

Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru

Unlawfulness in Turkish Tort Law



Ar. Gör. Gökçe KURTULAN*

ÖZET

Haksız fiilin belki de en tartışmalı konularından biri hukuka aykırılık unsurudur. Kanun koyucunun bir tanım vermekten kaçınarak sadece zikrettiği bu unsurun ne anlama geldiği konusunda öğretide de bir görüş birliği yoktur. Esasen haksız fiil sorumluluğunu sınırlandırıcı bir işleve sahip hukuka aykırılık unsurunun ne anlama geldiğine ilişkin olarak öğretide çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Bununla birlikte, bugün dahi, hiçbir teorinin hukuka aykırılık unsuruna ilişkin soruların tamamına cevap verebildiğini söylemek mümkün değildir. Özellikle mutlak haklar bakımından bu hakların dolaylı bir şekilde veya bir yapmama fiili sonucunda ihlali durumunda ve salt ekonomik zararlar açısından da yazılı bir özel koruma normunun bulunmadığı hallerde, hukuka aykırılık unsuruna ilişkin tartışmalar devam etmektedir.

Anahtar Kelimeler: hukuka aykırılık unsuru, sonucun hukuka aykırılığı, davranışın hukuka aykırılığı, normun koruma amacı teorisi, mutlak hakların ihlali, salt ekonomik zarar

ABSTRACT

Unlawfulness is one of the most disputed issues of Turkish tort law. Turkish Code of Obligations refrains from defining what unlawfulness means and contents itself with by simply stating that “Any person who unlawfully causes loss or damage to another, whether wilfully or negligently, is obliged to provide compensation” (Article 49/1). Moreover, one cannot speak of any consensus regarding the definition and content of unlawfulness element in the academia either. Three principal theories have been advanced in order to define the unlawfulness. However, even today, none of these theories satisfactorily answers

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, LL.M. London School of Economics and Political Science

every question concerning this element of tort liability. Regarding the violation of absolute rights (such as personality or property rights), the issues of indirect violation and violation through a passive behaviour remain problematic. On the other hand, the compensation of the pure economic loss in cases where there is no written legal rule that has been subject to violation, also continues to be open to discussion.

Key Words: *unlawfulness, tort, unlawfulness of conduct, unlawfulness of outcome, violation of absolute rights, pure economic loss*

I. Giriş

Hukumumuzda haksız fiil sorumluluğunun temel dayanağı olan Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi, "*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür*" buyurmaktadır. Bu hükümden yola çıkılarak öğretide ve yargı kararlarında, haksız fiilin dört temel unsuru olduğu ifade edilmiştir.¹ Bu unsurlar; kusur, hukuka aykırı bir fiil, nedensellik bağı ve zarardır. Kanun koyucu bu unsurların hiçbirinin tanımını yapmadığından, bu kavramların nasıl yorumlanması gerektiği konusunda öğretide birçok görüş ortaya konulmuştur. Bu çalışmada haksız fiilin dört unsurundan biri olan hukuka aykırılık unsuru üzerinde durulacaktır. Bu bağlamda öncelikle öğretide ileri sürülen ve yargı kararlarına da konu olan çeşitli görüşler kısaca aktarılacak, daha sonra hukuka aykırılık unsurunun sınırlandırılmasına ilişkin normun koruma amacı teorisi üzerinde durulacaktır. Ardından hukuka aykırılık unsuru, mutlak hakların ihlali ve diğer hakların ihlali ayrımı üzerinden incelenecektir.

Görüşleri açıklamaya geçmeden önce, hukuka aykırılık unsurunun varoluş nedeninden bahsedilmesi okuyucu için yararlı olabilir.² Bir

¹ **Tandoğan, Haluk**, Türk Mesuliyet Hukuku (Anılış: "Mesuliyet"), Ankara 1961, s. 11; **Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 475; **Nomer, Haluk N.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2015, s. 138; **Tercier, Pierre/ Pichonnaz, Pascal / Develioğlu, H. Murat**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016, s. 571; Yargıtay 4. HD, E. 2015/570, K. 2016/171, T. 11.1.2016; Yargıtay 3. HD, E. 2014/9881, K. 2015/3099, T. 26.2.2015 (www.kazanci.com)

² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Sanlı, Kerem Cem**, Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi, İstanbul 2010, s. 421-423; **MüKoBGB/Wagner**, 6. Auflage, 2013, BGB § 823 Rn. 1-3.

kimsenin başka birinin fiilinden dolayı zarar görmesi halinde, kanun koyucunun önünde ilk bakışta iki yol vardır: Bunlardan ilki, zararın zarar gören üzerinde bırakılmaması ve fiili dolayısıyla zarara yol açan kişiye yüklenmesidir.³ İkinci yol ise kişilerin toplum içinde yaşadığını ve iç içe geçmiş toplumsal yapının bir kimsenin fiilinin başka birinin zararına yol açmaya elverişli olduğunun kabullenilmesi ve zararın zarar gören üzerinde bırakılmasıdır. Her iki yolun da yeterince tatmin edici olmadığı ortadadır, zira kanun koyucu ne zararın tamamen zarar gören üzerinde kalmasını ne de zarar veren kişinin tüm zararı giderme yükümlülüğü altında olmasını arzu etmektedir. Bu yüzden uzun yıllardır bir yandan haksız fiil sorumluluğunun sınırları genişletilmekte (örneğin kusursuz sorumluluk hallerinin öngörülmesi), bir yandan ise haksız fiil sorumluluğun sınırlandırılması için çeşitli yollar aranmaktadır (örneğin uygun nedensellik bağı kuramı).⁴ İşte hukuka aykırılık unsuru da esasen haksız fiil sorumluluğunu sınırlandırıcı bir işleve sahiptir. Bu unsur sayesinde, bir başkasına zarar vermek ile sonuçlanan her kusurlu fiil, failinin sorumluluğunu doğurmayacaktır; bunun için ayrıca söz konusu fiilin hukuka aykırı olması aranacaktır. Bununla birlikte zaman zaman hakkaniyete aykırı durumların ortaya çıkması üzerine bu kavramın geniş yorumlanması eğilimi ile de karşılaşılmaktadır.⁵ Çalışmanın devamında hukuka aykırılık unsuruna ilişkin ileri sürülmüş teoriler ve yargı kararları incelendiğinde, bu ikilem daha açık bir şekilde görülebilecektir.

³ **Kaneti, Selim**, Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Önemi (Anılış: “Kusur Kavramı”), Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları - Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara 1977, s. 39.

⁴ Bu kuramın sorumluluğun sınırlandırılması bağlamında yetersiz olduğu görüşü için bkz. **Tandoğan, Haluk**, Hukuka Aykırılık Bağı (Anılış: “Hukuka Aykırılık”), Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları - Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara 1977, s. 5 vd.

⁵ **Buz, Vedat**, Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK m. 60 Üzerine Düşünceler, Batider, C. XXIX, S. 2, 2013, s. 31.

II. Hukuka Aykırılık Unsurunu Açıklayan Teoriler

A. Sübjektif hukuka aykırılık teorisi

Temelinde “*alterum non laedere*” ilkesi yatan ve günümüzde etkisini yitirdiği söylenebilen sübjektif hukuka aykırılık teorisi uyarınca,⁶ bir fiilin hukuka aykırı olarak nitelendirilebilmesi için, ortada bir hukuka uygunluk sebebi bulunmaksızın bu fiille başkasına zarar verilmiş olması yeterlidir.⁷ Başka bir deyişle, hiç kimsenin hukuken korunan bir hakka dayanmaksızın başkasına zarar vermesi kabul edilemez. Sübjektif teori uyarınca hukuka aykırılık unsurunun oluşmasında, ortaya çıkan zararın niteliğinin bir önemi yoktur. Bu zarar, bir mutlak hak ihlali sonucunda ortaya çıkmış olabileceği gibi örneğin salt ekonomik zararın ortaya çıkmasıyla da oluşmuş olabilir.⁸

⁶ Sübjektif hukuka aykırılık görüşüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Cartier, Michael**, Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR, Doktora Tezi, Universität St. Gallen, Eschen FL 2007, s. 5-31. Bu görüşün günümüzde geçerliliğini yitirdiği görüşündeki yazarlar için bkz. **Cartier**, s. 31; **Sanlı**, s. 407; **Çağlayan Aksoy, Pınar**, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, İstanbul 2016, s. 217. Sübjektif hukuka aykırılık teorisinin temelinde, 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun Fransızca versiyonunun genel haksız fiil sorumluluğunun düzenlendiği maddesindeki “*sans droit*” (bir hak olmaksızın) ifadesinin yer aldığı belirtilmektedir. Ancak 1911 yılında kabul edilen İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki bu ifade, “*d'une maniere illicite*” (haksız bir şekilde) olarak değiştirildiğinden sübjektif hukuka aykırılık teorisinin dayanacağından ortadan kalktığı ifade edilmektedir. Bkz. **Atamer, Yeşim M.**, Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması – Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, İstanbul 1996, s. 25; **Çağlayan Aksoy**, s. 216; **Akçura Karaman, Tuba**, Hukuka Aykırılık Unsuru ve Tehlike Kuralı, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 3, S. 1, 2004, s. 560; **Deschenaux, Henri/Tercier, Pierre**, La Responsabilité Civile, Bern 1982, s. 69. Aksi görüşte bkz. **Gürpınar, Damla**, Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk, İzmir 2006, s. 106.

⁷ **Sanlı**, s. 407; **Kırca, Çiğdem**, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004, s. 13-14; **Çağlayan Aksoy**, s. 217; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 574; **Deschenaux /Tercier**, s. 69. Bu görüşün tarihsel süreci hakkında bkz. **Kaneti, Selim**, Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru (Anılaş: “Hukuka Aykırılık”), İstanbul 2007, s. 77-81.

⁸ **Çağlayan Aksoy**, s. 220-221. Salt ekonomik zarar, eşya zararı ve bedensel zarar dışında kalan tüm zararları içine alan bir ifadedir. **Baş Süzel, Ece**, Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme – Menfaat Devri Yaptırımı, İstanbul 2016, s. 57; **Tiftik**,

Her türlü zararı kapsayıcı bu teorinin kabul edilmesi sonucunda haksız fiil kurumunun sınırlarının fazlasıyla genişleyeceği ve bunun sonucunda bireylerin hareket özgürlüğünün orantısız bir şekilde sınırlandıracağı ortadadır.⁹ Zira bu görüş uyarınca ancak istisnai durumlar için öngörülmüş olan hukuka uygunluk sebeplerinden biri olmaksızın başkasına verilen salt ekonomik zarar da dahil olmak üzere her türlü zararın giderilmesi gerekecektir.

Sübjektif hukuka aykırılık teorisinin benimsenmesi sonucunda bir zararın ortaya çıkmış olmasına rağmen haksız fiil sorumluluğunun doğmaması için, zarar veren kişinin bu zararı bir hakka dayanarak verdiğini ortaya koyması gerekir. Başka bir deyişle, bu sorumluluğun ortadan kaldırılması (ya da doğmamış sayılması), ortada bir hukuka uygunluk sebebinin bulunduğu ispatıyla mümkündür.¹⁰ Bununla birlikte sınırlı sayıda olan hukuka uygunluk sebeplerinin haksız fiil sorumluluğunun sınırlandırılması amacına her zaman hizmet etmeyecekleri ortadadır.¹¹ Aynı zamanda kanun koyucunun, tüm ihtimalleri göz önünde tutarak, kazuistik şekilde hazırlayacağı bir hukuka uygunluk sebepleri listesini ortaya koymasının pratik açıdan ne kadar güç olacağı açıktır.¹² Bu sebeplerden dolayı sübjektif hukuka aykırılık teorisinin ağırlığı git-tikçe azalmıştır.

B. Objektif hukuka aykırılık teorisi

Objektif hukuka aykırılık teorisi, bir hukuka uygunluk sebebi bulunmadığı müddetçe her türlü zarar verici fiili hukuka aykırı kabul eden sübjektif teorinin tam karşısında yer almaktadır. Bu teori uyarınca bir başkasına zarar veren bir fiilin haksız fiil sorumluluğuna yol açabilmesi için bir zararın ortaya çıkması yeterli görülmemekte, bunun yanı sıra

Mustafa, Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994, s. 49-50; **Buz**, s. 36; **Kırca**, s. 9; **Schwenzer, Ingeborg/Schönenberger, Beat**, Civil Liability for Purely Economic Loss in Switzerland, XVth International Congress of Comparative Law (Bristol 1998), Publications of Swiss Institute of Comparative Law No. 33, Zürih 1998, s. 354.

⁹ **Akçura Karaman**, s. 558-559.

¹⁰ Bu ispat yükü, zarar verende olacaktır. Bkz. **Cartier, Michael**, s. 11.

¹¹ **Sanlı**, s. 407.

¹² **Çağlayan Aksoy**, s. 221-223; **Sanlı**, s. 407.

söz konusu fiili yasaklayan bir hukuk normunun ihlal edilmiş olması aranmaktadır.¹³

Sübjektif hukuka aykırılık teorisini savunan yazarların aksine bu görüşü savunan yazarlar, hukuka aykırılık unsurunun tespitinde sadece zarar veren kişiyi değil,¹⁴ bunun yanı sıra hukuk düzeninin ihlalini esas almaktadırlar. Nitekim bu teorinin “objektif teori” olarak nitelendirilmesinin nedeni, hukuka aykırılığın, objektif hukuk düzeninin ihlalinde aranmasıdır.¹⁵ İsviçre-Türk öğretisinde hâkim olan görüşün objektif hukuka aykırılık teorisi olduğu belirtilmelidir.¹⁶ Ayrıca Türk Borçlar Kanunu’nun 49. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*” ifadesinin de objektif hukuka aykırılık teorisini desteklediği söylenebilir. Zira bu fıkra uyarınca haksız fiil sorumluluğunun doğması için kural olarak “zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralına” ihtiyaç duyulsa da, bazı istisnai hallerde böyle bir norm ihlali olmaksızın da sorumluluğun söz konusu olabileceği hükme bağlanmıştır.¹⁷

Bir kimsenin başkasına zarar veren fiilinin hukuka aykırı olarak nitelendirilebilmesi için, söz konusu fiilinin bir *davranış normunu* ihlal etmesi gerekmektedir.¹⁸ Davranış normları, kişilerin başkasına za-

¹³ **Tandoğan**, Mesuliyet, s. 17; **Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Anılaş: “Genel Hükümler”), Ankara 2015, s. 585; **Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, İstanbul 2012, s. 14; **Oftinger, Karl**, Schweizerisches Haftpflichtrecht, C. 1, Zürih 1958, s. 111.

¹⁴ Sübjektif hukuka aykırılık teorisi zarar veren fiilin failini esas almaktadır. Zira bu teori uyarınca hukuka aykırılık unsurunun tespitinde, failin bir hukuka uygunluk sebebinin bulunup bulunmadığı, yani failin sübjektif durumu dikkate alınmaktadır. Bkz. Atamer, s. 24; Çağlayan Aksoy, s. 218.

¹⁵ **Çağlayan Aksoy**, s. 160.

¹⁶ **Gürpınar**, s. 85; **Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s. 82; **Tandoğan**, Mesuliyet, s. 18; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 574; **Sanlı**, s. 407; **Kırca**, s. 14; **Eren**, Genel Hükümler, s. 585; **Stöckli, Hubert**, Notizen zur Widerrechtlichkeit, Festschrift für Franz Riklin (ed. Niggli/Hurtado Pozo/Queloz), Zürih 2007, s. 232.

¹⁷ **Kapancı, Kadir Berk**, Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini, İstanbul 2016, s. 7-8.

¹⁸ **Sanlı**, s. 408. Davranış normlarının karşısında teşkilat normları bulunmaktadır. Hukuka aykırılık unsuru için önem arz eden kategori, başkasına zarar vermeyi yasaklayan veya zararı önleme ve zarar göreni koruma amacını güden davranış

rar vermesini yasaklayan veya bu kişilere, başkalarına zarar vermekten kaçınmak için belirli yükümlülükler yükleyen hukuk kuralları olarak tanımlanmaktadır.¹⁹ Bu davranış kurallarının kaynağı özel hukuk, ceza hukuku veya kamu hukuku olabileceği gibi, bu normların yazılı olması da zorunlu değildir.²⁰ Nitekim esas güçlük de, aşağıda inceleneceği gibi, özellikle yazılı olmayan davranış normlarını tespitinde ve bunların ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesinde ortaya çıkmaktadır.

Hangi hallerde ortada bir davranış normu bulunduğu tespiti her zaman kolay değildir. Alman hukukunun aksine İsviçre-Türk hukukunda hangi olguların bir haksız fiil teşkil edeceği belirtilmemiştir. Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) genel haksız fiil sorumluluğunun düzenlendiği § 823 hükmünde hangi hakların ihlal edilmesi durumunda bir haksız fiilin söz konusu olacağı açıkça ve teker teker sayılmıştır.²¹ Buna karşılık, İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) 41. maddesi²² ve Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde bu yaklaşım benimsenmemiş, “*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*” şeklindeki genel ifade tercih edilmiştir. Bu genel ifadenin yarattığı belirsizliğin de etkisiyle hangi zararların giderilmesinin haksız fiil bağlamında talep edilebileceği tartışması ortaya çıkmıştır.

normlarıdır. Bkz. **Tandoğan**, Mesuliyet, s. 18; **Eren**, Genel Hükümler, s. 588; **Antalya, O. Gökhan**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2012, s. 427.

¹⁹ **Akçura Karaman**, s. 562; **Çağlayan Aksoy**, s. 156.

²⁰ **Sanlı**, s. 408; **Oğuzman/Öz**, C. 2, s. 14-15; **Werro, Franz**, Tort Liability for Pure Economic Loss: A Critique of Current Trends in Swiss Law, Civil Liability for Pure Economic Loss (ed. Efsthios K. Banakas), 1996, s. 183; **Oftinger**, s. 113.

²¹ Bu haller; bir kimsenin hayatının, vücudunun, sağlığının, özgürlüğünün, mülkiyet hakkının veya diğer bir hakkının kasten veya ihmalle ihlal edilmesi halleridir. Maddenin ikinci fıkrasında, üçüncü bir kişiyi koruyan bir hukuk normunun ihlali halinde de haksız fiilin gerçekleşeceği belirtilmiştir. BGB § 826'da ise, Türk Borçlar Kanunu'nun 49/2 hükmüne denk gelen, başkasına ahlaka aykırı bir fiille zarar verme hali düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin ayrıntılı bir incelemesi için bkz. **MüKoBGB/Wagner**, BGB § 823 ve § 826.

²² İsviçre Borçlar Kanunu'nun 41. maddesi şöyledir: “*Celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer.*” Yazarın çevirisi: “Bir kimsenin haksız bir şekilde, kasten veya ihmalle zarara uğramasına neden olan kişi bu zararı gidermekle yükümlüdür.

Bu tartışma sonucunda günümüzde objektif hukuka aykırılık teorisinin, sübjektif teorinin aksine, mutlak zararlar ve diğer zararlar arasında bir ayrıma gittiği görülmektedir.²³ Kişilik hakkı, yaşam hakkı, mülkiyet hakkı gibi birtakım hakların ihlali söz konusu olduğunda hukuka aykırılık unsurunun tespiti hususunda iki teori arasında pratik bir fark bulunmamaktadır. Bununla birlikte iki teori arasındaki esas farkın, bu haklar dışında kalan diğer zararların söz konusu olması halinde hukuka aykırılık unsurunun tespitinde ortaya çıktığı görülmektedir.²⁴

Objektif hukuka aykırılık teorisi uyarınca kişilik hakkı, yaşam hakkı, mülkiyet hakkı gibi birtakım haklar doğası gereği temel bir davranış normuyla korunmaktadır.²⁵ Bahsi geçen bu haklar mutlak hak olarak nitelendirilmekte ve hak sahibinin herkese karşı ileri sürebilen bir yasaklamayı içermektedir.²⁶ Bu hakların korunması başta Ceza Kanunu ve Medeni Kanunu'ndaki hükümler aracılığıyla sağlanmakla birlikte,²⁷ baskın görüşe göre bir mutlak hakkın ihlalinin söz konusu olması durumunda artık bu davranış normlarının ihlalinin ayrıca incelenmesine gerek kalmamaktadır.²⁸ Başka bir ifadeyle, bir mutlak hakkın ihlal edilmiş olması haksız fiilin dört unsurundan biri olan hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmiş sayılması için yeterlidir.²⁹ Bu yaklaşım “sonucun

²³ **Cartier**, s. 31.

²⁴ **Eren**, Genel Hükümler, s. 585; **Atamer**, s. 26; **Antalya**, s. 426; **Deschenaux / Tercier**, s. 70.

²⁵ Temel koruma normları, başkasını öldürme, başkasının vücut bütünlüğüne zarar verme, kişilik hakkını ihlal etme, aynı hakkını veya zilyetliğini ihlal etme ve (tartışmalı olmakla birlikte) dürüstlük kuralına aykırı davranma yasağını içeren normlar olarak sınıflandırılabilir. **Eren**, Genel Hükümler, s. 593; **Atamer**, s. 25.

²⁶ **Serozan, Rona**, Medeni Hukuk, İstanbul 2015, s. 236.

²⁷ Örneğin, Türk Ceza Kanunu'nda 81. madde ve devamında hayata karşı ve vücut dokunulmazlığına karşı suçlar 125. madde ve devamında şerefe karşı suçlar (başka bir ifadeyle kişilik hakkını ihlal eden suçlar), 151. madde ve devamında ise mala zarar verme suçu düzenlenmektedir.

²⁸ **Akçura Karaman**, s. 564; **Atamer**, s. 25; **Buz**, s. 33; **Kırca**, s. 15; **Verde**, Rz. 8; **von Tuhr, Andreas**, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Çev. Cevat Edege, C.1, İstanbul 1952, s. 388.

²⁹ **Oftinger**, s. 113-114. Oğuzman/Öz, mutlak bir hakkın ihlali halinde sonucun hukuka aykırı olacağını, mutlak bir hakkın ihlaline yönelik bir fiil söz konusu ise bu davranışın hukuka aykırı olacağını belirtmiştir. Bkz. **Oğuzman/Öz**, C.2, s. 15. Kanımızca ikinci durumda kural olarak hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmiş

hukuka aykırılığı” olarak anılmaktadır.³⁰ Öte yandan, bir mutlak hak ihlali sonucunun söz konusu olmadığı hallerde dahi “davranışın hukuka aykırılığı” yaklaşımı ile sorumluluğun kurulması mümkündür. Buna göre, bir kimsenin mutlak haklar dışındaki menfaatlerini korumayı amaçlayan hukuk kurallarının ihlal edilmiş olması başlı başına hukuka aykırılık unsurunun mevcut olduğunu kabul etmeye yetecektir.³¹

Mutlak hakların aynı zamanda çeşitli kanunlarda yer alan hükümler -temel koruma normları- ile korunduğu gerçeği göz önünde tutulduğunda, bu hakları ihlal eden fiiller bakımından hukuka aykırılık unsurunun “sonucun hukuka aykırılığı” veya “davranışın hukuka aykırılığı” yaklaşımı üzerinden açıklanmasının pratik bir farkının bulunmadığı düşünülebilir.³² Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi’nin ve Yargıtay’ın verdiği kararlarda iki yaklaşımın da benimsendiği görülmektedir.³³ Ayrıca mutlak hakların ihlal edilmemesi gerektiği yönünde

olmakla birlikte, bir hak ihlaline yönelik bir fiil olmasına rağmen bu fiilin sonucunda bir zarar gerçekleşmediği için haksız fiil söz konusu olmayacaktır.

³⁰ **Atamer**, s. 26-27; **Çağlayan Aksoy**, s. 163. Sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımının eleştirisi için bkz. **Eren**, Genel Hükümler, s. 592-593. Yazar, her temel koruma normunun ihlali sonucunda mutlak hak ihlali gerçekleşse de, her mutlak hak ihlalinin aynı zamanda temel bir koruma normu ihlali anlamına gelmediğini ifade etmektedir. Yazar bu görüşünü desteklemek için bir fırtına neticesinde ölüm gerçekleşmesi örneğini vermiştir. Fakat buradaki sorunun hukuka aykırılık unsurunun tespitinde bir temel koruma normunun ihlaline ilişkin olmadığı kanaatindeyiz. Zira bu örnekte zaten haksız fiilin alt unsurlarından “fiil” bulunmamaktadır.

³¹ **Çağlayan Aksoy**, s. 171-172.

³² **Atamer**, s. 26.

³³ Bkz. BGE 116 Ib 367, 374. Mahkeme kararında şu ifadeye yer vermiştir: “Zarar verici bir fiilin hukuka aykırı olması için genel bir hukuk kuralını ihlal etmesi gerekmektedir. Bu ihlal, bir mutlak hakkın ihlali (sonucun hukuka aykırılığı) olarak karşımıza çıkabileceği gibi, ilgili koruma normunun ihlal edilmesi durumunda salt ekonomik zararın ortaya çıkması halinde de (davranışın hukuka aykırılığı) söz konusu olabilir. Hukuka aykırılık, objektif bir hukuk normunun ihlaline dayanır ve bir hukuka uygunluk sebebinin söz konusu olması halinde ortadan kalkar.” (yazarın çevirisi) Yargıtay’ın da bu kadar açık olmasa da hem sonucun hem de davranışın hukuka aykırılığı görüşlerini benimsediği söylenebilir. Örneğin Yargıtay HGK, 2013 tarihli bir kararında şu ifadeye yer vermiştir: “Hukuka aykırılık bir değer yargısıdır. Eylemin hukuka aykırılığı, davranış kurallarının çiğnenmesi ile ortaya çıkar.” Buraya kadar Yargıtay’ın davranışın hukuka aykırılığı görüşüne yaklaştığı düşünülse de ardından gelen ifadeye bakıldığında bunun tam olarak

genel ve yazılı olmayan bir kuralın bulunduğu kabul edildiğinde de sonucun değişmeyeceği görülmektedir.

Ancak kanımızca mutlak hak ihlallerinde davranışın veya sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımlarının benimsenmesinin birbirinden farklı sonuçlara götürmesi yine de mümkündür.³⁴ Mutlak hakların ihlalinde “sonucun hukuka aykırılığı” yaklaşımı benimsenirse, bu hakların ihlal edilmesi hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmiş sayılması için yeterli olacaktır.³⁵ Buna karşılık davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımının kabulü halinde bir mutlak hak ihlali ile sonuçlanan bir fiil her zaman hukuka aykırı sayılmayacaktır. Özellikle mutlak hakların dolaylı ihlalinde veya bir yapmama fiili ile ihlalinde davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımının benimsenmesi, haksız fiil kurumunun felsefesine daha uygun olacaktır.³⁶ Zira haksız fiil hukukunun geniş çaplı amaçlarından birinin kişilerin fiillerinin sonuçlarını öngörebilmelerini ve buna yönelik tedbirleri almalarını sağlamak olduğu açıktır. Bunun yanı sıra her ne kadar mutlak hakkın ihlali ile temel bir koruma normu ihlal edilmiş olacaksa da, bu normların da amaca göre sınırlandırılması söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla ihlal edilen davranış normu değerlendirilmeksizin, bir mutlak hak ihlali sonucunu doğuran her fiilin hukuka aykırı olduğu sonucuna varılamayacaktır. Bu husus üzerinde aşağıda “üçüncü hukuka aykırılık görüşü” başlığı altında durulacağından burada daha fazla ayrıntıya girilmeyecektir.

Objektif hukuka aykırılık teorisi uyarınca kişilerin mutlak haklar dışında kalan haklarının veya menfaatlerinin ihlal edilmesi durumunda ise hukuka aykırılık unsurundan bahsedebilmek için, zarar verici fi-

doğru olmadığı görülmektedir: “Kişilik haklarının ihlali, kural olarak hukuka aykırı sayılır.” Demek ki Yargıtay, objektif hukuka aykırılık görüşü çerçevesinde esasen davranışın hukuka aykırılığını benimsemekle birlikte bir mutlak hak olan kişilik haklarının ihlalinde, ihlal sonucunun doğmasını hukuka aykırılık unsurunun söz konusu olması için yeterli görmektedir. Bkz. Yargıtay HGK, E. 2013/8, K. 2013/1458, T. 9.10.2013 (www.lexpera.com).

³⁴ Bu görüşe ilişkin olarak bkz. **Çağlayan Aksoy**, s. 167-171.

³⁵ Bu durumda bir davranış normunun ihlal edilmiş olması hukuka aykırılık unsurunun değil, zarar veren fiilin failinin kusurunun tespitinde önem taşıyacaktır. Bkz. **Sanlı**, s. 410.

³⁶ **Çağlayan Aksoy**, s. 164-165.

lin bir davranış normunu ihlal ediyor olması gerekmektedir.³⁷ Bu diğer hakları koruyan kurallar “özel koruma normu” olarak adlandırılmaktadır. İşte objektif hukuka aykırılık teorisi uyarınca, mutlak hak ihlali dışında bir hakkın ya da menfaatin ihlal edilmesi durumunda, hukuka aykırılık unsurunun söz konusu olabilmesi için öncelikle bir özel koruma normunun bulunması ve bu normun haksız fiilin faili tarafından ihlal edilmiş olması gerekmektedir.³⁸ Başka bir deyişle objektif hukuka aykırılık teorisi uyarınca mutlak haklar dışında kalan hakların ve menfaatlerin ihlalinde “davranışın hukuka aykırılığı” yaklaşımı kabul edilmektedir.

Herhangi bir kimsenin mutlak hakkı ihlal edilmiş olmaksızın, zarar veren fiilin haksız fiil sorumluluğunun doğmasına neden olduğu bir örnek irade sakatlıkları alanında karşımıza çıkmaktadır. Borçlar Kanunu’nun 36 vd. maddelerinde aldatma ve korkutma halleri düzenlenmiştir. Her iki hükümde de, sözleşmenin taraflarından birinin irade sakatlığına neden olan aldatma veya korkutma hallerinin kural olarak sözleşmenin iptal edilebilirliğine yol açacağı düzenlenmektedir. Bu durum, aldatma ve korkutma fiillerinin sözleşme hukukundaki yansımasıdır. Bununla birlikte bu fiillerin haksız fiil hukukunu ilgilendiren bir diğer sonucu ise tazminat sorumluluğunun ortaya çıkmasıdır. Aldatılan veya korkutulan, bu yüzden bir sözleşme ilişkisine dahil olan bir kişinin bir mutlak hakkının ihlal edilmesi zorunlu değildir. Ancak aldatmayı ve korkutmayı yasaklayan Borçlar Kanunu’nun 36. ve 37. maddeleri ihlal edilmiş olduğundan davranışın hukuka aykırılığı söz konusu olacak ve bu fiili ile başkasına zarar veren kişinin haksız fiil sorumluluğu doğacaktır.³⁹

Objektif hukuka aykırılık teorisi bağlamında sonucun ve davranışın hukuka aykırılığının bir arada değerlendirilmesi gerektiğini sa-

³⁷ Kırca, s. 16-17; Çağlayan Aksoy, s. 171; Buz, s. 37.

³⁸ Özel koruma normları, mutlak haklar dışında kalan hak ve menfaatlerin ihlalinde hukuka aykırılık unsurunun kurucu unsurudur. Atamer, s. 26.

³⁹ von Tuhr, s. 393; Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1, İstanbul 2014, s. 469 ve s. 478. Kocayusufpaşaoğlu, kanımızca isabetli olarak, aldatan veya korkutan kişinin sözleşmenin karşı tarafı olması ihtimalinde haksız fiil hükümlerine alternatif olarak *culpa in contrahendo* ilkesi uyarınca sözleşmeye aykırılık hükümlerine de başvurulabileceği, bu iki hükmün yarışma hali içinde olduğu görüşündedir.

vunan karma görüş uyarınca ise, mutlak hakların ihlali bakımından sonucun hukuka aykırılığı, mutlak hak ihlalleri dışında kalan zararlara neden olan fiiller içinse davranışın hukuka aykırılığı görüşü benimsenmelidir.⁴⁰ Bu görüşe katılan *Eren*, kusursuz sorumluluk hallerinde hukuka aykırılığın bir unsur olarak kabul edilebilmesinin ancak karma teori sayesinde mümkün olduğunu ifade etmiştir.⁴¹ Zira kusursuz sorumluluk hallerinin çoğunda bir kimsenin bir hukuk normuna aykırı bir fiilinden, dolayısıyla davranışın hukuka aykırılığından söz etmek mümkün olmadığından, sonucun hukuka aykırılığının kabul edilmesi gerekecektir.⁴²

Türk-İsviçre öğretisinde hakim olan objektif hukuka aykırılık görüşünün Alman öğretilerine paralel bir şekilde geliştiği söylenebilir. Yukarıda ifade edildiği üzere, Alman Medeni Kanunu'nda hangi hallerde hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmiş olacağı açıkça sayılmıştır. BGB § 823'ün ilk fıkrası uyarınca, Türk-İsviçre öğretisinde “mutlak haklar” olarak kategorize edilen ve teker teker sayılan bu hakların ihlal edilmiş olması durumunda hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmiş sayılır (sonucun hukuka aykırılığı). Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, yukarıda sayılan mutlak hakların ihlali dışında bir zararın ortaya çıkması halinde davranışın hukuka aykırı olması aranacaktır (davranışın hukuka aykırılığı). İşte Alman öğretisinde ilgili hükmün yorumlanması üzerine gelişen sonucun hukuka aykırılığı ve davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımı,⁴³ Türk-İsviçre öğretisini de etkilemiştir. Ne İsviçre Borçlar Kanunu'nun 41. maddesinde ne de Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde ortaya çıkan zararlar bakımından bir ayırım yapılmış olmasına

⁴⁰ Aksi görüşte bkz. **Antalya**, s. 432. Yazar, mutlak haklar bakımından da davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımının benimsenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Mutlak hak ihlallerinde de davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımının benimsenmesinin bir sonucu olarak, “sosyal uygunluk standardını” sağlayan fiillerin, sonuçta bir mutlak hak ihlali ortaya çıksa bile hukuka aykırı sayılmayacaktır. Bu görüşün açıklaması için bkz. **Akçura Karaman**, s. 566-567.

⁴¹ **Eren**, Genel Hükümler, s. 596. *Eren*, kusur sorumluluğunun esas alındığı durumlarda ise hukuka aykırılığın sonuçla bir ilişkisi olmadığını, başka bir deyişle davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımının benimsenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. **Fikret, Eren**, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağ Teorisi (Anılış: “İlliyet Bağ”), Ankara 1975, s. 138.

⁴² **Eren**, Genel Hükümler, s. 596.

⁴³ **MüKoBGB/Wagner**, BGB § 823, N. 5-7.

rağmen⁴⁴ hukuka aykırılık unsuruna ilişkin hakim görüşün bu yönde şekillenmesi, Alman hukukçuların etkisi ile açıklanabilir.⁴⁵

C. Üçüncü Hukuka Aykırılık Teorisi

Türk-İsviçre öğretisinde uzun yıllar boyunca hukuka aykırılığı açıklayan teoriler iki başlık altında (objektif ve subjektif teoriler) incelenmiştir. Bununla birlikte son yıllarda bu teorilerin yanı sıra (ve bunların karşısında), hukuka aykırılığı farklı bir temele dayandıran üçüncü bir teori daha ileri sürülmüştür. Bu teori “özen yükümlülüğüne aykırılık teorisi” veya “yeni hukuka aykırılık teorisi” olarak da anılan, “üçüncü hukuka aykırılık” teorisidir.⁴⁶

Üçüncü hukuka aykırılık teorisine göre, objektif teorinin aksine mutlak haklar ve diğer menfaatler arasında veya temel koruma normları ile özel koruma normları arasında bir ayrıma gidilmemelidir.⁴⁷ Bunun yerine, hukuka aykırılık unsurunun kurulması için aranması gereken

⁴⁴ Schwenger/Schönenberger, s. 354; Cartier, s. 34.

⁴⁵ Aynı yönde, Akçura Karaman, s. 564; Çağlayan Aksoy, s. 245; Gürpınar, s. 85; Kırca, s. 17; Buz, s. 32. Nitekim Widmer/Wessner tasarısı olarak da anılan İsviçre Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Yeknesak Hale Getirilmesine İlişkin On Tasarı'nın 46. maddesinde tıpkı BGB § 823'e benzer bir düzenleme getirilerek objektif hukuka aykırılık teorisinin bir yasal dayanak kazanması amaçlanmıştır. Tasarı'nın ilgili hükmü öncelikle hukuken korunan bir hakkın ihlal edilmiş olmasını hukuka aykırı saymakta (sonucun hukuka aykırılığı) ve bunun dışında bir zarar ortaya çıkmış olması halinde bu zarara yol açan fiilin hukuk düzeninin emir ve yasaklarına, dürüstlük kuralına veya sözleşmeye aykırı olması halinde (davranışın hukuka aykırılığı) hukuka aykırılığın kurulacağını ifade etmiştir. Tasarı'nın ilgili hükmünün Almanca orijinal metni şu şekildedir: “(1) *Widerrechtlich ist eine Schädigung, die ein von der Rechtsordnung geschütztes Recht verletzt.* (2) *Besteht die Schädigung im Verhalten einer Person, so ist dieses dann widerrechtlich, wenn es gegen ein Gebot oder Verbot der Rechtsordnung, gegen den Grundsatz von Treu und Glauben oder gegen eine vertragliche Pflicht verstösst.*” Hemen belirtelim ki 2000 yılında hazırlanmış olan bu Tasarı'nın kadük olmuştur. Bu yüzden bu çalışmada Tasarı ayrıntılı bir şekilde incelenmemiş, sadece gerekli olduğu durumlarda Tasarı'ya atıfta bulunulmuştur. Aksi yönde bkz. Stöckli, s. 238.

⁴⁶ Verde, para. 3; Cartier, s. 87.

⁴⁷ Schnyder, Anton K./Portmann, Wolfgang/Müller-Chen, Markus, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, Schultess 2008, s. 56.

şey, genel bir davranış yükümlülüğüne aykırılık olmalıdır.⁴⁸ Bu teori uyarınca hukuka aykırılık unsurunun varlığından söz edebilmek için, bu kişinin somut olayda kendisinden beklenen özen yükümlülüğünü ihlal etmiş olması gerekmektedir.⁴⁹ Bu açıdan üçüncü hukuka aykırılık teorisinin *common law* sistemlerine hakim olan *duty of care* prensibini çağrıştırdığı ifade edilmektedir.⁵⁰ Üçüncü hukuka aykırılık teorisinin ortaya koyduğu yenilik, mutlak haklar bakımından genel kabul gören sonucun hukuka aykırılığın yaklaşımının terk edilmesi ve bunun yerine mutlak haklar için de davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımının benimsenmesidir.⁵¹ Objektif teori uyarınca mutlak haklar dışında kalan değerlerin ihlalinde zaten özel bir koruma normunun ihlali arandığından, bu haklar bakımından üçüncü hukuka aykırılık teorisi ile objektif hukuka aykırılık teorisinin arasında esasen bir fark yoktur.

Mutlak hakların ihlali halinde davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımının benimsenmesinin anlamı kısaca şudur: Eğer bir kimsenin davranışı, hukuk düzenine uygun, başka bir deyişle “toplumsal açıdan eksiksiz” olmakla birlikte yine de bir mutlak hak ihlali ile sonuçlanıyorsa, artık bu davranışın hukuka aykırı olarak nitelendirilmemesi ge-

⁴⁸ **Buz**, s. 35; **Cartier**, s. 87. Bu davranış yükümlülüğü ve kişiden beklenen özenin seviyesi, toplumun geneli dikkate alınarak objektif bir şekilde belirlenecektir. **Cartier**, s. 97.

⁴⁹ Bir görüşe göre, üçüncü hukuka aykırılık teorisi uyarınca hukuka aykırılık unsurunun özen yükümlülüğünün ihlali dayandırılması doğru değildir; bunun yerine bir koruma yükümlülüğünün ihlali aranmalıdır. Üçüncü hukuka aykırılık teorisi uyarınca hukuka aykırılığı özen yükümlülüğüne bağlayan yaklaşımı eleştiren bir diğer görüş ise hukuka aykırılık unsurunun oluşmuş sayılması için bir davranış yükümlülüğünün ihlal edilmiş olması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüşler için bkz. **Çağlayan Aksoy**, s. 238-245.

⁵⁰ **Buz**, s. 35; **Çağlayan Aksoy**, s. 224-225; **Schnyder/Portmann/Müller-Chen**, s. 56. İngiliz haksız fiil hukukunda, ihmali bir fiilin haksız fiil olarak nitelendirilebilmesi için dört şartın gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu şartlardan ilki, haksız fiil failinin zarar gören kişinin de içinde bulunduğu bir topluluğa, insan grubuna karşı bir özen yükümlülüğü altında olmasıdır. Diğer şartlar, bu özen yükümlülüğünün ihlal edilmiş olması, bunun sonucunda bir zararın ortaya çıkmış olması ve zararın, söz konusu fiilin çok uzak bir sonucu olmaksızın (Kara Avrupası haksız fiil hukukunda uygun nedensellik bağı teorisinin karşılığı olarak) oluşmuş olmasıdır. Bu konuda bkz. **van Gerven, Walter/Lever, Jeremy/Larouche, Pierre**, *National, Supranational and International Tort Law*, C. 1, Oxford 2000, s. 44 vd.

⁵¹ **Çağlayan Aksoy**, s. 224.

rekir.⁵² Hukuka aykırılığı genel bir davranış yükümlülüğünün ihlaline bağlayan bu teoriyi savunan yazarların görüşlerini birbirinden farklı temellere dayandırdığı görülmektedir. Bu temeller, bir özen yükümlülüğünün ihlali, bir koruma yükümlülüğünün ihlali ve bir davranış yükümlülüğünün ihlali olarak sınıflandırılabilir.⁵³

Haksız fiil sorumluluğunun temeline bir özen yükümlülüğünü oturtan görüş, haksız fiilin kusur ve hukuka aykırılık unsurları arasındaki ayrımı silikleştirdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁵⁴ Zira bir kimsenin kendisinden beklenen özeni göstermiş olmasına rağmen ortaya bir zarar çıkmışsa, bu durumda hukuka aykırılık unsurundan bağımsız olarak kusur unsuru eksik olduğu için bu kişinin haksız fiil sorumluluğu doğmayacaktır. Bununla birlikte öğretide iki yaklaşım arasındaki farkın kendini kusursuz sorumluluk hallerinde göstereceği de ifade edilmiştir.⁵⁵ Örneğin Türk Borçlar Kanunu'nun 66. maddesinde düzenleme bulan adam çalıştırmanın sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, çalıştırılan kişinin zarar veren fiilinin hukuka aykırı olması gerekmekte ise de, adam çalıştırmanın sorumluluğunun doğması için bu kişinin kusuru aranmaktadır. Dolayısıyla bir çalıştırılan, kendisinden beklenen tüm özeni göstererek toplumsal açıdan "eksiksiz" bir davranış sonucunda üçüncü bir kişinin mutlak hakkını ihlal etmişse, bu durumda artık adam çalıştırmanın haksız fiil sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.⁵⁶

⁵² **Atamer**, s. 11.

⁵³ **Çağlayan Aksoy**, s. 227 vd.

⁵⁴ **Cartier**, s. 114 vd.; **Akçura Karaman**, s. 566. Çağlayan Aksoy, haksız fiil sorumluluğunu bir özen yükümlülüğünün ihlaline dayandıran görüşlerden birinin (Werro) aslında bu objektif özen yükümlülüğünü kusur unsuru ile ilişkilendirdiğini ifade etmektedir. Yazara göre Werro, haksız fiil sorumluluğunun temeline objektif özen yükümlülüklerini oturtmakla birlikte, hukuka aykırılık unsurunun varlığını sadece hukuka uygunluk sebeplerinin mevcudiyeti bakımından incelemektedir. Bkz. **Çağlayan Aksoy**, s. 230-236.

⁵⁵ **Akçura Karaman**, s. 567.

⁵⁶ **Çağlayan Aksoy**, s. 237. Ancak belirtmek gerekir ki TBK m. 66'da düzenlenen adam çalıştırmanın gerçek anlamda bir kusursuz sorumluluk hâli olup olmadığı tartışılabilir. Her ne kadar Kanun'da kusursuz sorumluluk hâlleri arasında düzenlenmiş olsa da, burada esasen kusur karinesinin tersine çevrildiği bir durum söz konusudur. Başka bir ifadeyle, kural olarak haksız fiillerde kusurun ispat yükü zarar görende olsa da, TBK m. 66/2'de görüldüğü üzere adam çalıştırmanın sorumluluğu bağlamında ispat yükü yer değiştirmiş ve adam çalıştırana geçmiştir. İlgili fıkrada

Üçüncü hukuka aykırılık teorisinin Türk-İsviçre doktrininde hali hazırda hakim olan karma objektif hukuka aykırılık teorisini nasıl ve ne derecede ileriye taşıdığı sorgulanmakla birlikte, mutlak hakların dolaylı bir fiille ya da yapmama fiiliyle ihlali durumunda objektif hukuka aykırılık teorisinde ortaya çıkan sakıncaların üçüncü hukuka aykırılık teorisine giderilebileceği ifade edilmiştir.⁵⁷ Aşağıda daha ayrıntılı bir şekilde değinilecek olmakla birlikte, mutlak hakların dolaylı bir şekilde veya bir yapmama fiili ile ihlal edilmesi durumunda günümüz öğretisinde nasıl bir yaklaşımın benimsendiğinden kısaca bahsedilmesi bu konuda aydınlatıcı olabilir. Mutlak hakların ihlalinde kural olarak sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımı benimsenmiş olmakla birlikte, bu hakların bir yapmama fiili üzerinden veya dolaylı ihlali söz konusu olduğunda bir özel davranış normuna aykırılık aranmaktadır. İşte bu noktada, objektif hukuka aykırılık teorisinin bu tutarsızlığı, üçüncü hukuka aykırılık teorisine sayesinde giderilmiş olacak ve bu ihlaller açısından davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımı teorik açıdan sağlam bir zemine oturtulacaktır.⁵⁸

III. Haksız Fiil Sorumluluğunun Sınırlandırılması: Normun Koruma Amacı Teorisi

İsviçre-Türk öğretisinde kabul gören objektif hukuka aykırılık teorisine uyarınca bir fiilin hukuka aykırı olarak nitelendirilebilmesi için bir mutlak hakkın ihlalinin veya mutlak haklar dışındaki menfaatlerin ihlalinde bir özel koruma normunun ihlal edilmesi gerektiği yukarıda

düzenlenen ispat yükünü yerine getirmesi durumunda sorumluluktan kurtulacağı için TBK m. 66'nın gerçekten bir kusursuz sorumluluk hâli olup olmadığı tartışmaya açıktır.

⁵⁷ **Çağlayan Aksoy**, s. 250. Bununla birlikte OR 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Taslağı'nda da objektif teorisinin benzer gerekçelerle terk edildiği görülmektedir. Taslağın 46. maddesi uyarınca genel bir davranış yükümlülüğünü ihlal eden herkesin, ortada bir hukuka uygunluk sebebinin bulunmaması halinde haksız fiil sorumluluğunun doğacağı hükme bağlanmaktadır. ("*Toute personne qui, sans motif justificatif, viole un devoir général de comportement, est tenue de réparer le dommage résultant de cette violation.*") Bkz. **Fellmann, Walter/ Müller, Christoph/ Werro, Franz**, Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 - Projet relatif à une nouvelle partie générale, Article 46, 2013. Ayrıca bkz. **Çağlayan Aksoy**, s. 271 vd.

⁵⁸ **Çağlayan Aksoy**, s. 249 vd.

açıklandı. Ancak hakimin bir mutlak hak ya da özel koruma normunun ihlal edildiğini tespit etmesi, haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olması açısından yeterli görülmemiştir.⁵⁹ Buna karşılık, ihlali aranan davranış normlarının, bir hakkın ya da menfaatin ihlalinin *doğrudan yasaklayan* hukuk kuralları olması ve söz konusu özel koruma normunun üçüncü kişinin mutlak hak dışındaki haklarını *tesadüfen* koruyor olması gerekmektedir.⁶⁰ Zira bir hukuk kuralının belirli bir davranışı yasaklamış olması, bu davranış sonucunda ortaya çıkan her türlü zararın tazmininin de amaçlandığı anlamına gelmemektedir.

Bu noktada hukuka aykırılık kavramı ve hukuk kuralına aykırılık durumu arasında bir kıyas yapılması, aşağıda açıklanacak olan normun koruma amacı teorisinin daha iyi anlaşılabilmesi için yol gösterici olacaktır. Hukuka aykırılık unsuru, herhangi bir hukuk kuralına aykırılıktan daha dar kapsamlı bir durumu ifade etmektedir.⁶¹ Hukuka aykırılık unsurunun söz konusu olabilmesi için herhangi bir hukuk kuralının ihlal edilmiş olması yeterli değildir. Bunun ötesinde, ihlal edilen hukuk kuralının korumak istediği kişilerin aleyhine, bu kural ile korunmak istenen bir menfaatinin ihlal edilmiş olması ve bu kuralın engellemek ya da yasaklamak istediği bir fiil sonucunda zararın ortaya çıkmış olması gerekmektedir.⁶² İşte bu gereklilik öğretide normun koruma amacı teorisi ya da hukuka aykırılık bağı olarak ifade edilmektedir.⁶³

⁵⁹ Normun koruma amacının ya da hukuka aykırılık bağının (bkz. dn. 37) hukuka aykırılık unsurunun içinde mi yoksa bundan bağımsız bir unsur olarak mı ele alınması gerektiği tartışmalıdır. İki görüş arasında bir pratik fark bulunmadığından bu görüşlere burada ayrıntılı bir şekilde yer verilmeyecektir. Bkz. **Eren**, Genel Hükümler, s. 598.

⁶⁰ **Kırca**, s. 21. Bu yüzden bu zararlar açısından, temel koruma normlarında olduğu gibi yazılı olmayan bir tehlike esasının kabul edilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir. **Kırca**, s. 20.

⁶¹ **Eren**, Genel Hükümler, s. 587; **Tiftik**, s. 49.

⁶² **Tandoğan**, Hukuka Aykırılık, s. 9 vd.

⁶³ Bkz. **Tandoğan**, Hukuka Aykırılık, s. 5 vd; **Eren**, Genel Hükümler, s. 595 vd. Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. **Atamer**, s. 70 vd; **Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 476. **Akman/Burcuoğlu/Altop**'un hukuka aykırılık bağı, hukuka aykırılık unsurundan ayrı bir unsur olarak ele aldıkları görülmektedir: “Bir davranış hukuka aykırı olsa bile, bundan doğan zararlı sonuçlar, ihlal edilen hukuk kuralının koruma alanına girmiyorsa, hukuka aykırılık bağı mevcut olmadığı için sorumluluk da söz konusu olmaz.”

Bu konuda verilen klasik bir örnek, bu teorinin anlaşılması için yardımcı olabilir. Bir yerde konser verecek olan şarkıcının bir trafik kazası sonucunda yaralanması, bu kişinin mutlak bir hakkı olan vücut bütünlüğünün korunmasının ihlali demektir. Başka bir deyişle bir davranış normu ihlal edildiği için, trafik kazasına sebep olan kişinin hukuka aykırı bir fiilinden söz etmek mümkündür. Bununla birlikte, bu şarkıcının kazanın gerçekleştiği günün akşamında olması gereken konseri kaza yüzünden iptal edildiğinde, bundan zarar gören en başta konser organizatörü olmak üzere diğer kişilere karşı da ortada hukuka aykırı bir fiilin bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Her ne kadar ortada bir temel davranış normunun ihlalinin bulunduğundan söz etmek mümkünse de, bu normun korumak istediği menfaatin zarar görenin vücut bütünlüğü ve korumak istediği kişinin de vücut bütünlüğü ihlal edilen kişi olduğu ortadadır. Bu yüzden ekonomik zarara uğrayan organizatör açısından hukuka aykırılık unsurunun mevcut olduğunu söylemek mümkün değildir.⁶⁴

Benzer şekilde, bir firmanın İş Kanunu'nun gereklerine uymayarak yasal olmayan bir şekilde işçilerine fazla mesai yaptırması sonucunda kurallara riayet eden rakip firmaların ekonomik zarara uğramasına yol açacağı ortadadır. Buna karşın rakip firmanın İş Kanunu'nun ilgili hükümlerinin ihlal edildiğini ileri sürerek tazminat talep edebilmesi mümkün değildir, zira bu hükümlerin amacı rakip firmaların değil işçilerin korunmasıdır.⁶⁵

Yol gösterici olabilecek bir diğer örnek ise Yargıtay kararlarına da konu olmuş Boğaz'daki tanker kazalarına ilişkindir. Bu kararlarda, söz konusu kazalar yüzünden denizin kirlenmesi sonucunda balık sayısının azalmasından zarar gören balık avcılarının bir haksız fiil tazminatı ileri sürebilmelerinin mümkün olup olmadığı tartışılmıştır. Balıkçıların zararının bir mutlak hak ihlali değil, bunun dışında kalan bir ekonomik zarar olduğu açıktır. Balıkçıların zararı, kirlenme nedeniyle tutamadıkları balıklardan elde edemedikleri kâr şeklinde bir mahrum kalınan

⁶⁴ **Buz**, s. 36-37. Benzer bir örnek için bkz. Yargıtay 4. HD, E. 1977/13144, K. 1979/38, T. 8.1.1979 (www.kazanci.com). Normun koruma amacı teorisi uyarınca, normun korumak istediği kişi çevresinin genellikle yansıma zarar gören kişiler olmadığı söylenebilir. Bu kararlara ilişkin olarak bkz. **Abik, Yıldız**, Normun Koruma Amacı Teorisi, AÜHF, C. 59, S. 3, 2010, s. 384; **Antalya**, s. 434.

⁶⁵ **Tandoğan**, Hukuka Aykırılık, s. 9-10.

kârdır. Bu zararların haksız fiil sorumluluğu uyarınca giderilebilmesi için ise, yukarıda açıklandığı üzere bir özel davranış normunun ihlal edilmiş olması gerekmektedir. Olayda ihlal edilen norm, Türk Ticaret Kanunu'nun 1062. maddesidir.⁶⁶ Bununla birlikte söz konusu normun korumak istediği menfaatin, kazaya karışan kişilerin malları ve canlarıdır. Bunun yanı sıra normun koruma amacının çevresel zararları ve bunların sonucunda ortaya çıkan üçüncü kişilerin ekonomik zararlarını da kapsayıp kapsamadığı tartışmaya açıktır.⁶⁷

Normun koruma amacının vurgulayan ve ilgili Yargıtay kararlarını takiben öğretide çokça tartışmaya neden olmuş bir diğer örnek ise eşlerden birinin diğer eşin beraber olduğu üçüncü kişiye karşı açtığı haksız fiil davalarıdır. Yargıtay birçok kararında, evli kadının kocasının kendisini aldattığı üçüncü kişiden evlilik birliğinin ihlaline dayanarak tazminat isteyebileceğini kabul etmiştir.⁶⁸ Medeni Kanun'un 185. maddesi, “Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ... zorundadırlar.” ifadesiyle eşlerin sadakat yükümlülüklerini düzenlemiştir. Bununla birlikte sadakat yükümlüğünün diğer eş tarafından ihlali halinde dahi bir haksız fiil sorumluluğunun doğup doğmayacağı son derece tartışmalıyken, bu hüküm uyarınca evlilik birliğine dahil olmayan üçüncü bir kişinin haksız fiil sorumluluğunun kabul edilmiş olmasının çokça eleştiriyeye maruz kalması şaşırtıcı değildir.⁶⁹ Medeni Kanun'un 185. maddesinde

⁶⁶ İlgili madde, “Donatan, gemi adamlarının, zorunlu danışman kılavuzun veya isteğe bağlı kılavuzun görevlerini yerine getirirken işledikleri kusur sonucunda üçüncü kişilere verdiği zararlardan sorumludur.” buyurmaktadır. Bu maddenin 6762 sayılı Kanun'daki karşılığı 947. maddedir ve bu konuda aynı düzenlemeye sahiptir.

⁶⁷ Yargıtay, bu normun esas amacının diğer deniz aracına gelen zararın giderilmesi olduğunu ifade etmekle birlikte çevresel zararların ve balıkçıların (olayda belediye) ekonomik zararlarının da bu normun koruma amacına dahil olduğunu kabul etmiştir. Bkz. **Atamer**, s. 83; **Abik**, s. 392.

⁶⁸ Yargıtay 4. HD, E. 2004/10434, K. 2005/4506, T. 28.4.2005. Bu kararın bir eleştirisi için bkz. **Serozan, Rona**, Yargıtay'ın Tepki Çeken Son Tazminat Kararlarında Göze Batan Hukuksal Yanılgılar ve Bunları Tetikleyen Muhafazakar İdeoloji (Anılış: “Muhafazakar İdeoloji”), Güncel Hukuk, s. 36 vd., http://media.wix.com/ugd/a6a924_ca44c723d9ad4663bcc764fd49499a33.pdf, son erişim tarihi: 7.4.2016.

⁶⁹ Bkz. **Serozan**, Muhafazakar İdeoloji, s. 37. Belirtmek gerekir ki bu durumda tartışma kuşkusuz hukuka aykırılık bağı bağlamında değil, hukuka aykırılık unsurunun mevcudiyeti bağlamında yapılacaktır.

düzenlenen sadakat yükümlülüğünün normun koruma amacı teorisi bağlamında yorumlanması sonucunda üçüncü kişilerin fiillerinin hukuka aykırı olup olmayacağı değerlendirilmelidir. Borçlar Kanunu'nun ilgili hükmünün amacı, eşlerin evlilik birliği süresince birbirlerine karşı sahip oldukları sadakat yükümlülüğünü düzenlemektir. Sadakat yükümlülüğünün cinsel sadakat ile sınırlı olmadığı öğretide vurgulanmakla birlikte,⁷⁰ sadece cinsel sadakat yükümlülüğünün ihlali durumunda kanun koyucunun bir yaptırım öngördüğü görülmektedir. Bu yaptırım ise zina sebebiyle boşanma ve boşanmaya bağlanan ve tazminatı içeren sonuçlardır. Bununla birlikte, Borçlar Kanunu'nun 185. maddesinin, evlilik dışındaki üçüncü kişiler için bir yükümlülük getirdiğini söylemek mümkün değildir. Başka bir deyişle, tartışmalı olmakla birlikte, Medeni Kanun'un 185. maddesinde düzenleme bulan sadakat yükümlülüğünün ihlali diğer eş açısından bir haksız fiil olarak nitelenebilirse bile, bu fiilin evliliğin tarafı olmayan bir üçüncü kişi açısından haksız fiil sorumluluğu doğurmaması gerekir. Zira söz konusu hükmün koruma amacı, evlilik birliğinde yer alan kişilerin birbirlerine karşı sadakat yükümlülüğünü sağlamak olduğundan evlilik birliği dışındaki bir kimsenin fiilinin hukuka aykırılık bağının kurulması mümkün değildir. Bu yüzden Yargıtay'ın söz konusu kararlarında bu kişilerin tazminat sorumluluğuna hükmetmesinin eleştirilmesinin isabetli olduğu kanısındayız.⁷¹ Nitekim Yargıtay'ın da son yıllarda verdiği kararlar ile bir içtihat değişikliğine gittiği ve bu durumlarda hukuka aykırılık unsurunun bulunmadığını kabul ettiği görülmektedir.⁷²

Özetle, normun koruma amacı teorisinin çıkış noktasının hukuka aykırılığa neden olan davranış normlarının esasen yalnızca belli kişileri ve değerleri, belli tehlikelerden koruma amacına sahip olması olduğu

⁷⁰ Gençcan, Ömer Uğur, Aile Hukuku, Ankara 2011, s. 561; Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III – Aile Hukuku, İstanbul 2011, s. 155.

⁷¹ Alman Federal Mahkemesi'nin ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin de benzer davaları karara bağladığı görülmektedir. Alman Federal Mahkemesi, bu davayı normun koruma amacı teorisine dayanarak reddetmiştir. Bununla birlikte İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu tür durumlarda haksız fiil sorumluluğunu kabul ettiği kararları bulunmaktadır. Bkz. Abik, s. 391.

⁷² Örneğin bkz. Yargıtay 4. HD, E. 2014/6538, K. 2015/5839, T. 7.5.2016 (www.kazanci.com).

söylenbilir.⁷³ Bu yüzden haksız fiil sorumluluğunun ortaya çıkıp çıkmayacağına değerlendirilebilmesi için, ihlal edildiği iddia edilen davranış normunun yorumlanması ve amacının tespit edilmesi gerekmektedir.

IV. Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Hukuka Aykırılık Unsurunun Tespiti

A. Mutlak Hakların İhlalinde Hukuka Aykırılık Unsuru

1. Genel Olarak

Bir kimsenin kişilik hakkı veya mülkiyet hakkı gibi bir mutlak hakkının ihlal edilmiş olması, dar anlamda hukuka aykırılık olarak da tanımlanmaktadır.⁷⁴ Yukarıda açıklandığı üzere, objektif hukuka aykırılık teorisi uyarınca mutlak hakların ihlalinde sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımı kabul edilmektedir. Bununla birlikte mutlak hakların her türlü ihlalinde genel geçer bir şekilde sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımının benimsenmesinin ne kadar isabetli olduğu kanımızca tartışmaya açıktır. Öyle ki mutlak hakların doğrudan ihlali ile dolaylı ihlali veya bir yapmama fiili sonucunda ihlalinin hukuka aykırılık unsuru bakımından aynı kefeye konmasının, haksız fiil kurumunun doğasına ve amaçlarına ne kadar hizmet ettiği sorgulanabilir.

Mutlak hakların ihlali dendiğinde hukuka aykırılık unsuru bağlamında akla gelen ilk ayırım, mutlak hakların doğrudan ihlali ve dolaylı ihlali arasındaki ayırımdır. Mutlak hakların doğrudan ihlali, bu ihlale yol açan hareketin en azından kısmen bu sonuca yönelmiş olmasıdır. Buna karşılık mutlak hakların dolaylı ihlalinde bu sonuca yönelmiş herhangi bir hareket bulunmaksızın bir mutlak hak ihlali sonucunun ortaya çıkması söz konusudur. Aşağıda her iki durum da hukuka aykırılık unsuru bağlamında incelenecek olmakla birlikte bu ayırımın Türk-İsviçre öğretisinde çok fazla inceleme altına alınmadığı belirtilmelidir.⁷⁵ Ardından

⁷³ Abik, s. 347; Antalya, s. 433.

⁷⁴ Atamer, s. 70. Werro, s. 183; Antalya, s. 431.

⁷⁵ Atamer, s. 27. Oysaki objektif hukuka aykırılık teorisi uyarınca bir mutlak hakkın dolaylı ihlali durumunda, davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımı gereği bir özel normun ihlali de aranmaktadır. Bununla birlikte Türk-İsviçre öğretisi ve yargısında, bir fiil sonucunda mutlak hak ihlali ortaya çıkması hukuka aykırılık unsurunun mevcut sayılması için yeterli görülmüştür. Başka bir ifadeyle mutlak

ise mutlak hakların bir yapmama fiili sonucunda ihlal edilmiş olması durumunda hukuka aykırılık unsurunun nasıl değerlendirilmesi gerektiği incelenecektir.

2. Mutlak hakların doğrudan ihlali

Bir hakkın doğrudan ihlali, fiil ile zarar arasında başka herhangi bir sebep bulunmaması anlamına gelmektedir. Başka bir ifadeyle söz konusu zarar, bu fiilin doğrudan bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.⁷⁶ Yukarıda açıklandığı üzere, mutlak haklar temel koruma normları ile korunduğu için bu normların ihlaline yönelik bir fiilin söz konusu olması hukuka aykırılık unsurunun kurulması bakımından yeterlidir. Bir fiilin başkasının mutlak hakkının ihlaline yönelmesi, hukuka aykırılık unsurunu zaten içinde barındıracaktır.⁷⁷ Bununla birlikte bir mutlak hak ihlaline yönelik olmayan bir fiilin de bir başkasının mutlak hakkının ihlali sonucuna yol açması durumunda varılacak sonuç değişmeyecektir. Özetle, istemli ya da istemsiz bir şekilde doğrudan bir mutlak hakkın ihlali sonucunu doğuran fiillerin hukuka aykırı olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim bu sonuç, Türk-İsviçre hukukunda kabul edilen mutlak haklar bakımından sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımına uygundur.

3. Mutlak hakların dolaylı ihlali

Mutlak hakların dolaylı ihlali, fiil ile zararın iç içe geçmediği, bu sonucun araya başka bir sebebin ya da sebeplerin eklenmesiyle oluştuğu ihlaller olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durumlarda da fiil ve zarar arasında bir nedensellik ilişkisi vardır fakat bu ilişki doğrudan ihlallerde olduğu kadar yakın değildir.⁷⁸

haklar bakımından sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımı öne çıktığı için bu ayrımın oynadığı rol azalmıştır.

⁷⁶ Atamer, s. 14.

⁷⁷ Akçura Karaman, s. 568.

⁷⁸ Oğuzman/Öz, C. 2, s. 16-17. Dolaylı mutlak hak ihlallerinde uygun nedensellik bağı kuramının sorunu çözmek için yeterli olmadığı söylenebilir. Zira bu kuram uyarınca hayatın olağan akışına göre bir davranışın ortaya çıkan sonuca yol açması beklenebiliyorsa, nedensellik bağının söz konusu olduğu kabul edilmelidir. Dolaylı mutlak hak ihlallerinde ise sebep ile sonuç arasındaki bağın her zaman uygun nedensellik bağı olarak nitelendirilemeyecek derecede zayıf olması düşü-

Örneğin bir kimse gece apartmana girerken apartmanın kapısını açık unuttuğu için bir başkasının evine hırsız girmiş olması durumunda, bu kişinin mülkiyet hakkının dolaylı ihlalinin söz konusu olduğu düşünülebilir.⁷⁹ Bu durumda hakimin yapması gereken, bir davranış normunun bulunup bulunmadığını ve bu normun ihlal edilip edilmediğini tespit etmektedir. Aşağıda yapmama fiilleri başlığı altında açıklanacağı üzere kural olarak bir kimsenin tehlikeli bir durum yaratması halinde, üçüncü kişileri koruyucu gerekli önlemleri almamış olması bir davranış normuna aykırılık olarak kabul edilmektedir. Bu durumda bu olayda hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmiş olduğu kabul edilebilir. Fakat eve giden yolun tadilatla olmadığı, postacının nedensiz yere bahçeden geçtiği ve ayağını yaraladığı, bu yüzden bir mutlak hakkının ihlal edildiği düşünüldüğünde, ev sahibinin tehlikeli bir durum yaratmadığından bir davranış yükümünün ihlal etmediği ileri sürülebilir. Bu ihtimalde sonuç olarak bir mutlak hak ihlali doğmuş olsa bile, hukuka aykırılık unsuru kurulmuş olmayacaktır.

Bir görüşe göre, mutlak hakların dolaylı ihlalinde hukuka aykırılık unsurunun sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımından hareketle değil, davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımından hareketle kurulması gerekmektedir.⁸⁰ Bununla birlikte aksi yönde görüşü savunan yazarlar da mevcuttur. Bu yazarlara göre, mutlak hakkın doğrudan ya da dolaylı bir şekilde ihlal edilmiş olması önemli değildir. Bu noktada önemli olan şey, söz konusu fiilin sonucunda bir mutlak hak ihlalinin ortaya çıkmış olmasıdır. Bu durumda sorumluluğun sınırlandırılmasında uygun nedensellik bağı kuramı devreye gireceğinden, mutlak hakların dolaylı ihlalinde davranışın hukuka aykırılığını arayan bir yorum yapılmasına da gerek yoktur.⁸¹

nülemez. Bu yüzden haksız fiilin unsurlarından nedenselliğin yanı sıra hukuka aykırılık unsurunun da dolaylı ihlallerde değerlendirilmesi gereklidir.

⁷⁹ Belirtmek gerekir ki burada hukuka aykırılık unsurunun yanı sıra uygun nedensellik bağı unsurunun da mevcudiyeti tartışılabilir.

⁸⁰ **Atamer**, s. 16-17. Ancak belirtmelidir ki yazar, mutlak hakların doğrudan ve dolaylı ihlali arasındaki ayrımının Türk-İsviçre öğretisinde pek incelenmediğini, mutlak hakların her türlü ihlalinin hukuka aykırılık unsurunun kurulması bakımından yeterli görüldüğünü belirtmiştir.

⁸¹ Mutlak hakların dolaylı ihlalinde de sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımının benimsenmesi gerektiği yönünde bkz. **Oğuzman/Oz**, C. 2, s. 16. Uygun nedensellik bağı kuramının haksız fiil sorumluluğunu sınırlandırıcı işlevini yeterince yerine

Mutlak hakların dolaylı ihlalinde özel bir davranış kuralının ihlalinin aranmasının arkasında yatan sebep, kişilerin öngöremeyecekleri, günümüz iç içe geçmiş toplum yapısında önüne geçilmesinin güç olduğu birtakım zarardan sorumlu olmasının isabetli olmadığı düşüncesidir. Bireylerin hareket serbestisinin ve girişim özgürlüğünün korunabilmesi için haksız fiil sorumluluğunun bu yolla sınırlandırılmasının isabetli olduğu düşünülebilir. Bu nedenle dolaylı mutlak hak ihlallerinde hukuka aykırılık unsurunun tespitinde davranışın hukuka aykırılığının aranması doğru çözüm gibi gözükmektedir. Bunun sonucunda ise kuşkusuz mutlak hakların dolaylı ihlalinde tespit edilen hukuk kuralı da normun koruma amacı teorisi uyarınca sınırlanacaktır.

4. Mutlak hakların bir yapmama fiili sonucunda ihlali

Mutlak hakların bir yapmama fiili sonucunda ihlali durumunda hukuka aykırılık unsurunun tespiti açısından öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşleri açıklamaya geçmeden önce, bu bağlamda incelenmesi gereken iki temel sorun olduğu ifade edilmelidir. Bunlardan ilki, pasif bir davranışın Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca bir "fiil" teşkil edip etmeyeceğine ilişkindir. İkinci sorun ise, bu davranışın hukuka aykırı karakterinin nasıl ortaya konulacağıdır.

Öğretide hemen her yazar tarafından kabul edildiği üzere, bir insan fiili yapma ya da yapmama şeklinde ortaya çıkabilir.⁸² Fiili, insanın iradi ve dış davranış tarzı olarak tanımlamak mümkündür.⁸³ Bu tanım uyarınca kişinin iç dünyasında olup bitenler bir fiil olarak nitelendirilemeyeceği gibi, kişinin iradesi dışında ortaya çıkan davranışların da fiil olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla iradi bir şekilde gerçekleştirilen bir yapmama fiili de diğer şartları da sağlamak kaydıyla bir haksız fiil olarak nitelendirilebilecektir.⁸⁴

getiremediği konusunda bu kurama yöneltmiş eleştiriler azımsanamayacak derecede çoktur. Bu eleştirilerin arkasındaki en önemli neden, uygun nedensellik bağı incelenirken dikkate alınan objektif kişiye yönelik *ex post* bir değerlendirme yapıldığından, adeta bir insan üstü beklenti içine girilmesidir. Bu eleştiriler için bkz. **Atamer**, s. 62 vd.

⁸² **Abik**, s. 372. **Akçura Karaman**, s. 578; **Kaneti**, *Hukuka Aykırılık*, s. 1

⁸³ **Deschenaux /Tercier**, s. 38. **Kaneti**, *Hukuka Aykırılık*, s. 18; **Tiftik**, s. 46.

⁸⁴ **Kaneti**, *Hukuka Aykırılık*, s. 123; **Tiftik**, s. 46; **Akman/Burcuoğlu/Altıp**, *Tekinyay Borçlar Hukuku*, s. 484.

Bilindiği üzere hukukumuzda kural olarak zarar görecektir bir kimseyi aktif bir fiille bu zarardan korumaya yönelik genel bir kural bulunmamaktadır.⁸⁵ Örneğin, yoldan geçerken uçurum kenarında ayağı kayan ve uçurumdan düşmek üzere olan bir kişiyi gören kimsenin bu kişiye yardım etme yükümlülüğünün bulunduğundan söz etmek kural olarak mümkün değildir. Bu yüzden yapmama şeklinde oraya çıkan pasif davranışların nasıl hukuka aykırı olarak nitelendirilebilecekleri ayrı bir önem taşımaktadır. Türk hukukunda genel bir zararı önleme yükümlülüğü kuralı bulunmadığına göre, bir kimsenin böyle bir yükümlülük altında olduğunun kabul edilebilmesi için özel bir kuralın ya da hukuki sebebin bulunması gerekmektedir.⁸⁶ Aksi takdirde, bir yapmama fiili sonucunda üçüncü bir kişinin mutlak hakkı ihlal edilmiş olsa dahi haksız fiil sorumluluğundan söz edilemeyecektir.

Bir yapmama fiilinin hukuka aykırı sayılabilmesi için bu pasif davranışı yasaklayan bir normun bulunması ihtiyacı, bu fiiller sonucunda mutlak haklar dahi ihlal edilmiş olsa, sonucun değil davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımının benimsenmesi sonucunu doğuracaktır.⁸⁷ Başka bir ifadeyle, yapmama fiili sonucunda bir mutlak hak ihlal edilmişse, tıpkı mutlak haklar dışında kalan haklarda olduğu gibi bir özel koruma normunun tespit edilmesi, bu normun ihlalinin ortaya konulması ve normun koruma amacı teorisi uyarınca bir değerlendirme yürütülmesi gerekecektir.

Bir yapmama fiilini yasaklayan ya da daha doğru bir ifadeyle bir yapma ödevi doğuran hukuk kuralı, diğer özel koruma normlarında olduğu gibi, yazılı veya yazılı olmayan kurallar olarak karşımıza çıkabilir. Yazılı yapma ödevlerine örnek olarak Türk Ceza Kanunu'nun 98. maddesinde yer alan “Yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhal ilgili makamlara bildiren kişi, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.” hükmü verilebilir.⁸⁸ Bunun dışında verilebilecek bir diğer

⁸⁵ Çağlayan Aksoy, s. 164; Kaneti, Hukuka Aykırılık, s. 123; Sanlı, s. 412.

⁸⁶ Akçura Karaman, s. 563; Antalya, s. 437; Çağlayan Aksoy, s. 164; Kaneti, Hukuka Aykırılık, s. 19; Oğuzman/Öz, C.2, s. 20; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, s. 60.

⁸⁷ Cartier, s. 47 vd.; Çağlayan Aksoy, s. 165; Tiftik, s. 46.

⁸⁸ Çeşitli kanunlarda yer alan ve bir yapma ödevi yükleyen hukuk kurallarına ilişkin örnekler için bkz. Kaneti, Hukuka Aykırılık, s. 124-130.

örnek, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 82. maddesinde yer alan "(...) kaza yerinden geçmekte olan veya kazaya karışmış araçların sürücüleri kaza mahallinde ilk yardım önlemlerini almaya ve en yakın zabıtaya veya sağlık kuruluşuna haber vermeye (...) zorunludur." hükmüdür.

Bununla birlikte, bir yapmama fiilinin yazılı olmayan bir hukuk kuralı ile yasaklanmış olması da mümkündür. Bu durumda hakimin, pasif bir davranışın hukuka aykırılığına hükmedebilmesi için, öncelikle Medeni Kanun'un birinci maddesi uyarınca bir özel koruma normunu tespit etmesi gerekmektedir. Hakim bunu yaparken kendisini kanun koyucunun yerine koyarak, genel ve soyut nitelikte bir özel davranış normunu ortaya koymalıdır. Hakimin kanun koyucu gibi davranarak bir özel davranış normu koyduğu hallerin başında tehlike kuralı olarak da adlandırılan güvenlik önlemleri alma yükümleri gelmektedir.⁸⁹ Tehlike kuralı uyarınca, kendi davranışlarıyla tehlikeli bir durum yaratan (örneğin kendi bahçesinde ateş yakan ya da evinin önünde çukur açan) bir kişinin, üçüncü kişilerin zarar görmesini önlemek için gereken önlemleri alması gerekmektedir. Bu önlemlerin alınmamış olması, bu kişinin hukuka aykırı bir yapmama fiilinden dolayı sorumlu olmasını gerektirecektir.⁹⁰

Yazılı olmayan bir hukuk kuralı bağlamında bir yapmama fiili sonucunda haksız fiil sorumluluğunun tartışıldığı ve yargı kararına konu olan bir diğer örnek de bu konunun anlaşılması için yol gösterici olabilir. Yargıtay'ın önüne gelen olayda, apartmanda alt katlarda yaşayan bir kimsenin balkon demirlerini örneğin dikey değil de yatay bir şekilde yaptırması sonucunda üst kata hırsızın daha kolay girdiği ileri sürülmektedir.⁹¹ Her ne kadar kararda tartışma daha ziyade kusur unsuru

⁸⁹ Atamer, s. 17; Kırca, s. 46; Deschenaux /Tercier, s. 76; Oftinger, s. 112. Akçura Karaman, s. 578; Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 480; Kaneti, Hukuka Aykırılık, s. 135; Tiftik, s. 46-47.

⁹⁰ Tehlike kuralının hukuka aykırılık unsurunun değil kusur unsurunun altında değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Oğuzman/Oz, C.2, s. 13; Kırca, s. 47. Kanimızca, ancak mutlak hakların dolaylı ihlaliinde sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımının benimsenmesi durumunda bu görüş haklıdır. Bununla birlikte mutlak hakların dolaylı ihlaliinde davranışın hukuka aykırılığı görüşünün benimsenmesi halinde bir özel davranış kuralına aykırılık aranacağından, tehlike kuralının bu noktada işlev kazanabileceği görüşündeyiz. Benzer görüşte Bkz. Akçura Karaman, s. 579.

⁹¹ Yargıtay 4. HD, E. 1988/4147, K. 1988/7408, T. 13.9.1988. (www.kazanci.com)

üzerinden yürütülmüş olsa da, davalının fiilinin hukuka aykırı niteliğe sahip olup olmadığı da öğretilerde tartışılmıştır.⁹² Söz konusu fiilin hukuka aykırı olduğunun kabul edilebilmesi için, bir davranış yükümlülüğünü ihlal ettiğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte ortada bu yönde bir yazılı hukuk kuralı bulunmadığı için, yazılı olmayan bir hukuk kuralının araştırılması yoluna gidilmiş ve davalının fiilinin tehlike kuralı veya komşuluk hukuku yükümlülükleri kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı sorgulanmıştır.⁹³

B. Salt Ekonomik Zararlar Açısından Hukuka Aykırılık Unsurunun Tespiti

1. Genel Olarak

Yukarıda açıklandığı üzere, Türk-İsviçre öğretisinde ve yargı kararlarında kabul gören objektif hukuka aykırılık teorisi, salt ekonomik zararların tazmini için özel bir davranış normunun ihlal edilmiş olmasını ve söz konusu bu davranış normunun amacının bu tür ihlalleri engellemek ya da yasaklamak yönünde olmasını aramaktadır. Bu durum “geniş anlamda hukuka aykırılık” olarak da nitelendirilmektedir.⁹⁴ Bununla birlikte, özel koruma normlarının sınırlı sayıda olması ve bunun sonucunda birtakım hakkaniyetsiz durumların ortaya çıkması üzerine, bir özel koruma normu bulunmayan hallerde de hukuka aykırılık unsuru örneğin Medeni Kanun’un 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralı üzerinden tesis edilmeye çalışılmıştır.⁹⁵ Aşağıda öncelikle özel koruma normunun bulunduğu ve mutlak hak dışında bir menfaatin ihlal edildiği haller, ardından da spesifik bir özel koruma normu bulunmaksızın bu tür bir ihlalin gerçekleştiği haller hukuka aykırılık unsuru bağlamında ele alınacaktır.

⁹² Sanlı, s. 416.

⁹³ Sanlı, s. 416-417.

⁹⁴ Werro, s. 183.

⁹⁵ Werro, s. 183. Benzer yönde bkz. Buz, s. 40-41. Yazar, objektif hukuka aykırılık teorisinin salt malvarlığı zararları karşısındaki yetersizliğinin birtakım yeni hukuki mekanizmalar üzerinden telafi edilmeye çalışıldığını ifade etmiştir. Bu mekanizmalar arasında *culpa in contrehendo* sorumluluğu ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme de yer almaktadır.

2. Yazılı bir özel koruma normunun bulunduğu haller

Mutlak hak ihlali dışında bir zararın ortaya çıkması durumunda hukuka aykırılık unsurunun kurulabilmesi için ihlali gerekli olan özel koruma normlarıyla hukukun farklı alanlarında karşılaşılacaktır. Türk Ceza Kanunu'nun 157. maddesinde düzenlenen dolandırıcılık suçu veya Türk Borçlar Kanunu'nun 36. maddesinde düzenlenen aldatma ya da korkutma durumları bu özel koruma normlarına örnek gösterilebilir. Her iki durumda da bir kimsenin bir mutlak hakkının ihlali söz konusu olmaksızın zarara uğramış olması halinde bu zararın tazmini mümkündür. Aynı yönde Türk Borçlar Kanunu'nun 53. maddesinde düzenlenen destekten yoksun kalma tazminatı da özel bir koruma normu içermektedir. Destekten yoksun kalan kişilerin bir mutlak hakkı ihlal edilmiş olmamasına rağmen, söz konusu haksız fiil yüzünden uğramış oldukları zararın tazmin edilebileceği özel bir kuralla hükme bağlandığından, bu yansıma zararın tazmini mümkün olmaktadır. Başka bir deyişle, bu noktada fiil ve zarar arasında hukuka aykırılık bağı kuran, bizzat söz konusu özel hukuk kuralı olmaktadır.

Bir davranışı yasaklayan özel koruma normlarının birincil amacı her zaman zarara uğrayan kişilerin bireysel menfaatlerin korunması olmayabilir. Örneğin Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen dolandırıcılık suçunun esas amacı kamu düzeninin korunmasıdır. Bununla birlikte dolandırıcılık suçunun mağduru olan kişinin bireysel menfaatlerinin korunması da bu suçun düzenlendiği normun koruma amacına girmektedir. Aynı durum, Türk Borçlar Kanunu'nun 57. maddesinde ve Türk Ticaret Kanunu'nun 55. maddesinde düzenlenen haksız rekabet halleri için de geçerlidir. Bu hükümlerin esas amacı ticaret hayatında düzeni ve ticari rekabet esasını sağlamak olmakla birlikte,⁹⁶ bireysel menfaatleri de koruma amacının bulunduğu kabul edilmelidir. Bu açıdan bakıldığında, bir dolandırıcılık suçunun işlenmesi veya haksız rekabet hükümleri arasında sayılan bir fiilin gerçekleştirilmesi halinde normun koruma amacı teorisine uygun olarak hukuka aykırılık unsurunun meydana geldiği kabul edilecektir.

Bu noktada, çalışmamızın konusuna dahil olmamakla birlikte Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinin ikinci fıkrasında düzenle-

⁹⁶ Bkz. Türk Ticaret Kanunu'nun 55. maddeye ilişkin gerekçesi ve **Günay, Cevdet İlhan**, Rekabet Hukukunun Amacı ve Konusu, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. 3, İstanbul 2011, s. 3205.

nen kasten ve ahlaka aykırı bir fiilden kaynaklanan haksız fiil sorumluluğundan kısaca bahsetmek yararlı olacaktır. İlgili fıkra uyarınca bir kimseye ahlaka aykırı bir fiille kasten zarar veren kişi, ortaya çıkan salt ekonomik zararı da tazmin etmek yükümlülüğü altındadır. Bu fıkroda düzenlenen şartların gerçekleşmesi halinde, özel bir koruma normuna aykırılık söz konusu olmasa bile haksız fiil sorumluluğu gündeme gelecektir. Başka bir deyişle bu hallerde ahlaka aykırılık ve kast unsurlarının birleşmesi, hukuka aykırılık unsuru olmasa dahi haksız fiil sorumluluğunun kurulmuş sayılması için yeterli görülmüştür.⁹⁷ Bu durumda akla gelen klasik örnek, üçüncü kişinin bir sözleşmenin borçlusunu, menfaat sağlamak amacıyla, sözleşmeye aykırı davranmaya teşvik etmesidir. Ancak ticaret hayatının gereklerinin, iç içe geçmiş yapısının ve liberal ekonomilerde sağlanmak istenen tam rekabet ortamının bu gibi fiillerin “*ahlaka aykırı*” olarak nitelendirilmesine ne ölçüde izin vereceği tartışılabilir.⁹⁸ Bu örnekten de anlaşılacağı üzere, salt ekonomik zararların 49. maddenin ikinci fıkrası uyarınca tazmini, her zaman tatmin edici sonuçlar vermemektedir. Kanımızca da bu fıkranın dar yorumlanması ve istisnai bir şekilde uygulanması gerekmektedir.⁹⁹ Bu yüzden salt ekonomik zararların 49. maddenin birinci fıkrası, yani genel haksız fiil sorumluluğu hükmü uyarınca tazmin edilebilir olup olmadığı sorusu daha da önem kazanmaktadır. Ayrıca aşağıda görüleceği üzere zamanla Türk Borçlar Kanunu’nun 49. maddesinin birinci fıkrası uyarınca ku-

⁹⁷ Eren, Genel Hükümler, s. 599; Schwenger/Schönenberger, s. 357. Bu unsurlara ilişkin olarak bkz. Barlas, Nami, Başkasının Sözleşme İlişkisine Müdahale Sebebiyle Sorumluluk, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C.1, İstanbul, 2010, s. 421-429.

⁹⁸ Ahlaka aykırılığın tespitinde dikkate alınabilecek kıstaslar için bkz. Kapancı, s. 93. 6102 sayılı Ticaret Kanunu’nun 54. ve devamı maddelerinde düzenlenen haksız rekabet kurumu ile başkasını sözleşmeye aykırı davranmaya teşvik de bir haksız rekabet hali olarak düzenlenmiştir (Ticaret Kanunu’nun 55. maddesinin b bendi). İlgili hüküm uyarınca bir kimseyi sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yöneltmek bir haksız rekabet göstergesidir. Bu durumda, ticaret hayatında sözleşmeye aykırı davranmaya teşvik özel bir davranış normuyla düzenlendiğinden bu tartışmanın söz konusu bağlamda önemini yitirdiği söylenebilir. Bkz. Çağlayan Aksoy, s. 468. Ahlaka aykırılık kavramı ile ilgili olarak bkz. Barlas, s. 436-439; Paksoy Küçük, Meliha Sermin, Sözleşmeyi İhlale Yönelme, yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul, 2016, s. 88-90 vd.

⁹⁹ Aynı yönde Çağlayan Aksoy, s. 467; Werro, s. 184.

ruhan haksız fiil sorumluluğunun kapsamı genişlediğinden, ikinci fıkra üzerinden kurulan sorumluluğun önemi de görece azalmıştır.¹⁰⁰

3. Yazılı bir özel bir koruma normunun bulunmadığı haller

Salt ekonomik zararların ve dolaylı mutlak hak ihlallerinden ortaya çıkan zararların her halde tazmin edilebilir olmasının, liberal ve rekabet esasına dayalı ekonomilerde tercih edilmeyen bir hukuk politikası olduğunu söylemek mümkündür.¹⁰¹ Zira haksız fiil sorumluluğunun sınırlarının önüne geçilemez bir şekilde genişlemesi sonucunda bireylerin hareket ve girişim özgürlüğünün kısıtlanacağı düşünülebilir. Bu yüzden, yukarıda açıklandığı üzere, bu tür zararların tazmin edilebilmesi için hakim görüşe göre bir hukuk normunun ihlal edilmesinin gerektiği ileri sürülmektedir. Buna karşın açık bir özel koruma normunun bulunmamasına rağmen salt ekonomik zararların tazmin edilebilirliği ve aşağıda daha ayrıntılı bir şekilde değinileceği üzere Medeni Kanun'un 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralının bir koruma normu olarak değerlendirilebilir olup olmadığı günümüzde hala tartışmalıdır.¹⁰²

Bu tartışmanın arkasında yatan neden ise kolayca anlaşılabilir: Kanun koyucunun salt ekonomik zararın tazmin edilebilir olduğu her türlü ihtimali kazuistik bir şekilde düzenlemesi mümkün değildir. Bu tür bir düzenleme şekli öncelikle kanun koyucunun amacına aykırı olur. Zira kanun koyucunun özel koruma normları koymasındaki esas amaç, bu normların ihlali halinde ortaya çıkan zararların tazmin edilmesi değildir. Kanun koyucunun birincil amacı, yasaklanan bu fiillerin önüne geçmek ya da bir davranış şeklini emretmektir. Bu normun ihlali halinde ortaya çıkan zararın tazmin edilmesi ise, bu normun ikincil sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanun koyucunun yapılmasını yasakladığı ya da emrettiği her türlü durumu kanunda teker teker

¹⁰⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 599. TBK m. 49/2 hükmünün uygulama alanının daralmış olmasına rağmen etkisini yitirmediği, "hukuka aykırı" olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan fiiller bakımından önem taşıdığı görüşünde bkz. Barlas, s. 420-421.

¹⁰¹ Gürpınar, s. 84. Ayrıca bkz. Kırca, s. 18 vd.

¹⁰² Bkz. Eren, s. 592; Barlas, s. 432-433; Kırca, s.40 vd; BaslerK- Kessler, Art. 41, N. 36, Keller, Max, Ist Eine Treu und Glauben Verletzende Schädigung Widerrechtlich?, Recht 1987, s. 136-137; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, s. 63-64.

düzenlemesi gerçekçi bir beklenti de değildir. Bu yüzden açık bir özel koruma normunun bulunmadığı durumlarda dahi salt ekonomik zararların tazmin edilebilmesi için çeşitli yollar aranmış ve hukuka aykırılık kavramının sınırlarını genişletme eğilimi ortaya konulmuştur. Bunun için ise ya hali hazırda mevcut olan özel normların sınırları genişletilmeye çalışılmış¹⁰³ ya da hakimın Medeni Kanun'un 1. maddesi uyarınca bir özel davranış normu ortaya koyması ve bu normun ihlal edildiğine kanaat getirmesi kendisinden beklenmiştir.¹⁰⁴

Bu bağlamda öğretide üzerinde belki de en çok tartışılan hususlardan biri, bir sözleşme bulunmaksızın üçüncü kişiye yanlış ya da yanıltıcı bilgi vermenin haksız fiil sorumluluğu doğurup doğurmayacağı olmuştur.¹⁰⁵ Yanıltıcı bilgi çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir: Bunlar arasında özellikle bankaların verdiği kredi bilgileri, işverenlerin verdiği referanslar veya denetleme kurullarının verdiği raporlar yer almaktadır.¹⁰⁶ Sözleşme dışında verilen yanıltıcı bilgilerin bir örnek üzerinden daha iyi kavranması mümkün olabilir. (A) şirketinin devralmak istediği (B) şirketinin finansal durumu hakkında yeterince bilgisi olmadığından, uzun yıllardır beraber çalıştığı (X) bankasından bu şirket hakkında kendisine bilgi vermesini istediğini düşünelim. (B) şirketinin geçmişte (X) bankasıyla herhangi bir iş yapmadığından (X) bankasının bu bilgiyi bir başka banka olan (Y) bankasından talep eder ve daha sonra bu bilgiyi (A)'ya aktarır. (A)'nın edindiği bilgilere göre (B) şirketinin finansal durumu gayet iyidir ve bunun sonucunda (A), (B)'yi devralmaya karar verir. Ancak bir yıl sonra (Y) bankasının dolaylı olarak (A)'ya vermiş olduğu bilginin doğru olmadığı, (B)'nin finansal durumunun kötü

¹⁰³ **Tandoğan**, Mesuliyet, s. 26. **Schwenzer/Schönenberger**, s. 358. Yazarlar, İsviçre Federal Mahkemesi'nin verdiği "kablo kararlarını" bu yöntemin bir örneği olarak göstermiştir. Bu kararlar uyarınca Ceza Kanunu'nda düzenlenen ve enerji ağlarına zarar verilmemesini öngören norm, böyle bir zarardan dolayı salt ekonomik zarara uğrayan bireyleri de koruyacak şekilde yorumlanmıştır. Bu içtihatla ilgili olarak ayrıca bkz. **Çağlayan Aksoy**, s. 292 vd.

¹⁰⁴ **Schwenzer/Schönenberger**, s. 358.

¹⁰⁵ Bu konuda yazılmış iki ayrıntılı çalışma için bkz. ve **Kırca**, s. 39 vd. ve **Gürpınar**, s. 73 vd. Bununla birlikte Kapancı, bu hallerin TBK m. 49/1 uyarınca değerlendirilmesini ve bunun için yazılı olmayan bir davranış kuralı yaratılmasını eleştirmektedir. Yazara göre bu durumlarda zararın tazmini ancak, şartları mevcutsa, TBK m. 49/2 uyarınca mümkün olmalıdır. **Kapancı**, s. 133.

¹⁰⁶ **Çağlayan Aksoy**, s. 184; **Gürpınar**, s. 51-54.

olduğu ortaya çıkar ve (A), edindiği yanıltıcı bilgiler üzerine vermiş olduğu bu ticari karardan dolayı önemli bir zarara uğrar. Olayda (A) ve (X) bankası arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmakla birlikte, (A) ile dolaylı bilgi sağlayıcısı (Y) bankası arasında hiçbir sözleşme ilişkisi bulunmadığından, (A)'nın (Y)'ye karşı zararın tazminini ileri sürme şansının bulunup bulunmadığı haksız fiil hukukuna göre incelenmek durumundadır.¹⁰⁷

Bilindiği üzere kanunlarımızda üçüncü bir kişiye ortada bir sözleşmesel ilişki bulunmaksızın yanıltıcı bilgi vermeyi yasaklayan genel nitelikli ve yazılı bir özel davranış normu bulunmamaktadır.¹⁰⁸ Bu nedenle bu yolla ortaya çıkan salt ekonomik zararların nasıl tazmin edilebileceği hem öğretilerde hem de yargı kararlarında tartışılmıştır. İsviçre Federal Mahkemesi, üçüncü kişinin verdiği yanıltıcı bilgi yüzünden salt ekonomik zarara uğrayan kişinin zararının haksız fiil kuralları uyarınca tazmin edilebilmesi için belirli şartların gerçekleşmesi gerektiğini karara bağlamıştır: Yanıltıcı bilginin bu bilgiyi veren kişinin mesleği veya uzmanlık alanı ile ilgili olması ve söz konusu bilginin alıcısı açısından büyük önem taşıması (örnekte yatırım kararının temelini

¹⁰⁷ **Gürpınar**, s. 51. Benzer örnekler için bkz. **Kırca**, s. 2 vd. Hemen belirtelim ki haksız fiil hukuku dışında *culpa in contrehendo*, güven sorumluluğu, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorileri ve vekaletsiz iş görme de bu hususta dikkate alınmaktadır. Çalışmanın kapsamı haksız fiil hukukunda hukuka aykırılık unsuru olduğundan, burada üçüncü kişinin verdiği yanıltıcı bilgiler sadece haksız fiil kapsamında incelenmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi, üçüncü kişilerin yanıltıcı bilgi vermesinden doğan sorumluluğunu güncel içtihadına göre "güven sorumluluğu" altında değerlendirmektedir. Bkz. **Altiner, Fatma Zeynep**, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Güven Sorumluluğuna İlişkin BGE 130 III 345 Nolu Federal Mahkeme Kararının İncelenmesi, MÜHFHAD, C. 17, S. 1-2, s. 485 vd. Güven sorumluluğuna ilişkin olarak ayrıca bkz. **Serozan, Rona**, Haksız Fiil ve Haksız Zenginleşme Sorumluluklarının Açıklarını Sözleşme Sorumluluğu ile Kapatma Eğilimi, Prof. Dr. Yavuz Alagonya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 722 vd. Türk öğretisinde Kırca da üçüncü kişilerin yanıltıcı bilgilerinden doğan sorumluluğun haksız fiil kurumu altında değerlendirilmesini eleştirmekte. Bkz. **Kırca**, s. 52 vd.

¹⁰⁸ **Çağlayan Aksoy**, s. 186; **Kırca**, s. 1. Bununla birlikte özel kanunlarda belirli özel durumlarda (örneğin bağımsız denetçilerin sorumluluğunun düzenlendiği Sermaye Piyasası Kanunu'nun 63. maddesinde) bu haller öngörülmüştür. Bkz. **Kırca**, s. 21 vd.

oluşturması).¹⁰⁹ Bu içtihatla birlikte İsviçre Federal Mahkemesi yazılı olmayan bir özel davranış normu ortaya koyarak¹¹⁰ yanıltıcı bilgi alan üçüncü kişilerin uğradığı salt ekonomik zararın tazmin edilebileceğine karar vermiştir.¹¹¹

Görüldüğü üzere, Türk-İsviçre öğretisinde ve yargı kararlarında hakim olan objektif hukuka aykırılık teorisi uyarınca salt ekonomik zararların tazmin edilebilmesi için özel bir normun ihlal edilmiş olması aranmaktaysa da, söz konusu özel normun yazılı bir norm olması gerekmediği kabul edilmektedir. Böylece, objektif hukuka aykırılık teorisinin katı yorumlanması sonucunda ortaya çıkabilecek hakkaniyete aykırı ve arzu edilmeyen durumlarda, salt ekonomik zararların tazmini açısından da hukuka aykırılık unsuru kavramının sınırlarının genişletilmiş olduğu söylenebilmektedir.

C. Dürüstlük kuralını ihlal eden fiiller bakımından hukuka aykırılık unsurunun tespiti

Objektif hukuka aykırılık teorisi uyarınca, zarar veren bir fiilin objektif hukuk düzenine aykırı olması ve bu objektif hukuk düzeninin hukukun çeşitli alanlarında yer alan yazılı veya yazılı olmayan kuralardan oluşabileceği yukarıda ifade edildi. Bununla birlikte söz konusu objektif hukuk düzeninin içine Medeni Kanun'un ikinci maddesinde düzenleme bulan dürüstlük kuralının da dahil olup olmadığı konusunda bir görüş birliği bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Daha açık bir ifadeyle, dürüstlük kuralının temel bir davranış normu olarak kabul edilip, dürüstlük kuralını ihlal eden fiillerin hukuka aykırı addedilmesinin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır.

¹⁰⁹ Çağlayan Aksoy, s. 188; Gürpınar, s. 93; Schwenger/Schönenberger, s. 360. Federal Mahkeme sonraki bir kararında bilgi alan ve bilgi veren arasında özel bir hukuki ilişki (eine rechtliche Sonderverbindung) bulunması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 4C.193/2000 numaralı ve 26.9.2011 tarihli kararı, <http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm>.

¹¹⁰ Hemen belirtelim ki İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu kararı (dn. 111), Mahkeme'nin dürüstlük kuralını bir özel koruma normu olarak gördüğü şeklinde de yorumlanmıştır. Bkz. Schwenger/Schönenberger, s. 358 vd; Çağlayan Aksoy, s. 190, dn. 451'deki yazarlar.

¹¹¹ İsviçre Federal Mahkemesi'nin 4C.193/2000 numaralı ve 26.9.2011 tarihli kararı.

Öğretide bir görüşe göre, MK m. 2'de yer alan dürüstlük kuralı da tıpkı bir kimsenin yaşama hakkı, vücut bütünlüğü veya mülkiyet hakkı gibi temel bir koruma normu içermektedir.¹¹² Bunun sonucunda nasıl ki bir kimsenin mülkiyet hakkı ihlal edildiğinde bir temel koruma normu ihlal edilmiş olacağından hukuka aykırılık unsuru doğrudan kurulabilecektir, dürüstlük kuralının ihlal edilmesi ile de aynı sonuca varılması gerekecektir. Başka bir deyişle bir kimsenin dürüstlük kuralına aykırı davranışı sonucunda üçüncü bir kişinin zarara uğraması halinde bu fiil bağlamında hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmiş sayılacak ve bu zarar tazmin edilecektir.¹¹³ Dürüstlük kuralına aykırı bir davranış sonucunda ortaya çıkacak zararlar mutlak hak ihlallerinin yanı sıra ve hatta daha ziyade salt ekonomik zarar da olabilir. Ancak bu görüş uyarınca dürüstlük kuralının ihlal edilmiş olması zaten bir temel koruma normunun ihlali sayılacağı için, hukuka aykırılık bağının tesisi açısından ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek kalmayacak, salt ekonomik zararlar da pekâlâ tazmin edilecektir.¹¹⁴ Öğretide aynı zamanda dürüstlük kuralının bir temel koruma normu teşkil edebilmesi için bir ön şartın mevcut olması gerektiği de ifade edilmiştir. Bu ön şart, haksız fiilin faili ve zarara uğrayan kişi arasında özel bir ilişkinin, bir 'sosyal temasın' bulunmasıdır.¹¹⁵

Son olarak bir diğer görüş uyarınca dürüstlük kuralının bir temel koruma normu olarak kabul edilmesi isabetli değildir.¹¹⁶ Bu görüşe göre dürüstlük kuralının işlevi, hukukun uygulanmasına yöneliktir. Başka bir deyişle dürüstlük kuralı *per se* bir yükümlülük içermemekte, hukuk kurallarının yorumlanmasında ve sınırlanmasında dikkate alınan bir

¹¹² **Hâtemi, Hüseyin**, Hukuka ve Ahlakla Aykırılık Kavramları ve Sonuçları (Özellikle BK. 65 Kuralı), İstanbul 1976, s. 20-22; **Oğuzman/Öz**, C. 2, s. 20; **Barlas**, s. 432-433; **Oftinger**, s. 95.

¹¹³ **Barlas**, s. 432.

¹¹⁴ Bkz. **Oğuzman/Öz**, C.2, s. 20.

¹¹⁵ **Çağlayan Aksoy**, s. 202; **Kapancı**, s. 15-17. **Schnyder/Portmann/Müller-Chen**, s. 63-64; **Çağlayan Aksoy**, s. 201. Bu görüşün öğretilerdeki hakim görüş olduğu yönünde bkz. **Buz**, s. 42, dn. 82.

¹¹⁶ **Antalya**, s. 428; **Kırca**, s. 41; **BaslerK- Kessler**, Art. 41, N. 36. Federal Mahkeme'nin de dürüstlük kuralını haksız fiilin hukuka aykırılık unsuru bağlamında bir temel koruma normu olarak kabul etmediği yönünde kararları bulunmaktadır. Bkz. BGE 124 III 297, 301.

ilke olarak karşımıza çıkmaktadır.¹¹⁷ Ayrıca eğer dürüstlük kuralı bir temel normu olarak kabul edilirse, Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinin ikinci fıkrasının bir anlamı ve işlevi kalmayacaktır. Oysaki bu fıkra, dürüstlük kuralına aykırılıktan daha ağır bir fiil olan “ahlaka aykırı ve kasti” fiillerin haksız fiil sorumluluğuna yol açacağını öngörmektedir. Başka bir ifadeyle her ahlaka aykırı fiil bir dürüstlük kuralı ihlali olsa da, dürüstlük kuralını ihlal eden her fiilin ahlaka aykırı olduğunu kabul etmek mümkün değildir.¹¹⁸

Bununla birlikte mahkemelerin bir fiilin ahlaka aykırı ve kasti olduğunun tespitinde katı bir tutum sergiledikleri, bu yüzden söz konusu hükmün uygulamadaki öneminin pek de fazla olmadığı söylenebilir.¹¹⁹ Nitekim tam olarak da bu yüzden 49. maddenin birinci fıkrası uyarınca sorumluluğun tesis edilebilmesi için hukuka aykırılık kavramının sınırları zorlanmakta ve dürüstlük kuralının ihlali bu kapıyı açacak bir anahtar olarak kullanılmak istenmektedir. Başka bir ifadeyle, gerek salt ekonomik zararların gerekse dolaylı veya bir yapmama fiili sonucunda ortaya çıkan mutlak hak ihlalleri bağlamında içtihat yoluyla gelişen “yazılı olmayan özel koruma normlarının” (tehlike kuralı veya üçüncü kişiye yanlış bilgi vermeden sorumlulukta olduğu gibi), dürüstlük kuralının haksız fiil hukukuna bir özel koruma normu olarak yansımından ibaret olduğunu söylemek kanımızca mümkündür.

V. SONUÇ

Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca haksız fiil sorumluluğun doğması için bir başkasına “hukuka aykırı bir fiille” zarar verilmiş olması gerekmektedir. Kusur ve zarar unsurlarından ayrı bir unsur olarak değerlendirilen hukuka aykırılık unsurunun nasıl yorumlanması gerektiği konusunda öğretide uzun yıllardır çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Türk öğretisinde kabul gören görüş olan objektif hukuka aykırılık teorisi uyarınca, mutlak hakların ihlali ve diğer zararlar arasında bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Bu görüşe göre mutlak hakların

¹¹⁷ Kırca, s. 41; Paksoy Küçük, s. 72-73.

¹¹⁸ Antalya, s. 436. Nitekim *Widmer/Wessner* tasarısında dürüstlük kuralının ihlal edilmiş olması bir hukuka aykırılık sebebi olarak kabul edilmiş olmakla birlikte, Türk Borçlar Kanunu'nun 49/2 hükmüne denk gelen OR'nin 41/2 hükmüne Tasarı'da yer verilmemiştir. Bkz. Buz, s. 42-43; Barlas, s. 420.

¹¹⁹ Schwenger/Schönenberger, s. 357.

ihlali başlı başına hukuka aykırılık unsurunun kurulması için yeterli görülse de, diğer menfaatlerin zarar görmesi halinde bir hukuk normunun da ayrıca ihlal edilmiş olması aranmaktadır. Kanımızca, zararlar arasında açıkça bir ayırım yapmayan 49. madde karşısında bu yaklaşımın benimsenmiş olmasının nedeni Alman hukukçuların etkisidir. Zira Alman Medeni Kanunu'nun ilgili maddesi mutlak hakların ihlali ve diğer zararlar arasında bir ayırım yapmaktadır. Bununla birlikte zamanla objektif hukuka aykırılık teorisinin yorumlanmasında da yenilikler gözlemlenmiştir. Bu yeniliklerin en önemlileri, mutlak hakların dolaylı ihlali veya bir yapmama fiili sonucu ihlali, mutlak hakkın ihlal edilmiş olmasının hukuka aykırılık unsurunun kurulması açısından yeterli görülmemesidir. Bir diğer önemli yenilik ise, açıkça ifade edilmiş olsa dahi, dürüstlük kuralının zaman zaman bir özel koruma normu işlevine kavuşturulmasıdır.

Kanımızca genel kabul gören objektif hukuka aykırılık teorisine eleştirel yaklaşılması gerekmektedir. Bunun birincil sebebi, yukarıda ifade edildiği üzere, bu teorisinin arkasında yasal hiçbir dayanak bulunmamasıdır. Bununla birlikte, objektif hukuka aykırılık teorisinin zamanla farklılaştırılarak uygulanması sonucunda haksız fiil sorumluluğunun teorik temellerinde de bir tutarsızlık ortaya çıkmıştır. Bir mutlak hak ihlali söz konusu olduğunda, sonucun hukuka aykırılığı mı yoksa davranışın hukuka aykırılığı mı kabul edilmelidir? Bu sorunun yanıtı hala net değildir ve ihlalin niteliğine göre değişiklik göstermektedir.

Benzer gerekçelerle objektif hukuka aykırılık teorisinde bir tepki olarak ortaya çıkan üçüncü hukuka aykırılık teorisi, kanımızca haksız fiil sorumluluğuna daha pratik bir açıdan yaklaşmaktadır. Nitekim bu teori uyarınca her somut olayda, gözetilmiş olması gereken objektif özen yükümlülüğünün araştırılması gerekecek ve buna göre bir sonuca varılacaktır. Bununla birlikte, bu teoriye yöneltilen temel eleştiri olan hukuka aykırılık ve kusur unsurlarının silikleştiği eleştirisinin de isabetli olduğu kanısındayız. Ancak günümüzde, bir *de lege feranda* önerisi olarak, kusur ve hukuka aykırılık unsurlarının, birbirinden apayrı iki unsur olarak değerlendirilmesinin de sorgulanabilir olduğu kanaatindeyiz. Haksız fiilin gerçekleşmiş olması için bir objektif özen yükümlülüğünün ihlalinin aranması kanımızca hem pratik hem de teorik açıdan daha tutarlı ve sağlam bir temel oluşturacaktır.

KAYNAKÇA

- Abik, Yıldız**, Normun Koruma Amacı Teorisi, AÜHFHD, C. 59, S. 3, 2010, s. 345 vd.
- Akçura Karaman, Tuba**, Hukuka Aykırılık Unsuru ve Tehlike Kuralı, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 3, S. 1, 2004, s. 553 vd.
- Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- Altınar, Fatma Zeynep**, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyeye Karşı Güven Sorumluluğuna İlişkin BGE 130 III 345 Nolu Federal Mahkeme Kararının İncelenmesi, MÜHFHAD, C. 17, S. 1-2, s. 485 vd.
- Altop, Atilla**, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Yer Alan Bazı Önemli Yenilik ve Değişiklikler, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2005, Cilt 4, S.1-2, s.15 vd.
- Antalya, O. Gökhan**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2012.
- Atamer, Yeşim M.**, Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirme ve Teklifler, Hukuki Perspektifler Dergisi, Mayıs 2006, S.6, s.23 vd.
- Atamer, Yeşim M.**, Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması – Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, İstanbul 1996.
- Barlas, Nami**, Başkasının Sözleşme İlişkinine Müdahale Sebebiyle Sorumluluk, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C.1, İstanbul, 2010.
- Baş Süzel, Ece**, Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme – Menfaat Devri Yaptırımı, İstanbul 2016.
- Buz, Vedat**, Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK m. 60 Üzerine Düşünceler, Batider, C. XXIX, S. 2, 2013, s. 19 vd.
- Cartier, Michael**, Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR, Doktora Tezi, Universität St. Gallen, Eschen FL 2007.
- Çağlayan Aksoy, Pınar**, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, İstanbul 2016.
- Deschenaux, Henri/Tercier, Pierre**, La Responsabilité Civile, Bern 1982.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper**, Türk Özel Hukuku Cilt III – Aile Hukuku, İstanbul 2011.
- Erdem, Mehmet**, Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Tehlike Sorumluluğu, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Enstitüsü Dergisi, s.217 vd.
- Erdoğan, Yavuz**, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet Suçu, İpek Yolu Canlanıyor, Türk-Çin Hukuk Zirvesi, İstanbul 2013, s. 421 vd.

- Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015. (Anılış: “Genel Hükümler”)
- Eren, Fikret**, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyyet Bağı Teorisi, Ankara 1975. (Anılış: “İlliyyet Bağı”)
- Erişgin, Nuri**, Türk Borçlar Kanunu Madde 71: Genel Tehlike Sorumluluğu, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu – Makaleler, Tebliğler, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2013.
- Fellmann, Walter/ Müller, Christoph/ Werro, Franz**, Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 - Projet relatif à une nouvelle partie générale, Article 46, 2013.
- Gençcan, Ömer Uğur**, Aile Hukuku, İstanbul 2011.
- Günay, Cevdet İlhan**, Rekabet Hukukunun Amacı ve Konusu, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. 3, İstanbul 2011.
- Gürpınar, Damla**, Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk, İzmir 2006.
- Hâtemi, Hüseyin**, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramları ve Sonuçları (Özellikle BK. 65 Kuralı), İstanbul 1976.
- Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang (hsg.)** Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 6. Bastı, 2015 (Kıs. BaslerK/İşleyen)
- Kaneti, Selim**, Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Önemi, Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları - Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara 1977. (Anılış: “Kusur Kavramı”)
- Kaneti, Selim**, Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul 2007. (Anılış: “Hukuka Aykırılık”)
- Kapancı, Kadir Berk**, Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini, İstanbul 2016.
- Keller, Max**, Ist Eine Treu und Glauben Verletzende Schädigung Widerrechtlich?, recht 1987, s. 136-137.
- Kılıçoğlu, Ahmet**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. bastı, Ankara 2013.
- Kırca, Çiğdem**, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1, İstanbul 2014.
- Koçhisaroğlu, Cengiz/ Erişgin, Özlem**, Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda ‘Haksız Fiiller’, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt II, İstanbul 2011.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Säcker/Rixecker/Oetker/ Limperg (hrsg.)** Band 5, §§ 823-853, 6. Auflage, München 2013 (MüKoBGB/Wagner)
- Nomer, Haluk N.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2015.

- Oftinger, Karl**, Schweizerisches Haftpflichtrecht, C. 1, Zürich 1958.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, İstanbul 2012.
- Paksoy Küçük, Meliha Sermin**, Sözleşmeyi İhlale Yönelme, yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul 2016.
- Sanlı, Kerem Cem**, Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi, İstanbul 2007.
- Schnyder, Anton K./Portmann, Wolfgang/Müller-Chen, Markus**, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Schulthess 2008.
- Schwenzer, Ingeborg/Schönenberger, Beat**, Civil Liability for Purely Economic Loss in Switzerland, XVth International Congress of Comparative Law (Bristol 1998), Publications of Swiss Institute of Comparative Law No. 33, Zürich 1998, s. 353 vd.
- Serozan, Rona**, Medeni Hukuk, İstanbul 2015.
- Serozan, Rona**, Yargıtay'ın Tepki Çeken Son Tazminat Kararlarında Göze Batan Hukuksal Yanılgılar ve Bunları Tetikleyen Muhafazakar İdeoloji, Güncel Hukuk. (Anılış: "Muhafazakar İdeoloji").
- Stöckli, Hubert**, Notizen zur Widerrechtlichkeit, Festschrift für Franz Riklin (ed. Niggli/Hurtado Pozo/Queoz), Zürich 2007, s. 227-243.
- Tandoğan, Haluk**, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961. (Anılış: "Mesuliyet")
- Tandoğan, Haluk**, Hukuka Aykırılık Bağı, Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları - Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara 1977. (Anılış: "Hukuka Aykırılık")
- Tercier, Pierre/ Pichonnaz, Pascal /Develioğlu, H. Murat**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016.
- Tiftik, Mustafa**, Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994.
- Ulusan, İlhan**, Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, İstanbul 1977.
- Verde, Michel**, Die Widerrechlichkeit im Haftpflichtrecht, Jusletter 18 Nisan 2016.
- van Gerven, Walter/ Lever, Jeremy/ Larouche, Pierre**, National, Supranational and International Tort Law, C. 1, Oxford 2000.
- von Tuhr, Andreas**, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Çev. Cevat Edege, C.1, İstanbul 1952.
- Werro, Franz**, Tort Liability for Pure Economic Loss: A Critique of Current Trends in Swiss Law, Civil Liability for Pure Economic Loss (ed. Efstathios K. Banakas), 1996.
- Yücel, Öze**, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel Tehlike Sorumluluğu, Ankara 2014.