

HAKSIZ FİİLDE HUKUKA AYKIRILIKLA KUSUR UNSURLARININ KARIŞMASI MESELESİ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Fırat KORKMAZ^()**

Fatma İrem ŞAHİN^(*)**

ÖZET

Hukuka aykırılık ve kusur, haksız fiilin kurucu unsurlarıdır. Ancak bu unsurların tanımları kanunda belirtilmemiştir. Dolayısıyla hukuka aykırılık ve kusurun tanımı, uygulama ve doktrine bırakılmıştır. Bu durum, farklı teorilerin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Genel tanım olarak kusur, hukuka aykırılığın kınanabilir bir şekilde meydana getirilmesi olarak ifade edilir. Hukuka aykırılık ile kusurun mahiyetlerinden kaynaklanan bu sıkı bağ dolayısıyla iki kavram birbirine karışabilmektedir. Özellikle her iki unsur hakkında yapılan farklı tanım ve teoriler, iki kavramın birbirine karışmasına neden olabileceği gibi kabul edilecek teorilere göre iki kavram arasında ayırım yapılmasını da kolaylaştırabilmektedir. Makalede kusur ve hukuka aykırılığın birbirlerine karıştığı noktalar detaylı bir şekilde tespit edilmiştir. Bunun için, özellikle hukuka aykırılık ve kusur hakkındaki farklı teorilerin, bu kavramların birbirine karışmasına veya birbirinden ayrılmasına nasıl ve ne şekilde etki ettikleri ortaya konulmuştur. Bu sayede hem uygulama hem de doktrine bu kavramların karışmasının engellenme yolları da işaret edilmiş ve hukuk tekniği açısından gerekli olan bu ihtiyaç giderilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Haksız Fiil, Kusur, Hukuka Aykırılık, Kusur Teorileri, Hukuka Aykırılık Teorileri.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1581131 - **Geliş Tarihi:** 07.11.2024 - **Kabul Tarihi:** 25.04.2025.

^(**) KTO Karatay Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Konya - Türkiye, **E-posta:** firat.korkmaz@karatay.edu.tr; **Orcid Id:** <https://orcid.org/0000-0001-5834-9393>.

^(***) KTO Karatay Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, Konya - Türkiye, **E-posta:** 231300212@ogrenci.karatay.edu.tr; **Orcid Id:** <https://orcid.org/0009-0005-3764-308X>.

THE ISSUE OF INTERMINGLING OF THE ELEMENTS OF UNLAWFULNESS AND FAULT IN TORT

ABSTRACT

Unlawfulness and fault are the elements of the tort. Their definitions are not specified in the code. Therefore, the definitions of unlawfulness and fault is left to practice and doctrine. This has led to the emergence of different theories in the literature. As a general definition, fault is the occurrence of unlawfulness in a condemnable way. Because of this close bond arising from the nature of unlawfulness and fault two elements can be confused with each other. Especially the different definitions and theories about both elements can cause confusion between the two concepts and may also facilitate the distinction between the two concepts according to the theories to be accepted. In the article, the points which fault and unlawfulness are confused with each other have been detected. For this purpose, it has been revealed how and in what ways, different theories about unlawfulness and fault affect the confusion or separation of these concepts. Thus, ways to prevent the confusion of these concepts pointed out to practice and doctrine. Moreover, this need, which is significant in terms of legal technique, has been addressed.

Keywords

Tort, Fault, Unlawfulness, Fault Theories, Unlawfulness Theories.

GİRİŞ

Haksız fiil sorumluluğu, genel anlamda bir kişinin başka bir kişiye veya mal-varlığına haksız bir şekilde zarar verdiği durumlarda ortaya çıkan ve bu zarara uğrayanın hukuki değerlerinin korunmasını amaçlayan bir kavramdır. Haksız fiilden bahsedebilmek için haksızlık anlamına gelen hukuka aykırılık ve bu hukuka aykırılığın kınanması anlamına gelen kusurun varlığına ihtiyaç vardır.

Türk Borçlar Kanunu madde 49'da: *“Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.”* şeklinde belirtilmekle haksız fiil sorumluluğu düzenlenmektedir. İlgili düzenlemede açıkça hukuka aykırılık ve kusur unsurlarından bahsedilmiştir. Ancak bunların ne olduğunu kanun koyucu tanımlamamış bu hususu doktrin ve uygulamaya bırakmıştır. Halihazırda hukuka aykırılık ve kusurun tanımı konusunda doktrinde bir görüş birliği bulunmamakta ancak bunlar hakkında farklı teoriler ileri sürülmektedir.

Kusur hukuka aykırılığın kınanması olduğu için esasında hukuka aykırılığın bir alt kümesidir. Mahiyetleri itibariyle birbirlerine sıkı sıkıya bağlı olan hukuka aykırılık ve kusur kavramlarına dair yapılan tanımlarda bu kavramların bazen birbirlerinden iyice ayrıldığı bazı tanımlamalar ve teorilerde ise bunların birbirlerine karıştığı görülmektedir. Bu makalede, öncelikle hukuka aykırılık ve kusurun tanımı noktasında doktrinde yer alan teoriler incelenmiş daha sonra bu teoriler ışığında bu unsurların birbirine karıştığı noktalar gerekçeleriyle tespit edilip okuyucuya sunulmuştur.

I. HUKUKA AYKIRILIK KAVRAMI

Hukuka aykırılık haksız fiilin kurucu unsurlarından biri olarak Türk Borçlar Kanunu madde 49/I'de açıkça yer almaktadır¹. Anılan madde *“Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren bu zararı gidermekle yükümlüdür.”* şeklinde düzenlenmiştir. Ayrıca Türk Medeni Kanunu madde 24/I'de de *“Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse...”* ifadesiyle hukuka aykırılıktan bahsedilmektedir. Genel anlamda hukuka aykırılık, kanun normunun ihlali olarak tanım-

¹ Eren, Fikret (2020) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, s. 659; Korkmaz, Fırat (2021) Türk Borçlar Hukukunda Kusur İlkesinin Haksız Fiiller Açısından Değerlendirilmesi, Ankara, Yetkin Yayınevi, s. 204-205.

lanmaktadır². Kanun metninde açıkça bahsedilen bu kurucu unsurun tanımı noktasında ise kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu hususun açıklığa kavuşturulması doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır. Haksız fiilden doğan borç ilişkisinin kapsamının belirlenmesi, hukuka aykırılık unsurunun kapsamının belirlenmesi ile mümkündür. Bu sebeple bu önemli unsurun tam olarak neyi ifade ettiğini açıklamak üzere doktrinde birtakım görüşler ortaya atılmıştır³. Hukuka aykırılığın tanımı adına ortaya çıkan başlıca teoriler subjektif hukuka aykırılık teorisi, objektif hukuka aykırılık teorisi ve üçüncü hukuka aykırılık teorisidir⁴.

² **Ayan, Mehmet** (2016) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 251; **Eren**, s. 663. Hukuka aykırılığın kanun normuna aykırı olarak tanımlanması, esasında objektif hukuka aykırılık teorisinin bakış açısını yansıtmaktadır. Bkz. **Çağlayan Aksoy, Pınar** (2016) Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 156-157; **Akıncı, Şahin** (2019) Borçlar Hukuku Bilgisi, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Konya, Sayram Yayınları, s. 141; **Eren**, s. 660 vd.; **Tandoğan, Haluk** (2010) Türk Mes'uliyet Hukuku, 1961 Yılı Birinci Baskıdan Tıpkı Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 17; **Vito, Roberto** (2002) Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich, Schulthess Juristische Medien, s. 13-15; **Verde, Michel** (2016) "Die Widerrechtlichkeit im Haftpflichtrecht Gedanken zu dieser Haftungsvoraussetzung und den dazu entwickelten Lehren", Jusletter, 18 April 2016, ss. 1-51, s. 6.

³ **Honsell, Heinrich/Isenring, Bernhard/Kessler, Martin A.** (2013) Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. neu bearbeitete und ergänzte Auflage, Zürich und Meilen, Schulthess Juristische Medien, s. 80-81; **Cartier, Michael** (2007) Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR (Dissertation), Universität St. Gallen, s. 87 vd.; **Schonenberger, Beat** (2004) "Die dritte Widerrechtlichkeitstheorie", HAVE/REAS, S. 1, s. 9 vd.; **Vito**, s. 16; **Oftinger, Karl/Stark, Emil W.** (1995) Schweizerisches Haftpflichtrecht Erster Band: Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, s. 170-171; **Keller, Alfred** (2002) Haftpflicht Im Privatrecht, Bern, s. 106; **Brehm, Roland Berner** (2013) Kommentar, Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht Die Entstehung durch Unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, 4. Überarbeitete Auflage, Bern, s. 32; **Becker, Walter G.** (1976) Das Recht der unerlaubte Handlungen, Berlin, Duncker & Humblot, s. 442; **Von Tuhr, Andreas/Peter, Hans** (1979) Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Auflage, Zürich, Schulthess, s. 409; **Eren**, s. 659; **Başalp Yıldırım, Nilgün** (2019) "Haksız Fiil Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Unsuruna İlişkin İleri Sürülen Klasik Teoriler Hakkında Bazı Düşünce ve Eleştiriler", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1 S. 1, ss. 293-332, s. 295.

⁴ **Cartier**, s. 6, 87 vd.; **Schonenberger**, s. 9 vd.; **Vito**, s. 16; **Honsell/Isenring/Kessler**, s. 80-81; **Oftinger/Stark**, s. 170-171; **Keller**, s. 106; **Brehm**, s. 32; **Başalp Yıldırım**, s. 297; **Çağlayan Aksoy**, s. 156; **Gönül Koşar, Günhan** (2020) Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 101.

TBK m. 49/I’de kusur ve hukuka aykırılık unsurları birlikte ele alınmış, failin haksız fiilden sorumlu tutulabilmesi için bu iki unsurun somut olayda bir arada var olması gerekliliği öngörülmüştür⁵. Unsurların tanımı noktasında görüş birliği olmaması da hukuka aykırılık ve kusur arasında ayırım yapılmasını zorlaştırmaktadır. Kusur kavramı ilerleyen bölümlerde detaylıca açıklanacak olmakla beraber kısaca, failin hukuka aykırı davranışının kınanabilir olması olarak tanımlanmaktadır⁶. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere temelde birbirlerinden farklı unsurlar olarak ele alınmalarına karşın kusurdan bahsedilebilmesi ancak hukuka aykırılığın mevcut olması ile mümkündür⁷. Nitekim hukuka aykırılık genel olarak normlara aykırı bir davranışı ifade ederken; kusur, normlara aykırı bu davranışın kınanabilirliğini belirleyen, fail açısından öznel değerlendirmeyi ifade eder. Bu sebeple hukuka aykırı olmayan bir davranışın kınanabilir olması düşünülemez⁸. Bu nedenle kusurun hukuka aykırılığın bir alt kümesi olduğu⁹, bir diğer ifadeyle hukuka aykırılığın kusurun ön koşulu olduğu belirtilmektedir¹⁰.

⁵ **Keller**, s. 132; **Schwarz, Andreas**, Borçlar Hukuku Dersleri Cilt 1, İstanbul 1948. (Çeviren: Bülent, Davran (1948) İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları), s. 106; **Strickler, Hanspeter** (1983) Die Entwicklung der Gefährdungshaftung: Auf dem Weg zur Generalklausel?, Bern und Stuttgart, s. 12; **Vito**, s. 72; **Fikentscher, Wolfgang** (1992) Schuldrecht, Achte Auflage, Berlin- New York, s. 280; **Gönül Koşar**, s. 97.

⁶ **Von Tuhr/Peter**, s. 430; **Keller**, s. 115; **Larenz, Karl/Canaris, Wilhelm** (1994) Lehrbuch Des Schuldrechts Zweiter Band Besonderer Teil 2. Halbband, Dreizehnte vollig neuverfaßte Auflage, München, s. 351; **Korkmaz** (2021) s. 230.

⁷ **Gönül Koşar**, s. 100, 300; **Larenz/Canaris**, s. 351-352; **Pletter, Andrej** (2005) Verschulden als Grundlage der Haftung Ein historischer Vergleich, Norderstedt, s. 21; Bununla ilgili bir tartışma için Bkz. **Godin, Hans** (1974) Wettbewerbsrecht Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb nebst Warenzeichenverletzungen, Zugabeverordnung und Rabattgesetz, Zweite Auflage, Berlin New York, s. 39.

⁸ **Larenz/Canaris**, s. 351-352; **Pletter**, 21; **Eren**, s. 643; **Korkmaz, Fırat** (2024) “Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Teorileri ve Bunların Sorumluluğa Etkisi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 30, S. 2, ss. 968-993, s. 973.

⁹ **Korkmaz** (2021) s. 230.

¹⁰ **Pletter**, 21; **Larenz/Canaris**, s. 351-352; **Gönül Koşar**, s. 100; Aksi görüş için bkz. **Koçhisarlıoğlu, Cengiz** (2022) Haksız Eylem (Fiil) Kusuru, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 239 vd.

Hukuka aykırılığın tanımını yapan teoriler ışığında hukuka aykırılık ve kusurun birbirine karışması mümkün olabilmektedir. Ayrıca hukuka aykırılık geniş değerlendirildikçe kusurun meydana gelmesi de kolaylaşır ve sorumluluk genişler¹¹. Nitekim kusur, hukuka aykırılığın bir alt kümesi olup hukuka aykırılık olmadan kusurdan söz edilemez¹².

Aşağıda farklı hukuka aykırılık teorilerinde hukuka aykırılığın kusura yaklaştığı yerler tespit edilmiştir. Burada dikkat çekmesi gereken esas nokta şudur: Hukuka aykırılığı sonuçta değil davranışta arayan teorilerde kusurla hukuka aykırılığın karışması problemi gündeme gelmektedir. Bu itibarla bu kusurla hukuka aykırılığın karışması problemi özellikle davranışın hukuka aykırılığı teorisinde ve üçüncü hukuka aykırılık teorisinde gündeme gelmektedir.

A. FARKLI HUKUKA AYKIRILIK TEORİLERİ VE KUSURLA İLİŞKİLERİ

1. Objektif Hukuka Aykırılık Teorisinin Kusurla Karışması ve Kusurdan Ayrılması

Objektif hukuka aykırılık teorisi, Türk Hukukunda, İsviçre¹³ ve Alman¹⁴ hukuklarına benzer şekilde doktrin¹⁵ ve yargı kararlarında¹⁶ kabul gören teori-dir¹⁷. İsviçre Federal Mahkemesinin kararları da bu yöndedir¹⁸. Bu teoriye göre

¹¹ Korkmaz (2021) s. 209-210.

¹² Gönül Koşar, s. 100; Korkmaz (2021) s. 230.

¹³ Stöckli, Hubert (2007) “Notizen zur Widerrechtlichkeit”: Herausgegeben von M. A. Niggli/José Hurtado Pozo/Nicolas Queloz, Auszug aus der Festschrift Für Franz Riklin, Zürich-Basel-Genf, Schulthess Juristische Medien AG, s. 232; Vito, s. 14 vd; Koziol, Helmut (1996) “Objektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabes im Schadenersatzrecht?”, Archiv für die civilistische Praxis, C. 196, S. 6, ss. 593-610, s. 593; Cartier, s. 5 vd.

¹⁴ Koziol, s. 593; Oftinger/Stark, s. 171.

¹⁵ Eren, s. 661; Gönül Koşar, s. 123; Çağlayan Aksoy, s. 322.

¹⁶ YİBGK, E. 2017/5, K. 2018/7, T. 06.07.2018, <<https://mevzuat.sinerjias.com.tr>> s.e.t. 30.10.2024 “Hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşebilmesi için hukukumuzda benimsenen objektif hukuka aykırılık teorisine göre, bir özel koruma normunun veya herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir hakkın ihlal edilmiş olması gerekir.”.

¹⁷ Bu bilgi için bkz. Başalp Yıldırım, s. 314; Gönül Koşar, s. 104-105; Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya (2022) Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, 30. Baskı, İstanbul, Beta

hukuka aykırılık, kişilerin şahıs ve malvarlıklarını korumaya yönelik düzenlenen objektif nitelikteki hukuk kurallarına aykırılık olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁹. Hukuka aykırılığın varlığı için zararın doğmuş olması yeterli değildir. Failin davranışı hukuk düzenince öngörülmüş şahıs varlığını ve malvarlığını korur nitelikteki davranış normlarını ihlal etmiyorsa hukuka aykırılıktan bahsedilemez²⁰. Ancak hukuk düzenince öngörülmüş emredici nitelikte davranış kurallarının ihlal edilmesi ile hukuka aykırılıktan bahsedilebilir²¹. Bu teoride davranış veya sonuç karine olarak hukuka uygun kabul edilir. Zarar görenin, failin bir hukuk normunu ihlal ettiğini ispatlaması gerekmektedir²².

İhlal edilen hukuk normu herhangi bir hukuk normu değil, kişilerin şahıs ve malvarlığını koruyan bir norm olmalıdır²³. Bu noktada genel anlamda koruma normları olarak nitelendirilen bu normlar, ‘*temel koruma normları*’ ve ‘*özel koruma normları*’ olarak ikiye ayrılmaktadır²⁴. Temel koruma normları mutlak hakları koruyan normlar iken, özel koruma normları ise haksız rekabet gibi salt malvarlığı

Yayınları, s. 88; **Kurtulan, Gökçe** (2017) “Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 23, S. 1, ss. 465-504, s. 470; **Antalya, Osman Gökhan** (2019) Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1, 2, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 89; **Abik, Yıldız** (2010) “Normun Koruma Amacı Teorisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 59, S. 3, ss. 345-448, s. 370.

¹⁸ BGE 119 II 128; BGE 115 II 18. Ayrıca bkz. BGE 123 III 306.

¹⁹ **Keller**, s. 106; **Ayan**, s. 251; **Eren**, s. 660; **Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut** (2016) Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, 12. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 14; **Çağlayan Aksoy**, s. 160-161.

²⁰ **Keller**, s. 106; **Verde**, s. 6; **Vito**, s. 15; **Kurtulan**, s. 469; **Eren**, s. 660; **Antalya**, s. 90.

²¹ **Keller**, s. 106; **Vito**, s. 15; **Verde**, s. 6; **Eren**, s. 663; **Abik**, s. 371; **Başalp Yıldırım**, s. 295; **Guhl, Theo** (1944) Das Schweizerische Obligationenrecht Mit Einscluß Des Handels-Wechsel- Und Versicherungsvertragsrechtes, Dritte verbesserte und ergänzte Auflage, Zürich, Polygraphischer Verlag, s. 135; **Ünlütepe, Mustafa** (2021) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 140.

²² **Gümüş, Mustafa Alper** (2021) Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 435; **Gönül Koşar**, s. 108.

²³ **Keller**, s. 106; **Verde**, s. 6; **Vito**, s. 15; **Antalya**, s. 89; **Gönül Koşar**, s. 105.

²⁴ **Cartier**, s. 88 vd.; **Gümüş**, s. 435; **Eren**, s. 668; **Başalp Yıldırım**, s. 303; **Çağlayan Aksoy**, s. 161.

haklarını koruyan normlar olarak karşımıza çıkmaktadır²⁵. Bir norm ihlâli olmasa bile İsviçre Federal Mahkemesi bazı kararlarında norm ihlâlinin de gerçekleştiğini varsaymaktadır²⁶. Doktrinde objektif hukuka aykırılık teorisini savunan yazarlar koruma normlarının ayırımından yola çıkarak objektif hukuka aykırılığı da ikiye ayırmaktadır²⁷. İlgili norma aykırılığı; failin davranışı teşkil ediyorsa davranışın hukuka aykırılığı, ortaya çıkan sonuç ihlâl etti diye düşünülüyorsa sonucun hukuka aykırılığından bahsedilmektedir²⁸. Bu iki teori kusur ve hukuka aykırılığın ayrılmasında gizli işlevsel bir rol oynadığı gibi²⁹ ayrıca kusur ve kusursuz sorumluluk alanlarında kullanılmaya da elverişlidir. Nitekim bizim de katıldığımız şekilde İsviçre Federal Mahkemesi kusurlu sorumlulukta davranışın hukuka aykırılığı teorisini³⁰ kusursuz sorumluluklarda sonucun hukuka aykırılığı teorisini³¹ kabul etmektedir.

Bir eylemin sonucu temel koruma normlarına aykırı ise sonucun hukuka aykırılığı olarak adlandırılmaktadır³². Bu teori, sorumluluğu daraltan objektif hukuka aykırılık teorisinin içinde sorumluluğu genişletici etki göstermektedir³³.

²⁵ Eren, s. 668 vd.; Gümüş, s. 435; Çağlayan Aksoy, s. 161; Başalp Yıldırım, s. 303.

²⁶ BGE 62 II 280; BGE 82 II 315.

²⁷ Başalp Yıldırım, s. 301; Eren, s. 669 vd.; Çağlayan Aksoy, s. 161-162.

²⁸ Korunmak istenen değere göre bu teoriler arasında tercih yapılmaktadır. Mutlak hakların korunmasında daha hassas olunması gerektiği düşüncesiyle, temel koruma normlarının ihlali halinde daha geniş sorumluluk doğuran sonucun hukuka aykırılık teorisi kabul edilmektedir. Salt malvarlığı zararlarının korunması bahsinde yani özel koruma normlarının ihlaliinde davranışın hukuka aykırılığı teorisi doktrinde kabul görmektedir. Bkz. Başalp Yıldırım, s. 302; Kurtulan, s. 472 vd.; Çağlayan Aksoy, s. 161-162; Kanaatimizce böyle bir ayrıma gerek yoktur. Davranışın ve sonucun hukuka aykırılığının asıl ayrılması gereken nokta kusur-kusursuz sorumluluk ayrımıdır. Kusursuz sorumluluklarda davranış unsuru genel olarak bulunmadığı için bu tür sorumluluklarda davranışın hukuka aykırılığının kabul edilmesi ciddi teknik problemlere sebep olur. Bizleri hukuka aykırılığın kusursuz sorumluluklarda unsur olmaması gerektiği sonucuna götürür. Bkz. Akıncı, s. 168 vd. Sonucun hukuka aykırılığı ise her iki sorumluluk ilkesinde kullanılabilir. Ancak kusursuz sorumlulukla daha büyük uyum içinde olduğu söylenebilir.

²⁹ Bu husus için bkz. Başlık I. A. 1.

³⁰ Bkz. BGE II 259; Bkz. BGE 82 II 28.

³¹ Bkz. BGE 75 II 204; Bkz. BGE 102 I 85-88.

³² Vito, s. 14; Çağlayan Aksoy, s. 162; Eren, s. 672; Başalp Yıldırım, s. 302.

³³ Korkmaz (2021) s. 212-213.

Zira fail hukuka uygun davranısa bile yalnızca ortaya çıkan sonucun hukuka aykırı olması hukuka aykırılığı da beraberinde getirir. Davranış unsuru geri plana atılır ve kusursuz sorumluluğa benzer şekilde zarar faile atfettirilir³⁴.

Davranışın hukuka aykırılığı teorisinde hukuka aykırılığın değerlendirilmesi ise sonuç yönünden değil, failin davranışına yönelik yapılır³⁵. Bu teoriye göre hukuka aykırılık, hukuk normuna aykırı hareket edilip edilmediğinin tespitinden ibarettir³⁶. Bu tespit de ancak davranışta yapılabilir. Bu teoride zararın tazmini daha zor olmaktadır. Nitekim failin davranışı hukuka aykırı olduğu halde zarar ortaya çıkmamış olabilir veyahut zarar ortaya çıkmış olmasına karşın davranış hukuka aykırı olmayabilir³⁷.

Davranışın hukuka aykırılığı, hukuka aykırılığı sonuçtan davranışa, böylece faile yaklaştırır. Failin davranışında aranmasıyla faile yaklaşmış bulunan hukuka aykırılık, bir yandan kusur kavramına da yaklaşmış olur. Zira kusur da ya failin iradesinde³⁸ ya da failin davranışında³⁹ aranan bir kavramdır. Bu itibarla sonu-

³⁴ **Korkmaz** (2021) s. 211-215.

³⁵ **Cartier**, s. 87 vd.; **Eren**, s. 672.

³⁶ **Cartier**, s. 87 vd.; **Gümüş**, s. 434; **Eren**, s. 672; **Korkmaz** (2021) s. 211.

³⁷ **Korkmaz** (2021) s. 211-212. Davranışın hukuka aykırılığının sert şekilde uygulanması bazen failin sorumluluğunu ziyadesiyle azaltabilir. Mesela bir İsviçre federal mahkemesi kararında Orman Yönetmeliğine aykırı kesilen ağaçtan dolayı birisi yaralandığı halde fail bundan sorumlu tutulmamıştır. İlgili kararda bunun sebebi normun koruma amacı teorisi olarak gösterilmiştir. Yani ağaç kesmenin yasak olması şahısların sağlıklarını korumak için değil ormanı korumak içindir. Ancak failin sorumlu tutulmamasındaki bir gerekçe de sert bir şekilde davranışın hukuka aykırılığı teorisinin kabul edilmesidir. Zira salt failin davranışı esas alınarak bunun hukuka aykırı olup olmadığı değerlendirilmiştir. Halbuki bu davranış sadece ormanı koruyan normu değil, yaralanan şahsın vücut bütünlüğünü koruyan normu da ihlâl etmiştir. Ancak mahkeme sadece sert bir şekilde davranış üzerinde hukuka aykırılık aradığı için kanaatimizce isabetsiz bir kararla failin sorumsuzluğuna hükmetmiştir. Sonucun hukuka aykırılığı teorisi kabul edilseydi normun koruma amacı teorisi ile dahi fail sorumluluktan kurtulamayacaktı. Zira olayda sadece ormanın korunması normu değil, şahıs varlığını koruyan normlar da ihlâl edilmiştir. Bkz. BGE 30 II 572.

³⁸ **Larenz/Canaris**, s. 361; **Fikentscher**, s. 717 vd.; **Widmer, Pierre** (2005) *Unification of Tort Law: Fault*, Netherlands, Kluwer Law International, s. 170; **Von Tuhr/Peter**, s. 430; **Von Tuhr, Andreas**, *Borçlar Hukuku 1-2* (Çeviren: Cevat, Edege (1983) Ankara, Yargıtay Yayınları No:15), s. 381.

³⁹ **Keller**, s. 115.

cun hukuka aykırılığında hukuka aykırılıkla kusurun birbirine karışma problemi pek mümkün değilken, davranışın hukuka aykırılığı teorisinde bu karışma mümkün olmaktadır. Özellikle kusurun iradede değil davranışta arandığı objektif kusurla⁴⁰, davranışın hukuka aykırılığının birbirine karışması mümkün olur⁴¹.

Mesela açılmaması gereken bir yere çukur açılması durumunda objektif kusur teorisine göre kusur unsuru çukuru ortalama makul 3. kişiden ayrılan davranışla açmaktır. Yani çukur açma davranışı kusur olmuş olur. Keza davranışın hukuka aykırılığı teorisine göre de çukur açma faaliyeti hukuka aykırılık olur. Böylece kusurla hukuka aykırılık birbirine karışmaya başlar. Fakat hukuka aykırılık sonuçta aransaydı, ancak çukurdan meydana gelen zararlar hukuka aykırılık olarak değerlendirildi böylece kusurla hukuka aykırılık net bir şekilde birbirinden ayrılmış olurdu.

2. Subjektif Hukuka Aykırılık Teorisinin Kusurla İlişkisi

Subjektif hukuka aykırılık teorisinde failin koruma normlarına aykırı hareket edip etmemesi önem arz etmez⁴². Ortada bir hukuka uygunluk sebebi bulunmadığı müddetçe failin vermiş olduğu zarar hukuka aykırılık teşkil eder⁴³. Bu teoriye göre hukuka aykırılığın oluşması için failin eylemi sonucunda bir zarar doğmuş olması yeterli görülmekte, karine olarak hukuka aykırılık gerçekleşmiş sayılmaktadır⁴⁴. Ancak failin kendisine hukuk düzenince tanınmış bir haktan faydalanmak suretiyle bu eylemi gerçekleştirdiğini ispat etmesi halinde hukuka aykırılık olayda vücut bulmaz⁴⁵. Bu noktada subjektif hukuka aykırılık teorisi sonucun hukuka aykırılığı teorisi gibi sonuç odaklı bir yaklaşım izlemektedir.

⁴⁰ Korkmaz, Fırat (2020) “Kusurun Mahiyetinin Kusur İlkesine Etkisi”, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, ss. 75-100, s. 86, 90-91.

⁴¹ Korkmaz (2024) s. 974.

⁴² Kurtulan, s. 468; Başalp Yıldırım, s. 298; Gönül Koşar, s. 103.

⁴³ Cartier, s. 11; Verde, s. 5-6; Brehm, s. 32; Eren, s. 559 vd.; Antalya, s. 88; Kurtulan, s. 468; Gümüş, s. 433-434; Başalp Yıldırım, s. 298.

⁴⁴ Ayan, s. 251; Kurtulan, s. 469; Gönül Koşar, s. 103.

⁴⁵ Cartier, s. 11; Verde, s. 5-6; Brehm, s. 32; Becker, s. 442; Eren, s. 460; Başalp Yıldırım, s. 298; Ayan, s. 251; Kurtulan, 468; Çağlayan Aksoy, s. 218.

Ancak sonucun hukuka aykırılığına kıyasla dahi sorumluluğu genişletmektedir⁴⁶. Özellikle salt malvarlığı zararları açısından (özel koruma normu ihlâli aranmadığı için)⁴⁷ sorumluluk genişletilmekte ve bu teorinin kabul edildiği ihtimalde fail menfi davranışla verilen zararlardan dahi sorumlu tutulabilmektedir⁴⁸.

Hukuka uygunluk sebepleri TBK madde 63, 64 ve TMK madde 24/II'de belirtilmiştir. Bu sebepler; zarar görenin rızası, üstün nitelikteki özel veyahut kamusal yarar, haklı savunma, vekâletsiz iş görme, zorunluluk hali, hakkın kendi gücüyle korunması, kanundan doğan bir yetkinin kullanılması şeklinde kanunda belirtilmektedir⁴⁹. Subjektif teoriye göre failin eylemi anılan sebeplerden birine dayanarak gerçekleştirmesi halinde failin davranışı hukuka aykırılık teşkil etmez⁵⁰.

Subjektif teori, objektif teorinin aksine failin zarar verici davranışının bir hukuk normu ile yasaklanmış olmasını aramamaktadır. Bu teoride hukuka uygunluk sebeplerine dayanmaksızın verilen her türlü zarar hukuka aykırı olarak kabul edilir⁵¹. Dolayısıyla ispat yükü tersine çevrilir ve failin hukuka uygunluk sebeplerinin varlığını ispat etmesi beklenir⁵².

Subjektif hukuka aykırılık teorisi Fransız hukukunda kullanılan bir teori-dir⁵³. Bu hukuk sisteminde sorumluluğun bir unsuru olarak hukuka aykırılıkla

⁴⁶ Korkmaz (2021) s. 208-209.

⁴⁷ Cartier, s. 6.

⁴⁸ Çağlayan Aksoy, s. 221; Gönül Koşar, s. 103; Korkmaz (2021) s. 214.

⁴⁹ Ayan, s. 253-254; Eren, s. 678 vd.; Akıntürk/Ateş, s. 89; Gümüş, s. 440; Erdoğan, İhsan (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi, s. 121 vd.; Ünlütepe, s. 143.

⁵⁰ Cartier, s. 11; Verde, s. 5-6; Brehm, s. 32; Becker, s. 442; Akıntürk/Ateş, s. 89.

⁵¹ Kurtulan, s. 469; Başalp Yıldırım, s. 298; Cartier, s. 11; Verde, s. 5-6; Brehm, s. 32; Becker, s. 442.

⁵² Cartier, s. 11; Verde, s. 5-6; Brehm, s. 32; Becker, s. 442; Gümüş, s. 435; Başalp Yıldırım, s. 300; Kurtulan, s. 469; Çağlayan Aksoy, s. 222-223.

⁵³ Vito, s. 12; Çağlayan Aksoy, s. 157-159.

kusur kavramlarını beraberce kuşatan *faute* kavramı aranmaktadır⁵⁴. Fransız hukukunda kusurla hukuka aykırılık beraberce ele alındığı ve iç içe geçtiği için bu durumun subjektif hukuka aykırılığın bir özelliği olduğu düşünülebilir. Kanunimizce hukuka aykırılıkla kusurun birbirine karışması subjektif hukuka aykırılık teorisinden dolayı değil *faute* kavramından kaynaklanmaktadır. Gerçekten doktrinde subjektif hukuka aykırılık teorisinin hukuka aykırılıkla kusuru birbirine yakınlaştırdığı söylenmektedir⁵⁵. Bu fikre katılmamaktayız. Subjektif hukuka aykırılık teorisi zararı davranışta değil sonuçta aradığı için ve yapı olarak kusurdan bağımsız olduğu için genel yapı olarak kusurla hukuka aykırılığın birbirine karışmasının önüne geçer. Zira subjektif hukuka aykırılık teorisinde hukuka uygunluk sebebinin düzenlenmediği şahıs ve malvarlıklarında ortaya çıkan her zarar, kınanmaktan yani kusurdan tamamen bağımsız olarak hukuka aykırı olmaktadır. Ancak temel yaklaşım olarak hukuka uygunluk sebeplerinin tespit edilmesinde kusura önem veriliyor ve kusur bir ölçüt olarak kullanılıyorsa ancak bu takdirde bu teoride hukuka aykırılık ve kusur birbirine yaklaşmaya başlar.

3. Üçüncü Hukuka Aykırılık Teorisinin Kusurla İlişkisi ve Karışma Problemi

Üçüncü hukuka aykırılık teorisi ya da bir diğer adıyla yeni hukuka aykırılık teorisi, subjektif ve objektif hukuka aykırılık teorilerinin haksız fiil sorumluluğu açısından ortaya çıkardığı birtakım sorunlar⁵⁶ neticesinde ortaya atılan bir teori-dir⁵⁷. Bu teori, hukuka aykırılığın belirlenmesinde mutlak hak veya koruma normlarının ihlaline odaklanmaz⁵⁸. Üçüncü hukuka aykırılık teorisinde hukuka

⁵⁴ Gönül Koşar, s. 41, s. 298.

⁵⁵ Nart, Serdar (2007) Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukukî Sorumluluğu (Hakka-niyet Sorumluluğu) (Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 107; Koçhisarlıoğlu, s. 242.

⁵⁶ Objektif ve subjektif hukuka aykırılık teorilerine yöneltilen eleştiriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Başalp Yıldırım, s. 299-301, 316-323.

⁵⁷ Çağlayan Aksoy, s. 223-224; Gönül Koşar, 109.

⁵⁸ Honsell/Isenring/Kessler, s. 80 vd.; Vito, s. 16-17; Schonenberger, s. 9 vd.; Cartier, s. 91 vd.; Kurtulan, s. 477; Çağlayan Aksoy, s. 224.

aykırılık sonuçta değil, davranışta aranmaktadır. Buna göre davranış yükümlülüğü esas alınarak hukuka aykırılık belirlenir⁵⁹. Bu teoride hukuka aykırılık; özen yükümlülüğüne, genel davranış yükümlülüğüne veya koruma yükümlülüğüne aykırılık olarak farklı şekillerde açıklanmaktadır⁶⁰.

Bu teori İsviçre 2020 Borçlar Kanunu Tasarısında kabul edilen teoridir⁶¹. Bu teoride haksız fiilde kusur unsurundan vazgeçilmiş ve fakat kusur adeta hukuka aykırılık unsurunun içerisine yedirilmiştir⁶². Böyle olunca, bu teoride hukuka aykırılıkla kusurun ciddi bir karışma problemi de gündeme gelmektedir. Ancak bu teoriyi açıklayan farklı görüşlere göre hukuka aykırılığın ve kusurun birbirine karışma derecesi de farklı derecelerde olmaktadır.

Özen yükümlülüğünün ihlaline dayanan üçüncü hukuka aykırılık teorisine göre, objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranış hukuka aykırıdır⁶³. Ancak fail kendisinden beklenen tüm özeni göstermiş ise hukuka aykırılıktan söz edilemez⁶⁴. Özen yükümlülüğüne aykırı davranmak esasında kusurla eşdeğer bir kavramdır. Elbette özen yükümlülüğü objektifleştirilerek kusurdan daha üst perdeye çekilebilir. Ancak bu görüş neredeyse olduğu gibi kusuru hukuka aykırılık içerisine taşıyarak hukuka aykırılıkla kusuru adeta birbirine tamamen eşitlemektedir⁶⁵. Bu konuda *Schönenberger* hukuka aykırılığın, özen yükümlülüğünün ihlâlüne dayandırılmasının objektif kusur ile hukuka aykırılık arasındaki

⁵⁹ **Cartier**, s. 87; **Kurtulan**, s. 478; **Çağlayan Aksoy**, s. 224; **Gönül Koşar**, s. 109.

⁶⁰ **Schönenberger**, s. 9 vd.; **Honsell/Isenring/Kessler**, s. 80 vd.; **Vito**, s. 16; **Cartier**, s. 91 vd.; **Kurtulan**, s. 479; **Başalp Yıldırım**, s. 297; **Çağlayan Aksoy**, s. 227.

⁶¹ **Honsell, Heinrich** (2013) “Kritische Bemerkungen zum OR 2020”, *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 109/2013, ss. 457-461 (Çeviren: Kaya, Ümmühan (2017) “İsviçre Borçlar Kanunu/OR 2020’ye İlişkin Eleştirel Düşünceler”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S. 2, ss. 189-197), s. 194; **Topuz, Murat** (2016) “İsviçre Borçlar Kanunu’nun (OR) Genel Hükümlerine İlişkin 2020 Tasarısında Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerinin Düzenleniş Biçimi ve Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırılması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 3, ss. 2693-2714, s. 2695.

⁶² **Korkmaz** (2024) s. 974.

⁶³ **Honsell/Isenring/Kessler**, s. 80; **Kurtulan**, s. 478; Ayrıca Bkz. **Cartier**, s. 91.

⁶⁴ **Honsell/Isenring/Kessler**, s. 80; **Kurtulan**, s. 478; **Çağlayan Aksoy**, s. 228.

⁶⁵ **Cartier**, s. 90 vd.; **Schönenberger**, s. 9.

sınırları belirsizleştirdiğini söylemektedir⁶⁶. Özellikle bu görüşteki *Honsell/Isenring/Kessler*'e göre hukuka aykırılık objektif kusurla aynı manaya gelmektedir⁶⁷. Bu itibarla yazar, kusur araştırması olarak ayırt etme gücünün varlığına bakılmasını gerektiğini söylemektedir⁶⁸. Böylece özen yükümlülüğüne dayanan üçüncü hukuka aykırılık teorisinin kusur ile hukuka aykırılığı birbirine karıştırdığı görülmektedir⁶⁹.

Hukuka aykırılığı koruma yükümlülüğünün ihlalinde arayan teoriye göre ise koruma yükümlülüklerin ihlali hukuka aykırılığın oluşması için yeterlidir. Koruma yükümlülüğü, bireylerin sosyal çevrelerinde bulunan kimselerin vücut ve malvarlıkları bütünlüğünü korumaya yönelik davranış yükümlülükleridir. Kişi sosyal olarak yakınlaştığı her kişiye ait hukuki değerlere zarar vermeme ödevi yüklenmiş bulunmaktadır. Kişi bu koruma yükümlülüğüne aykırı olarak zarar verici bir davranışta bulunursa, davranışı kusurlu olsun olmasın hukuka aykırı olmuş olur. Bu teorinin kabulü halinde özellikle refleks gibi kişinin kınanmadığı yani kusurun bulunmadığı ancak zararın doğmuş olduğu hallerde de hukuka aykırılık oluşmaktadır⁷⁰. Görüş sahibi *Schonenberger* bu yönüyle bu teorinin objektif kusurla hukuka aykırılığı ayırdığını söylemektedir⁷¹. Mesela bir kimse ani bir patlamanın etkisiyle refleks ile yanındaki kimseye bir zarar verse, verdiği zarar bakımından objektif kusura göre dahi kusurlu değildir. Fakat çevresindeki kişilerin şahıs ve mal varlıklarını koruma yükümlülüğüne aykırı davranıldığı için hukuka aykırılığı koruma yükümlülüğüne dayandıran görüşe göre hukuka aykırı davranmıştır. Bu itibarla teorinin kusurla hukuka aykırılığı belirli noktalarda ayırması ve bunun bir derece geniş yorumlanabilir olması yönünden *Schonenberger*'e katılmaktayız.

⁶⁶ *Schonenberger*, s. 9.

⁶⁷ *Honsell/Isenring/Kessler*, s. 80-81.

⁶⁸ *Honsell/Isenring/Kessler*, s. 81.

⁶⁹ *Cartier*, s. 90 vd.; *Kurtulan*, s. 479; *Schonenberger*, s. 9.

⁷⁰ *Schonenberger*, s. 10; *Çağlayan Aksoy*, s. 228-229; *Korkmaz* (2021) s. 224.

⁷¹ *Schonenberger*, s. 9 vd.

Genel davranış yükümlülüğüne aykırılığın esas alındığı teoride ise failin davranışı, genel davranış yükümlülüklerini ihlal ediyorsa hukuka aykırılık meydana gelir⁷². Genel davranış yükümlülüğü, kişilerin toplum içerisinde düzenin korunması adına belirli bir şekilde davranma yükümlülüğünü ifade eder. Kişilerin genel davranış yükümlülüğünden saptığının tespiti her olay ve fail açısından ayrı değerlendirilir⁷³. Üçüncü hukuka aykırılık teorisinin, genel davranış yükümlülüğüne dayandırılması halinde failin sorumluluk alanı genişler⁷⁴. Zira kanun, doktrin ve içtihatlar ile ortaya çıkmış davranış normlarına aykırılıklar genel davranışa aykırı olabileceği gibi özen yükümlülüğü ve koruma yükümlülüklerine aykırılıklar da genel davranışa aykırı ve dolayısı ile hukuka aykırı olur⁷⁵.

Bu teori objektif kusurla hemen hemen iç içe geçmiş bulunmaktadır. Ancak özen yükümlülüğünün belirlenmesinde objektif kusurdan farklı olarak ortalama üçüncü kişi yerine, failin dâhil bulunduğu gurubun davranışlarından sapma arandığı gibi diğer yandan davranış kusurdan bağımsız olarak bir koruma yükümlülüğü içermesi de gerekmektedir⁷⁶. Böylece bu teorinin hukuka aykırılıkla objektif kusuru oldukça birbirine yaklaştırdığı görülmektedir. Ancak bu teoride davranışın koruma yükümlülüğü içermesi gerekmesi ve failin hukuka uygun davranışının belirlenmesinde meslek ve olay gruplarına son derece bağlı kalınarak subjektif olunması yönleriyle objektif kusurdan ayrılmaktadır. Mesela son derece uzman bir doktorun verdiği zararın hukuka aykırılığı araştırılırken, kendisi gibi son derece uzman doktor grubunun genel davranış yükümlülüğü araştırılır ve bu grubun davranışından sapma varsa hukuka aykırılık olduğuna hükmedilir. Ancak kusur için aranan özen yükümlülüğü hukuka aykırılıktan bağımsız olarak tespit edilmelidir⁷⁷. Böylece her bir meslek grubu, olay grubu bakımından hukuka aykırılık için aranan koruma yükümlülüğünün ölçüsü ve kusur için aranan özenin ölçüsü farklı değerlendirilmektedir.

⁷² Vito, s. 16 vd.; Çağlayan Aksoy, s. 241.

⁷³ Vito, s. 16; Ayrıca bilgi için bkz. Gönül Koşar, s. 114; Korkmaz (2021) s. 226.

⁷⁴ Korkmaz (2021) s. 227.

⁷⁵ Çağlayan Aksoy, s. 241; Korkmaz (2021) s. 227.

⁷⁶ Vito, s. 17.

⁷⁷ Vito, s. 16.

II. KUSUR KAVRAMI

Kusur kavramı TBK m. 49/I'de “*kusurlu ve hukuka aykırı fiille...*” şeklinde belirtilmek suretiyle haksız fiil sorumluluğunun bir diğer kurucu unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır⁷⁸. Aynı hukuka aykırılıkta olduğu gibi kusurun tanımı da kanunda yapılmamış, bu husus doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır⁷⁹. Kanun gerekçesine ve anılan maddenin eski düzenlemesine bakıldığında kusur, kast ve ihmal olarak ikiye ayrılmaktadır⁸⁰. Nitekim 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda, haksız fiil sorumluluğu “*gerek kasten gerek ihmal...*” şeklinde düzenlenmiştir. 6098 sayılı TBK düzenlemesinde kast ve ihmal şeklinde bir ayrım yapılmamasına karşın, madde gerekçesinde kast ve ihmalin kusurun çeşitlerinden olduğu göz önünde tutularak anılan değişikliğin yapıldığı belirtilmiştir⁸¹.

Kast, failin hukuka aykırı sonucu istemesi ve bilmesidir⁸². Kusurun kast ile gerçekleştiği hallerde fail hukuka aykırılığa bilerek ve isteyerek sebebiyet vermektedir⁸³. Fail, davranışı sonucunda bir zarar ortaya çıkacağını bilmekte ve bu zararın oluşmasını isteyerek hareket etmektedir⁸⁴. Kastın tanımından da anlaşıl-

⁷⁸ Ayan, s. 271; Eren, s. 643; Gümüüş, s. 448; Gönül Koşar, s. 5; Ünlütepe, s. 153.

⁷⁹ Eren, s. 643; Uyumaz, Alper (2023) “Sorumluluk Hukukunda Kusur Kavramı ve Kusurun Tespitine İlişkin Bir Öneri”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 1, ss. 503-546, s. 507.

⁸⁰ Korkmaz (2021) s. 58; Ayan, s. 272; Ayrıca genel hukuk doktrininde kusurun haksız fiilin bir unsuru olması hakkında bkz. Larenz/Canaris, s. 354; Brüggemeier, Gert (2006) Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, Ein Beitrag zur Europäisierung des Privatrechts, Berlin, Springer, s. 1; Strickler, s. 12; Fellman, Walter (2013) Schweizerisches Haftpflichtrecht Band I, Bern, Stampfli, s. 7; Pletter, s. 1; Keller, s. 132; Schwarz, s. 106; Fikentscher, s. 280; Honsell/Isenring/Kessler, s. 5; Vito, s. 72.

⁸¹ Oğuzman/Öz, s. 58; Gönül Koşar, s. 175-176.

⁸² Keller, Max/Gabi-Bolliger, Sonja (1985) Haftpflichtrecht Band II, Basel und Frankfurt, Helbing Lichtenhahn, s. 53; Eren, s. 649; Erdoğan, İhsan (1990) “Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, ss. 109-134, s. 125; Ayan, s. 272; Gönül Koşar, s. 177; Oğuzman/Öz, s. 56; Ünlütepe, s. 154; Von Tuhr/Peter, s. 427; Keller, s. 118; Honsell/Isenring/Kessler, s. 6.

⁸³ Eren, s. 649; Ünlütepe, s. 154; Gönül Koşar, s. 178.

⁸⁴ Von Tuhr/Peter, s. 427; Keller/Gabi-Bolliger, s. 53; Gönül Koşar, s. 178; Honsell/Isenring/Kessler, s. 6.

lacağı üzere, hukuka aykırılığı önceden tasavvur etmek ve istemek olarak iki unsuru vardır⁸⁵. Tasavvur unsuru, failin hukuka aykırı sonucu önceden tasarlaması, bilmesi, öngörmesidir⁸⁶. İsteme unsuru ise failin iradesinin hukuka aykırı sonuca yönelmiş olmasını ifade eder⁸⁷. Kastta failin kazara, tesadüfen gerçekleştirdiği bir durumdan söz edilemez. Fail her şeyin bilincinde ve isteyerek hareket etmektedir.

Kusurun ihmal ile meydana geldiği durumlarda ise fail hukuka aykırılığın gerçekleşmesini istememekte ancak hukuka aykırılığın gerçekleşmemesi adına gerekli özen ve tedbiri de göstermemektedir⁸⁸. Fail fiili isteyerek gerçekleştirmekle beraber iradesi hukuka aykırı sonucun gerçekleşmesi yönünde değildir⁸⁹. İhmalde fail hukuka aykırı sonucun gerçekleşeceğini bilmemekte ancak tahmin ediyorsa dahi bunu arzu etmemektedir⁹⁰. Burada kusur, özen yükümlülüğüne aykırılığa dayanmaktadır⁹¹. İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına göre özen yükümlülüğünün tespitinde, zararın öngörülmesine ve önlenebilirliğine etki ettiği için işin faydasına, önemine ve aciliyetine ve hatta tehlikesine de bakılması gerekir⁹². Yine federal mahkemeye göre kazaların aynı durumda tekrar ederek sıklıkla ortaya çıkması da öngörüğü ve önlenebilirliği etkileyeceği için ihmalin kesin bir ölçüsü değilse de göstergesidir⁹³.

⁸⁵ **Erdoğan** (1990) s. 125; **Gönül Koşar**, s. 178; **Gümüş**, s. 449.

⁸⁶ **Gönül Koşar**, s. 178-179.

⁸⁷ **Erdoğan** (1990) s. 125; **Gönül Koşar**, s. 178.

⁸⁸ **Von Tuhr**, s. 380; **Von Tuhr/Peter**, s. 429; **Erdoğan** (1990) s. 127; **Oğuzman/Öz**, s. 57; **Gümüş**, s. 450; **Ünlütepe**, s. 155; **Gönül Koşar**, s. 192; **Keller**, s. 119; **Ayan**, s. 273; **Uyumaz**, s. 528; **Keller/Gabi-Bolliger**, s. 53; **Oftinger/Stark**, s. 201.

⁸⁹ **Gümüş**, s. 450; **Gönül Koşar**, s. 192; **Eren**, s. 651.

⁹⁰ **Korkmaz** (2021) s. 70. Bilinçli ihmalde dahi fail sonuca razı olsa da bunu arzu etmemektedir. Bkz. **Vito**, s. 68; **Honsell/Isenring/Kessler**, s. 83.

⁹¹ **Ayan**, s. 274; **Eren**, s. 651; **Uyumaz**, s. 528.

⁹² BGE 83 IV 84; BGE 64 II 260; BGE 102 II 240; BGE 68 II 127. Aynı yönde Bkz. **Von Tuhr**, s. 380-381.

⁹³ BGE 87 II 313; BGE 87 II 314.

İhmal, ağırlık derecesine göre kendi içinde ağır ihmal ve hafif ihmal olarak ayrılır⁹⁴. Aynı koşullar altında bulunan her bireyin alması gereken asgari ve basit önlemlerin alınmamış olması ağır ihmal olarak adlandırılır⁹⁵. Hafif ihmal ise ancak dikkatli kişilerin göstermesi beklenen dikkat ve özenin gösterilmemiş olmasıdır⁹⁶. Ağır ihmal, kasta yakın bir kusur türüdür. Dolayısıyla tespiti kolaydır. Ancak hafif ihmalin tespiti ise zordur⁹⁷. Bu sebeple hafif ihmalin tespiti açısından subjektif ve objektif olmak üzere iki teori bulunmaktadır⁹⁸. Bu teoriler kusur ve hukuka aykırılık arasında ayırım yapılabilmesi açısından da gerçekten büyük önem arz etmektedir.

A. İHMAL TEORİLERİNİN HUKUKA AYKIRILIKLA BAĞLANTISI

1. Subjektif İhmal Teorisinin Hukuka Aykırılıkla Karışmasının Güç Olması

Subjektif kusur teorisi, kusuru faile göre öznel bir bakış açısıyla değerlendirilmektedir⁹⁹. Failin kişisel özelliklerinin yanı sıra, yetiştirme tarzı, ahlaki değerleri, öğrenim durumu, mesleği, o an içinde bulunduğu psikolojik durumu, ekonomik şartları gibi failin iradesini etkileyecek bütün durumlar göz önünde bulundurularak hafif ihmalin tespiti yapılır¹⁰⁰. Buna göre subjektif teoride kusur, failin iradesinde aranmaktadır¹⁰¹. İhmalin belirlenmesinde, failin kişisel özellik-

⁹⁴ Pletter, s. 11-12; Deutsch, Erwin (1996) Allgemeines Haftungsrecht, 2. völlig neugestaltete und erweiterte Auflage, Köln, Berlin, Bonn, Carl Heymanns Verlag, s. 61; Oğuzman/Öz, s. 58; Ayan, s. 274; Erdoğan (1990) s. 127; Ünlütepe, s. 155; Gümüş, s. 450. Buna orta ihmal kavramını dahil edenler de vardır. Bkz. Brehm, s. 144-145; Keller/Gabi-Bolliger, s. 54; Hon-sell/Isenring/Kessler, s. 81.

⁹⁵ Oftinger/Stark, s. 219; Keller/Gabi-Bolliger, s. 54; Eren, s. 655; Ayan, s. 274; Gümüş, s. 451; Uyumaz, s. 531; Erdoğan (1990) s. 128; Oğuzman/Öz, s. 58.

⁹⁶ Keller/Gabi-Bolliger, s. 54; Oftinger/Stark, s. 220; Oğuzman/Öz, s. 58; Erdoğan (1990) s. 128; Uyumaz, s. 532; Eren, s. 655; Gümüş, s. 451; Ayan, s. 274; Gönül Koşar, s. 202.

⁹⁷ Korkmaz (2021) s. 73.

⁹⁸ Gümüş, s. 451; Korkmaz (2020) s. 80.

⁹⁹ Eren, s. 644; Oğuzman/Öz, s. 60; Gönül Koşar, s. 72; Gümüş, s. 451.

¹⁰⁰ Gümüş, s. 451; Gönül Koşar, s. 75; Uyumaz, s. 510; Ünlütepe, s. 153.

¹⁰¹ Ayan, s. 271; Eren, s. 644; Gönül Koşar, s. 72-73.

lerine bakılarak göstermesi gereken iradede sapan iradesi araştırılır¹⁰². Subjektif teoriye göre fail, hukuka aykırılığın gerçekleşmemesi adına başka türlü davranabilecekken, davranmamayı irade ettiği için kınanmaktadır¹⁰³.

Makalede de belirtildiği üzere¹⁰⁴ hukuka aykırılığı sonuç yerine davranışta arayan teoriler hukuka aykırılığı kusura yaklaştırmaktadır. Aynı durumun kusur açısından görünümünde ise, kusuru irade yerine davranışta arayan teoriler kusuru hukuka aykırılığa yaklaştırmaktadır. Dolayısıyla hem hukuka aykırılığın hem de kusurun davranış içerisinde aranması bu iki kavramın birbirine karışmasına sebep olmaktadır. İşte subjektif kusur teorisi kusuru davranışta değil iradede aramaktadır. Bu yönüyle kusuru hukuka aykırılıktan ayırmaktadır. Zaten subjektif kusur anlayışı, gerçek kusurun tanımı ile örtüşmektedir. Zira kusurun kendisi objektif değil esasında iradeye matuf subjektif bir kavramdır¹⁰⁵. Subjektif kusur kavramı, kusur ilkesinin ahlâki temeli olan ahlâki kınanabilirliğe dayanmakta olup, subjektif kusurun hukuka aykırılıkla karıştırılması oldukça güçtür.

2. Objektif İhmal Teorisinin Hukuka Aykırılıkla Karışmaya Uygun Yapısı

Objektif ihmal teorisine göre, kusurun tespiti faile göre değil ortalama özelliklerdeki üçüncü bir kişiye göre yapılır¹⁰⁶. Failin davranışının, ortalama kişinin davranışından ayrılıp ayrılmamasına göre kusur belirlenir¹⁰⁷. Ortalama kişi, failin ait olduğu sosyal veya mesleki grup içerisinde aynı şartlar altındaki makul kişidir¹⁰⁸. Bu teoride subjektif teorinin aksine failin kişisel özellikleri ve bulunduğu durum önem arz etmemektedir¹⁰⁹. Buna göre failin davranışı, fail ile aynı sosyal veya mesleki gruba ait

¹⁰² Erdoğan (1990) s. 130.

¹⁰³ Uyumaz, s. 511; Eren, s. 644; Gönül Koşar, s. 75.

¹⁰⁴ Bkz. Başlık I.; I. A. 1.; I. A. 2.; III.; III. A.

¹⁰⁵ Von Tuhr/Peter, s. 430.

¹⁰⁶ Erdoğan (1990) s. 130; Gönül Koşar, s. 84-85; Nart, s. 123; Ünlütepe, s. 153.

¹⁰⁷ Fellman, s. 8; Larenz, Karl/Wolf, Manfred (2004) Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, München, C.H. Beck, s. 238 vd; Eren, s. 644; Gümüş, s. 452.

¹⁰⁸ Deutsch, s. 251-252; Honsell/Isenring/Kessler, s. 79; Fellman, s. 8; Ayan, s. 271; Eren, s. 644; Erdoğan (1990) s. 130-131; Nart, s. 123.

¹⁰⁹ Nart, s. 123; Korkmaz (2021) s. 76.

ortalama bireyin davranışından sapıyorsa kusur vardır¹¹⁰. Bu teoride kusur failin iradesinden ziyade davranışında aranmaktadır¹¹¹. İsviçre Federal Mahkemesine göre objektif teoride somut olayın özelliklerinin ve somut olayın meydana geliş şeklinin araştırılması ve buna göre kusurun tespit edilmesi lazımdır¹¹². Bu itibarla olaydaki fiilin bir ihtisas alanına girmesi, önceden öngörülmesi güç nitelikteki zorluklar, yapılan fiilin kolaylığı, önemi, tehlikeliliği, faydasızlığı, zorunluluğu nazara alınarak kusur tespit edilmektedir. Bu bağlamda İsviçre Federal mahkemesi somut olayda ani oluşan tehlikeyi göz önüne alarak kusuru tespit etmektedir¹¹³. Objektif kusur teorisi, doktrin- de bazı yazarlar tarafından objektifleştirilmiş teori olarak da ifade edilmektedir¹¹⁴.

Objektif kusur teorisi esasında, kusur kavramından uzaklaşan bir anlayıştır. Ancak objektif teori ile kusuru ispat ve tespit kolaylaştığı için¹¹⁵ doktrinde ve uygulamada objektif kusur anlayışı hâkimdir¹¹⁶. Ancak kusur objektifleştikçe bir yandan sorumluluk sebep sorumluluğuna yaklaşmakta¹¹⁷ bir yandan da objektif kusur, kusurla hukuka aykırılığın birbirine karışmasına sebep olmaktadır. Gerçekten kusurla hukuka aykırılığın birbirine karışmasının neredeyse zorunlu bir unsuru kusurun objektifleştirilmesidir. Ayrıca objektif kusur anlayışında kusur ilkesinin ahlaki temeli olan kınanabilirlik olgusu da ortadan kalkmış¹¹⁸, kusur

¹¹⁰ **Deutsch**, s. 251-252; **Honsell/Isenring/Kessler**, s. 79; **Fellman**, s. 8; **Gönül Koşar**, s. 79; **Nart**, s. 123; **Uyumaz**, s. 512; **Ünlütepe**, s. 153.

¹¹¹ **Keller**, s. 115; **Fellman**, s. 8; **Larenz/Wolf**, s. 238; **Korkmaz** (2020) s. 81.

¹¹² BGE 115 II 287; BGE 119 II 448.

¹¹³ BGE 102 II 240; BGE 68 II 127.

¹¹⁴ **Gümüş**, s. 452; **Gönül Koşar**, s. 78; **Koçhisarlıoğlu**, s. 171 vd.

¹¹⁵ **Fuchs, Maximilian/Pauker, Werner** (2012) *Delikts und Schadensersatzrecht*, 8. aktualisierte und erweiterte Auflage, Ingolstadt, Springer, s. 5-6.

¹¹⁶ **Honsell/Isenring/Kessler**, s. 79; **Keller/Gabi-Bolliger**, s. 55 vd.; **Eren**, s. 651 vd.

¹¹⁷ Kusuru iradeden koparıp davranış tarzı olarak değerlendiren yaklaşımlar sorumluluğu sebep sorumluluğuna yaklaşıtırlar. Bkz. **Oftinger/Stark**, s. 210; **Weber, Stephan** (2001) *Von der Entstehung durch unerlaubte Handlung zur Entstehung durch Schädigung*, Sonderdruck aus: *Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert Symposium zum Schweizerischen Privatrecht*, Zürich, Schulthess Juristische Medien, s. 260.

¹¹⁸ **Tandoğan**, s. 52; **Weber**, s. 263; **Koziol**, s. 594; **Widmer**, s. 169; Gerçekten failin beceri, engel durumu, kuvvet, zekâ, ve tecrübe gibi şahsi özelliklerinden kaynaklanan bir davranış ahlâken kınanamaz. Bkz. **Weber**, s. 263 vd.; **Von Tuhr/Peter**, s. 430.

hukuka aykırılığa benzer bir olguya dönüşmeye başlamıştır. Kusurun objektifleşmesi ve ahlâki kınamadan kopması, sorumluluğun sebep sorumluluğuna yaklaşması, adeta sorumluluğu sadece hukuka aykırılığın tek başına kurması sonucuna doğru yaklaştırır¹¹⁹. Bu ise kusurla hukuka aykırılığın birbirine karışmasından başka bir şey değildir. Gerçekten kusur ne kadar objektif değerlendirilirse failin kınanabilirliği de o derecede ortadan kalkmakta, sorumluluk kapsamı genişlemekte ve hukuka aykırılık ile kusur karışmaya başlamaktadır¹²⁰.

Mesela kırmızı ışıktaki geçmek hukuka aykırılık teşkil eder ve kırmızı ışıktaki geçmek objektif olarak kusurlu kabul edilir. Kişi kırmızı ışıktaki geçtiği anda ortalama makul üçüncü kişinin davranışından saptığı için objektif kusur anlayışına göre aynı zamanda kusurludur. Böylece kırmızı ışıktaki geçme eylemi hem hukuka aykırılık hem kusur teşkil etmekte ve bunlar birbirine karışmaktadır. Ancak kırmızı ışıktaki geçenin kusuru objektif değil de subjektif değerlendirilseydi o takdirde kişi kusurlu bulunmayabilirdi. Mesela kötü bir haber almasıyla ruhi dengesini kısmen kaybeden ve o etkiyle arabayı sürerken anlık bir renk körlüğü yaşayan yaşlı bir şoför bakımından kırmızı ışığı yeşil ışıktaki karıştırmak kusur kabul edilmeyebilir. Zira gerçekten de bu kimsenin kırmızı ışıktaki geçmek bakımından ahlâken kınanabilir bir iradesi yoktur. Yani gerçek anlamda kusurlu değildir. Fakat kusur objektifleştirilirse bu kimse kusurlu bulunur. Bu durumda kusur, adeta doğrudan doğruya söz konusu hukuka aykırılığın kendisi olmaya başlar ve kusurla hukuka aykırılık birbiriyle ayırt edilmesi güç şekilde birbiriyle karışır. Bu sebeple objektifleşen kusur, objektifleştiği ölçüde hukuka aykırılıkla bütünleşmektedir¹²¹.

Objektifleşme arttıkça kusurun hukuka aykırılığa yaklaşması da çoğalır. Nitekim doktrinde tamamen objektif kusur teorisi olarak adlandırılan bir teoriye¹²²

¹¹⁹ **Widmer**, s. 169.

¹²⁰ **Korkmaz** (2024) s. 974.

¹²¹ **Widmer**, s. 169; **Oftinger/Stark**, s. 210; **Weber**, s. 260.

¹²² **Nart**, s. 125; **Korkmaz** (2021) s. 83; Doktrinde bazı yazarlar objektif kusur- tamamen objektif kusur teorileri yerine objektifleştirilmiş- objektif kusur teorileri şeklinde ayırım yapmaktadırlar. Bkz. **Koçhisarlıoğlu**, s. 171, 196; **Gönül Koşar**, s. 78.

göre ayırt etme gücü dâhil olmak üzere fail açısından hiçbir öznel değerlendirme yapılmaz¹²³. Objektiflik mutlak değerlendirilerek; ayırt etme gücüne sahip, makul bir üçüncü kişi davranışı esas alınır¹²⁴. Bu tarz objektifliği artıran yaklaşımlar kusurla hukuka aykırılığın birbirine daha çok karışmasına sebep olur.

III. HUKUKA AYKIRILIK VE KUSURUN BİRBİRİNE KARIŞTIĞI BAŞKA NOKTALAR

Makalede şu ana kadar hukuka aykırılıkla kusurun bunlar hakkındaki teorilere göre şekillenip birbirlerine karıştığından bahsedildi. Hukuka aykırılığı ve kusuru davranışta arayan teorilerde bu karışma probleminin ortaya çıktığından böylece özellikle davranışın hukuka aykırılığı, üçüncü hukuka aykırılık teorisi ve objektif kusur teorilerinde kusur ve hukuka aykırılığın birbirlerine karışmaya başladığı hususu ortaya konuldu. Hukuka aykırılık ve kusur unsurları hakkındaki teorilerden bağımsız olarak bu iki unsurun birbirine karıştığı başka noktalar da vardır. Bunlar tehlike ortaya çıkartıp tedbir almamanın kusur mu hukuka aykırılık mı teşkil ettiği sorusu ve dolaylı olarak hakları koruyan normların kusurla da bağlantısıdır.

A. TEHLİKE KURALININ KUSUR MU HUKUKA AYKIRILIK MI OLDUĞU SORUNU

Tehlike ortaya çıkarmak sorumluluk hukuku açısından oldukça önemli olduğu içindir ki bununla ilgili TBK m. 71’de tehlike sorumluluğu vazedilmiştir. Herhangi bir sebeple tehlike ortaya çıkartacak kişi, bu tehlike neticesinde zararın meydana gelmemesi için gerekli özen ve tedbiri almalıdır¹²⁵. Ancak girilen iş bakımından her türlü özen ve tedbirin alınmış olmasına, hatta TBK m. 71’in ifadesiyle: *“bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılır-sa”* kişi ortaya çıkan zarardan tehlike sorumluluğuna göre sorumlu olur. Ancak bundan farklı olarak kişi tehlike ortaya çıkartmasına karşın gerekli tedbir ve

¹²³ Gönül Koşar, s. 84.

¹²⁴ Erdoğan (1990) s. 130; Korkmaz (2021) s. 83; Gönül Koşar, s. 85-86.

¹²⁵ Çağlayan Aksoy, s. 193.

önlemleri almadığı takdirde bu hususun kusur mu yoksa hukuka aykırılık mı olarak değerlendirileceği tartışmalıdır¹²⁶. Nitekim İsviçre Federal mahkemesinin kabul ettiği bir ilkeye göre, kişilerin hukukî varlıkları açısından tehlike oluşturan kimsenin, zararı önleyecek tedbirleri de alması gereklidir¹²⁷.

Tehlike ortaya çıkartan kişi bu hususta gerekli önlemleri almadığı takdirde, bir görüşe göre bu hukuka aykırılık teşkil ederken¹²⁸ diğer bir görüşe göre bu kusur teşkil etmektedir¹²⁹. Bu hususta hukuka aykırılık ve kusurun birbirine karıştığı bir alan olsa da biz tehlike ortaya çıkarmanın kusur olması gerektiği; hukuka aykırılık olarak kabul edilmesi halinde ortaya sorumluluk hukuku bakımından teknik problemler ortaya çıktığı görüşüne¹³⁰ katılıyoruz.

Bu hususun çözümü hususunda doktrinde ortaya atılan katıldığımız fikre göre¹³¹ tehlike ortaya çıkarmak hukuka aykırılık olarak kabul edilecekse sonucun hukuka aykırılığının kabul edilmesi çelişkili olur. Zira bu takdirde hem tehlikeden dolayı ortaya çıkan zarar, hem de tehlike ortaya çıkarmak hukuka aykırılık teşkil etmiş olur. Böylece iki farklı hukuka aykırılıktan bahsedilmiş olur. Hangi hukuka aykırılık esas alınarak sorumluluk tespit edilecektir? Bu karmaşaya sebep olmaktadır. Kaldı ki sonuç hukuka aykırı kabul edilmişken, tehlike ortaya çıkarmak sonuç olmadığı için teorinin mahiyetiyle uyuşmayan çelişkili bir durum ortaya konmuş olacaktır. Bu sakıncaların gerçekleşmemesi için hukuka aykırılığın davranış unsuru üzerinde aranması gerekmektedir. Zaten bu yapıldığı takdirde konunun mahiyetine uygun bir çözüm yolu elde edilir. Şöyle ki, bu

¹²⁶ **Gönül Koşar**, s. 127; **Korkmaz** (2021) s. 371-372; **Çağlayan Aksoy**, s. 195; Tehlike ortaya çıkartmak tek başına kusur ya da hukuka aykırılık olarak değerlendirilemez. Nitekim günlük hayatta herkes tarafından gerçekleştirilen sıradan eylemler dahi tehlike ortaya çıkartabilmektedir. Bu sebeple tehlikenin kendisi bir sorumluluk oluşturmamakta ancak bu tehlike neticesinde birinin zarar görmesi durumunda kişinin sorumluluğu gündeme gelebilmektedir. Ayrıca Bkz. **Korkmaz** (2021) s. 373 vd.

¹²⁷ BGE 95 II 96; BGE 91 II 405; BGE 121 III 358.

¹²⁸ **Eren**, s. 66 vd.; **Gönül Koşar**, s. 131; **Abik**, s. 374; BGE 96 II 108; BGE 91 II 405.

¹²⁹ **Korkmaz** (2021) s. 374; **Başalp Yıldırım**, s. 304; **Oftinger/Stark**, s. 182.

¹³⁰ **Korkmaz** (2021) s. 375-377.

¹³¹ **Korkmaz** (2021) s. 375 vd.

ihtimalde tehlikeli davranış veya davranışa ilişkin özen hukuka aykırılık teşkil etmektedir¹³². Zaten bu teoride davranışın kendisi veya buna ilişkin gösterilmesi gereken özene aykırılık hukuka aykırılık teşkil ettiği için, tehlikeli bir davranışın hukuka aykırılık teşkil etmesi gayet olağandır. Ancak doktrinde tespit edildiği ve makalede önceden bahsedildiği üzere hukuka aykırılığı davranışta arayan teorilerde hukuka aykırılıkla kusur birbirine karışmaktadır¹³³. Böylece tehlike ortaya çıkarmak hukuka aykırılık olarak kabul edilince iki farklı hukuka aykırılık tespit etmemek için hukuka aykırılık sonuçta aranmayıp davranış temelli teorilerde hukuka aykırılık aranmaktadır. Bu sefer de hukuka aykırılıkla kusur birbirine karışmaktadır¹³⁴. Neticede tehlike ortaya çıkarıp tedbir almamak hukuka aykırılık olarak kabul edilirse ya sonuç üzerinden gidilerek¹³⁵ iki farklı hukuka aykırılık kabul edilmek durumunda kalınır ya da davranış temelli teorilere müracaat edilerek bu sefer de hukuka aykırılıkla kusur birbirine karışır ve hukuka aykırılık olarak kabul edilen tehlike kuralı tekrar kusura dönüşmüş olur¹³⁶.

Yukarda bahsedilen itibarla tehlike ortaya çıkarıp tedbir almamak salt hukuka aykırılık olarak değerlendirilemez. Zaten yapısı da buna uygun değildir. Zira özen ve tedbir almamak kusur kavramının karakteristiğidir¹³⁷. Tehlike ortaya çıkartınca buna ilişkin özen ve tedbir almamanın kusur olarak değerlendirilmesine engel olan hukuki ve teknik olarak hiçbir gerekçe yoktur. Kaldı ki özen ve tedbir esasında her zaman bir tehlikeye karşı alınır. Bu itibarla kusur zaten tehlikelere karşı özen ve tedbir almak demek olur. Şunu da belirtmek gerekir ki tehlike ortaya çıkartıp buna ilişkin tedbir almamak hukuka aykırılık olarak da

¹³² Hukuka aykırılığı davranış üzerinde arayan teoriler, davranışın hukuka aykırılığı teorisi ve üçüncü hukuka aykırılık teorileridir. Hukuka aykırı davranış teorisinde, davranışın bizâtihi kendisi hukuka aykırılık teşkil ederken, üçüncü hukuka aykırılık teorisinde davranışın, koruma yükümlülüğüne, özen yükümlülüğüne veya genel davranış yükümlülüğüne aykırı olması hukuka aykırılık teşkil etmektedir.

¹³³ **Deutsch**, s. 61; **Cartier**, s. 90 vd.

¹³⁴ **Korkmaz** (2024) s. 974.

¹³⁵ Tehlike ortaya çıkarmak aslında sonuç da değildir. Bu itibarla söz konusu yorum kendisiyle çelişmektedir.

¹³⁶ Konunun daha ayrıntılı olarak incelendiği yer için Bkz. **Korkmaz** (2021) s. 375 vd.

¹³⁷ **Honsell/Isenring/Kessler**, s. 40; **Keller/Gabi-Bolliger**, s. 54-55; **Oftinger/Stark**, s. 219.

kabul edilse, kusur olarak da kabul edilse her halükârda hukuka aykırılık teşkil etmiş olur. Zira kusur olan her kavram aynı zamanda hukuka aykırılık da teşkil eder. Ancak burada tartışılan bunun kusur olmaksızın salt hukuka aykırılık mı teşkil ettiği yoksa hukuka aykırılığın kınanması olan kusur mu teşkil ettiğidir.

B. DOLAYLI OLARAK HAKLARI KORUYAN NORMLARIN İHLALI

Hukuk düzeninin belirlemiş olduğu hakları koruyan normlar yapma veya yapmama kuralı şeklinde olabileceği gibi hakların korunması doğrudan veya dolaylı da olabilir¹³⁸. Bireylerin haklarını dolaylı olarak koruyan normlar ile toplumsal düzeni sağlamak ve kamu güvenliğini sağlamak amaçlanır. Bu normların ihlal edilmesi tek başına bir zarara sebebiyet vermez¹³⁹. Bu sebeple hukuka aykırılığın davranışta aranmadığı teorilerde bu normların ihlali doğrudan hukuka aykırılık olarak nitelendirilemez. Ancak hukuka aykırılığı davranışta arayan teorilerin kabul edilmesi ile bu hukuka aykırılık olarak değerlendirilebilir. Emniyet şeridinden gitmek, alkollü araç kullanmak, hız sınırını aşmak ve genel tehlike ortaya çıkartan suçlar bu tarz normlara örnek gösterilebilir¹⁴⁰.

Bu normların ihlali neticesinde bir zarar ortaya çıktığında kusur ve hukuka aykırılık arasında ayırım yapmak zorlaşmaktadır¹⁴¹. Dolaylı olarak hakları koruyan normlar, genellikle ihmali tespit eder şekilde düzenlenen normlardır¹⁴². Bu normlarda belli bir özen düzeyi belirlenir ve bireylerin buna uygun davranması beklenir¹⁴³. Dolayısıyla hukuka aykırılığı davranışta arayan teoriler kabul edildiği takdirde, bu normlara aykırılık hem kusur hem de hukuka aykırılık teşkil etmektedir¹⁴⁴. Örneğin, alkollü araç kullanmak hukuk düzenince yasaklanmış

¹³⁸ Eren, s. 663 vd.; Tandoğan, s. 19-20; Vito, s. 15.

¹³⁹ Korkmaz (2021) s. 233.

¹⁴⁰ Gönül Koşar, s. 168-169; Korkmaz (2021) s. 234.

¹⁴¹ Deutsch, s. 238; Tandoğan, s. 19-20.

¹⁴² Vito, s. 15. Hukuk kuralları bazen ihmali tespit eder tarzda düzenlenirler. Bkz. Gmür, Max/Becker, Hermann (1941) Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch Obligationenrecht 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183, Stampfli Verlag, s. 202.

¹⁴³ Korkmaz (2020) s. 92.

¹⁴⁴ Korkmaz (2024) s. 974.

olmasına karşın bunun ihlal edilmesi ve bir zarara sebebiyet vermesi halinde failin alkollü araç kullanması hem hukuka aykırılık hem de alkollü araç kullanarak gerekli özen ve tedbiri göstermediği için kusur olarak karşımıza çıkar. Bu noktada aynı normun ihlali hem kusur hem de hukuka aykırılık olur ve iki unsur arasındaki ayırım ortadan kalkar.

Failin ihmali tespit eder tarzdaki kanuni düzenlemelere uymuş olması, onun kusursuz olduğu anlamına gelmez. Somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılmalı, kanundaki ihmali düzenleyen normdan bağımsız olarak ihmal araştırılmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesinin kararları da bu yöndedir¹⁴⁵. Elbette bu ihtimalde dahi hukuka aykırılık olmadan kusur oluşamayacağı için ya başka bir norm ihlali sebebiyle hukuka aykırılık tespit edilmelidir veya sonucun hukuka aykırılığından hareket edilerek hukuka aykırılık tespit edilmiş olmalıdır. Mesela belirli bir saatten sonra araba farlarının açılması konusunda bir hukuk normu olsa bu saat gelmediği için fail farlarını açmamış olsa ancak havanın çok bulutlu olması vesair sebeplerle hava erken kararmış ise failin hukuk kuralına uymuş olması ihmali olmadığı anlamına gelmemelidir. Kusurun varlığı, ihmali tespit eden ilgili hukuk normundan bağımsız olarak değerlendirilmelidir.

SONUÇ

Kusur, hukuka aykırılığın kınanabilir şekilde ortaya çıkmasıdır. Hukuka aykırılıkla kusurun mahiyet olarak birbiriyle son derece bağlantılı olmasından dolayı bunların haksız fiil sorumluluğunda karışma problemleri ortaya çıkmaktadır. Bu karışma problemi büyük oranda hukuka aykırılıkla ve kusurla ilgili kabul edilen teoriler sebebiyle gerçekleşmektedir. Kusurla hukuka aykırılığın birbirine karıştığı teoriler özellikle hukuka aykırılığı davranışta arayan davranışın hukuka aykırılığı teorisi ve üçüncü hukuka aykırılık teorisi ve kusuru davranışta arayan objektif ihmal teorisidir.

Objektifleşen kusur anlayışı günümüzde zaruri hale gelmiştir. Kusur ilkesinin yetersiz gelmesi, kusurun ispat ve tespit zorluğu gibi sebeplerden dolayı

¹⁴⁵ BGE 90 IV 8; BGE 71 II 123; BGE 87 II 313.

tercih edilmektedir. Bu teorinin hukuka aykırılıkla karışma problemini beraberinde getirmemesi için hukuka aykırılığı zarar üzerinde arayan sonucun hukuka aykırılığı teorisinin veya subjektif hukuka aykırılık teorisinin kabul edilmesi uygun olur. Üçüncü hukuka aykırılık teorisi kabul edilecekse, hangi davranışın hukuka aykırı olduğunun tespitinde koruma yükümlülüğüne aykırılık gibi kusurdan daha bağımsız ölçütler geliştirilmelidir. Sadece özen yükümlülüğüne aykırılığın hukuka aykırılıkla tefsir edildiği üçüncü hukuka aykırılık görüşleri kusurla karışma problemini ortaya çıkarmaya çok uygun bir yapıda olduğu için bundan sakınılmalıdır.

Tehlike ortaya çıkarıp buna ilişkin bir tedbir almamanın ve özen göstermemenin kusur olduğu fikrine katılıyoruz. Tehlike ortaya çıkarmak hukuka aykırılık olarak kabul edilirse sonucun hukuka aykırılığında iki farklı hukuka aykırılığın tespitine sebep olmakta davranış temelli hukuka aykırılık teorilerinde ise hukuka aykırılıkla kusur birbirine karışmaktadır. Bu itibarla tehlike ortaya çıkarmak teknik olarak kusurdan bağımsız bir hukuka aykırılık olarak değerlendirilmeye müsait karakterde değildir. Bu durumun kusur olarak değerlendirilmesi bunların birbirlerine karışmasını engelleyici bir çözümdür.

Kusuru tespit eder tarzda düzenlenen hukuk kuralları bakımından da hukuka aykırılığın sonuçta aranması söz konusu unsurların karışma problemini son derece azaltıcı bir yol olur. Böylece normun ihlâli kusur teşkil ederken normun ihlâli neticesinde ortaya çıkan zarar hukuka aykırılık olurken, unsurlar birbirinden ayrılmış olur.

KAYNAKÇA

- Abik, Yıldız** (2010) “Normun Koruma Amacı Teorisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 59, S. 3, ss. 345-448.
- Akıncı, Şahin** (2019) Borçlar Hukuku Bilgisi, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Konya, Sayram Yayınları.
- Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya** (2022) Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, 30. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.
- Antalya, Osman Gökhan** (2019) Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1, 2, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Ayan, Mehmet**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Başalp Yıldırım, Nilgün** (2019) “Haksız Fiil Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Unsuruna İlişkin İleri Sürülen Klasik Teoriler Hakkında Bazı Düşünce ve Eleştiriler”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, ss. 293-332.
- Becker, Walter G.** (1976) Das Recht der unerlaubte Handlungen, Berlin, Duncker & Humblot.
- Brehm, Roland Berner** (2013) Kommentar, Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht Die Entstehung durch Unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, 4. Überarbeitete Auflage, Bern.
- Brüggemeier, Gert** (2006) Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, Ein Beitrag zur Europäisierung des Privatrechts, Berlin, Springer.
- Cartier, Michael** (2007) Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR (Dissertation), Universität St. Gallen.
- Çağlayan Aksoy, Pınar** (2016) Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Deutsch, Erwin** (1996) Allgemeines Haftungsrecht, 2. völlig neugestaltete und erweiterte Auflage, Köln, Berlin, Bonn, Carl Heymanns Verlag.
- Erdoğan, İhsan** (1990) “Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, ss. 109-134.
- Erdoğan, İhsan** (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi.
- Eren, Fikret** (2020) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.
- Fellman, Walter** (2013) Schweizerisches Haftpflichtrecht Band I, Bern, Stampfli.

- Fikentscher, Wolfgang** (1992) Schuldrecht, Achte Auflage, Berlin - New York.
- Fuchs Maximilian/Pauker Werner** (2012) Delikts und Schadensersatzrecht, 8. aktualisierte und erweiterte Auflage, Ingolstadt, Springer.
- Gmür, Max/Becker, Hermann** (1941) Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch Obligationenrecht 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183, Stampfli Verlag.
- Godin, Hans** (1974) Wettbewerbsrecht Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb nebst Warenzeichenverletzungen, Zugabeverordnung und Rabattgesetz, Zweite Auflage, Berlin - New York.
- Gönül Koşar, Günhan** (2020) Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Guhl, Theo** (1944) Das Schweizerische Obligationenrecht Mit Einschuß Des Handelswechsel- Und Versicherungsvertragsrechtes, Dritte verbesserte und ergänzte Auflage, Zürich, Polygraphischer Verlag.
- Gümüş, Mustafa Alper** (2021) Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Honsell, Heinrich/Isenring, Bernhard/Kessler, Martin A.** (2013) Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. neu bearbeitete und ergänzte Auflage, Zürich und Meilen, Schulthess Juristische Medien.
- Honsell, Heinrich** (2013) "Kritische Bemerkungen zum OR 2020", Schweizerische Juristen-Zeitung, 109/2013, ss. 457-461 (Çeviren: Kaya, Ümmühan (2017) "İsviçre Borçlar Kanunu/OR 2020'ye İlişkin Eleştirel Düşünceler", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. 2, ss. 189-197).
- Keller, Alfred** (2002) Haftpflicht Im Privatrecht, Bern.
- Keller, Max/Gabi-Bolliger, Sonja** (1985) Haftpflichtrecht Band II, Basel und Frankfurt, Helbing Lichtenhahn.
- Koçhisarlıoğlu, Cengiz** (2022) Haksız Eylem (Fiil) Kusuru, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Korkmaz, Fırat** (2021) Türk Borçlar Hukukunda Kusur İlkesinin Haksız Fiiller Açısından Değerlendirilmesi, Ankara, Yetkin Yayınevi.
- Korkmaz, Fırat** (2020) "Kusurun Mahiyetinin Kusur İlkesine Etkisi", KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S 1, ss. 75-100.

- Korkmaz, Fırat** (2024) “Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Teorileri ve Bunların Sorumluluğa Etkisi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 30, S. 2, ss. 968-993.
- Koziol, Helmut** (1996) “Objektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabes im Schadenersatzrecht?”, Archiv für die civilistische Praxis, C. 196, S. 6, ss. 593-610.
- Kurtulan, Gökçe** (2017) “Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 23, S. 1, 2017, ss. 465-504.
- Larenz, Karl/Canaris, Wilhelm** (1994) Lehrbuch Des Schuldrechts Zweiter Band Besonderer Teil 2. Halbband, Dreizehnte völlig neuverfaßte Auflage, München.
- Larenz, Karl/Wolf, Manfred** (2004) Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, München, C.H. Beck.
- Nart, Serdar** (2007) Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukukî Sorumluluğu (Hakkaniyet Sorumluluğu) (Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Oftinger, Karl/Stark, Emil W.** (1995) Schweizerisches Haftpflichtrecht Erster Band: Allgemeiner Teil Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut** (2016) Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, 12. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Pletter, Andrej** (2005) Verschulden als Grundlage der Haftung Ein historischer Vergleich, Norderstedt.
- Schonenberger, Beat** (2004) “Die dritte Widerrechtlichkeitstheorie”, HAVE/REAS, S. 1, ss. 3-12.
- Schwarz, Andreas**, Borçlar Hukuku Dersleri Cilt 1, İstanbul 1948. (Çeviren: Bülent, Davran (1948) İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları).
- Strickler, Hanspeter** (1983) Die Entwicklung der Gefährdungshaftung: Auf dem Weg zur Generalklausel?, Bern und Stuttgart.
- Stöckli, Hubert** (2007) “Notizen zur Widerrechtlichkeit”: Herausgegeben von M. A. Niggli/José Hurtado Pozo/Nicolas Queloz, Auszug aus der Festschrift Für Franz Riklin, Zürich-Basel-Genf, Schulthess Juristische Medien AG.
- Tandoğan, Haluk** (2010) Türk Mes’uliyet Hukuku, 1961 Yılı Birinci Baskıdan Tıpkı Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Topuz, Murat** (2016) “İsviçre Borçlar Kanununun (OR) Genel Hükümlerine İlişkin 2020 Tasarısında Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerinin Düzenleniş Biçimi ve Türk

- Borçlar Kanunu ile Karşılaştırılması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, ss. 2693-2714.
- Uyumaz, Alper** (2023) “Sorumluluk Hukukunda Kusur Kavramı ve Kusurun Tespitine İlişkin Bir Öneri”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 1, ss. 503-546.
- Ünlütepe, Mustafa** (2021) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Verde, Michel** (2016) “Die Widerrechtlichkeit im Haftpflichtrecht Gedanken zu dieser Haftungsvoraussetzung und den dazu entwickelten Lehren”, Jusletter, 18 April 2016, ss. 1-51.
- Vito, Roberto** (2002) Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich, Schulthess Juristische Medien.
- Von Tuhr, Andreas**, Borçlar Hukuku 1-2 (Çeviren: Cevat, Edege (1983) Ankara, Yargıtay Yayınları No:15).
- Von Tuhr, Andreas/Peter, Hans** (1979) Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Auflage, Zürich, Schulthess.
- Weber, Stephan** (2001) Von der Entstehung durch unerlaubte Handlung zur Entstehung durch Schädigung, Sonderdruck aus: Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich, Schulthess Juristische Medien.
- Widmer, Pierre** (2005) Unification of Tort Law: Fault, Netherlands, Kluwer Law International.