira hükmün genel nitelikte kaleme alınmış olması sebebiyle söz konusu ayırım BK m. 49’da *de lege lata* karşılık bulmamaktadır. Oysa öğretisi ve uygulama objektif hukuka aykırılık teorisini benimsemektedir. Bu kabulün sonucu olarak da “mutlak hakların dolaylı ihlali”, “tehlike ilkesi”, “salt malvarlığı zararları”, “özel koruma normu”, “normun koruma amacı teorisi” gibi bir dizi hukuki kurum ve kavram tartışmaların odağında yer almaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Subjektif Hukuka Aykırılık Teorisi, Objektif Hukuka Aykırılık Teorisi, Normun Koruma Amacı Teorisi, Özel Koruma Normu, Salt Malvarlığı Zararı

\* Makale gönderim tarihi: 15.04.2019. Makale kabul tarihi: 10.05.2019.

LL.M (Münih), LL.M (İstanbul), İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku Kürsüsü Öğretim Üyesi.

(ORCID kimlik no: 0000-0002-9908-9847; nilgun.basalp@bilgi.edu.tr)

## SOME THOUGHTS AND CRITIQUES REGARDING THE CLASSICAL THEORIES OF UNLAWFULNESS IN TORT LAW

**Abstract:** The classical theories of unlawfulness are *the theory of subjective unlawfulness* and the *theory of objective unlawfulness*. The first theory states that all actions which lead to damages are considered to be unlawful and the only determining criterion of unlawfulness in the event of a violation is whether there is a reason for compliance with the law. The second theory is under the influence of German law based on two approaches. The first of these approaches is the unlawfulness of the result (“*Erfolgsonrecht*”) and the second is the unlawfulness of the behavior (“*Verhaltensunrecht*”). In the event that the right infringed is an absolute right, it is accepted that unlawfulness is a result of the violation by itself. In the case of pure economic loss, special protection norms determine whether there is any violation of the law. Actually, since Art. 49 Turkish Code of Obligations is a general provision, such a differentiation cannot be grounded *de lege lata*. However, doctrine and practice still adopt the theory of objective unlawfulness. As a result of this recognition, a number of legal terms such as “indirect violation of absolute rights”, “danger principle”, “pure economic loss”, “special protection norm” are discussed.

**Keywords:** Theory of Subjective Unlawfulness, Theory of Objective Unlawfulness, Theory of Protection under the Purpose of Norms, Pure Economic Loss

### GİRİŞ

Haksız fiil sorumluluğunda ana ilkeyi oluşturan kusur sorumluluğu 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 49 uncu maddesinin birinci fıkrası ile düzenlenmiştir. Buna göre, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren bir kimse bu zararı gidermekle yükümlü olacaktır<sup>1</sup>. 818 sayılı Borçlar Kanunu’ndan farklı olarak, haksız fiil sorumluluğunun bu unsurlarına kanun

<sup>1</sup> Tandoğan, Haluk, **Türk Mesuliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet**, Ankara 1961, s.21; Tekinay, Selahattin Sulhi /Akman, Sermet /Burcuoğlu, Haluk /Altop, Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 475; Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 12; Nomer, Haluk Nami, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2018, N. 98 vd; Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2018, s. 540; Tercier, Pierre/ Pichonaz, Pascal/ Develioğlu, H.Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2016, s. 571; Antalya, O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, Legal Yayıncılık, 2018, s. 39.

koyucu tarafından yeni kanunda işaret edildiğini görmekteyiz. Bu unsurlardan hukuka aykırılık unsuru ve onu irdeleyen klasik teoriler çalışmamızın temel inceleme konusunu oluşturacaktır.

Zararı meydana getiren bir fiilin hukuka aykırı olması o zararın tazminata konu olmasına imkan yaratmaktadır. Bir başka ifade ile, fiil hukuka aykırı değilse bir tazminat sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır ve zarar meydana geldiği şekliyle kural olarak zarar görenin üzerinde kalacaktır. Bu sebeple işlem güvenliği nedeniyle bir fiilin ne zaman hukuka aykırı olacağıının belirlenmesinin önemi açıktır. Zira hangi fiilden dolayı tazminat sorumluluğu ile karşı karşıya kalınacağıının bilinmesi buna bağlıdır.

Bir fiilin hukuka aykırı olarak nitelendirilebilmesi için öncelikle söz konusu fiilin bir insan davranışına karşılık gelmesi gerektiği kuşkusuzdur<sup>2</sup>. Söz konusu davranışın hukuka aykırı olduğu ifade edildiğinde ise bu davranışın hukuk düzenini ihlal ettiği sonucuna varılmaktadır<sup>3</sup>.

TBK m. 49 hükmüne bakıldığında hukuka aykırılığın neye karşılık geldiği konusunda hükmün bir açıklık içermediği, yasa koyucunun hâkime oldukça geniş bir takdir alanı bıraktığı görülmektedir. İlerleyen teknoloji, değişen toplumsal ilişkiler ve hayat algılarımız karşısında karmaşıklaşan bireylerarası sorunlar nedeniyle bu takdir alanının olması zaruridir. Ancak bu takdir yetkisinin sınırlanması da bir o kadar önemlidir. Özellikle salt malvarlığı zararlarının tazmininin olanaklı olabilmesi adına hukuka aykırılığın tespiti için özel koruma normu kavramının zaman zaman esnetildiği, hâkimin

<sup>2</sup> İBBGK, E. 2017/5 K. 2018/7, 06.07.2018; Kaneti, Selim, **Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru**, İstanbul 2007, s. 34 ve 115; Oğuzman/Öz, s. 12 vd; BGer 4C.296/1999, E. 1a; BGE 116 Ia 162 (169), E. 2c; Deutsch, Erwin, **Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt**, 2. Auflage, München 1995, s. 455; Fellmann, Walter, “Widerrechtlichkeit: drei Theorien für ein Problem - Versuch einer Zwischenbilanz”, in: **ZSR** 2009 I, s. 473 – 496, s. 492 vd; Giger, Hans, “Berührungspunkte zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden”, in: Peter, Hans /Stark, Emil/Tercier, Pierre (Hrsg), **Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht**, Freiburg i. Ue. 1982, s. 369 - 396, s. 382.

<sup>3</sup> Brehm, Roland, **Berner Kommentar**, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Das Obligationenrecht, 1. Abteilung, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41 – 61, 4. Aufl, Bern 2013, Art. 41 N. 33; Merz, Hans, Die Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 OR als Rechtsquellenproblem, Sonderabdruck aus **ZBJV** (1955) 91bis, S. 301–333, s. 306; Verde, Michel, “Die Widerrechtlichkeit im Haftpflichtrecht”, in: **Jusletter** 18. April 2016, s. 1-51, s. 3; Musielak/Hau, **Grundkurs BGB**, 15. Auflage 2017, N. 1122.

hakkaniyet düşüncesiyle gerek gördüğü hallerde bir norma “özel koruma normu<sup>4</sup>” özelliğini atfettiği görülmektedir<sup>5</sup>.

TBK m. 49’un unsurlarının yorumlanmasında keyfi davranılması ne kadar amaca aykırı ise katı davranılması da bir o kadar tehlikelidir. Her iki tutum yeni sorumluluk temeli arayışlarına kapı aralayacaktır. Bunun ise sözleşmesel sorumluluk veya haksız fiil sorumluluğu gibi birçok yönüyle kanun ile düzenlenmiş sorumluluk rejimleri karşısında aynı derecede bir kanuni temele sahip olmayan sorumluluk temellerinin kurgulanmasında bir dizi başka sorunu beraberinde getireceği açıktır. Nitekim güven sorumluluğunun dayandırılacağı yasal temel ve bunun doğuracağı hukuki sonuçlar nedeniyle öğretide süregelen tartışma bu açıdan kayda değerdir<sup>6</sup>.

Hukuka aykırılık unsurunun tanımlanması ve özellikle öğretilerde ileri sürülen teoriler karşısında değerlendirilmesi sorumluluk rejimi yönünden yapılan bu tartışmalara da ışık tutacaktır. Ayrıca hukuka aykırılık konusunda benimsenecek görüşünün hukuka aykırılığın kusur ile yakın ilişkisi nede-

4 Bkz. Aşağıda II C.

5 Brehm, Berner Komm, Art. 41 N. 33g; Gauch, Peter/ Sweet, Justin, “Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden”, in **Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag**, Zürich 1989, s. 122; Franz Werro, Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR – Plädoyer für ein modifiziertes Verständnis von Widerrechtlichkeit und Verschulden in der Haftpflicht, **ZSR** 1997 I, s. 343-385, s. 383; Roberto, Vito/Rickenbach, Jennifer, “Was ist eine Schutznorm?”, **ZSR** 2012 I, s. 185 – 200, s. 195; Çağlayan Aksoy, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini**, İstanbul 2016; s. 182 vd. Benzer bir gözlemi haksız fiilin oluşmasında aranan bir diğer unsur olan kusur unsuru ve bu bağlamda özellikle kusurun türlerinden ağır ihmali kavramına odaklanan yargı kararları için de yapmak mümkün. Ağır ihmali ilişkin Yargıtay kararlarına dair bu tespit ve eleştirisi için bkz: Başalp, Nilgün, Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul 2011, s. 232 dn. 195.

6 Çok tartışmalı olmakla birlikte, birçok yazar güven sorumluluğunu sözleşme dışı sorumluluğu doğran sebeplerden biri olarak görmektedir. Ve hatta güven sorumluluğunun sözleşme ile haksız fiil sorumlulukları arasında yer alan üçüncü bir borç kaynağı (extra legem causae obligationis) olduğu da ileri sürülmektedir. Tartışma için bkz: Walter, Hans Peter, “Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages”, in **ZBJV** 132/1996, s. 273-295; aynı yazar, “Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?”, **ZSR** 2001, s. 79 - 100, s. 90; Bucher, Eugen, “Vertrauenshaftung: Was? Woher? Wohin?”, Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis: **Festschrift für Hans Peter Walter zum 60. Geburtstag**, hrsg. von Peter Forstmoser et al, Bern 2005, S. 231-262, s. 235; Kurca, Çiğdem, **Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk**, Ankara 2004, s. 111. Buna karşılık yeni bir kaynağın yaratılmasına gerek olmadığı ve sözleşmesel sorumluluk hükümlerinin güven sorumluluğu bakımından kural olarak yeterli olduğu görüşü için bkz: Peter Loser, **Die Vertrauenshaftung**, Bern 2006, s. 733 ve 734.

niyle haksız fiil hukuku alanında tutarlı bir değerlendirilmenin yapılabilmesi bakımından da önemi açıktır.

Öğretide hukuka aykırılığın tanımlanmasında geçen yüzyılda savunulmuş olan sübjektif hukuka aykırılık teorisi etkisini yitirmekle birlikte objektif hukuka aykırılık teorisi hâlihazırda etkinliğini korumaktadır. Ancak yakın zamanda bu teorilerin karşısında “üçüncü hukuka aykırılık teorisi”<sup>7</sup> ya da “yeni hukuka aykırılık teorisi”<sup>8</sup> başlığı altında tartışılan bir dizi başka teori de savunulmuştur. Biraz yanıltıcı bir isimlendirme olmakla birlikte, tek bir teoriden ziyade “üçüncü hukuka aykırılık teorisi” ya da “yeni hukuka aykırılık teorisi” aslında yalnızca bir başlık olup, altında öğretide yaklaşım farkı ile birbirinden ayrılan bir dizi teori anılmaktadır<sup>9</sup>. Bu teoriler hukuka aykırılığı ya özen yükümlülüğüne ya bir koruma yükümlülüğüne ya da üstün bir menfaate aykırı olmasına dayandırmaktadırlar<sup>10</sup>. Ayrıca bu başlık altında yer almayan ancak yine de yakın zamanda savunulmuş başkaca hukuka aykırılık teorileri de bulunmaktadır<sup>11</sup>.

Yukarıda anılan teorilerden öğretilerde klasik teoriler olarak bilinen “Sübjektif Hukuka Aykırılık Teorisi” ve “Objektif Hukuka Aykırılık Teorisi” bu çalışmanın temel inceleme konusunu oluşturacaktır. Çalışmanın sınırlanması gereği karşısında bu teorilerin kapsam ve sınırlarının ortaya konulması ile birlikte anılan teorilerin eleştirilmesi ile yetinilecektir.

<sup>7</sup> Fellmann, Walter / Kottmann, Andrea, **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, Bern 2012, N. 287; Schöenberger, Beat, Die dritte Widerrechtlichkeitstheorie, **HAVE/REAS** 2004, s. 3-12, s. 3; Werro, s. 345 vd; Widmer, Corinne, Vertrauenshaftung – Von der Gefährlichkeit des Überflüssigen, **ZSR** 2001 I, S. 101 vd.; Loser-Krogh, Peter, Kritische Überlegungen zur Reform des privaten Haftpflichtrechts – Haftung aus Treu und Glauben, Verursachung und Verjährung, **ZSR** 122 (2003) II, s. 127 ff., s. 143; Çağlayan Aksoy, s. 226 vd; Kurtulan, Gökçe, Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, **MÜHFAD**, C. 23, S. 1, s. 465-503, s. 477 vd.

<sup>8</sup> Yeni hukuka aykırılık görüşü için bkz: Akçura Karaman, Tuba, “Haksız Fiil Hukukunda Hukuka Aykırılık Unsurunun İrdelenmesi ve Tehlike Kuralı”, **GSÜHFD**, 2004 I, Yıl 3, Sayı:1, s. 553 – 583, s. 565-569.

<sup>9</sup> Verde, Michel, **Straftatbestände als Schutznormen im Sinne de Haftpflichtrechts**, Luzern 2014, N. 294.

<sup>10</sup> Bu tespit için bkz.: Çağlayan Aksoy, s. 226/227.

<sup>11</sup> İsviçre öğretisinde hukuka aykırılığa ilişkin olarak on teorisinin tartışılmakta olduğunu tespit etmek mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz: Verde, Straftatbestände, N. 292.

## I. SÜBJEKTİF HUKUKA AYKIRILIK TEORİSİ

### 1. Kavram

Sübjektif hukuka aykırılık teorisi uyarınca her zarar verici eylem hukuka aykırı kabul edilmektedir. Hukuka aykırılığın belirlenmesinde zararın türünün bir önemi bulunmamaktadır. Zarar ister mutlak hak ihlalinde olsun ister mutlak hak ihlal edilmeksizin bir salt malvarlığı zararı<sup>12</sup> söz konusu olsun, her zarar verici eylem hukuka aykırı kabul edilmektedir. Hukuka aykırılığın oluşup oluşmadığında tek belirleyici kriter ise eylemi hukuka uygun kılan bir hukuka uygunluk nedeninin olup olmamasıdır. Bir hukuka uygunluk nedeni varsa artık hukuka aykırılığın oluşmayacağı kabul edilmektedir<sup>13</sup>.

Bu teorinin dayandığı düşünce 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen hükmünün Fransızca metninde Almanca metnine nazaran bir çeviri yanlışlığı oluşturan “*hak olmaksızın*” ibaresinin kullanılmış olmasından doğmaktadır<sup>14</sup>. Bu ibareye dayanarak zarar veren bir davranışın başlı başına hukuka aykırı olduğu, ancak failin söz konusu davranışta bulunmaya hakkı<sup>15</sup> olduğunu ispat etmesi halinde davranışının hukuka aykırı olmayacağı sonucuna varılmaktaydı<sup>16</sup>. Sonuç olarak, 1811 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu m. 41 f. 1'in Fransızca metninde “*hak olmaksızın*” derken hukuka uygun surette oluşmuş zararları istisna ettiği ve dolayısıyla tüm hukuk düzenine atıfta bulunmadığı, hükmün bilfiil hukuka

<sup>12</sup> Salt malvarlığı zararları mutlak hak ihlali olmaksızın mağdurun malvarlığında eksilme yaratan kayıplardır. Bkz: Oftinger, Karl/Stark, Emil, **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, Zweiter Band Besonderer Teil - Erster Teilband, § 4 N. 94 vd; Honsell/Isenring/Kessler, § 4 N. 20; Brehm, Berner Komm, Art. 41 N. 38d vd; Büyüksağış, Erdem, **Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı**, İstanbul 2007, N. 159 vd. Salt malvarlığı zararlarının tazmini sorunu karşılaştırmalı hukukta da yoğun bir şekilde tartışılan önemli sorunlardır. Bkz: Roberto, Vito, “Deliktsrechtlicher Schutz des Vermögens”, **AJP/PJA** 5/99, s. 511 – 523.

<sup>13</sup> Brehm, Berner Komm, Art. 41 N. 33e; Cartier, Michael, **Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR**, Doktora Tezi, Universität St. Gallen, Eschen FL 2007, N. 11.

<sup>14</sup> Kaneti, Hukuka Aykırılık, s. 78.

<sup>15</sup> Hükümde yer alan hak kelimesinin “hak, yetki ve talep” (*Recht, Befugnis und Anspruch*) anlamında kullanılmış olduğu aktarılmaktadır. Bkz: Gabriel, Bruno, **Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR unter besonderer Berücksichtigung des Ersatzes reiner Vermögensschäden**, Doktora Tezi, Entlebuch 1987, N. 213 ve 288.

<sup>16</sup> Burckhardt, Walther, Kriminalpolitische Anforderungen an das schweizerische Zivilgesetzbuch, **ZStR** 15 (1902), s. 233 vd, s. 238-240; Kaneti, Hukuka Aykırılık, s. 77.

aykırılığı kuran bir norm olarak dikkate alınması gerektiği kabul edilmekteydi. Bu haliyle hukuka uygunluk nedenlerinin olmadığı bir somut olayda “*serbest olmayan yasaktır*” şeklinde özetlenebilecek bir yaklaşımla hukuka aykırılığın oluştuğu sonucuna varılmaktaydı<sup>17</sup>.

Anılan ibare 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu’ndan çıkarılmış ve hükmün lafzen düzeltilmesi ile “*haksız bir şekilde*” ibaresine dönüştürülmüştür<sup>18</sup>. Bu değişiklikle birlikte aslında sübjektif hukuka aykırılık teorisinin bir hukuki temelinin kalmadığı öğretide ifade edilmektedir<sup>19</sup>. Nitekim Türk-İsviçre uygulamasında ve öğretisinde günümüzde sübjektif hukuka aykırılık teorisine reddedilmektedir<sup>20</sup>.

Ancak sübjektif hukuka aykırılık teorisinin hukuk sistemimizde tamamen anlamsız kaldığını söylemek de doğru olmayacaktır. Zira MK m. 23/f.2’ye bakıldığında sübjektif hukuka aykırılık teorisinin kanun koyucu tarafından adeta teoriye örnek oluşturacak şekilde düzenlendiğini tespit etmek mümkündür<sup>21</sup>.

## 2. Sübjektif Hukuka Aykırılık Teorisine Yöneltilen Eleştiriler

Sübjektif hukuka aykırılık teorisine yöneltilen en güçlü eleştiri, haksız fiil hukukunun işlerliği adına hukuka uygunluk nedenlerinden oluşan yeni bir sistemin oluşturulması ihtiyacı ile öğretide ve uygulamayı karşı karşıya

<sup>17</sup> Verde, Michel, Die Widerrechtlichkeit im Haftpflichtrecht, in: **Jusletter** 18. April, 2016, s. 1-51, s. 5/6 N. 5; Kaneti, Hukuka Aykırılık, s. 78.

<sup>18</sup> Bkz.: Gabriel, N. 595 vd; Çağlayan Aksoy, s. 159 dn. 369.

<sup>19</sup> Bosshard, Erich, **Neuere Tendenzen in der Lehre zum Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR**, Zürich 1988, s. 46; Cartier, N.13; Atamer, Yeşim M, **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması - Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları**, Beta Yayıncılık, İstanbul 1996, s. 25; Çağlayan Aksoy, Pınar, **Hukuka ve Ahlakla Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 216; Akçura Karaman, s. 560; Kurtulan, Gökçe, s. 468. Karş. Gabriel, N. 607 vd.

<sup>20</sup> Bosshard, s. 46; Roberto, Vito, **Haftpflichtrecht**, Bern 2013, N. 04.03; Antalya, s. 40. Bu teoriyi savunan yazarlar için bkz: Kaneti, Hukuka Aykırılık, s.77 dn. 2’de belirtilen yazarlar; Simonius, August, **ZSR** 1947 I 36; aynı yazar, Über Bedeutung, Herkunft und Wandlung einiger Grundsätze des Privatrechts, **ZSR** 71 (1952) s. 237 vd, s. 262: “*Kişilik hakkına yapılan müdahalelerin hukuka aykırılığı zarar verenin sahip olduğu bir hakına ya da bu hakkın sınırlarına aykırı davranmış olmasından doğmaktadır*”; Gabriel, N. 213 ve 288.

<sup>21</sup> Aynı yönde: Fellmann/Kottmann, N. 275 ve N. 283.



bırakmasıdır<sup>22</sup>. Zira ya tüm ihtimalleri göz önünde tutan, kazuistik şekilde hazırlanacak bir hukuka uygunluk sebepleri kataloğu ile haksız fiil sorumluluğunun sınırlandırılması gerekecek<sup>23</sup>; ya da kanun koyucu tarafından hâlihazırda sınırlı sayıda düzenlenmiş mevcut hukuka uygunluk nedenleri dahilinde haksız fiil sorumluluğu sınırlandırılmaya çalışılacaktır. Oysa hukuka uygunluk nedenlerinin içerdikleri takdir unsuru nedeniyle birçok açıdan hâkimin takdirine bağlı olması ve ilgili hukuka uygunluk nedenlerinin somutlaştırılmasında zorluklar ile karşı karşıya kalınacak olunması gerekçeyle bu yaklaşımın da uygulamada belirsizliğe yol açacağı ileri sürülmektedir<sup>24</sup>. Nitekim her iki sınırlama gayretinin ne kadar büyük bir zorluk ile karşı karşıya kalacağı ve aslında sözleşme dışı sorumluluk rejiminin genişlemesi sonucunu beraberinde getireceği aşikârdır<sup>25</sup>.

Sübjektif hukuka aykırılık teorisine yöneltilen bir diğer önemli eleştiri, bu teorinin ispat yükünü tersine çevirmesidir. Kişi bir davranışta bulunmaya hakkı olduğunu ispat ederek meydana gelen zarardan sorumlu tutulmayacaktır. Bir başka ifadeyle, zarar veren kişi tazminat ödeme yükümlülüğü altında kalmamak için zarar verici davranışta bulunmaya hakkı olduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulacaktır. Oysa özgürlüğün olduğu yerde kişinin bir faaliyette bulunmaya hakkı olduğunu ispat etmesi beklenmez. İspat hukuku kuralları çerçevesinde aslında beklenen zarar görenin zararını ve zarar ile uygun illiyet içinde bulunan “zarar verici davranış” ispat etmesidir. Bu çerçevede ispat edilen olgular karşısında hâkimin hukuka aykırılığın varlığını tespit etmesi beklenir. Hukuk sistemimize uygun olan yaklaşım budur<sup>26</sup>.

Son olarak, zarar verenin hukuka uygunluk nedenini ispat etmesi beklenirse bu ispatın getirilmediği her ihtimalde zarar verici fiil kural olarak haksız fiil oluşturacaktır. Bu kabul ise haksız fiil hukukunun amacı ile bağdaşmaz. Zira bu amaçlardan bir tanesi de kişilerin fiillerinin sonuçlarını öngörebilmeleri ve buna yönelik tedbirleri almalarını sağlamaktır, bir başka deyişle kişiler daha özenli davranmaya sevk edilerek muhtemel zararların

<sup>22</sup> Gauch, Peter, Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, in: **recht** 1996, S. 225–239, s. 14 dn. 87; Brehm, Berner Komm, Art. 41 N. 33g.

<sup>23</sup> Bu sonuç ise sosyal gerçeklerle bağdaşmayacaktır: Gauch/Sweet, s. 138; Brehm, Berner Komm, Art. 41 N. 33g.

<sup>24</sup> Gabriel, N. 835.

<sup>25</sup> Çağlayan Aksoy, s. 221.

<sup>26</sup> Verde, Straftatbestände, N. 325; Fellmann/Kottmann, N. 286.



önlenmesi amaçlanır<sup>27</sup>. Ancak bu olanak sağlandığı ölçüde kişiler hangi hareketlerinin sorumluluk doğuracağı ve buna bağlı hangi davranışlardan kaçınmaları gerektiği konusunda bilgi sahibi olabilecektir. Eğer kişilere öngörülü davranmalarına olanak vermeyen bir anlayış benimsenmeyecek olursa kişiler serbestçe hareket edemeyeceklerdir. Bu kabulün ise toplumsal ilerlemenin ön koşulu olan girişim özgürlüğü ve rekabete baştan sınırlayıcı bir etkide bulunacağı ve sosyal gerçeklerle bağdaşmayacağı kuşkusuzdur<sup>28</sup>.

## II. OBJEKTİF HUKUKA AYKIRILIK TEORİSİ

### 1. Kavram

Objektif hukuka aykırılık teorisinin çıkış noktası normlar bütünü olarak algılanan hukuk düzeni<sup>29</sup> olup hukuka aykırılık “objektif hukuk”a aykırılığı ifade eder<sup>30</sup>. Bir başka deyişle, “hukuken bağlayıcı normlar bütünü” olarak ifade edilebilecek hukuk düzeninin kendisi hukuka aykırılığın belirlenmesinde temel belirleyici ölçüttür. Bu ölçüt “*contra ius*” olarak ifadesini bulurken<sup>31</sup>, hukuka aykırılık değerlendirmesinde “*yasak olmayan herşey hukuka uygundur*”<sup>32</sup> şeklinde kendini gösterir.

Objektif hukuka aykırılık teorisinin dayanak noktaları incelendiğinde, iki temel yaklaşım göze çarpmaktadır. Alman hukukunun etkisi ile bu yaklaşımlardan ilki “sonucun hukuka aykırılığı (Erfolgsunrecht)”, ikincisi ise “davranışın hukuka aykırılığı (Verhaltensunrecht)” olarak ifade edilmek-

<sup>27</sup> Zeuner, Soergel Kommentar, BGB § 823 N. 2: “*Neyin yasak olduğu neyin de yasak olmadığı henüz davranışta bulunulduğu anda belli olmalı ki, insani davranışlara ilişkin olarak hukuk düzeni yol gösterici görevini yerine getirebilsin.*”; Bosshard, s. 3; Atamer, s. 98; Kerem Cem Sanlı, **Haksız Fiilin Ekonomik Analizi, Hukuk ve Ekonomi Öğretisi**, Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2007, s. 155/156 vd.

<sup>28</sup> Kaneti, Selim, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Önemi”, **Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları - Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu**, Ankara 1977, s. 39; aynı yazar, Hukuka Aykırılık, s. 80/81; Sanlı, s. 407; Çağlayan Aksoy, s. 223; Fellmann/Kottmann, N. 284.

<sup>29</sup> BGE 32 II 273, 279; Merz, s. 308; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 478 vd; Atamer, 25 vd.

<sup>30</sup> Oser, Zürcher Komm, Ziff. III/1 zu Art. 41 OR; Akçura Karaman, s. 562; Çağlayan Aksoy, s.160.

<sup>31</sup> Verde, Straftatbestände, N. 295.

<sup>32</sup> Gabriel, N. 213-215 ve 227.

tedir<sup>33</sup>. İhlal edilen hakkın bir mutlak hak olması halinde sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımı<sup>34</sup> doğrultusunda hukuka aykırılık oluşmaktadır. Mutlak hakkın ihlaline yönelik olmayan bir fiil neticesinde bir malvarlığı zararı (salt malvarlığı zararı) meydana gelmiş ise, malvarlığını korumak için ihdas edilen özel koruma normları<sup>35</sup> dikkate alınarak davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımı<sup>36</sup> doğrultusunda somut olayda hukuka aykırılığın oluşup oluşmadığı belirlenmektedir.

Sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımı çerçevesinde bir mutlak hakkın ihlal edilmiş olması gerekli görülürken, salt bu sonuç zarara yol açan davranışın hukuka aykırı kabul edilmesi için yeterli kabul edilmektedir. Bir başka deyişle, mutlak hakların ihlalleri söz konusu olduğunda hukuka aykırılık kendiliğinden oluşmaktadır. Bu bağlamda hayat, vücut bütünlüğü, kişilik hakkı, aynı haklar ve fikri haklar bu korumadan istifade ederler ve failin davranışından bağımsız olarak ihlalleri her hal ve şartta hukuka aykırıdır<sup>37</sup>. Davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımı ise özel bir koruma normunun ihlal edildiği düşüncesine dayanmaktadır.

Her iki yaklaşımın aslında birbirine alternatif oluşturmadığı, birbirini tamamlamakta olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Zira sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımı sayesinde tehlike sorumluluklarında hukuka aykırılık oluşmaktayken<sup>38</sup>, salt malvarlığı zararlarında ise davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımı ile tazminat sorumluluğu söz konusu olabilmektedir<sup>39</sup>.

<sup>33</sup> Gauch/Aeppli/Stöckli, **Präjudizienbuch zum OR**, Zürich 2002, N 1 zu Art. 41 OR; Brehm, Berner Komm, Art. 41 N. 34; Akçura Karaman, s. 564; Çağlayan Aksoy, s. 163 ve 171; Kötz, N. 103-105.

<sup>34</sup> Gabriel, N. 245; Cartier, N. 88; Brehm, Berner Komm, Art. 41 N. 35; Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 21; Oğuzman/Öz, s. 15; Çağlayan Aksoy, s. 162/163.

<sup>35</sup> Bkz. Aşağıda II C.

<sup>36</sup> Gabriel, N. 245; Cartier, N. 168; Brehm, Berner Komm, Art. 41 N. 38b; Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 21; Oğuzman/Öz, s. 15; Çağlayan Aksoy, s. 171/172.

<sup>37</sup> Musielak/Hau, N. 1123; Fellmann/Kottman, N. 291 ve N. 292 vd; Verde, Straftatbestände, N. 326.

<sup>38</sup> Tehlike sorumluluğunda hukuka aykırılığın aranıp aranmadığı tartışması için bkz: Atamer, s. 74; Kaneti, s. 147; Roberto, **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, Schulthess, Zürich 2002, N. 500; Başoğlu, Başak, Tehlike Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Tartışması, **Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan**, Der Yayınları, İstanbul 2015, s. 163 – 184, s. 173; Verde, Jusletter, s. 49 – 51; ÇEKİN, Mesut Serdar, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu**, Oniki Levha, İstanbul 2016, s. 257 – 270.

<sup>39</sup> Brehm, Berner Komm, Art. 41 N. 41b.

## 2. Davranış (Koruma) Normuna Aykırılığın Kurucu Unsur Vasfı

Objektif hukuka aykırılık teorisinin dayandığı her iki yaklaşım yakından incelendiğinde, aslında ister sonucun hukuka aykırılığı söz konusu olsun, ister davranışın hukuka aykırılığı söz konusu olsun, somut olayda ihlal edilen norm hukuka aykırılığı kurmaktadır. Bir başka deyişle, hukuka aykırılığın oluşmasında bir davranış normunun ihlal edilmiş olması adeta kurucu unsur niteliğindedir<sup>40</sup>.

Hukuka aykırılığı kuran davranış normları, kişilerin başkasına zarar vermesini yasaklayan veya başkasına zarar vermekten kaçınmaları için kişilere belirli yükümlülükler yükleyen hukuk kurallarıdır<sup>41</sup>. Bu kuralların kaynağı kamu hukuku olabileceği gibi özel hukuk da olabilir<sup>42</sup>.

Amacı nedeniyle ihlallere karşı koruma sağlayan bu davranış normları “koruma normu” olarak nitelendirilir<sup>43</sup>. Yukarıda anılan davranış normları da temel koruma normu ve özel koruma normu olmak üzere iki farklı görünüm biçimine sahiptir. Temel koruma normları, kişilerin mutlak haklarını korumayı amaçlayan davranış normlarına karşılık gelirken<sup>44</sup>; özel koruma normları kişilerin malvarlıklarını korumayı amaçlayan davranış normlarına karşılık gelmektedir<sup>45</sup>. Bu kuralların ayrıca yazılı olması da zorunlu olma-

40 Örneğin Oftinger de, “*çoğu zaman açıklıkla görülmediğine*” işaret ederek, norm ihlalinin mutlak hak ihlalinin yarattığı etkinin bir yansıması (*Reflexwirkung*) olduğuna dikkat çekmektedir. Bkz: Oftinger, Karl/Stark, Emir, **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, Erster Band, § 4 N. 132 dn. 30. Aynı yönde: Fellmann, ZSR 2009, s. 495.

41 Akçura Karaman, s. 562; Çağlayan Aksoy s. 156; Verde, Jusletter, s.4; Kurtulan, s. 471.

42 Merz, s. 308; Tandoğan, Mesuliyet, s. 25; Eren, s. 613; Kaneti, Kusur, s.40; aynı yazar, Hukuka Aykırılık, s. 157 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 476; Oğuzman/Öz, s. 14/15; Atamer, s. 74/75; Oser/Schönenberger, Art. 41, N.12; Abik, s. 369.

43 Roberto/Rickenbach, s. 186.

44 Temel koruma normunu karşılayan davranış yükümlülüğü soyut nitelikteki emir ve yasaklar olarak karşımıza çıkar. Söz konusu davranış yükümlülüğü aslında kişiye mutlak hak ihlaline yol açmadan davranmayı emretmektedir. Brehm, Berner Komm, Art. 41 N. 43. “*Neminem laedere*” olarak bilinen bu davranış yükümlülüğü bir temel koruma normu oluşturmaktadır. Giger, s. 379; Oswald, s. 30. Bu anlamda öğretilde ifade edildiği üzere, “*başkasına ait hayat, mülkiyet, sağlık ve vücut bütünlüğü, kişilik hakkı ve fikri hakları ihlal etmemelisin!*” şeklindeki davranış yükümlülüğü sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımının temelinde yer almaktadır. Bkz: Merz, s. 309.

45 Eren, s. 620; Schwenzer, Ingeborg, **Schweizerisches Obligationenrecht**, Bern 2016, N. 50.29; Çağlayan Aksoy, s. 161; Abik, s. 371.

makla<sup>46</sup> birlikte, özel koruma normlarının hukuk güvenliği adına yazılı olması gerektiği<sup>47</sup> savunulmaktadır<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> Merz, s. 308; Tandoğan, Mesuliyet, s. 25; Atamer, s. 75; Eren, s. 551; Kaneti, Kusur, s.40; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 476; Oğuzman/Öz, s. 14/15; Sanlı s. 408; Abik, Yıldız, “Normun Koruma Amacı Teorisi”, **AUHFD**, 59 (3) 2010: 345-448, s. 369; Fellmann/Kottmann, N. 290; Verde, Jusletter, s. 4; Kurtulan, s. 471. Yazılı olmayan hukuk kurallarına başvurulduğunda, hukuk güvenliği gerekçesiyle toplumdaki adalet algısını sarsmamak adına bağlayıcılığı kabul edilen, örf ve adet niteliğini kazanmış davranış kurallarının haklı olarak dikkate alınması gerektiği yönünde: Kaneti, Kusur, s. 40.

<sup>47</sup> Salt malvarlığı zararları ile mutlak hak ihlallerinden doğan zarar ayırımının Türk-İsviçre hukukunda benimsenmesine neden olan Alman hukukuna bakıldığında, özel koruma normlarının örf ve adet hukuku ya da hakim hukuk yaratması yoluyla oluşturulmasının mümkün olamayacağı § 823 BGB’ye ilişkin bazı şerhlerde ifade edilmektedir. Bkz: Soergel/Spickhoff, § 823 BGB N. 186; Wagner, Münchner Komm, § 823 BGB N. 328. Buna karşılık özel koruma normu kavramının yarattığı belirsizliklerin bertaraf edilmesi amacıyla işlem hayatında gerekli tedbirleri alma yükümlülüklerinin (*Verkehrspflichten*) yazılı olmayan özel koruma normu şeklinde oluşturulması yönünde: Lorandi, s. 26.

<sup>48</sup> Brehm, Berner Komm, Art. 41 N. 51b - 52; Atamer, s. 76; Abik, s. 372; Çağlayan Aksoy, s. 174 ve 180. Buna karşılık İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında bazı yazılı olmayan davranış normlarına da “özel koruma normu” niteliğini atfetmektedir. Örneğin, BGE 130 II 193, 197; BGER 4C.54/2004, v. 1.6.2004, E.2.3’de belirtilen tehlike ilkesi. Buna göre, tehlikeli bir durum yaratan bir kişinin bu tehlike nedeniyle başka kişilerin zarar görmesini önleyecek tedbirleri alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bkz: Honsell/Isenring/Kessler, § 4 N. 31-37; Akçura Karaman, s. 577 vd; Antalya, s. 59 – 61. Hiç kuşkusuz kişinin bu yönde bir davranışta bulunma yükümlülüğünün olup olmadığının tespiti somut olayda olası zararların öngörülebilirliği, yaratılan tehlikenin boyutu, alınması gereken tedbirlerin failden beklenebilirliği gibi tüm şartlarının değerlendirilmesine bağlıdır. Ancak eğer bu değerlendirme neticesinde failin bir davranışta bulunma yükümlülüğünün olduğu kabul edilirse, o halde artık ilgili kişinin yarattığı tehlikenin olası zararlarını önlemek üzere davranışta bulunmamış olmasının hukuka aykırı kabul edileceği ileri sürülmektedir. Bkz: Oswald, Christoph, **Analyse der Sorgfaltspflichtverletzungen im vertraglichen wie im ausservertraglichen Bereich**, Zürich 1988, s. 32/33; Fellmann/Kottmann, N. 348, 579-581; Schwenger, N. 50.32; Ayrıca bkz: BGE 106 IV 80; 116 Ia 169; 121 III 358, 360. Tehlike ilkesinin haksız fiilin unsurlarından hukuka aykırılık aşamasında dikkate alınması haklı olarak eleştirilmektedir, aslında kusur aşamasında özen borcuna aykırılık anlamında dikkate alınması gerekmektedir. Bu yönde: Oftinger/Stark, I, § 4 N. 107; Widmer, Pierre, Gefahren des Gefahrensatzes, ZBJV 1970, s. 289 - 330; s. 305; Brehm, Berner Komm, Art. 41 N. 45; Honsell/Isenring/Kessler, § 4 N. 35; Çağlayan Aksoy, s. 193 vd. Ayrıca bkz: BGE 119 II 127, 129; BGE 124 III 297, 300; BGER 4C. 119/2000 v. 2.10.2000, E. 2/b; BGER 4A 104/2012 v. 3.8.2012. İsviçre Federal Mahkemesi burada anılan son kararında, salt malvarlığı zararlarını ayrı tuttuğunu vurgulayarak, mutlak hakların bir yapmama fiili ile ihlâli söz konusu olduğunda ve somut olayda özel bir koruma normunun olmadığı bir kurguda tehlike ilkesinin hukuka aykırılığın oluşmasında etkili olabileceğini hüküm altına almaktadır: “*Der Gefahrensatz, wonach derjenige, der einen gefährlichen Zustand schafft oder unterhält, die zur Vermeidung eines Schadens*

Özel koruma normu vasfını haiz normların tespiti hukuk düzeninin bütünü dikkate alınarak somut olayda hâkim tarafından yapılacaktır<sup>49</sup>. Ancak bir normun ne zaman temel koruma normu oluşturacağı açık olmakla birlikte, aynı açıklık özel koruma normları için bulunmamaktadır. Bu sebeple özel koruma normunun belirlenebilmesi adına öğretilerde ileri sürülen ölçütler aşağıda ayrı bir başlık altında inceleme konusu olacaktır.

### 3. Objektif Hukuka Aykırılık Teorisi Bakımından “Özel Koruma Normu” Ve “Normun Koruma Amacı Teorisi” Hakkında Bazı Tespitler

#### A- Özel Koruma Normu Kavramı

Davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımının merkezinde “özel koruma normu” kavramı yer almaktadır. Bir mutlak hak ihlalinin olmadığı yerde oluşan bir malvarlığı zararının tazmininin mümkün olup olmaması, bir başka ifade ile mutlak haklar dışında kalan hak ve menfaatleri ihlal eden bir davranışın hukuka aykırılığı bu davranışın bir özel koruma normunu ihlal edip etmediğine bağlıdır<sup>50</sup>. Örneğin borç ilişkisinden kaynaklanan hakları; aile hukukundan veya miras hukukundan kaynaklanan hakları veya salt malvarlığı menfaatlerini ihlallere karşı koruyan normlar bu minvalde normlardır.

Alacak haklarının ihlali söz konusu olduğunda doğrudan bir hukuki korumadan yararlanmaları sözleşmesel sorumluluk hükümleri çerçevesinde tartışmasız mümkündür. Ancak haksız fiil sorumluluğunun hukuka aykırılık unsuru bakımından oluşabilmesi için somut olay özelinde bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Sadece alacak hakkının ihlal edilmiş olması ve hatta borçlunun sözleşme ihlaline bir üçüncü kişi tarafından yönlendirilmiş olması dahi doğrudan hukuka aykırılığı beraberinde getirmeyecektir<sup>51</sup>. Bu

---

*erforderlichen Schutzmassnahmen zu ergreifen hat, ist bei der Verletzung von absoluten Rechtsgütern - im Gegensatz zu reinen Vermögensschäden (BGE 124 III 297 E. 5b S. 300 f.; 119 II 127 E. 3 S. 129 mit Hinweisen) - geeignet, bei Fehlen einer spezifischen Schutznorm eine Widerrechtlichkeit zu begründen.”*

<sup>49</sup> Atamer, s. 75; Abik, s. 371.

<sup>50</sup> Merz, s. 312/313; Oftinger/Stark, II, § 4 N. 103a; Atamer, s. 26; Roberto/Rickenbach, s. 186; Antalya, s. 53.

<sup>51</sup> Bkz: Brehm, Berner Komm, Art. 41 N. 38 – 38a; Akçura/Karaman, s. 570/571; Paksoy, Meliha Sermin, **Sözleşmeyi İhlale Yöneltilme**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 86 vd.

hallerde haksız fiil sorumluluğu bağlamında ancak özel bir koruma normu ihlal edilmişse hukuka aykırılık oluşabilecektir.

Salt malvarlığı zararları bakımından da aynı değerlendirmeyi yapmak mümkündür. Somut olayda özel bir koruma normunun ihlali söz konusu olmalıdır ki, bu koruma normu belirli bir davranışı zorunlu kılsın ve fail bu davranış yükümlülüğüne aykırı davranmış olsun. Aksi takdirde salt malvarlığı zararları için de hukuka aykırılık oluşmadığı için haksız fiil sorumluluğu da oluşmayacaktır<sup>52</sup>.

Yukarıda işaret edilen önemli sonuçları ortaya çıkaracak “özel koruma normlarının” kendilerine bu niteliği kazandıran özelliklerinin ne olduğunun belirlenmesinde fayda bulunmaktadır. Karşılaştırmak amacıyla Alman hukukuna bakıldığında 100 yılı aşkın süredir tartışılan özel koruma normu kavramının tanımlanmasında ve özellikle idare hukuku mevzuatı dahilinde yaptırıma bağlanan ihlaller bakımından netliğin bulunmadığını tespit etmek mümkündür<sup>53</sup>.

Bir normun koruma normu olarak nitelendirilebilmesi için aşağıda belirtilen dört koşulun bir arada bulunması gerekmektedir<sup>54</sup>. İlk olarak, bir davranışı tehlikeli olduğu için yasaklı olması veya bir zararın ortaya çıkmasını engellemek üzere belirli bir davranışı emretmesi gerekmektedir. Bu çerçevede ilgili normun ya bir emir ya da bir yasak içermesi aranmaktadır<sup>55</sup>. İkinci olarak ise, söz konusu normun ihlalinin bir yaptırımla karşılanması gerekmektedir. Ancak kabahatler bakımından öngörülen para cezaları bu niteliğin oluşması için yeterli kabul edilmemektedir, doğrudan Ceza Kanunlarında öngörülen ve cezai yaptırıma bağlanan suçlar koruma normu karakterinin oluşmasında dikkate alınmaktadır<sup>56</sup>. Örneğin, Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen suçlar ilgili hükümlerinde birer yaptırımla karşılandıkları için kural olarak bu minvalde normlardır. Bunun dışında idare hukuku mevzuatında da

<sup>52</sup> Musielak/Hau, N. 1126; , Berner Komm, Art. 41 N. 38d; Kessler, **Basler Komm**, Art. 41 N. 2c; Fellmann/Kottmann, N. 291 ve N. 298 vd.; Çağlayan Aksoy, s. 172/173.

<sup>53</sup> Roberto/Rickenbach, s. 195.

<sup>54</sup> Roberto/Rickenbach, s. 187 – 190; Çağlayan Aksoy, s. 176 – 179.

<sup>55</sup> Roberto/Rickenbach, s. 187.

<sup>56</sup> Roberto/Rickenbach, s. 188/189; Antalya, s. 53. Bu çerçevede tehlike sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 71’in son fıkrasının öğretide önerildiği üzere bir özel koruma normu olarak işlev yürütmesinin olanak dahilinde olup olamayacağı özel olarak değerlendirilmelidir. Anılan görüş için bkz: Başoğlu, s. 179.

çeşitli emir ve yasaklar içeren düzenlemeler mevcuttur. Örneğin imar mevzuatı, gıda güvenliğini ilgilendiren mevzuat ilk akla gelenlerdir<sup>57</sup>. Bunların ihlali de pekala hukuka aykırılığı kurabilecektir<sup>58</sup>. Ayrıca Karayolları Trafik Kanunu, İş Güvenliği Kanunu da pekala bu etkiye sahip olabilir. Yeter ki ilgili hükümler özel koruma normu karakterine haiz olsunlar. Bunun için ayrıca üçüncü olarak, ilgili normun somut olayda zarar gören kişinin menfaatlerini korumayı özel olarak amaçlaması aranmaktadır. Burada normun sağladığı korumanın bireyin menfaatinin korunmasına özgülenmiş olması aranacaktır, yoksa toplumsal menfaatin korunması ya da kamunun genel menfaatin korunması bu anlamda dikkate alınmayacaktır<sup>59</sup>. Bir başka deyişle, ilgili normun koruduğu menfaat zarar görenin dâhil olduğu kişi grubunun bireysel menfaatine karşılık gelmelidir<sup>60</sup>. Dördüncü olarak ise, somut olayda zarar gören kişinin uğradığı türdeki bir zarardan ilgili normun onu korumayı amaçlaması aranır. Dördüncü koşul aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecek olan “normun koruma amacı teorisi” ile öğretide açıklanmaktadır.

#### **a- Normun Koruma Amacı Teorisi**

Yukarıda işaret edildiği üzere, özel koruma normlarının hukuka aykırılığı kurabilmemesinin ön koşulu, söz konusu özel koruma normunun somut olaydaki kişileri ve hukuki değerleri somut olaydaki gibi (bir ihlal tarzına ya da) zararlara karşı korumayı amaç edinmesi gereğidir. Bu üçlü ölçütler bütünü olmaksızın hukuka aykırılık oluşmayacaktır. Davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımı bu açıdan normun koruma amacı teorisi ile birlikte okunmaktadır. Dolayısıyla zarar veren bir davranışın hukuka aykırılığı, sadece bir normun ihlal edilmiş olması ile açıklanamamaktadır. Aynı zamanda söz konusu normun amacı dikkate alınarak ilgili normun kapsam itibarıyla so-

<sup>57</sup> Bkz: Oftinger, Karl/Stark, Emil, **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, Zweiter Band Besonderer Teil - Erster Teilband, § 4 N. 103; Honsell/Isenring/Kessler, § 4 N. 27 – 28; Brehm, Berner Komm, Art. 41 N. 41a.

<sup>58</sup> Hiç kuşkusuz söz konusu mevzuatın ihlalinden doğan zararın bir salt malvarlığı zararı olması gerekmektedir. Mutlak hak ihlalini beraberinde getiren her davranış mutlak hak ihlali nedeniyle halihazırda hukuka aykırıdır. Oftinger /Stark, II, § 4 N. 103a. Ancak bu kabule rağmen, salt malvarlığı zararlarının tazmini için dikkate alınan özel koruma normlarının dar yorumlanması gerektiği, özellikle bu tip zararların tazmin edilebilirliğinin haksız fiil hukukunda istisna oluşturduğu gerekçesiyle idare hukuku mevzuatının da bu dikkatle değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmalıdır. Bkz: Roberto/Rickenbach, s. 200.

<sup>59</sup> Roberto/Rickenbach, s. 187/188.

<sup>60</sup> Roberto, Haftpflichtrecht 2013, N. 04.32.



mut olayda oluşan zararın ortaya çıkmasını engellemeyi amaç edinip edinmemesine bakılmaktadır. Ancak bununla da yetinilmemekte, ayrıca somut normun koruma altına aldığı kişilere ve hukuki değerlere somut olayda zarar gören kişinin ve hukuki değer dâhil olup olmadığı da değerlendirme konusu olmaktadır. Bir başka deyişle, ihlal edilen davranış yükümlülüğünü kuran normun himaye altına almayı hedeflediği kişi grubuna ve hukuki değerlere somut olayda zarar gören “kişi” ile “hukuki değer” dâhil olup olmadığı ve ayrıca ilgili normun somut olayda oluşan zararı (ihlal tarzını) önlemeyi amaçlayıp amaçlamadığına bakılmaktadır<sup>61</sup>. Normun koruma amacı teorisinin haksız fiil sorumluluğunu sınırlamak adına dayanak aldığı bu üçlü ölçütler bütünü aşağıda kısaca örneklendirilerek açıklanacaktır<sup>62</sup>:

### **b- Normun Koruma Altına Aldığı Kişiler: İlgili Norm Kimi Koruyor?**

Bir koruma normunun tazminat sorumluluğu doğurabilmesi için, ilgili normun somut olayda zarar görenin de içinde olduğu kişi grubunu korumak istemesi aranır. Normun korumak istediği kişi grubunun belirlenmesinin kolay olmadığı öğretide ifade edilmektedir. Birkaç örnek üzerinden konunun somutlaştırılması yararlı olacaktır:

- Türk-İsviçre öğretisinde klasikleşmiş bir kürsü örneği olarak, buzlanmaya karşı yapılması gereken tuzlamanın yapılmaması üzerine kaldırımdaya kayıp düşen bir müzisyenin veremediği konser dolayısıyla organizatörün uğradığı zararının tazmininin olanaklı olmaması gösterilmektedir<sup>63</sup>.
- Türk hukukunda tartışılan önemli bir içtihat olarak, İstanbul Boğazı’ndaki tanker kazaları yüzünden denizin kirlenmesi sonucunda balık sayısının azalmasından zarar gören balık avcılarının gelir kaybı tazmini taleplerine ilişkin verilen bir Yargıtay kararı gösterilmektedir. Tazmine konu zarar “yoksun kalınan kar” olup bu bir “salt malvarlığı zararıdır” ve somut olayda ihlal edildiği iddia edilen norm eTTK m. 1062’dir. Bu hükme göre, “*Donatan, gemi adamlarının, zorunlu danışman kılavuzun veya isteğe bağlı kılavuzun görevlerini*

<sup>61</sup> Fellmann/Kottmann, N. 302; Atamer, s. 79 - 85; Sanlı, s. 408; Abik, s. 351; Antalya, s. 54 - 59; Kurtulan, s. 480 - 485.

<sup>62</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: Atamer, s. 80 vd.; Antalya, s. 55 vd.

<sup>63</sup> Eren, Fikret, “Hukuka Aykırılık Bağı ve Normun Koruma Amacı Teorisi”, **Mahmut Koloğlu’na Armağan**, Ankara 1975, s. 461 - 491, s. 472; Atamer, s. 81.

yerine getirirken işledikleri kusur sonucunda üçüncü kişilere verdiği zararlardan sorumludur.” Yargıtay 1984 tarihli bu kararında sorumluluk hukuku kurallarının amaçsal yorumla ele alınmasını ve özellikle çevresel zararların zarar kavramına dâhil edilmesi gerektiğini belirterek “sorumluluk hukukunun genel ve temel kurallarına hukukun temel amacına uygun düşen objektif yorum tarzının kullanılmasına” işaret etmiştir<sup>64</sup>.

- Türk hukukunda sık atıf verilen bir başka karar ise, temel hafriyatı yaptığı sırada eMK m. 662’yi ihlal ederek yolun çökmesine ve bu sebeple bir süre kapalı kalmasına neden olan taşınmaz malikine karşı açılan tazminat davasında davacıların, yolun kapalı kaldığı süre boyunca işletmelerine müşteri gelememesi nedeniyle uğradıkları kazanç kaybının tazmin edilemeyeceğini hüküm altına alan karardır. Davacıların, eMK m. 662’de komşu olarak kabul edilen kişiler arasında bulunmaması nedeniyle bu talep mahkemece reddedilmiştir<sup>65</sup>. Öğretilde haklı olarak eleştirildiği üzere, eMK 662 normunun koruma amacı içinde kalan kişi grubu komşulardır, hiç kuşkusuz davalılar da komşu sıfatını haizdirler<sup>66</sup>, ancak normun korumayı amaçladığı hukuki değer davalıların ticari menfaati ve bu anlamda kazanç kaybının ya da yoksun kalınan karın tazmini değildir<sup>67</sup>. Aşağıda bu kriter üzerinde daha ayrıntılı olarak durulacaktır.

### c- Normun Koruma Altına Aldığı Hukuki Değerler: İlgili Norm Hangi Hukuki Değeri Korumaktadır?

Bir koruma normunun hangi hukuki değerleri koruduğu dikkate alınarak somut olayda zarara uğrayan hukuki değerler bu değerler arasında olup olmadığı araştırması normun koruma amacı teorisinin uygulanması koşullarından

<sup>64</sup> Y. 4. HD 15.5.1984, 792/4746 Karar için bakınız: Tandoğan, Haluk, “Medeni Hukuk Açısından Çevre Kanunu”, **Çevre Kanunu’nun Uygulaması**, Türkiye Çevre Sorunları Vakfı Yayını, Ankara 1987, s. 17-65, s. 31; Atamer s. 83; Kurtulan, s. 482.

<sup>65</sup> Yargıtay 4. HD, E. 1977/13144, K. 1979/38, T. 8.1.1978. Karar ve/veya eleştirisi için bkz: YKD 1979/5, s. 642; Tandoğan, Haluk, “Hukuka Aykırılık Bağı”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I Sempozyumu**, İstanbul 1980, s. 16-19; Atamer, s. 81 dn. 458; Akçura Karaman, s. 572; Çağlayan Aksoy s. 178 dn. 425.

<sup>66</sup> Aynı yönde: Tandoğan, Hukuka Aykırılık Bağı, s. 18.

<sup>67</sup> Tandoğan, Hukuka Aykırılık Bağı, s. 18; Serozan, Rona, “Tazminat Hukukunda Yeni Eğilimler”, **Yargı Dergisi**, Mart 1980, Sayı 47, s. 21-23, s. 21; Çağlayan Aksoy s. 178.

bir değeridir. Eğer somut olayda ihlal edilen hukuki değer normun koruma alanı içinde yer alıyorsa bu aşamada somut olaydaki eylemin hukuka aykırı olduğu sonucuna bir adım daha yaklaşılmış olur. Yukarıdaki gibi birkaç örnek üzerinden konunun somutlaştırılması yararlı olacaktır:

- Orman arazisi ile sınırı bulunan taşınmazı üzerinde inşa ettiği evi dolayısıyla taşınmaz maliki mevzuatın orman arazileri ile yapılar arasında öngördüğü zorunlu mesafeyi korumamışsa, orman arazisinin korunması için öngörülen bu norm ihlal edilmiş olur. İlgili normun koruduğu hukuki değer doğanın korunmasıdır. Komşunun söz konusu ihlal dolayısıyla manzarasının bir kısmının kapanmış olması karşısında “komşularının manzarasının kapanmaması” ilgili normun koruma amacı içinde yer almadığı için komşu TBK m. 49 temelinde hukuka aykırılık iddiasında bulunamayacaktır<sup>68</sup>.
- Ormanın korunması amacıyla ormandaki ağaçların kesilmesi ile ilgili getirilen bir norma aykırı surette ağaç kesilmiş olması kuşkusuz normu ihlal eder. Ancak söz konusu ağaç kesilirken yoldan geçen bir yaya düşen ağaç sebebiyle yaralanacak olursa, normun koruduğu hukuki değer “yayaların vücut bütünlülüğünün/sağlığının kesilen ağaçlar karşısında korunması” olmadığı için ilgili norma aykırılık oluşmayacaktır<sup>69</sup>.
- Seyir güvenliği nedeniyle otobüse binebilecek yolcuların 25 kişi ile sınırlandırılmasına rağmen otobüse 40 yolcunun alınmış olması kuşkusuz ilgili normu ihlal etmektedir. Ancak normun koruma amacı “seyir güvenliği”dir. “Yolcuların malvarlığının korunması” bir hukuki değer olarak bu normun koruma amacı içinde değerlendirilemez. Bu sebeple, norm ihlali sonucu oluşan kalabalıktan istifade eden bir yankesicinin başka bir yolcunun cüzdanını çalması nedeniyle oluşan zarardan otobüs şirketinin bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır<sup>70</sup>.
- Yargıtay 1977 tarihli bir kararında yukarıdaki örneğe çok benzer nitelikte bir sonuca varmıştır. Karara konu olan olayda iki gemi çar-

<sup>68</sup> Oftinger/Stark, II, § 4 N. 101.

<sup>69</sup> BGE 30 II 571 vd. Örnek için ayrıca bkz: Kramer, JZ 1976, s. 342.

<sup>70</sup> Örnek için bkz: Kramer, JZ 1976, s. 342; benzer bir örnek için bkz: Atamer, s. 82.

pışmıştır. Söz konusu kazaya gemilerden birinde bulunan ve “Deniz Ticareti Hukukunun öngördüğü kuralları” çiğneyen bir gemi adamı neden olmuştur ve diğer deniz aracının batmasına neden olmuştur. Somut olayda ise davacı daha önce kiraladığı bu deniz aracının (motorun) batması nedeniyle balık avına çıkamadığı için uğradığı zararın tazmini talep etmektedir. Yargıtay’ın da belirttiği gibi “ihlal edilen koruyucu kural, doğrudan doğruya diğer davalının deniz aracını koruyan bir kuraldır. Davacıların ileri sürdüğü zararlar ihlal edilen kural arasında bir bağ mevcut değildir”<sup>71</sup>.

- Bir başka kararda ise, okul servisi içindeyken meydana gelen kazada başından ve yüzünden yaralanan çocuğu için manevi tazminat talebinde bulunan anne ve babanın eBK m. 47’nin koruduğu kişi çevresi kapsamında olup olmadığı tartışılmıştır. Yargıtay, eBK m. 46-47 ile manevi tazminat talep etme hakkının, doğrudan cismani zarara uğrayan kişiye tanındığını ve yansıma yoluyla aynı eylem nedeniyle manevi üzüntü duyan kişilerin manevi tazminat talep edemeyeceklerini kural olarak kabul etmekle birlikte, somut olaydaki gibi hallerde, ana babanın yansıma yoluyla değil, aynı eylem nedeniyle doğrudan doğruya bir hukuki değer olarak “hukuken korunan ruhi ve asabi sağlık bütünlüğünün” zarara uğradığını ifade ederek ana babanın tazminat taleplerine cevaz vermiştir<sup>72</sup>.

#### **d- Normun Önlemek İstedığı Zarar/Yasakladığı İhlal Tarzı: İlgili Norm Hangi Tehlikelere Karşı Koruma Sağlamaktadır?**

Bir koruma normunun hangi tehlikeleri engelleme amacı taşıdığı belirlenerek somut olayda oluşan ihlal tarzının ve zararının bu amaç kapsamında olup olmadığına bakılır. Bu araştırma normun koruma amacı teorisinin uygulama koşullarından en sonuncusudur. Eğer somut olaydaki ihlal tarzının ve zararın engellenmesi ilgili normun koruma alanı içinde yer alıyorsa bu aşamada somut olaydaki eylemin hukuka aykırı olduğu sonucuna artık varıl-

<sup>71</sup> Y. 4. HD, E. 1977/5312 K. 1978/3193 T. 13.03.1978, Kaynak: www.lexpera.com.

<sup>72</sup> Y. 11. HD, E. 2007/1193 K. 2007/4118 T. 08.03.2007. Aynı yönde: 11. HD, E. 2004/8414 K. 2005/6326 T. 16.06.2005; Haksız fiil sonucu yüzünde meydana gelen kalıcı iz sebebiyle kişinin eşinin manevi zararının normun koruma amacı içinde yer aldığı yönünde: Y. 11. HD, E. 2006/2730, K. 2007/6147, T. 19.04.2007 Kaynak: www.lexpera.com.

miş olur. Yukarıdaki gibi birkaç örnek üzerinden konunun somutlaştırılması yararlı olacaktır:

- Alman Federal Mahkemesi'nin önüne gelen bir olayda trafiğe kapalı olmasına rağmen park amacıyla araç girişine izin verilen bir caddeye transit geçme niyetiyle bir araç girmiştir. Araç caddede seyir halindeyken aynı caddede park halinde bulunan bir araç ağır ihmalle park yerinden çıktığında ise iki araç çarpışmıştır. Hiç kuşkusuz ilk aracın sürücüsü transit geçme yasağının olduğu bu caddeye ilgili normu ihlal ederek girmiştir. Bu aracın içinde yan koltukta bulunan bir yolcu kaza nedeniyle ağır yaralanmıştır. Bunun üzerine zarar gören bu yolcu içinde bulunduğu aracın sürücüsünden zararının tazminini talep etmiştir. Yüksek Mahkeme tazminat talebini reddetmiştir. Zira ihlal edilen normun amacı caddede trafik yoğunluğu oluşmasının önüne geçmektir, yoksa bu tür zararları engellemek değil<sup>73</sup>.
- Demiryollarında çalışan iki işçi harekete geçen trene aceleyle binmek isteyen iki yolcuya yardım ederken, yolculardan birinin elinde bulunan havai fişek ile dolu çanta raylara düşerek büyük bir sarsıntıya neden olur. Peronda bulunan bir kantar bunun etkisi ile düşer ve başka bir yolcuyu yaralar. Somut olayda ihlal edilen normun “demiryolu işçilerinin hareket halindeki trene yolcuların binmesine yardım etme yasağı” olduğu bir an için kabul edilecek olursa, bu norm kuşkusuz somut olaydaki zararı engelleme amacını gütmemektedir<sup>74</sup>.

### **B- Özel Olarak: Hukuka Aykırılık Bağı Teorisi**

“Hukuka Aykırılık Bağı” teorisi Avusturyalı hukukçular<sup>75</sup> tarafından ABGB Art. 1294 ve Art. 1311 hükümlerini daha kullanışlı (“*praktikabel*”) hale getirmek amacıyla geliştirilmiştir<sup>76</sup>. Teorinin hizmet ettiği temel amaç, somut olayda uygulanacak normun uygulama alanı içinde kalmayan

<sup>73</sup> JR 1970, 225. Kararın yorumu için bkz: Kramer, JZ 1976, s. 341 dn 39a.

<sup>74</sup> Örnek için bkz: Kramer, JZ 1976, s. 341 ve dn. 42’de anılan US Supreme Court kararı.

<sup>75</sup> Josef Esser, Hans Carl Nipperdey, Armin Ehrenzweig, Ernst Rabel, Karl Wolff ve Walter Wilburg. Bu tespit için bkz: Kramer, JZ 1976, s. 338; Tarihsel gelişim için ise bkz: Atamer, s. 70 vd.

<sup>76</sup> Bu tespit için bkz: Ernst A. Kramer, “Schutzgesetze und adäquate Kausalität”, JZ 1976, s. 338 – 346, s. 338; Fikentscher, Wolfgang/Heinemann, Andreas, Schuldrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil, Berlin 2017; N. 594.

zararlardan failin sorumluluğunu bertaraf etmektir. Bu konuda bir örnek Bydlinski'yi takiben öğretide sıkça dillendirilmektedir. Buna göre, “*çevrenin korunması amacıyla getirilen normlara aykırı surette ağaçların kesilmesi ile bundan dolayı (kusur olmaksızın) bir kişinin ölmesi arasında hukuka aykırılık bağı yoktur*”<sup>77</sup>.

Hukuka Aykırılık Bağı Teorisi ile Normun Koruma Amacı Teorisi karşılaştırıldığında her iki teorinin ortak dayanağının “*ne ultra legem restituetur* (Norm dışı zararlar tazmin edilmez)” ilkesi olduğu, ancak “*hukuka aykırılık bağının olmadığı*” ifadesi kullanıldığında bunun normun kapsamının belirlenmesinde asıl meseleleri gölgelediği, tazmin edilecek zararların belirlenmesinde normun himayesinde “hangi zararın, kimin zararının ve hangi surette meydana gelen zararın” kaldığının öne çıkması gerektiği, bu ihtiyacın ise Normun Koruma Amacı Teorisi terimi ile karşılandığı ifade edilmektedir<sup>78</sup>. Ayrıca “*hukuka aykırılık bağının bulunmaması*” ile kastedilenin “*somut olaydaki zararın normun uygulama alanının dışında kaldığı*” tespiti ibaret olduğu ve aslında hâlihazırda ilgili normun hukuka uygunluğa veya aykırılığa ilişkin sınırları koyduğu belirtilmektedir<sup>79</sup>. Bu doğrultuda önemli bir diğer tespit ise, hukuka aykırılık unsurunun aranmadığı hallerde, sorumluluğun kurulmasında ve sınırlanmasında dikkate alınacak davranış normunun kapsamının belirlenmesinde “normun koruma amacı” ibaresinin daha *kucaklayıcı* olduğudur<sup>80</sup>.

Bugün gelinen noktada Avusturya hukukuna özgü “hukuka aykırılık bağı” (“*Rechtswidrigkeitszusammenhang*”) teriminin Alman hukukunda reddedilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Gerekçe olarak tazminat hukukuna sınırlı sayıdalık ilkesinin (“*Enumerationsprinzip*”)<sup>81</sup> hâkim olması nedeniyle hukuka aykırılık bağı teorisinin uygulanmasının anlamlı olmayacağı, anılan terim altında yapılan tartışmaların illiyet ve zarar başlıkları altında hâlihazırda yapılmakta olduğuna dikkat çekilmektedir<sup>82</sup>.

77 Bydlinski, Franz, **Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht**, 1964, s. 41 vd. Karş. Yukarıda dn. 61 altında belirtilen BGE 30 II 571. Benzer bir örnek için ayrıca bkz: Kramer, JZ 1976, s. 342.

78 Fikentscher/Heinemann, N. 594.

79 Fikentscher/Heinemann, N. 594.

80 Atamer, s. 74.

81 Fikentscher/Heinemann, N. 594.

82 Fikentscher/Heinemann, N. 594.

### III.ÖĞRETİDE VE YARGI UYGULAMASINDA OBJEKTİF HUKUKA AYKIRILIK TEORİSİ

#### 1. Öğretide Objektif Hukuka Aykırılık Teorisi

İsviçre-Türk öğretisinde baskın görüş objektif hukuka aykırılık teorisini savunmaktadır<sup>83</sup>. İsviçre öğretisinde objektif hukuka aykırılık teorisine ilişkin ilk temeli atan yazar Andreas von Tuhr olup, onun 1893 tarihli makalesinde<sup>84</sup> ifade ettiği üzere, haksız fiil sorumluluğu, ya doğrudan bir hakkın ihlali ya da bir koruma normu ile korunan bir hukuki değer ihlali nedeniyle oluşur. O günden bu yana, özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısında söz konusu teorisinin İsviçre hukukunda baskın görüşü oluşturduğunu birçok yazar tespit etmektedir<sup>85</sup>. Türk hukukunda da hâlihazırda objektif hukuka aykırılık teorisini baskın görüşü oluşturmaktadır<sup>86</sup>.

#### 2. Yargı Uygulamasında Objektif Hukuka Aykırılık Teorisi

##### A- İsviçre Federal Mahkemesi Kararları'nda Objektif Hukuka Aykırılık Teorisi

İsviçre Federal Mahkemesi'nin yerleşik içtihadı uyarınca genel haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen İsviçre BK m. 41'in temelinde objektif hukuka aykırılık teorisi bulunmaktadır<sup>87</sup>:

<sup>83</sup> Tandoğan, Mesuliyet, s. 17; Kaneti, Hukuka Aykırılık, s. 82; Hatemi, Hüseyin, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK m. 65 Kuralı)**, İstanbul 1976, s. 17/18; Eren, s. 609, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 478; Oğuzman/Öz, s. 14; Oftinger/Stark, I, § 4 N. 9; Oser, **Zürcher Kommentar**, Ziff. III/2 zu Art. 41 OR; Brehm, Berner Komm, Art. 41 N. 33c; Kessler, Basler Komm, Art 41 N. 31; Honsell, Heinrich/Isenring, Bernhard/Kessler, Martin A, **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, Zürich 2013, § 4 N. 1.; Schwenzler, N. 50.04; Rey, Heinz, **Ausservertragliches Haftpflichtrecht**, Zürich 1995, N. 670 vd; Nomer, N. 101.1.

<sup>84</sup> von Tuhr, Andreas, "Rezension von Rensing, Die Widerrechtlichkeit als Schadenersatzgrund nach schweizerischem Obligationenrecht und dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich", **ZSR** 12 (1893), s. 326 vd.

<sup>85</sup> Roberto, Haftpflichtrecht 2013, N.04.02; Verde, Straftatbestände, N. 326.

<sup>86</sup> Tandoğan, Mesuliyet, s. 17; Kaneti, Hukuka Aykırılık, s. 82; Hatemi, s. 17/18; Eren, s. 610-611, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 478, s.643; Oğuzman/Öz, s. 14.

<sup>87</sup> BGE 132 II 305 E. 4.1 S. 318; 132 II 449 E. 3.3; 123 II 577 E. 4c S. 481; 126 III 522 ve bu kararda anılan eski tarihli kararlar.



*“Zarar veren bir davranışın hukuka aykırı olduğunun kabul edilebilmesi için bu davranışın, hukuk düzeninin yazılı ya da yazılı olmayan ve zarar gören hukuki değeri koruyan davranış kurallarını ihlal etmiş olması gerekmektedir.(tya<sup>88</sup>)<sup>89</sup>”*

*“Buna göre hukuka aykırılık, objektif hukuka aykırılık teorisi gereğince, bir hukuka uygunluk nedeni olmaksızın zarar gören kişinin bir mutlak hakkının ihlal edilmiş olması (sonucun hukuka aykırılığı) nedeniyle ya da normun koruma amacı çerçevesinde somut olaydaki zararı engelleme amacı güden bir koruma normunun ihlali sonucu bir salt malvarlığı zararının oluşmasından (davranışın hukuka aykırılığı nedeniyle) doğar(tya)<sup>90</sup>.”*

## **B- Yargıtay Kararlarında Objektif Hukuka Aykırılık Teorisi**

Yargıtay’ın da objektif hukuka aykırılık teorisini açıklıkla benimsediğini yeni tarihli bir İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kararı<sup>91</sup> çerçevesinde söylemek yanlış olmayacaktır:

*“Haksız fiil hukuku bakımından hukuka aykırılık, “kişilerin mal ve şahıs varlıklarını doğrudan doğruya veya dolaylı bir şekilde koruma amacı güden, yazılı ya da yazılı olmayan emredici davranış kurallarının ihlali” dir. Kişilerin mal ve şahıs varlıklarının hukuk düzeni tarafından doğrudan doğruya korunması, herhangi bir hukuka uygunluk sebebi bulunmadıkça, mutlak hak ihlallerinin hukuka aykırı kabul edilmesini ifade eder. Nitekim mutlak haklar, herkese karşı ileri sürülebilen yani hukuk düzeninin herkesi herkese karşı riayetle mükellef kıldığı haklar olarak nitelendirilir. Şahıs varlığı değerlerinden olmak üzere, yaşam hakkı ve beden bütünlüğü ile sosyal ve manevî kişilik hakları; mal varlığı değerlerinden ise aynı haklar, bilhassa mülkiyet, hukuk düzeni tarafından bu şekilde korunan haklardır. Üstelik bu hakların ihlalinin, özel bir hukuka uygunluk sebebi bulunmadıkça hukuka aykırı kabul edilmesi, çeşitli hukuka aykırılık teorileri açısından ortak bir anlayışı ifade etmektedir. Buna karşılık, mutlak haklar dışında kalan diğer menfaatlerin ihlalinin hukuka aykırı olarak kabul edilebilmesi, objektif*

<sup>88</sup> Tercüme yazara aittir.

<sup>89</sup> BGE 88 II 280: “Ein schädigendes Verhalten gilt dann als widerrechtlich, wenn es gegen geschriebene oder ungeschriebene Gebote oder Verbote der Rechtsordnung verstösst, die dem Schutz des verletzten Rechtsgutes dienen.”

<sup>90</sup> BGE 2C\_936/2012 T: 14.01.2013 (Erwägung 2.2).

<sup>91</sup> İBBGK, E. 2017/5 K. 2018/7, 06.07.2018.

*hukuka aykırılık teorisine göre, bir özel koruma normunun varlığına ve bu norm ile ihlal edilen menfaat arasında ayrıca hukuka aykırılık bağının bulunmasına bağlıdır.”*

Yargıtay’ın objektif hukuka aykırılık teorisini benimsediğini gösteren eski tarihli birçok kararı<sup>92</sup> da bulunmaktadır.

#### **IV. OBJEKTİF HUKUKA AYKIRILIK TEORİSİNE YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER**

##### **1. Genel Olarak**

Türk-İsviçre Hukuku açısından objektif hukuka aykırılık teorisine yöneltebilecek en önemli eleştiri, TBK m. 49 ile Art. 41 OR dikkate alındığında teorinin dayandığı “sonucun hukuka aykırılığı – davranışın hukuka aykırılığı” yaklaşımlarına *de lege lata* dayanak sağlayamamasıdır<sup>93</sup>. Zira ilgili hükümde “Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.” denilerek haksız fiilin unsurlarından hukuka aykırılık bir unsur olarak sayılmakta ve hukuka aykırılığın neyi ifade ettiği konusunda yasakoyucu bir hüküm içi boşluk yaratarak sessiz kalmaktadır<sup>94</sup>. Hiç kuşkusuz bu soyutluk hâkime hareket serbestisi sağlayan bir yaklaşımdır<sup>95</sup>. Zira bu sayede, yukarıda ifade edildiği üzere, ilerleyen teknoloji, değişen hayat algısı ve ihtiyaçlarla birlikte oluşan toplumsal dönüşümlere ayak uydurabilecek bir takdir alanı yaratılmaktadır.

TBK m. 49 hükmünün uygulanabilir olması için ise somutlaştırılması zorunludur. Bu noktada, öğretilerde ifade edildiği üzere, bir fiilin hangi koşullar gerçekleşince hukuka aykırı olacağını belirlenmesinde Alman hukukunda § 823 BGB bağlamında ileri sürülen ölçütlerin Türk-İsviçre hukuk literatüründe ve uygulamasında da etkili olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır<sup>96</sup>. Nitekim § 823 BGB’nin lafzı nedeniyle yapılan “mutlak hak

<sup>92</sup> Bu yöndeki tespit için bkz: Kaneti, Hukuka Aykırılık, s. 84 dn. 21’de anılan 1938 ve 1950 tarihli Yargıtay kararları.

<sup>93</sup> Roberto, *AJP/PJA* 5/99, s. 518; Stöckli, Hubert, “Notizen zur Widerrechtlichkeit”, in: *Festschrift für Franz Riklin*, Zürich 2007, s. 237.

<sup>94</sup> Stöckli, s. 237.

<sup>95</sup> Stöckli, s. 237.

<sup>96</sup> Kramer, Ernst A., “Der Einfluss des BGB auf das schweizerische und österreichische Privatrecht”, *AcP* 200 (2000), Heft 3/4, s. 365-400, s. 380/381; Ingeborg Schwenzer, “Rezeption

ihlalden doğan zarar ile salt malvarlığı zararı” ayrımı temelinde Türk-İsviçre hukukunda da haksız fiil sorumluluğunda hukuka aykırılık unsuru tanımlanmaktadır. Bu eğilimin ise hukuk güvenliği adına sorgulanması gerekmektedir. Özellikle bu kabulle birlikte söz konusu ayrıma özgü hukuki sorunların da ithal edilmekte olduğuna işaret edilmelidir<sup>97</sup>. Oysa TBK m. 49’un lafzına bakıldığında mutlak hak ihlalden doğan zararlar ile salt malvarlığı zararların tazmini bakımından hükmün *de lege lata* bir ayrıma gitmediği aşikârdır. Türk-İsviçre hukukundaki bu eğilimin beraberinde getirdiği sonuçlar aşağıda iki çarpıcı örnek üzerinden tartışılacaktır:

Her iki örnekte somut zarar “üretim sekteye uğraması nedeniyle kazanç kaybı” olarak düşünüldüğünde, zarar bir mutlak hakkın ihlalden doğmuşsa her halükarda tazmin edilecekken (ilk örnek), bir salt malvarlığı zararı olarak doğmuşsa ancak bir özel koruma normunun koruma alanı içinde olması koşuluyla tazmin edilebilecektir (ikinci örnek)<sup>98</sup>.

İlk örnekte fabrikada kullanılan makinalara zarar verildiği düşünülecek olursa, sadece mülkiyet hakkının ihlali üretim kaybından doğan zararın giderilmesi için yeterli olacaktır. İkinci örnekte ise, üretimde kullanılan makina-ya doğrudan bir zarar vermeden, fabrikaya elektrik sağlayan dağıtım şirketine ait kabloya zarar verilmesi nedeniyle üretimin durması halinde, oluşan kazanç kaybının ancak bir özel koruma normunun varlığı halinde tazmini mümkün olabilecektir. Bir özel koruma normu yoksa ya da özel koruma normunun koruma alanına somut olaydaki koşullar dahil değilse, zararın tazmini mümkün olmayacaktır. Birbirine benzeyen iki örnek açısından çok net

---

deutschen Rechtsdenkens im schweizerischen Obligationenrecht”, in: Ingeborg Schwenzer (Hrsg), **Schuldrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung an der Schwelle des 21. Jahrhunderts**, Tübingen 1999, s. 59 – 88, s. 63/64; Stöckli, s. 232; Cartier, N.85; Akçura/Karaman, s. 564; Çağlayan Aksoy, s. 157 vd; Kırca, s. 17; Kurtulan, s. 477 ve özellikle s. 500’deki tespitler.

<sup>97</sup> Stöckli, s. 236/237. Alman hukuku özelinde bu sorunlara işaret etmesi nedeniyle bkz: Jansen, Nils, Das Problem der Rechtswidrigkeit bei § 823 Abs. 1 BGB, **AcP** 202 (2002), 517 – 554; Picker, Eduard, Deliktsrechtlicher Eigentumsschutz bei Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung, **JZ** 11/2010, s. 541 – 553.

<sup>98</sup> Her iki örnek İsviçre Federal Mahkemesi’nin aşağıda ayrıca tartışılacak “*Kabelbruchfälle*” olarak öğretide anılan kararlarından esinlenerek kurgulanmıştır. Benzer bir tartışma Almanya’da BGH tarafından verilen kararlar nedeniyle de yapılmıştır: Lorandi, Franco, Haftung für reinen Vermögensschaden, **recht** 1990, s. 19 – 26, s. 24. dn. 46’da anılan kararlar.

bir şekilde farklı sonuçlara ulaşılmış olmasını açıklamak mümkün görünmemektedir<sup>99</sup>.

Bir diğer genel eleştiri noktası, objektif hukuka aykırılık teorisi çerçevesinde hukuka aykırılığın tespitinde temel bazı zorlukların bulunmasıdır. Bu temel zorluklara her iki yaklaşım özelinde ayrı surette aşağıda işaret edilecektir.

## 2. Özel Olarak Sonucun Hukuka Aykırılık Yaklaşımına Yöneltilen Eleştiriler

Sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımına yöneltilen en temel eleştiri, sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımının kimi sorunlar karşısında yetersiz kalması ya da amacı aşan sonuçlara neden olmasıdır. Bu durumun bertaraf edilmesi amacıyla somut olay özelinde sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımının neden olduğu sonuçlar davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımı ile düzeltilmesi yoluna gidilmektedir. Kuşkusuz hukuka aykırılığın oluşmasında mutlak hakkın ihlal edilmiş olmasından ziyade sonuca neden olan davranışın kendisi hukuka aykırı kabul edilmelidir<sup>100</sup>. Zira hukuka aykırılık oluşturan davranışın kendisi zararı doğurmaktadır<sup>101</sup>. Bu sebeple sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımının aksaklıkları davranışın hukuka aykırı yaklaşımı ile düzeltilebilmektedir:

i. Sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımı ile mutlak hak ihlalinin ve dolayısıyla hukuka aykırılığın tespiti için öncelikle mutlak hakkın koruma alanı belirlenmelidir. Ancak bazen bu sınırların tayini kolaylıkla mümkün olmamaktadır. Örneğin kişilik hakkı gibi bir mutlak hakkın koruma alanının belirlenmesi bu zorluğu beraberinde getirmektedir<sup>102</sup>. Özel hayat, itibar, onur

<sup>99</sup> Büyüksağış, N. 292.

<sup>100</sup> Giger, s. 382; Portmann, Wolfgang, “Erfolgsunrecht oder Verhaltensunrecht? Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Widerrechtlichkeit und Verschulden im Haftpflichtrecht”, in: **SJZ** 93 (1997) s. 273–279, s. 275; Verde, Straftatbestände, N. 334. Bir örnekle açıklamak gerekirse, hukuka aykırılığın oluşmasında temel neden bir kişiye kurşun isabet etmiş olması nedeniyle kişinin vurulmuş olması değil, bir başka kişinin ona ateş etmiş olmasıdır. Örnek için bkz: Bosshard, s. 16.

<sup>101</sup> Portmann, s. 275.

<sup>102</sup> Musielak/Hau, N. 1128; Cartier, N. 114: Yazar örnek olarak kişinin serbestçe ekonomik faaliyetlerde bulunma hakkını göstermektedir. Rekabet içindeki kişilerin ekonomik faaliyetlerinde birbirini engellemesinin ya da saf dışı bırakmasının başlı başına kişilik hakkı ihlali

gibi değerlerin korunması gündeme geldiğinde kişilik hakkının koruma alanının belirlenmesi ancak davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımı ile mümkün olabilmektedir<sup>103</sup>. Bu çerçevede adeta bir özel koruma normunun koruma alanının tayin edilmesi yoluyla davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımı temelinde sonuca ulaşılmaktadır<sup>104</sup>. Bir diğer örnek, fikri hakların koruma alanının belirlenmesinin yaşattığı zorluktur. Tıpkı kişilik hakkında olduğu gibi fikri hakların içerik ve kapsam itibariyle sınırlarının belirlenmesi de davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımı ile sağlanabilmektedir<sup>105</sup>.

ii. Her mutlak hak ihlalinin başlı başına hukuka aykırı kabul edilmesi, örneğin sosyal açıdan gerekli olmasına rağmen tehlike arz eden faaliyetlere ilişkin olası risklerin gerçekleşmesiyle meydana gelen zararlar bakımından durum dikkat çekicidir. Bu zararların mutlak hakkın dolaylı ihlali yoluyla ortaya çıkması halinde dahi sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımı nedeniyle tazminat sorumluluğunun oluşması bir diğer eleştiri noktasıdır<sup>106</sup>. Bu kabulün özellikle tehlikeli bir ürünün (örneğin çeşitli taşıtlar, yanıcı ürünler gibi) üretimi ve piyasaya arzı konusunda girişimciliği engelleyeceği açıktır<sup>107</sup>. Her ne kadar haksız fiilin diğer unsurlarının da tamam olması koşuluyla tazminat sorumluluğunun ortaya çıkabileceği kuşkusuz olsa da, hukuka aykırılık unsurunun mutlak hakkın dolaylı ihlali ile eş zamanlı gerçekleştiğinin kabulü bu sonucu doğuracaktır. Bu çerçevede aynı eylem bir zarara neden olduğu ihtimalde hukuka aykırı olarak nitelendirilecekken, zararın oluşmadığı bir ihtimalde hukuka uygun kabul edilecektir<sup>108</sup>. Buna karşılık öğretide savunulduğu üzere, kişi işlem hayatının gerektirdiği tüm yükümlülüklerle (Ver-

---

olarak görülmediğini, ancak menfaatlerinin karşılıklı tartılması suretiyle gerçekten somut davranışın bir ihlal oluşturup oluşturmadığının tayin edildiğini BGE 86 II 365, 367'e dayanarak ifade etmektedir. Ayrıca bkz: Otfinger/Stark, II, 4 N. 64 vd.

<sup>103</sup> Cartier, N. 114.

<sup>104</sup> Roberto, AJP/PJA 5/99, s. 519; Karaman Akçura, s. 567; Cartier, N. 114.

<sup>105</sup> Cartier, N. 116-117.

<sup>106</sup> Fellmann, ZSR 2009, s. 484; Portmann, s. 275; Cartier, N. 124; Roberto, Haftpflichtrecht 2002, N. 265; Karaman Akçura, s. 568; Çağlayan Aksoy, s. 166.

<sup>107</sup> Girişimci piyasaya ürünü arz ederken davranışının hukuka aykırı olup olmadığını bilemeyecektir. Zira zarar meydana gelmezse hukuka uygun, zarar meydana gelirse de hukuka aykırı hareket etmiş olduğu kabul edilecektir. Bu kabul ise hukuk güvenliğini sarstığı kadar sorumluluk hukukunun önleyicilik vasfına aykırıdır. Bkz: Portmann, s. 275; Cartier, N. 135.

<sup>108</sup> Portmann, s. 275; Verde, Straftatbestände, N. 334; Fellmann/Kottmann, N. 307.

kehrspflichten/ Verkehrssicherungspflichten<sup>109</sup>) uygun davranmış olması halinde, kişinin davranışı işlem hayatına uygun kabul edilecektir ve dolayısıyla mutlak hakkın dolaylı ihlali ile sonuçlansa da kişinin davranışı hukuka aykırı kabul edilmeyecektir<sup>110</sup>. Ancak kişinin zararı ortaya çıkaran davranışı incelendiğinde kişi işlem hayatında uyması gereken yükümlülüklerle aykırı davranmışsa, davranışının hukuka aykırı olması nedeniyle hukuka aykırılık oluşacaktır<sup>111</sup>. Görüldüğü üzere, burada da mutlak hak ihlali (sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımı ile) tek başına haksız fiil sorumluluğunun oluşmasında yeterli ve adil görülmemekte, davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımı ile hukuka aykırılık araştırması yapılarak amacı aşan sonuçların oluşması engellenmektedir.

iii. Yapmama fiilinin oluşturacağı ihlali önlemek üzere önleme davası açılabilmesi için söz konusu davranışın hukuka aykırı olması gerekir. Sonuç hukuka aykırılığı yaklaşımı hukuka aykırılığı sonuç odaklı tespit ettiği için ancak sonuç gerçekleştikten sonra onu ortaya çıkaran davranışın hukuka aykırı olduğunu ifade edebilmektedir. Bu kabulün doğal sonucu yapmama fiilerinde sonuç doğmadan davranışın halihazırda hukuka uygun olması nedeniyle önleme davası açılmayacaktır. Bu durum yapmama fiilleri yönünden söz konusu yaklaşımın ortaya çıkardığı önemli bir aksaklıktır<sup>112</sup>.

iv. Benzer bir aksaklık hukuka uygunluk nedeni oluşturan haklı savunma açısından ortaya çıkmaktadır. Sonuç gerçekleşmeden davranış hukuka aykırı olamayacaksa, kişinin haklı savunma oluşturan davranışları hukuka aykırı olacaktır. Bu da amacı aşan bir sonuç olacaktır<sup>113</sup>.

v. Başka bir eleştiri noktası, yapmama fiillerinden doğan zararların tazmin edilmesi açısından karşımıza çıkmaktadır. Salt sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımı ile yetinilecek olursa, yerde olup da kaldırılmayan bir muz kabuğu nedeniyle bir başkasının kayarak düşmesi ve yaralanması ihtima-

<sup>109</sup> İşlem hayatının gerektirdiği tedbirleri alma yükümlülüğü olarak tercüme edilebilecek bu terim, aslında haksız fiil hukukundan doğan ve zarar doğurabilecek tehlikeleri bertaraf etmeyi gerektiren davranış yükümlülüklerini ifade etmektedir. Bkz: Palandt/Sprau, § 823 N. 26; Musielak/Hau, N. 1129.

<sup>110</sup> Gabriel, N. 347; Roberto, Haftpflichtrecht 2002, N. 266 ve 268; Cartier, N. 131; Çağlayan Aksoy, s. 166/167.

<sup>111</sup> Cartier, N. 131 ve 132.

<sup>112</sup> Portmann, s. 275; Honsell/Isenring/Kessler, § 4 N. 2.

<sup>113</sup> Portmann, s. 276. Karş. Verde, Jusletter, s. 46 – 49.

linde dahi, mutlak hak ihlali gerçekleştiği için hukuka aykırılık oluşacaktır. Oysa buradaki yapmama fiilinin bir tazminat sorumluluğuna yol açabilmesi, ancak o muz kabuğunun kaldırılmasını zorunlu kılan ve dolayısıyla somut olaydaki gibi bir tehlikeyi bertaraf etme amacını güden bir davranış normunun ihlal edilmiş olmasına bağlıdır. Bu açıdan da davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımı ile amacı aşan sonuçların doğmasına engel olunacaktır<sup>114</sup>.

vi. Bir diğer eleştiri noktası, adam çalıştırmanın sorumluluğu gibi kusursuz sorumluluk hallerinde, sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımının yetersiz kalmasıdır. Adam çalıştırmanın hukuka aykırı fiili nedeniyle bir üçüncü kişinin zarar görmesi varsayımına dayanan bu sorumluluk türü bakımından adam çalıştırmanın da özen borcunu ihlal etmiş olması aranır. Bir başka deyişle, çalışanın davranışı inceleme konusu olur, bu davranışın hukuka aykırı olması aranır ve adam çalıştırmanın bu davranışı engellememiş olması sorumluluğu doğurur. Salt sonucun hukuka aykırılığı ile yetinilmiş olsa, bu sorumluluk türünde sorumluluğu kurmak mümkün olmayacaktır<sup>115</sup>.

### 3. Özel Olarak Davranışın Hukuka Aykırılığı Yaklaşımına Yöneltilen Eleştiriler

Davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımına yöneltilen en önemli eleştiri, salt malvarlığı zararlarının tazmini için zorunlu olan özel koruma normu kavramına odaklanmaktadır. Somut olayda etkili olacak özel koruma normunun olup olmadığı aslında tamamen rastlantıdan ibaret olmaktadır<sup>116</sup>. Özellikle birbirine çok benzeyen iki olay arasında sırf birinde bir özel koruma normunun olmayışı bu iki benzer olay bakımından farklı bir hukuki sonuca götürebilmektedir. Öğretide bu durum keyfilik olarak nitelendirilerek eleştirilmektedir<sup>117</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına konu olmuş benzer özellikteki iki önemli örneğin anılması söz konusu eleştiriye netleştirmek adına yararlı olacaktır:

İlk karara konu olan olayda bir inşaat şirketi kepçe olarak tabir edilen bir iş makinası ile arazide çalışma yaparken bir elektrik dağıtım şirketine ait

<sup>114</sup> Cartier, N. 143; Verde, Straftatbestände, N. 332; Fellmann/Kottmann, N. 306. Ayroca bkz: Kaneti, s. 123 vd.

<sup>115</sup> Karaman/Akçura, s. 567; Fellmann/Kottmann, N. 311.

<sup>116</sup> Lorandi, s. 25; Gauch, recht 1996, s. 233; Roberto, AJP/PJA, s. 518; Büyüksağış, N. 293.

<sup>117</sup> Kramer, recht 1984, s. 133; Gauch, s. 232; Roberto, AJP/PJA 5/99, s. 518; Gauch/Sweet, s. 122; Çağlayan Aksoy, s. 182.



elektrik kablosunu yanlışlıkla koparmıştır. Birkaç saatliğine bölgeye elektrik verilememesi nedeniyle iki şirket üretimi durdurmak zorunda kalmış ve önemli surette maddi zarara uğramıştır. Hiç kuşkusuz bu zarar bir salt malvarlığı zararlarıdır. İsviçre Federal Mahkemesi, İsviçre Ceza Kanunu'nun 239. maddesini<sup>118</sup> bir özel koruma normu olarak dikkate alarak söz konusu zararın anılan normun koruma amacı dahilinde yer aldığı sonucuna varmıştır<sup>119</sup>.

İkinci karara konu olan olayda ise, çiftçilikle uğraşan bir şirketin çalışanı şirketin hasılat kirası ile kiracısı bulunduğu arazideki toprağı traktöre takılan bir ekskavatör tırnığı ile gevşetirken bir engel ile karşılaşır ve bunun derindeki bir taş olduğunu düşünür. Tekrar geri dönüp daha büyük bir hızla taşın bulunduğu inandığı yerdeki toprağı zorlar ve sonuçta bir elektrik kablosunun kopmasına yol açar. Birkaç saatliğine bölgeye elektrik verilememesi nedeniyle iki şirket üretimi durdurmak zorunda kalır ve önemli surette maddi zarara uğrar. Somut olayda özel koruma normu olarak dikkate alınan İsviçre Karayolları Trafik Kanunu'nun 58. maddesinin koruma amacı içinde sadece kişi varlığı zararları ile eşyaya verilen zararlar yer aldığı gerekçesiyle İsviçre Federal Mahkemesi söz konusu şirketlerin tazminat taleplerine cevaz vermez<sup>120</sup>.

Yukarıda anılan iki örnekte de görüldüğü üzere, objektif hukuka aykırılık teorisi esas alınarak salt malvarlığı zararlarının kural olarak tazmin edilmemesi ve ancak bir özel koruma normu varsa istisnaen tazmin edilebilmesi çelişkili uygulamalara neden olmaktadır<sup>121</sup>. Objektif hukuka aykırılık teorisinin öğretilde gördüğü en önemli eleştiri de salt malvarlığı zararlarının uğradığı bu ayrımcılıktır<sup>122</sup>.

<sup>118</sup> Anılan hükme göre, kamuya sunulan su, ışık, ısı gibi hizmetlerin sunulmasına engel olan kişiler ceza yaptırımını ile karşı karşıya kalacaktır.

<sup>119</sup> BGE 102 II 85.

<sup>120</sup> BGE 106 II 75.

<sup>121</sup> Büyüksağış, N. 290.

<sup>122</sup> Werro, s. 383, Cartier, N. 237 vd; Gauch/Sweet, s. 119; Kramer, Ernst A, "Reine Vermögensschäden" als Folge von Stromkabelschädigungen, **recht** 1984, s. 128 – 134, s. 132; Weber, Stephan, Von der Entstehung durch unerlaubte Handlung zur Entstehung durch Schädigung, in: Gauch, Peter/ Schmid, Jörg, **Die Rechtsentwicklung an der Schwelle des 21. Jahrhunderts**, Zürich 2001, Schulthess Juristische Medien, s. 254 - 300, s. 270; Lorandi, s. 25. Karş: Jaun, Manuel, **Haftung für Sorgfaltspflichtverletzung**, Bern 2007, Staempfli Verlag, s. 481.

Öğretide ileri sürülen bir diğer eleştiri ise, somut olay adaletini sağlamak adına hakimın söz konusu keyfilik aşmak amacıyla hakkaniyet gereği bir norma özel koruma normu özelliğini yakıştırarak tazminat sorumluluğunun bulunduğu sonucuna varabilmesidir<sup>123</sup>. Bu eğilimin hukuk güvenliği adına eleştirilmesi gerektiği açıktır<sup>124</sup>.

Salt malvarlığı zararlarının tazmini bakımından uygulanacak özel koruma normunun belirlenmesi halinde dahi bir diğer zorluk haksız fiil sorumluluğun diğer şartları açısından ortaya çıkmaktadır. Öğretide salt malvarlığı zararlarını koruyan bu normun kapsamı dahilinde somut olayda bir korumanın bahsedileceği ileri sürülmektedir<sup>125</sup>. Bir başka ifade ile tartışılması gereken haksız fiil sorumluluğunun diğer kurucu unsurları açısından özel koruma normunun etki sahasıdır. Örneğin, özel koruma normunun gerektirdiği kusur derecesi ile mi tazminat sorumluluğuna yol açılmış olacak, yoksa TBK m. 49 özelinde yeterli görülen hafif ihmal ile mi zararın verilmiş olması yeterli olacak?<sup>126</sup> Hatta özel koruma normunun kusuru aramadığı bir ihtimalde, TBK m. 49'de olduğu gibi en azından hafif ihmal mi aranacak? Bu sorulara kolaylıkla cevap vermek mümkün görünmemektedir. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi'nin yerleşik içtihadı söz konusu tartışma karşısında yol gösterici niteliktedir. Yüksek Mahkeme tazminat sorumluluğunun oluşabilmesi için her hal ve şartta özel koruma normunun aradığı koşulların oluşması gerektiğine işaret etmektedir. Örneğin somut olayda dolandırıcılık suçunu düzenleyen Ceza Kanunu hükmü bir özel koruma normu olarak dikkate alındığında, tazminat sorumluluğunun doğabilmesi için suçun unsurlarının oluşmuş olması aranmaktadır. Dolayısıyla hafif ihmal ile dolandırıcılık suçu işlenemeyeceği için tazminat sorumluluğu da olamayacaktır<sup>127</sup>.

Özel koruma normu kavramının yarattığı ve yukarıda anılan belirsizlikler açıkçası davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımını da tartışmaya açmaktadır.

<sup>123</sup> Brehm, Berner Komm, Art. 41 N. 33g; Kramer, s. 133; Werro, s. 383; Çağlayan Aksoy, s. 182 vd.

<sup>124</sup> Lorandi, s. 25; Jaun, s. 481.

<sup>125</sup> Aepli, Viktor, Zum Verschuldensmassstab bei der Haftung für reinen Vermögensschaden nach Art. 41 OR, *SJZ* 93/1997, s. 405 – 409; s. 407.

<sup>126</sup> Aepli, s. 408.

<sup>127</sup> BGer 4C.410/2005 v. 1.6.2006, E. 5.

## SONUÇ

TBK m. 49’da “Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.” denilerek haksız fiilin unsurlarından hukuka aykırılık bir unsur olarak sayılmakta ve hukuka aykırılığın neyi ifade ettiği konusunda yasakoyucu bir hüküm içi boşluk yaratarak susmaktadır. Hükümün uygulanabilir olması adına bir fiilin hangi koşullar gerçekleşince hukuka aykırı olacağının belirlenmesi gerekmektedir. Bu amaçla öğretide savunulan iki teori bugün artık klasik hukuka aykırılık teorisi olarak tanımlanabilir. İlki sübjektif hukuka aykırılık teorisi iken, ikincisi objektif hukuka aykırılık teorisidir.

Sübjektif hukuka aykırılık teorisinin temelinde yer alan belirleyici ölçüt eylemi hukuka uygun kılan bir hukuka uygunluk nedeninin olup olmamasıdır. Bu teoriye yöneltilen en güçlü eleştiri, haksız fiil hukukunun işlerliği adına hukuka uygunluk nedenlerinden oluşan yeni bir sistemin oluşturulması ihtiyacı ile öğretiyi ve uygulamayı karşı karşıya bırakmasıdır. Zira ya tüm ihtimalleri göz önünde tutan, kazuistik şekilde hazırlanacak bir hukuka uygunluk sebepleri kataloğu ile haksız fiil sorumluluğunun sınırlandırılması gerekecek; ya da kanun koyucu tarafından halihazırda sınırlı sayıda düzenlenmiş mevcut hukuka uygunluk nedenlerinin sınırları dahilinde haksız fiil sorumluluğu sınırlandırılmaya çalışılacaktır. Her iki sınırlama gayretinin ne kadar büyük bir zorluk ile karşı karşıya kalacağı ve aslında sözleşme dışı sorumluluk rejiminin genişlemesi sonucunu beraberinde getireceği kuşkusuzdur.

Sübjektif hukuka aykırılık teorisine yöneltilen bir diğer önemli eleştiri, ispat yükünü tersine çevirmesidir. Oysa özgürlüğün olduğu yerde kişinin bir faaliyette bulunmaya hakkı olduğunu ispat etmesi beklenmez.

Sübjektif hukuka aykırılık teorisinin reddi ile birlikte Türk-İsviçre hukukunda objektif hukuka aykırılık teorisi hakimiyetini kurmuştur. Haksız fiilde tazminat sorumluluğu bakımından bu teorinin esas aldığı ayırım ise § 823 BGB bağlamında ortaya konulan mutlak hak ihlalinin doğan zarar ile salt malvarlığı zararı ayırımıdır. Oysa Alman hukukunda § 823 BGB bağlamında yapılan ayırım çerçevesinde ileri sürülen ölçütlerin Türk-İsviçre hukuk literatüründe ve uygulamasında da etkili kılınması tekrar düşünülmesi gereken bir hukuk politikası tercihidir. Zira bu yaklaşıma özgü hukuki sorunlar bu ayırım temelinde Türk-İsviçre hukukuna ithal edilmektedir.

Hukuk tekniği açısından objektif hukuka aykırılık teorisinin uygulanmasında temel bazı zorluklar bulunmaktadır. Bu temel zorluklar sonucun hukuka aykırılığı ve davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımları bağlamında bu çalışmada ayrıntılı surette ortaya konulmuştur. Aşağıda aynı ayırım temelinde yapılan eleştiriler ve varılan sonuçlar özetlenecektir.

Sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımına yöneltilen en temel eleştiri, sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımının kimi sorunlar karşısında yetersiz kalması ya da amacı aşan sonuçlara neden olmasıdır. Bu durumun bertaraf edilmesi amacıyla somut olay özelinde sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımının neden olduğu sonuçlar davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımı ile düzeltilmesi yoluna gidilmektedir. Özetlemek gerekirse,

- Sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımı ile mutlak hak ihlalinin ve dolayısıyla hukuka aykırılığın tespiti için öncelikle mutlak hakkın koruma alanı belirlenmelidir. Ancak bazen bu sınırların tayini kolaylıkla mümkün olmamaktadır. Örneğin kişilik hakkı gibi bir mutlak hakkın koruma alanının belirlenmesi bu zorluğu beraberinde getirmektedir
- Her mutlak hak ihlalinin başlı başına hukuka aykırı kabul edilmesi, örneğin sosyal açıdan gerekli olmasına rağmen tehlike arzeden faaliyetlere içkin bulunan olası risklerin gerçekleşmesiyle meydana gelen zararlar bakımından durum dikkat çekicidir. Bu zararların mutlak hakkın dolaylı ihlali yoluyla ortaya çıkması halinde dahi sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımı nedeniyle tazminat sorumluluğunun oluşması bir diğer eleştiri noktasıdır. Bu kabulün özellikle tehlikeli bir ürünün (örneğin çeşitli taşıtlar, yanıcı ürünler gibi) üretimi ve piyasaya arzı konusunda girişimciliği engelleyeceği açıktır. Her ne kadar haksız fiilin diğer unsurlarının da tamam olması koşuluyla tazminat sorumluluğunun ortaya çıkabileceği kuşkusuz olsa da, hukuka aykırılık unsurunun mutlak hakkın dolaylı ihlali ile eş zamanlı gerçekleştiğinin kabulü bu sonucu doğuracaktır. Bu çerçevede aynı eylem bir zarara neden olduğu ihtimalde hukuka aykırı olarak tavsif edilecekken, zararın oluşmadığı bir ihtimalde hukuka uygun kabul edilecektir.
- Yapmama fiilinin oluşturacağı ihlali önlemek üzere önleme davası açılabilmesi için söz konusu davranışın hukuka aykırı olması gerekir. Sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımı hukuka aykırılığı sonuç odaklı tespit ettiği için ancak sonuç gerçekleştikten sonra onu ortaya çıkaran

davranışın hukuka aykırı olduğunu ifade edebilmektedir. Bu kabulün doğal sonucu yapmama fiilerinde sonuç doğmadan davranışın hali-hazırda hukuka uygun olması nedeniyle önleme davasının açılamayacak olmasıdır.

- Benzer bir aksaklık hukuka uygunluk nedeni oluşturan haklı savunma açısından ortaya çıkmaktadır. Sonuç gerçekleşmeden davranış hukuka aykırı olamayacaksa, kişinin haklı savunma oluşturan davranışları hukuka aykırı olacaktır. Bu da amacı aşan bir sonuç olacaktır.
- Başka bir eleştiri noktası, yapmama fiillerinden doğan zararların tazmin edilmesi açısından karşımıza çıkmaktadır. Salt sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımı ile yetinilecek olursa, yapmama fiillerinde dahi, mutlak hak ihlali gerçekleştiği için hukuka aykırılık oluşacaktır. Oysa buradaki yapmama fiilinin bir tazminat sorumluluğuna yol açabilmesi, ancak somut olaydaki tehlikeyi bertaraf etme amacını güden bir davranış normunun ihlal edilmiş olmasına bağlı olması gerektiği tartışmasıdır.
- Bir diğer eleştiri noktası, adam çalıştırmanın sorumluluğu gibi kusursuz sorumluluk hallerinde, sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımının yetersiz kalmasıdır. Salt sonucun hukuka aykırılığı ile yetinilmiş olsa, bu sorumluluk türünde sorumluluğu kurmanın mümkün olmayacağı açıktır.

Objektif hukuka aykırılık teorisi esas alınarak salt malvarlığı zararlarının kural olarak tazmin edilmemesi ve ancak bir özel koruma normu varsa istisnaen tazmin edilebilmesi çelişkili uygulamalara neden olmaktadır. Objektif hukuka aykırılık teorisinin öğretilde gördüğü en önemli eleştiri de salt malvarlığı zararlarının uğradığı bu ayrımcılıktır.

Bu çerçevede davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımına yöneltilen en önemli eleştiri, özel koruma normu kavramına odaklanmaktadır. Somut olayda etkili olacak özel koruma normunun olup olmadığı aslında tamamen rastlantısal bir durum oluşturmaktadır. Özellikle birbirine çok benzeyen iki olay arasında sırf birinde bir özel koruma normunun olmayışı bu iki benzer olay bakımından farklı bir hukuki sonuca götürebilecektir. Zarar gören açısından bu durumlardan ilki “uğranılan haksızlığa”, ikincisi ise “içinde bulunan şanssızlığa” işaret etmektedir. Oysa her iki durum tamamen rastlantısal bir sonuçtur.

Hakimin bu keyfiliği aşmak için bir norma özel koruma normu özelliğini yakıştırarak somut olayda tazminat sorumluluğunun bulunduğu sonucuna varması ise hukuk güvenliği bakımından objektif hukuka aykırılık teorisinin neden olduğu bir başka sorundur.

Bir başka sorun özel koruma normunun tespit edilmesindeki zorluktur. Bir normun ne zaman özel koruma normu oluşturacağı mahkeme tarafından belirlenecektir. Ancak bu çalışmada ortaya konulduğu üzere bir normun ne zaman özel koruma normu oluşturacağı konusunda öğretide ve uygulamada belirlenen kriterler bütünü de tartışmaya açıktır. Özellikle objektif hukuka aykırılık teorisinin temel dayanağını oluşturan § 823 BGB hükmünün ortaya koyduğu özel koruma normu kavramı çerçevesinde 100 yılı aşkın süredir Alman hukukunda süregelen tartışmalar dikkate değerdir.

Salt malvarlığı zararlarının tazmini bakımından uygulanacak özel koruma normunun belirlenmesi halinde ise kanun koyucunun salt malvarlığı zararlarını koruyan bu normun kapsamı dahilinde somut olayda bir koruma bahsetmekte olduğu öğretide ileri sürülmektedir. Tartışma özel koruma normunun gerektirdiği kusur derecesi ile mi tazminat sorumluluğunun belirleneceği, yoksa TBK m. 49 özelinde yeterli görülen hafif ihmal ile zarar verilmiş olmasının yeterli olup olmayacağı noktasındadır. Hatta özel koruma normunun kusuru aramadığı bir ihtimalde, TBK m. 49 gereğince asgari surette hafif ihmalin en azından aranması gerekip gerekmediği konusunda da bir açıklık bulunmamaktadır.

Davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımı çerçevesinde salt malvarlığı zararlarının uğradığı ayrımcılığın kaynağında yer alan özel koruma normu kavramının yarattığı bu belirsizlikler objektif hukuka aykırılık teorisinin en zayıf yönüdür.

Yukarıda yer verilen sübjektif hukuka aykırılık teorisi ile objektif hukuka aykırılık teorisine karşı ileri sürülen haklı eleştiriler karşısında TBK m. 49 özelinde hukuka aykırılık unsurunun kavramsal çerçevesinin yeniden düşünülmesi haklı bir arayış olarak belirmektedir. Bu amaçla öğretide önerilen diğer teorilerin tartışılması ve yeni bir hukuka aykırılık anlayışının geliştirilmesi faydalı olacaktır.

## KAYNAKÇA

- AEPLI, Viktor, Zum Verschuldensmasstab bei der Haftung für reinen Vermögensschaden nach Art. 41 OR, **SJZ 93/1997**, s. 405 – 409.
- AKÇURA KARAMAN, Tuba, “Haksız Fiil Hukukunda Hukuka Aykırılık Unsuru- nun İrdelenmesi ve Tehlike Kuralı”, **GSÜHFD**, 2004 I, Yıl 3, Sayı:1, s. 553 – 583.
- ANTALYA, O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, Legal Yayıncılık, İstanbul 2018.
- ATAMER, Yeşim M, **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları**, Beta, İstanbul 1992.
- BAŞOĞLU, Başak, Tehlike Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Tartışması, **Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan**, Der Yayınları, İstanbul 2015, s. 163 -184.
- BOSSHARD, Erich, **Neuere Tendenzen in der Lehre zum Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR**, Zürich 1988.
- BREHM, Roland, **Berner Kommentar**, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Das Obligationenrecht, 1. Abteilung, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41 – 61, 4. Auflage, Bern 2013.
- BUCHER, Eugen, “Vertrauenshaftung: Was? Woher? Wohin?”, Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis: **Festschrift für Hans Peter Walter zum 60. Geburtstag**, hrsg. von Peter Forstmoser et al., Bern 2005, S. 231-262.
- BURCKHARDT, Walther, “Kriminalpolitische Anforderungen an das schweizerische Zivilgesetzbuch”, **ZStR** 15 (1902), s. 233 vd.
- BÜYÜKSAGIŞ, Erdem, **Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.
- ÇAĞLAYAN AKSOY, Pınar, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- ÇEKİN, Mesut Serdar, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu**, Oniki Levha, İstanbul 2016.
- DEUTSCH, Erwin, **Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt**, 2. Auflage, München 1995.



- EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- EREN, Fikret, “Hukuka Aykırılık Bağ ve Normun Koruma Amacı Teorisi”, **Mahmut Koloğlu’na Armağan**, Ankara 1975, s. 461 – 491.
- FELLMANN, Walter, “Widerrechtlichkeit: drei Theorien für ein Problem - Versuch einer Zwischenbilanz”, in **ZSR** 2009 I, s. 473 – 496.
- FELLMANN, Walter/ KOTTMANN, Andrea, **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, Bern 2012.
- FIKENTSCHER, Wolfgang/HEINEMANN, Andreas, **Schuldrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil**, Berlin 2017.
- GABRIEL, Bruno, **Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR unter besonderer Berücksichtigung des Ersatzes reiner Vermögensschäden**, Doktora Tezi, Huber Druck AG, Entlebuch 1987.
- GAUCH, Peter, “Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts”, in: **recht** 1996, s. 225–239.
- GAUCH, Peter/SWEET, Justin, “Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden”, in: Forstmoser/Giger/Heini/Schlupe (Hrsg.), **Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag**, Zürich 1989, s. 117–140.
- GAUCH, Peter/AEPLI, Viktor/STÖCKLI, Hubert, **Präjudizienbuch zum OR**, Schulthess, Zürich 2002.
- GIGER, Hans, “Berührungspunkte zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden”, in: Peter/Stark/Tercier (Hrsg.), **Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht**, Freiburg 1982, s. 369–396.
- HATEMİ, Hüseyin, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK m. 65 Kuralı)**, İstanbul 1976.
- HONSELL, Heinrich/ISENRING, Bernhard/KESSLER, Martin A, **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, Zürich 2013.
- JANSEN, Nils, Das Problem der Rechtswidrigkeit bei § 823 Abs. 1 BGB, **AcP** 202 (2002), 517 – 554.
- KANETİ, Selim, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Önemi”, **Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları - Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu**, Ankara 1977 (Kaneti, Kusur).
- KANETİ, Selim, **Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru**, Kazancı, İstanbul 2007.

- KIRCA, Çiğdem, **Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiy Karşı Sorumluluk**, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2004.
- KRAMER, Ernst A, “Der Einfluss des BGB auf das schweizerische und österreichische Privatrecht”, **AcP** 200 (2000), Heft 3/4, s. 365-400.
- KRAMER, Ernst A, “Reine Vermögensschäden” als Folge von Stromkabelschädigungen, **recht** 1984, s. 128 – 134.
- KRAMER, Ernst A, “Schutzgesetze und adäquate Kausalität”, **JZ** 1976, s. 338 – 346.
- KURTULAN, Gökçe, Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, **MÜHFHAD**, C. 23, S. 1, s. 465-503.
- LORANDI, Franco, Haftung für reinen Vermögensschaden, **recht** 1990, s. 19 – 26.
- LOSER-KROGH, Peter, Kritische Überlegungen zur Reform des privaten Haftpflichtrechts – Haftung aus Treu und Glauben, Verursachung und Verjährung, **ZSR** 122 (2003) II, s. 127 ff.
- MERZ, Hans, “Die Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 OR als Rechtsquellenproblem”, Sonderabdruck aus **ZBJV** (1955) 91bis, S. 301–333.
- NOMER, Haluk Nami, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018.
- OFTINGER, Karl/STARK, Emil, **Schweizerisches Haftpflichtrecht I**, Erster Band: Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Zürich 1995.
- OFTINGER, Karl/STARK, Emil, **Schweizerisches Haftpflichtrecht II/1**, Zweiter Band Besonderer Teil, Erster Teilband (II/1): Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung, 4. Auflage, Schulthess, Zürich 1995.
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt II, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- OSER, Hugo/ SCHÖNENBERGER, Wilhelm, **Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht**, Erster Halbband: Art. 1- 183 (2. Auflage), Zürich 1941.
- OSWALD, Christoph, **Analyse der Sorgfaltspflichtverletzung im vertraglichen wie ausservertraglichen Bereich**, Schulthess, Zürich 1988.
- PAKSOY, Meliha Sermin, **Sözleşmeyi İhlale Yönelme**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- PORTMANN, Wolfgang, “Erfolgsunrecht oder Verhaltensunrecht? Zugleich ein

- Beitrag zur Abgrenzung von Widerrechtlichkeit und Verschulden im Haftpflichtrecht”, in: **SJZ** 93 (1997) s. 273–279.
- ROBERTO, Vito, / RICKENBACH, Jennifer, “Was ist eine Schutznorm?”, **ZSR** 2012 I, s. 185 – 200.
- ROBERTO, Vito, “Deliktsrechtlicher Schutz des Vermögens”, **AJP/PJA** 5/99, s. 511- 523.
- ROBERTO, Vito, **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, Schulthess, Zürich 2002.
- ROBERTO, Vito, **Haftpflichtrecht**, Staempfli Verlag, Bern 2013.
- SANLI, Kerem Cem, **Haksız Fiilin Ekonomik Analizi, Hukuk ve Ekonomi Öğretisi**, Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2007.
- SCHÖNENBERGER, Beat, “Die Dritte Widerrechtlichkeitstheorie”, in: **HAVE/REAS** 2004, s. 3–12.
- SCHWENZER, Ingeborg, “Rezeption deutschen Rechtsdenkens im schweizerischen Obligationenrecht”, in: Ingeborg Schwenzler (Hrsg), **Schuldrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung an der Schwelle des 21. Jahrhunderts**, Tübingen 1999, s. 59 – 88.
- SCHWENZER, Ingeborg, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 3. überarb. Aufl., Bern 2016.
- SEROZAN, Rona, “Tazminat Hukukunda Yeni Eğilimler”, **Yargı Dergisi**, Mart 1980, S. 47, s. 21-23.
- STÖCKLI, Hubert, “Notizen zur Widerrechtlichkeit”, in: **Festschrift für Franz Riklin**, Zürich 2007.
- TANDOĞAN, Haluk, “Medeni Hukuk Açısından Çevre Kanunu”, **Çevre Kanunu'nun Uygulaması**, Türkiye Çevre Sorunları Vakfı Yayını, Ankara 1987, s. 17-65.
- TANDOĞAN, Haluk, **Türk Mesuliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet**, Vedat Kitapçılık, Ankara 1961.
- TANDOĞAN, Haluk, “Hukuka Aykırılık Bağı”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu**, İstanbul 1980.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet /BURCUOĞLU, Haluk vd., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- TERCIER, Pierre / PİCHONAZ, Pascal /DEVELİOĞLU, Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

- VERDE, Michel, “Die Widerrechtlichkeit im Haftpflichtrecht”, in: **Jusletter** 18. April 2016, s. 1-51.
- VERDE, Michel, **Straftatbestände als Schutznormen im Sinne des Haftpflichtrechts**, Luzern, Serie/Reihe LBR - Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Band/Nr. 87, Zürich 2014.
- VON TUHR, Andreas, “Rezension von Rensing, Die Widerrechtlichkeit als Schadenersatzgrund nach schweizerischem Obligationenrecht und dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich”, in: **ZSR** 12 (1893), s. 326 vd.
- WEBER, Stephan, Von der Entstehung durch unerlaubte Handlung zur Entstehung durch Schädigung, in: Gauch, Peter/ Schmid, Jörg, **Die Rechtsentwicklung an der Schwelle des 21. Jahrhunderts**, Zürich 2001, Schulthess, s. 254 – 300.
- WERRO, Franz, “Die *Sorgfaltspflichtverletzung* als Haftungsgrund nach Art. 41 OR”, in: **ZSR** 116 (1997), I. Halbband, s. 343–384.
- WIDMER, Pierre, Gefahren des Gefahrensatzes, ZBJV 1970, s. 289 – 330.